LUND UNIVERSITY

Avtal om rätten till domstolsprövning. Processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt

Maunsbach, Lotta

2015

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

Link to publication

Citation for published version (APA):
Maunsbach, L. (2015). *Avtal om rätten till domstolsprövning. Processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt*. [Doktorsavhandling (monografi), Juridiska institutionen]. Norstedts Juridik AB.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
CC BY-NC-ND

General rights
Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.
• Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
• You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
• You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: https://creativecommons.org/licenses/

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

LUND UNIVERSITY
Faculty of Law

Research Portal
http://lup.lub.lu.se/search/

This is the published version.
Made available with permission from
Norstedts Juridik (Wolters Kluwer)

CC BY-NC-ND

Citation:
Maunsbach, Lotta
Avtal om rätten till domstolsprövning. Processuella
överenskommelsers giltighet i svensk rätt.
Stockholm : Norstedts Juridik, 2005

AVTAL OM RÄTTEN TILL DOMSTOLSPRÖVNING

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 1 2015-03-31 14:35:54

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 2 2015-03-31 14:35:54

LOTTA MAUNSBACH

Avtal om rätten till domstolsprövning

Processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt

NORSTEDTS JURIDIK

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 3 2015-03-31 14:35:54

Adress till förlaget:
Norstedts Juridik AB, 106 47 Stockholm
Telefon 08-598 191 00, fax 08-598 191 91

Beställningar:
www.nj.se
E-post kundservice@nj.se
Adress Norstedts Juridik AB, Kundservice, 106 47 Stockholm
Telefon 08-598 191 90, fax 08-598 191 91

AVTAL OM RÄTTEN TILL DOMSTOLSPRÖVNING
Processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt
Lotta Maunsbach
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-39-01858-2
© 2015 Författaren och Norstedts Juridik AB

Produktion: eddy.se ab, Visby 2015
Illustration omslag: Ronny Andersen
Tryck: Williams Lea, 2015

Att mångfaldiga innehållet i detta verk, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom exempelvis tryckning, kopiering, ljudinspelning liksom elektronisk återgivning eller överföring.

Till de mina,

Ulf, Olivia, Maja och Emil

För att ni finns

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 5 2015-03-31 14:35:54

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 6 2015-03-31 14:35:54

Innehåll

Förord 15

Förkortningar 19

DEL I – INTRODUKTION

1 *Inledning* 25
1.1 Ämnet 25
1.2 Den kontradiktoriska modellen 28
1.3 Syfte, utgångspunkter och frågeställningar 30
1.4 Avgränsningar 34
1.4.1 Allmänna avgränsningar 34
1.4.2 Avgränsningar relaterade till överenskommelserna 36
1.4.3 Avgränsningar relaterade till rätten till domstolsprövning 38
1.5 Metod och material 40
1.5.1 Metodologiska utgångspunkter 40
1.5.2 I gränslandet mellan civil- och processrätt 41
1.5.3 Analysredskap 43
1.5.4 Processuella typsituationer 44
1.5.5 Normer 46
1.5.6 Svenskt material 50
1.5.7 Europarättsligt och annat internationellt material 52
1.6 Begrepp och uttryck 58
1.7 Forskningsläget 63
1.8 Disposition 66

DEL II – ALLMÄN DEL

2 *Introduktion* 71

3 *Bakgrund till avhandlingsämnet* 73
3.1 Privat och statlig tvistlösning 73
3.2 Civilprocessens funktion 74
3.2.1 Inledning 74
3.2.2 Konfliktlösning och handlingsdirigering 75
3.2.3 Prejudikatbildning och rättsutveckling 79
3.2.4 Rättsskydd 81

4 *Lagstadgad rätt till domstolsprövning* 83
4.1 Grundlagsskydd 83
4.2 Europakonventionen 84

5 *Domstolens rättskipningsuppgift* 87

6 *Avstå från rätten till domstolsprövning* 96
6.1 Inledning 96
6.2 Rättsskyddsprincipen 96
6.2.1 Bakgrund 96
6.2.2 Rättsskyddsprincipen i civilprocessen 98
6.3 Den processuella ogiltighetsprincipen 100
6.4 Avtal om processhinder 104
6.5 Avstå från rättigheter garanterade av artikel 6 (1) Europakonventionen 106
6.5.1 Utgångspunkter 106
6.5.2 Frivillighet 108
6.5.3 Otvetydighet 111
6.5.4 Allmänt intresse 113
6.5.5 Legitimt skäl och proportionalitet 114
6.5.6 Tidpunkten för avståendet 116

7 *Processuella överenskommelser* 118
7.1 Bakgrund 118
7.2 Klassificering 118
7.3 Klassificeringens betydelse för överenskommelsens rättsverkningar 121
7.4 En tänkbar lösning på klassificeringsproblemet 133

DEL III – TOTALA AVSTÅENDEN FRÅN RÄTTEN TILL DOMSTOLSPRÖVNING

8 *Introduktion* 137

9 *Att avstå helt från domstolsprövning utan att ange en alternativ tvistlösningsform* 140

10 *Alternativa tvistlösningsformer* 143
10.1 Inledning 143
10.2 Partsautonomi 143
10.3 Skiljeförfaranden 146
10.3.1 Olika varianter av skiljeförfaranden 146

10.3.2 Reglering av skiljeförfaranden 148
10.3.3 Skiljeavtalets rättsverkan 152
10.4 Privatdomarförfaranden 153
10.4.1 Allmänt 153
10.4.2 Olika varianter av privatdomarförfaranden 156
10.4.2.1 Allmänna privatdomarförfaranden 156
10.4.2.2 Dispute Board-förfaranden 157
10.4.2.3 Värderingsuppdrag 159
10.4.3 Reglering av privatdomarförfaranden 161
10.4.4 Rättsverkan av avtal om privatdomarförfaranden 163
10.4.4.1 Allmänt för samtliga avtal om privatdomarförfaranden 163
10.4.4.2 Särskilt om värderingsuppdrag 164
10.5 Förfaranden där parterna agerar beslutsfattare 166
10.5.1 Allmänt 166
10.5.2 Olika varianter av förfaranden där parterna agerar beslutsfattare 167
10.5.2.1 Förlikningsförhandlingar 167
10.5.2.2 Medling 169
10.5.2.3 Självrättskipning 171
10.5.3 Reglering av förfaranden där parterna agerar beslutsfattare 172
10.5.4 Rättsverkan av avtal om förfaranden där parterna agerar beslutsfattare 175
10.6 Gränsdragningsproblem 178
10.6.1 Skiljeförfarande eller privatdomarförfarande 178
10.6.2 Valrättsklausuler 180
10.7 Kombination av tvistlösningsförfaranden 182
10.7.1 Flerstegsklausuler 182
10.7.2 Särskilt om Dispute Board-förfaranden 184
10.8 Medlaren skiftar roll under pågående förfarande 185

11 *Den kontradiktoriska modellen och alternativa tvistlösningsformer* 188
11.1 Inledning 188
11.2 Domstol 189
11.2.1 Allmänt 189
11.2.2 Upprättad med stöd av lag 191
11.2.3 Alternativa tvistlösningsorgan upprättade med stöd av lag 195
11.2.3.1 Skiljenämnder 195
11.2.3.2 Privatdomare 200
11.2.3.3 Parterna agerar beslutsfattare 201

11.2.4 Domstolens oavhängighet 202
11.2.4.1 Allmänt 202
11.2.4.2 Oavhängighet i förhållande till myndigheter 204
11.2.4.3 Oavhängighet i förhållande till privata aktörer 206
11.2.4.4 Domstolens sammansättning 208
11.2.4.5 Oavhängighet enligt Europakonventionen 210
11.2.5 Alternativa tvistlösningsorgan och oavhängighet 212
11.2.5.1 Skiljenämnder 212
11.2.5.2 Privatdomare 217
11.2.5.3 Parterna agerar beslutsfattare 218
11.2.6 Domstolens opartiskhet 220
11.2.6.1 Subjektiv och objektiv opartiskhet 220
11.2.6.2 Den passiva domaren 221
11.2.6.3 Likabehandling 223
11.2.6.4 Personliga anknytningar 224
11.2.6.5 Opartiskhet enligt Europakonventionen 226
11.2.7 Alternativa tvistlösningsorgan och opartiskhet 229
11.2.7.1 Skiljenämnder 229
11.2.7.2 Privatdomare 235
11.2.7.3 Parterna agerar beslutsfattare 237
11.3 Muntlig förhandling 238
11.3.1 Muntlighet i civilprocessen 238
11.3.2 Muntlighet i alternativa tvistlösningsförfaranden 243
11.3.2.1 Skiljeförfaranden 243
11.3.2.2 Privatdomareförfaranden och förfaranden där parterna agerar beslutsfattare 246
11.4 Offentlig förhandling 247
11.4.1 Offentlighet i civilprocessen 247
11.4.2 Offentlighet i alternativa tvistlösningsförfaranden 252
11.4.2.1 Skiljeförfaranden 252
11.4.2.2 Privatdomarförfaranden och förfaranden där parterna agerar beslutsfattare 253
11.5 Förhandlingsbaserad rättegång 255
11.5.1 Kontradiktionsprincipen 255
11.5.2 Dispositionsprincipen 260
11.5.3 Fri bevisföring 263
11.5.4 Förhandlingsbaserad process och alternativa tvistlösningsförfaranden 266
11.5.4.1 Skiljeförfaranden 266

11.5.4.2 Privatdomarförfaranden 274
11.5.4.3 Förfaranden där parterna agerar beslutsfattare 275
11.6 Rättstillämpning och bevisvärdering 277
11.6.1 Rättstillämpning 277
11.6.2 Fri bevisvärdering 282
11.6.3 Rättstillämpning och bevisvärdering i alternativa tvistlösningsförfaranden 284
11.6.3.1 Skiljeförfaranden 284
11.6.3.2 Privatdomarförfaranden 291
11.6.3.3 Förfaranden där parterna agerar beslutsfattare 300

DEL IV – PARTIELLA AVSTÅENDEN FRÅN RÄTTEN TILL DOMSTOLSPRÖVNING

12 *Introduktion* 305

13 *Att utforma och föra sin talan* 307
13.1 Inledning 307
13.2 Rättsliga utgångspunkter 307
13.2.1 Allmänt om talerätt och saklegitimation 307
13.2.2 Avtalsvillkors betydelse för handläggningen och sakprövningen av tvisten 309
13.2.3 Skillnaden mellan att avvisa och ogilla en talan 313
13.3 Begränsningar av talerätten och den fria processföringen 315
13.3.1 Inledning 315
13.3.2 Särskilt om talerätt 316
13.3.3 Särskilt om fri processföring och dess betydelse för sakprövningen 318
13.3.4 Exempelklausuler 320
13.3.5 Rättslig innebörd av talerätts- och åberopandeförbud 322
13.3.6 Sammanfattande kommentarer 326
13.4 Begränsningar av den fria bevisföringen 328
13.4.1 Inledning 328
13.4.2 Särskilt om begränsningar av den fria bevisföringen 329
13.4.3 Integrationsklausuler 333
13.4.3.1 Exempelklausuler 333
13.4.3.2 Rättslig innebörd av integrationsklausuler 334

13.4.4 Sekretessavtal 339
13.4.4.1 Exempelklausuler 339
13.4.4.2 Rättslig innebörd av sekretessavtal 342
13.4.5 Avtal om exklusiva och prioriterade bevismedel 346
13.4.5.1 Exempelklausuler 346
13.4.5.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om exklusiva och prioriterade bevismedel 348
13.4.6 Avtal om skriftliga vittnesattester 355
13.4.6.1 Exempelklausul 355
13.4.6.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om skriftliga vittnesattester 356
13.4.7 Sammanfattande kommentarer 358

14 *Förfarandet* 361
14.1 Inledning 361
14.2 Avstå från muntliga sammanträden 361
14.2.1 Exempelklausul 361
14.2.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor som begränsar rätten till muntliga sammanträden 362
14.3 Avstå från offentlighet 365
14.3.1 Exempelklausuler 365
14.3.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om offentlighet 366
14.4 Avstå från att lägga fram processmaterial 370
14.4.1 Exempelklausul 370
14.4.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor som begränsar omfattningen av processmaterialet 371
14.5 Sammanfattande kommentarer 374

15 *Bevisvärderingen* 376
15.1 Inledning 376
15.2 Exempelklausuler 377
15.3 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om bevisvärdering 379
15.4 Sammanfattande kommentarer 385

16 *Rättstillämpningen* 387
16.1 Inledning 387
16.2 Avtal om tillämpliga rättsregler 388
16.2.1 Exempelklausuler 388
16.2.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om tillåtna rättsregler 390
16.3 Avtal om tolkning av rättskällor 395
16.3.1 Exempelklausuler 395

16.3.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om tolkning av rättskällor 397
16.4 Avtal om privata normer och skälighetsnormer 400
16.4.1 Exempelklausuler 400
16.4.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om privata normer och skälighetsnormer 402
16.4.2.1 Privata normer 402
16.4.2.2 Skälighetsnormer 405
16.5 Sammanfattande kommentarer 412

17 *Överprövningsförbud* 415
17.1 Inledning 415
17.2 Exempelklausul 415
17.3 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om överprövningsförbud 416
17.4 Sammanfattande kommentarer 418

18 *Stadfästelsedoms innehåll* 419
18.1 Inledning 419
18.2 Exempelklausuler 420
18.3 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om stadfästelsedoms innehåll 421
18.4 Sammanfattande kommentarer 429

DEL V – AVSLUTNING

19 *Avslutande reflektioner och slutsatser* 433
19.1 Inledning 433
19.2 Allmänt om att avstå från rätten till domstolsprövning 433
19.3 Processuella överenskommelser där parter avstår helt från domstolsprövning utan att ange en alternativ tvistlösningsform 437
19.4 Processuella överenskommelser där parter avstår helt från domstolsprövning till förmån för en alternativ tvistlösningsform 439
19.4.1 Processuell rättsverkan av skiljeavtal 439
19.4.2 Får även andra alternativa tvistlösningsavtal ges processuell rättsverkan? 440
19.4.3 Faktorer av betydelse för att ett tvistlösningsavtal ska ges processuell rättsverkan 442
19.4.4 Den alternativa bedömningsmodellen 447

19.5 Processuella överenskommelser där parter avstår delvis från domstolsprövning 450
19.5.1 Processuell rättsverkan av partiella avståenden från domstolsprövning 450
19.5.2 Indirekt processuell rättsverkan 456
19.5.3 Den alternativa bedömningsmodellen 462
19.6 Till slut 464

Contracts regarding Access to Court 467

Litteratur och källor 481

Rättsfall 491

Sakregister 497

Förord

Äntligen! En lång resa börjar närma sig sitt slut. Avhandlingsskrivandet har varit en intensiv berg-och-dal-bana i processrättens stundtals snåriga gångar. Jag har lärt mig mycket, inte bara om mitt avhandlingsämne utan om livet i stort; pendlat mellan hopp och förtvivlan, men kommit hel och nöjd ut på andra sidan. För detta har jag många att tacka.

Mitt intresse för ämnet processrätt väcktes redan under grundutbildningen. Mycket av det har jag min handledare Peter Westberg att tacka för. Med en knivskarp dialog utmanade han oss studenter och jag har aldrig läst en bättre och mer intressant kurs än processuell kontraktsrätt. Från första början har Peter visat mitt avhandlingsämne ett stort intresse. Jag har också haft en biträdande handledare, Eva Lindell Frantz. Genom hela avhandlingsskrivandet har Peter och Eva funnits där; läst och kommit med kloka synpunkter. För det och alla utmaningar i tanke och handling är jag er ett stort tack skyldig. Jag vet, Eva, att du tycker att det borde ha varit mer civilrätt i den här avhandlingen, men det blir nästa projekt.

Jag vill också tacka Lennart Johansson som var granskare vid mitt slutseminarium och som kom med många kloka synpunkter. Tack också till Christoffer Wong för korrekturläsningen av den engelska sammanfattningen. Det hjälpte mig mycket när tiden var knapp på slutet.

Ekonomiskt bidrag till projektet och tryckningen har genom åren lämnats av Juridiska fakulteten, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning och Torsten Söderbergs stiftelse. Tack!

Jag har också haft förmånen att omges av många, glada kollegor på juridiska fakulteten i Lund, ingen nämnd och ingen glömd. Ni är ett härligt gäng och jag är glad att få vara er kollega.

Ett särskilt tack vill jag lämna till alla våra bibliotekarier. Ni är fantastiska och ingenting, absolut ingenting, verkar vara omöjligt för er att hitta. Ett stort tack till vår duktiga kursadministratör, Ingela Brandt. Jag är så glad för att ha just dig i rummet intill.

Det finns också några personer som på olika sätt inspirerat mig både när det gäller arbete och vardag. Karin Adlercreutz, Boel Flodgren, Birgitta Nyström och Katarina Olsson. Ni är kanske inte medvetna om det, men ni har alla, var och en på sitt sätt, haft betydelse för att den här avhandlingen kom i hamn.

Som alltid finns det några som på olika sätt har spelat en stor roll för avhandlingsskrivandet och som förtjänar ett extra tack.

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 15 2015-03-31 14:35:54

Elsa, vad vore min vardag utan dig? Tack för att jag alltid fått sitta på din trappa och diskutera smått och stort, jobbrelaterat och vardagligt, och för att du alltid förser mig och familjen med godsaker. Din krusbärsmarmelad är något i hästväg och våra ”sexmannabomber” vid poolen i Gaslunda är sommarens höjdpunkter.

Maria, tack för att du tagit dig tid att läsa och komma med kloka synpunkter. Du besitter en unik förmåga att få mig att känna att jag faktiskt kan och att ingenting är omöjligt. Vilken tur för mig att just du började arbeta hos oss.

Martin, tack för all tid du lagt på att läsa och komma med kloka synpunkter. Det var helt ovärderligt när jag avslutade avhandlingsskrivandet och skulle ”knyta ihop” säcken. Du är inte bara en god vän och kollega, du är också en briljant jurist.

Martina, en härlig vän och kollega. Tack för att du funnits där och tänkt på mig när jag som mest behövt det. Jag lovar att jag ska finnas där när det blir dags för dig.

Ulrika, vilken tur att vi kom på att det där med att åka på skrivarresor nog är en bra idé. Utan våra resor hade det sannolikt aldrig blivit någon avhandling. Vi lärde oss mycket under de där resorna och löste både avhandlingsrelaterade och världsliga problem. Vi har också lärt oss hur man med absolut minsta insats och tidsåtgång fixar kulinariska måltider. Jag är otroligt glad för att ha just dig som vän och kollega och dina skådespelartalanger har lämnat oförglömliga minnen. Dessutom har du givit uttrycket ”bit ihop” en helt ny innebörd för mig.

Ett stort och varmt tack vill jag lämna till hela familjen Lindvall. Vilken tur att vi träffades den där vinterdagen uppe på ”galgbacken” i Lund. Åsa, Magnus och Clara, få människor kan få mig att skratta så som ni. Att ni dessutom vet hur man njuter av god mat gör vänskapen ännu lättare. Vår resa till Kina har lämnat oförglömliga minnen och tiden på Mallorca var inte heller så dum, men nu hoppas vi att ni stannar i Sverige ett tag. Stort tack också till Tore och Margit som så generöst upplät sin stuga i Olseröd åt mig och Ulrika så den här avhandlingen till slut kunde bli färdig.

Lene, du anar inte vad du betyder för oss alla. Det finns bara några få av din sort i den här världen. Tack för att du finns för oss.

Ett stort tack till min svägerska Eva och mina svärföräldrar, Lena och Ulf, för att ni finns och för att jag och Ulrika alltid har varit välkomna att låna stugan i Yngsjö så att vi kunnat sitta och skriva långt borta från civilisationen.

Min familj, mamma, pappa, mina syskon Martin, Emma och Matilda med familjer. Tack för att ni finns och ser till att förgylla vår vardag. Jag förstår att ni alla kommer att läsa den här avhandlingen från pärm till pärm och

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 16 2015-03-31 14:35:54

jag vet att ni alla är stolta över mig. Mormor Anna och morfar Helge som alltid funnits där för mig och som betyder mer än jag kan beskriva. Ni är bäst.

Slutligen till dem som betyder allra mest för mig. Ulf, Olivia, Maja och Emil. Utan er vore jag ingenting. Tack för att ni funnits där och plockat ner mig på jorden och fått mig att inse att det finns viktigare saker i livet än att skriva avhandling. Vet ni vad – nu är den färdig!

Lund i vårsolens sken 2015

Lotta Maunsbach

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 18 2015-03-31 14:35:54

Förkortningar

AAA	American Arbitration Association
AB04	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader
ABL	Aktiebolagslag (SFS 2005:551)
AD	Arbetsdomstolen
ADR	Alternative Dispute Resolution
ADSt	Allmän domarstadga, antagen av Internationella domarunionens centralråd 1999
AvtL	Lag (SFS 1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CCBE	Council of Bars and Law Societies of Europe
CDB	Combined Dispute Board
CEDR	Center for Effective Dispute Resolution
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
DAB	Dispute Adjudication Board
DB	Dispute Board
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Dir.	Kommittédirektiv
DRB	Dispute Review Board
DRBF	Dispute Resolution Board Foundation
Ds	Departementsserien
EBITDA	Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization
EEG-fördraget	Fördraget om upprättande av Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska gemenskaperna
EKMR	Europeiska konventionen för mänskliga rättigheter
EstDR	Europeisk stadga om regler för domarnas rättsställning, antagen av Europarådet 1998
EU	Europeiska unionen
EUF-fördraget	Fördraget om EU:s funktionssätt
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FB	Föräldrabalk (SFS 1949:381)
FEU	Fördraget om europeiska unionen

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 19 2015-03-31 14:35:54

FHL	Lag (SFS 1990:409) om skydd för företagshemligheter
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
FN	Förenta nationerna
FN-GDO	Grundprinciper för domstolsväsendets oberoende, antagna av FN 1985
FT	Förvaltningsrättslig Tidskrift
HD	Högsta domstolen
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidskrift
KFA	Kommunernas Försäkrings AB
Kontor 2003	Allmänna bestämmelser för flyttning av kontorsinventarier
KöpL	Köplag (SFS 1990:931)
LCIA	London Court of International Arbitration
LSF	Lag (SFS 1999:116) om skiljeförfarande
LUSK	Lag (SFS 1929:147) om utländska skiljeavtal och skiljedomar
MCJ	Magna Carta of Judges
Medlingslagen	Lag (SFS 2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister
Modellagen	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985)
New-York konventionen	Konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar, New York 1958, SÖ 1972:1
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NL09	Allmänna leveransbestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
OSL	Offentlighets- och sekretesslag (SFS 2009:400)
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (SFS 1942:740)
RF	Regeringsformen (SFS 1974:152)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SCC	Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut
SIM	Svenska institutet för medling

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 20 2015-03-31 14:35:55

SkadestL	Skadeståndslag (SFS 1972:207)
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen (SFS 1949:105)
UB	Utsökningsbalk (SFS 1981:774)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
ÄktB	Äktenskapsbalk (SFS 1987:230)

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 22 2015-03-31 14:35:55

Del I

Introduktion

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 23 2015-03-31 14:35:55

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 24 2015-03-31 14:35:55

1 Inledning

1.1 Ämnet

Rätten till domstolsprövning är en grundläggande rättighet som förekommer i alla demokratiska stater.[1] Utgångspunkten är att alla och envar har rätt att få sina tvister prövade av en domstol i ett förfarande som uppfyller vissa kvaliteter, en rättvis rättegång, och att staten har ett ansvar att tillhandahålla förutsättningar för sådana tvistlösningsförfaranden inför domstol. Däremot framgår det inte av rätten till domstolsprövning om denna också innefattar en rätt för parterna att med bindande verkan frivilligt *avstå* från tillgången till domstol och rättvis rättegång. Det är denna fråga, om en eventuell rätt att avstå från domstolsprövning, som behandlas i denna avhandling.

På civilrättens område är avtalsfriheten central. Genom avtalsfriheten ges avtalsparterna frihet att själva bestämma innehållet i ett avtal. Friheten är omfattande och begränsas i princip enbart av ogiltighets- och jämkningsregler samt av eventuellt förekommande tvingande lagstiftning. Denna avtalsfrihet ifrågasätts sällan, men förändras inställningen till avtalsfriheten när avtalet omfattar avtalsregleringar som innebär att parterna, helt eller delvis, *avstår* från rätten till domstolsprövning? Ett avtalsvillkors civil- och processrättsliga verkningar skiljer sig åt. Det är en sak att enskilda parter får ingå avtal som reglerar civilrättsliga frågor, men det innebär inte nödvändigtvis att avtalet också ger upphov till de processrättsliga verkningar som parterna kanske har avsett.

Anta exempelvis att två kommersiella parter i ett köpeavtal avseende köp av lös egendom har avtalat bort rätten att häva köpet. Ett sådant avtal godtas principiellt av rättsordningen. Parterna avstår med stöd av avtalsfriheten från en dispositiv köprättslig regel.[2] Om det i samma köpeavtal dessutom finns en klausul med innehållet att köparen i händelse av tvist mellan parterna inte får dra frågan om hävning inför allmän domstol, skulle däremot många sannolikt ställa sig mer tveksamma till klausulens processuella rättsverkan. Utgör en sådan avtalsklausul ett processhinder? Är det möjligt att med stöd av avtalsfriheten kringskära en parts rätt att väcka talan inför domstol på det ovan angivna sättet? Exemplet ställs ytterligare på sin spets när parterna, i samma köpeavtal, har enats om ett avtalsvillkor med innehållet att om köpa-

1. Rätten till domstolsprövning är bl.a. kodifierad genom artikel 6 (1) EKMR, artikel 47 EU-stadgan, artikel 10 FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna och artikel 14 FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter. I Sverige återfinns bestämmelsen i 2 kap. 11 § 2 st. RF.

2. Se exempelvis 3 och 39 §§ KöpL.

ren, i strid med avtalet, väcker talan inför domstol, ska säljarens tolkning av hävningsgrunderna ha företräde framför köparens. Här har parterna inte enbart begränsat rätten till domstolsprövning utan dessutom genom avtalet försökt att påverka själva rättstillämpningen. Är det civilrättsligt bindande avtalet även processrättsligt bindande?

Avhandlingen behandlar situationer där parterna på olika sätt avstår från en processuell rättighet. Det handlar dels om överenskommelser där parterna avstår *helt* från domstolsprövning, dels om överenskommelser där parterna avstår från någon *del* av domstolsprövningen. I avhandlingen analyseras om det på förhand ingångna avtalet är bindande när det åberopas inför en domstol och vilka processuella rättsverkningar som avtalet ger upphov till mellan parterna och i förhållande till domstolen.

Parter kan ha ett intresse av att avstå *helt* från det statliga domstolsförfarandet, civilprocessen, med eller utan att ange inom vilken alternativ tvistlösningsform tvister dem emellan ska lösas. På senare år förefaller också intresset för inflytande över tvistlösningen ha ökat bland privata aktörer.[3] Inte minst märks detta genom ett ökat intresse för privata alternativa tvistlösningsformer, såsom skiljeförfarande och andra privatdomarförfaranden. Parterna väljer helt enkelt bort civilprocessen till förmån för ett privat alternativt tvistlösningsförfarande. Mot bakgrund av den omfattande avtalsfrihet som kännetecknar den kommersiella civilrätten framstår det därför närmast som självklart att parter som agerar på den kommersiella marknaden också har rätt att genom avtal komma överens om inom vilken tvistlösningsform eventuella framtida tvister dem emellan, ska lösas. I studien analyseras om det är någon skillnad mellan de fall där parterna avstår helt från civilprocessen utan att ange ett alternativ till hur en eventuell framtida tvist ska lösas och de där parterna avstår från civilprocessen till förmån för en särskilt utpekad privat alternativ tvistlösningsform.

3. Jfr exempelvis SOU 1995:65 om näringslivets tvistlösning, SOU 2001:103 om en modernare rättegång och SOU 2007:26 om Alternativ tvistlösning. Delar av de i SOU 2007:26 behandlade områdena resulterade genom prop. 2010/11:128 i lag (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister. På EU-rättslig nivå se även Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område (i svensk utgåva). Direktivet trädde i kraft den 13 juni 2008. Direktivet har sitt ursprung i Europeiska rådets möte i Tammerfors den 15–16 oktober 1999, där rådet uppmanade medlemsstaterna att skapa alternativa tvistlösningsmetoder som ett led i strävan att skapa bättre tillgång till rättvisa inom EU. Efter Tammerfors antog Europeiska rådet år 2000 Slutsatser om alternativa tvistlösningsmetoder inom civil- och handelsrätt. I april 2002 lade kommissionen fram en Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt och denna resulterade i Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa aspekter på medling i civilrättsliga tvister, COM/2004/0718 final. Även Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område (i svensk utgåva).

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 26 2015-03-31 14:35:55

Ofta förknippas alternativa tvistlösningsförfaranden med skiljeförfarandet. När parterna genom avtal avstår helt från domstolsprövning till förmån för ett skiljeförfarande utgör skiljeavtalet ett dispositivt rättegångshinder om det åberopas inför domstol. En part får inte, mot den andra partens vilja, väcka talan inför domstol i avsikt att få en tvist som omfattas av skiljeavtalet sakprövad av domstolen.[4] Det råder med andra ord ingen tvekan om att parterna på ett för dem bindande sätt får ersätta civilprocessen med ett skiljeförfarande, *men* gäller detsamma för andra tvistlösningsformer såsom exempelvis medling? Om parterna ges rätten att styra över tvistlösningen genom skiljeavtal borde det väl kunna gälla även andra former av tvistlösning? Om parterna inte har den avtalsmakten, vad är förklaringen till att de inte, på ett för dem bindande sätt, får ersätta civilprocessen med andra förfaranden än skiljeförfarandet?[5]

Parter kan också ha ett intresse av att endast *delvis* avstå från civilprocessen, så kallade *partiella avståenden* från domstolsprövning. I dessa fall önskar parterna att tvister dem emellan ska lösas inom ramen för civilprocessen, men parterna vill styra över delar av förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget.[6] Ett exempel är att parterna i ett materiellt huvudavtal också reglerar vad som ska utgöra tillåtna bevismedel om det skulle uppkomma en tvist med anledning av avtalet. Ett annat exempel är att parterna reglerar vilka typer av rättsfakta som får åberopas inför en domstol vid en eventuell framtida tvist. Ett tredje exempel är att parterna reglerar frågor om sekretess och tystnadsplikt med avsikt att detta ska gälla även inför en domstol. I dessa fall befattar sig parterna genom avtalet med sådana processuella frågor som det normalt är domstolens uppgift att råda över. Har parterna med bindande verkan för en domstol, och i så fall under vilka förutsättningar, rätt att genom avtal styra över rätten till domstolsprövning på det nu beskrivna sättet?

Avhandlingen tar sin utgångspunkt i den situationen att två kommersiella parter, innan en tvist har uppkommit, genom avtal kommer överens om att avstå från rätten till domstolsprövning helt eller delvis. När väl en tvist uppkommer önskar en av dem inte längre vara bunden av avtalsregleringen. Parten väcker därför, i strid med avtalet, talan inför tingsrätten alternativt för en talan inför tingsrätten på ett sätt som strider mot avtalet.

4. Ett giltigt skiljeavtal utgör ett processhinder om det åberopas inför en domstol, 10 kap. 17 a § RB och 4 § LSF.

5. Avtal där parterna avstår helt från rätten till domstolsprövning illustreras och analyseras i avhandlingens del III.

6. Avtal där parterna försöker styra över delar av förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget illustreras och analyseras i avhandlingens del IV. Dessa tre delar behandlas då under rubrikerna ”att utforma och föra sin talan”, ”förfarandet”, ”bevisvärderingen”, ”rättstillämpningen”, ”överprövningsförbud” och ”stadfästelsedoms innehåll”.

1.2 Den kontradiktoriska modellen

För att fånga de grundläggande elementen i civilprocessen beskrivs denna som en *renodlad modell*,[7] den kontradiktoriska modellen.[8] Denna modell innefattar dels en *rätt att få tillgång till en prövning vid en domstol*, dels en rätt till att *rättegången vid domstolen består av vissa grundläggande element* som gör rättegången rättvis.

Rättegången, själva proceduren, ska vara organiserad på ett på förhand givet sätt och bestå av vissa grundläggande element. Det handlar dels om *uppgifts- och maktfördelningen* mellan parterna och domstolen, dels om hur förfarandets *yttre förlopp* ska struktureras för att skapa de bästa förutsättningarna för parternas processföring och domstolens rättsliga beslutsfattande.[9] Rättegången ska vara *förhandlingsbaserad*, *muntlig*, *offentlig* och ske inför en *oavhängig* och *opartisk domstol* som avgör tvister genom en *rättighetsprövning* mot bakgrund av *rättsliga regler* och *principer*.

Rättegången präglas av en förhandlingstanke med innebörden att de centrala processubjekten *parterna* och *domstolen*,[10] har tilldelats skilda roller och befogenheter i rättegången. Parterna styr över processens ramar och det material som utgör underlag för domstolens beslutsfattande. Domstolen styr över rättstillämpningen och bevisvärderingen. Den kontradiktoriska modellen utgår med andra ord från att både enskilda och allmänna intressen avseende tvistlösning tillgodoses.[11]

7. Modellen är medvetet renodlad för att kunna användas som analytiskt instrument. Modellen har konstruerats mot bakgrund av en allmän föreställning om att civilprocessen i sina yttersta beståndsdelar är mer eller mindre likadant uppbyggd i en demokratisk rättsstat. För modellen har inspiration hämtats från bl.a. *Shapiros* beskrivning av rättegången som en triad där parterna står mot varandra med beslutsfattaren, domaren, mellan sig, se vidare *Shapiro, Martin*, Courts: A Comparative and Political Analysis, s. 1 f. Se även *Jolowicz* allmänna beskrivning av "*the adversarial tradition*", *Jolowicz, J.A.*, The Woolf Report and the adversary system, s. 199 f. Jfr också *Damaska, Mirjan R.*, The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, s. 3, *Fuller, Lon L.*, The Forms and Limits of Adjudication, 363 ff., *Landsman, Stephan*, The Decline of the Adversary system: How the Rhetoric of Swift and Certain Justice has Affected Adjudication in American Courts, s. 489 ff., *Westberg, Peter,* Domstols officialprövning, s. 30, *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik,* Rättegång I, s. 70 och *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.*, ADR Principles and Practice, s. 25. Jfr även SOU 2008:125 s. 426.

8. Detta jämställs med det som internationellt brukar benämnas "*the adversarial procedure*". Modellen kommer sedan att problematiseras nedan i del III–IV i samband med att olika processuella överenskommelser där parterna, helt eller delvis, avstår från civilprocessen analyseras.

9. Jfr *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 133 ff.

10. När det talas om processubjekt kan denna skara utvidgas till att omfatta även andra än de nu presenterade processubjekten. Ekelöf laborerar exempelvis med en vidare definition av processubjekt där han förutom parterna och domstolen innefattar, domstolens ordförande, parternas ombud, vittnen etc. Han betonar dock att begreppet på andra ställen i doktrin används i mer begränsad betydelse, *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik,* Rättegång I, s. 36 f., även *Ekelöf, Per Olof,* Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 27 ff. I den renodlade kontradiktoriska modellen så som den presenteras i denna avhandling är det dock enbart parterna (ibland företrädda av ombud) och beslutsfattarna, domstolen genom enskilda domare, som innefattas i begreppet processubjekt.

11. Jfr *Shapiro, Martin*, Courts: A Comparative and Political Analysis, s. 1 f.

Förhållandet mellan processubjekten i modellen kan beskrivas som en triad, part – domare – part, där parterna står mot varandra i en tvist och är självständigt verksamma i processen, ofta genom sina ombud. De representerar två sidor av en tvist och mellan parterna finns beslutsfattaren, domstolen genom domaren. Parterna talar mot varandra, men var och en riktar sin argumentation till domaren.[12] Parterna ska var och en genom sina yrkanden, åberopande av grunder och framställda invändningar samt åberopad bevisning, presentera sin talan inför den passivt lyssnande och neutrala domaren, i avsikt att övertyga denne om att just den partens anspråk och påståenden är de riktiga.[13] I domarens neutralitet innefattas att denne ska vara oavhängig staten och opartisk i förhållande till parterna som ska behandlas lika.[14] Domaren ska sedan mot bakgrund av det presenterade materialet först värdera de bevisfakta som har framkommit för att på så sätt fastställa vilken av parternas faktaversion av händelseförloppet som ska ligga till grund för domstolens bedömning. Därefter ska domaren pröva det faktaunderlag som har bevisats mot de rättsregler som är aktuella i den specifika situationen, för att slutligen avgöra om kärandens talan ska bifallas eller inte.[15]

Förutom att rättegången präglas av att processubjekten har tilldelats olika roller, utgår den kontradiktoriska modellen också från att förfarandet inför domstolen ska vara *muntligt* och *offentligt*. Parterna ska ha rätt att få träffa beslutsfattarna och med egna ord ge sin version av tvisten.[16] I detta avseende tillgodoser muntligheten ett enskilt intresse, men muntlighet och offentligheten är också avgörande för att det allmänna ska kunna ta del av förhandlingarna.

12. Detta sätt att organisera tvistlösningen, som en triad där parterna står mot varandra inför en beslutsfattare, återfinns i princip i alla rättsordningar, jfr ovan not 7.

13. Jfr *Damaska, Mirjan R.*, The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, s. 3 ff. och *Landsman, Stephan*, The Decline of the Adversary system: How the Rhetoric of Swift and Certain Justice has Affected Adjudication in American Courts, s. 489 ff. Se även *Westberg, Peter,* Domstols officialprövning, *s. 30*, *Ekelöf, Per-Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, *s. 70* och *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.*, ADR Principles and Practice, s. 25. Jfr även SOU 1982:26, framför allt avsnitt 12.1.

14. Jfr *To, Van-Hoa*, Judicial Independence, s. 43. Se även *Shapiro, Martin*, Courts: A Comparative and Political Analysis, 32 ff.

15. Den kontradiktoriska modellen utgår från vad som ofta benämns *kontradiktionsprincipen*, se nedan avsnitt 11.5.1. I denna princip inkluderas att parterna ska ges tillfälle att lägga fram sin talan, åberopa den bevisning som de anser nödvändig samt ta del av och ha möjlighet att bemöta samtliga i målet gjorda påståenden och inkomna handlingar. Jfr SOU 2008:125 s. 426 f. Se även *Matz, Henrik,* Begreppet domstol i EU-rätten, s. 195, där det sammanfattas vad som ingår i den kontradiktoriska principen. Ekelöf använder istället termen *förhandlingsprincipen*, se *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 68 ff. I avgöranden från Europadomstolen talas om en "*adversarial procedure*", jfr *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 246 f. och *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 416 ff.

16. Jfr *Gärde, Natanael m.fl.*, Nya rättegångsbalken, s. 565 f. och 593 f., *Bylander Erik*, Muntlighetsprincipen, s. 53 ff. och 83 f., *Edelstam, Henrik*, Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 25 ff. och 64 ff. Jfr även *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 410 ff. och 433 ff. Se även SOU 1938:44 s. 22 f. och SOU 2001:103 s. 77 ff. och 165 ff.

Den kontradiktoriska modellen utgår från att det finns en ”kärna” inom civilprocessen som ska vara uppfylld för att möta kravet på allas rätt till domstolsprövning. Modellen överensstämmer i princip med de krav som uppställs när det gäller rätten till domstolsprövning och rättvis rättegång enligt artikel 6 (1) EKMR. Varken modellen eller artikel 6 (1) EKMR innehåller dock några detaljer om vad som innefattas i en rättegång och vad som ska förstås med en domstol.

Varje enskild rättsstat bestämmer själv hur rättsordningen ska vara organiserad för att möta krav på domstolsprövning.[17] Det förekommer skillnader mellan olika rättsstater när det gäller exempelvis vad en rättsstat benämner som en domstol och när det gäller detaljer i själva förfarandet samt de befogenheter som har tilldelats civilprocessens olika aktörer. I föreställningen om den kontradiktoriska modellen finns exempelvis inget uttryckligt stöd för att enbart traditionella domstolar likt vår tingsrätt, hovrätt och Högsta domstol, omfattas av domstolsbegreppet. Det finns därmed inte något som hindrar att den kontradiktoriska modellen skulle kunna vara tillämplig även på andra tvistlösningsförfaranden än traditionella domstolsförfaranden, förutsatt att det alternativa tvistlösningsförfarandet uppfyller de grundläggande element som den kontradiktoriska modellen uppställer.[18] På samma sätt kan detaljer när det gäller förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget skilja sig åt rättsstater emellan, exempelvis när det gäller handläggnings- och bevisregler. Det finns knappast någon idealmodell för hur en rättsordning ska organiseras i detalj för att de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen ska tillgodoses. Det viktiga är att en rättsstat ger parterna *förutsättningar* att få de grundläggande kraven på rätten till domstolsprövning uppfyllda.

Den kontradiktoriska modellen används för att slå fast vilka grundläggande element som innefattas i domstolsprövningen. Därefter ska utredas hur dessa element kommer till uttryck i svensk civilprocess. Först när det är klarlagt hur de grundläggande elementen återspeglas i civilprocessen, kan frågan om det är möjligt att avstå från dessa eller något av dem besvaras. Det måste annorlunda uttryckt göras klart vad det är en part avstår från innan det är möjligt att göra uttalanden om vilka avståenden som accepteras.[19]

1.3 Syfte, utgångspunkter och frågeställningar

Syftet med denna avhandling är att undersöka och analysera i vilken utsträckning det enligt svensk rätt är möjligt för privata rättssubjekt att

17. Jfr *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 601 f.

18. Jfr *Fuller, Lon L.*, The Forms and Limits of Adjudication, s. 354 och *Shapiro, Martin*, Courts: A Comparative and Political Analysis, s. 1.

19. Den kontradiktoriska modellens betydelse för avhandlingens metod beskrivs nedan under avsnitt 1.5.3.

genom avtal, med bindande verkan, avstå från rätten till domstolsprövning helt eller delvis.

Inom ramen för avhandlingens övergripande syfte ligger att undersöka om det går att dra någon gräns mellan vad som är ett rättsligt bindande avstående från domstolsprövning mellan parterna, och i förhållande till domstolen, och vad som inte är det.

Avhandlingen fokuserar på dispositiva tvistemål mellan privaträttsliga subjekt som inte är konsumenter utan kommersiella aktörer.[20] Med ”bindande verkan” avses att ett avtalsvillkor inte bara är tänkt att vara bindande mellan parterna utan även för domstolen när en av parterna åberopar villkoret i en pågående process. Ett bindande avtal är i denna studie synonymt med ett giltigt avtal. Vidare utgår studien enbart från överenskommelser som parterna ingår frivilligt på förhand innan det har uppkommit en tvist.

Avtalsvillkor som innefattar processuella överenskommelser ger inte upphov till några problem om parterna väljer att följa dem och därmed väljer att inte göra bruk av den processuella rättighet som har begränsats genom avtalsvillkoret. Det är en sak att parterna har en processuell rättighet, men det finns ingenting som säger att de måste utnyttja den. Problemen uppkommer när en av parterna i strid med ett uttryckligt avtalsvillkor som reglerar en processuell rättighet, väljer att åberopa den processuella rättigheten inför domstol. Det är denna situation som behandlas i avhandlingen.[21]

I avhandlingen tillämpas följande systematik där de processuella överenskommelserna delas in i två kategorier.

1) Den första kategorin innefattar överenskommelser där parterna *helt* har valt att avstå från rätten till domstolsprövning.[22] Det görs skillnad mellan två olika varianter av överenskommelser.

   1:1) Den första varianten omfattar överenskommelser där parterna har avstått från den statliga domstolsprövningen utan att tala om inom vilken alternativ tvistlösningsform eventuella tvister ska lösas.

   1:2) Den andra varianten omfattar överenskommelser där parterna har avstått från den statliga domstolsprövningen, men pekat ut en alternativ form för tvistlösningen. Studien behandlar tre grupper av alternativa tvistlösningsformer:

   a) Skiljeförfaranden,[23]

20. Dessa privaträttsliga subjekt benämns fortsättningsvis *parter*. Det handlar om två kommersiellt verksamma parter som ingår ett materiellt huvudavtal med varandra och i detta avtal reglerar de också, mer eller mindre tydliga, processuella frågor.

21. De processuella typsituationer som avhandlingen utgår från redovisas nedan i avsnitt 1.5.4.

22. Avtal där parter avstår helt från domstolsprövning analyseras nedan i del III.

23. Det har redan konstaterats att parter med bindande verkan får avstå från domstolsprövning till förmån för ett skiljeförfarande. Det kan då framstå som onödigt att behandla skiljeförfarandet. Det är dock nödvändigt för analysen att även skiljeförfarandet behandlas. För att kunna dra några slutsatser om varför vissa tvistlösningsförfaranden utgör godtagbara alternativ till domstolsprövning och andra

b) Privatdomarförfaranden och
c) Förfaranden där parterna agerar beslutsfattare genom förlikningsförhandlingar eller medling samt genom självrättskipning.

2) Den andra kategorin innefattar överenskommelser där parterna endast avstår från *någon del* av rätten till domstolsprövning.[24] Parterna är således överens om att framtida tvister dem emellan ska lösas inom ramen för civilprocessen, men har genom överenskommelsen försökt att styra över förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget. De valda överenskommelserna innefattar alla att parterna på något sätt väljer bort en del av civilprocessen som kan inordnas under de grundläggande elementen i den ovan beskrivna kontradiktoriska modellen. Överenskommelserna har sorterats under olika rubriker:
a) Att utforma och föra sin talan,
b) Förfarandet,
c) Bevisvärderingen,
d) Rättstillämpningen,
e) Överprövningsförbud,
f) Stadfästelsedoms innehåll.

En övergripande frågeställning är vilka, om några, *processuella rättsverkningar* som de valda överenskommelserna ger upphov till om de åberopas inför en svensk domstol. Undersökningen utgår från att avtalsvillkoren åberopas i första instans inför en tingsrätt.

När parterna kommit överens om en alternativ tvistlösningsform för framtida tvister dem emellan är det rimligt att avtalsvillkorets eventuella processuella rättsverkningar bestäms av förhållanden såsom till vilket tvistlösningsförfarande som parterna anvisar tvister, hur beslutsfattarna utses, hur själva förfarandet är utformat samt innebörden och resultatet av beslutsfattandet. När det gäller den första kategorin processuella överenskommelser behandlas därför följande frågor:

– Ger svensk rätt parter rättigheten att genom avtal avstå från domstolsprövning utan att ange inom vilken alternativ tvistlösningsform en tvist dem emellan ska lösas?
– Ger svensk rätt parter rättigheten att genom avtal avstå från domstolsprövning om de anger inom vilken alternativ tvistlösningsform en tvist dem emellan ska lösas?

inte gör det, måste först slås fast hur skiljeförfarandet förhåller sig till domstolsprövning. På så sätt kan fastställas vilka faktorer som rättsordningen har ansett nödvändiga för att ett alternativt tvistlösningsförfarande ska accepteras som alternativ till domstolsprövning, men också vilka faktorer som det är möjligt för parterna att avstå från.

24. Partiella avståenden från domstolsprövning analyseras nedan i del IV.

– Spelar det någon roll vilken alternativ tvistlösningsform som parterna anger, och om så är fallet, *varför* accepterar rättsordningen att parter avstår från domstolsprövning till förmån för vissa alternativa tvistlösningsformer medan det inte är möjligt att avstå till andra? Vilka *faktorer* avgör om ett avstående till förmån för en alternativ tvistlösningsform accepteras av rättsordningen som alternativ till domstolsprövning?

Civilprocessen utgår från att de olika aktörerna har tilldelats skilda roller där parterna styr över vissa delar, medan domstolen har till uppgift att bestämma över andra delar. Det är troligt att denna roll- och maktfördelning också påverkar parternas utrymme att ingå bindande processuella överenskommelser. Dessutom ger civil- och processrättsliga överenskommelser upphov till skilda rättsverkningar, vilket innebär att det får betydelse om ett avtalsvillkor tolkas som en materiell- eller en processuell överenskommelse. När det gäller den andra kategorin av processuella överenskommelser behandlas därför följande frågor:

– Ger svensk rätt parterna rättigheten att ingå processuella överenskommelser där parterna avstår från någon del av civilprocessen?
– Om ja, vilka delar av civilprocessen är det möjligt för parterna att avstå från?
– Vilken betydelse för överenskommelsens rättsverkningar har utformning av avtalsvillkoret?

Ett centralt förhållande för avhandlingen är att civilprocessen är uppbyggd i enlighet med den ovan beskrivna kontradiktoriska modellen och de grundläggande element som kännetecknar denna modell. Rättsstaten har ett ansvar att garantera medborgarna en rättskipning som är uppbyggd på ett sådant sätt. En i avhandlingen uppställd hypotes är, att om ett alternativt tvistlösningsförfarande uppfyller den kontradiktoriska modellens element i tillräcklig utsträckning, bör det vara möjligt för parterna att välja detta tvistlösningsförfarande framför civilprocessen. I avhandlingen besvaras därför också frågan:

– Måste samtliga element i den kontradiktoriska modellen vara uppfyllda för att rätten till domstolsprövning ska vara tillgodosedd eller får parterna med bindande verkan avstå från något av dessa element?

Som ska visas nedan i denna avhandling är en sedan länge rådande princip i civilprocessen att processuella överenskommelser *per se* är *ogiltiga* om det saknas stöd i lag för överenskommelsen.[25] I avhandlingen presenteras en alternativ bedömningsmodell som har sin utgångspunkt i olika argument

25. Denna princip behandlas nedan under avsnitt 6.3.

framförda i den juridiska doktrinen.[26] I avhandlingen besvaras därför också frågan:

– Skulle ett alternativt sätt att bedöma processuella överenskommelser kunna vara att utgå från att sådana överenskommelser *per se* är *giltiga* om inte skäl av nämnvärd styrka talar för att de är overksamma?

1.4 Avgränsningar

1.4.1 *Allmänna avgränsningar*

Utgångspunkten för avhandlingen är svensk rätt och något komparativt perspektiv anläggs inte. Det saknas tidigare rättsvetenskapligforskning i Sverige som tar ett helhetsgrepp om i vad mån parter genom avtal får avstå från rätten till domstolsprövning. Jag har därför valt att enbart analysera avhandlingens frågor i förhållande till svensk rätt. Det innebär dock inte att internationella rättskällor är irrelevanta. Tvärtom kan sådana rättskällor belysa hur olika problem har lösts i en annan rättsordning för att på så sätt ge perspektiv på det sätt på vilket en viss överenskommelse bedöms enligt svensk rätt. I denna studie används internationella rättskällor enbart i detta syfte.[27]

Avhandlingen behandlar dispositiva tvistemål mellan privaträttsliga subjekt som agerar kommersiellt. Utgångspunkten är att parterna i ett större materiellt huvudavtal också för in avtalsvillkor som reglerar processuella frågor där parterna, på det sätt som beskrivits inledningsvis, avstår från rätten till domstolsprövning. Utanför studien faller därmed konsumenttvister och andra tvister där den ena parten har en underlägsen ställning eller utgör ett särskilt skyddsvärt objekt. Inte heller arbetsrättsliga tvister omfattas av avhandlingen.

Det kan naturligtvis råda obalans även mellan två kommersiella parter, vilket i sin tur kan komma att påverka hur ett avtal mellan sådana parter ska bedömas i ett enskilt fall. Detta gäller inte minst när avtalets civilrättsliga verkningar ska avgöras. Ett exempel är giltigheten av en skiljeklausul mellan två kommersiella parter där den ena parten har en betydligt starkare ekonomisk ställning jämfört med den andra. Denna typ av civilrättsliga frågor faller dock utanför avhandlingen. Om de ojämlika styrkeförhållandena skulle kunna få betydelse för avtalsvillkorens processuella rättsverkningar, kommer detta att anges särskilt.

Avhandlingen har ett processrättsligt perspektiv, men de i avhandlingen behandlade överenskommelserna har också en civilrättslig sida. Det kan tänkas att även om ett avtalsvillkor skulle vara processuellt overksamt, skulle det kunna ge upphov till någon form av civilrättslig verkan, exempelvis ge upp-

26. Se nedan under avsnitt 7.3, 19.4.4 och 19.5.3.
27. Angående det europarättsliga och internationella materialet se nedan under avsnitt 1.5.7.

hov till ett skadeståndsansvar för den part som i strid med avtalet agerar inför en domstol. Dessa olika civilrättsliga verkningar omfattas dock inte av avhandlingen och därmed kommer inte de olika exempelklausulernas civilrättsliga verkningar att utredas. Inte heller behandlas frågan om överenskommelserna bör/ska sättas ur spel med stöd av avtalsrättsliga ogiltighets- och jämkningsregler. Detta spännande civilrättsliga ämne har jag för avsikt att utreda i ett kommande forskningsprojekt. Ett avtalsvillkors civilrättsliga verkningar kan dock ibland få betydelse för handläggningen av en tvist inför domstol samt vid domstolens sakprövning. Detta kommer att behandlas i avhandlingen.[28] Däremot utreds inte hur denna sakprövning kommer att falla ut rent civilrättsligt i ett enskilt fall.

Som nämndes ovan innefattar avhandlingen enbart överenskommelser som ingås frivilligt mellan parterna och innan det har uppkommit någon tvist mellan dem. Jag har velat undersöka i vilken utsträckning parter på ett mer principiellt plan får reglera frågor som berör den grundläggande rätten till domstolsprövning utan att parterna vid avtalsskrivandet vet om det uppkommer en tvist i framtiden eller hur en sådan tvist skulle kunna gestalta sig. Sådana överenskommelser kan också ingås efter det att en tvist har uppkommit, exempelvis kan parterna sedan en tvist har uppkommit komma överens om att tvistlösningen ska genomföras i ett alternativt tvistlösningsförfarande eller att vissa processuella frågor med anledning av tvisten, ska hanteras och handläggas på ett specifikt sätt inom civilprocessen. De rättsliga verkningarna av sådana överenskommelser faller dock utanför avhandlingen. Det innebär också att den förlikningsverksamhet som sker inför domstolen inom ramen för civilprocessen samt särskild medling inte kommer att analyseras särskilt.[29] Däremot analyseras i vissa fall parternas ensidiga processhandlingar inför domstolen i avsikt att markera skillnaden mellan de fall när parterna på förhand har ingått en processuell överenskommelse och de fall när parternas agerande genom ensidiga processhandlingar under en pågående domstolsprocess får betydelse för domstolens tolkning och bedömning av en överenskommelse.

Det förekommer också att parter genom lag är skyldiga att delta i någon form av alternativ tvistlösningsform om det skulle uppkomma en tvist mellan dem. Ett exempel på ett sådant tvistlösningsförfarande återfinns i arbetsrätten. Parterna har där en förhandlingsskyldighet som innebär att de i första hand ska försöka nå enighet i tvistefrågorna genom förhandling.[30] Först därefter får tvisten prövas av Arbetsdomstolen.[31] Förhandlingsskyldigheten gäller förhandlingar som påkallats enligt lagen om medbestämmande i arbets-

28. Se nedan under avsnitt 1.5.4. där denna problematik presenteras.

29. 42 kap. 17 § RB.

30. När det gäller medling i arbetstvister se vidare bl.a. *Nyström, Birgitta*, Medling i arbetstvister. Även *Gellner, Lars* och *Sydolf, Lars*, Tvistelösning i arbetsrätten: förhandling och process.

31. 4 kap. 7 § Lag (1974:371) om rättegång i arbetstvister.

livet eller som anges i förhandlingsklausuler i kollektivavtal.[32] Även i aktiebolagsrätten, när det gäller tvister med anledning av tvångsinlösen av minoritetsaktier, finns ett exempel på en genom lag stadgad tvistlösningsordning där parterna påtvingas skiljeförfarande som tvistlösningsmetod, ett så kallat legalt skiljeförfarande.[33] Mot bakgrund av avhandlingens syfte framgår att avtalet är centralt för studien. Det innebär att alla de situationer där parterna genom lag tvingas att delta i ett särskilt tvistlösningsförfarande faller utanför avhandlingen.[34]

1.4.2 *Avgränsningar relaterade till överenskommelserna*

Processuella överenskommelser kan ges olika innehåll och förekomma i många olika sammanhang. De kan vara tydligt formulerade, så att det enkelt kan utläsas att överenskommelsen reglerar en processuell fråga, men de kan också vara otydligt formulerade på ett sätt som gör det mera tveksamt om parterna har avsett att reglera en processuell eller en civilrättslig fråga. Inom ramen för denna avhandling kan många skilda varianter av processuella överenskommelser aktualiseras. Vissa avgränsningar har därför varit nödvändiga.

När parterna avstår *helt* från civilprocessen till förmån för en alternativ tvistlösningsform behandlar denna avhandling tre olika former av alternativa tvistlösningsförfaranden; skiljeförfaranden, privatdomarförfaranden och förfaranden där parterna själva agerar beslutsfattare.[35] Eventuella andra former av privata alternativa tvistlösningsförfaranden faller utanför avhandlingens område.[36] Utanför avhandlingen faller också alternativa tvistlösningsformer som tillhandahålls av staten. Ett exempel på ett sådant förfarande är förfaranden inför allmänna reklamationsnämnden. Som nämndes ovan behandlas inte heller domstolsanknuten medling, särskild medling.[37] Denna form av medling aktualiseras först sedan käranden har väckt talan inför

32. Jfr 46–53 §§ Lagen om medbestämmande i arbetslivet.

33. 22 kap. 5–6 och 24 §§ ABL. Reglerna i aktiebolagslagen är numera förenade med en överprövningsrätt i allmän domstol, till skillnad från tidigare då lagen enbart föreskrev skiljeförfarande som tvistlösningsform vid den här typen av tvister. Efter att denna förfarandeordning kritiserats av Europadomstolen och Europakommissionen infördes möjligheten till överprövning i allmän domstol, jfr *Bramelid och Malmström* mot *Sverige*, beslut den 12 oktober 1982 (målet avgjordes av Europakommissionen). Jfr även SOU 1994:81 s. 251 f. samt *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 196. När det talas om skiljeförfarande i denna avhandling avses ett konventionellt skiljeförfarande, dvs. parterna har genom ett skiljeavtal kommit överens om att hänskjuta tvister dem emellan till en skiljenämnd.

34. Angående tvingande medling som följer av lag se vidare *Stitt, Allan J.* Mediation: a practical guide, s. 39 och där gjord hänvisning. Även *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.*, ADR Principles and Practice, s. 135 f.

35. Dessa tre olika tvistlösningsförfaranden analyseras i förhållande till den kontradiktoriska modellen nedan i kapitel 10 och 11.

36. De allra flesta former av tvistlösning går dock att passa in under någon av de tre grupperna. Dessa grupper av tvistlösning uppvisar en stor flexibilitet och, förutom när det gäller skiljeförfarandet, saknas det någon tydlig struktur och processordning för tvistlösningsformen.

37. 42 kap. 17 § 2 st. RB.

tingsrätten och inte genom att parterna på förhand ingår ett tvistlösningsavtal om medling.

Avsikten med analysen av processuella överenskommelser där parterna avstår helt från civilprocessen till förmån för en privat alternativ tvistlösningsform, är att peka på likheter och skillnader mellan civilprocessen och de valda alternativa tvistlösningsformerna i förhållande till de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen, för att på detta sätt slutligen kunna svara på avhandlingens frågor. Det kommer dock inte att ges någon samlad bild av vad som innefattas i de valda alternativa tvistlösningsformerna, hur dessa vanligen är organiserade och hur förfarandet i detalj ska genomföras. Inte heller kommer frågan om det lämpliga i att välja ett specifikt tvistlösningsförfarande i stället för civilprocessen att behandlas. Det kan också tänkas att parterna inför ett alternativt tvistlösningsorgan, exempelvis en skiljenämnd, skulle åberopa olika processuella överenskommelser. Avhandlingen tar dock enbart sikte på vilken processuell rättsverkan sådana överenskommelser ger upphov till om de åberopas *inför domstol* inom ramen för civilprocessen.

Överenskommelser där parterna endast avstår *delvis* från civilprocessen kan omfatta många skilda situationer. Det skulle exempelvis kunna handla om avtal om talerätt, avtal med åberopandeförbud av vissa rättsfakta, olika varianter av bevisavtal, avtal om handläggnings- och procedurfrågor, avtal om rättskraftens omfattning, avtal om rättegångskostnadernas fördelning och avtal om överprövningsförbud. I denna avhandling begränsas de partiella avståendena från domstolsprövning till överenskommelser om en parts rätt att utforma och föra sin talan, delar av förfarandet, bevisvärderingen, rättstillämpningen, överprövningsförbud och en stadfästelsedoms innehåll. På så sätt täcks skilda delar av det kronologiskt uppbyggda förfarandet inom civilprocessen in. Med detta vill jag visa att processuella överenskommelser kan få betydelse genom hela processen. Problematiken på varje område illustreras genom att olika typer av processuella överenskommelser återges i exempelklausuler. Urvalet av dessa processuella överenskommelser har gjorts mot bakgrund av olika avtalsvillkor från det praktiska rättslivet, exempelvis avtalsvillkor som har behandlats och återgivits i avgöranden från Högsta domstolen och vissa hovrätter samt i partsavtal. Överenskommelserna speglar på ett intressant sätt den problematik som uppkommer när parter reglerar processuella frågor inom respektive område. Däremot har inte alla tänkbara processuella överenskommelser som kan hänföras under de ovan angivna områdena behandlats.

Utanför avhandlingen faller exempelvis avtal om rättskraft. Det framstår som osannolikt att parterna redan i huvudavtalet skulle reglera frågor om en eventuellt kommande doms rättskraft. Däremot aktualiseras frågan om rättskraftens omfattning i samband med avtal om en stadfästelsedoms innehåll. I detta sammanhang kommer rättskraftsproblematiken att beröras utan

att rättskraftsinstitutet som sådant och rättskraftens omfattning kommer att behandlas på ett mera allmänt och ingående sätt.

Ett annat område som faller utanför avhandlingen är överenskommelser mellan parterna om rätten till information i syfte att säkra bevisning. I samband med sådana överenskommelser skulle bestämmelserna om edition i rättegångsbalken kunna aktualiseras. Då detta är ett omfattande område som redan har behandlats utförligt i doktrin och praxis, har jag valt att inte behandla avtal om att få tillgång till information i relation till bestämmelserna om edition i rättegångsbalken.[38]

Avhandlingen är en processrättslig studie och av den anledningen behandlas inte avtal om bevisbördans placering. Bevisbörderegler ses snarast som en del av civilrätten och inte som en del av processrätten.[39]

I avhandlingen illustreras olika processuella överenskommelser genom exempelklausuler. Sådana klausuler kan formuleras på många skilda sätt. Jag har valt att använda mig av förhållandevis enkelt formulerade exempelklausuler. Dessa används enbart för att åskådliggöra hur olika processuella överenskommelser skulle kunna formuleras och för att göra det möjligt att på ett pedagogiskt sätt illustrera de problem som kan uppkomma i förhållande till civilprocessen när parter reglerar processuella frågor genom avtal. Avsikten är inte att genomföra en fullständig och allsidig analys av varje enskild exempelklausuls samtliga rättsverkningar. Inte heller används klausulerna för att empiriskt reda ut om ett specifikt avtalsvillkor alltid eller vanligen formuleras på det angivna sättet. Vid tolkningen av exempelklausulerna utgår jag helt från klausulens lexikaliska utformning. Tolkningen bygger också på antagandet att det vid avtalsslutet har förelegat en gemensam partsavsikt om att ge de diskuterade villkoren processrättsliga verkningar.[40]

1.4.3 *Avgränsningar relaterade till rätten till domstolsprövning*

Rätten till domstolsprövning har sin grund i en rättsskyddstanke där rättsstaten har ett ansvar att tillhandahålla medborgarna domstolar och en rättvis rättegång där domstolsprövningen ska vara uppbyggd så att vissa grundläggande element tillgodoses. En utgångspunkt för avhandlingen är att detta ansvar typiskt sett uppfylls genom att lagstiftaren utformar rättskipningsförfarandet i enlighet med den ovan presenterade kontradiktoriska modellen.

38. När det gäller edition och parters rätt att få tillgång till information i syfte att säkra bevisning, se vidare, *Fitger, Peter*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 38 kap. 2 och 3 §§ och *Westberg, Peter*, Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål. Jfr även NJA 1998 s. 590, NJA 2011 s. 241 och NJA 2012 s. 289.

39. Jfr *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt II, s. 33 ff., *Heuman, Lars*, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 56, *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 117 f.

40. När det gäller tolkning av de i avhandlingen behandlade exempelklausulerna se också nedan under avsnitt 1.5.2 och 1.5.6.

När det i avhandlingen talas om en rättsstat avses en demokratisk sådan. Själva demokrati- och rättsstatsbegreppet kan diskuteras och listan över förklaringar avseende vad begreppen innehåller och hur en demokratisk rättsstat ska definieras kan göras mycket lång.[41] I denna avhandling ska dock inte göras någon djupare analys av vad som innefattas i begreppen.[42] Begreppet en demokratisk rättsstat används enbart för att beskriva och synliggöra den allmänna föreställning som finns om rättsstatens ansvar att tillhandahålla samhällsinvånarna en rätt till domstolsprövning av sina civila rättigheter och skyldigheter.[43]

I samband med att rätten till domstolsprövning utreds används begrepp såsom rättvis och rättssäkerhet. Innebörden i dessa begrepp kan det råda delade meningar om, men detta kommer inte att problematiseras och analyseras i denna avhandling. Istället utgår avhandlingen från att dessa begrepp ges en given definition.[44]

Europadomstolen har slagit fast att det under vissa förutsättningar är möjligt för parter att avstå från rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR och de rättigheter som garanteras av denna artikel. De allmänna förutsättningar som ska vara uppfyllda är att avståendet har gjorts *frivilligt*, att det *otvetydigt* framgår av avtalet att parternas vilja är att avstå från en eller flera av rättigheterna i artikel 6 (1) EKMR, att det *inte strider mot något allmänt intresse* att acceptera avståendet samt att det finns ett *legitimt skäl* att acceptera avståendet och att accepterandet av avståendet står i rimlig *proportion* till de syften som upprätthålls av artikel 6 (1) EKMR. Avsikten är emellertid inte att avgöra om de i avhandlingen analyserade överenskommelserna verkligen uppfyller dessa allmänna förutsättningar i ett konkret fall. Det är inte möjligt att göra en fullständig och allsidig analys av varje enskild exempelklausul i förhållande till dessa allmänna förutsättningar. En sådan analys kräver kunskap om parterna, avtalsförhandlingarna och andra med avtalsslutandet relaterade frågor. Däremot kommer den principiella innebörden av de allmänna förutsättningarna för avståenden att analyseras. I den mån en specifik grupp av överenskommelser kan ge upphov till generella problem i förhållande till dessa allmänna förutsättningar, har detta också problematiserats.[45]

41. För vidare läsning om demokrati- och rättsstatsbegreppet se exempelvis *Held, David*, Demokratimodeller, s. 195–336 och *Peczenik, Aleksander*, Vad är rätt?, s. 50 ff. och 63 ff., *Frändberg, Åke*, Begreppet rättsstat, s. 251 ff. och Rättsstatens organisation, s. 265 ff. samt *Tuori, Karlo*, Rättsstatsbegreppet: polemik och paradox, s. 289 ff.

42. Begreppet rättsstat såsom de används i avhandlingen beskrivs nedan i avsnitt 1.6.

43. Vad avser domstolarnas roll i en rättsstat se vidare bl.a. *Algotsson, Karl-Göran*, Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet, s. 15 f., *Bull, Thomas*, JT 1999–00, s. 794–807 och JT 2000–01, s. 26–47, *Frändberg, Åke*, Rättsstatens organisation, s. 265 ff. och *Holmström, Barry,* Domstolar och demokrati – Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland, 1998.

44. Se vidare nedan under avsnitt 1.6.

45. De allmänna förutsättningarna för avståenden från rättigheter garanterade enligt artikel 6 (1) EKMR som Europadomstolen har slagit fast behandlas nedan i avsnitt 6.5.

1.5 Metod och material

1.5.1 *Metodologiska utgångspunkter*

Detta är en rättsvetenskaplig studie, vars syfte är att utreda och fastställa gällande rätt när det gäller privata rättssubjekts möjlighet att genom avtal, med bindande verkan, helt eller delvis avstå från rätten till domstolsprövning.[46] Avhandlingen behandlar olika varianter av processuella överenskommelser. I vad mån det är möjligt att ingå sådana överenskommelser, vad som utgör en processuell överenskommelse samt vilken processrättslig verkan dessa ska ges har inte tidigare varit föremål för någon sammanhängande studie i Sverige. Forskningsuppgiften har därför varit att systematisera och klassificera olika processuella överenskommelser samt analysera vilken processrättslig verkan dessa överenskommelser bör ges när de åberopas inför en domstol. En lämplig metod för denna uppgift är den rättsdogmatiska. För att kunna svara på de inledningsvis uppställda frågorna analyseras, utifrån ett civilprocessuellt perspektiv, vad som är gällande rätt inom de delar av civilprocessen som aktualiseras i avhandlingen. På så sätt kan innehållet i rätten identifieras och systematiseras. Det är först när innehållet i rätten har fastställts och systematiserats som det går att göra några uttalanden om varför rätten ser ut som den gör och vilka faktorer som har påverkat att rätten ser ut på detta sätt.[47]

Inom ramen för avhandlingens övergripande syfte ligger att analysera om det går att dra någon gräns mellan vad som är ett rättsligt bindande avstående från domstolsprövning och vad som inte är det. Metoden innebär att en grundläggande del av analysen avser tolkning av rättsliga normer och rättsliga principer inom civilprocessrätten. Det är också aktuellt att beakta vissa andra rättsområden, framför allt delar av den konstitutionella rätten, som har betydelse för att innehållet i civilprocessrätten ska kunna fastställas avseende det syfte och de frågor som behandlas i avhandlingen.[48] Detta sätt att tolka och systematisera gällande rätt kan tillämpas inom processrätten, men även inom den konstitutionella rätten.[49]

Tillämpningen av den rättsdogmatiska metoden för att kunna slå fast gällande rätt, innefattar att författaren måste förhålla sig till olika rättskällor. Detta kan stundtals vara en svår uppgift, inte minst när de nationella rättskällorna såsom lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin kompletteras med

46. Jfr *Zahle, Henrik*, Om at forske i retten og dømme i retten, s. 15 ff., där begreppet gällande rätt diskuteras.

47. Jfr *Jareborg, Nils*, SvJT 2004 s. 1 ff., *Peczenik, Aleksander*, SvJT 2005 s. 249 ff. och *Sandgren, Claes*, JT 2004–05 s. 297 ff.

48. Även civilrättsliga regler nämns i vissa sammanhang i avhandlingen, men denna syftar inte till att slå fast innehållet i sådana civilrättsliga regler. Studien genomförs utifrån ett processrättsligt perspektiv, jfr ovan under avgränsningar avsnitt 1.4.1.

49. Jfr *Peczenik, Aleksander*, SvJT 2005 s. 249 f. och *Lavin, Rune*, Är förvaltningsrättslig forskning rättsdogmatisk?, s. 115 (117 ff.).

internationella källor som genom olika åtaganden utgör gällande rätt på nationell nivå. I källmaterialet inkluderas även europarättsliga källor med anknytning till Europakonventionen och EU-rätten, men detta medför inte någon principiell förändring med avseende på de metodologiska utgångspunkterna. I ett nationellt rättsdogmatiskt perspektiv kan knappast sådana europarättsliga källor sägas skapa en ny form av rättsordning. Att källmaterialet utvidgats och att europarättsliga källor inkluderas innebär dock att den nationella processrätten måste tillämpas med beaktande av nya hänsyn. Det ger också skäl att kritiskt granska tillämpningen av den nationella rätten i ljuset av europarätten.[50] Detta sker genomgående i avhandlingen genom att de olika problem som analyseras också belyses mot bakgrund av det europarättsliga materialet.[51]

1.5.2 *I gränslandet mellan civil- och processrätt*

Avhandlingsämnet rör sig i gränslandet mellan civil- och processrätt, vilket får betydelse när rättsverkningarna av de i avhandlingen behandlade processuella överenskommelserna ska bedömas. I civilrätten är avtalet och avtalsfriheten central medan processrätten präglas av regler som till stor del är tvingande för parterna. Endast i vissa i lag specificerade fall har parterna tilldelats mandat att själva styra över tillgången till domstolsprövning och förfarandets genomförande.

Även om ett avtalsvillkor är civilrättsligt bindande behöver det inte betyda att det också ger upphov till de processuella rättsverkningar som parterna kanske har avsett med villkoret. Ett exempel är när parterna har tillfört avtalet en tvistlösningsklausul där de har kommit överens om att framtida tvister dem emellan ska lösas genom medling och parterna har förbundit sig att inte väcka talan innan medlingen har genomförts. Som ska visas nedan saknar ett sådant avtalsvillkor den processrättsliga verkan processhinder. Om en part, utan att först samverka till medling, väcker talan inför tingsrätten, kan inte motparten med framgång åberopa att avtalsvillkoret utgör ett hinder för processen inför tingsrätten. Däremot kan mycket väl avtalsvillkoret vara civilrättsligt bindande på så sätt att det inte kan sättas ur spel med hjälp av civilrättsliga jämknings- och ogiltighetsregler och en överträdelse skulle eventuellt kunna ge upphov till civilrättsliga påföljder. Som nämndes ovan kommer inte överenskommelsernas eventuella civilrättsliga verkningar att utredas vidare i denna avhandling.[52] För förståelsen av forskningsresultatet är det dock viktigt att ha klart för sig den problematik som följer av att avhandlingsämnet rör sig i gränslandet mellan civil- och processrätt.

50. Jfr *Andersson, Torbjörn*, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler, s. 24.

51. Vilket källmaterial som har använts i avhandlingen och hur detta har används beskrivs nedan under avsnitt 1.5.6 och 1.5.7.

52. Jfr ovan under avsnitt 1.4.1.

Den ovan redovisade problematiken får också betydelse när ett avtal ska tolkas. I vad mån en part har en civilrättslig rättighet eller skyldighet avgörs i första hand av de civilrättsliga reglerna på området. I de fall när parterna har ersatt dispositiv civilrätt med ett avtal, kommer frågan om en part har rätt att göra gällande en civilrättslig rättighet att avgöras mot bakgrund av avtalet som anses spegla parternas gemensamma vilja. Många gånger måste avtalet tolkas för att den gemensamma partsviljan ska kunna fastställas.[53] Inom civilrätten finns det en väl utvecklad och etablerad tolkningslära även om det kan råda delade meningar om vilken tolkningsmetod som ska tillämpas i ett specifikt fall.[54]

När det gäller processuella överenskommelser finns det inte någon enhetlig definition av vad som utgör en processuell överenskommelse.[55] Man kan ibland se att det i lagstiftningssammanhang, praxis och doktrin används uttryck såsom ”avtal om processuella frågor”, ”processuella överenskommelser”, ”processavtal” och liknande. Det saknas också en etablerad tolkningslära avseende sådana överenskommelser. Resultatet av min forskning visar att en processuell överenskommelse endast är bindande om den har stöd i lag. För att avgöra ett avtals processuella rättsverkan måste det först slås fast om avtalsvillkoret verkligen ger uttryck för en processuell överenskommelse. Denna tolkningsoperation skiljer sig sannolikt inte från den som görs när ett specifikt avtalsvillkors innehåll ska tolkas civilrättsligt. Mot bakgrund av detta, och i avsaknad av en etablerad tolkningslära för den här typen av överenskommelser, är det rimligt att de etablerade civilrättsliga tolkningslärorna används även avseende så kallade processuella överenskommelser. Som inledningsvis nämndes utgår denna avhandling från antagandet att det föreligger en gemensam partsavsikt om att ge de diskuterade avtalsvillkoren processuella rättsverkningar.[56] Problemet är dock att fastställa vilka dessa rättsverkningar är och vilken processuell rättighet som parterna har avsett att avstå från genom överenskommelsen.

För att det ska gå att dra slutsatser om innebörden i ett enskilt avtalsvillkor bör avtalsvillkoret tolkas mot bakgrund av hela den kontext i vilken villkoret förekommer.[57] Inte bara den lexikaliska utformningen utan även avtalsvillkorets placering i huvudavtalet får betydelse för en sådan tolkning.

53. Jfr *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt II, s. 57 f.

54. När det gäller civilrättslig tolkning av avtal se bl.a. *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt II, *Lehrberg, Bert*, Avtalstolkning samt *Ramberg, Jan* och *Ramberg, Christina*, Allmän avtalsrätt, framför allt del III.

55. Hur uttrycket processuella överenskommelser ska förstås i denna avhandling beskrivs nedan under avsnitt 1.6 och sådana överenskommelser problematiseras sedan i kapitel 7.

56. Se ovan under avsnitt 1.4.2.

57. Jfr NJA 1992 s. 403 där Högsta domstolen slog fast att ett avtal bör ses som en sammanhängande helhet. Vid tolkningen av en avtalsbestämmelse kan man därför ofta hämta ledning i andra avtalsbestämmelser. Jfr också *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt II, s. 45 ff.

Dessutom kan också information från de avtalsförhandlingar som har föregått avtalet vägas in. I avhandlingen illustreras processuella överenskommelser med exempelklausuler. Det ska dock poängteras att exempelklausulerna i denna avhandling är just exempel på hur olika processuella överenskommelser kan formuleras. Av denna anledning är det inte möjligt att säkert fastställa vilka processuella rättsverkningar som parterna avsett uppnå med överenskommelsen eller vilken processuell rättighet som de har avsett att avstå från. Det finns inte heller ett större huvudavtal att tillgå i vilket de aktuella överenskommelserna är införda, och mot bakgrund av vilket de aktuella överenskommelserna ska tolkas. Avtalstolkningen begränsas därför i denna avhandling till exempelklausulernas lexikaliska utformning.[58]

1.5.3 *Analysredskap*

Som ett viktigt analysredskap används det som i avhandlingen benämns den kontradiktoriska modellen. Denna modell utgår från att rätten till domstolsprövning innefattar dels en *rätt att få tillgång till en prövning vid domstol*, dels en rätt till att *rättegången vid domstolen består av vissa grundläggande element* som gör rättegången rättvis. Formulerad på detta vis säger rätten till domstolsprövning inte något om parternas rätt att *avstå* från domstolsprövning genom att välja en alternativ tvistlösningsform eller genom att avstå från en del av domstolsprövningen. För att kunna svara på frågan om parterna med bindande verkan får göra sådana avståenden, krävs därför en analys i flera steg som bygger på följande utgångspunkter.

Den kontradiktoriska modellen används för att identifiera de grundläggande elementen i svensk civilprocess när det gäller rätten till domstolsprövning. Det första steget i analysen är att klarlägga och tydliggöra hur dessa element kommer till uttryck i svenska *nationellt tillkomna regler och principer*. I det andra steget av analysen ska svensk rätt jämföras med rätten till domstolsprövning så som denna uttrycks i *artikel 6 (1) EKMR*.[59] Avsikten med detta steg är att klargöra i vilken utsträckning som svenska nationellt tillkomna regler och principer överensstämmer med rätten till domstolsprövning så som detta uttrycks i artikel 6 (1) EKMR.[60] Först när detta har slagits fast kan det utredas i vad mån parter får avstå från rättigheten.

Det tredje och avslutande steget i analysen är därmed att jämföra de i avhandlingen behandlade kategorierna av avståenden från domstolsprövning med civilprocessen så som denna har fastslagits i de ovan nämnda stegen 1–

58. Adlercreutz och Gorton framhåller att det inte heller är ovanligt att en domstol är helt hänvisad till lydelsen av ett avtal när inget annat material till belysning av parternas avsikt finns att tillgå, *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt II, s. 60.

59. Angående det europarättsliga materialet se nedan under avsnitt 1.5.7.

60. Europakonventionen har genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, inkorporerats med svensk rätt.

2.[61] Det måste annorlunda uttryckt göras klart vad det är en part avstår från innan det är möjligt att göra uttalanden om vilka avståenden som accepteras.

Den kontradiktoriska modellen används med andra ord för att identifiera de grundläggande element som kännetecknar civilprocessen när det gäller rätten till domstolsprövning. Den rättsdogmatiska metoden används sedan för att analysera hur dessa element tar sig uttryck i svensk civilprocess för att på så sätt kunna dra slutsatser om i vilken utsträckning det är möjligt för enskilda parter att avstå från hela eller delar av civilprocessen. Avhandlingen avser också svara på frågan varför vissa processuella överenskommelser är accepterade i svensk rätt medan andra inte är det. För att kunna göra detta krävs en kartläggning av skälen bakom rådande ordning inom civilprocessen. Dessa skäl diskuteras löpande när det slås fast hur de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen återspeglas i civilprocessen.

Olika varianter av avståenden från rätten till domstolsprövning presenteras i två olika delar. Den första omfattar processuella överenskommelser där parterna avstår helt från civilprocessen, med eller utan angivande av inom vilken alternativ tvistlösningsform som en tvist mellan parterna ska lösas.[62] De valda alternativa tvistlösningsformerna ska analyseras i förhållande till de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen såsom dessa kommer till uttryck i civilprocessen och artikel 6 (1) EKMR, för att på så sätt kunna svara på avhandlingens frågeställningar. I den andra delen görs motsvarande analys i förhållande till processuella överenskommelser där parterna avstår endast från någon del av civilprocessen.[63] Under respektive del kommer överenskommelserna att illustreras genom olika exempelklausuler.

1.5.4 *Processuella typsituationer*

De i denna avhandling behandlade processuella överenskommelserna ingås mellan parterna innan det har uppkommit en tvist. Den processuella överenskommelsen tillförs huvudavtalet genom ett avtalsvillkor. Avtalsvillkorens rättsliga verkningar visar sig sedan när villkoren åberopas inför en domstol efter det att en tvist som omfattas av huvudavtalet har uppkommit mellan parterna. Nedan ska två olika situationer där avtalsvillkoren får betydelse i processen illustreras.

Typsituation I,

Den första situationen utgår från att käranden väcker talan i strid med avtalsvillkoret, eller gör ett åberopande i strid med villkoret. Därefter gör svaranden en invändning om ett motfaktum; att innehållet i avtalsvillkoret gäller.

61. Den stegvisa analysen genomförs i avhandlingens del III när det gäller totala avståenden från domstolsprövning och i del IV när det gäller partiella avståenden från domstolsprövning.

62. Denna form av avståenden behandlas nedan i avhandlingens del III.

63. Denna form av avståenden behandlas nedan i avhandlingens del IV.

Typsituation II,
Den andra situationen utgår från att käranden väcker en talan som är förenlig med innehållet i avtalsvillkoret och det är istället svaranden som gör en invändning som står i strid med villkoret.

Båda typsituationerna skulle kunna uppkomma och det kan egentligen inte sägas att den ena situationen är mer typisk än den andra. Av framställningstekniska skäl utgår denna studie dock från den första typsituationen om inte något annat särskilt anges.

Framställningen utgår också från att svaranden med åberopandet av villkoret i första hand vill skapa en *avvisningseffekt* avseende den omständighet som regleras i villkoret och i andra hand, när villkoret även reglerar materiella frågor, menar svaranden att åberopandet av rättsfakta som omfattas av avtalsvillkoret utgör vad jag i denna avhandling har valt att kalla en *sakprövningsspärr*.[64] Det finns inte någon allmän vedertagen benämning på ett avtalsvillkors effekter för sakprövningen. För att på ett tydligt sätt kunna skilja mellan avtalsvillkors avvisningseffekt och dess betydelse för sakprövningen behövs det dock en benämning på den senare företeelsen. Av denna anledning använder jag mig av begreppet sakprövningsspärr.

Ett exempel på ett avtalsvillkors avvisningseffekt är att svaranden åberopar innehållet i en alternativ tvistlösningsklausul som grund för att domstolen saknar behörighet att pröva kärandens talan, med avsikt att domstolen ska avvisa denna. Ett annat exempel är att svaranden åberopar innehållet i ett avtalsvillkor där parterna har kommit överens om att en förhandling inför domstol ska vara skriftlig med avsikt att domstolen ska fatta ett handläggningsbeslut där kärandens begäran om muntlig handläggning avslås.

Ett exempel när ett avtalsvillkor kan ge upphov till antingen en avvisningseffekt eller en sakprövningsspärr är när avtalsvillkoret innehåller ett förbud för en part att åberopa vissa specifika rättsfakta. Om käranden väcker en talan i strid med avtalsvillkoret och svaranden invänder att avtalsvillkoret hindrar käranden från att föra den aktuella talan, måste domstolen avgöra vilken verkan det aktuella avtalsvillkoret har.

Om domstolen direkt, utan sakprövning, får avvisa kärandens talan eller invändning skulle svaranden inte behöva lägga tid, kraft och pengar på att föra en talan inför domstol med allt vad det innebär i de delar som omfattas av innehållet i det åberopade avtalsvillkoret. En prövning av kärandens talan skulle nämligen innebära att svaranden själv måste framställa åberopanden av invändningar, rättsfakta, och olika bevismedel till styrkande av dessa rättsfakta. Det kan vara en kostsam och långdragen process som svaranden vill

64. Detsamma gäller när käranden i typsituation II åberopar att avtalsvillkoret gäller. Käranden önskar då att avtalsvillkoret ska ges en avvisningseffekt så att svarandens åberopade invändning avvisas av domstolen. Jfr resonemanget nedan under avsnitt 13.2 där detta utvecklas.

undvika. Svaranden önskar därför ett avvisningsbeslut redan i inledningsskedet av processen.

Det är dock inte självklart att avtalsvillkoret ger upphov till en sådan avvisningseffekt. Det kan tänkas att det finns vissa situationer där en avvisningseffekt går att uppnå, men det finns också situationer där det inte är möjligt för en domare att avvisa kärandens talan eller särskilda invändning. Resultatet blir i dessa senare fall en lång och i många fall kostsam process för svaranden. Eventuellt skulle svaranden genom sin invändning kunna uppnå en sakprövningsspärr.[65] Denna spärr består i att när svaranden åberopar rättsfakta som omfattas av avtalsvillkoret, måste domstolen bedöma vilken verkan detta har för sakprövningen av tvisten. Ett giltigt avtalsvillkor ersätter de dispositiva rättsregler eller principer som skulle vara tillämpliga om inte avtalsvillkoret hade funnits. Avtalsvillkoret ger då upphov till en sakprövningsspärr. Om avtalsvillkoret är giltigt medför det att kärandens talan ska ogillas.

En sakprövningsspärr uppnås emellertid först vid domstolens sakprövning som sker vid överläggningen efter att hela civilprocessen har genomförts, både förberedelse och huvudförhandling. I detta fall har avtalsvillkoret en *"indirekt" processuell rättsverkan* för domstolens handläggning. Domstolen måste godta kärandens processhandling, åberopandet av ett påstått rättsfaktum, men innehållet i det av svaranden åberopade avtalsvillkoret kommer, istället för dispositiva materiella rättsregler, att läggas till grund för domarens sakprövning och därmed ge upphov till en sakprövningsspärr för kärandens talan.[66] Ett sätt att effektivisera handläggningen och sakprövningen skulle vara att sakpröva avtalsvillkorets betydelse före det att domstolen bedömer kärandens grund. I vad mån detta är möjligt avgörs av om domaren är bunden av någon särskild prövningsordning när det gäller åberopade rättsfakta.[67]

1.5.5 *Normer*

När domstolen ska avgöra en tvist ska den enligt principen om *jura novit curia* tillämpa och tolka olika normer. Vad som utgör en norm, hur dessa ska förstås och vilken juridisk betydelse de har när en domare ska tillämpa dem kan det råda delade meningar om. I denna avhandling diskuteras i olika sammanhang tre olika former av normer; *rättsregler*, vilket inkluderar *rättsliga principer*, *privata normer* samt *skälighetsnormer*. Inom ramen för *jura novit curia* faller det som benämns rättsregler och rättsliga principer, men inte de privata normerna och skälighetsnormerna.[68] Däremot är det i vissa fall möj-

65. Sakprövningsspärren aktualiseras endast när ett avtalsvillkor även reglerar materiella frågor. Ett avtalsvillkors verkan som sakprövningsspärr utvecklas ytterligare nedan i avsnitt 13.2 och 13.3.

66. Avtalsvillkorens betydelse för domstolens handläggning och sakprövning av tvisten på det nu beskrivna sättet omnämns fortsättningsvis en "indirekt processuell rättsverkan".

67. Avtalsvillkors betydelse för handläggningen och sakprövningen problematiseras nedan i avsnitt 13.2.

68. Principen om *jura novit curia* behandlas nedan under avsnitt 11.6.1 och i kapitel 16.

ligt för parterna att genom avtal ge instruktioner till domstolen eller andra alternativa tvistlösningsorgan att avgöra tvister mot bakgrund av privata normer och skälighetsnormer. Av denna anledning är det viktigt att tydliggöra vad som avses med rättsregler och rättsliga principer respektive privata normer och skälighetsnormer, samt vilken betydelse dessa har för domstolens rättstillämpning. Nedan beskrivs hur de olika normerna ska förstås och används i denna avhandling.

Domstolens uppgift är att avgöra om de omständigheter som har åberopats av parterna kan omfattas av rekvisiten i en rättsregel.[69] Domstolen ska tillämpa allmängiltiga rättsregler, det vill säga normer som hör till den offentliga rättsbildningen och som tillkommit i enlighet med den svenska lagstiftningsproceduren.[70] Denna tanke har sin grund i den grundlagsstadgade legalitetsprincipen i 1 kap. 1 § 3 st. RF. Rättskipningen utövas av domstolarna och normgivningen är förbehållen vissa offentliga aktörer inom rättsstaten.[71] I domstolens rättskipningsuppgift innefattas rättstillämpning och bevisvärdering.

I rättstillämpningsuppgiften innefattas för det första att domstolen, mot bakgrund av i målet åberopade rättsfakta, ska ta reda på vilken (eller vilka) rättsregler som aktualiseras i det enskilda fallet. Domstolens uppgift är för det andra att utreda hur den aktuella regeln ska tolkas och tillämpas samt om den är tillämplig i det enskilda fall som ska avgöras, det vill säga om regeln kan tillämpas på av parterna åberopade rättsfakta.[72] Denna tolknings- och tillämpningsoperation utför domstolen genom att ta del av och analysera andra rättskällor.[73] Allt detta gör domstolen *ex officio*. Parterna behöver således inte åberopa en särskild rättsregel eller lägga fram bevisning om hur denna ska tillämpas och tolkas.[74]

Till rättsregler i detta sammanhang räknas också *rättsliga principer* som utgör en form av oskrivna regler på vilka rättsordningen eller delar av denna vilar.[75] Det handlar om grundläggande principer som anses höra till ”gäl-

69. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 302 ff.

70. Jfr SOU 1994:99 del A, s. 51 ff. Även *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 342 f. och JT 2011–12 s. 168 ff.

71. 1 kap. 8 § RF. Rättskipningen behandlas i 11 kap. RF och normgivningsmakten i 8 kap. RF.

72. Jfr *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 342 f. Även *Frändberg, Åke*, Begreppet rättsstat, s. 262 f.

73. Jfr *Ekelöf Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 302 f. Se även *Bolding, Per Olof*, Bevisbördan och den juridiska tekniken, s. 37 och 47 samt *Lindell, Bengt*, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 406. Ekelöf benämner dessa fakta för ”rättstillämpningsfakta”, Bolding benämner dem ”rättskällefakta” och Lindell benämner dem ”tolkningsfakta. När det gäller de olika rättskällornas dignitet, se vidare *Peczenik, Aleksander*, Vad är rätt?, framför allt kapitel 3. Se även *Eckhoff, Torstein*, Rettskildelaere, särskilt kap. 2–8.

74. Jfr 35 kap. 2 § RB.

75. Den amerikanske rättsfilosofen Dworkin hävdar att domaren är bunden både av rättsregler och rättsprinciper, se vidare *Dworkin, Ronald*, Taking Rights seriously, s. 40 och 340. Angående rättsliga principer och dess betydelse för rättstillämpningen se exempelvis *Jareborg, Nils*, Vad är en princip?, s. 141 ff. och *Peczenik, Aleksander*, Vad är rätt?, s. 185 och 196 f.

lande rätt". En del av dessa har bekräftats genom domstolspraxis och därmed kommit att bilda en form av domstolssedvana.[76] Det kan råda delade meningar om vad som innefattas i en sådan rättslig princip och om denna är att jämföra med en rättsregel i det avseendet att den inom ramen för *jura novit curia* ska beaktas av domstolen i rättstillämpningen. Det kan handla om principer som gäller för ett specifikt materiellt område, exempelvis allmänna kontraktsrättsliga principer om obehörig vinst.[77] Det kan också handla om olika processprinciper som har betydelse för hur en tvist ska handläggas och genomföras inom ramen för civilprocessen, exempelvis kontradiktionsprincipen.[78] Det viktiga i nu aktuella sammanhang är att ha klart för sig att det kan finnas vissa rättsliga principer som domstolen inom ramen för *jura novit curia* ska beakta vid handläggningen och rättstillämpningen.

Inom civilrätten är det vanligt att parterna i ett avtal ersätter dispositiva rättsregler med *privata normer* av olika slag, exempelvis genom en hänvisning till ett standardavtal eller ett privat regelverk framförhandlat av någon organisation eller intressegrupp.[79] Parterna kan också ersätta dispositiva rättsregler med ett individuellt framförhandlat huvudavtal dem emellan. Har parterna hänvisat till en privat norm genom avtal utgör innehållet i denna norm rättsfakta som i enlighet med 17 kap. 3 § RB måste åberopas av en part för att domstolen ska beakta den. Parterna bestämmer om den privata normen ska bli processmaterial, inte domstolen.[80] Anta exempelvis att domstolen ska avgöra en tvist avseende fel i en vara där käranden yrkar påföljder enligt köplagen. Domstolen ska som utgångspunkt avgöra om de rättsfakta som käranden har åberopat till stöd för sin talan kan hänföras under rekvisiten i en rättsregel, i detta fall köplagens regler, så att de yrkade påföljderna får dömas ut. Har däremot svaranden åberopat innehållet i ett avtalsvillkor mellan parterna som sätter köplagens regler ur spel, ska domstolen avgöra vilken verkan villkoret har och om det är giltigt, lägga detta till grund för sakprövningen. Domstolen får emellertid inte *ex officio* inom ramen för *jura novit curia* beakta innehållet i avtalsvillkoret eller någon annan form av privat norm som

76. *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 343. Se även *Olivecrona, Karl,* Rättsordningen, idéer och fakta, s. 135 ff.

77. Jfr NJA 1993 s. 13. Även NJA 1989 s. 614, där Högsta domstolen bl.a. prövade tvisten mot bakgrund av "allmänna kontraktsrättsliga grundsatser". Hellner använder begreppet induktiv metod inom rättsvetenskapen som en benämning på företeelsen att ett antal regler och principer talar i samma riktning och därmed kan sammanfattas som en enhetlig princip, se vidare *Hellner, Jan*, Metodproblem i rättsvetenskapen, s. 71 f.

78. Ytterligare om allmänna processprinciper, se *Ekelöf, Per Olof*, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, del IV.

79. Exempelvis Principles of European Contract Law (PECL), Unidroit Principles of International Commercial Contracts och Draft Common Frame of Reference (DCFR) som alla utgör olika varianter av privaträttsliga regelverk på kontraktsrättens område.

80. Jfr *Grönfors, Kurt* och *Dotevall, Rolf*, Avtalslagen (1 maj 2014, Zeteo), kommentaren till Efterskrift till 1 kap. AvtL: sammanställning av olika modeller för avtalsgrundande rättsfakta.

den vet faktiskt tar upp den konkreta situationen.[81] Den privata normen blir relevant i processen först när innehållet i den åberopas som ett rättsfaktum.[82]

Kommer domstolen i exemplet ovan fram till att varan är felaktig och att hävning samt skadestånd kan dömas ut i enlighet med köplagens regler, får den inte stanna vid detta och bifalla käromålet. Har säljaren åberopat att det finns ett avtalsvillkor med en hänvisning till en form av *privat norm*, exempelvis reglerna om påföljder i PECL,[83] måste domstolen pröva avtalsvillkorets betydelse i det konkreta fallet, i det här fallet om PECL:s regler ska tillämpas.[84] Domstolen ska ställa sig frågan om avtalsvillkoret har en innebörd som fråntar den rätten att pröva den rättighet som har avtalats bort, i detta fall köplagens regler om påföljder på grund av fel i den köpta varan. På så sätt får innehållet i avtalsvillkoret betydelse vid rättstillämpningen. På samma sätt ska domstolen bedöma åberopat innehåll i ett avtalsvillkor som direkt beskriver vad som ska utgöra fel i den aktuella avtalssituationen mellan parterna och när hävningsrätt föreligger. I detta senare fall har inte parterna gjort någon hänvisning till ett standardavtal eller ett privat regelverk. Istället är det avtalsvillkorets konkreta innehåll som utgör den privata normen som domstolen ska beakta.

Slutligen ska också så kallade *skäligheetsnormer* nämnas så som de används i denna avhandling. På ett sätt kan även denna typ av normer jämställas med en privat norm. Det är parterna som för in normen i avtalet. Det är med andra ord en norm skapad av parterna. Det handlar om omständigheter där det saknas en norm med ett specificerat innehåll.[85] Istället ska domstolen lösa en uppkommen tvist mot bakgrund av allmänna bedömningar utifrån skälighet, lämplighet, billighet och skön samt beakta olika partsintressen. Domstolen har då tilldelats en *diskretionär prövningsrätt*. Ett uttryck för

81. Det förekommer dock att domstolen använder privata normer som utfyllande rätt vid tolkning av avtal när det saknas nationella dispositiva rättsregler, NJA 2009 s. 672, NJA 2011 s. 600 och NJA 2010 s. 629.

82. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 302 och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 343.

83. PECL är ett regelverk som tillkommit efter ett samarbete mellan representanter från ett stort antal europeiska länder. Det är dock fortfarande ett privat initiativ och får därför räknas till privaträttsliga normer. Det är i vart fall inte offentligrättsligt tillkomna normer, vilket är det som är intressant i detta sammanhang. Skillnaden mellan offentligrättsliga normer och andra normer är att enbart den första kategorin ska beaktas av domstolen inom ramen för *jura novit curia*. För en sammanfattning av PECL:s regler se, *Håstad, Torgny*, En europeisk civillag och den nordiska kontraktsrätten, s. 345 ff.

84. Flera av de regler som förekommer i PECL ger dock också uttryck för sådant som anses utgöra allmänna kontraktsrättsliga principer och därmed faller inom ramen för *jura novit curia*. Domstolen ska då beakta dessa allmänna kontraktsrättsliga principer, inte genom att tillämpa en uttrycklig regel i PECL, utan genom att hänvisa till den allmänna kontraktsrättsliga principen. Önskar en part att domstolen ska grunda sin bedömning direkt på en regel i PECL, måste dock innehållet i denna regel åberopas av parten som ett rättsfaktum.

85. Hit räknas alltså inte de situationer när domstolen mot bakgrund av en rättslig regel ska göra skälighetsbedömningar, exempelvis 36 § AvtL.

detta är att beslutsfattaren avgör tvisten *ex aequo et bono*.[86] Däremot innefattar inte skälighetsnormen någon information till domstolen om vad som exempelvis är lämpligt eller skäligt i en konkret avtalssituation. Man kan uttrycka det som att parterna har givit domstolen mandat att fylla skälighetsnormen med det innehåll som den anser är skäligt, lämpligt, billigt, och väl intresseavvägt i en konkret avtalssituation. Skälighetsnormer skiljer sig i detta avseende från de ovan nämnda rättsliga och privata normerna. I de senare fallen finns det en specifik ”norm” med ett konkretiserat innehåll.

1.5.6 *Svenskt material*

Avhandlingen bygger huvudsakligen på traditionellt juridiskt material i form av lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.[87] När det gäller att slå fast hur de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen gestaltar sig i svensk civilprocess finns det ett omfattande processrättsligt källmaterial att tillgå. Rätten till domstolsprövning är genom 2 kap. 11 § RF kodifierad på konstitutionell nivå. Mot bakgrund av detta har även offentligrättsligt källmaterial beaktats. Det är däremot betydligt svårare att hitta källmaterial som behandlar frågan om parterna också får välja att avstå från civilprocessen, eller delar av densamma. Frågan om parter genom avtal får avstå från rätten till domstolsprövning, helt eller delvis, har inte uppmärksammats i någon större utsträckning i samband med lagstiftningsarbetet. Snarare framstår det som om utgångspunkten för de processuella reglerna är att civilprocessen betraktas som en allmän rättighet, ett ”tvistlösningspaket”, som en part inte, annat än i vissa tydligt reglerade fall, kan tänkas vilja avstå från. På senare år har dock frågan om parterna ska tillerkännas rätten att styra över civilprocessen genom avtal fått ökad uppmärksamhet i förarbeten och i doktrin.[88] Det finns också viss rättspraxis som får betydelse när det ska slås fast i vad mån parter har rätt att avstå från rätten till domstolsprövning helt eller delvis. Det innebär att de mer auktoritativa källorna inte ger tillräcklig vägledning för att ge svar på frågan om vad som är gällande rätt i denna studie. Av denna anledning har rättspraxis, men framför allt juridisk litteratur fått stor betydelse när gällande rätt ska fastställas.

86. Att beslutsfattaren avgör tvisten *ex aequo et bono* betyder att bedömningen görs utifrån det skäliga och goda. Uttrycket användes i den romerska rätten för att beteckna att ett avgörande får träffas fritt, efter bedömande av vad skälighet och rättvisa i det enskilda fallet fordra, beskrivning enligt nationalencyklopedins nätupplaga, senast kontrollerad 2014-11-30.

87. Angående rättskällorna och rättskällehierarkin se bl.a. *Peczenik, Aleksander*, Vad är rätt?, framför allt kapitel 3, s. 204–288. Jfr även *Gräns, Minna*, JT 2006–07, s. 782 (783 ff.) och den diskussion om nya och äldre rättskällor som förs där.

88. Exempelvis SOU 2007:26, prop. 2010/11:128, *Heuman. Lars*, JT 2011–12, s. 336–354, *Mellqvist, Mikael*, JT 2012–13, s. 148–162 och *Westberg, Peter*, Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 347–364.

Svensk relevant praxis utgörs av avgöranden från Högsta domstolen, men även underrättsavgöranden har beaktats. Det finns dock få avgöranden, vilket främst kan förklaras av att kommersiella parter till stor del löser sina tvister utanför domstol, exempelvis genom förlikningsförhandlingar eller inför en skiljenämnd. Jag har därför valt att lyfta fram den rättspraxis som jag har funnit även om denna till viss del utgörs av underrättsavgöranden. När det gäller underrättsavgöranden har jag valt att i första hand beakta avgöranden från hovrätterna. Mot bakgrund av att det till stor del saknas avgörande från Högsta domstolen när det gäller de i avhandlingen aktuella problemen och frågorna, har jag bedömt att den hovrättspraxis som finns har ett inte oväsentligt prejudikatvärde. Några få tingsrättsavgöranden har beaktats när dessa berör en fråga som direkt omfattas av avhandlingen. I dessa fall har tingsrättsavgörandena främst beaktats för att visa att de frågor som omfattas av avhandlingen faktiskt förekommer och är omtvistade i praktiken, snarare än för sitt prejudikatvärde.

Avhandlingen baseras också på juridisk litteratur. För att fastställa hur de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen gestaltar sig i civilprocessen, finns det flera allmän processrättsliga verk som har använts.[89] Det finns också ett flertal konstitutionellrättsliga verk som behandlar rätten till domstolsprövning ur ett konstitutionellt perspektiv och som har varit till vägledning när det ska slås fast hur de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen kommer till uttryck i svensk rätt.[90] Även juridisk litteratur om Europakonventionen har använts i detta sammanhang.[91] Däremot saknas det juridisk litteratur som tar ett helhetsgrepp om frågan i vad mån parter också får välja att avstå från rätten till domstolsprövning. På spridda ställen går det dock att hitta olika uttalanden om i vad mån det är möjligt att avstå från en processuell rättighet av något slag, exempelvis finns det författare som beskriver bevisrätten och på vilket sätt parterna har rätt att styra över denna och inom skiljemannarätten diskuteras alternativa tvistlösningsformer.[92] Det innebär att jag har varit tvungen att använda mig av

89. Exempelvis *Per Olof Ekelöfs* uppdaterade rättegångsserie, Rättegång I–V, *Peter Fitgers* uppdaterade kommentar till rättegångsbalken som återfinns i fulltext på Zeteo samt *Peter Westbergs* monografier Domstols officialprövning och Civilrättskipning.

90. Exempelvis *Erik Holmbergs* och *Nils Stjernquists* uppdaterade grundlagskommentar, Grundlagarna och *Thomas Bulls* och *Fredrik Sterzels* kommentar till regeringsformen.

91. Exempelvis *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. När det gäller rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR har ett flertal internationella verk används, De två främsta är *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights och *Dijk, Pieter van m.fl.*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.

92. När det gäller bevisrätten har bl.a. *Lars Heumans* monografi Bevisbörda och beviskrav i tvistemål används och när det gäller skiljemannarätten har jag bl.a. använt *Heuman Lars*, Skiljemannarätt, *Hobér, Kaj*, International Commercial Arbitration in Sweden, *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande och *Madsen, Finn*, Skiljeförfarande i Sverige.

diverse olika juridiska verk och artiklar[93] för att försöka slå fast vad som är gällande rätt. Alla kan inte nämnas här.

Som nämndes ovan illustreras olika processuella överenskommelser genom exempelklausuler. Avsikten med dessa är också att visa att det inte alltid är lätt att fastställa vilken tvistlösningsform som parterna har avsett att avstå till genom överenskommelsen, eller vilken processuell rättighet som regleras genom den. Det övervägande antalet exempelklausuler är hämtade från det praktiska rättslivet. I flera fall återfinns de i rättsfall, doktrin eller som modellklausuler hos ett tvistlösningsinstitut. Några klausuler har jag fått del av genom praktiskt verksamma advokater. I dessa fall har emellertid inte avtalsförfattarna velat bli citerade eller namngivna. Jag anser dock inte att detta förorsakar några problem. Exempelklausulerna används enbart för att åskådliggöra olika spörsmål som kan uppkomma när parter väljer att reglera processuella frågor genom avtal. Klausulerna används inte som underlag för någon empirisk undersökning.[94]

Jag har systematiskt behandlat material tillgängligt fram till och med november månad 2014.

1.5.7 *Europarättsligt och annat internationellt material*

Rätten till domstolsprövning är också kodifierad i europarättsliga sammanhang. Både Europakonventionen och EU-rättsliga regler ger uttryck för att det i en rättsstat finns en grundläggande rätt till domstolsprövning.[95] Även dessa regler måste beaktas när det ska avgöras i vilken utsträckning enskilda parter får välja att, helt eller delvis, avstå från denna grundläggande rättighet genom avtal.

Europakonventionen är inkorporerad som lag i svensk rätt, vilket medför att artikel 6 (1) EKMR om rätten till domstolsprövning har stor betydelse för avhandlingens syfte och frågeställningar.[96] Det kan naturligtvis ifrågasättas om Europakonventionen ska behandlas som europarättsligt material när konventionen utgör svensk lag. Jag har dock valt att ta upp detta material som europarättsligt eftersom konventionen tillkommit i, och genom Europadomstolens praxis utvecklats i, en europarättslig kontext.

Europakonventionens ställning i svensk rätt har varit föremål för diskussion. Ett problem är att den utgör både ett konventionsåtagande och en del av svensk nationell rätt. I samband med inkorporeringen konstaterades att en

93. I avhandlingen refereras till ett stort antal olika artiklar. I fotnoterna har detta angivits med hänvisning till artikelrubriken med undantag för artiklar som har publicerats i SvJT och JT. I dessa fall refereras till artikeln genom hänvisning till tidskriften och sidnummer. Fullständig referens finns sedan i litteraturlistan.

94. Jfr ovan under avgränsningar i avsnitt 1.4.2.

95. Artikel 6 (1) EKMR och artikel 47 EU-stadgan.

96. Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen Rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR gäller för både enskilda och juridiska personer.

allmän tolkningsprincip är att de nationella författningarna är förenliga med våra internationella åtaganden och att de därför ska tolkas i fördragsvänlig anda, så kallad fördragskonform tolkning. Svensk rätt ska, så länge det är möjligt inom ramen för lagens ordalydelse, tolkas av domstolar och myndigheter på ett sätt som är förenligt med Sveriges konventionsåtaganden. Föreligger det eventuella motstridigheter mellan Europakonventionens bestämmelser och en förskrift i annan lag, kan lagtillämparen också enligt gällande principer i många fall komma till det resultatet att konventionsbestämmelserna får genomslag i rättstillämpningen.[97] Högsta domstolen har framhållit att i ett mål där frågan är om staten har respekterat den enskildes rättigheter enligt konventionen är det primärt konventionens ställning som svensk lag som får betydelse. Europakonventionen ska ses som ett minimiskydd för fri- och rättigheter i Sverige. Konventionens relevans kommer främst att ligga i att den sätter gränser för vad som är tillåten nationell utveckling.[98]

Artikel 6 (1) EKMR speglar på många sätt den kontradiktoriska modellen. Vilka situationer som omfattas av artikeln och frågor om hur artikeln ska tolkas och tillämpas avgörs av Europadomstolen. Det finns en riklig praxis avseende artikel 6 (1) EKMR, som genomgående beaktas när de för avhandlingen relevanta problemen ska utredas och analyseras. Flera av de rättsfall från Europadomstolen som beaktas i denna avhandling behandlar brottmål och därmed relaterade frågor. Det är dock inte ovanligt att Europadomstolen även då det är en straffrättslig fråga som behandlas uttalar sig om vad som i allmänhet ska gälla vid domstolsprövning oavsett om det handlar om ett brottmål eller ett tvistemål. Detta är särskilt vanligt då det handlar om frågor som relaterar till de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen. Av denna anledning kan även rättsfall som berör brottmål vara av principiellt intresse för denna avhandlings frågor.[99]

Europakonventionen tillkom efter andra världskriget genom bildandet av Europarådet, som arbetade fram konventionen. Den 4 november 1950 undertecknades Europakonventionen av de medlemsstater som var ansluta till Europarådet. Från början verkade två beslutsorgan vid sidan av varandra; Europakommissionen[100] och Europadomstolen. Europakommissionen hade till uppgift att granska klagomål från enskilda och andra konventionsstater om att en eller flera konventionsrättigheter hade kränkts. Granskningen skulle leda till ett beslut om att klagomålet antingen avvisades eller togs upp till sakprövning. I det senare fallet skulle Europakommissionen genom en

97. Jfr prop. 1993/94:117 s. 37 f. Även NJA 2012 s. 1038 (I) p. 13–15.

98. Jfr NJA 2012 s. 1038 (I) p. 15–16.

99. Ett exempel är *Pfeifer* och *Plankl* mot *Österrike*, dom den 25 februari 1992, där Europadomstolen har uttalat allmänna förutsättningar för att avstå från rätten till domstolsprövning.

100. Det formella namnet var ”Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna”. Europakommissionen var placerad i Strasbourg och den ska inte förväxlas med EU-institutionen ”Europeiska kommissionen”.

rapport avgöra om konventionsrättigheten hade kränkts eller inte. Under vissa omständigheter kunde tvisten hänskjutas till Europadomstolen. Efter en reformering av systemet avskaffades Europakommissionen 1999 och numera är Europadomstolen ensamt beslutsorgan.[101] Beslut från Europakommissionen har dock fortfarande aktualitet och tillhör den praxis som har utvecklats kring Europakonventionen. I avhandlingen används genomgående uttrycket ”Europadomstolen” när praxis kring artikel 6 (1) EKMR behandlas. Ibland innefattar detta uttryck både avgöranden från Europadomstolen och Europakommissionen. Det framgår då av fotnoten att beslutet i ett specifikt mål har fattats av Europakommissionen.

När annat källmaterial än det rent nationella beaktas,[102] måste också de specifika tolkningsläror som gäller för detta material uppmärksammas. Inte minst om dessa avviker från de inhemska. När Europadomstolens praxis används som rättskälla får de tolkningsprinciper som har utvecklats om traktattolkning betydelse. Europadomstolen har till syfte att säkerställa att de förpliktelser som konventionsstaterna har åtagit sig fullgörs. Domstolens behörighet att tolka konventionen framgår av artikel 32 EKMR.[103]

Europadomstolens tolkning utgår från Wienkonventionens artiklar 31–33 om traktattolkning.[104] Traktattolkning aktualiseras enbart i juridiska sammanhang när traktattexten är oklar.[105] Artikel 31 Wienkonventionen innehåller en allmän tolkningsregel som utgår från att traktattexten presumeras ge uttryck för parternas verkliga avsikter med regleringarna.[106] En traktat ska tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte.[107] Det innebär att tolkningen ska ske utifrån konventionellt språkbruk, användning av sammanhanget och traktatens ända-

101. För ytterligare om historiken bakom Europarådets bildande och utarbetandet av Europakonventionen se bl.a. *Harris, David m.fl.,* Law of the European Convention on Human Rights, kapitel 1 och *Dijk, Pieter van m.fl.,* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, kapitel 1.

102. Även om Europakonventionen har status av lag i Sverige, är konventionen i sig inte en offentligrättsligt tillkommen lagstiftningsprodukt i Sverige. Därmed är inte heller olika principer om lagtolkning nödvändigtvis de som ska användas. Angående lagtolkning i Sverige, se bl.a. *Lehrberg, Bert*, Praktisk juridisk metod, framför allt kapitel 7 och 12.

103. Se vidare *Mårsäter, Olle*, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, s. 78.

104. *Golder* mot *Förenade konungariket*, dom den 21 februari 1975, p. 29. Se även *Rainey, Bernadette m.fl.*, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, s. 65 ff. och *Harris, David m.fl.,* Law of the European Convention on Human Rights s. 7–21.

105. *Linderfalk, Ulf*, Om tolkning av traktater, s. 13 f.

106. Jfr *Harris, David m.fl.,* Law of the European Convention on Human Rights s. 7, *Rainey, Bernadette m.fl.*, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, s. 65 ff. och *Mårsäter, Olle*, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, s. 63.

107. Artikel 31 (1) Wienkonventionen. När det gäller frågan hur de olika rekvisiten i artikel 31 (1) Wienkonventionen ska förstås se vidare, *Mårsäter, Olle*, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, s. 64 ff. och där gjorda hänvisningar.

mål och syfte.[108] Om det kan konstateras att innebörden av texten fortfarande är vag efter att tolkning har skett utifrån konventionens språkbruk bör man gå vidare och tolka traktatens uttryck mot bakgrund av sammanhanget.[109] Traktatens språkbruk kan också kompletteras med en tolkning mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte.[110] Traktatens ändamål och syfte ska skiljas från traktatens motiv. Om motivet kan fastställas ska istället artikel 32 Wienkonventionen tillämpas, där det finns möjlighet att beakta omständigheter vid traktatens ingående.[111]

Vad som sägs i artikel 32 Wienkonventionen erkänns inte som en tolkningsmetod utan ses som ett supplementärt tolkningsmedel.[112] Artikeln kan tillämpas antingen för att bekräfta en innebörd som framkommit genom tillämpning av den allmänna tolkningsregeln i artikel 31, eller för att bestämma innebörden av traktatens uttryck, för det fall att en tolkning med stöd av artikel 31 resulterar i ett tvetydigt eller oklart resultat, eller om slutsatsen uppenbart är orimlig.[113]

Ibland kan det vara mindre lämpligt att tillämpa Wienkonventionens tolkningsregler strikt på Europakonventionen. I dessa fall kan ämnesspecifika tolkningsmetoder användas, vilka ger konventionen ett reellt och effektivt innehåll för de subjekt som konventionen avser att skydda.[114] Europadomstolen använder sig av flera sådana specifika tolkningsprinciper, exempelvis evolutiv och autonom tolkning, implicit tolkning och staternas tolkningsskön.[115]

Även inom *unionsrätten* är skyddet för mänskliga rättigheter centralt. Av artikel 6.3. i Fördraget om europeiska unionen, FEU, framgår att:

> ”De grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.”

108. *Linderfalk, Ulf*, Om tolkning av traktater, s. 65 och där gjorda hänvisningar.

109. Artikel 31 (2) Wienkonventionen. Sammanhanget innefattar, förutom traktattexten som sådan, traktatens preambel och bilagor.

110. Jfr 31 (1) Wienkonventionen. Ändamålet och syftet med traktaten uttyds från texten och omnämns oftast i traktatens preambel, se vidare *Harris, David m.fl.,* Law of the European Convention on Human Rights s. 7 f. och *Mårsäter, Olle*, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, s. 65 f.

111. *Linderfalk, Ulf*, Om tolkning av traktater, s. 230 f.

112. Av artikeln framgår att som supplementära tolkningsmedel räknas förarbeten till traktat, omständigheter vid traktatens ingående.

113. Jfr *Rainey, Bernadette m.fl.*, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, s. 67 f., *Mårsäter, Olle*, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, s. 68 och *Linderfalk, Ulf*, Om tolkning av traktater, s. 261 ff.

114. *Mårsäter, Olle*, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, s. 102.

115. Se vidare *Mårsäter, Olle*, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, avsnitt 2.3. Även *Harris, David m.fl.,* Law of the European Convention on Human Rights s. 8 ff.

Genom Amsterdamfördraget, 1999, infördes uttryckliga krav på att medlemsstater och ansökarländer måste respektera mänskliga rättigheter.[116]

EU är inte medlem av Europarådet och har inte ratificerat Europakonventionen. Konventionen är därför inte direkt bindande för EU. EU-domstolen har dock i ett flertal avgörande förklarat att Europakonventionens principer hör till de för medlemsstaterna gemensamma rättsprinciper som ska respekteras även av gemenskapsorganen.[117] Det ska också understrykas att EU ska ansöka om anslutning till Europakonventionen.[118] Det skulle innebära att artikel 6 (1) EKMR kommer att bli direkt tillämplig även inom EU som organisation och inte bara i de olika EU-länderna.[119]

EU-domstolen har framhållit att principen om rätt till effektivt domstolsskydd är en allmän princip inom unionsrätten.[120] Denna princip har kommit till uttryck i unionslagstiftningen, artikel 47 EU-stadgan.[121] En motsvarande bestämmelse om effektivt rättsskydd på det nationella planet återfinns i artikel 13 EKMR.[122] Artikel 47 EU-stadgan innefattar också de rättigheter som framgår av artikel 6 (1) EKMR, men begränsningen till prövning av civila rättigheter och skyldigheter finns inte med i artikel 47 EU-stadgan. I den mån EU-stadgan omfattar rättigheter som garanteras av Europakonven-

116. Numera återfinns dessa krav i artikel 7 i FEU. Kraven är kopplade till artikel 2 i FEU om EU:s värden och artikel 49 i FEU som gäller kraven vid anslutning.

117. Se *Stauder* mot *Ulm*, mål 29/69. Här slog EU-domstolen fast att de grundläggande mänskliga rättigheterna var en del av EU:s allmänna rättsprinciper som domstolen värnade om. I *Nold* mot *kommissionen*, mål 4/73, slog EU-domstolen fast att domstolen när det gäller de grundläggande rättigheterna ska beakta konventioner om skydd för de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna anslutit sig till. I *Rutili* mot *inrikesministern*, mål 36/75, hänvisade EU-domstolen direkt till Europakonventionen. Efter detta senare rättsfall har EU-domstolen använt Europakonventionen i ett flertal avgöranden och EU-domstolen har även lagt vikt vid Europadomstolens tolkning av principerna i konventionen.

118. Artikel 6 (2-3) FEU. Avsikten är att ge ytterligare tyngd till de grundläggande fri- och rättigheter som framgår av stadgan. Anslutningen till Europakonventionen ger EU-systemet ytterligare legitimitet, eftersom EU-institutionerna (inbegripet EU-domstolen) underställer sig kontroll av Europadomstolen. Om detta verkligen innebär ett utökat eller starkare skydd för enskilda medborgare jämfört med vad de redan får genom den bindande rättighetsstadgan, återstår att se. Jfr även *Bergström, Carl-Fredrik* och *Hettne, Jörgen*, Lissabonfördraget: en grundlag för EU?, s. 108 f.

119. Den 5 april 2013 lade kommissionen fram ett avtalsutkast angående anslutningen. Detta tillsändes den 4 juli 2013 EU-domstolen för yttrande om utkastet till avtal är förenligt med unionsrätten. Den 18 december 2014 lämnade EU-domstolen ett yttrande, yttrande 2/13. EU-domstolen slår fast att utkastet till avtal om EU:s anslutning till Europakonventionen *inte* är förenligt med unionsrättens bestämmelser. Det betyder att en eventuell anslutning till Europakonventionen kommer att dra ut på tiden, om det ens är möjligt för EU som organisation att ansluta sig till Europakonventionen.

120. Jfr *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH* mot *Tyskland*, mål C-279/09.

121. EU-stadgan har genom Lissabonfördraget gjorts juridiskt bindande, vilket följer av artikel 6 (1) FEU. Det innebär att stadgans något oförutsebara rättighetsskydd – som grundar sig på EU-domstolens utveckling av skyddet för grundläggande rättigheter i form av allmänna rättsprinciper – omvandlas till traditionellt rättighetsskydd i likhet med det som gäller i många medlemsstater, *Bergström, Carl-Fredrik* och *Hettne, Jörgen*, Lissabonfördraget: en grundlag för EU?, s. 104.

122. Av artikel 13 EKMR framgår att eventuella misstag och konflikter med rättigheterna i Europakonventionen i största möjliga utsträckning ska korrigeras genom effektiva rättsmedel på nationell nivå.

tionen ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Det är dock möjligt att unionsrätten tillförsäkrar ett mera långtgående skydd, vilket har skett genom artikel 47 EU-stadgan och avsaknaden av begränsningen till en prövning av civila rättigheter.[123] Som inledningsvis nämndes utgår avhandlingen från dispositiva tvistemål mellan kommersiella parter och de rättigheter som skulle kunna vara aktuellt att få prövade innefattas i begreppet civila rättigheter. Det mera långtgående skyddet enligt artikel 47 EU-stadgan förändrar därmed inte någonting när det gäller bedömningen av de processuella överenskommelser som behandlas i avhandlingen.

I avhandlingen har jag valt att i första hand jämföra svensk civilprocess med artikel 6 (1) EKMR och inte med EU-rätten. Den främsta anledningen till detta är att det finns en riklig och väletablerad praxis om hur de olika rättssäkerhetsgarantier som innefattas i artikel 6 (1) EKMR ska förstås och tillämpas. Det har framhållits att även om EU-stadgan blir bindande kan den knappast betraktas som en exklusiv rättskälla när det gäller unionsmedborgarnas rättighetsskydd. Andra internationella överenskommelser såsom Europakonventionen bör fortfarande kunna åberopas vid domstolarna.[124]

Ett alternativ hade varit att också beakta artikel 47 i EU-stadgan i den ovan beskrivna stegvisa analysen.[125] Mot bakgrund av att artikel 47 i stora drag överensstämmer med artikel 6 (1) EKMR samt det faktum att de rättigheter som garanteras av Europakonventionen också ska ingå i unionsrätten som allmänna principer, har jag valt att inte göra på det viset. Dessutom skulle ett sådant tillvägagångssätt ge upphov till många upprepningar.

EU-rätten kommer dock att beaktas på olika ställen i avhandlingen där jag har bedömt att denna tillför analysen något utöver vad som kan slås fast av Europadomstolens praxis eller när jag särskilt vill understryka någonting av vikt mot bakgrund av avhandlingens syfte och frågeställningar. I dessa fall är det framför allt EU-domstolens domar som används som källmaterial.

Övrigt internationellt källmaterial används för att belysa och ge exempel på hur olika processuella överenskommelser har behandlats i andra rättsordningar än Sverige. Detta källmaterial består huvudsakligen av rättsregler, rättspraxis och juridisk litteratur. I utländska rättsordningar har förarbeten oftast inte samma betydelse som rättskälla som i Sverige. I flera rättsordningar saknas det också tillgång till förarbeten. Av denna anledning har inte förarbeten beaktats i någon nämnvärd utsträckning i det internationella materialet. Det internationella materialet används framför allt när det gäller processuella överenskommelser där parterna avstår helt från civilprocessen till förmån för en alternativ tvistlösningsform. Det finns en riklig internatio-

123. Artikel 52 (3) EU-stadgan. Jfr även förklaringen till EU-stadgans artikel 47 och 52 (3), Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, 2007/C 303/02.

124. *Bergström, Carl-Fredrik* och *Hettne, Jörgen*, Lissabonfördraget: en grundlag för EU?, s. 108.

125. Se ovan avsnitt 1.5.3.

nell doktrin som avser att spegla en gemensam internationell rätt avseende skiljeförfarande, men också andra alternativa tvistlösningsformer, utan att denna rätt är knuten till någon specifik rättsordning.

1.6 Begrepp och uttryck

Det finns flera olika begrepp och uttryck som är centrala i avhandlingen. Ett första centralt begrepp är *civilprocessen*. Detta används för att beskriva det dispositiva tvistemålsförfarande som sker inför en statlig domstol. Detta ska skiljas från privat tvistlösning som sker inför privat tillkomna tvistlösningsorgan som parterna själva skapar eller väljer att hänskjuta eventuella tvister till. Begreppet civilprocessen i vanligt språkbruk innefattar naturligen alla de regler och principer som får, eller kan få, betydelse för tvistemålsförfarandet inför en domstol. Detta inkluderar inte bara de nationellt tillkomna reglerna i rättegångsbalken utan även artikel 6 (1) EKMR. I denna avhandling behandlas enbart den del av civilprocessen som återspeglar den kontradiktoriska modellen så som den beskrivs i avhandlingen.

Ett annat centralt uttryck som återkommer i avhandlingen är ”*rätt till domstolsprövning*”. Detta uttryck innefattar två sidor. Dels har rättsstaten ett ansvar att tillhandahålla domstolar som är upprättade och organiserade på ett visst sätt och där förhandlingarna är konstruerade så att de uppfyller vissa grundläggande element, dels har medborgarna en rätt att få tillgång till en domstol för att kunna få sina rättsliga frågor prövade i ett förfarande som konstrueras så att vissa grundläggande element tillgodoses. Genom att dessa grundläggande element tillgodoses, uppfylls rätten till rättvis rättegång. Dessa element har identifierats genom den ovan beskrivna kontradiktoriska modellen.

Den ovan beskriva definitionen av rätten till domstolsprövning överensstämmer också med artikel 6 (1) EKMR och Europadomstolens tolkning av artikeln. I rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR innefattas också en rätt till en rättvis förhandling, *fair hearing*, även om det inte uttryckligen framgår av artikeln vad som innefattas i detta.[126] I den svenska grundlagsregeln 2 kap. 11 § 2 st. RF uttrycks en rätt till ”*rättvis rättegång*”. Tanken är dock inte att det ska vara några innehållsliga skillnader mellan de två uttryckssätten, begreppen ”rättvis rättegång” och ”rättvis förhandling” är synonyma.[127] I denna avhandling används dock uttrycket ”rättvis rättegång” som gemensam benämning på ett förfarande som är konstruerat så att det uppfyller de rättssäkerhetsgarantier som krävs enligt regeringsformen och Europakonventionen.

126. Jfr *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 245 ff. och *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights s. 409–433.

127. SOU 2008:125, s. 426 och prop. 2009/10:80 s. 158 f.

Ett annat i avhandlingen återkommande uttryck är ”*den kontradiktoriska modellen*”.[128] Detta används som beteckning för en processordning som återfinns i en demokratisk rättsordning. Modellen tar sin utgångspunkt i de mest centrala *grundläggande element* som ett beslutsfattande organ måste tillgodose för att kunna klassificeras som en domstol och som måste finnas med i en rättegång för att denna ska kunna klassificeras som rättvis. Elementen utgör grundläggande rättigheter.

Det saknas dock en enhetlig terminologi för de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen. Det förekommer olika uttryck för att beskriva dem. Ibland används begreppet *rättssäkerhetsgarantier* som en generell term för olika principer/garantier som säkerställer att rättsstaten tillhandahåller domstolar där förfarandet är uppbyggt på ett sådant sätt att det sammantaget svarar mot en rättssäker process.[129] Ett annat uttryck som kan användas för att beskriva de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen är *förfarandegarantier*. Detta begrepp förknippas främst med de garantier som uppställs för att trygga parternas rätt till ett rättvist och adekvat förfarande.[130] Eftersom detta senare begrepp främst leder tankarna till själva förfarandet och de garantier som detta ska säkerställa har jag valt att använda begreppet rättssäkerhetsgaranti som ett synonymt uttryck för de grundläggande element som innefattas i den kontradiktoriska modellen och som återspeglas i svensk civilprocess. I detta innefattas inte bara de garantier som själva förfarandet ska säkerställa för att anses rättvist, utan även rätten att få tillgång till en domstol som upprättats och organiserats enligt en på förhand given ordning.

I samband med detta måste förklaras hur de olika begreppen *rättvis* och *rättssäkerhet* ska förstås i avhandlingen. Båda dessa begrepp kan uppfattas som värdeladdade och det råder delade meningar om vad som avses med dem, hur de ska uppfattas och i vilka sammanhang de får aktualitet.[131] Som nämndes ovan är inte avsikten att problematisera begreppen i sig.[132]

128. Den kontradiktoriska modellen så som den används i avhandlingen beskrivs ovan under avsnitt 1.2.

129. Jfr prop. 1984/85:32 s. 36 ff. där man betecknar de faktiska möjligheterna att i det enskilda fallet nå ett rättvist resultat som en rättssäkerhetsfråga, benämnd materiell rättssäkerhet. Hit räknas olika rättssäkerhetsgarantier som finns för att de rättigheter och skyldigheter som lagstiftaren ger medborgarna också motsvaras av den praktiska tillämpningen. Jfr även prop. 2009/10:80 s. 159, där de krav som enligt artikel 6 (1) EKMR kännetecknar rätten till en rättvis rättegång benämns just rättssäkerhetsgarantier. Det konstateras också att dessa grundar sig på fundamentala rättsstatliga principer som redan (dvs. innan införandet av regeln i 2 kap. 11 § 2 st. RF) utgör del av svensk rätt. Jfr också *Peczenik, Aleksander*, Vad är rätt?, s. 90 ff. och *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 135. Danelius menar att det är en grundläggande rättssäkerhetsgaranti att få tvistefrågor prövade av en domstol och att domstolsprövningen måste vara utformad så att den inrymmer tillfredsställande rättssäkerhetsgarantier.

130. Se bl.a. *Knuts, Gisela*, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 21.

131. I svensk rätt behandlas exempelvis rättssäkerhetsbegreppet av *Frändberg, Åke*, Om rättssäkerhet, s. 285 f., *Jareborg, Nils*, Straffrättsideologins fragment, s. 90, och *Peczenik, Aleksander*, Vad är rätt?, s. 92 ff.

132. Jfr ovan under avsnitt 1.4.3.

Begreppet rättvis står för att ett tvistlösningsförfarande är förenligt med vissa grundläggande krav, *processuell rättvisa*.[133] Avhandlingen utgår från att ett tvistlösningsförfarande som är uppbyggt och konstruerat i enlighet med den kontradiktoriska modellen är rättvist. [134] Med rättssäkerhet avses, enkelt uttryckt, förutsebarhet i rättsliga angelägenheter. I en rättsstat ska det vara möjligt för medborgarna att utifrån de lagar och rättsliga principer som gäller i rättsstaten, förutse hur olika rättsliga frågor kan komma att lösas samt vilka sätt att lösa dessa frågor på som står till buds och tillhandahålls av staten.[135] Makten ska utövas under lagarna.[136] Detta uppfylls genom att den kontradiktoriska modellen återspeglas i civilprocessen och är väl förenligt med att de grundläggande elementen modellen beskrivs som rättssäkerhetsgarantier. Det ska vara synligt för samhällsmedborgarna vart de ska vända sig för att få tillgång till civilprocessen, men också hur civilprocessen är strukturerad och vad den resulterar i.

Begreppet *rättsstat* används i denna avhandling som en beskrivning av en stat som bygger på mänsklig samverkan och är organiserad genom regler, en *rättsordning*. För civilprocessen måste det finnas en processordning av vilken det går att utläsa vilka regler för förfarandet som tillämpas. Rättsstaten har ett ansvar att garantera medborgarna tillgång till rättskipning som uppfyller vissa grundläggande kvaliteter.[137] Rättsstatens medborgare avser alla rättssubjekt som kan och får verka inom rättsstaten. Hit räknas inte enbart enskilda individer utan även sammanslutningar i form av olika juridiska personer. När det i avhandlingen sägs att rättsstatens medborgare har tilldelats en viss rättighet eller skyldighet innefattar detta med andra ord sådana privaträttsliga subjekt, kommersiella parter, som denna avhandling omfattar. Sedan gammalt utgör konfliktlösningen mellan enskilda under ordnade former en hörnsten inom rättsstaten.[138]

133. Detta ska skiljas från den materiella rättvisan, angående distinktionen se exempelvis *Smith, Stephen A*, Contract Theory, s. 348.

134. Jfr *Knuts, Gisela*, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 58 f. För vidare läsning om processuell rättsvisa, se exempelvis *Röhl, Klaus F.* och *Machura, Stefan*, Procedural Justice.

135. Jfr SOU 2011:42 s. 95 och SOU 2008:125 s. 426. Se även *Frändberg, Åke*, Rättsstatens organisation, s. 272 f.

136. Detta följer av 1 kap. 1 § 3 st. RF – Den offentliga makten utövas under lagarna. Jfr *Holmberg, Erik m.fl.*, Grundlagarna, s. 59 f.

137. Jfr prop. 2009/10:80 s. 160. Även *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 32 f.

138. Enligt Sundberg är "Existensen av en rättstillämpande myndighet som tar intryck av argumentering i processliknande former en central förutsättning för existensen av en rättsordning", *Sundberg, Jacob*, fr. Eddan t. Ekelöf – Repetitorium om rättskällor i Norden, 1978 s. 14. Frändberg delar Sundbergs åsikt, men menar att man bör skilja mellan rättsordningar (rättsorganisationer) i vid respektive i strikt mening. Där det förra begreppet innebär att rättsorganisationen ses som ett myndighetssystem, medan det senare utgår från domstolsfunktionen. Rättsorganisationen i strikt mening utgörs av domstolarna samt organ som står i nära relation till domstolarna, exempelvis lagstiftningsorgan och exekutiva organ, se *Frändberg, Åke*, Rättsstatens organisation, s. 269 f.

Ett utmärkande drag för en rättsstat är att den dömande makten är självständig i förhållande till den politiska makten.[139] Domstolarna är också självständiga i förhållande till den exekutiva makten och verkar inom ramen för skrivna lagar som antagits genom etablerade procedurer och former.[140] Inom denna rättsordning finns ett rättsligt regelsystem, ett *rättssystem*, vars regler sätter ramarna för samhällslivet i rättsstaten.[141] Förutom ett rättssystem innehåller rättsstaten en rättsorganisation bestående av ett antal olika rättsorgan som ingår i rättsordningen, exempelvis domstolar.[142]

I civilprocessen är det parterna som styr över processens yttre ram genom kärandens yrkande och åberopande av grunder för detsamma, samt svarandens inställning till käromålet och åberopande av grunder för detta.[143] Av 17 kap. 3 § RB framgår att domstolen inte får grunda sitt domslut på andra omständigheter, rättsfakta, än sådana som har åberopats av part. Dessa rättsfakta är omedelbart relevanta för att en viss rättsföljd ska inträffa.[144] Det görs skillnad mellan *abstrakta* och *konkreta* rättsfakta. Abstrakta rättsfakta är delar av rättsreglerna, rekvisit, som ska beaktas *ex officio* av domstolen. De omständigheter som parterna ska åberopa som grund för sin talan utgörs av konkreta rättsfakta. Ibland uttrycks det som de faktiska rättsligt relevanta omständigheter ”på verklighetsplanet” som en part lägger till grund för sin talan i ett enskilt mål. Domarens uppgift är att besvara frågan om den rättsföljd som käranden har yrkat ska dömas ut. Frågan besvaras genom att domaren avgör om åberopade konkreta rättsfakta kan hänföras under abstrakta rättsfakta, det vill säga rekvisiten i en rättsregel.[145] I denna avhandling används begreppet ”rättsfakta” som uttryck för konkreta rättsfakta om inte någonting annat anges. Termen abstrakta rättsfakta kommer inte att användas, istället uttrycks detta genom termerna rättsregler och rekvisit om inte annat anges.

I avhandlingen används också den processuella termen *ensidiga processhandlingar*. Denna term knyter an till parternas processföring i en enskild tvist som handläggs av en domstol. Parterna framför sin talan i processen genom att de var och en framställer olika processhandlingar. Dessa kan vara både skriftliga och muntliga, men också bestå av ett faktiskt agerande från

139. SOU 1994:99 del A, s. 31 där det framgår att en rättsstat utmärks av att den dömande verksamheten är självständig i förhållande till den politiska makten.

140. Jfr SOU 2011:42 s. 95 f. och SOU 1994:99 del A, s. 31.

141. Jfr SOU 1994:99 del A, s. 191 ff.

142. Jfr SOU 1994:99 del A, s. 40 f. Se även *Frändberg, Åke*, Rättsstatens organisation, s. 265 ff.

143. Jfr 42 kap. 2, 6–7 §§ RB.

144. Jfr *Ekelöf, Per Olof*, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 13 och *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 105 ff.

145. Jfr *Lindblom, Per Henrik*, Processens arkitektur, s. 165–255. Även *Fitger, Peter m.fl.* Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 3 § och 35 kap. 1 § och *Lindell, Bengt*, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 26 ff.

en parts sida. En skriftlig processhandling kan exempelvis vara att en part i en skriftlig inlaga framställer en jävsinvändning mot domaren och en muntlig processhandling kan vara att en part framställer sitt yrkande under huvudförhandlingen. Ett faktiskt agerande kan exempelvis vara att en part uteblir från en förhandling som denne har delgivits kallelse till. Alla de ensidiga dispositioner som en part företar under processens gång, förberedelsefasen och huvudförhandlingen, utgör processhandlingar. Dessa utgör som regel inte civilrättsliga förfoganden eller dispositioner med rättslig betydelse utanför den process inom vilken de företagits.[146]

Uttrycket "*processuella överenskommelser*" används som beteckning för ett avtal mellan två parter om processuella frågor. En processuell överenskommelse kännetecknas av att den får betydelse i en rättegång. Parterna vill genom överenskommelsen välja tvistlösningsforum, styra över förfarandet inför domstol, beslutsfattandet och/eller beslutsunderlaget.[147] Överenskommelsen uttrycks genom ett avtalsvillkor. En sådan överenskommelse kan framstå som rent "processuell" i den bemärkelsen att enbart frågor relaterade till själva processen regleras, men avtalsvillkoret kan också reglera civilrättsliga frågor, exempelvis ett avtalsvillkor som innehåller både en talerättsbegränsning och en preskriptionsregel avseende påföljder för fel i en köpt vara. Innehållet i ett avtalsvillkor ger upphov till olika rättsverkningar beroende på om det klassificeras som processuellt eller civilrättsligt. Problemet är dock att klassificera avtal som antingen det ena eller det andra. I denna avhandling ska frågan om innehållet i ett avtalsvillkor utgör en process- eller en civilrättslig reglering problematiseras. Dessutom ska de olika rättsverkningar som aktualiseras beroende på om villkoret utgör en processuell eller en civilrättslig överenskommelse belysas.[148] När sedan olika processuella överenskommelser där parterna helt eller delvis avstår från domstolsprövning bedöms, fokuseras enbart på överenskommelsernas processuella delar och också enbart på avtalets processrättsliga verkan.

Eftersom det i avhandlingen används exempelklausuler för att visa hur olika processuella överenskommelser kan ta sig uttryck i ett skriftligt avtal, används ibland uttrycken *avtalsklausul* eller *avtalsvillkor* som benämning på den överenskommelse som parterna har ingått. Med detta avses således att avtalsklausulen och avtalsvillkoret är ett skriftligt uttryck för en processuell överenskommelse mellan parterna. Denna överenskommelse illustreras sedan genom exempelklausulerna.

146. Jfr NJA 1980 s. 56 och NJA 1972 s. 329. Även *Ekelöf, Per-Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 37 f., och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 278 ff. och JT 2011–12 s. 168 (173 f.) Ensidiga processhandlingar beskrivs även i äldre litteratur, exempelvis *Kallenberg, Ernst*, Svensk civilprocessrätt, föreläsningar, häfte V, s. 1238 ff.

147. Jfr *Lindell, Bengt*, Partsautonomins gränser, s. 120.

148. Klassificeringen av innehållet i ett avtalsvillkor som antingen processuellt eller civilrättsligt samt problem relaterade till detta behandlas nedan i kapitel 7.

Som framgått tidigare är distinktionen mellan civil- och processrättsliga överenskommelser central. De olika processuella överenskommelser som behandlas i avhandlingar har alla det gemensamt att de har tillförts ett större materiellt huvudavtal. När jag i avhandlingen använder begreppet *huvudavtal* innefattar detta både materiella regleringar som parterna har kommit överens om *och* processuella överenskommelserna som har tillförts huvudavtalet genom olika avtalsvillkor.

1.7 Forskningsläget

Processuella överenskommelser mellan kommersiella parter där de på olika sätt avstår från rätten till domstolsprövning är inte något typiskt för Sverige. Tvärtom förekommer sådana överenskommelser över hela världen. Flera avtalsskrivningar där parterna styr över procedurfrågor på olika sätt har sin grund i den anglo-amerikanska rättskulturen och har kommit att överföras direkt till kontraktsskrivningar i Sverige.[149] Ett exempel på detta är så kallade integrationsklausuler, *merger clauses*, där parterna försöker styra över domstolens beslutsunderlag genom att begränsa vad som ska utgöra tillåten bevisning om det skulle uppkomma en tvist mellan parterna.[150] Däremot är det inte säkert att processuella överenskommelser av skilda slags ges samma rättsliga verkan i alla länder. Olika länder har olika sätt att organisera sin civilprocess och möta kravet på rätten till domstolsprövning och rättvis rättegång. I denna avhandling undersöks och analyseras de processuella rättsverkningarna av processuella överenskommelser där parter avstår från rätten till domstolsprövning, helt eller delvis, i en svensk kontext.

Det finns inte sedan tidigare någon egentlig svensk rättsvetenskaplig forskning om parters möjlighet att avstå från rätten till domstolsprövning. Som nämndes inledningsvis är också dessa frågor sällan belysta i lagstiftningssammanhang. Den svenska rättegångsbalken innehåller enbart några få uttryckliga regler som direkt anger att en part med bindande verkan för domstolen får avstå från domstolsprövning. Rättegångsbalken präglas av den rättsskyddstanke som var central vid tiden för dess tillkomst.[151] Det förefaller ha varit otänkbart för lagstiftaren att parterna också skulle vilja reglera processuella frågor på förhand genom avtal. Än idag präglas rättegångsbalken till stora delar av denna rättsskyddstanke.

Redan i slutet av 1980-talet behandlades frågan om gränserna för olika partsdispositioner av *Bengt Lindell* i boken ”Partsautonomins gränser – i dis-

149. Se exempelvis *Christou, Richard,* Boilerplate: Practical Clauses, *Smith, Henry E.*, Modularity in Contracts: Boilerplate and Information Flow och *Cordero-Moss, Giuditta*, Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law.

150. Integrationsklausuler exemplifieras och analyseras nedan under avsnitt 13.4.3.

151. Denna rättsskyddstanke beskrivs nedan under avsnittet om rättsskyddsprincipen, avsnitt 6.2.

positiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändandet". Lindell analyserar i vilken utsträckning parterna genom sina processhandlingar medelbart kan styra över rättsanvändningen. Lindell behandlar också den materiella processledningen i förhållande till parternas rätt att förfoga över sin talan. Vidare diskuteras på vilka sätt en part på ett medelbart sätt kan styra över rättsanvändningen samt om parterna på ett omedelbart sätt bör få styra över rättsanvändningen genom att ge rätten regel- och tolkningsanvisningar. Lindell behandlar också kortfattat parternas dispositionsrätt över bevisfrågor. Lindells bok tar dock sin utgångspunkt i parternas agerande inför domstolen sedan en tvist väl har anhängiggjorts, och den situation där parterna på förhand genom avtal har avstått helt eller delvis från domstolsprövning behandlas inte.

Rätten till domstolsprövning har inte behandlats i någon större samlad omfattning i den civilprocessuella forskningen. Däremot har den behandlats inom andra juridiska ämnesdiscipliner. *Olle Mårsäters* avhandling, "Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning", beskriver rätten till domstolsprövning ur ett folkrättsligt perspektiv. Syftet med Mårsäters avhandling är att studera det folkrättsliga skyddet av rätten till domstolsprövning genom att dels studera tillkomsten av rätten till domstolsprövning, dels undersöka när denna rätt ska kunna åberopas. Mårsäter beskriver således rätten till domstolsprövning, men inte i förhållande till civilprocessen och de problem som kan uppkomma i och med att parterna på förhand har valt att avstå från densamma eller någon del av den och därefter åberopar avtalsvillkoret inför en domstol.

Olika rättssäkerhetsgarantier har behandlats av *Gisela Knuts*.[152] I avhandlingen, "Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling", ställer sig Knuts frågan om förfarandegarantier bör tryggas vid domstolsanknuten medling. Knuts har identifierat tre förfarandegarantier som undersöks; rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling. Knuts avhandling utgår visserligen från ett civilprocessuellt perspektiv, men författaren relaterar inte förfarandegarantierna till avtal där enskilda parter har avstått från rätten till domstolsprövning eller delar av densamma. Istället är det konsekvenserna av att kombinera alternativa tvistlösningsmetoder med rättskipning som står i fokus och frågan hur anknytningen till rättskipningen påverkar dylika metoder.

Stefan Lindskog har utförligt behandlat skiljeförfarandet i "Skiljeförfarande. En kommentar". I kommentaren behandlas hela lagen om skiljeförfarande och flera av de frågor och processuella överenskommelser som uppställs och behandlas i denna avhandling tas även upp av Lindskog. I flera fall

152. Knuts använder dock termen förfarandegarantier. Angående begreppen rättssäkerhetsgarantier och förfarandegarantier se ovan avsnitt 1.6.

väcks också frågan vilka processuella rättsverkningar olika processuella överenskommelser skulle kunna få om de åberopas inför en domstol. Lindskogs kommentar utgår dock från ett skiljemannarättsligt perspektiv och frågorna om processuella överenskommelsers rättsverkningar inför domstol står inte i fokus. Kommentaren visar dock att processuella överenskommelser inte enbart är något som förekommer inom skiljeförfarandet utan att de även kan komma att aktualiseras i civilprocessen.

Som inledningsvis nämndes har frågan om processuella överenskommelser mellan parter, och vilka rättsliga verkningar sådana överenskommelser kan ge upphov till, varit föremål för debatt i olika juridiska artiklar.[153] Denna debatt visar att det till viss del finns en oenighet när det gäller frågan om parter med bindande verkan får avstå från rätten till domstolsprövning helt eller delvis. Som exempel kan nämnas *Lars Heumans* artiklar, ”Kan parterna träffa avtal om hur civilrättsliga och processuella regler skall tillämpas?”[154] och ”Officialprövning eller åberopsskyldighet vid tillämpningen av preklusionsregler”.[155] Ytterligare exempel är *Peter Westbergs* artiklar, ”Kontrakterad privatdomare”,[156] och ”Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning”.[157] Denna debatt visar att det finns ett intresse för och råder en viss oenighet kring frågan om hur processuella överenskommelser ska och bör bedömas.[158]

Rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR är inte absolut utan enskilda parter får under vissa omständigheter frivilligt välja att avstå från denna rätt.[159] Det finns en riklig praxis från Europadomstolen som berör denna fråga, även om det då oftast handlar om att en part på grund av sitt eget agerande inför en domstol väljer att inte göra bruk av en rättighet garanterad av artikel 6 (1) EKMR. Endast när det gäller att välja bort domstolsprövningen till förmån för skiljeförfarande handlar det om att parterna genom avtalsdispositioner sinsemellan avstår från rätten till domstolsprövning. Det finns ett flertal stora verk som behandlar Europakonventionen.[160] I dessa behandlas ofta i vad mån det på ett allmänt plan är möjligt att avstå från en rättighet garanterad av artikel 6 (1) EKMR. Jag har dock inte i inter-

153. Jfr ovan avsnitt 1.5.6.

154. JT 2011–12, s. 336–354.

155. JT 2006–07, s. 57–70.

156. Publicerad i Festskrift till Lars Heuman, s. 575–606.

157. Publicerad i Festskrift till Hans Ragnemalm, s. 348–364.

158. Denna pågående debatt samt författarnas olika ståndpunkter behandlas i samband med att frågan om vad som utgör en processuell överenskommelse, samt hur dessa kan bedömas, beskrivs och poblematiseras, se nedan i kapitel 7.

159. Jfr *Dijk, Pieter van m.fl.*, Theory and Practice of the European Convention om Human Rights, s. 569 f. Även *Pfeifer* och *Plankl* mot *Österrike*, dom den 25 februari 1992, p. 37. De allmänna förutsättningarna för att avstå från rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR utvecklas nedan under avsnitt 6.5.

160. Jfr ovan under avsnitt 1.5.7.

nationella sammanhang stött på något konkret forskningsprojekt som fokuserar på de frågor som behandlas i denna avhandling.

Som nämnts ovan saknas det tidigare rättsvetenskaplig forskning som tar ett helhetsgrepp på frågan om parter genom avtal får avstå från rätten till domstolsprövning helt eller delvis. På så sätt kompletterar denna studie den tidigare forskning som genomförts på detta område, där endast någon del av den nu presenterade avståendeproblematiken har behandlats.

1.8 Disposition

Efter avhandlingens inledande del, *del I*, följer en allmän del med olika utgångspunkter som får betydelse när parter avstår helt eller delvis från rätten till domstolsprövning, *del II*. Denna del inleds med en presentation av hur del II är systematiserad, *kapitel 2*. Därefter följer en kort bakgrund där avhandlingsämnet sätts in i en rättslig kontext, *kapitel 3*. Rätten till domstolsprövning är en rättighet som har gamla anor. Ett rimligt antagande är att rättigheten, även utan att komma till uttryck i en lagregel, skulle sägas utgöra en viktig rättslig princip i vilken fungerande rättsstat som helst. I Sverige har dock rätten till domstolsprövning kommit att kodifieras på olika sätt både genom konstitutionella regler och genom anslutning till internationella konventioner. Denna lagstadgade rätt att få *tillgång* till domstolsprövning behandlas i *kapitel 4*. Därefter diskuteras vad som avses med rättskipning och vad som innefattas i domstolens rättskipningsuppgift, *kapitel 5*. Efter detta undersöks vilka allmänna förutsättningar som uppställs i civilprocessen när det gäller möjligheterna att avstå från rätten till domstolsprövning, *kapitel 6*. Slutligen beskrivs och problematiseras processuella överenskommelser, *kapitel 7*. I detta kapitel visas på svårigheten med att göra en distinktion mellan vad som är en civil- och vad som är en processrättslig överenskommelse. Här presenteras också några olika tänkbara lösningar på hur överenskommelserna kan tolkas.

Efter denna allmänna del påbörjas den ovan beskriva stegvisa analysen, *del III* och *del IV*. Del III behandlar överenskommelser där parterna helt väljer bort civilprocessen och del IV innefattar situationen när parterna avtalar bort enbart en del av civilprocessen, så kallade partiella avståenden från domstolsprövning

Del III inleds med en presentation av hur denna del är systematiserad, *kapitel 8*. Därefter behandlas den situationen att parterna avstår helt från domstolsprövning utan att ange något alternativ till denna, *kapitel 9*. Efter detta analyseras olika alternativa tvistlösningsavtals rättsverkan, *kapitel 10*. Därefter studeras och analyseras den kontradiktoriska modellen så som den kommer till uttryck i civilprocessen och de valda alternativa tvistlösningsformerna, överenskommelser till förmån för *skiljeförfaranden*, *privatdomarförfaranden* och *förfaranden där parterna agerar beslutsfattare* genom förliknings-

förhandlingar eller medling samt genom självrättskipning, analyseras i förhållande till detta resultat, *kapitel 11*. Kapitlet inleds med att det först analyseras hur de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen kommer till uttryck i svenska nationellt tillkomna regler och principer. Därefter analyseras hur dessa regler och principer förhåller sig till rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR och slutligen jämförs och analyseras de valda alternativa tvistlösningsförfarandena med den kontradiktoriska modellen så som den kommer till uttryck i civilprocessen.

Del IV inleds med en presentation av hur denna del är systematiserad, *kapitel 12*. Därefter följer analysen av partiella avståenden från domstolsprövning relaterade till avtalsvillkor om en parts rätt att utforma och föra sin talan, *kapitel 13*, förfarandet, *kapitel 14*, bevisvärderingen, *kapitel 15*, rättstillämpningen, *kapitel 16* överprövningsförbud, *kapitel 17* och en stadfästelsedoms innehåll, *kapitel 18*.

Avhandlingen avslutas med en *del V* där några avslutande reflektioner lyfts fram och där avhandlingens slutsatser presenteras, *kapitel 19*.

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 68 2015-03-31 14:35:56

Del II

Allmän del

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 70 2015-03-31 14:35:56

2 Introduktion

I denna del II ska först några frågor och utgångspunkter av allmänt intresse för avhandlingen behandlas.

Avhandlingsämnet tar sin utgångspunkt i en företeelse där privata tvistlösningsmekanismer om partsautonomi överförs till den statliga tvistlösningen, vilket ger upphov till vissa problem, inte minst mot bakgrund av att partsautonomin traditionellt har varit begränsad i civilprocessen. Bakom civilprocessuella regler och principer ligger olika avvägningar som bland annat kan relateras till det som benämns civilprocessens olika funktioner. Innan de valda processuella överenskommelserna ska analyseras ska avhandlingsämnet sättas in i ett rättsligt sammanhang som har betydelse för förståelsen av den problematik som behandlas i avhandlingen, *kapitel 3*.

Idén om allas rätt till domstolsprövning är inte någon ny idé utan den har präglat de flesta rättsstater under många år oavsett om den har kommit till uttryck i lagstiftning eller inte.[161] I den bemärkelsen kan idén om rätten till domstolsprövning ses som en överordnad princip som kännetecknar en rättsstat. Olika rättsordningar skiljer sig dock åt när det gäller vad som innefattas i tillgången till domstolsprövning samt hur denna tar sig uttryck. Utgångspunkten är dock att det ska finnas en grundläggande rätt att få *tillgång till* ett domstolsförfarande. Denna rätt har för Sveriges del blivit en del av lagstiftningen dels genom införandet av en regel om rättvis rättegång i 2 kap. 11 § 2 st. RF, dels genom att Europakonventionen och artikel 6 (1) om rätt till domstolsprövning, gäller som lag i Sverige. Även EU-domstolen har framhållit att principen om rätt till effektivt domstolsskydd är en allmän princip inom unionsrätten. Denna princip har kommit till uttryck i unionslagstiftningen, artikel 47 EU-stadgan.[162] Den lagstadgade rätten till domstolsprövning i svensk civilprocess behandlas i *kapitel 4*.[163]

Det råder inte någon tvekan om att utgångspunkten i en rättsstat är att staten har ansvar över rättskipningen i förhållande till statens medborgare.[164]

161. Principen om rätt till domstolsprövning och rättvis rättegång är dock idag kodifierad på olika sätt exempelvis genom artikel 6 (1) EKMR, artikel 47 EU-stadgan, artikel 10 FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna, och artikel 14 FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter. I Sverige föreslog den nya grundlagsutredningen att det skulle införas en regel i 2 kap. 11 § RF om rättvis rättegång, se SOU 2008:125 s. 424 ff. Förslaget accepterades utan ändring av regeringen, prop. 2009/10:80 s. 156 ff. och regeln trädde i kraft 1 januari 2011. Jfr även *Mårsäter, Olle*, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, s. 23 och där gjorda hänvisningar.

162. Angående EU-stadgans status som rättsakt, jfr ovan under avsnitt 1.5.7. Av det avsnittet framgår också hur det EU-rättsliga materialet används i avhandlingen.

163. Hur rätten till domstolsprövning kommer till uttryck i civilprocessen behandlas sedan i kapitel 11.

164. Jfr SOU 2008:125 s. 309 och 345 ff. och prop. 2009/10:80 s. 119 f.

Domstolarnas centrala roll i rättsstaten framgår av konstitutionella regler i framför allt regeringsformen. Däremot är det mera tveksamt vad som innefattas i detta ansvar och hur det gestaltar sig. Är det enbart en rättighetsprövning som avses eller skulle rättskipning även kunna innefatta prövning av tvister på andra grunder än rent rättsliga? Får staten överlåta denna rättskipningsuppgift till privata tvistlösningsorgan? Är det kanske till och med så att staten under vissa förutsättningar får jämställa sådana organ med statliga domstolar? Dessa frågor får betydelse när parter genom avtal avstår från domstolsprövning till förmån för en alternativ tvistlösningsform. Det är därför intressant att på ett mera allmänt plan klargöra om det redan på konstitutionell nivå går att slå fast vad som innefattas i domstolens rättskipningsuppgift och om staten får överlåta dessa uppgifter till privata tvistlösningsaktörer, *kapitel 5*.[165]

Svensk civilprocess är inte formulerad i termer av att parterna får ingå avtal där de avstår från domstolsprövningen. Endast några få regler i rättegångsbalken är uttryckta i termer av att parterna med bindande verkan får reglerar processuella frågor där rätten till domstolsprövning begränsas på olika sätt. Hur kommer detta sig? Finns det något allmänt hinder mot att parterna ingår en processuell överenskommelse där den statliga domstolsprövningen avtalas bort, med eller utan angivande av en alternativ tvistlösningsform, eller att parterna genom avtal reglerar någon del av domstolsförfarandet? För att kunna svara på dessa frågor undersöks vilka allmänna förutsättningar för att avstå från rätten till domstolsprövning som finns inom civilprocessen, *kapitel 6*.

Utgångspunkten för avhandlingen är överenskommelser mellan parter där de styr över processuella frågor, så kallade processuella överenskommelser. Dessa överenskommelser är av skilda slag. Flera av dem innefattar också både process- och civilrättsliga frågor. Överenskommelsernas rättsverkningar avgörs av hur överenskommelsen klassificeras. Det är dock inte enkelt att klassificera avtal som antingen process- eller civilrättsliga. Är det ens möjligt att göra en sådan klassificering? Denna klassificeringsproblematik samt vilken betydelse detta får för överenskommelsernas rättsverkningar behandlas nedan i *kapitel 7*.

165. I kapitel 5 ska dessa frågor enbart belysas på ett allmänt plan. Frågorna kommer sedan behandlas särskilt i förhållande till de i avhandlingen valda alternativa tvistlösningsformerna nedan i kapitel 11.

3 Bakgrund till avhandlingsämnet

3.1 Privat och statlig tvistlösning

Privat tvistlösning kännetecknas av en stor partsautonomi både när det gäller valet av tvistlösningsform och när det gäller hur själva förfarandet ska organiseras samt vilka befogenheter som beslutsfattarna ska tilldelas. Den statliga tvistlösningen däremot kännetecknas istället av att det finns en i lag tydligt angiven ordning för förfarandet och beslutsfattandet. Väljer parterna att ta den statliga tvistlösningen i anspråk, finns det ett mer eller mindre färdigt ”tvistlösningspaket” som parterna är tvungna att acceptera. Detta ”tvistlösningspaket” utgår från att tvistens olika aktörer har tilldelats på förhand givna roller. Det är parterna som styr över tvistens yttre ramar genom sina framställda yrkanden samt åberopade grunder och bevismedel, medan domstolen bestämmer över handläggningen av tvisten och det rättsliga beslutsfattandet.

På senare år har det dock framförts kritik mot den privata tvistlösningen, framför allt skiljeförfarandet, om att denna är för dyr. Senare års ekonomiska kris i Europa och andra delar av världen har medfört att privata aktörers tvistlösningsbudget har beskurits kraftigt. Det finns en gräns för vad tvistlösning får kosta. Samtidigt kritiseras den statliga rättskipningen som alltför omständlig, tidkrävande och utgången av tvisten alltför svår att förutse. Det är inte heller någon hemlighet att de allra flesta kommersiella tvister i dag löses utan inblandning av statlig domstol. Oavsett om man anser att privat tvistlösning är bra eller inte, råder det ingen tvekan om att de kommersiella aktörernas ”flykt” från den statliga tvistlösningen, civilprocessen, till olika privata tvistlösningsformer, har givit upphov till debatt i den juridiska doktrinen, men också till olika lagstiftningsinitiativ med avsikt att ”locka” dessa kommersiella aktörer tillbaka till de statliga domstolarna. Nya ledord avseende civilprocessen är frivillighet, snabbhet, flexibilitet och partsinflytande.[166] Det lyfts röster för att civilprocessen behöver effektiviseras och förändras och det förefaller som om sättet att göra detta på, skulle vara att ta intryck från den privata tvistlösningen.[167]

Det var mot bakgrund av debatten ovan som mitt intresse för avhandlingsämnet väcktes. Inte minst när jag vid flera tillfällen i olika kommersiella avtal kom i kontakt med avtalsvillkor som reglerade frågor om tvistlösnings-

166. Jfr bl.a. SOU 2007:26 Alternativ tvistlösning, där dessa ledord lyfts fram som särskilt viktiga.

167. Jfr exempelvis SOU 1995:65 Näringslivets tvistlösning och SOU 2007:26 Alternativ tvistlösning. Se även SOU 2001:103 En modernare rättegång, när det gäller moderniseringar av handläggningen av tvistemål inför domstol. Se även Tvistemålsprocessen tar intryck av skiljeförfarande, Advokaten, nr 9 2012.

former och beslutsunderlaget. *Vilka möjligheter har egentligen privata rättssubjekt att genom avtal påverka valet av tvistlösning samt delar av förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget?* Civilprocessen utgår trots allt från att parterna äger tvisten. Min uppfattning vid forskningsprojektets inledande var därför att parterna på ett bindande sätt också borde ha rätt att till viss del styra över frågor relaterade till tvistlösningsformen och delar av förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget genom processuella överenskommelser dem emellan.

Resultatet av min studie visar dock att utrymmet för parterna att ingå olika varianter av processuella överenskommelser är mycket begränsat. Trots detta förekommer det sådana processuella överenskommelser i kommersiella avtal av olika slag. Frågan är om dessa avtal helt saknar rättslig verkan. Som ska visas nedan har lagstiftaren endast i några få fall tillerkänt parterna rätten att genom avtal styra över processuella frågor som påverkar rätten till domstolsprövning på olika sätt. Varför är det på det viset och vilka faktorer är det som avgör om parterna ska ges avtalsmakten att styra över olika processuella frågor? Dessa frågor kommer att besvaras i avhandlingen. Samtidigt analyseras också den mera övergripande frågan om vilka, om några, processuella rättsverkningar de i avhandlingen valda överenskommelserna ger upphov till när de åberopas inför en svensk domstol.

Det ska dock betonas att även om en processuell överenskommelse skulle sakna processuell rättsverkan har en sådan överenskommelse sannolikt en avhållande effekt på tvister. Överenskommelsen kan liknas vid en form av *gentlemen's agreement* där parterna genom överenskommelsen vet vad de har att förhålla sig till och ingen av parterna vill framstå som en ”bråkstake” som inte följer överenskommelsen. Fortsatta samarbeten med motparten och/eller vikten av att upprätthålla ett gott renommé på en specifik marknad gör att parterna väljer att följa överenskommelsen trots att denna kanske rent faktiskt är processuellt overksam om den åberopas inför en domstol. Avhandlingen tar dock sin utgångspunkt från den situationen att en av parterna väljer att *inte* följa överenskommelsen och i strid med denna väcker talan och/eller åberopar en omständighet som har begränsats genom överenskommelsen.

3.2 Civilprocessens funktion

3.2.1 *Inledning*

Inom processrätten diskuteras ofta vilken funktion civilprocessen ska ha i samhället och även om de flesta nog är överens om att civilprocessen och domstolarna har en central roll i en rättsstat, kan det råda delade meningar om vad som innefattas i detta. På liknande sätt kan det råda delade meningar om vilken som är civilprocessens mest centrala funktion. Olika funktioner

har förts fram inom doktrinen som de mest önskvärda.[168] Terminologin har inte varit entydig utan likvärdiga och snarlika funktioner har tilldelats olika namn. När författare använder samma namn kan det också finnas innehållsliga skillnader i vad man avser med den specifika funktionen. Denna avhandling har inte för avsikt att skapa ordning i den pågående debatten och inte heller ska frågan om vilken som är eller bör vara civilprocessens främsta funktion utredas.[169]

Diskussionerna om civilprocessens olika funktioner ger inte svar på frågan i vilken utsträckning det enligt svensk rätt är möjligt för privata rättssubjekt att genom avtal avstå från rätten till domstolsprövning, helt eller delvis. Dessa funktioner har snarare betydelse för hur svensk rätt förhåller sig till en parts rätt att avstå från rätten till domstolsprövning och det faktum att regleringen på området ser ut som den gör förklaras till viss del av civilprocessens bakomliggande funktioner.[170] Mot bakgrund av detta ska kort beröras vad som innefattas i de olika funktionerna.

En vattendelare när det gäller civilprocessens funktioner är om civilprocessen ska ha en *konfliktlösande* eller en *handlingsdirigerande* funktion. Andra funktioner är att civilprocessen ska gagna *prejudikatbildningen* och *rättsutvecklingen* samt skapa ett *rättsskydd* för samhällsmedborgarna.

3.2.2 *Konfliktlösning och handlingsdirigering*

Civilprocessen kan ses som ett medel för att uppnå en lösning på en konflikt. Genom civilprocessen ska domstolen lösa en mellan parterna uppkommen tvist. För att avgöra om kärandens talan ska bifallas eller inte ska domstolen tillämpa gällande rättsregler och principer på de situationsunika fakta som har åberopats av parterna. Civilprocessen har då till syfte att vara *konfliktlösande*. I den juridiska debatten har det dock också framhållits att civilprocessen har en mer samhällelig funktion där rättsreglerna är politiska instrument som ska användas för att påverka samhällsinvånarna till ett önskvärt beteende. Genom att hot om rättegång och exekution vilar över alla civilrättsliga relationer ges rättsreglerna genomslag i samhällslivet. Civilprocessen ses som ett bland flera medel att påverka medborgarna att bete sig i enlighet med de

168. Med civilprocessens funktioner avses dess samhällsfunktioner, dvs. dess önskvärda samhälleliga verkningar, se vidare bl.a. *Andersson, Torbjörn*, Rättsskyddsprincipen, s. 203 ff. och där gjorda hänvisningar. Även *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, avsnitt J, Civilrättskipningens funktioner.

169. För en fördjupad inblick i den diskussion och debatt som förts inom processrättsdoktrinen avseende civilprocessens funktion se vidare bl.a. *Andersson, Torbjörn*, Rättsskyddsprincipen, s. 203 ff., *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 13 ff., *Ekelöf, Per Olof*, Rätt och Moral, s. 71–83, *Lindblom, Per Henrik*, Processens funktioner – en resa i gränslandet, s. 41–85, Domstolens växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?, s. 289 f. samt ADR – opium för rättsväsendet, s. 433, *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 82 ff. och Partsautonomins gränser, s. 93 samt *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, avsnitt J, Civilrättskipningens funktioner.

170. Jfr resonemang i SOU 1994:99 del A, s. 40 f.

civilrättsliga förhållningsreglerna. Det talas i dessa senare fall om civilprocessens *handlingsdirigerande* funktion.[171]

De civilprocessuella funktionerna konfliktlösning och handlingsdirigering är inte alltid lätta att hålla isär. Något förenklat kan konfliktlösning sägas stå för att civilprocessens funktion är att hjälpa parterna att nå en lösning på en tvist dem emellan. Det är dock inte av avgörande betydelse *hur* denna lösning på tvisten uppnås. Det kan vara genom rättsligt beslutsfattande, men det skulle också kunna vara genom olika former av medling eller andra tvistlösningsformer som inte utgår från en rättslig prövning. Det skulle till och med kunna vara genom att parterna singlar slant. Det viktiga är att parternas tvist når en lösning som parterna är beredda att underkasta sig.

Handlingsdirigering har framför allt en preventiv funktion. Genom att det finns en tydlig ordning och struktur för civilprocessen samt materiella regler som domstolen ska tillämpa när en tvist ska avgöras, skapas förutsebarhet för parterna. Förespråkare för handlingsdirigeringsfunktionen menar att denna funktion bäst ger genomslag för och spridning av de materiella rättsreglerna samt de värderingar och ändamål som ligger bakom dessa. Dessutom avskräcks medborgarna från att bryta mot reglerna genom att det finns kunskap bland dem om att det existerar en välfungerande sanktionsmekanism knuten till lagstiftningen.[172]

Enligt min mening bör civilprocessen ge uttryck för båda funktionerna. Det finns inte något empiriskt belägg för att den ena funktionen har eller bör ha en mer framträdande roll än den andra. Inte heller går det att säga att den ena är viktigare än den andra. Båda krävs för att de materiella reglerna ska få genomslag i samhället. Handlingsdirigering uppnås enbart om individerna i samhället vet att det finns effektiva och reella vägar för att få rättsliga anspråk prövade, konfliktlösning, i ett förfarande som leder fram till ett resultat, en sanktion. I annat fall får knappast den materiella rätten något genomslag i samhället. I domarutredningen uttrycks att rättegångens huvuduppgift är att bidra till ett maximalt genomslag för ändamålen bakom den materiella rätten. Processuellt sker detta genom individuell konfliktlösning med allmänt handlingsdirigerande effekter.[173]

När det talas om civilprocessens funktion i termer av konfliktlösning och handlingsdirigering är det domen som är intressant vid bedömningen av om processen fyllt sin funktion, sitt ändamål. Det måste avgöras vad domen har

171. Jfr SOU 1994:99 del A, s. 40 f. Jfr även *Andersson, Torbjörn*, Rättsskyddsprincipen, s. 215 ff. och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 67 f.

172. Jfr SOU 2007:26 s. 110 f. och SOU 1994:99 del A, s. 42 f. Se vidare även *Lindblom, Per Henrik*, Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?, s. 290. En annan förespråkare av handlingsdirigering som domstolens och processens viktigaste funktion är Per Olof Ekelöf, *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 20. Se även Ekelöfs resonemang i artikeln Rätt och Moral, s. 71–83.

173. SOU 1994:99 del A, s. 40.

inneburit för de enskilda parterna mot bakgrund av det förprocessuella rättsläget, ett *retrospektivt* perspektiv, och om civildomen kan antas medverka till att parterna, och medborgarna i allmänhet, i framtiden rättar sig efter de specifikt tillämpade reglerna och efter rättsreglerna generellt, ett *prospektivt* perspektiv.[174] Det retrospektiva perspektivet behandlar främst domens betydelse för parterna och i det prospektiva perspektivet är domens betydelse för andra än parterna mer relevant.

Civilprocessens konflikt- och handlingsdirigerande funktion får främst betydelse när det gäller tillgången till domstolsprövning. När exempelvis parter genom avtal avstår *helt* från rätten till domstolsprövning, handlar det om avtal som parter ingår med varandra innan det att domstolen har meddelat en dom i en uppkommen tvist. Tankarna bakom handlingsdirigerings- och konfliktlösningsfunktionerna ger varken stöd för eller mot parternas rätt att, *innan* det har uppkommit en tvist, genom avtal avstå helt från domstolsprövning. Däremot skulle det kunna argumenteras för att om parterna ges rätt att genom avtal kunna avstå från den statliga domstolsprövningen, helt eller till förmån för en alternativ tvistlösningsform, skulle detta kunna strida mot tankarna om framför allt handlingsdirigering.

Ett argument mot att acceptera avtal där parterna helt avstår från rätten till domstolsprövning skulle kunna varar att det gagnar handlingsdirigeringen att enskilda parters tvister förs inom ramen för den statliga domstolsprövningen. Genom att fler använder sig av statlig domstolsprövning ökar medvetenheten om de materiella reglerna och de sanktioner som är knutna till dem, vilket i sin tur gagnar moralbildningen i samhället och har en preventiv effekt på samhällsmedborgarna.[175] Det är dock i princip omöjligt att mäta den handlingsdirigerande effekten.

Civilrättsliga tvister löses idag ofta innan någon statlig rättskipning aktualiserats över huvud taget. Det stora flertalet civila parter gör upp i godo, exempelvis genom förlikningsförhandlingar dem emellan eller tillsammans med partsombuden. Därtill kommer den omfattande förlikningsverksamhet som bedrivs vid landets olika tingsrätter och som i stor utsträckning leder till att parterna träffar förlikningsöverenskommelser istället för att tvisten avgörs genom sakprövning av domstolen, det vill säga konfliktlösningen är central. Det finns inget empiriskt belägg för att denna ordning har haft negativ inverkan på och försvagat den materiella rättens genomslagskraft.[176] Ett påstående om att accepterandet av processuella överenskommelser där parterna avstår från rätten till domstolsprövning strider mot civilprocessens handlingsdirigerande funktion, skulle dock också innebära att det stod i strid med handlingsdirigeringsfunktionen att *faktiskt* avstå från statlig rättskip-

174. *Andersson, Torbjörn*, Rättsskyddsprincipen, s. 215.
175. Jfr *Lindblom, Per Henrik*, ADR – opium för rättsväsendet?, s. 430 ff.
176. Jfr SOU 2007:26 s. 110 f.

ning, något som en part alltid har rätt till. Domstolen har inte någon sådan initiativrätt[177] att den kan tvinga en part att väcka talan för att få ett rättsligt anspråk prövat. Parterna väljer alltid själva om de ska ta domstolsprövningen i anspråk samt sätter ramarna för processen.

När det gäller konfliktlösning är läget delvis annorlunda. Den konfliktlösande funktionen har främst betydelse för de enskilda parterna och innebär att parterna har rätt att få sina individuella tvister lösta. Konfliktlösning i dess vidare form uppfylls genom att enskilda tvister når en lösning som parterna följer, antingen frivilligt eller med hjälp av exekutiva regler. Det har inte någon betydelse hur denna lösning uppkommer. Det förekommer dock att konfliktlösningsfunktionen sägs ge uttryck för parternas rättsskydd på det individuella planet på så sätt att det är önskvärt att konkreta tvister i så hög grad som möjligt utmynnar i materiellt riktiga domar.[178] I detta senare fall kan det uppkomma konflikter när parterna väljer bort den statliga tvistlösningen till förmån för en alternativ tvistlösningsform där beslutsfattandet inte alltid sker mot bakgrund av gällande rättsregler och principer.

Det kan tänkas att konfliktlösningsfunktionen har haft betydelse för de regler som styr över en parts rätt att få *tillgång* till en domstolsprövning. Frågan är vilket eller vilka organ inom rättsstaten som är betrodda att lösa tvister mellan enskilda. I ett vidare sammanhang skulle det kunna argumenteras för att den rättsstatliga konfliktlösningen innefattar inte bara traditionell statlig rättskipning utan även andra tvistlösningsformer.[179] Om man med konfliktlösningsfunktionen avser parternas rätt att få konflikter lösta i vid bemärkelse, genom tillgång till konfliktlösning, finns det knappast något i denna funktion som hindrar att det accepteras av rättsstaten att parterna, redan innan en tvist har uppkommit, avtalar bort domstolsprövningen så länge detta görs till förmån för en alternativ tvistlösningsform.

Kritiker menar dock att om icke-rättsliga faktorer och icke-professionella beslutsfattare tillåts bestämma utgången vid ett alternativt tvistlösningsförfarande kan man inte längre tala om ett genomslag för ändamålen bakom den materiella rätten ens på det individuella planet.[180] Denna kritik utgår dock från civilprocessens funktion genom domen. Om man däremot utgår från att konfliktlösningsfunktionen är att se till att parterna ges möjlighet att lösa en uppkommen konflikt, oavsett om den löses genom rättslig prövning eller någon annan form av konfliktlösning, finns det ingenting i funktionen som sådan som hindrar en lagstiftning som accepterar att parter ingår avtal där de helt eller delvis avstår från domstolsprövning, så länge inte det handlar

177. Jfr *Tiby, Eva*, Domarjäv, s. 30.

178. Jfr *Andersson, Torbjörn*, Rättsskyddsprincipen, s. 224 ff. och *Lindblom, Per Henrik*, Finprocesser, barfotaprocesser och grupptalan, s. 23.

179. Jfr *Lindblom, Per Henrik*, ADR – opium för rättsväsendet?, s. 432. Denna fråga behandlas nedan i kapitel 5.

180. *Lindblom, Per Henrik*, ADR – opium för rättsväsendet?, s. 432.

om att helt avtala bort domstolsprövningen utan att ange någon alternativ tvistlösningsform. Konfliktlösningen kan mycket väl uppfyllas genom någon annan form av tvistlösning än traditionell domstolsprövning.

3.2.3 *Prejudikatbildning och rättsutveckling*

Både prejudikatbildning och rättsutveckling kan sägas utgöra en del av civilprocessens funktioner. I processrättsdoktrin har det framhållits att så länge prejudikat endast resulterar i ett klargörande av redan gällande rätt, bidrar civilprocessen till ett ökat genomslag för värderingarna bakom redan gällande materiell rätt, en form av handlingsdirigering. Prejudikatbildningen påstås då vara viktig för att förbättra handlingsdirigeringen och minska behovet av framtida konfliktlösning.[181]

Civilprocessen fyller genom domstolarnas dömande verksamhet en viktig rättsklargörande funktion. Det är knappast någon som skulle ifrågasätta att domstolarnas prejudikatbildning har betydelse för rättstillämpningen. Av rättegångsbalken framgår att Högsta domstolen är en renodlad prejudikatinstans.[182] Prejudikat är dock inte juridiskt bindande utan enbart vägledande för underrätterna. En tingsrätt eller en hovrätt får under vissa förutsättningar avvika från prejudikat i sin bedömning om prejudikatet anses dåligt genomtänkt eller uppfattas ha förlorat sin aktualitet på grund av samhällsutvecklingen.[183] Högsta domstolen har dock satt upp vissa villkor för när en domstol har rätt att trotsa ett prejudikat. Högsta domstolen konstaterar att skadeståndsberättigat prejudikattrots (jfr 3 kap. 2 § 1 p. SkstL) inte föreligger om domstolen har redogjort för prejudikatet och utförligt motiverat sitt ställningstagande till varför prejudikatet inte ska följas i den enskilda situationen.[184] I det aktuella fallet hade hovrätten hänvisat till kritik som förts i doktrin mot det aktuella prejudikatet samt hänvisat till hovrättsavgörande som avvek från prejudikatet, vilket var tillräckligt för att det inte skulle föreligga ett skadeståndsberättigat prejudikattrots. Däremot framgår det inte av rättegångsbalken att Högsta domstolen också har till uppgift att skapa ny lag eller oskriven ny rätt, det vill säga att Högsta domstolen har en rättsutvecklande, eller rättsskapande funktion. Om det vore så skulle domaren utföra en uppgift som normalt tillkommer den genom val utsedde lagstiftaren.[185]

Frågan är dock om domstolens funktion som prejudikatbildare och rättsutvecklare har någon egentlig betydelse för enskilda rättssubjekts möjlighet

181. *Lindblom, Per Henrik*, ADR – opium för rättsväsendet?, s. 433.

182. 54 kap. 10 § RB där det framgår att Högsta domstolen ska meddela så kallad prejudikatdispens om det är av vikt för ledning av rättstillämpning.

183. Jfr *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 77.

184. NJA 1994 s. 194.

185. Angående denna problematik se bl.a. *Andersson, Torbjörn*, Rättsskyddsprincipen, s. 231 f., *Lindblom, Per Henrik*, ADR – opium för rättsväsendet?, s. 433 och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 73 ff.

att på ett bindande sätt avstå från rätten till domstolsprövning, helt eller delvis.

Anta exempelvis att två parter har kommit överens om att tvister med anledning av ett avtal mellan dem inte ska lösas genom domstolsprövning utan genom ett i avtalet utpekat alternativt tvistlösningsförfarande. Hur påverkar ett sådant avtal civilprocessens prejudikatbildande och rättsutvecklande funktion? Kritiker menar att alternativa tvistlösningsformer och därmed rätten att, med för domstolen bindande verkan, styra processer till alternativ tvistlösning utgör ett reellt hot mot prejudikatbildningen och därmed försämrar handlingsdirigeringen och den framtida konfliktlösningen.[186] Ett sådant påstående kan naturligtvis ha visst fog för sig. Det är klart att användandet av alternativa tvistlösningsformer ökar risken för minskad prejudikatbildning och rättsutveckling i de statliga domstolarna. I dessa fall flyttas tvisten bort från de statliga domstolarna, vilket dessutom påverkar statens möjligheter till insyn och kontroll över konfliktlösningen. Denna utveckling ser vi redan idag genom att alltfler tvistemål löses inom ramen för andra tvistlösningsförfaranden än civilprocessen. Det är dock svårt att mäta om och i vilken omfattning alternativa tvistlösningsformer påverkar prejudikatbildning och rättsutveckling. Inte minst mot bakgrund av att många civilrättsliga tvister faktiskt löses utanför domstolen genom förlikningsförhandlingar.[187]

Ett annat exempel är när parterna har reglerat processuella frågor om det rättsliga beslutsfattandet, exempelvis genom att peka ut de normer som domstolen ska tillämpa när tvisten ska avgöras. Även ett sådant avtal kommer i konflikt med civilprocessens prejudikatbildande och rättsutvecklande funktion eftersom domstolen inte ska avgöra tvisten mot bakgrund av gällande materiella rättsregler. Detta är exempelvis fallet när det gäller hela den dispositiva rätten. Det innebär dock inte att domen saknar prejudikatvärde, men domens innehåll påverkas av parternas avtal, vilket i sin tur påverkar prejudikatbildningen av den bestämmelse som har ersatts med ett avtalsvillkor.

Dessutom är prejudikat- och rättsutveckling effekter av domen och så länge parterna alltid har en faktisk rätt att ensidigt avstå från att väcka talan finns det ingen möjlighet att med stöd dessa funktioner i sig hindra parterna från att ingå avtal där de helt eller delvis avstår från domstolsprövning. Däremot kan diskussionen om civilprocessens funktion som prejudikatbildare och rättsutvecklare påverka den lagstiftning som ger parterna möjlighet att på ett bindande sätt, helt eller delvis, avstå från domstolsprövning.

186. *Lindblom, Per Henrik*, ADR – opium för rättsväsendet?, s. 434.

187. Jfr SOU 1994:99 del A, s. 46 där det framhålls att det inte finns någon anledning att motarbete utvecklingen med alternativa tvistlösningsformer så länge den svagares rätt inte hotas eller tvistlösningen tenderar att ske uteslutande utanför domstolarna med helt utebliven prejudikatbildning på vissa rättsområden som följd.

3.2.4 *Rättsskydd*

Rättsskyddsprincipen innefattar en rätt för alla och en var att få sina rättsliga angelägenheter prövade i ett rättsligt förfarande som tillhandahålls av rättsstaten. Inom rättsskyddsprincipen ryms två olika rättsskyddande funktioner. Dels är det privaträttsliga subjekts rätt till skydd för sina materiella rättigheter, det *materiella rättsskyddet*, dels ett offentligrättsligt rättsskydd, det *processuella rättsskyddet*, med innebörden att alla och en var ska ha rätt till domstolsprövning i ett förfarande som uppfyller vissa grundläggande kvaliteter.[188]

Parterna kan i större utsträckning påverka det materiella rättsskyddet genom avtal jämfört med det processuella. Genom att materiella dispositiva regler får ersättas med innehållet i ett avtalsvillkor har parterna stor avtalsfrihet när det gäller att förfoga över enskilda rättigheter. En part måste dock ges rätten att försvara sina rättigheter mot angrepp från andra privaträttsliga subjekt. En domstol är bunden av parternas avtalsdispositioner avseende den materiella rätten. Avtalen får direkta verkningar i förhållande till avtalsparterna och får därmed betydelse för den materiella prövningen av tvisten. Däremot är det staten som genom domstolarna förfogar över det processuella rättsskyddet och parternas möjlighet att styra över detta genom avtal är kraftigt begränsad.[189] Ett sådant avtal skulle kunna jämställas med en form av tredjemansavtal där två parter genom avtal sinsemellan försöker binda en tredje utomstående part, i det här fallet staten genom domstolarna.[190]

Det bör poängteras att till skillnad från civilprocessens övriga samhällsfunktioner, inkluderat det materiella rättsskyddet, får det processuella rättsskyddet aktualitet redan innan det föreligger någon dom i en enskild tvist. Det processuella rättsskyddet omfattar *tillgången* till domstolsprövning. Det materiella rättsskyddet handlar om ”resultatet” av domstolsprövningen; var och en ges en rätt att få sina materiella rättigheter prövade i ett domstolsförfarande som resulterar i en dom som klargör de rättsliga positionerna mellan parterna. Mot bakgrund av detta är det naturligt att dra slutsatsen att giltigheten av avtal där parter exempelvis avstår helt från domstolsprövning, påverkas av det processuella rättsskyddet. Vikten av det processuella rättsskyddet betonas också genom lagstiftning både på nationell och internationell nivå och i olika konventionsarbeten.[191]

188. Rättsskyddsfunktionerna utvecklas nedan under avsnitt 6.2.

189. Jfr SOU 2000:99 del A, s. 43. I vilken utsträckning det är möjligt för enskilda parter att genom avtal helt eller delvis reglera rätten till domstolsprövning och rättvis rättegång analyseras nedan i del III och del IV.

190. Utrymmet för bindande tredjemansavtal är mycket begränsat. Angående civilrättsliga tredjemansavtal, jfr *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt I, s. 152 ff.

191. 2 kap. 11 § RF, artikel 6 (1) EKMR, artikel 47 EU-stadgan, artikel 10 FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna, och artikel 14 FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter.

Även om alla de ovan nämnda funktionerna på olika sätt har präglat de civilprocessuella reglerna när det gäller tillgången till domstolsprövning samt förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget, är det min uppfattning att framför allt den rättsskyddande funktion har haft en central betydelse för utvecklingen av civilprocessen när det gäller frågan om i vilken utsträckning parter ska få lov att avstå helt eller delvis från rätten till domstolsprövning genom avtal. De processrättsliga regler och principer som aktualiseras vid denna bedömning är genom den så kallade rättsskyddsprincipen präglade av processens rättsskyddande funktion. Mot bakgrund av detta kommer rättsskyddsprincipen att behandlas mera ingående nedan i samband med att de allmänna förutsättningarna för att avstå från rätten till domstolsprövning problematiseras.[192]

192. Jfr nedan under avsnitt 6.2.

4 Lagstadgad rätt till domstolsprövning

4.1 Grundlagsskydd

I Sverige saknades det länge uttryckliga regler om alla och en vars rätt till domstolsprövning annat än så som denna rätt kommer till uttryck i artikel 6 (1) EKMR.[193] Sedan den 1 januari 2011 finns det emellertid en bestämmelse i den svenska grundlagen om allas rätt till ”rättvis rättegång”.[194] Av lagtexten framgår enbart att alla har rätt till en rättegång som är rättvis och genomförs inom skälig tid. Däremot framgår det inte vad som innefattas i begreppet ”rättvis rättegång”. Inte heller ger regeln uttryckligen alla och en var rätt till tillgång till domstolsprövning.

Den diskussion som förs i grundlagsutredningen från 2008 är helt fokuserad på begreppet ”rättvis rättegång” och den grundläggande frågan om rättstillgänglighet, det vill säga tillgång till en domstol, diskuteras inte alls.[195] Det framstår snarare som en självklarhet i utredningen att denna rätt existerar. Det är också ett rimligt antagande. Hur skulle en part kunna ha rätt till en rättegång som är rättvis om inte det också fanns en rätt till själva rättegången?[196] I grundlagsutredningen tydliggörs att svensk rätt inte tidigare har innehållit någon sammanhållen bestämmelse om rätt till domstolsprövning *och* rättssäkerhet.[197] Vidare sägs det att det generellt sett anses att den svenska processordningen garanterar en rätt till domstolsprövning *och* till en rättvis rättegång som anges i artikel 6 (1) EKMR, även om det på konstitutionell nivå saknas en generell regel om rätten till domstolsprövning *och* till ett rättvist förfarande.[198] Det tydliggörs också att även om den svenska lagtexten fokuserats till uttrycket ”rättvis rättegång”, innebär kopplingen till artikel 6 (1) EKMR att innebörden av detta begrepp är väl belyst i domstolspraxis.[199] Regeringen framhåller också att begreppet ”rättvis rättegång” väl fångar de grundläggande rättssäkerhetsgarantier som traditionellt anses

193. Notera dock att Sverige inkorporerade Europakonventionen genom lag så sent som 1994.

194. 2 kap. 11 § 2 st. RF.

195. SOU 2008:125, s. 419 ff. Grundlagsutredningens förslag överensstämmer också med regeringens, jfr prop. 2009/10:80 s. 156 ff.

196. Detta resonemang stämmer väl överens med Europadomstolens praxis avseende frågan om det i artikel 6 (1) EKMR kan tolkas in en rätt till domstolsprövning, dvs. rätten att få tillgång till en domstol. Se vidare nedan avsnitt 4.2. Det skulle naturligtvis kunna argumenteras för att bestämmelsen inte innefattar en självklar rätt att få tillgång till en domstol, men i de fall när en part har tillgång till en domstol ska förfarandet vara rättvist och genomföras skyndsamt. Det finns dock ingenting i lagstiftningen, lagförarbetena eller doktrin som tyder på att bestämmelsen ska tolkas på det senare sättet.

197. SOU 2008:125 s. 420.

198. SOU 2008:125 s. 425.

199. SOU 2008:125 s. 426 och prop. 2009/10:80 s. 158 f.

knutna till ett rättvist domstolsförfarande.[200] I diskussionen skiljer med andra ord grundlagsutredningen mellan *tillgången* till domstolsprövningen och *formerna* för denna prövning. Mot bakgrund av detta ligger det nära till hands anta att regeln i 2 kap. 11 § 2 st. RF inte är tänkt att ändra rättsläget när det gäller enskildas rätt att få tillgång till en domstolsprövning utan enbart att betona och förstärka att en sådan domstolsprövning, rättegången, ska vara rättvis.[201]

Det framgår dessutom av 2 kap. 11 § RF att en rättegång ska genomföras inom skälig tid. Även detta kan ha betydelse för tillgången till domstol. Om en rättegång tar alltför lång tid har ju knappast parterna fått tillgång till en domstol. Begreppet ”rättegång inom skälig tid” tar dock inte sikte på den situationen att en part nekats att få tillgång till en domstol över huvud taget, utan snarare det faktum att när tillgång till domstol och domstolsprövning har givits ska själva förhandlingen genomföras på ett så skyndsamt sätt att hela proceduren kan anses genomförd, och ett avgörande ha meddelats, inom skälig tid.[202] I tvistemål räknas tidpunkten från det att talan väcks inför domstol. Hur lång ”skälig tid” är beror naturligtvis på omständigheterna i det enskilda fallet, men klart är att om rättegången tar längre tid än vad som kan anses skäligt, har parternas tillgång till domstolsprövning begränsats.[203]

4.2 Europakonventionen

Det framgår av 2 kap. 19 § RF att de normgivande organen i Sverige inte får meddela lag eller föreskrifter som strider mot Europakonventionen. Det ger inte konventionen i sig grundlagsstatus, men betyder att brott mot konventionen är grundlagsstridigt. Däremot har europakonventionen status som lag i Sverige.[204]

Artikel 6 (1) EKMR innefattar två viktiga aspekter. För det *första* ger artikeln anvisningar om innehållet i en rättegång, hur denna ska vara uppbyggd och vilka rättssäkerhetsgarantier som ska prägla en ”rättvis rättegång”. Det handlar om grundläggande fundamentala värden som typiskt sett är förknippade med en av rättsordningen accepterad domstolsprocess.[205]

200. Prop. 2009/10:80 s. 160.

201. Tillgången till domstolsprövning och vad som avses med en domstol samt vilka komponenter som ska vara uppfyllda för att ett förfarande ska klassificeras som rättvist behandlas närmare nedan i kapitel 11.

202. Jfr SOU 2008:125 s. 423 där det framgår att kravet på att rättegången ska ske ”inom skälig tid” syftar till att skydda parterna mot en alltför långsam handläggning.

203. Mot bakgrund av avhandlingen syfte och frågeställningar är frågan om vad som är skälig tid i ett enskilt fall inte relevant att utreda vidare.

204. Europakonventionen inkorporerades med svensk rätt genom Lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

205. Vilka dessa värden är och hur de kommer till uttryck i civilprocessen kommer att behandlas nedan i kapitel 11.

För det *andra* innefattar artikel 6 (1) EKMR ett krav på rättstillgänglighet för alla och en var. Rätten till domstolsprövning – *access to court* – innehåller ett processuellt rättsskydd för medborgarna i en konventionsstat. Det handlar om rätten till domstolsprövning i betydelsen tillgång till en domstol. Det är denna rättstillgänglighet som är intressant under detta avsnitt.

Konventionstexten ger inte något direkt svar på frågan vad som innefattas i rättstillgängligheten. Genom det så kallade *Golder-fallet*[206] har Europadomstolens slagit fast vad som avses med rättstillgänglighet enligt artikel 6 (1) EKMR. I Golder-fallet kom Europadomstolen fram till att artikel 6 (1) EKMR innefattar *dels* en rätt för part att få civila anspråk prövade av en domare, *dels* att det finns ett allmänt förbud mot *deni de justice*.[207] Europadomstolen tolkade artikel 6 (1) mot bakgrund av preambeln till Europakonventionen och "*the rule of law*". Domstolen konstaterade att rätten att få tillgång till en domstol var förenlig med alla konventionsstaters gemensamma övertygelse.[208] Domstolen uttalade att artikel 6 (1) EKMR innefattar en allmän rätt till domstolsprövning – *access to court* – i den mening att alla och en var ska ha en *faktisk* rätt att få tillgång till en domstol. Även om denna rätt inte uttryckligen framgår av konventionstexten i artikel 6 (1) EKMR, ska den tolkas in där. Enligt domstolen är inte detta en extensiv tolkning av artikeln som innebär att det läggs nya krav på medlemsstaterna utan rätten till domstolsprövning följer av (1) terminologin i artikeln sedd i sin kontext, (2) av syftet med konventionen samt (3) genom generella juridiska principer.[209]

I Golder-fallet tolkar Europadomstolen i artikel 6 (1) EKMR in en generell rätt för parter att väcka talan inför domstol i syfte att få till stånd en domstolsprövning av civila rättigheter och skyldigheter, förutsatt att det handlar om en reell och seriös tvist.[210] Detta har bekräftats av Europadomstolen i ett flertal fall.[211] Europadomstolen har genom denna praxis betonat att rätten till domstolsprövning inte är begränsad till situationer när det nationella rättssystemet redan tillförsäkrar parter en rätt till domstolsprövning. Även

206. *Golder* mot *Förenade konungariket*, dom den 21 februari 1975.

207. Uttrycket *deni de justice* innebär att en part nekas tillgång till domstolsprövning. Förbudet mot *deni de justice* uttrycks genom artikel 6 (1) EKMR som en rätt till domstolsprövning.

208. Se *Golder* mot *Förenade konungariket*, dom den 21 februari 1975, p. 34.

209. *Golder* mot *Förenade konungariket*, dom den 21 februari 1975, p. 35–36. Se även *Harris, David, m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 398 ff. och *Dijk, Pieter van m.fl.*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, s. 557 ff.

210. En grundförutsättning för att Europadomstolen ska pröva en parts civila rättigheter är att tvisten anses vara reell och seriös. Europadomstolen har dock slagit fast att en tvist presumeras vara reell och seriös om det inte finns klara indikationer på att så inte är fallet, se exempelvis *Rolf Gustafson* mot *Sverige*, dom den 1 juli 1997, p. 38–39. Även *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 151 f. Jfr också 42 kap. 5 § 1 st. 2 men., som inom ramen för civilprocessen ger en domstol rätt att meddela dom utan att först utfärda stämning om käromålet är uppenbart ogrundat.

211. Se bl.a. *Winterwerp* mot *Nederländerna*, dom den 24 oktober 1979, *Van Leuven* och *De Meyer* mot *Belgien*, dom den 23 juni 1981, *Pudas* mot *Sverige*, dom den 27 oktober 1987 och *Osman* mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 oktober 1998, p. 136.

avsaknaden av en sådan rättighet utgör ett brott mot konventionen.[212] Däremot kan det diskuteras vad som utgör en domstol, det vill säga vad är det för ett ”tvistlösningsorgan” som parterna har rätt att få tillgång till?[213] Även EU-domstolen har uttalat att rätten till effektivt domstolsskydd,[214] i bemärkelsen rätten att faktiskt få en talan prövad av en domstol, rättstillgängligheten, är en allmän princip i unionsrätten och att detta följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, vilka bland annat har stadfästs i artikel 6 (1) EKMR och i artikel 47 i EU-stadgan.[215]

Artikel 6 (1) EKMR tillförsäkrar var och en rätt till domstolsprövning. Det följer dock inte av konventionstexten om parter också har en frihet att avtala bort rätten till domstolsprövning. I vilken utsträckning det är möjligt behandlas nedan.[216]

Artikel 6 (1) EKMR innehåller också ett krav på domstolsprövning inom skälig tid. Tidpunkten räknas från det att talan väcks till det att en slutlig dom föreligger.[217] Rättegång inom skälig tid betyder här, på samma sätt som nämndes ovan avseende regeln i 2 kap. 11 § RF, att själva handläggningen av målet inför domstolen ska ske så skyndsamt att en part kan anses ha fått tillgång till domstolsprövning inom skälig tid. Europadomstolen har betonat vikten av att rättvisa tillhandahålls utan förseningar som äventyrar systemets effektivitet och trovärdighet.[218]

212. Europadomstolens tolkning har kritiserats eftersom den skulle innebär att domstolen ägnar sig åt lagstiftning genom att tolka in denna skyldighet för nationella stater. Principen om rätten till domstolsprövning är en så grundläggande och betydelsefull princip att den inte kan påtvingas stater utan att de förbundit sig att tillförsäkra sina medborgare denna rätt. Kritiken framgår bl.a. av de avvikande meningarna i Golder-fallet. Mot detta har argumentet om rätten till domstolsprövning som en överstatlig ”norm”, en rättslig princip, lyfts. Även om det inte uttryckligen framgår av den nationella lagstiftningen kan idén om allas rätt till domstolsprövning gälla som någon form av överstatlig norm. Så var exempelvis fallet i Sverige tidigare, jfr SOU 2008:125 s. 424 ff. Även praxis från tiden innan det att Europakonventionen utgjorde lag här i riket, ger uttryck för detta, NJA 1958 s. 654, och NJA 1971 s. 453. Se även Hovrätten för Övre Norrland, dom den 8 juli 1947. Jfr också *Mårsäter, Olle*, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, avsnitt 4.2.1–4.2.2.

213. Denna fråga behandlas nedan i avsnitt 11.2.

214. Det effektiva består i att det är en faktisk rätt och inte enbart en formell rätt som exempelvis är beroende av att en part uppfyller vissa ekonomiska förutsättningar.

215. Jfr *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH* mot *Tyskland,* mål C-279/09, p. 29 och p. 31. Målet rörde en medlemsstats skadeståndsansvar enligt unionsrätten. Frågan var om artikel 47 i EU-stadgan utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken käranden måste erlägga ett förskott på rättegångskostnaderna för att talan ska kunna väckas när lagstiftningen inte medger att rättshjälp beviljas en juridisk person, trots att den juridiska personen inte kan erlägga förskottet.

216. Avtalsvillkor där parterna avstår helt från domstolsprövning behandlas i del III och avtalsvillkor där parterna avstår delvis från domstolsprövning behandlas i del IV.

217. Om målet prövas i flera instanser är det domen i den högsta instansen som är avgörande, jfr *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 302 f.

218. Jfr *H* mot *Frankrike*, dom den 24 oktober 1989, p. 58. Som nämndes ovan kommer inte frågan om vad som utgör skyndsam handläggning att utredas vidare i denna avhandling.

5 Domstolens rättskipningsuppgift

Rättsstaten har ansvar för rättskipningen i förhållande till medborgarna.[219] Hur omfattande detta ansvar är och hur det gestaltar sig är inte helt klart. Ansvarets omfattning avgörs av vad som innefattas i begreppet rättskipning. Vad är det egentligen som rättsstaten ska tillhandahålla när det talas om ansvar över rättskipningen? Ett accepterande av att parter avstår från rätten till domstolsprövning får till följd att rättsstatens ansvar över rättskipningen begränsas i motsvarande mån. Mot bakgrund av detta är det intressant att undersöka vad som innefattas i statens ansvar över rättskipningen. När parter avstår från rätten till domstolsprövning på ett sådant sätt som behandlas i denna avhandling aktualiseras också frågan om rättsstaten får överlåta dessa rättskipningsuppgifter till andra aktörer.

Nedan ska två olika tänkbara sätt att tolka begreppet rättskipning presenteras, där skillnaden ligger i hur beslutsfattandet går till. De båda synsätten delas upp i det *klassiska* och det *moderna* synsättet.

Det klassiska synsättet innefattar domstolens traditionella dömande verksamhet och innebär att rättsstatens ansvar begränsas till att tillhandahålla domstolar dit parter kan vända sig för att få sina rättsliga anspråk prövade i ett förfarande som följer en viss, enligt lag, given ordning och där domstolen avgör tvister efter att ha sakprövat de rättsfakta och värderat innehållet i de bevismedel, bevisfakta, som har åberopats av parterna. Det rättsliga beslutsfattandet utgår från en *rättslig prövning*.[220] Den rättsliga prövningen genomförs mot bakgrund av offentligt tillkomna rättsregler och principer för att domstolen ska kunna komma fram till om kärandens anspråk ska bifallas eller ogillas. I detta fall utgör domstolens verksamhet både en rättslig prövning och konfliktlösning.

Det andra synsättet, det moderna synsättet, innebär att rättsstaten är skyldig att se till att parterna har tillgång till tvistlösning, men där denna inte nödvändigtvis grundar sig på en rättslig prövning. Här aktualiseras två olika varianter av tvistlösning dels sådan som innebär både rättslig prövning och konfliktlösning, men där den rättsliga prövningen inte utförs av traditionella domstolar utan har överlåtits till andra organ, exempelvis en skiljenämnd, dels sådan konfliktlösning som inte utgår från en rättslig prövning utan där andra värden får betydelse för tvistens utgång eller där det enbart görs en formell prövning av tvisten, exempelvis förlikningsförhandlingar eller när dom-

219. Jfr SOU 2008:125 s. 309 och 345 ff., SOU 2000:99 del A, s. 43 och prop. 2009/10:80 s. 119 f. Se även prop. 1998/99:35 s. 40, där det framhålls att staten har monopol på rättskipningen och att skiljeförfarandet utgör ett undantag från detta monopol.

220. Rättstillämpning inkluderat rättighetsprövning samt bevisvärdering inom civilprocessen behandlas nedan i avsnitt 11.6.

stolen meddelar dom efter medgivande från en part. I de två senare fallen handlar det om att lösa konflikten och i den bemärkelsen är det konfliktlösning, men detta sker inte efter en rättslig prövning.

Det klassiska synsättet på rättskipning har under lång tid varit allmänt rådande i Sverige. Långa handläggningstider i domstolarna och näringslivets ”flykt” till privata tvistlösningsalternativ har dock gjort att det moderna synsättet fått större och större inflytande, inte bara i juridisk debatt och doktrin utan även genom olika lagstiftningsinitiativ både på EU-rättslig och på nationell nivå.[221] Frågan är om rättsstatens ansvar för rättskipningen utgörs av det klassiska eller det moderna synsättet. Kanske är det inte ens möjligt att fastslå vilket av de två synsätten som innefattas i rättsstatens ansvar för rättskipningen idag.

Om ordet rättskipning slås upp i nationalencyklopedin står det följande att läsa ”[…] *domstolarnas huvuduppgift, den dömande verksamhet som samhället genom domstolar utövar för att upprätthålla rättsordningen*.”[222]

Rättskipning är en metod för att lösa uppkomna tvister mellan parter. Det förefaller som om det finns en allmän uppfattning om att rättskipning är den dömande verksamhet som domstolarna utövar, vilket passar väl med det ovan nämnda klassiska synsättet. Detta stämmer också väl med de slutsatser som domarutredningen kom fram till som en vedertagen språklig definition av begreppet.[223]

Domarutredningen sammanfattar innebörden av begreppet rättskipning när det gäller tvistemål såsom det används i Sverige med att ”[…] *objektivt och opartiskt avgöra rättsliga tvister mellan enskilda intressen eller mellan ett enskilt intresse och ett allmänt intresse* […].”[224] Här tydliggörs att det handlar om att objektivt och opartiskt avgöra *rättsliga tvister*. Denna sammanfattning av vad som utgör rättskipning har sedan återupprepats i olika förarbeten, men det har också framhållits att avsaknaden av en definition av begreppet rättskipning innebär att domstolarnas huvuduppgift är beroende av vad man vid skilda tillfällen väljer att lägga i begreppet. Där sägs också att

221. Detta framgår på nationell nivå av bl.a. SOU 2007:26 om alternativ tvistlösning och prop. 2010/11:128 om medling i vissa privaträttsliga frågor som bl.a. resulterat i lag (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister. På EU-rättslig nivå framgår det bl.a. av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område.

222. Ordet rättskipning enligt nationalencyklopedins nätupplaga, senast kontrollerad 2014-11-30. Av tradition har det gjorts en skillnad mellan rättskipning och förvaltning. Det är dock svårt att dra någon tydlig gräns mellan rättskipning och förvaltning. Både förvaltningsmyndigheter och domstolar beaktar och tillämpar allmängiltiga rättsregler i sitt beslutsfattande. Även förvaltningsmyndigheter sysslar i stor utsträckning med rättstillämpande verksamhet, se vidare prop. 1973:90 s. 232 och SOU 2008:125 s. 346 ff. I och med införandet av den nya regeringsformen 2011 delades dock rättskipningen och förvaltningen upp i två kapitel. Kap. 11 reglerar rättskipningen och kap. 12 förvaltningen, se vidare nedan not 233.

223. SOU 1994:99 del A, s. 38.

224. SOU 1994:99 del A, s. 38 f.

utvecklingen tyder på att domstolarnas roll kommer att öka och att innebörden av rättskipningsbegreppet kommer att vidgas och förändras av samhällsutvecklingen.[225] Detta tyder på att det skulle vara möjligt att frångå det klassiska synsättet.

Det framgår dock inte på vilken grund domstolen ska avgöra en rättslig tvist. Vad innefattas i metoden rättskipning? Handlar rättskipning enbart om domstolens dömande verksamhet där domstolen avgör tvister mellan parter efter en rättslig prövning eller kan även den verksamhet som bedrivs när en domare håller förlikningsförhandlingar eller är utsedd till särskild medlare omfattas av begreppet rättskipning? Svaren på dessa frågor är inte självklara.

Ett rimligt antagande är att när domstolen ska avgöra rättsliga tvister avses en rättighetsprövning mot bakgrund av rättsliga regler och principer. Det går inte att avgöra vem som har ett visst rättsligt berättigat intresse utan att vid beslutsfattandet tillämpa de materiella rättsreglerna på området. Den uppmärksamme upptäcker dock direkt ett bekymmer här. Den verksamhet som utövas av en domstol omfattar nämligen också annat än traditionellt dömande verksamhet, exempelvis förlikningsförhandlingar som resulterar i en förlikningsöverenskommelse och som på parternas begäran får stadfästas i en dom,[226] dom efter medgivande från en part och tredskodomar,[227] det vill säga domar som grundar sig på en formell prövning och inte en sakprövning av en parts materiella rättighet. Det är fortfarande en rättslig tvist i grunden, men den är inte löst genom en materiell rättighetsprövning mot bakgrund av rättsliga regler och principer. Ska även dessa situationer omfattas av domstolens rättskipningsuppgifter?

Som framhållits i olika förarbeten, finns det inte någon definition av begreppet rättskipning i lagstiftningen.[228] Viss ledning kan hämtas från regeringsformen där det framför allt i 1 och 11 kap. finns regler om rättskipning och bestämmelser som är inriktade på domstolarnas rättskipande verksamhet. Det stadgas bland annat att det för rättskipningen finns domstolar,[229] att bestämmelser om domstolarnas rättskipningsuppgifter meddelas i lag,[230] att domstolarna ska utöva rättskipningen självständigt[231] och att en rättstvist mellan enskilda inte utan stöd av lag får avgöras av annan myndighet än domstol.[232] Visserligen omnämns inte begreppet rättskipning i det

225. SOU 1994:99 del A, s. 37, SOU 1998:135 s. 50 f. och SOU 2000:99 del A, s. 56.
226. 17 kap. 6 § RB.
227. När det gäller dom efter medgivande från part, se 17 kap. 3 § RB och 42 kap. 18 § 3 p. RB och avseende tredskodom, se 44 kap. 8 § RB.
228. SOU 1998:135 s. 51 och SOU 2000:99 del A, s. 56.
229. 1 kap. 8 § RF.
230. 11 kap. 2 § RF.
231. 11 kap. 3 § RF.
232. 11 kap. 5 § RF.

senare stadgandet, men enligt domarutredningen kan 11 kap. 5 § RF tas till intäkt för att tvistlösning utgör en uppgift för domstolarna.[233] Domstolarnas uppgift är att ”skipa rätt”. Om samhället inte kan erbjuda sina medborgare en oavhängig rättskipning av hög kvalitet kan samhället inte fungera.[234] Regeringsformen, framför allt 11 kap. som har rubriken rättskipning, ger stöd för uppfattningen att rättskipning innebär just rättslig prövning. Under rubriken om rättskipningens självständighet, 11 kap. 3 § RF, talas det om ”dömande” och att ingen får bestämma hur domstolen i övrigt ska tillämpa en ”rättsregel”.[235] Detta stadgande är det mest explicita uttrycket för skyddet av domstolarnas självständighet. Stadgandet anses vara ett förtydligande av den tidigare regeln i 47 § i 1809 års regeringsform, där det uttryckligen föreskrevs att domstolarna ”*skola efter lag och laga stadgar döma*”.[236]

Av äldre grundlagsutredningen framgår att domstolarna i sin verksamhet är bundna av rättsordningen och att domstolarna ska tillämpa gällande rättsregler.[237]

I rättegångsutredningen från 1982 görs skillnad mellan domstolens konfliktlösande och rättskipande uppgift i samband med att förlikningsverksamheten i dispositiva tvistemål i tingsrätt diskuteras.[238] Det framhålls att

233. SOU 1994:99 del A, s. 38. Det aktuella lagrummet återfanns vid tiden för domarutredningen i 11 kap. 3 § RF som idag motsvaras av 11 kap. 5 § RF. Den diskussion som förts angående begreppet rättskipning har ofta handlat om gränsdragningen mellan rättskipning och förvaltning och då inte i främsta hand för att definiera vilka olika uppgifter som ingår i rättskipningen, se bl.a. SOU 1972:15 s. 195 f. och prop. 1973:90 s. 232 f. En klarare åtskillnad mellan rättskipning och förvaltning åstadkoms i samband med de grundlagsändringar som trädde i kraft den 1 januari 2011. De båda funktionerna har delats upp mellan 11 och 12 kap. RF, se SOU 2008:125 kap. 23; Regeringsformens bestämmelser om rättskipning och förvaltning. Se även *Holmberg, Erik m.fl.*, Grundlagarna, s. 515 ff. Gränsen mellan rättskipning och förvaltning är dock fortfarande svår att dra. Även förvaltningsmyndigheter tillämpar rättsregler för att fatta beslut som berör enskilda. Det bör i detta sammanhang också uppmärksammas att Europakonventionen inte skiljer mellan civilrätt och förvaltningsrätt. Rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR gäller alla civila rättigheter som drabbar enskilda oavsett om rättigheten i den nationella lagstiftningen behandlas som en del av civilrätten eller förvaltningsrätten, jfr SOU 1994:99 del A, s. 38 f.

234. SOU 1994:99 del A, s. 31.

235. Jfr 11 kap. 3 § RF. Jfr SOU 1972:15 s. 196. Se även *Holmberg, Erik m.fl.*, Grundlagarna, s. 525, där har 11 kap. 3 § RF tolkats så att bestämmelsen slår fast den viktiga rättssäkerhetsprincipen att domstolarna i sitt dömande bara har att rätta sig efter rättsreglerna i sin rättstillämpande verksamhet.

236. SOU 2000:99 del A, s. 53 och SOU 2011:42 s. 97.

237. SOU 1972:15 s. 195 ff.

238. SOU 1982:26 s. 137 ff. Konfliktlösningen brukar också lyftas fram som en av civilprocessens funktioner, jfr ovan avsnitt 3.2.2. Konfliktlösning kan dock också, som här, ses som ett redskap, en metod, för att lösa tvister mellan parter. Däremot förefaller det märkligt att likställa rättskipning med handlingsdirigering på det sätt som skett i prop. 1986/87:89 s. 111. Ett sådant synsätt innebär att rättskipning innefattar att tvisten resulterar i en materiellt riktig dom, vilket inte nödvändigtvis alltid är fallet, jfr not 245–247 nedan när domstolen meddelar dom utan sakprövning. Handlingsdirigeringseffekten har snarare med civilprocessens funktioner att göra, jfr ovan under avsnitt 3.2.2, och handlingsdirigering i sig kan inte ses som en metod för att lösa uppkomna tvister mellan parter.

det brukar sägas att en förlikningsförhandling med rättens medverkan innebär att rätten främst ägnat sig åt att nå en tillfredställande lösning på konflikten mellan parterna. Det betonas dock att det inte nödvändigtvis måste råda ett motsatsförhållande mellan begreppen konfliktlösning och rättskipning. Även en dom innebär konfliktlösning förutsatt att parterna nöjer sig med domen. Tvisten löses då genom domen. Enligt rättegångsutredningen är istället den avgörande skillnaden mellan rättskipning och konfliktlösning att rättskipning innebär sådan tvistlösande verksamhet som tar hänsyn till *juridiskt relevanta faktorer* (inklusive medgivande och erkännande). Begreppet konfliktlösning kan då användas för annan tvistlösande verksamhet, det vill säga sådan som tar hänsyn även till utomrättsliga faktorer. Samtidigt poängterar utredningen att också förlikningsförhandlingar kan innebära att rätt skipas i lika stor omfattning som om målet avgjorts genom en dom, vilket framstår som något förvirrande. Ytterligare förvirring kring begreppen uppstår genom uttalandet att det råder enighet om att rätten i en dom efter saklig prövning endast får ta hänsyn till juridiskt relevanta faktorer och att detta därför alltid innebär rättskipning. Dock kan, enligt utredningen, också en förlikningsöverenskommelse ha den innebörden, det vill säga rättskipning, om den så långt som möjligt ansluter sig till vad som skulle ha blivit domen i målet.[239] Utredningen förefaller då utgå från den situationen att parterna når en överenskommelse som överensstämmer med, eller så långt som möjligt ansluter sig till, materiell rätt på området och att det därför skulle vara fråga om att ”rätt skipas”. Förutom att det är svårt att avgöra när en förlikningsöverenskommelse *så långt som möjligt ansluter sig till vad som skulle blivit domen* i målet, innebär en sådan utgångspunkt att det enbart är innehållet i den materiella regeln som är av intresse för begreppet rättskipning och inte *hur* själva överenskommelsen kommer till stånd eller vägen dit, det vill säga hur själva förfarandet genomförs. Vid förlikningsförhandlingar är som bekant formerna för förhandlingarna annorlunda jämfört med vid en rättegång och domaren är inte beslutsfattare. Det är parterna själva som kommer överens, även om detta ofta sker efter vägledning från domaren. En rimlig utgångspunkt borde vara att inte bara de materiella reglernas genomslag i domen är avgörande för om ett förfarande utgör rättskipning eller inte. Även formerna för själva förfarandet borde få betydelse för om en tvistlösningsform ska anses utgöra rättskipning som accepteras av rättsstaten, det vill säga vara en del av civilprocessen.

Även domarlagsutredningen från 2011 utgår från att domstolarnas funktion är ”*Att gällande rätt tillämpas av självständiga domstolar som inte påverkas av ovidkommande omständigheter*[…]”.[240]

239. SOU 1982:26 s. 138.
240. SOU 2011:42 s. 95.

Ytterligare stöd för att rättskipning innefattar rättslig prövning kan hämtas i Europakonventionen där det av artikel 6 (1) framgår att var och en har rätt att få sina *civila rättigheter och skyldigheter* prövade inför en oavhängig och opartisk *domstol,* vilket ger uttryck för att det handlar om en rättslig prövning. Europadomstolen har slagit fast att "[…] *a 'tribunal' is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner* […]".[241] Även svensk praxis har utgått från att artikel 6 (1) EKMR innefattar en rättslig prövning.[242]

Nu nämnda stadganden och uttalanden antyder att rättskipning i Sverige avser den rättsliga prövning som utförs av domstolarna. Med denna utgångspunkt skulle det klassiska synsättet på rättskipning råda i svensk civilprocess. Det har dock framhållits att domstolarnas huvuduppgift är beroende av vad man vid skilda tillfällen väljer att lägga i begreppet,[243] vilket visar att även det moderna synsättet skulle ha visst fog för sig.

11 kap. 2 § RF ger visst stöd för uppfattningen att rättskipning *inte* måste innefatta en rättslig prövning. Det finns inget som hindrar att lagstiftaren slår fast att domstolarnas rättskipningsuppgifter skulle kunna innefatta även annan prövning än rent rättslig prövning. Detta förutsätter dock att formerna för prövningen noggrant regleras och följer av lag. 11 kap. 2 § RF tar sikte på domstolarnas rättskipningsuppgifter och anger ett formkrav för att kunna reglera domstolarnas verksamhet. Stadgandet är dock inte i första hand tänkt att tillämpas för att definiera vad som utgör rättskipningsuppgifter utan snarare för att skilja dessa uppgifter från annan administrativ verksamhet som förkommer inom en domstolsorganisation, exempelvis personalärenden.[244] Det går därför inte med stöd av stadgandet att fastställa vad som ingår i domstolens rättskipande uppgifter.

Det finns ytterligare indikationer på att rättskipningsbegreppet innefattar mer än det som normalt förknippas med det ovan nämnda klassiska synsättet. Det moderna synsättet återspeglas exempelvis i de situationer där domstolarna gör en mer formell prövning av en tvist utan att detta innefattar en renodlad rättslig prövning. Inom ramen för domstolens uppgifter ligger exempelvis att meddela dom i ett dispositivt tvistemål efter medgivande från en part,[245] att i dispositiva tvistemål under vissa förutsättningar meddela

241. Jfr *Belilos* mot *Schweiz*, dom den 29 april 1988, p. 64 och *H* mot *Belgien*, dom den 30 november 1987, p. 50. Se även nedan avsnitt 11.6.1.

242. NJA 2012 s. 211, se p. 4 i Högsta domstolens domskäl.

243. SOU 1994:99 del A, s. 37, SOU 1998:135 s. 50 f. och SOU 2000:99 del A, s. 56.

244. Se vidare prop. 1973:90 s. 232. Även *Bull, Thomas* och *Sterzel, Fredrik*, Regeringsformen en kommentar, s. 262 och *Holmberg, Erik m.fl.,* Grundlagarna, s. 523 f.

245. Jfr 17 kap. 3 § RB och 42 kap. 18 § p. 3 RB. I ett dispositivt tvistemål kan en part genom en ensidig processhandling medge en talan. Domstolen prövar då inte de rättsliga frågorna utan meddelar dom i enlighet med medgivandet. Det görs enbart en formell prövning.

tredskodom,[246] samt att stadfästa förlikningsöverenskommelser i en dom.[247] Det är fullt möjligt att argumentera för att även dessa situationer innefattas i domstolens rättskipande uppgifter. Det är till och med troligt att man skulle komma fram till att just meddelandet av domar ingår i domstolens rättskipningsuppgift.[248] I de nu nämnda fallen tillämpar domstolen visserligen de för varje given situation tillämpbara allmängiltiga processuella reglerna. I den bemärkelsen kan det dras en parallell till det klassiska synsättet på rättskipning, men med den, inte oväsentliga, skillnaden att någon egentlig materiell rättslig prövning av den bakomliggande tvisten inte förekommer utan domen grundar sig på en formell prövning.[249] Detta skulle kunna tas till intäkt för att rättskipning inte enbart omfattar rättslig prövning.

Frågan kvarstår dock om rättsstaten får överlåta rättskipningsuppgifter till andra aktörer?[250] På konstitutionell nivå finns det inte något egentligt belägg för detta. Tvärtom framgår det av 2 kap. 8 § RF att det för rättskipningen finns domstolar. Dessutom framgår det av 11 kap. 5 § RF att rättstvister mellan enskilda inte utan stöd av lag får avgöras av andra myndigheter än domstolar. Så som denna regel är formulerad finns det egentligen inte något stöd för att det skulle vara tillåtet att lämna över rättskipningsuppgifter avseende civila tvister till andra aktörer än just myndigheter. Mot bakgrund av detta framstår det som märkligt att det är fullt möjligt att på ett bindande sätt avstå från domstolsprövning till förmån för ett skiljeförfarande.[251] En skiljenämnd är ju en privat aktör och inte en myndighet. Även om ett skiljeförfarande på många sätt liknar domstolsförfarandet och utgångspunkten är att skiljenämnden ska avgöra uppkomna tvister enligt det klassiska synsättet på samma sätt som en domstol, det vill säga tvister avgörs efter en materiell rättighetsprövning, finns det inom skiljeförfarandet utrymmer för avvikelser

246. Förutsättningarna för meddelandet av tredskodom framgår av 44 kap. RB och omfattar situationer dels där svaranden inte har efterkommit ett föreläggande om att avge svaromål, dels situationer där en part uteblir från en förhandling under förutsättning att parten är kallad till förhandlingen samt erinrats om möjligheten att tredskodom kan komma att meddelas, jfr 42 kap. 11–12 §§ RB. Tredskodom får meddelas utan att det hålls någon huvudförhandling i målet, jfr 42 kap. 18 § p. 2. Om exempelvis svaranden inte efterkommer ett föreläggande om att avge svaromål, kan tredskodom komma att meddelas i enlighet med käromålet utan att någon egentlig rättslig prövning av käromålet har gjorts av domstolen, 44 kap. 8 § RB.

247. Jfr 42 kap. 17 § 1 st. och 18 § p. 4 RB samt 17 kap. 6 § RB. Om domstolen på begäran av parterna ska stadfästa en förlikningsöverenskommelse i en dom, måste en formell kontroll av förutsättningarna för detta göras. Däremot prövar inte domstolen om förlikningsöverenskommelsen överensstämmer med gällande materiell rätt. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 72 ff. Jfr också nedan under avsnitt 11.6.1 och kapitel 18.

248. Jfr SOU 1982:26 s. 138.

249. På ett principiellt plan jämställer svensk rätt dock en dom på formell grund med en dom på materiell grund. Båda domarna är slutgiltiga och vinner lagakraft samt verkställbara genom statligt tvång.

250. I vilken utsträckning detta är möjligt kommer att behandlas mer detaljerat i förhållande till olika alternativa tvistlösningsformer nedan i del III.

251. Jfr 10 kap. 17 a § och 4 § LSF.

från detta. Inom ramen för skiljeförfarandet har parterna stor möjlighet att påverka förfarandet, beslutsfattandet och beslutsunderlaget. Exempelvis kan parterna ge skiljenämnden mandat att i sitt beslutsfattande beakta andra värden än rent rättsliga. Man har då också lämnat den klassiska synen på rättskipningen och detta har rättsstaten Sverige ställt sig bakom. Europadomstolen har också ansett att skiljeförfarande som uppfyller vissa grundläggande rättssäkerhetsgarantier är likvärdiga alternativ till domstolsprövning. När parterna överlämnar tvister till tvistlösning inför en skiljenämnd har detta ansetts förenligt med artikel 6 (1) EKMR.[252]

Det finns även andra regler i rättegångsbalken som visar att rättskipningsuppgifter i bemärkelsen konfliktlösning, med rättsstatens samtycke, får överlåtas till andra tvistlösningsorgan än just traditionella domstolar. Domstolen får med parternas samtycke besluta att en tvist som är anhängiggjord vid domstolen ska hänskjutas till särskild medling inför en medlare.[253] Medlaren har då till uppgift att hjälpa parterna att nå en överenskommelse på den uppkomna tvisten. Om parterna önskar det, får domstolen stadfästa en sådan överenskommelse i en dom.[254] Även här grundar sig domen enbart på en formell prövning.[255]

Av ovanstående resonemang framgår att det inte går att dra några säkra slutsatser om vad som innefattas i rättsstatens rättskipningsuppgift. Mycket talar för att utgångspunkten är det klassiska synsättet, men att det moderna i vissa fall bryter igenom på det sätt att en rättighetsprövning också kan vara formell. Det har också accepterats av svensk rättsordning att rättskipningsuppgiften överlåts till privata tvistlösningsaktörer som får ges rätt att avgöra tvister efter en mer diskretionär prövning. Trots att det saknas stöd i regeringsformen för att privat rättskipning skulle jämställas med statlig, accepteras skiljeförfarande som ett likvärdigt alternativ till domstolsprövning,[256] och detta trots att parterna får ge skiljenämnden mandat att avgöra tvister efter en diskretionär prövningen istället för en rättslig prövning.[257] Mot bakgrund

252. Jfr exempelvis *Transado-Transportes Fluviais do Sado* mot *Portugal*, dom den 16 december 2003, *Suovaniemi m.fl.* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999, *Nordström Janzon* och *Nordström Lehtinen*, beslut den 27 november 1996 (målet avgjordes av Europakommissionen), *Jon Axelsson* mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990 (målet avgjordes av Europakommissionen) och *X* mot *Federala Republiken Tyskland*, beslut den 5 mars 1962 (målet avgjordes av Europakommissionen).

253. 42 kap. 17 § 2 st. RB.

254. 17 kap. 6 § RB.

255. Det ska här betonas att till skillnad från vad som gäller för rättens förlikningsverksamhet enligt 42 kap. 17 § 1 st. RB, är det en utomstående tredje man som agerar medlare och inte den domare som handlägger målet vid domstolen. Det finns inte några formella krav på vem som får agera medlare i dessa fall.

256. I vart fall om skiljeförfarandet uppfyller vissa grundläggande rättssäkerhetsgarantier. Vilka dessa är behandlas nedan i kapitel 11.

257. Det ska dock tilläggas att skiljenämnden vanligtvis avgör tvister genom en rättighetsprövning motsvarande den som utförs av domstolar inom civilprocessen.

av detta förefaller det inte finnas några principiella hinder mot att låta rättskipningsuppgiften innefatta även annan prövning av en tvist än en rent rättslig sådan. Inte heller förefaller det finnas några principiella hinder för rättsstaten att lämna över rättskipningsuppgifter till olika privata tvistlösningsorgan, förutsatt att förfarandet inför tvistlösningsorgan uppfyller vissa grundläggande rättssäkerhetsgarantier.

6 Avstå från rätten till domstolsprövning

6.1 Inledning

I detta kapitel undersöks vilka allmänna förutsättningar och begränsningar för att avstå från rätten till domstolsprövning som finns inom civilprocessen. Först behandlas den rättsskyddstanke som präglat synen på civilprocessen när det gäller rätten att få tillgång till en domstol där proceduren genomförs i ett förfarande som uppfyller grundläggande rättssäkerhetsgarantier, den så kallade rättsskyddsprincipen, *avsnitt 6.2*.

Civilprocessen utgår från att processens olika aktörer har tilldelats olika roller och utrymmet för de olika aktörerna att med bindande verkan styra över en annan aktörs roll är begränsat. Ett uttryck för detta är den processuella ogiltighetsprincipen som innebär att enskilda parter endast får reglera processuella frågor om det finns stöd i lag för detta. Denna princip och de tankar som ligger bakom densamma behandlas i *avsnitt 6.3*.

När parter ingår avtal om tillgången till domstolsprövning görs detta med avsikt att välja bort den statliga domstolsprövningen. Syftet med avtalsvillkoret är att försöka skapa ett processhinder i civilprocessen. I vilken utsträckning det är möjligt för parter att med bindande verkan skapa processhinder genom avtal behandlas i *avsnitt 6.4*.

Avslutningsvis behandlas de allmänna förutsättningarna för att avstå från rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR som har slagits fast av Europadomstolen, *avsnitt 6.5*.

6.2 Rättsskyddsprincipen

6.2.1 *Bakgrund*

Civilprocessen regleras till stor del av rättegångsbalken, vilken i sin tur till stor del är präglad av den rättsskyddstanke som var rådande vid tillkomsten av rättegångsbalken. Rättsskyddsprincipen lyfts än idag fram som en viktig komponent i samband med diskussioner om hur partsinflytandet över civilprocessen är eller bör vara konstruerat. Mot bakgrund av detta är rättsskyddsprincipen central för förståelsen av varför parterna endast i begränsad utsträckning får avstå från rätten till domstolsprövning.

Rättsskyddsbegreppet härrör från den äldre tyska teorin som skiljer mellan läran om processrättsförhållandet och läran om rättsskyddsanspråket. Teorin var populär under 1800-talet och introducerades i Sverige under

senare delen av det århundradet. Läran om processrättsförhållandet hade stor betydelse för, och har också i stor utsträckning präglat, det arbete som legat till grund för rättegångsbalken.[258]

Läran om processrättsförhållandet utgick från en föreställning om att staten skulle hantera rättskipningen och säkerställa det demokratiska inflytandet över rättsutveckling och rättighetsskydd. Staten skulle tillhandahålla domstolar som hjälper medborgarna att få rättsliga anspråk lösta. När det gäller de processuella frågor som aktualiserades i samband med rättskipningen var det staten, i form av domstolarna, som hade den huvudsakliga bestämmanderätten över detta. Rättskipningen och formerna för denna hörde till den offentliga rätten och var inte någonting som parterna kunde styra över. Parterna hade istället fått rätten att styra över sina materiella rättigheter genom avtal. Läran om rättsskyddsanspråket skulle säkerställa att parterna fick sina materiella anspråk prövade. Det talades om ett individuellt rättsskydd och den tidiga rättsskyddsskolan företrädde en åsikt om att civilprocessens främsta funktion var att skydda den materiellt berättigades position. Processens föremål var saken. Utgångspunkten var kärandens påstående om att denne var berättigad på visst sätt och svarandens förnekande av kärandens påstående. Domstolens uppgift var att klarlägga vad som gällde mellan parterna på grundval av det processmaterial som lagts fram av parterna och att skydda den part som var materiellt berättigad. Civildomen var ett omdöme om och ett fastställande av innehållet i det konkreta rättsförhållandet. Det framhölls att staten har förbjudit enskilda individer att ta sig själv rätt. Därför har staten, vars främsta funktion är att upprätthålla rättsordningen, blivit ”verkligt förpliktad” att tillhandahålla rättsskydd åt den enskilde som har behov av det.[259] Den ursprungliga tyska teorin utgick från att den materiellt berättigade har ett anspråk mot staten med innebörden att staten via domstol tillhandahåller en materiellt riktig dom.[260] Kravet på en materiellt riktig dom och vad som innefattas i detta ska inte utredas vidare här. Det räcker att konstatera att rättsskyddsanspråket utgick från att staten

258. Läran om processrättsförhållandet introducerades i Sverige främst genom Kallenberg i början av förra seklet, *Kallenberg, Ernst*, Svensk civilprocessrätt, Föreläsningar, häfte IV, s. 859 ff. Se även *Olivecrona, Karl*, Rätt och Dom, s. 343 ff. och 377 ff. och *Andersson, Torbjörn*, Rättsskyddsprincipen, s. 208 ff. Jfr även diskussionen nedan i avsnitt 6.3 om den processuella ogiltighetsprincipen.

259. *Kallenberg, Ernst*, Svensk civilprocessrätt, Föreläsningar, häfte IV, s. 862 f. Även *Olivecrona, Karl*, SvJT 1925 s. 177 (180 f.) Kallenberg framhåller att den enskildes rättighet mot staten är av offentligrättslig natur och frågan om rättigheten är av processuell natur är av underordnad betydelse. Med andra ord har enskilda en mot staten riktad rättighet att erhålla domstolsprövning. Jfr också *Andersson, Torbjörn*, Rättsskyddsprincipen, s. 156 och där gjorda hänvisningar och *Lindell, Bengt*, Partsautonomins gränser, s. 84 f. Även nutida praxis ger uttryck för denna tanke. Parterna får inte ta sig rätt själv, jfr Svea hovrätt, T 5043-04, dom den 15 mars 2005.

260. *Kallenberg, Ernst*, Svensk civilprocessrätt, Föreläsningar, häfte IV, s. 865, *Olivecrona*, *Karl*, Rätt och dom, s. 378 samt SvJT 1925 s. 177 (179). Även *Gärde*, *Natanael*, Samhället och lagarna. Några reflexioner, s. 222.

hade en skyldighet i förhållande till parterna att tillhandahålla möjligheten till domstolsprövning av parternas påstådda rättsliga anspråk. En prövning som skulle resultera i en dom.

Läran om processrättsförhållandet övergavs så småningom i svensk rätt, men tankarna bakom denna och det individuella rättighetsskyddet lever kvar än idag. Det formuleras bara på ett annat sätt numera. Det som förr benämndes processrättsförhållandet kan i dag närmast liknas vid en lära om det offentligrättsliga förhållandet. Rättsstaten ansvarar för hur samhället är uppbyggt och vilka olika uppgifter som ska tilldelas olika rättsorgan. De offentligrättsliga regleringarna har till uppgift att upprätthålla olika ”samhällsideal”, såsom statens ansvar över rättskipningen och skapa ordning och reda inom rättsstaten, exempelvis genom en tydlig rättsordning. I enlighet med detta överlåter rättsstaten enbart i begränsad utsträckning åt parterna att styra över det offentligrättsliga förhållandet när det gäller rättskipningen.

6.2.2 *Rättsskyddsprincipen i civilprocessen*

Även om rättegångsbalken genom åren har kommit att moderniseras och anpassas efter nya ledord såsom flexibilitet, partsinflytande och effektivitet råder det ingen tvekan om att rättegångsbalken och dess förarbeten är starkt influerad av det ovan nämnda offentligrättsliga förhållandet, men också av rättsskyddsprincipen i övrigt. Rättegångsbalken är fortfarande vårt processuella fundament och därmed kvarstår den historiska kopplingen. Även begreppet rättsskydd lever kvar och används i den juridiska diskussionen. Fortfarande framhålls det i vissa sammanhang att ett av det processuella regelsystemets syfte är att erbjuda rättsskydd på det individuella planet genom att staten tillhandahåller domstolar där parterna kan få sina materiella rättigheter prövade,[261] vilket kommer till uttryck även i artikel 6 (1) EKMR. Även inom EU-rätten är rättsskyddstanken central. Det har påståtts att rättsskyddstanken, i sin traditionella betydelse, lever kvar på kontinenten i betydligt större utsträckning än i Sverige.[262] Dessutom präglas EU-domstolens verksamhet i hög grad av ett rättsskyddstänkande. Ett av de mest grundläggande processuella kraven för det EU-rättsliga rättsskyddsbegreppet och en minimiförutsättning för individuellt rättsskydd, är att anspråk som grundar sig på EU-rättsliga bestämmelser måste kunna bli föremål för nationell domstolsprövning.[263]

Rättsskydd framställs emellanåt som ett skydd för enskilda i förhållande till det allmänna, men det finns också mycket som tyder på att rättsskyddet i bemärkelsen enskildas rätt till domstolsprövning av sina rättsliga angelä-

261. Jfr SOU 1994:99 del A, s. 40 f. och 42 ff.
262. *Lindblom, Per Henrik*, Processens funktioner – en resa i gränslandet, s. 60.
263. Se vidare *Andersson, Torbjörn*, Rättsskyddsprincipen, s. 108 och där gjorda hänvisningar.

genheter också innefattar ett skydd för enskilda, fysiska och juridiska personer, och dess rättigheter i förhållande till andra enskilda subjekt.[264] Domarutredningen från 1994 menar att domaren kan ses som den enskildes beskyddare mot övergrepp från både den allmänna och enskilda sidan. Domaren kan därför sägas ha en *rättsskyddande uppgift*.[265] Domaren måste i sin yrkesutövning ses som en representant för rättsorganet domstolen. Uttalandet ger stöd för att rättsskyddet omfattar ett skydd i förhållande till både staten och enskilda. Det är ett skydd som upprätthålls genom att staten tillhandahåller domstolar, eller andra rättsorgan, som ger enskilda privaträttsliga subjekt möjlighet att försvara sina rättigheter. Däremot har inte domarna tilldelats någon makt att påtvinga parterna domstolsprövning. Domstolarna har inte tilldelats en sådan initiativrätt.[266]

När det idag talas om rättsskydd kan två olika aspekter på rättsskydd diskuteras. Den första utgår från ett *processuellt* rättsskydd som innebär att staten har ett allmänt ansvar för att skapa tillgängliga rättsliga tvistlösningsformer och möjligheter för individer att få sina påstådda rättigheter prövade i ett rättsligt förfarande som uppfyller vissa grundläggande processuella kvaliteter.[267] Detta är ett offentligrättsligt förhållande mellan staten och enskilda parter.[268]

Den andra aspekten utgår från ett *materiellt* rättsskydd med innebörden att parterna har rätt till skydd av sina materiella rättigheter. Dessa materiella rättigheter ska kunna upprätthållas och skyddas genom den materiella lagstiftningen i rättsstaten. Parterna förfogar dock själva till viss del över sina materiella rättigheter och kan sinsemellan reglera och styra över sina enskilda rättigheter genom avtal.

Parterna har en rätt att ta del av det processuella rättsskyddet genom att välja om de vill lämna in en stämningsansökan och göra anspråk på det statliga rättsskyddet och få en dom där den materiella tvistefrågan avgörs i en process som följer en enligt lag uppbyggt struktur, processordning. Det processuella rättsskyddet skyddar en parts rätt till domstolsprövning, men parterna har en valfrihet genom att de kan välja att inte utnyttja rättigheten.

Avtalsfriheten på civilrättens område gör det möjligt för parterna att i större utsträckning förfoga över det materiella rättsskyddet jämfört med det

264. Se vidare *Lindblom, Per Henrik*, Processens funktioner – en resa i gränslandet, s. 60 f. och Tvekamp eller inkvisition? Reflektioner om straffprocessens samhällsfunktioner och grundstruktur, 221 f. Lindblom framhåller att det inte råder någon enighet i doktrin om vem eller vad skyddet ska gälla mot, om det ska gälla bara i förhållande till andra privata fysiska eller juridiska personer eller enbart mot övergrepp från staten själv i dess olika uppenbarelseformer eller mot kränkningar från båda håll.

265. SOU 1994:99 del A, s. 52.

266. Jfr 17 kap. 3 § och 42 kap. 2 och 7 §§ RB.

267. Jfr den kontradiktoriska modellen ovan i avsnitt 1.2.

268. Det processuella rättsskyddet är i den bemärkelsen jämförbart med den äldre läran om processrättsförhållandet, se ovan under avsnitt 6.2.1.

processuella på ett sätt som också är bindande för domstolen. Däremot är det staten som genom domstolarna förfogar över det processuella skyddet, och parternas möjlighet att styra över rättskipningen genom avtal där parterna avstår helt eller delvis från rätten till domstolsprövning är i denna del begränsad.

I vilken utsträckning det är möjligt för enskilda rättssubjekt att avtala bort rätten till domstolsprövning helt eller delvis behandlas längre fram i avhandlingen. Redan nu kan dock konstateras att rättsskyddsprincipen och motiven bakom denna har haft betydelse för i vilken utsträckning sådana avtal ges bindande verkan. De processrättsliga regler och principer som aktualiseras vid denna bedömning är präglade av rättsskyddsprincipen och tankarna bakom densamma.

6.3 Den processuella ogiltighetsprincipen

Den processuella ogiltighetsprincipen innebär att processuella överenskommelser *per se* är ogiltiga om överenskommelsen inte har stöd i lag. Tankarna bakom principen är att staten, genom domstolarna, har makten att avgöra processuella frågor som aktualiseras inom civilprocessen. Parterna har enbart i begränsad utsträckning givits rätt att påverka processen genom sina avtalsdispositioner. Denna rätt att påverka har då kommit till uttryck i lagstiftningen.[269]

Den processuella ogiltighetsprincipen har gamla anor. Den uttalades i samband med införandet av rättegångsbalken i början av förra seklet. Principen har sin grund i den ovan presenterade uppfattning inom processrätten som gällde vid införandet av rättegångsbalken; processuella frågor var förbehållna domstolen att lösa medan den materiella rätten kunde parterna disponera över. Den processuella ogiltighetsprincipen uttrycktes av lagrådet i samband med frågan om parters möjlighet att utfästa att inte fullfölja talan i tvistemål. Lagrådet uttalade att den då rådande uppfattningen i frågan var att sådana utfästelser inte är bindande och att denna uppfattning grundar sig på att ”*avtal i processuella frågor över huvud taget anses vara ogiltiga, om ej motsatsen uttryckligen stadgas*”.[270] Departementschefen bekräftade Lagrådets syn på saken i den efterföljande propositionen och genom riksdagens antagande av lagen är det alltså riksdagen som primärt ger uttryck för uttalandet.[271]

Som nämndes ovan gjordes det vid införandet av rättegångsbalken skillnad mellan det processuella och det materiella rättsskyddet. Uppfattningen

269. Den processuella ogiltighetsprincipen kommer att problematiseras ytterligare nedan, kapitel 7, i samband med att frågan om vad som utgör en processuell överenskommelse samt vilka rättsverkningar sådana överenskommelser kan tänkas ge upphov till, analyseras.

270. Prop. 1942 nr 5. s. 233 och SOU 1938:44 s. 509 f.

271. Prop. 1942 nr 5 s. 523.

var att om en part skulle ges rätt att disponera över sitt processuella rättsskydd krävdes det stöd i lag.[272] Staten hade ansvaret att se till att det fanns tillgängliga rättsliga möjligheter för medborgarna att få sina rättsliga anspråk prövade i ett domstolsförfarande som uppfyllde vissa grundläggande kvaliteter. Ett troligt syfte med den processuella ogiltighetsprincipen var att möjliggöra för staten att uppfylla detta ansvar.

I vissa avseenden likställdes utfästelser mellan parterna om att inte kräva överprövning av ett underrättsavgörande med utfästelser om att inte hänskjuta en tvist till domstol.[273] I båda dessa fall avstår man från en processuell rättighet som staten i rättssäkerhetens intresse tillerkänner medborgarna.[274] Parterna har inte, utan stöd i lag, tilldelats dessa processuella befogenheter. Det har framhållits att det skulle vara ytterst betänkligt att tillerkänna utfästelser om att inte inleda en process någon giltighet. Godkännandet av en sådan utfästelse skulle innebära att en starkare part tilldelas ett maktmedel i förhållande till en svagare part. Ett maktmedel som lätt kunde utnyttjas av den starkare parten på bekostnad av den svagare. Detta påstående gör sig dock inte gällande i samma utsträckning när det gäller utfästelser att inte begära överprövning av en underrätts avgörande.[275]

Redan i början av förra seklet framfördes åsikten att parterna borde tilldelas större möjligheter att genom privaträttsliga avtal med processrättsligt innehåll kunna påverka processen. Giltigheten av sådana avtal skulle då inte nödvändigtvis avgöras av om det fanns lagstöd eller inte för dem. Avgörande skulle istället vara dels att inte några absoluta processregler kränktes, dels att partsdispositioner, som avser att inverka på processen, verkligen leder till att processen på ett snabbare sätt ges en fasthet och stadga som överensstämmer med processens ändamål. Denna uppfattning kom dock inte att få genomslag i rättegångsbalken. [276]

Den processuella ogiltighetsprincipen har endast i begränsad utsträckning uttryckligen diskuterats i praxis när domstolarna har haft att avgöra om en processuell överenskommelse ska accepteras eller inte. I NJA 1949 s. 724, där ett prorogationsavtals rättsliga verkan prövades,[277] hänvisar ett justitieråd till den processuella ogiltighetsprincipen i en utvecklande egen mening. Där uttrycks att det är mycket tvivelaktigt om man i Sverige accepterar ett avtal där parterna frånhänder sig allt processuellt rättsskydd. Resonemanget utgår

272. Se vidare *Kallenberg, Ernst*, De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen, s. 114 f. Jfr även *Bolding, Per Olof*, Skiljeförfarande och rättegång, s. 60 f.

273. *Kallenberg, Ernst*, De ordinära och devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen, s. 114 f.

274. Jfr *Bolding, Per Olof*, Skiljeförfarande och rättegång, s. 60 f.

275. *Kallenberg, Ernst*, De ordinära och devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen, s. 115 not 7. Även *Bolding, Per Olof*, Skiljeförfarande och rättegång, s. 60 ff.

276. *Gemmel, Hugo*, Om återkallande af instämd talan i civila mål, s. 100.

277. Prorogationsavtal utvecklas nedan under avsnitt 6.4.

från den processuella ogiltighetsprincipen.[278] Frågan om en part får frånhända sig allt processuellt rättsskydd har behandlats även i andra rättsfall utan att den processuella ogiltighetsprincipen uttryckligen har nämnts.[279]

Att domstolarna inte uttryckligen nämner den processuella ogiltighetsprincipen betyder inte nödvändigtvis att denna inte har beaktats. Det kan också vara så att domstolen medvetet har valt att avgöra målet på en annan rättslig grund och av den anledningen inte funnit det aktuellt att nämna den processuella ogiltighetsprincipen. Det kan också vara så att domstolarna ansett att principen och dess bakomliggande syften, att garantera rätten till domstolsprövning, är en sådan grundläggande rättighet att det inte funnits anledning att särskilt omnämna principen. Ett av den processuella ogiltighetsprincipens syften är att staten genom domstolarna ska säkerställa att medborgarna har tillgång till domstolsprövning, processuellt rättsskydd, och därmed kan den mycket väl vara en bakomliggande faktor till domstolens slutsatser även om detta inte kommer till tydligt uttryck i domskälen. Det kan med andra ord inte uteslutas att den processuella ogiltighetsprincipen har beaktats.[280]

Den processuella ogiltighetsprincipen har också diskuterats i modern processrättslig doktrin. Diskussionen har på senare år varit inriktad på frågan om principen alltjämt är tillämplig. Flera författare menar att principen alltjämt gäller.[281] Inom doktrinen har dock också uttryckts att den processuella ogiltighetsprincipen är föråldrad och har tjänat ut sitt syfte.[282] Det framhålls att principen därför inte utgör ett hinder för parterna att i vissa fall ingå avtal om själva förfarandet[283] och beslutsunderlaget.[284] Parterna har visserligen genom åren tillerkänts ett ökat inflytande över handläggningsfrågor knutna till domstolsprövningen i så måtto att domstolarna beaktar parternas önskemål i dylika frågor. Det handlar dock inte om att parterna genom ett avtal, på förhand innan någon tvist har uppkommit, har fått rätten att binda dom-

278. Se JustR Karlgrens utvecklande mening i NJA 1949 s. 724.

279. Jfr NJA 1958 s. 654 och NJA 1971 s. 453. I vad mån en part får frånsäga sig allt sitt rättsskydd behandlas även nedan under kapitel 9.

280. Jfr också nedan avsnitt 7.3, där detta resonemang utvecklas.

281. Se exempelvis *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 49 kap. 2 § och *Westberg, Peter*, Från statlig till privat rättskipning–reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 347 ff. och Civilrättskipning, s. 283 f. I något äldre doktrin se *Bolding, Per Olof*, Skiljeförfarande och rättegång, s. 59.

282. *Heuman, Lars,* JT 2006–07, s. 57 (59 ff.). På senare år förefaller Heuman ha nyanserat sin inställning till den processuella ogiltighetsprincipen och numera avfärdar Heuman inte principen helt, jfr *Heuman, Lars*, JT 2011–12, s. 336 (338 ff.).

283. Heuman menar exempelvis att det inte finns något som hindrar att parter träffar avtal om att domstolen inte får pröva en tvist förrän en viss begränsad tid har förflutit sedan förlikningsförhandlingarna inleddes, *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 57 (60). Sådana så kallade stilleståndsavtal analyseras nedan i avsnitt 10.5.4.

284. Heuman menar exempelvis att parterna kan träffa avtal rörande begränsningar i parternas rätt att lägga fram olika former av bevisning, *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 57 (s. 60). Olika varianter av avtal som begränsar bevisföringen analyseras nedan i avsnitt 13.4.

stolen i frågor om handläggningen av tvistemålet.[285] När domstolen beaktar parternas önskemål om handläggningen av processen sker detta genom att parterna, sedan en tvist väl har uppkommit, uttrycker dessa önskemål genom ensidiga processhandlingar inför domstolen. Oenigheten inom processrättsdoktrinen handlar om avtalssituationer där parterna, genom avtal, på förhand försöker styra över frågor om handläggningen av tvistemålet eller avtalar om en alternativ tvistlösningsform för framtida tvister, vilket är något annat.[286]

Lagstiftaren har inte sedan lagrådets uttalande givit uttryck för att den processuella ogiltighetsprincipen skulle ha övergivits. Senare ändringar av 49 kap. 2 § RB talar snarare för den motsatta slutsatsen.[287] Redan i samband med rättegångsbalkens införande diskuterade lagrådet parters möjligheter att på förhand avtala bort rätten till fullföljd. Denna möjlighet avvisades och diskussionen återupptogs i samband med översynen av rättegångsbalken 1985. Det var där tydligt att parterna inte själva får utvidga sin rätt att ingå avtal om fullföljdsförbud enligt 49 kap. 2 § RB till att omfatta situationer där fullföljdsrätten avtalas bort på förhand, för detta krävdes en lagändring, vilket också blev resultatet.

Lagstiftaren har också på senare tid slagit fast att principen fortfarande gäller. Av propositionen om medling och förlikning från 2011 framgår att det i svensk rättsordning finns en grundläggande princip med innebörden att processuella överenskommelser där en part avsäger sig rätten till domstolsprövning, som regel är ogiltiga om inte annat särskilt föreskrivs.[288]

Av ovanstående framgår att det krävs lagstöd för att parterna med bindande verkan för domstolen, ska kunna ingå avtal där rätten till domstolsprövning begränsas helt eller delvis. Även om det saknas lagstöd för överenskommelsen får naturligtvis en part ensidigt välja att inte ta domstolsprövningen i anspråk. Om parten däremot väljer att få sina materiella rättigheter prövade i ett domstolsförfarande, har denne som huvudregel rätt att ta den statliga rättskipningen i anspråk,[289] oavsett om parterna sinsemellan tidigare

285. *Westberg, Peter*, Från statlig till privat rättskipning–reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 355 f., där Westberg för en diskussion om principens betydelse och överlevnad, se främst kapitel 5. Se även *Westberg, Peter*, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, bok 2, s. 292.

286. Den nu nämnda diskussionen i doktrin behandlas mera ingående nedan i avsnitt 7.3 där problemet med att klassificera en överenskommelse som antingen civil- eller processrättslig, analyseras.

287. SOU 1986:1 s. 105 ff. och prop. 1988/89:78 s. 40 ff. Se även *Westberg, Peter*, Från statlig till privat rättskipning–reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 355 f., och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 49 kap. 2 §.

288. Prop. 2010/11:128 s. 43. Samma uppfattning gjordes gällande i den promemoria och lagrådsremiss som föregick propositionen, se Ds 2010:39 s. 65 och Lagrådsremiss om Medling och förlikning från den 4 april 2011, s. 43.

289. Undantag görs dock för ett giltigt skiljeavtal som utgör processhinder inom civilprocessen, 10 kap. 17 a § RB.

har avtalat bort rätten till domstolsprövning med avsikt att binda domstolen och skapa ett ”processhinder” avseende den förda talan.

6.4 Avtal om processhinder

När parterna avtalar bort rätten till domstolsprövning kan en tänkbar avsikt vara att hindra en rättslig process inom ramen för civilprocessen. Ett exempel skulle kunna vara att parterna i avtalet har tagit in en alternativ tvistlösningsklausul av något slag. Avsikten med avtalsvillkoret skulle då vara att skapa ett processhinder där domstolen avvisar talan på grund av bristande behörighet. Mot bakgrund av den processuella ogiltighetsprincipen skulle ett sådant avtalsvillkor för att kunna ges den processuella rättsverkan att domstolen avvisar kärandens framställda talan, kräva att innehållet i villkoret har stöd i lag. Av rättegångsbalken framgår sällan vad som är ett hinder för process. Istället anges den förutsättning som gäller för att ta upp någonting till sakprövning. Man talar då om att det föreligger en processförutsättning. Brister det i en sådan förutsättning föreligger motsvarande processhinder. Processförutsättningar och processhinder är med andra ord två sidor av samma mynt.[290]

Reglerna om processförutsättningar och vilka specifika situationer som har processhindrande verkan, i den mån detta över huvud taget anges i lagtexten, finns angivet på spridda ställen i lagstiftningen och inte bara i rättegångsbalken.[291] Det finns inte någon generell rättslig regel som ger avtalsvillkor om processförutsättningar processhindrande verkan med innebörden att domstolen ska avvisa en talan som väcks i strid med ett sådant avtalsvillkor mellan parterna. Det finns enbart vissa särskilt angivna situationer där avtal ges processhindrande verkan eller utesluter en viss domstols behörighet i ett särskilt fall, men dessa regler är få.

I 10 kap. RB finns det regler om att parterna får ingå derogations- och prorogationsavtal[292] samt skiljeavtal[293] som binder domstolen och i 49 kap. RB regleras parternas möjlighet att ingå avtal om att inte överklaga en tings-

290. Angående denna terminologi se vidare *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 21 och 89 och där gjorda hänvisningar.

291. Exempelvis i 14 kap. ÄktB och 3 kap. FB. De mest centrala reglerna om processbehörighet och processhinder i rättegångsbalken återfinns i kap. 10–11. I 34 kap. RB finns generella regler om processhinder. Där framgår vilka processhandlingar som domstolen respektive parterna ska vidta i samband med att ett processhinder aktualiseras. Tvingande processhinder ska beaktas av domstolen *ex officio*, 34 kap. 1 § RB, till skillnad från dispositiva processhinder som enbart beaktas efter åberopande från en part, 34 kap. 2 § RB. Det framgår dock inte av 34 kap. RB vilka omständigheter som är processhindrande eller vad som utgör processförutsättningar.

292. 10 kap. 16 § RB. Derogation innebär att parterna väljer bort ett i lag anvisat forum och prorogation att parterna pekar ut ett särskilt forum som tillämpligt att lösa en uppkommen eller framtida tvist mellan parterna.

293. 10 kap. 17 a § RB och 4 § LSF.

rätts dom, det vill säga en rätt för parterna att avtala om ett eninstansförfarande som är bindande för såväl parterna som domstolen.[294] I de två första fallen handlar det inte om att helt avstå från domstolsprövning. Istället handlar det om rätten att välja mellan olika likvärdiga alternativa domstolar.

Derogations- och prorogationsavtal reglerar frågan om tillämpligt forum och innebär att parterna kommer överens om att få välja en annan domstol som behörig att pröva en uppkommen eller framtida tvist dem emellan. Avtalet får formuleras så att en eller flera domstolar görs behöriga som konkurrerande forum vid sidan av ett i lag anvisat forum. Avtalet får också formuleras så att en specifikt utpekad domstol görs till exklusivt forum. Förutsättningen för att derogations- och prorogationsavtal ska ges bindande verkan inför domstol är att avtalet är *skriftligt* och knyter an till ett särskilt utpekat *rättsförhållande*, exempelvis ett materiellt avtal mellan parterna.[295] Av lagstadgandet framgår inte att tvisten ska vara förlikningsbar, men ett sådant krav anses likväl gälla.[296]

Ett skiljeavtal innebär att parterna kommit överens om att en uppkommen eller framtida tvist inte ska avgöras av en statlig domstol utan av en privat skiljenämnd. Här finns det inte något skriftlighetskrav, men skiljeavtalet måste knyta an till ett särskilt utpekat *rättsförhållande*[297] på samma sätt som gäller för derogations- och prorogationsavtal.[298]

I dispositiva tvistemål får parter också ingå avtal om överprövningsförbud med innebörden att parterna kommer överens om att tingsrättens dom inte ska kunna överklagas till hovrätten. Det handlar med andra ord inte om att avtala bort tillgången till domstolsprövning helt utan snarare om att begränsa tillgången till en sådan prövning. Genom avtalsvillkoret skapar parterna ett eninstansförfarande. Ett sådant villkor som ingås på förhand innan någon tvist har uppkommit mellan parterna, måste vara *skriftligt* och kunna knytas till ett särskilt *rättsförhållande* för att vara giltigt.[299]

Gemensamt för de nu beskriva avtalstyperna är att ett giltigt avtalsvillkor ges processhindrande verkan om det *åberopas* inför domstol. Domstolen har ingen skyldighet att *ex officio* beakta ett sådant avtalsvillkor. I processrätten

294. 49 kap. 2 § RB. Motsvarande regel när det gäller avtal om att inte begära överprövning av en hovrättsdom finns i 54 kap. 2 § RB.

295. Angående derogations- och prorogationsavtal se vidare *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 16 § och *Ekelöf, Per Olof*, Rättegång II, s. 23.

296. NJA 2010 s. 734 p. 4. Se även Lindskogs skiljaktiga mening i NJA 2013 s. 1017, p. 4. Se även *Dennemark, Sigurd*, Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål, s. 288.

297. Jfr 1 § 1 st. LSF.

298. Angående skiljeavtal som processhinder enligt 10 kap. 17 a § och 4 § LSF, se vidare *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 17 a § och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 307–323. Skiljeavtal som alternativ till domstolsprövning analyseras mera ingående nedan i kapitel 10–11.

299. Se vidare *Fitger, Peter m.fl.* Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 49 kap. 2 §. Avtal om överprövningsförbud analyseras mera ingående nedan i kapitel 17.

görs skillnad mellan dispositiva och tvingande processhinder, där den senare varianten ska beaktas *ex officio* av domstolen.[300] De ovan i lag angivna godkända processuella överenskommelserna ger med andra ord upphov till ett dispositivt processhinder.[301] Avtalet kan enbart angripas med stöd av civilrättsliga ogiltighets- och jämkningsregler. Om exempelvis käranden i en tvist väcker talan inför domstol och svaranden visar att det finns ett giltigt skiljeavtal ska domstolen avvisa kärandens talan på grund av att det föreligger ett hinder för processen.

Mot bakgrund av att civila parter har en i princip obegränsad rätt att styra över sina materiella rättigheter genom avtal, borde de väl också ha rätt att styra över den tvistlösning som de anser är bäst lämpad att lösa en tvist som uppkommer med anledning av ett sådant materiellt avtal? Det kan man tycka, men inte någonstans finns det stöd för att parterna själva får skapa processhinder genom avtal.[302] Den processuella ogiltighetsprincipen medger inte heller detta.

6.5 Avstå från rättigheter garanterade av artikel 6 (1) Europakonventionen

6.5.1 *Utgångspunkter*

Artikel 6 (1) EKMR sätter gränsen för hur domstolsprövning ska tillhandahållas och vara organiserad för att uppfylla alla och envars grundläggande rätt till domstolsprövning.[303] Inte någonstans uttrycks om det också finns en rätt att avstå från rättigheterna i artikeln, eller delar av dem.

Även om det inte uttryckligen följer av artikel 6 (1) EKMR vilka möjligheter parter har att avstå från de rättigheter som garanteras av artikeln, följer det av konventionspraxis att det under vissa förutsättningar är möjligt att avstå från rätten till domstolsprövning. Europadomstolen har slagit fast att rätten till domstolsprövning inte är absolut. Om vissa allmänna förutsätt-

300. Jfr 34 kap. 1 § RB. Till tvingande processhinder räknas bl.a. *res judicata*, 17 kap. 11 § RB, *litis pendens*, 13 kap. 6 § RB, vissa exklusiva forumregler bl.a. vissa arvs- och testamentsrättsliga tvister, 10 kap. 9 § RB och fastighetsforum, 10 kap. 10 § RB, bristande processförutsättningar enligt 11 kap. 2 § RB och talerättsfrågor. Skulle domstolen meddela en dom och det senare visar sig att det förelåg ett tvingande processhinder föreligger ett grovt rättegångsfel, 59 kap. 1 § 1 p. RB.

301. Jfr 34 kap. 2 § RB. Till dispositiva processhinder räknas bland annat prorogationsavtal, 10 kap. 16 § och 18 §§ samt 34 kap. 2 § RB och skiljeavtal, 10 kap. 17 a § RB. Även ett avtal om överklagandeförbud måste åberopas av part för att beaktas av domstol, se SOU 1986:1 s. 174 f. och prop. 1988/89:78 s. 76.

302. Jfr *Westberg, Peter*, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, bok 2, s. 292. Det finns dock andra europeiska länder där parterna har givits möjlighet att skapa processhinder genom avtal. I exempelvis Frankrike har den franska högsta domstolen kommit fram till att reglerna om processhinder inte är uttömmande och att dessa kan utvidgas genom avtal mellan parterna, *Poiré* mot *Tripier*, Cour de Cassation, den 14 februari 2003.

303. Jfr ovan avsnitt 4.2.

ningar är uppfyllda är det ibland möjligt att begränsa de rättigheter som garanteras av artikel 6 (1) EKMR. Dessa allmänna förutsättningar är gemensamma för alla former av avståenden från rätten till domstolsprövning oavsett om det avser den situationen att parterna väljer att avstå helt från domstolsprövningen eller om parterna enbart avstår från någon av de olika rättssäkerhetsgarantier som innefattas i artikel 6 (1) EKMR.[304]

En grundförutsättning för att ett avtal där parterna avstår från rätten till domstolsprövning, eller delar av denna, är förenligt med artikel 6 (1) EKMR och därmed accepteras av Europadomstolen, är att avtalet rör en rättighet som parterna *får* avstå från.[305] Problemet är att Europadomstolen inte på ett allmängiltigt sätt har tagit ställning till vilka av rättigheterna i artikel 6 (1) EKMR som är möjliga att avstå från och vilka som inte är det. Istället har frågor om avståenden besvarats utifrån en *helhetsbedömning* i varje enskilt fall.

Europadomstolen har framhållit att det inte är domstolens uppgift att sätta sig över nationella staters beslut att avgöra vad som är den lämpligaste formen att reglera rätten till domstolsprövning i en enskild konventionsstat. Det är exempelvis upp till varje enskild konventionsstat att ha regler om rättshjälp, ansökningsavgifter och ombudskrav.[306] Europadomstolens roll är att pröva om de beslut som en nationell domstol har fattat genom att neka eller begränsa en parts rätt till domstolsprövning, är förenliga med Europakonventionen.[307]

Det är också upp till varje konventionsstat att sätta ramarna för vilka processuella överenskommelser som accepteras i förhållande till rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR så länge den konkreta överenskommelsen inte står i konflikt med artikeln. En begränsning av rätten till domstolsprövning så som den kommer till uttryck i artikel 6 (1) EKMR får inte vara så omfattande att själva ”kärnan”, grundprincipen, i rättigheten urholkas.[308] Däremot framgår det inte uttryckligen av Europadomstolens praxis vad som innefattas i denna ”kärna”.

Det råder knappast någon tvekan om att Europadomstolen aldrig skulle anse det förenligt med rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR att parterna genom avtal avstår *helt* från domstolsprövningen utan att i vart fall ange inom vilken alternativ tvistlösningsform en tvist dem emellan ska lösas. En part måste alltid ges rätten att få sina påstådda civila rättig-

304. Jfr *Dijk, Pieter van m.fl.*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, s. 569 f.

305. Jfr *Pfeifer* och *Plankl* mot *Österrike*, dom den 25 februari 1992, p. 37.

306. *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 402 ff. samt *Dijk, Pieter van m.fl.*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, s. 569 f. och 572 f.

307. Jfr *Kreuz* mot *Polen*, dom den 19 juni 1991, p. 56–57 och 60.

308. Jfr exempelvis *Ashingdane* mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 maj 1985, p. 57, *Fayed* mot *Förenade Konungariket*, dom den 21 september 1994, p. 65, *Fogarty* mot *Förenade konungariket*, dom den 21 november 2001, p. 33 och *Mikhaylenko* mot *Ukraina*, dom den 30 maj 2013, p. 31.

heter prövade av ett beslutsorgan som kan klassificeras som eller likställas med en domstol. I det ovan behandlade *Golder*-fallet konstaterade domstolen att artikel 6 (1) EKMR innefattar dels en rätt för part att få civila anspråk prövade av en domare, dels att det finns ett allmänt förbud mot *deni de justice*.[309] Domstolen uttalade att artikel 6 (1) EKMR innefattar en allmän rätt till domstolsprövning – *access to court* – i den mening att alla och en var ska ha en *faktisk* rätt att få tillgång till en domstol.[310] I detta hänseende har inte Europadomstolens ståndpunkt ändrats över åren. Det utgör en demokratisk rättighet att få tillgång till rättvisa som tillhandahålls av staten.[311] Att då acceptera ett avtalsvillkor där parterna helt frånsäger sig allt sitt rättsskydd framstår inte som rimligt.

Det kan dock tänkas att Europadomstolen skulle acceptera att parter genom avtal avstår helt från domstolsprövning till förmån för ett alternativt tvistlösningsförfarande. Giltigheten av ett sådant tvistlösningsavtal avgörs rimligen av vilket alternativt tvistlösningsförfarande parterna väljer att avstå till. Är detta förfarande uppbyggt på ett sådant sätt att ”kärnan” i artikel 6 (1) EKMR tillgodoses, borde det inte finnas några principiella hinder mot att acceptera tvistlösningsavtalet.[312]

Europadomstolen har uttalat att vissa allmänna förutsättningar, olika kriterier, alltid måste vara uppfyllda för att ett avstående ska kunna accepteras och anses förenligt med artikel 6 (1) EKMR. Däremot omnämns oftast dessa allmänna förutsättningar översiktligt utan att Europadomstolen problematiserar eller beskriver dem mera ingående. De allmänna förutsättningarna är att avståendet har gjorts *frivilligt*, att det *otvetydigt* framgår av avtalet att parternas vilja är att avstå från en eller flera av rättigheterna i artikel 6 (1) EKMR, att det *inte strider mot något allmänt intresse* att acceptera avståendet och att det finns ett *legitimt skäl* att acceptera avståendet samt att accepterandet av avståendet står i rimlig *proportion* till de syften som upprätthålls av artikel 6 (1) EKMR. Nedan ska dessa allmänna förutsättningarna för avståenden från artikel 6 (1) EKMR diskuteras mot bakgrund av olika processuella överenskommelser som behandlas i denna avhandling.

6.5.2 *Frivillighet*

Ett avtal där parterna helt eller delvis avstår från rätten till domstolsprövning måste ha ingåtts frivilligt mellan parterna. Av *Deweer*-fallet framgår att frånvaron av tvång i alla sammanhang är en förutsättning för att ett avstående

309. Se vidare avsnitt 4.2 ovan.

310. *Golder* mot *Förenade konungariket*, dom den 21 februari 1975, p. 36.

311. Jfr Europadomstolens utförliga resonemang om generella principer när det gäller tillgången till domstol i *Oleynikov* mot *Ryssland*, dom den 14 mars 2013, p. 54–58.

312. I vad mån det är förenligt med artikel 6 (1) EKMR att avstå från domstolsprövning till förmån för de i denna avhandling valda alternativa tvistlösningsformerna behandlas nedan i kapitel 10 och 11.

från domstolsprövning ska kunna accepteras, "*Absence of constraint is at all events one of the conditions to be satisfied; this much is dictated by an international instrument founded on freedom and the rule of law*".[313] En part får inte ha tvingats, direkt eller indirekt, att ingå avtalet.

Frågan om ett avstående har skett frivilligt eller inte har i ett flertal fall varit föremål för Europadomstolens bedömning. Frivilligheten har uttryckts på olika sätt i konventionspraxis, men alldeles oavsett vilka uttryck som används står det klart att ett avstående ska vara frivilligt för att kunna accepteras.[314] Frivilligheten uttrycks ibland med att avståendet ska har ingåtts genom ett frivilligt avtal (*voluntary agreement*). Ett exempel på detta är skiljeavtal.[315] I konventionspraxis har framhållits att konventionsstaterna i sin nationella lagstiftning ständigt uppmuntrar skiljeavtal genom att dessa ges rättsliga verkningar, vilket är till fördel inte bara för de enskilda parterna utan även när det gäller rättskipningen i stort.[316] Det är en naturlig följd för parter som ingår materiella avtal med varandra att också reglera frågan om hur eventuella tvister med anledning av avtalet ska lösas. Dessutom avlastar skiljeförfaranden domstolarna. Däremot är det inte självklart att ett avstående till skiljeförfarande också innebär att *samtliga* rättigheter som garanteras av artikel 6 (1) EKMR avtalas bort.

Första gången som ett skiljeavtal och själva skiljeförfarandet bedömdes av Europadomstolen i förhållande till artikel 6 (1) EKMR, klargjordes att undertecknandet av ett skiljeavtal innebär att parterna avstår från rätten till domstolsprövning, men att detta enbart innebär att parterna *delvis* avstår från rättigheterna i artikel 6 (1) EKMR. Det är inte ett fullständigt avstående. Fortfarande gäller vissa av de rättigheter som garanteras enligt artikel 6 (1) EKMR. Det tydliggjordes dock inte vilka av rättigheterna i artikel 6 (1) EKMR som parterna *inte* får avstå från.[317] Det första avgörandet har sedan följts av ett antal avgöranden där samma utgångspunkter har upprepats.[318] I

313. *Deweer* mot *Belgien*, dom den 27 februari 1980, p. 49.

314. Jfr *Håkansson* och *Sturesson* mot *Sverige*, dom den 21 februari 1990, p. 66, där Europadomstolen poängterar att varken texten eller den bakomliggande tanken med artikel 6 (1) EKMR förhindrar att parterna frivilligt (*of his own free will*) avstår från rätten till muntlig och offentlig förhandling (*have his case heard in public*).

315. *X* mot *Federala Republiken Tyskland*, beslut den 5 mars 1962 (målet avgjordes av Europakommissionen), *Nordström-Janzon* och *Nordström-Lehtinen* mot *Nederländerna*, beslut den 27 november 1996, (målet avgjordes av Europakommissionen) och *Suovaniemi* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999 och *Transado-Transportes Fluviais do Sado* mot *Portugal*, dom den 16 december 2003.

316. Jfr bl.a. *Deweer* mot *Belgien*, dom den 27 februari 1980, p. 49. Se även *Spiermann, Ole*, Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties, s. 182 och där gjorda hänvisningar.

317. *X* mot *Federala Republiken Tyskland*, beslut den 5 mars 1962 (målet avgjordes av Europakommissionen).

318. Se bl.a. *Suovaniemi* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999 och *Nordström Janzon* och *Nordström Lehtinen* mot *Nederländerna*, beslut den 27 november 1996, (målet avgjordes av Europakommissionen).

Souvaniemi-fallet poängteras att det inte råder någon tvekan om att ett frivilligt avstående från domstolsprövning till förmån för ett skiljeförfarande är förenligt med artikel 6 (1) EKMR. Det tydliggörs att det i vissa fall är tillåtet att avstå från en konventionsrättighet medan det i andra inte är det och att det måste göras skillnad mellan de olika rättigheter som garanteras av artikel 6 (1) EKMR. Därefter fastställs att avstående från en muntlig och offentlig förhandling (*public hearing*) är tillåtet och att detta gäller till och med vid domstolsförhandlingar.[319] Det har också framhållits att det är upp till varje enskild konventionsstat att bestämma på vilka grunder en skiljedom ska kunna angripas,[320] vilket också visar att ett skiljeförfarande inte behöver uppfylla samtliga rättigheter i artikel 6 (1) EKMR.

Däremot har Europadomstolen slagit fast att så kallade legala skiljeförfaranden inte utgår från frivillighet.[321] Detta är knappast något anmärkningsvärt. Ett tvistlösningsförfarande som en part tvingas delta i till följd av vad som anges i en lag kan inte sägas grunda sig på ett avtal eller ett medvetet val från en part och därmed finns det inte heller någon frivillighet.[322]

Det krävs dock inte någon särskild form för att ett avstående från rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR ska kunna accepteras av Europadomstolen. Det kan vara skriftligt, men ett avtal kan även vara underförstått eller tyst.[323]

Ibland har det gjorts gällande av parter att de inte har avstått frivilligt från rätten till domstolsprövning utan att de indirekt har blivit påtvingade avståendet genom att de har varit mer eller mindre tvingade att underteckna ett avtal med innebörden att rätten till domstolsprövning har satts ur spel. Det har exempelvis handlat om situationer där parter genom medlemskap i en viss organisation, via medlemsvillkoren, förbundit sig att få tvister lösta genom skiljeförfarande. I dessa fall handlar det ofta om att avtalet har haft karaktär av ett standardavtal som en part är tvungen att acceptera för att motparten ska vara villig att ingå avtalet. Av konventionspraxis följer att sådana avtalsvillkor inte anses ha tillkommit under indirekt tvång. I *Axelsson*-fallet menade klaganden som var taxichaufför, att han för sin taxinäring var beroende av medlemskap i en taxisammanslutning med bland annat en gemensam bokningscentral. Medlemskapet krävde dock att han undertecknade ett avtal med en skiljeklausul. Efter att klaganden uteslutits från taxisammanslutningen önskade han att få tvisten, frågan om uteslutningen, prö-

319. *Suovaniemi* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999.

320. *Nordström Janzon* och *Nordström Lehtinen* mot *Nederländerna*, beslut den 27 november 1996, (målet avgjordes av Europakommissionen).

321. Jfr *Bramelid* och *Malmström m.fl.* mot *Sverige*, beslut den 12 oktober 1982, (målet avgjordes av Europakommissionen). Även SOU 1994:81 s. 251 f. och *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 196.

322. Denna avhandling behandlar inte legala skiljeförfaranden, se ovan avsnitt 1.4.1.

323. *Le Compte, Van Leuven* och *De Meyere* mot *Belgien,* dom den 23 juni 1981, p. 59.

vad i domstol och inte genom skiljeförfarande. Han menade att han indirekt tvingats underteckna skiljeavtalet. Europakommissionen ansåg dock att klaganden undertecknat avtalet av egen fri vilja trots att han var ekonomiskt beroende av medlemskapet. Han hade trots allt haft en valmöjlighet. Vill en part uppnå den fördel som följer av en specifik avtalstransaktion måste denne vara beredd att acceptera motpartens krav.[324] Här skulle också en parallell kunna dras till den situation att en part genom undertecknandet av ett standardavtal blir bunden av villkor som begränsar rätten till domstolsprövning på olika sätt. Mot bakgrund av det ovan sagda ligger det nära till hands utgå från att avtalsbundenhet även i ett sådant fall skulle anses ha uppkommit frivilligt.

6.5.3 *Otvetydighet*

Ett giltigt avstående från en grundläggande rättighet enligt artikel 6 (1) EKMR ska vara klart och otvetydigt. Det får inte råda någon tvekan om att parternas avsikt varit just att avstå från konventionsrättigheten. Europadomstolen har konstaterat att ett avstående från en konventionsrättighet måste, för att vara bindande, vara ett resultat av ett klart och otvetydigt (*unequivocal manner)* uttalande eller dokument.[325]

Ett avstående kan vara uttryckligen angivet i ett avtalsvillkor, men det förekommer också villkor där parterna har formulerat avtalstexten på ett sätt som inte, i vart fall vid första påseendet, leder tankarna till att rätten till domstolsprövning har avtalats bort. Ett exempel på detta är sådana överenskommelser som reglerar både process- och civilrättsliga frågor.[326] Problemet ska illustreras med följande avtalsvillkor:

> ”Köparen får inte inför domstol yrka att köpet ska hävas”

I detta fall kan man ställa sig frågan om parterna med avtalsvillkoret endast har avsett att reglera den materiella hävningsrätten eller om parterna också har avsett att begränsa köparens rätt att få väcka en talan om hävning. Om det senare vore fallet skulle avtalsvillkoret begränsa rätten till domstolsprövning genom att köparens rätt att få frågan om hävning prövad av en domstol har begränsats genom avtal.[327] Det är tveksamt om avtalsvillkoret klart och tydligt ger uttryck för att köparen har avstått från sin rätt att väcka en sådan talan.

324. Jfr *Jon Axelsson* mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990, (målet avgjordes av Europakommissionen). Se även *Lundgren* mot *Sverige*, beslut den 17 maj 1995, (målet avgjordes av Europakommissionen).

325. Jfr *Neumeister* mot *Österrike*, dom den 7 maj 1974, p. 36.

326. Vad som utgör en processuell överenskommelse och hur olika överenskommelser ska klassificeras behandlas mera ingående nedan i kapitel 7.

327. Den processuella rättsverkan av överenskommelser som begränsar talerätten analyseras nedan i avsnitt 13.3.

Avtal där parterna avstår från domstolsprövning till förmån för en alternativ tvistlösningsform är ofta uttryckliga i den bemärkelsen att det klart framgår av ett skriftligt avtalsvillkor vilken form av alternativ tvistlösning som avses, exempelvis genom att det i avtalet tas in en skiljeklausul. Det finns dock tvistlösningsavtal där det inte med samma tydlighet framgår vilken form av alternativ tvistlösning som parterna har avsett att avstå till. Det kan till exempel vara svårt att avgöra om parternas avtalsvillkor ska tolkas som ett skiljeavtal eller någon annan form av privat tvistlösningsavtal.[328] Som ska visas nedan beror ett tvistlösningsavtals rättsliga verkningar på vilken form av tvistlösning som parterna har avstått till.[329] Av denna anledning får förutsättningen om ”otvetydighet” stor betydelse när det ska fastställas om parterna har avsagt sig rätten till domstolsprövning och om denna rätt verkligen är uppfylld genom det valda alternativet.

Det förekommer också att en part genom sin passivitet anses ha avstått från en konventionsrättighet när denne har underlåtit att påtala en rättssäkerhetsgaranti som följer av artikel 6 (1) EKMR. Det handlar om situationer där en part har haft möjlighet att agera men underlåtit att göra det. Ett exempel är när en part har ”avstått” från att begära en muntlig förhandling trots att parten har haft möjligheten att framställa en sådan begäran.[330] Ett annat exempel är när en part har underlåtit att göra en jävsinvändning mot en beslutsfattare, trots vetskap om omständigheter som ger anledning att ifrågasätta beslutsfattarens opartisk- och oavhängighet.[331] Under sådana omständigheter har Europadomstolen ibland ansett att kravet på frivillighet och otvetydighet är uppfyllt. I dessa fall handlar det om att parterna inför den nationella domstolen har avstått från rättigheten, inte att parterna på förhand har avtalat bort densamma.[332]

Europadomstolen har också framhållit att en part genom sitt handlande, konkludent, kan anses ha avstått från rätten till domstolsprövning, exempelvis genom att betala en viss avgift eller begära ersättning ur en sjukförsäkring och därmed gå med på att inte driva en talan inför domstol.[333] Inte heller i dessa fall handlar det om att parterna på förhand genom avtal har avsagt sig någon av de rättigheter som omfattas av artikel 6 (1) EKMR.

328. Denna problematik behandlas nedan under avsnitt 10.6.

329. Jfr nedan i kapitel 10.

330. Jfr exempelvis *Rolf Gustafson* mot *Sverige*, dom den 1 juli 1997, p. 47 och *Håkansson* och *Sturesson* mot *Sverige*, dom den 21 februari 1990, p. 66–67. En förutsättning för att en part ska bli bunden genom sin passivitet och anses ha avstått från en muntlig förhandling är att den framställda begäran faktiskt skulle kunna leda till att en muntlig förhandling också hålls i den nationella domstolen, *Werner* mot *Österrike*, dom den 24 november 1997, p. 48.

331. Jfr *Bulut* mot *Österrike*, dom den 22 februari 1996, p. 34 och *Souvaniemi* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999.

332. Betydelsen av tidpunkten när en överenskommelse har ingåtts behandlas nedan i avsnitt 6.5.6.

333. Jfr *Deweer* mot *Belgien*, dom den 27 februari 1980, p. 49 och *Richard* mot *Frankrike*, dom den 22 april 1998, p. 49.

6.5.4 *Allmänt intresse*

Ytterligare en förutsättning för att ett avstående från rättigheterna i artikel 6 (1) EKMR ska kunna accepteras är att det *inte strider mot något viktigt allmänt intresse* att tillåta begränsningen. Man kan fråga sig vad detta innebär i denna avhandlings kontext? Vilka former av processuella överenskommelser är sådana att ett godkännande av dem skulle innebära att artikel 6 (1) EKMR kränks på grund av att överenskommelsen står i strid med ett viktigt allmänt intresse?

Tyvärr utvecklas inte kriteriet ”allmänt intresse” i konventionspraxis i förhållande till sådana processuella överenskommelser som behandlas i denna avhandling. När Europadomstolen har haft att bedöma om ett avstående från en konventionsrättighet i artikel 6 (1) EKMR kan accepteras i ett enskilt fall omnämns som regel alltid de tre redovisade förutsättningarna; frivillighet, otvetydighet och inte strida mot något allmänt intresse, som förutsättningar för att ett avstående ska kunna accepteras.[334] När det gäller förutsättningen ”inte strida mot något allmänt intresse”, ”fylls” förutsättningen sällan med något substantiellt innehåll. Det framstår snarast som om det faktum att Europadomstolen har börjat att ange förutsättningen i samband med frågan om möjligheter att begränsa artikel 6 (1) EKMR, gör att i alla situationer där avståenden (*waivers*) aktualiseras, ska förutsättningen nämnas utan att domstolen, annat än i undantagsfall, uttalar vad denna förutsättning i en enskild situation faktiskt skulle kunna vara.

När det gäller sådana processuella överenskommelser som omfattas av denna avhandling har förutsättningen om allmänt intresse omnämnts dels när parter har ingått skiljeavtal, dels när de har avtalat bort en eller flera av de rättssäkerhetsgarantier som omfattas av artikel 6 (1) EKMR utan att civilprocessen har avtalats bort i sin helhet.

Europadomstolen har slagit fast att skiljeavtal som regel *inte* strider mot något allmänt intresse.[335] Det framgår dock inte vilka omständigheter som skulle kunna göra att ett skiljeavtal inte skulle vara förenligt med allmänintresset. I enskilda situationer kan dock tänkas att partsställningen, tvistens art och det sätt på vilket skiljeavtalet har ingåtts skulle kunna vara sådana omständigheter där allmänintresset av att tvisten prövas i en domstol istället för en skiljenämnd skulle kunna väga tyngre.

Konventionspraxis omfattar också situationer där en part avstått från någon av rättssäkerhetsgarantierna i artikel 6 (1) EKMR. Ett exempel är när en part har gjort gällande att denne inför en nationell domstol har nekats till-

334. Jfr *Håkansson* och *Sturesson* mot *Sverige*, dom den 21 februari 1990, p. 66, *McGonnell* mot *Förenade Konungariket*, dom den 8 februari 2000, p. 44 och *Jon Axelsson m.fl.* mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990, p. 2 (målet avgjordes av Europakommissionen).

335. *Jon Axelsson m.fl.* mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990 (målet avgjordes av Europakommissionen).

gång till en muntlig och offentlig förhandling. Det har då inte ansetts strida mot något allmänt intresse att i de enskilda fallen acceptera begränsningen av rätten till muntlig och offentlig förhandling.[336] På samma sätt som nämndes ovan handlar det i dessa fall om att parterna inför den nationella domstolen har avstått från rättigheten under en pågående förhandling, inte att parterna på förhand har avtalat bort densamma.

En anledning till att Europadomstolen inte har utvecklat på vilket sätt en begränsning av rätten till domstolsprövning skulle strida mot något allmänt intresse i de nu aktuella fallen skulle kunna vara att när kommersiella parter, inom ramen för civilprocessen, avstår från rättigheter som garanteras av artikel 6 (1) EKMR aktualiseras sällan några allmänna intressen av sådan vikt att det i det enskilda fallet innebär att begränsningen inte kan tillåtas. Däremot har Europadomstolen ansett att förutsättningen är så viktig att den bör finnas med som en allmän förutsättning för de fall det faktiskt skulle aktualiseras något viktigt allmänt intresse i förhållande till vilket tillåtandet av avståendet ska vägas. Av den anledning fortsätter Europadomstolen att ta upp förutsättningen i sina domskäl som en allmän förutsättning för möjligheten att begränsa de i artikel 6 (1) EKMR upptagna rättigheterna. I de få fall där konventionspraxis ger vägledning om hur förutsättningen ska tillämpas, framgår att det handlar om tvister som omfattar frågor som inte bara är av enskilt intresse för de berörda parterna, utan som också innefattar omständigheter där domstolen måste ta ställning till frågor av mer principiell karaktär.[337]

6.5.5 *Legitimt skäl och proportionalitet*

Ett syfte med Europakonventionen är att den ska garantera konventionsstaternas medborgare ett skydd för vissa grundläggande rättigheter. Mot bakgrund av rättigheternas karaktär är det naturligt att ett avstående från dessa rättigheter, för att anses bindande, måste stå i rimlig proportion till det syfte som konventionen är tänkt att upprätthålla. Först då finns det ett legitimt skäl att tillåta en begränsning av konventionsrättigheten.[338]

När det gäller begreppet proportionalitet i förhållande till konventionsrättighetens bakomliggande syfte har Europadomstolen öppnat upp för en mer tillåtande tolkning när begränsningen gäller mellan privaträttsliga intressen jämfört med när det är offentligrättsliga intressen inblandade.[339] Mot bakgrund av detta finns det ett visst utrymme för enskilda parter att

336. Exempelvis *Håkansson & Sturesson* mot *Sverige*, dom den 21 februari 1990, p. 66 och *Jon Axelsson m.fl.* mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990, p. 2 (målet avgjordes av Europakommissionen).

337. Ett exempel på en sådan principiellt intressant fråga är likabehandling mellan änkor och änklingar när det gäller efterlevandepension, se *Pauger* mot *Österrike*, dom den 28 maj 1997, p. 63.

338. Jfr exempelvis *Ashingdane* mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 maj 1985, p. 57 och *Fayed* mot *Förenade Konungariket*, dom den 21 september 1994, p. 65.

339. *Fayed* mot *Förenade Konungariket*, dom den 21 september 1994, p. 75.

ingå avtal som begränsar konventionsrättigheter utan att avtalet nödvändigtvis står i konflikt med de allmänna förutsättningarna om legitimitet och proportionalitet.

Europadomstolen har i ett flertal fall accepterat begränsningar av de rättigheter som framgår av artikel 6 (1) EKMR och därmed ansett att de nu nämnda förutsättningarna är uppfyllda. De situationer där begränsningar har accepterats är exempelvis när parterna avstår helt från domstolsprövning till förmån för ett skiljeförfarande,[340] när parterna avstår från muntlig och offentlig rättegång,[341] eller rätten att bli dömd av en oavhängig domstol och opartisk domare.[342] I det första fallet har parterna genom skiljeavtalet avstått från tillgången till domstolsprövning. I de två senare fallen handlar det inte om att enskilda parter på förhand har ingått avtal som begränsar de nu nämnda rättigheterna. Istället är det en parts agerande vid den nationella domstolsförhandlingen som har avgjort om parten kan anses ha avstått från rättigheten.

Vad avser situationer där enstaka rättigheter i artikel 6 (1) EKMR avtalas bort är det enbart begränsningar av rätten till offentlig förhandling som har accepterats på ett mer generellt plan när avtal ingås före det att en tvist har uppkommit. Detta följer av att skiljeavtal accepteras som godtagbara alternativ till domstolsprövning. Ett skiljeförfarande är som bekant inte offentligt.[343] Det behöver dock inte betyda att Europadomstolen alltid skulle anse att ett avtalsvillkor där rätten till offentlig förhandling begränsas är legitimt och proportionerligt i förhållande till syftet med artikel 6 (1) EKMR.

Europadomstolen har betonat att även om rätten till domstolsprövning får begränsas i vissa fall, måste vissa miniminivåer av rättigheter upprätthållas.[344] Som nämndes ovan får inte en begränsning av rätten till domstolsprövning så som den kommer till uttryck i artikel 6 (1) EKMR, vara så omfattande att själva ”kärnan”, grundprincipen, i rättigheten urholkas.[345] Exakt vad detta innebär och vilka dessa grundläggande miniminivåer är samt vad som utgör grundprincipen i rättigheten framgår inte uttryckligen av

340. Se bl.a. *X* mot *Tyskland*, beslut den 5 mars 1962 (målet avgjordes av Europakommissionen), *Jon Axelsson m.fl.* mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990 (målet avgjordes av Europakommissionen), *Nordström Janzon* mot *Nederländerna*, beslut den 27 november 1996 (målet avgjordes av Europakommissionen) samt *Souvaniemi* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999.

341. *Håkansson & Sturesson* mot *Sverige*, dom den 21 februari 1990, *Rolf Gustafson* mot *Sverige*, dom den 1 juli 1997 och *Miller* mot *Sverige*, dom den 8 februari 2005.

342. *Nordström Janzon* mot *Nederländerna*, beslut den 27 november 1996 (målet avgjordes av Europakommissionen) och *Souvaniemi* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999.

343. Se vidare nedan under avsnitt 11.4.2.1.

344. Jfr *Lithgow m.fl.* mot *Förenade konungariket*, dom den 8 juli 1986, p. 194, *Pfeifer* och *Plankl* mot *Österrike*, dom den 25 februari 1992, p. 37, samt *Thompson* mot *Förenade Konungariket*, dom den 15 juni 2004, p. 43 och 45–46. Se också *Danelius, Hans,* Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 197 och *Dijk, Pieter van m.fl.,* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, s. 569 ff.

345. Se ovan not 308.

konventionen eller dess praxis. Det kan dock tänkas att om parterna genom avtal begränsade rätten till domstolsprövning på ett sådant sätt att ett flertal av de rättigheter som uttrycks i artikel 6 (1) EKMR sätts ur spel, skulle en sådan begränsning vara alltför långtgående och inte stå i rimlig proportion till de det syfte som artikel 6 (1) EKMR är tänkt att upprätthålla.

Konventionsstater kan också acceptera begränsningar av rättigheter som innefattas i begreppet ”rättvis rättegång” (*fair hearing*) i artikel 6 (1) EKMR under förutsättning att det efter en helhetsbedömning framgår att parterna, trots avtalet, har fått tillgång till en rättvis domstolsprövning i enlighet med artikel 6 (1) EKMR. Inom ramen för en rättvis rättegång faller rätten att få lägga fram sin talan på det sätt som en part önskar, vilket även inkluderar att åberopa den bevisning som en part finner nödvändig för att kunna ta tillvara sin rätt.[346] Om exempelvis parterna genom avtal har reglerat vad som ska utgöra tillåten bevisning vid en framtida tvist, skulle ett sådant avtalsvillkor utgöra en begränsning av en rättighet som innefattas i en rättvis rättegång. Så länge parterna har rätt att åberopa bevisning på ett sådant sätt att de ges möjlighet att kunna ta tillvara sin rätt, skulle dock en helhetsbedömning av situationen kunna leda till att parterna, trots avtalsvillkoret som begränsar den fria bevisföringen, anses ha fått tillgång till en rättvis rättegång i enlighet med artikel 6 (1) EKMR. Begränsningen skulle därmed vara legitim och stå i rimlig proportion till artikelns syfte.

6.5.6 *Tidpunkten för avståendet*

När det ska fastställas vilka rättigheter i artikel 6 (1) EKMR som parterna får avstå från och vilka som är absoluta och inte möjliga att påverka genom avtal, får tidpunkten då avståendet sker betydelse. Det är skillnad mellan avtal som ingås på förhand, innan någon tvist existerar och avtal som ingås efter det att tvisten har uppkommit och alla fakta är synliga för parterna.[347]

En part har större utrymme att avstå från processuella rättigheter efter det att en tvist har uppkommit. Naturligtvis har det viss betydelse vilka rättigheter som avtals bort, hur avståendet går till och när under processen det sker. En part kan ju under vissa förutsättningar återta, ändra och komplettera sina processhandlingar under processens gång, men även möjligheten att komma överens med motparten i processuella frågor bör öka när tvisten väl är ett faktum. Parterna kan då överblicka situationen och har möjlighet att göra medvetna val innefattande avtal där man avstår från processuella rättigheter, till skillnad från om parterna redan på förhand avstår från samtliga eller vissa av

346. Vad som innefattas i en rättvis rättegång enligt artikel 6 (1) EKMR utvecklas nedan i kapitel 11 i samband med att det analyseras hur den kontradiktoriska modellen kommer till uttryck i civilprocessen inkluderat artikel 6 (1) EKMR.

347. Jfr *Landrove, Juan Carlos,* European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration, s. 83 f.

sina processuella rättigheter. En part har då inte tvistesituationen klart för sig och det är mycket svårt att i förväg förutse konsekvenserna av ett sådant avtal.[348]

Som nämnts ovan har Europadomstolen vid flera tillfällen accepterat att parterna på olika sätt avstår från de rättigheter som garanteras av artikel 6 (1) EKMR. Ofta har det då handlat om ensidiga processhandlingar från en part som företagits först sedan en tvist *har uppkommit*, exempelvis tillgång till en muntlig och offentlig förhandling eller att bli dömd av en oavhängig domstol och opartisk domare. Det handlar inte om situationer där parterna på *förhand* genom ett avtal har försökt att begränsa de rättigheter som omfattas av artikel 6 (1) EKMR. Det är endast i samband med skiljeavtal som sådana avtal har bedömts.[349]

Europadomstolen förefaller inte ha haft för avsikt att fastställa att vissa rättigheter enligt artikel 6 (1) EKMR alltid går att avtala bort på förhand. Istället kommer frågan om ett avstående är förenligt med artikeln att prövas i varje enskilt fall. Mot bakgrund av omständigheterna i ett enskilt fall kan den situationen uppkomma att Europadomstolen anser att parterna genom ett avtalsvillkor som ingåtts på förhand, har begränsat rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR på ett acceptabelt sätt. En förutsättning är naturligtvis att en tvist om innehållet i ett sådant avtalsvillkor blir föremål för prövning inför en nationell domstol och där ges processuell rättsverkan. När Europadomstolen ska avgöra om den nationella domstolen genom sitt agerande har kränkt artikel 6 (1) EKMR, måste den göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Innehållet i avtalsvillkoret kommer då att utgöra en av flera omständigheter som får betydelse vid den bedömningen.

348. Det är också dessa tankar som ligger bakom reglerna om avbetalningsköp och annan skyddande konsumentlagstiftning. Dessa regler är förhandstvingande i förhållande till en konsument just av den anledningen att det är mycket svårt att förutse konsekvenserna av ett avtal som ingås på förhand, jfr Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m., avgivna den 31 jan. 1914, s. 214. Jfr även *Heuman, Lars,* Skiljemannarätt, s. 156.

349. Jfr ovan under avsnitten 6.5.2–6.5.5. Det är dock också möjligt för parter att, även efter det att en tvist har uppkommit, komma överens om att tvisten ska lösas genom skiljeförfarande.

7 Processuella överenskommelser

7.1 Bakgrund

Parterna har med stöd av den civilrättsliga avtalsfriheten en långtgående möjlighet att reglera sina materiella förehavanden sinsemellan på det sätt som de önskar. Det är då också naturligt att parterna önskar kontroll över eventuellt framtida tvister som avtalet kan komma att ge upphov till. Att processa är ofta både kostsamt och tidsödande och kan ge upphov till långtgående konsekvenser för en part som agerar på en specifik marknad. Parterna kan därför redan inledningsvis ha ett intresse av att styra över förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget. Av denna anledning tillförs huvudavtalet olika former av avtalsvillkor där sådana processuella frågor regleras mellan parterna.

Som redan har antytts är det inte säkert att sådana processuella överenskommelser ger upphov till de processuella rättsverkningar som parterna kanske har avsett. Det hindrar dock inte parterna från att ingå sådana avtal. Dessutom kan det tänkas att överenskommelsen anses utgöra någon form av *gentlemen's agreement* mellan parterna som har en avhållande effekt på tvister. Även formuleringen av avtalsvillkoret som ger uttryck för parternas processuella överenskommelse kan komma att få betydelse för vilken rättsverkan villkoret ger upphov till.

I detta kapitel ska endast pekas på problemen och svårigheterna med att klassificera ett avtalsvillkor som antingen process- eller civilrättsligt, *avsnitt 7.2*, och att klassificeringen har betydelse för överenskommelsernas rättsverkningar, *avsnitt 7.3*. Eftersom överenskommelsernas rättsverkningar och handläggningen av talan inför domstol påverkas av hur avtalsvillkoren klassificeras, måste denna problematik belysas innan själva analysen av de olika processuella överenskommelserna genomförs i avhandlingens del III och del IV. Avslutningsvis ska en tänkbar lösning på klassificeringsproblematiken presenteras, *avsnitt 7.4*.

7.2 Klassificering

Samtliga överenskommelser som behandlas i denna avhandling utgör någon form av processuell överenskommelse.[350] Det är dock inte alltid enkelt att avgöra om innehållet i ett specifikt avtalsvillkor avser att reglera en process-

350. Begreppet "processuell överenskommelse" så som det används i denna avhandling definieras ovan under avsnitt 1.6.

eller civilrättslig fråga eller kanske bådadera. Klassificeringen har dock betydelse för vilka rättsverkningar som ett avtalsvillkor ger upphov till.[351]

När parterna förhandlar fram ett större huvudavtal införs ofta flera olika avtalsvillkor i avtalet. Ibland framgår det att villkoren avser att reglera en typiskt processuell fråga, exempelvis inom vilken alternativ tvistlösningsform en tvist ska lösas. Ibland framstår innehållet i avtalsvillkoret som en typiskt civilrättslig överenskommelse, exempelvis genom att parterna har valt att avtala bort eller komplettera en dispositiv civilrättslig regel. Det förekommer dock att avtalsvillkoren innehåller *både* processuella och materiella inslag som gör att det är omöjligt, eller i vart fall mycket svårt, att klassificera dem som antingen process- eller civilrättsliga. Frågan är om det ens går att klassificera ett avtalsvillkor på detta vis.

Som nämndes ovan innebär den processuella ogiltighetsprincipen att processuella överenskommelser endast är giltiga om det finns stöd i lag för överenskommelsen.[352] Lagrådets uttalande om den processuella ogiltighetsprincipen,[353] som departementschefen ställde sig bakom,[354] visar att det har varit lagstiftarens intention att det ska vara skillnad mellan process- och civilrättsliga överenskommelser. Den processuella ogiltighetsprincipen diskuterades av lagrådet i samband med införandet av 49 kap. 2 § RB, som omfattar en möjlighet för parter att genom avtal komma överens om att inte överklaga en tingsrättsdom. Ett sådant avtal klassificerades av lagrådet som en processuell överenskommelse. Detta är kanske inte så märkligt. Rätten till överprövning är en processuell fråga och ett avtal som reglerar överprövningsrätten saknar en tydlig koppling till den materiella rätten. På samma sätt skulle ett prorogationsavtal anses utgöra en processuell överenskommelse. I detta fall väljer parterna genom avtalet bort en domstol till förmån för en annan, även här saknas en koppling till den materiella rätten.[355] Mot bakgrund av ovan sagda framstår det som möjligt att dra en gräns mellan en processrättslig och en civilrättslig överenskommelse. Nedan ska dock visas att det inte är riktigt så enkelt.

När parterna genom avtal avstår *helt* från rätten till domstolsprövning, med eller utan angivande av en alternativ tvistlösningsform, framstår det som närmast självklart att avtalet ska klassificeras som processuellt.[356] Genom avtalsvillkoret reglerar parterna frågan om vilken tvistlösningsform som ska användas för att lösa en framtida tvist om huvudavtalet, en typiskt

351. Jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 153.

352. Den processuella ogiltighetsprincipen behandlas ovan i avsnitt 6.3.

353. Prop. 1942 nr 5. s. 233.

354. Prop. 1942 nr 5 s. 523.

355. 10 kap. 16 § RB. Jfr även NJA 2013 s. 1017, JustR Lindskogs skiljaktiga mening p. 2, där Lindskog klassificerar prorogationsavtal som processavtal. Däremot framhåller Lindskog att ett processavtal till sin rättsliga natur är civilrättsligt, men med processuella syften och rättsverkningar, p. 9–11.

356. Denna typ av avtal analyseras nedan i avhandlingens del III.

processuell fråga. Trots detta har exempelvis inte skiljeavtal självklart klassificerats som processuella överenskommelser. Skiljedomsutredningen karaktäriserade skiljeavtalet som ett civilrättsligt avtal med processuella rättsverkningar,[357] medan regeringen har betecknat det som ett blandat avtal med process- och civilrättsliga inslag.[358] Även i doktrin har det framförts olika åsikter om skiljeavtalet ska klassificeras som process- eller civilrättsligt.[359] Det har bland annat framhållits att skiljeavtalet är processuellt till sitt ändamål. Det tar inte sikte på parternas materiella mellanhavanden, utan formerna för hur tvister rörande dessa materiella förhållanden ska slitas. Däremot har skiljeavtalet en så nära knytning till ett förmögenhetsförhållande att bestämmelserna i avtalslagen bör vara undantagslöst tillämpliga på skiljeavtal.[360] Avtalsrätten utgår från att parternas avtal om skiljeförfarande bygger på en gemensam viljeförklaring om att tvister dem emellan ska lösas genom skiljeförfarande. Detta gör att avtalsrättsliga regler blir tillämpliga när det ska avgöras om och på vilket sätt bundenhet till skiljeavtalet föreligger.[361] Det har också framhållits att en part som medvetet bryter mot ett skiljeavtal genom att väcka talan inför domstol, kan drabbas av den civilrättsliga påföljden skadestånd.[362] Denna oenighet om hur skiljeavtalet ska karaktäriseras visar tydligt hur svårt det är att klassificera ett avtalsvillkor som antingen process- eller civilrättsligt. Ett tvistlösningsavtal likt ett skiljeavtal framstår som en tydlig processuell överenskommelse och inte ens i dessa sammanhang finns det någon enhetlig syn på avtalets rättsliga status.

När det gäller avtal där parterna endast *delvis* avstår från rätten till domstolsprövning är det ännu svårare att klassificera överenskommelsen som antingen process- eller civilrättslig.[363] Sådana avtalsvillkor innehåller ibland inslag av både processuella och materiella överenskommelser. Ett exempel på detta är följande avtalsvillkor:[364]

> ”Köparen har enbart rätt att göra gällande påföljder på grund av fel i den köpta varan som visar sig inom tre månader från avlämnandet. Efter denna tid har köparen inte rätt att åberopa felet inför domstol.”

357. SOU 1994:81 s. 77.

358. Prop. 1998/99:35 s. 48.

359. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande s. 90 f. Jfr även *Cars, Thorsten*, Lagen om skiljeförfarande, s. 20, *Madsen, Finn*, Skiljeförfarande i Sverige, s. 66 och *Heuman, Lars,* Skiljemannarätt, s. 50.

360. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 90 f. Lindskog menar dock att någon närmare kategorisering av skiljeavtalet inte framstår som meningsfull. Jfr även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 51. Även NJA 2013 s. 1017, Lindskogs skiljaktiga mening, p. 9–11.

361. Jfr *Ramberg, Jan* och *Ramberg, Christina*, Allmän avtalsrätt, s. 81. Även NJA 1982 s. 853, där 36 § AvtL används för att jämka en skiljeklausul och NJA 1992 s. 143, där skiljeklausulen inte ansågs oskälig, men prövningen gjordes mot bakgrund av 36 § AvtL.

362. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande s. 134 f.

363. Denna typ av avtalsvillkor analyseras nedan i avhandlingens del IV.

364. Exempelklausulen används här enbart för att åskådliggöra problemet med att klassificera en överenskommelse som process- eller civilrättslig. Avtalsvillkor som begränsar talerätten respektive processföringen analyseras i detalj nedan under avsnitt 13.3.

Detta avtalsvillkor innehåller dels en materiell överenskommelse avseende fel i den köpta varan, dels en processuell överenskommelse om ett åberopandeförbud inför domstol, men åberopandeförbudet skulle också kunna tolkas som en civilrättslig preskriptionsregel.

Nedan ska visas på olika rättsverkningar som aktualiseras beroende på om en överenskommelse ses som en processuell eller materiell överenskommelse.

7.3 Klassificeringens betydelse för överenskommelsens rättsverkningar

Klassificeringen får betydelse när ett avtals rättsverkningar ska bedömas. Ur ett processuellt perspektiv uppkommer skillnader när det gäller rättsverkningarna beroende på om en domstol bedömer innehållet i ett avtalsvillkor som process- eller civilrättsligt.

En överenskommelse som klassificeras som processuell har den rättsverkan, om den åberopas inför domstol och domstolen anser den bindande, att hela eller delar av en talan som förs i strid med överenskommelsen ska *avvisas*. Om däremot överenskommelsen klassificeras som materiell blir rättsverkan istället att avtalsvillkoret, om det anses giltigt, ger upphov till en *sakprövningsspärr*. Parten har då rätt att få saken prövad av domstolen, men avtalsvillkoret medför att käromålet inte ska avgöras mot bakgrund av dispositiva materiella rättsregler utan mot bakgrund av innehållet i avtalsvillkoret.[365] Villkoret spärrar med andra ord sakprövningen i denna del.[366]

När ett avtalsvilkor innehåller både processuella och materiella regleringar uppkommer en konflikt mellan dels de olika processrättsliga regler och principer som omgärdar civilprocessen, dels den civilrättsliga avtalsfriheten. Det är inte alls säkert att parterna får lov att disponera över processuella regler och principer på det sätt som avtalsvillkoret ger uttryck för. Frågan är vilket synsätt som domstolen ska använda när ett avtalsvillkor som ger uttryck för både process- och civilrättsliga överenskommelser åberopas. Ska avtalet klassificeras som processrättsligt, civilrättsligt eller som en kombination av process- och civilrätt och vad får klassificeringen för betydelse för villkorets processuella rättsverkan och domstolens handläggning av tvisten?

Den processuella ogiltighetsprincipen medför att ett avtalsvillkor som innehåller en överenskommelse som klassificeras som processuell måste ha stöd i lag för att villkoret ska kunna ge upphov till den processuella rättsverkan att hela eller delar av en talan ska avvisas. Mot bakgrund av detta skulle avtalsvillkor som innehåller någon form av processuell överenskommelse

365. Jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 153.

366. Angående distinktionen mellan avvisningseffekten och sakprövningsspärr se ovan under avsnitt 1.5.4. Problematiken utvecklas även nedan under avsnitt 13.2.

anses ogiltiga *per se* om det saknas stöd i lag för innehållet i villkoret. En sådan tolkning förutsätter dock att den processuella ogiltighetsprincipen fråntar avtalsvillkoret också dess eventuella civilrättsliga verkan.

Problematiken ska belysas med några enkla exempel.

I ett köpeavtal mellan två parter finns följande avtalsvillkor:

> ”Köparen har inte i något fall rätt att häva köpet.”

Formulerad på detta vis framstår avtalsvillkoret som rent civilrättslig. Parterna har kommit överens om att köprättsliga regler om hävning inte ska vara tillämpliga. Tolkad på detta sätt, som en rent materiell överenskommelse, skulle sannolikt inte avtalsvillkoret ses som en begränsning av köparens rätt till domstolsprövning avseende hävningsfrågan, trots att avtalsvillkoret faktiskt hindrar köparen från att få bifall till en talan om hävning. Istället skulle villkorets rättsverkningar visa sig vid domstolens sakprövning. Med utgångspunkt i typsituation I,[367] skulle det betyda att en domstol tillät köparen, käranden, att föra en talan om hävning, men att avtalsvillkoret, om det åberopas av svaranden och bedöms vara giltigt, ger upphov till en sakprövningsspärr och att kärandens talan därmed ska ogillas.

Om däremot avtalsvillkoret formuleras om så att det framstår som ett uttryckligt förbud för köparen att framställa ett hävningsyrkande inför domstol ökar sannolikheten för att avtalet skulle tolkas som en processuell överenskommelse.

> ”Köparen får inte inför domstol yrka att köpet ska hävas.”

Formulerat på detta sätt framstår avtalsvillkoret snarast som en talerättsbegränsning. Köparens rätt att framställa ett hävningsyrkande inför domstol har avtalats bort och domstolen skulle därmed ha berövats behörigheten att pröva hävningsfrågan. Genom innehållet i avtalsvillkoret skulle köparen ha fråntagits rätten till domstolsprövning i denna del, en form av processuell överenskommelse. Tolkad på detta sätt och med utgångspunkt i typsituation I skulle domstolen efter svarandens invändning avvisa kärandens talan om hävning av köpet.[368]

I båda exemplen kan mycket väl partsavsikten vara att begränsa köparens rätt att göra gällande påföljden hävning med anledning av köpet. Parterna har enbart valt att formulera denna avsikt på olika sätt. Man kan ställa sig kritisk till att denna lek med ord skulle få ge upphov till att innehållet i ett avtalsvillkor resultera i olika rättsverkningar. Om parterna formulerar hävningsrätten i termer av civilrätt, det första exemplet, som leder tankarna till

367. Jfr ovan avsnitt 1.5.4.

368. En förutsättning för att domstolen ska kunna avvisa talan är att det finns stöd i lag för att ge avtalet den processuella rättsverkan. Processuella överenskommelser som begränsar talerätten analyseras vidare nedan i avsnitt 13.3.

att köprättsliga dispositiva regler om hävning har satts ur spel, och domstolen skulle ta upp hävningstalan till sakprövning, men tillerkänna avtalsvillkorets innehåll en sakprövningsspärr, blir slutsatsen att köparen på grund av avtalsvillkoret är civilrättsligt förhindrad att med framgång göra gällande påföljden hävning. Skulle parterna istället ha valt att formulera avtalet i processuella termer, det andra exemplet, och en domare kommer fram till att avtalsvillkoret ska ges processuell rättsverkan, ska talan avvisas utan att någon sakprövning genomförs. Kommer domaren fram till att avtalsvillkoret inte ska ges någon processuell rättsverkan och därmed är processuellt ogiltigt, har käranden rätt att få talan sakprövad av domaren. I båda de ovan exemplifierade fallen kan mycket väl partsavsikten ha varit att köparen ska vara fråntagen sin hävningsrätt. Trots detta kan formuleringarna leda till olika resultat. I det första fallet medför avtalsvillkorets civilrättsliga verkan att domstolen vid sin sakprövning kommer fram till att kärandens talan, på grund av avtalet, inte ska bifallas. I det senare fallet skulle käromålet kunna bifallas mot bakgrund av köprättens hävningsregler eftersom avtalsvillkoret är processuellt ogiltigt.[369]

Resonemanget ovan utgår dock från att avtalsvillkor kan klassificeras som antingen process- *eller* civilrättsliga. Så är dock inte alltid fallet. Som nämndes ovan innehåller ofta avtalsvillkor både process- och civilrättsliga inslag, vilket påverkar avtalsvillkorens rättsverkan. För att ytterligare åskådliggöra problematiken formuleras hävningsklausulen om enligt följande:

> ”Säljaren avgör exklusivt om köparen får häva köpet på grund av fel i den köpta varan.”

Hur ska ett sådant avtalsvillkor klassificeras? Tolkad som en processuell överenskommelse skulle villkoret innebära att parterna har kommit överens om att säljaren ska ha ensam beslutanderätt avseende hävningsfrågan. Säljaren träder med andra ord in i ”domstolens roll” som beslutsfattare avseende hävningsfrågan och köparen har genom avtalsvillkoret avstått från domstolsprövning i denna del. Ur ett processuellt perspektiv leder detta tankarna till någon form av självrättskipning.[370] Om domstolen kommer fram till att avtalsvillkoret är giltigt och ska ges processrättslig verkan ska kärandens talan avvisas eller avvisas i den delen som avser hävningsfrågan. Är villkoret ogiltigt ska talan tas upp till sakprövning.

Tolkad som en giltig civilrättslig överenskommelse skulle domstolen tillåta att käranden väcker talan om hävning. I detta senare fall får käranden förvisso sin rätt till domstolsprövning uppfylld genom att käranden får tillgång till domstolen och sakprövning, men innehållet i avtalsvillkoret ger, på

369. Naturligtvis kan svaranden även i det senare exemplet göra gällande att avtalsvillkoret ska tolkas som om köparen har fråntagits hävningsrätten. Jag återkommer till detta nedan.

370. Självrättskipning innefattas i tvistlösningsgruppen ”parterna agerar beslutsfattare”, jfr ovan avsnitt 1.3. Självrättskipning som alternativ till domstolsprövning analyseras nedan i kapitel 10–11.

samma sätt som nämndes ovan, upphov till en sakprövningsspärr med innebörden att kärandens talan ogillas förutsatt att säljaren inte går med på att köparen häver köpet.

Om samtliga avtalsvillkor som innehålla processuella överenskommelser skulle anses ogiltiga när det saknas stöd i lag, skulle en tolkning som den ovan förutsätta att den processuella ogiltighetsprincipen fråntar avtalet också dess eventuella civilrättsliga verkan. Kan det verkligen vara meningen? Borde det inte i exemplet ovan, stå svaranden fritt att göra gällande att käranden saknar hävningsrätt och för domstolen att omtolka avtalsvillkoret till en enkel överenskommelse om att käranden på ett materiellt plan har avstått från sin rätt till hävning?

Det kan enbart spekuleras om hur en domstol skulle tolka och klassificera ett avtalsvillkor som innehåller både process- och civilrättsliga inslag. Det kan dock tänkas att ett avtalsvillkor som är formulerat i mera ”processuella” termer snarare tolkas som en processuell överenskommelse än en materiell sådan och vice versa. Men har det i praktiken någon egentlig betydelse om avtalet klassificeras som antingen en processrättslig eller en civilrättslig överenskommelse? Denna senare fråga avgörs snarast av vad den processuella rättsverkan får för betydelse i de civilrättsliga delarna.

Frågan om vilken rättsverkan en processuell överenskommelse har i de civilrättsliga delarna, har varit föremål för viss diskussion i den processrättsliga doktrinen. Westberg konstaterar att det finns en svaghet i den processuella ogiltighetsprincipen eftersom det inte framgår efter vilka kriterier man bör avgöra om en överenskommelse är process- eller civilrättslig.[371] Westberg visar med följande uttalande på problemet med att upprätthålla den processuella ogiltighetsprincipen fullt ut varje gång en överenskommelse mellan parterna kan klassificeras som både process- och civilrättslig; ”*Om man då effektivt vill upprätthålla principen om att processuella överenskommelser per se är ogiltiga, går det knappast att tillerkänna överenskommelsen civilrättslig betydelse. Det sammanhänger med förhållandet att den civilrättsligt bindande effekten också den utsläcker rätten till sakprövning.*”[372] Om den processuella ogiltighetsprincipen gavs ett sådant företräde skulle det med andra ord innebära att avtalsfriheten på civilrättens område alltid får stå tillbaka om en överenskommelse också innehåller en processuell överenskommelse, vilket framstår som en märklig lösning mot bakgrund av den avtalsfrihet som präglar civilrätten.

Även Heuman har diskuterat den processuella ogiltighetsprincipen. Heumans diskussion har varit mer inriktad på om den processuella ogiltig-

371. *Westberg, Peter,* Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 358.

372. *Westberg, Peter*, Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 360.

hetsprincipen över huvud taget gäller idag. Heuman har tidigare uttryckt att Lagrådets uttalande från 1940-talet inte kan tas till intäkt för att den processuella ogiltighetsprincipen fortfarande är att anse som gällande rätt. Heuman uttrycker detta på följande sätt: ”*Enligt min mening bör inte denna närmast dogmatiska sats godtas utan vidare. Lagrådet gjorde sitt uttalande 1940 och sedan dess har partsinflytandet och parternas intresse skjutits fram i olika lagstiftningsärenden. Det är möjligt att olika processuella överenskommelser bör anses giltiga under förutsättning att inga skäl av nämnvärd styrka talar för att de ska anses overksamma.*”[373] På senare tid verkar dock Heuman ha nyanserat sin inställning till den processuella ogiltighetsprincipen och numera avfärdas inte principen helt.[374]

Däremot förefaller Heuman mena att det är möjligt att göra avsteg från den processuella ogiltighetsprincipen, om inte ett sådant avsteg försvårar rättstillämpningen på ett generellt plan. Det kan finnas flera skäl till att ogiltigförklara processuella överenskommelser som reglerar förfarandet, men detta innebär inte att det finns anledning att underkänna alla typer av processuella avtal, särskilt när frågorna kan uppfattas som huvudsakligen civilrättsliga och när avtalsregleringen inte försvårar rättstillämpningen på ett generellt plan.[375] När det gäller avtalsvillkor som innehåller både processuella och materiella överenskommelser, lyfts som processuella särskilt fram överenskommelser som innefattar avtalsregleringar av talerätten. Heuman betonar också att sådana avtal kan komma i konflikt med artikel 6 (1) EKMR om rätten till domstolsprövning.[376]

Heuman har lanserat tesen att om ett processuellt avtal ska underkännas kan det göras med stöd av 36 § AvtL och den processuella ogiltighetsprincipen behöver inte aktualiseras. Heuman intar därmed en mer flexibel inställning till synen på processuella överenskommelser än exempelvis Westberg och förespråkar att avtalsfriheten i vissa fall ska ha företräde. Som skäl till när avtalsfriheten trots allt bör begränsas nämner Heuman processekonomiska hänsyn såsom att parterna inte bör kunna komplicera och fördyra rättskipningen för staten. Andra skäl skulle kunna vara rättssäkerhetsaspekter för de enskilda parterna. Exempelvis finns det skäl att begränsa parternas möjligheter att ingå avtal av oförstånd när dessa kan medföra drastiska negativa konsekvenser för en part. Detta innebär dock inte att parterna ska fråntas alla möjligheter att ingå processuella avtal.[377] ”*Om det inte föreligger något särskilt skäl att ogiltigförklara en viss typ av processuella avtal* [med stöd av 36 § AvtL, *min anmärkning*] *bör man med ett modernt synsätt hålla det öppet om ett avtal skall få vara normerande för domstolen och parterna. Ett avtal kan medföra*

373. *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 57 (59).
374. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2011–12, s. 336 (338 ff.).
375. *Heuman, Lars*, JT 2011–12, s. 336 (338 ff). Jfr även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 56.
376. *Heuman, Lars*, JT 2011–12, s. 336 (338 f.) och JT 2006–07, s. 57 (59).
377. *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 57 (59).

sådana fördelar för båda parter att det bör godtas. Det kan också förenkla domstolens rättskipningsuppgift, t.ex. om bevisningen begränsas."[378]

Den processuella ogiltighetsprincipen utgår från att processuella avtal *per se* är *ogiltiga* om det saknas stöd i lag för avtalet. Ett alternativt synsätt skulle vara att utgå från det omvända; att processuella överenskommelser *per se* är *giltiga.* En alternativ bedömningsmodell när processuella överenskommelsers processuella rättsverkningar ska bedömas kan formuleras på följande sätt. Utgångspunkten för denna alternativa bedömningsmodell är att en processuell överenskommelse ska ges den processuella rättsverkan att en talan, alternativt en invändning, som framställs i strid med ett avtalsvillkor som reglerar en processuell fråga, ska avvisas om inte skäl av *nämnvärd styrka* talar för att villkoret är overksamt. Sådana skäl föreligger om någon av följande omständigheter är för handen:[379]

a) överenskommelsen komplicerar handläggningen av målet, rättstillämpningen eller bevisprövningen,
b) överenskommelsen fördyrar rättskipningen,
c) överenskommelsen är olämplig,
d) överenskommelsen fråntar en part grundläggande processuella rättigheter,
e) överenskommelsen är oförenlig med upprätthållandet av betydande allmänna intressen.

Istället för att använda den processuella ogiltighetsprincipen skulle, om motparten hävdar att avtalsvillkoret är oskäligt på grund av någon av ovan nämnda omständigheter, innehållet i avtalsvillkoret kunna jämkas med stöd av 36 § AvtL.[380] Fördelen med ett sådant synsätt skulle vara att det ger upphov till tidsvinster för domstolen och den part som har åberopat innehållet i avtalsvillkoret, eftersom talan inte behöver sakprövas i dessa delar utan får avvisas i inledningsskedet av målets handläggning.[381] Den part som menar att avtalsvillkoret inte ska ges någon bindande verkan skyddas av att om någon av de redovisade omständigheterna i a)–e) är för handen ska avtalsvillkoret lämnas utan avseende med stöd av 36 § AvtL.

Den alternativa bedömningsmodellen innehåller dock många svårtolkade passager när det ska fastställas om en processuell överenskommelse kan

378. *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 57 (60). Det är intressant att jämföra den åsikt om ökat partsinflytande över processuella frågor som Gemmel framförde 1908 med den som Heuman lanserar 100 år senare, Jfr *Gemmel, Hugo*, Om återkallande af instämd talan i civila mål, s. 100. Angående Gemmels åsikt se också avsnitt 6.3.

379. Denna alternativa modell har sin grund i olika argument som förts fram i doktrin och praxis som stöd för att acceptera processuella överenskommelser i vissa fall, jfr *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 57–70 och JT 2011–12 s. 336–354. Jfr även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 56 och *Lindell, Bengt*, Partsautonomins gränser, framför allt kapitel 3 och 4. Även NJA 2011 s. 576.

380. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2006–07 s. 57 (59 ff.).

381. Angående denna skillnad se även ovan under avsnitt 1.5.4 och nedan under avsnitt 13.2.

accepteras eller inte. Hur fastställer man exempelvis att ”inga skäl av nämnvärd styrka” talar emot ett godkännande av överenskommelsen eller hur fastställs att ett avtalsvillkor inte försvårar rättstillämpningen? Den alternativa modellen medför en stor osäkerhet för kommersiella parter vars gemensamma avsikt vid avtalstillfället har varit att reglera dispositiva materiella frågor som också kan komma att innehålla processuella överenskommelser. Dessutom blir avtalsvillkorets rättsverkningar svåra att förutse. Vid tvistetidpunkten kommer det oftast att finnas en part som har intresse av att tvisten dra ut på tiden och som därmed kanske ifrågasätter avtalet i de processuella delarna. Det finns en risk för långa och utdragna processer avseende frågan om en processuell överenskommelse ska vara giltig eller inte. Att använda 36 § AvtL som underlag för att bedöma processuella överenskommelsers giltighet framstår som mindre lämpligt när den processuella ogiltighetsprincipen finns och existerar. Dessutom kräver 36 § AvtL att det åberopas oskälighet som grund för jämkningen, vilket inte är nödvändigt om den processuella ogiltighetsprincipen tillämpas.[382] Frågan är också om den nu presenterade alternativa bedömningsmodellen är förenlig med civilprocessen.

Dagens samhälle ser onekligen annorlunda ut än det där den processuella ogiltighetsprincipen formades. Ett ökat partsinflytande i domstolarna och rättsstatens intresse av att införa mekanismer från den privata tvistlösningsarenan till den statliga samt skyldigheten att tillhandhålla alternativa tvistlösningsformer,[383] gör att den processuella ogiltighetsprincipens tillämpligheet i dagens samhälle kan ifrågasättas. Problemet med den alternativa bedömningsmodellen är dock att varken lagstiftaren eller Högsta domstolen har uttalat att den processuella ogiltighetsprincipen inte längre ska gälla. Tvärtom har denna princip tagits upp som gällande så sent som i regeringens proposition 2010/11:128 om medling och förlikning.[384] Även doktrin ger stöd för att principen alltjämt är giltig.[385] Det är då svårt att motivera att den

382. För att illustrera de problem som uppkommer då den alternativa bedömningsmodellen används för att avgöra en processuell överenskommelses processuella rättsverkan, kommer jag i avslutningen att tillämpa modellen i förhållande till två olika varianter av processuella överenskommelser; ett medlingsavtal, se avsnitt 19.4.4, och en integrationsklausul, se avsnitt 19.5.3.

383. Se bl.a. SOU 1995:65 och SOU 2007:25 samt prop. 2010/11:128 s. 24 f. Jfr även direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område.

384. Prop. 2010/11:128 s. 43. Där regeringen framhåller att principen i vart fall gäller processuella överenskommelser som innebär att en part avsäger sig rätten till domstolsprövning.

385. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentar till 49 kap. 2 § och *Westberg, Peter*, Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 355 ff. Se även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 54 ff. och 59 ff. Lindskog nämner dock inte den processuella ogiltighetsprincipen specifikt, men av hans resonemang kan utläsas att han anser att så kallade processavtal, det som i denna avhandling benämns en processuell överenskommelse, kan vara giltiga om de har stöd i lag, men sannolikt inte i övrigt. Dessutom lyfter han fram sentensen att rätten till domstolsprövning är oförytterlig och att parter inte kan ingå processavtal som inskränker denna rätt.

processuella ogiltighetsprincipen inte längre gäller enbart av den anledningen att den är gammal (och kanske otidsenlig).

Inte heller praxis ger något tydligt svar på frågan om den processuella ogiltighetsprincipen ska tillämpas på avtalsvillkor som innehåller både process- och civilrättsliga överenskommelser. Över huvud taget är det svårt att hitta praxis där Högsta domstolen har tillämpat eller uttalat sig om principen. Högsta domstolen hade tillfälle att precisera den processuella ogiltighetsprincipens betydelse och tillämpningsområde i NJA 1994 s. 712 (I–III), *KFA-fallen (I–III*), men principen omnämns inte alls i domskälen. Om detta betyder att Högsta domstolen har valt att inte tillämpa principen eller om det är så att domstolen inte har uppmärksammat den, går inte att utläsa av rättsfallen.

Rättsfallet handlar om tre olika fall som samtliga rörde tvister om en kollektivavtalsgrundad tjänstegrupplivförsäkring. Kommunernas Försäkrings AB (KFA) meddelar grupplivförsäkring till anställda inom exempelvis kommun och landsting. För försäkringen gäller ”Bestämmelser för försäkring i Kommunernas Försäkringsaktiebolag”. I dessa villkor fanns bland annat intaget bestämmelser som gav försäkringsbolaget *ensam beslutanderätt* i vissa frågor. Fallen gällde tillämpningen av sådana villkor.

Fall I och *II* handlade om ensam beslutanderätt för försäkringsbolaget att avgöra om en försäkringstagare vid dödsfallet hade varit sammanboende i försäkringsvillkorens mening medan *fall III* handlade om ensam beslutanderätt för försäkringsbolaget att avgöra om tillräcklig bevisning hade åberopats för att en försäkrad arbetstagare vid dödsfallet stått till arbetsmarknadens förfogande.

I *fall I* fick den försäkrades föräldrar ut försäkringsersättningen efter att den försäkrade avlidit. Senare hävdade ytterligare en person, C, att han hade rätt till delar av försäkringsersättningen, eftersom han hade varit sammanboende med den försäkrade. KFA kom fram till att C hade varit sammanboende med den försäkrade på ett sätt som uppfyllde försäkringsvillkoren. Föräldrarna skulle därför betala tillbaka en del av den utbetalade försäkringsersättningen. Föräldrarna väckte talan mot KFA och menade att C inte varit sammanboende med den försäkrade vid dödsfallet och att C därför inte hade rätt till någon ersättning. Föräldrarna menade vidare att det var oskäligt med stöd av 36 § AvtL att KFA ensamt och med bindande verkan skulle avgöra sambofrågan.

Även *fall II* rörde frågan om samboskap förelegat vid den försäkrades dödstillfälle. En person, T, hävdade att han vid dödstillfället varit sammanboende med den försäkrade. Försäkringsvillkoren gav KFA rätt att ensamt avgöra vem som skulle anses som sammanboende. KFA kom efter sin utredning fram till att T inte hade varit sammanboende med den försäkrade på ett sådant sätt som avsågs i försäkringsvillkoren. T väckte talan och gjorde gällande att han hade rätt till försäkringsersättningen eftersom han vid dödstill-

fället hade varit sammanboende med den försäkrade. Han åberopade vidare att avtalsvillkoret, som gav KFA ensam beslutanderätt, var oskäligt med stöd av 36 § AvtL då villkoret var ensidigt. Inför målets avgörande i Högsta domstolen gjorde T även gällande att avtalsvillkoret stred mot 11 kap. 3 § RF och artikel 6 EKMR.

Fall III rörde frågan om den försäkrade, som blivit arbetslös, stått till arbetsmarknadens förfogande vid dödstillfället. Den försäkrades maka, A, gjorde inför KFA anspråk på försäkringsersättningen. KFA avslog hennes begäran på den grunden att den försäkrade efter det att hans anställning hade upphört inte genom att söka arbete stått till arbetsmarknadens förfogande, vilket enligt försäkringsvillkoren utgjorde en förutsättning för att den försäkrade skulle ha fortsatt försäkringsskydd efter det att anställningen hade upphört. A väckte talan och begärde att KFA skulle förpliktigas att betala ut försäkringsersättningen till henne. Hon gjorde gällande att det med stöd av 36 § AvtL var uppenbart oskälig att KFA ensamt skulle avgöra en bevisfråga som den om en försäkrad har stått till arbetsmarknadens förfogande.

I *fall I* och *II* kom Högsta domstolen med stöd av 36 § AvtL fram till att den ensamma beslutanderätten avseende sambofrågan inte var oskälig. Högsta domstolens bedömning grundade sig på två faktorer. För det första konstaterades att försäkringsvillkoren hade förhandlats fram mellan jämbördiga parter i syfte att åstadkomma en så snabb, enkel och billig reglering av försäkringsfallen som möjligt.[386] För det andra konstaterades att det funnits en möjlighet för den försäkrade att anmäla samboskapet till KFA och därmed förhindrat att KFA använde sig av sin rätt att ensidigt och slutligt avgöra om samboskap enligt försäkringsvillkoren förelegat. I *fall II* konstaterades dessutom att försäkringsvillkoret inte heller stred mot 11 kap. 3 § RF och artikel 6 EKMR med motiveringen att dessa regler inte hindrar enskilda parter att avtala bort rätten till domstolsprövning.

I *fall III* kom Högsta domstolen till en annan slutsats. Här bedömdes avtalsvillkoret om den ensamma beslutanderätten som oskäligt. Enligt försäkringsvillkoren skulle frågan om en arbetstagare stått till arbetsmarknadens förfogande styrkas antingen genom ett intyg från arbetsförmedlingen, eller erkänd arbetslöshetskassa, eller genom annan bevisning som försäkringsbolaget fann likvärdig. KFA bedömde ensidigt och slutligt om den efterlevande makans åberopade bevisning var likvärdig. Enligt Högsta domstolen innebar detta att den efterlevande makan helt hade fråntagits rätten att få den åberopade bevisningen prövad i rättslig ordning. En sådan långtgående inskränkning av rätten till rättslig prövning var inte godtagbar enligt Högsta domstolen.

386. Försäkringsvillkoren hade tillkommit genom en central överenskommelse mellan Landstingsförbundet, Svenska Kommunförbundet och Svenska Kyrkans församlings- och pastoratsförbund, å ena sidan, samt Kommunaltjänstemannakartellen, Svenska Kommunalarbetarförbundet och SACO/SR-K å andra sidan.

Oberoende av utgången i de tre fallen kan det konstateras att inte i något av fallen ansågs försäkringsvillkoren väcka frågan om den processuella ogiltighetsprincipens tillämpning. Varken parterna eller domstolen har uppmärksammat principen.[387] Istället ifrågasattes avtalsvillkoren på civilrättslig grund och domstolarna avgjorde målen med tillämpning av civilrättsliga regler. Detta skedde trots att avtalsvillkoren också bär tydlig prägel av processuella överenskommelser. I *fall III* kan man också skönja detta i domskälen *"Försäkringstagaren eller dennes förmånstagare utestängs därmed helt från möjligheten att få denna bevisning prövad i rättslig ordning. En så långtgående inskränkning i rätten till rättslig prövning är inte godtagbar."*.[388]

Högsta domstolen hade inom ramen för en annan processuell princip, *jura novit curia*, kunnat föra den processuella ogiltighetsprincipen på tal. Frågan är vilka slutsatser som kan dras av det faktum att Högsta domstolen inte gjorde detta. Beror det på att domstolen inte har ansett att principen är tillämplig i de enskilda fallen, vill domstolen markera en kursändring, eller kan det till och med vara så att Högsta domstolen har glömt bort den processuella ogiltighetsprincipens existens? I doktrin har det poängterats att man ska vara försiktig med att motsatstolka prejudikat eller tillmäta det en betydelse som inte har berörts i domskäl och domslut. Om den högsta instansen inte har tagit fasta på ett visst förhållande eller inte kommenterar en omständighet, är tanken att man inte vet vilken åsikt som den högsta instansen har i frågan.[389]

En slutsats av ovanstående resonemang är att så länge inte Högsta domstolen eller lagstiftaren har tydliggjort att den processuella ogiltighetsprincipens inte längre ska gälla, är utgångspunkten att principen alltjämt gäller och processuella överenskommelser är inte giltiga utan lagstöd.[390] En annan slutsats skulle vara att det faktum att Högsta domstolen i ett fall som det ovan redovisade inte omnämner den processuella ogiltighetsprincipen, innebär att principen inte måste tillämpas. Istället är det möjligt för parterna att ingå processuella överenskommelser om ensam beslutanderätt utan att sådana

387. Den ensamma beslutanderätten utövades av ett bolagsinternt organ inom KFA. Samtliga fall utgjorde undantag från huvudregeln i försäkringsvillkoren, att tvister rörande tillämpningen och tolkningen av försäkringsvillkoren skulle avgöras av en permanent skiljenämnd. Däremot skulle den permanenta skiljenämnden fungera som ett rådgivande organ till KFA när KFA hade ensam beslutanderätt att avgöra de nu aktuella frågorna. Inte heller denna tvistlösningskonstruktion ifrågasattes av parterna inför domstolarna. Ingen förde frågan om processhinder på tal. Man kan annars tänka sig att KFA skulle ha gjort en processhindersinvändning med hänvisning till försäkringsvillkoren. Därmed inte sagt att KFA också skulle ha haft framgång med en sådan invändning.

388. NJA 1994 s. 712 (cit. s. 731 i fall III).

389. *Westberg, Peter,* Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 354 f.

390. Jfr *Westberg, Peter,* Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 354 ff. Även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 49 kap. 2 § och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 60 f.

avtal är ogiltiga, det vill säga en motsatstolkning av Högsta domstolens prejudikat.[391]

Jag ställer mig tveksam till denna senare slutsats. För det första ska poängteras att departementschefen bekräftade Lagrådets princip och att detta bekräftande betyder att principen ingår som en del av regeringens proposition och med riksdagens antagande av lagen är det alltså riksdagen som primärt ger uttryck för uttalandet. För det andra kan knappast det faktum att Högsta domstolen inte nämner den processuella ogiltighetsprincipen i ett fall där densamma skulle ha kunnat få aktualitet, tas till intäkt för att domstolen anser att principen inte hindrar parterna från att ingå processuella överenskommelser. I så fall borde ju Högsta domstolen ha låtit detta framgå av domskälen. Av Högsta domstolens domskäl är det svårt att dra några slutsatser om vilka bevekelsegrunder som ligger bakom det faktum att principen inte omnämns. Det ska dock framhållas att prejudikat inte är bindande utan enbart vägledande. Det är också tveksamt om Högsta domstolen verkligen har mandat att underkänna en grundläggande princip som lagstiftaren har byggt en lagstiftningsprodukt på. Frågan är om det inte ligger i lagstiftarens exklusiva mandat att upphäva principen. Högsta domstolens huvuduppgift är att svara för prejudikatbildningen och verka för enhetlig rättstillämpning.[392] Däremot skulle Högsta domstolen kunna slå fast hur den processuella ogiltighetsprincipen ska tillämpas i förhållande till olika processuella överenskommelser.

Det kan tänkas att en domstol som ska bedöma ett avtalsvillkor där parterna tydligt försökt reglera och bestämma över en typisk processuell fråga, inte skulle acceptera överenskommelsen. Denna tanke kan skönjas i de ovan nämnda KFA-fallen I–III,[393] där domstolen i fall I och II accepterade avtalsvillkoret som gav försäkringsbolaget rätt att ensidigt avgöra om en arbetstagare varit sambo eller inte. Däremot kunde Högsta domstolen i fall III inte acceptera att en av parterna ensidigt fick avgöra vilken bevisning motparten skulle få lov att åberopa. Även om Högsta domstolen inte nämner den processuella ogiltighetsprincipen som grund för sitt ställningstagande utan istället jämkar avtalet med stöd av 36 § AvtL, ger rättsfallen ändå en indikation om att begränsningar av processuella rättigheter inte accepteras. I målet hade dock svaranden grundat sin talan på 36 § AvtL och inte på den processuella ogiltighetsprincipen. Det finns dock inget som hade hindrat Högsta domstolen från att grunda sitt ställningstagande på principen och utgå från att

391. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 61, där Heuman skriver ”Denna typ av processuella avtal har sålunda inte ansetts ogiltiga i sig enligt Lagrådets princip. Utgångspunkten är tvärtom att de är giltiga”.

392. Jfr SOU 1969:41 s. 46 ff., prop. 1971:45 s. 83 och SOU 1986:1 s. 47. Även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 3 kap. inledningen. Jfr även NJA 2005 s. 385.

393. NJA 1994 s. 712 (I–III).

processuella överenskommelser likt den aktuella bevisöverenskommelsen är ogiltiga eftersom det saknas stöd i lag för sådana överenskommelser.

Frågan kvarstår dock hur man kommer fram till att ett specifikt avtalsvillkor är processuellt och därmed aktualiserar tillämpningen av den processuella ogiltighetsprincipen. Detta problem blir särskilt påtagligt när avtalsvillkor som innehåller både processuella och materiella inslag ska bedömas. Ska alltid den civilrättsliga avtalsfriheten få stå tillbaka när ett avtalsvillkor innehåller någon form av processuell överenskommelse? Med en sådan tolkning av den processuella ogiltighetsprincipens tillämpning på avtalsvillkor finns det en risk för att en uppfinningsrik part tolkar ut och åberopar processuella aspekter i avtalsvillkoret och därmed hävdar att avtalet är ogiltigt. Frågan är om det är så principen varit tänkt att tillämpas.

Kan det vara så att den processuella ogiltighetsprincipen har sin grund i en diskussion som tar sin utgångspunkt i processuella överenskommelser som är ”typiskt” processuella och som därmed enkelt kan konstateras ogiltiga om det saknas stöd i lag för överenskommelsen. Exempelvis när parterna helt har avtalat bort rätten till domstolsprövning eller när parterna uttryckligen har avstått från sin rätt att överklaga en underrätts dom. Den processuella ogiltighetsprincipen är kanske inte tänkt att tillämpas på avtalsvillkor som innehåller både processuella och materiella överenskommelser. Ett exempel på det senare är avtalsvillkoret ovan där säljaren har förbehållit sig ensam beslutanderätt att avgöra frågan om köparen har rätt att häva köpet på grund av fel i den köpta varan. Genom avtalsvillkoret kan argumenteras för att dispositiva hävningsregler i köplagen har formulerats om.[394] Även om villkoret har formulerats delvis i processuella termer ”säljaren avgör exklusivt” är det en klart civilrättslig fråga som regleras. Parterna hade till och med kunnat avtala bort hävningsrätten helt utan att detta hade kommit i konflikt med någon processuell regel. Man kan också fråga sig om det i ett modernt samhälle där stora transaktioner sker mellan kommersiella parter, verkligen är önskvärt med ett system som begränsar parternas avtalsfrihet i så stor utsträckning som skulle kunna bli fallet om den processuella ogiltighetsprincipen gjorde samtliga avtalsvillkor som reglerar processuella frågor ogiltiga så snart lagstöd saknades i den processuella delen. Avtalsfriheten och principen att avtal ska hållas fyller en grundläggande funktion i vårt samhälle. Kännetecken för ett avtal är dess partsbindandefunktion samt dess rättsligt sanktionerande karaktär.[395] Det är dock först genom processrätten som den civilrättsliga regleringen får fullständig praktisk verkan, eftersom civilrätten bestämmer privaträttsliga rättigheter och skyldigheter medan processrätten reglerar deras förverkligande.[396] Det är därför nödvändigt att hitta en rimlig

394. Jfr 25 och 39 §§ KöpL.
395. Jfr *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt I, s. 19 f. och 26.
396. *Olivecrona, Karl*, Rätt och dom, s. 12 f.

balans mellan processrätten och civilrätten när det gäller parternas möjlighet att ingå avtal avseende frågor som kan hänföras både till process- och civilrätten.

7.4 En tänkbar lösning på klassificeringsproblemet

Som redan har visats är det i princip omöjligt att klassificera ett avtalsvillkor som antingen process- eller civilrättsligt. Det finns inte heller något entydigt svar på frågan hur en domstol ska tolka sådana avtalsvillkor och inte heller i förhållande till vilka regler och principer villkoren ska bedömas. Ett sätt att lösa problemet är naturligtvis att en domare som ställs inför uppgiften att bedöma ett sådant blandat avtalsvillkor genom frågor till parterna försöker klarlägga vad parterna har haft för avsikt med avtalet i denna del, men om parterna har olika uppfattningar om avsikten med villkoret kvarstår problemet.[397]

Om en domare kan separera de processuella frågorna från de materiella finns det inte något som hindrar att den processuella ogiltighetsprincipen tillämpas i de processuella delarna av avtalsvillkoret och att villkoret i övrigt ges civilrättslig verkan. Med utgångspunkt i typsituation I ska domstolens prövning av ett avtalsvillkor som reglerar både process- och civilrättsliga frågor, skisseras i en enkel modell där prövningen sker i två steg.[398]

När svaranden invänder att det finns ett avtalsvillkor som förtar verkan av kärandens talan eller invändning ska domstolen i det första steget skilja ut eventuella processuella överenskommelser ur avtalsvillkoret och inom ramen för *jura novit curia* tillämpa den processuella ogiltighetsprincipen på de processuella delarna. Finns det stöd i lag för den processuella överenskommelsen ska den godtas med avvisning av talan, alternativt invändningen, som följd. Saknas det stöd i lag ska domstolen förklara överenskommelsen ogiltig i den processuella delen och i det andra steget övergå till att pröva avtalsvillkorets eventuella civilrättsliga verkningar. Avtalsvillkoret får då den indirekta processuella rättsverkan att det kan ge upphov till en sakprövningsspärr. Om avtalsvillkoret bedöms vara giltigt i de civilrättsliga delarna, ska domstolen lägga avtalsvillkoret till grund för sakprövningen i den mån villkoret har betydelse för kärandens talan.

Om modellen överförs på exemplet ovan där säljaren har förbehållit sig ensam beslutanderätt att avgöra frågan om köparen har rätt att häva köpet på grund av fel i den köpta varan, skulle ett tänkbart resultat kunna vara följande. Den ensamma beslutanderätten kan jämställas med någon form av

397. Det förekommer att sådana avtalsvillkor som de nu aktuella finns införda i standardavtal och att parterna aldrig har diskuterat innehållet i dessa villkor vid avtalsslutet. Accepterandet av standardavtalet har kanske varit en förutsättning för köpet – en form av ”*take it or leave it*” avtal.

398. Typsituation I presenteras ovan under avsnitt 1.5.4.

självrättskipning, en processuell överenskommelse. Säljaren har satt sig som ”domare” i egen sak, något som inte kan anses förenligt med civilprocessen där det är domstolen som står för rättskipningen och inte någon av parterna.[399] När köparen väcker talan och begär att köpet, trots innehållet i avtalsvillkoret, ska hävas och säljaren bestrider att köparen har hävningsrätt eftersom säljaren inte har accepterat att köparen häver köpet, kan villkoret i denna del tolkas som en processuell överenskommelse. Saknas det lagstöd för att en part ska få lov att agera ”domare” i egen sak, är avtalsvillkoret ogiltigt i denna del. Innebörden av ogiltigheten blir därmed att ”självbestämmanderätten” inte utgör ett sådant sakprövningshinder som ska föranleda att domstolen avvisar käromålet eller avvisar käromålet i den del det rör hävning.

Det innebär dock inte nödvändigtvis att avtalsvillkoret ska vara ogiltig i alla delar. Domstolen ska i nästa steg övergå till att pröva i vad mån avtalsvillkoret också ger uttryck för en materiell överenskommelse om att köparen ska vara fråntagen sin hävningsrätt. I denna del ska då domstolen lägga innehållet i avtalsvillkoret till grund för sakprövningen. Är avtalsvillkoret giltigt ska käromålet ogillas när det gäller hävningsfrågan. Möjligheten att ge köparen rätt att häva i ett enskilt fall finns ju alltid även om inte detta har formulerats som en ensam beslutanderätt i avtalet. Vill inte säljaren gå med på hävning innebär innehållet i avtalsvillkoret att köparen inte har någon hävningsrätt. Parterna har på civilrättslig grund kommit överens om detta. Avtalsvillkoret skulle då tolkas så att parterna har ersatt köprättens regler om hävning med ett avtalsvillkor och i denna del skulle avtalsfriheten gälla.

399. Se vidare nedan om självrättskipning, avsnitt 10.5.2.3.

Del III

Totala avståenden från rätten till domstolsprövning

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 136 2015-03-31 14:35:57

8 Introduktion

Del III behandlar den situationen att parterna genom avtal väljer att avstå *helt* från den statliga domstolsprövningen och därmed från *tillgången* till en domstol. I denna del påbörjas den inledningsvis presenterade stegvisa analysen. Först slås fast hur den kontradiktoriska modellen tar sig uttryck i civilprocessen innefattande även artikel 6 (1) EKMR, steg 1 och 2. Därefter analyseras och problematiseras de i avhandlingen behandlade alternativa tvistlösningsformerna i förhållande till den kontradiktoriska modellen så som denna kommer till uttryck i civilprocessen, steg 3.[400]

I vad mån det är möjligt att avstå helt från rätten till domstolsprövning, men samtidigt lämna det helt öppet i avtalet hur en eventuell framtida tvist mellan parterna ska lösas, behandlas i *kapitel 9*.

Därefter, *kapitel 10–11*, behandlas avtal om olika alternativa tvistlösningsformer. Analysen utgår från tre olika former av alternativa tvistlösningsförfaranden. Den första utgörs av *skiljeförfaranden*, den andra av *privatdomarförfaranden* och den tredje av förfaranden där *parterna agerar beslutsfattare*.

Skiljeförfarandet är en privat tvistlösningsform som har vuxit fram och utvecklats med hänsyn tagen till det privata näringslivets önskemål och som accepteras av rättsordningen som alternativ till domstolsprövning. Detta visar sig främst genom att ett giltigt skiljeavtal utgör processhinder inför allmän domstol.[401] Dessutom får skiljeparterna i vissa situationer vända sig till tingsrätten för att tingsrätten ska bistå med hjälp i vissa frågor med anknytning till skiljeförfarandet,[402] och en skiljedom har samma rättsverkan som en dom.[403] För att skiljeförfarandet ska ges legitimitet och samtidigt vara ett attraktivt alternativ till domstolsprövning måste förfarandet vara uppbyggt på ett sådant sätt att både rättsstatens krav på tvistlösning och parternas krav på rättvis rättegång är uppfyllda.[404] Som ska visas nedan är likheterna mellan skiljeförfarandet och civilprocessen många.

Parterna har genom partsautonomin rätt att välja skiljeförfarandet som tvistlösningsform. En rimlig förklaring till varför detta tillåts av rättsord-

400. Jfr ovan under avsnitt 1.5.3. Motsvarande analys genomförs sedan när det gäller partiella avståenden från domstolsprövning nedan i del IV.

401. 10 kap. 17 § RB och 4 § LSF. Jfr också prop. 1998/99:35 s. 41 f., där det betonas att rättsordningen måste innehålla regler som innebär att skiljeavtal och skiljedomar respekteras.

402. Tingsrätten kan under vissa förutsättningar bistå med att utse skiljemännen, jfr 12–18 §§ LSF. Tingsrätten kan också bistå med bevisupptagning under ed eller sanningsförsäkran, 26 § LSF. Det är också inför allmän domstol, hovrätten, som en skiljedom kan ogiltigförklaras eller klandras enligt 33–34 §§ LSF, jfr 43 § LSF och talan beträffade ersättning till skiljemännen ska tas upp av tingsrätten, 43 § 3 st. LSF.

403. 3 kap. 1 § 4 p. och 15–18 §§ UB.

404. Jfr prop. 1998/99:35 s. 40 ff.

ningen är att skiljeförfarandet i tillräcklig grad tillgodoser de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen. Är det också möjligt för parterna att med stöd av partsautonomin ”skapa” andra alternativa tvistlösningsformer som tillgodoser de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen på motsvarande sätt? Om inte detta är möjligt uppkommer frågan varför det är på detta viset och vilka faktorer som avgör om ett avstående från domstolsprövning till förmån för en alternativ tvistlösningsform accepteras av rättsordningen.[405] För att kunna svara på dessa frågor måste skiljeförfarandet analyseras i förhållande till de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen. Av denna anledning behandlas först skiljeförfarandet även om det redan från början står klart att skiljeförfarandet accepteras som alternativ till domstolsprövning.

Privatdomarförfaranden innefattar situationer där parterna har kommit överens om att en utomstående beslutsfattare ska avgöra tvisten utan att agera skiljeman.[406] Det kan också tänkas att parterna kommer överens om att tvistlösningen ska ske i flera steg, så kallade *flerstegsklausuler,*[407] där det första steget innebär att en eller flera privatdomare som inte är skiljemän ska avgöra tvisten i första hand. I andra hand får parterna lämna över tvisten till en skiljenämnd eller en domstol för slutlig rättslig prövning, det sista steget i tvistlösningsklausulen. Både situationen där privatdomaren ska agera ensam och slutlig beslutsfattare och sådana där privatdomarförfarandet har kombinerats med skiljeförfarande alternativt domstolsprövning som slutlig rättslig prövning behandlas i denna del.

I kategorin ”parterna agerar beslutsfattare” innefattas tvistlösningsavtal där parterna *inte* lämnar över beslutanderätten till någon utomstående. Istället har parterna valt att på olika sätt överlåta till sig själva att avgöra tvisten. Hit räknas *förliknings-* och *medlingsförhandlingar* som har till syfte att få parterna att nå en samförståndslösning på tvisten, med eller utan bistånd från en utomstående tredje man. Om tredje man bistår parterna ska denne enbart hjälpa dem att nå en samförståndslösning på tvisten, inte agera beslutsfattare. Till denna kategori hänförs också den situationen där en av parterna har tagit sig rätten att agera ensam beslutsfattare och avgöra tvisten själv, så kallad *självrättskipning*. Även vid denna variant av tvistlösning förekommer det

405. Se ovan avsnitt 1.3.

406. Ibland ser man benämningen ”godmansförfarande” för det som jag har valt att benämna privatdomarförfarande, Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 46 ff. Godmansavtal kan dock i modernt språkbruk framstå som något ålderdomligt och det är svårt att utläsa av begreppet vad som verkligen avses. Dessutom för godmansavtal och godmansförfaranden tankarna till begrepp som godman och förvaltare inom familjerätten, vilket som bekant är något helt annat. Jag har därför valt att använda beteckningen privatdomaravtal istället för godmansavtal.

407. I denna avhandling används uttrycket flerstegsklausuler, men de kan också ges andra namn, exempelvis förstegsklausuler eller multimodala tvistlösningsklausuler, se *Söderlund, Christer*, JT 2005–06 s. 187 (188). På engelska använder man bl.a. termen ”*multi-tiered clauses*” eller ”*integrated dispute resolution clauses*”.

att tvistlösningsklausulerna formuleras som flerstegsklausuler där exempelvis parterna kommer överens om att tvisten i första hand ska lösas genom medling och i andra hand genom skiljeförfarande eller domstolsprövning.

Som inledningsvis nämndes är inte tanken att göra en heltäckande och mera ingående beskrivning av varje enskild tvistlösningsform eller det lämpliga i att välja den ena formen framför den andra.[408] Mot bakgrund av avhandlingen syfte och frågeställningar måste dock de specifika karaktärsdrag som kännetecknar de valda tvistlösningsformerna lyftas fram, *kapitel 10*. Där analyseras också vilken processuell rättsverkan som själva tvistlösningsavtalet ger upphov till om det åberopas inför en domstol.

Slutligen ska de valda alternativa tvistlösningsformerna analyseras i förhållande till de grundläggande elementen som innefattas i den kontradiktoriska modellen, *kapitel 11*. Systematiken är sådan att först undersöks hur ett specifikt element kommer till uttryck i civilprocessen. Därefter analyseras och jämförs de valda alternativa tvistlösningsformerna med civilprocessen. Ytterst handlar det om att besvara frågan om parterna med stöd av partsautonomin kan skapa ett tvistlösningsförfarande som i tillräcklig grad tillgodoser de olika grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen så som den kommer till uttryck i civilprocessen. Om det vore möjligt skulle ju alternativet vara uppbyggt på samma sätt som civilprocessen. En rimlig slutsats skulle då vara att det alternativa förfarandet också skulle kunna utgöra ett av rättsordningen godtagbart alternativ till domstolsprövning.

408. Jfr ovan avsnitt 1.4.2.

9 Att avstå helt från domstolsprövning utan att ange en alternativ tvistlösningsform

Rätten till domstolsprövning är en viktig och grundläggande rättighet i en fungerande rättsstat. Betyder då detta att avtal där parterna helt frånsäger sig sitt rättsskydd utan att ange något alternativ till domstolsprövningen alltid är ogiltiga? Ja, så förefaller uppfattningen vara. Avtal där parterna helt har avtalat bort rätten till domstolsprövning har i praxis bedömts vara overksamma när de åberopas inför en domstol. En part får inte med bindande verkan avstå helt från sitt processuella rättsskydd utan att ange inom vilken tvistlösningsform som en framtida tvist ska lösas.

I ett köpekontrakt från 1943 hade parterna förbundit sig att ”*ej på något sätt och vis rättslig talan föra eller låta föra mot varandra i anledning av denna skogsskiftesaffär*”.[409] Varken häradsrätten eller hovrätten ansåg att avtalsregleringen utgjorde hinder mot domstolsprövning. Det framgår inte direkt av rättsfallet varför inte avtalsregleringen tillmäts rättslig verkan, men i doktrin har, med hänvisning till det aktuella rättsfallet, uttalats att man ”*torde kunna utgå från att i varje fall ett avtal, varigenom part avhänder sig allt processuellt rättsskydd enligt svensk rätt icke anses giltigt*”.[410]

I NJA 1958 s. 654 ansåg Högsta domstolen att en föreskrift mellan parterna om att en tvist inte fick dras inför domstol, inte i sig gjorde allmän domstol obehörig att pröva tvisten. Samma resonemang kan skönjas i NJA 1971 s. 453 där ägaren till en travhingst var medlem i en travsportsorganisation som förde ett register över vilka hästar som fick tävla och användas till avel. Genom medlemskapet var hästägaren underkastad organisationens reglemente, vilket kan jämställas med ett avtalsförhållande. I reglementet fanns en regel om att talan mot organisationens beslut inte fick föras inför domstol. Organisationen beslutade att avföra hästägarens travhäst ur organisationens register. Detta fick till följd att travhästen förlorade rätten att tävla och hästägaren förlorade rätten att använda travhästen till avel. Hästägaren väckte talan inför domstol för att få beslutet upphävt och rätt att återinföra travhästen i registret. Ingen av domstolarna ansåg att bestämmelsen i reglementet gjorde allmän domstol obehörig att ta upp ifrågavarande talan till prövning. Av Högsta domstolens domskäl framgår inte exakt varför inte domstolen ansåg att regeln i reglementet uteslöt domstolsprövning. Av

409. Hovrätten för Övre Norrland, dom av den 8 juli 1947.
410. *Welamson, Lars*, SvJT 1953 s. 686.

domskälen framgår endast "*Denna bestämmelse är ej av beskaffenhet att föranleda, att allmän domstol är obehörig att upptaga ifrågavarande talan till prövning.*"[411] Även i NJA 2001 s. 511 ansåg Högsta domstolen att en tvist om prispengar efter en travtävling kunde prövas materiellt av domstol i strid med tävlingsreglementet. Högsta domstolen kom fram till detta efter att ha konstaterat att tvisten handlade om en relativt stor summa pengar. Högsta domstolen har också, i samband med frågan om tvister om uteslutning ur en ideell förening får prövas av domstol, slagit fast att rätten till domstolsprövning avgörs av om medlemskapet haft betydelse i ekonomiskt hänseende för den som har blivit utesluten.[412]

I doktrin råder i princip enighet om att avtal där en part helt frånsäger sig rätten till domstolsprövning utan att ange ett alternativ till densamma, inte är bindande.[413] Dessutom har rätten att få tillgång till en domstol konstitutionellt skydd enligt regeln om rättvis rättegång i 2 kap. 11 § 2 st. RF. Även artikel 6 (1) EKMR medför en rätt att få tillgång till domstolsprövning.[414]

Ett avtal där parterna helt avstår från domstolsprövning skulle kunna ses som ett avtal där parterna generellt har avtalat bort talerätten.[415] Nedan ska grundtankarna bakom talerätten kort beröras för att ytterligare tydliggöra varför parterna inte får frånsäga sig allt sitt rättsskydd utan att ange inom vilken alternativ tvistlösningsform en tvist dem emellan ska lösas.[416]

En förutsättning för en part att föra en viss talan vid domstol är att parten är taleberättigad. Talerätt innebär en behörighet att vara part i en rättegång rörande den ifrågavarande saken.[417] Saknas denna behörighet föreligger det ett tvingande processhinder.[418] I vissa situationer följer talerätten av en viss lagregel, så är exempelvis fallet inom upphovsrätten.[419] Det finns dock inte några uttryckliga regler om talerätt i rättegångsbalken. Istället avgörs talerät-

411. NJA 1971 s. 453 (cit. s. 457).

412. Jfr NJA 1990 s. 687.

413. *Bolding, Per Olof*, Skiljedom, s. 72, *Ekelöf, Per Olof*, Rättegång II, s. 14, not 10, *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 47, JT 2006–07 s. 57 (61) samt JT 1997–98 s. 533 (549). Även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 59 f. och *Westberg, Peter*, Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, s. 363 f.

414. Se resonemanget ovan, kapitel 4.

415. Jfr NJA 1984 s. 215, där Högsta domstolen har haft att ta ställning till ett avtal om talerätt. Käranden påstod att denne genom ett avtal med motparten hade givits rätt att föra talan om att motparten skulle förpliktigas att betala en summa pengar till en från avtalsförhållandet utomstående tredje man. Högsta domstolen konstaterade att det som regel saknas anledning att låta någon som part föra talan om annans rätt när det är uppenbart att speciella omständigheter inte föreligger. Högsta domstolen tog dock inte uttryckligen ställning till frågan om parter genom avtal kan skapa eller utesluta talerätt på ett för domstolen bindande sätt.

416. Talerätten problematiseras och beskrivs även nedan avsnitt 13.3 i samband med analysen av avtal som begränsar talerätten och den fria bevisföringen.

417. Angående definitionen av talerättsbegreppet se *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 171 ff.

418. *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 171.

419. 7 kap. 53 b § lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

ten av det anspråk som framförs av käranden i en process och vem det framförs mot. En utgångspunkt i svensk processrätt är den så kallade *påståendedoktrinen*[420] som innebär att det finns en presumtion för talerätt när käranden framställer ett yrkande och anger grunder för detsamma och därmed påstår att denne har ett berättigat rättsligt anspråk mot en viss utpekad motpart.[421] Om det påstådda anspråket är berättigat är något som avgörs genom domstolens sakprövning, men rätten att få frågan prövad, talerätten, finns där.[422] Det förekommer dock fall där talerätt är utesluten. Som exempel på detta kan nämnas när en part processar om en rättighet som denne anser tillkommer ett annat rättssubjekt än den utpekade motparten.[423]

I äldre doktrin har det framhållits att utfästelser där en part avsäger sig talerätten, inte tjänar något beaktansvärt samhällsintresse och av den anledningen är det obehövligt att tillerkänna sådan avtal giltighet. Dessutom finns det alltid en risk för att sådana avtal innebär att en svagare part utnyttjas av en starkare part. [424] Särskilt när det gäller avtal som ingåtts innan en tvist har uppkommit och innan parterna har haft möjlighet att bedöma vilken betydelse avtalet kommer att få samt vilka risker ett sådant avtal medför i det individuella fallet. Det finns ingenting som tyder på att detta synsätt skulle vara annorlunda idag.[425]

Mot bakgrund av syftet bakom talerätten och den processuella ogiltighetsprincipen finns det därmed inte någon möjlighet för parterna att genom avtal begränsa talerätten så att en part är helt berövad sin rätt till domstolsprövning.

420. Angående termen ”påståendedoktrinen”, se *Heuman, Lars* och *Westberg, Peter,* Argumentationsformer inom processrätten, s. 27 ff.

421. *Ekelöf, Per Olof,* Rättegång II, s. 71, *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 192 ff., och *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 575.

422. NJA 1982 s. 376 där Högsta domstolen slår fast att som allmän princip gäller att en person kan ha ställning av part endast om denne påstår sig var den som är materiellt berättigad. Jfr också NJA 1969 s. 105 och NJA 2003 C 17. Se även *Welamson, Lars*, SvJT 1969 s. 918 (924).

423. Jfr NJA 1984 s. 215, se ovan not 415. Jfr även *Ekelöf, Per Olof,* Rättegång II, s. 71 ff. Det kan dock finnas fall där ett rättssubjekt har talerätt rörande en annan persons rättsställning i stället för denne, exempelvis vid konkurs.

424. *Bolding, Per Olof,* Skiljeförfarande och rättegång, s. 60 f. Se även *Kallenberg, Ernst*, De ordinära och devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen, s. 114 f.

425. Se ovan not 413.

10 Alternativa tvistlösningsformer

10.1 Inledning

I detta kapitel görs en kort och introducerande presentation av de olika alternativa tvistlösningsformer som är föremål för analys i avhandlingen.

Gemensamt för samtliga privata alternativa tvistlösningsformer är att partsautonomin är stor. Presentationen inleds därför med ett för samtliga tvistlösningsformer gemensamt avsnitt om partsautonomi, *avsnitt 10.2*.

Därefter behandlas de olika alternativen var för sig. Avsnitten om respektive tvistlösningsform inleds med en genomgång av olika varianter av den aktuella tvistlösningsformen, eventuell reglering om tvistlösningsformen och de processuella rättsverkningar som tvistlösningsavtalet ger upphov till om det åberopas inför en domstol. Denna systematik är densamma avseende de olika alternativa tvistlösningsformerna; skiljeförfaranden, *avsnitt 10.3*, privatdomarförfaranden, *avsnitt 10.4*, och förfaranden där parterna agerar beslutsfattare, *avsnitt 10.5*.

Den gränsdragningsproblematik som ibland uppkommer när det ska fastställas vilken alternativ tvistlösningsform som har avsetts med ett tvistlösningsavtal behandlas i *avsnitt 10.6*. Det är också vanligt att olika alternativa tvistlösningsformer kombineras med varandra genom flerstegsklausuler, *avsnitt 10.7*. Avslutningsvis behandlas den särskilda situationen att medlaren skiftar roll under ett pågående, eller avslutat, medlingsförfarande. Det handlar om att parterna gemensamt bestämmer att medlarens roll ska ändras och utser medlaren till skiljeman, *avsnitt 10.8*.

10.2 Partsautonomi

Inom den privata tvistlösningen är partsautonomin central. Till skillnad från vad som gäller inom civilprocessen är inte parterna begränsade till att framföra önskemål om handläggningen och genomförandet av tvistlösningsförfarandet samt beslutsfattandet. Istället har parterna ett avgörande inflytande över dessa frågor och beslutsfattarna är till stor del bundna av parternas instruktioner.

Redan när det gäller tvistlösningsavtalets uppkomst får partsautonomin betydelse. Det är parterna som gemensamt, kommer överens om att avtala bort civilprocessen till förmån för det valda alternativa förfarandet, exempelvis utgör ett skiljeavtal en derogation där parterna avsäger sig det statliga rättsskydd som följer av civilprocessen och en prorogation till det alternativa tvistlösningsförfarandet skiljeförfarande.[426] Parterna har också stor frihet att

426. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 59 ff. och 90.

bestämma inte bara att tvister dem emellan ska lösas genom en alternativ tvistlösningsform utan också vilken variant av förfarande som avses.

När det gäller skiljeförfarande är frågor med anknytning till själva förfarandet och beslutsfattandet till viss del reglerat genom lagen om skiljeförfarande, men partsautonomin är fortfarande central.[427] Lagen om skiljeförfarande är inte särskilt detaljerad när det gäller hur förfarandet ska genomföras och handläggas samt vilket underlag som ska ligga till grund för beslutsfattandet utan parterna måste själva bestämma över sådana frågor. I samband med tillkomsten av lagen om skiljeförfarande diskuterades partsautonomins omfattning i skiljeförfarandet. Det betonades att grunden för skiljeförfarandet utgörs av skiljeavtalet. Detta avtal bygger på parternas förfoganderätt och därför framstår det som mest följdriktigt att låta skiljeavtalet hålla sig inom ramen för den fria avtalsrätten. Gör man det kan parterna ges ganska stor frihet att själva bestämma över förfarandet. I linje med detta har lagen om skiljeförfarande gjorts kortfattad, enkel och flexibel. Lagen om skiljeförfarande är inte någon fullständig reglering motsvarande rättegångsbalken. När väl skiljenämnden är konstituerad får parterna överlåta på nämnden att besluta om dessa frågor. [428]

Parterna i ett skiljeförfarande har med andra ord ett större inflytande över själva proceduren jämfört med vad som gäller i civilprocessen. Exempelvis är inte parterna och skiljemännen bundna av processprinciperna om omedelbarhet, koncentration och muntlighet, vilket gör det möjligt för dem att hitta procedurlösningar som inte är möjliga inom civilprocessen.[429] Det är viktigt att ha i åtanke att parterna genom valet av skiljeförfarandet som tvistlösningsform, förfogar över tvisteföremålet och att skiljenämnden därmed i princip är skyldig att följa skiljeparternas gemensamma instruktioner om förfarandet och dess genomförande.[430] Det innebär dock inte att parterna helt får sätta alla grundläggande processuella principer och rättssäkerhetsgarantier ur spel. Partsautonomin är inte helt utan begränsningar.[431] Som ska visas nedan när skiljeförfarandet jämförs med civilprocessen finns det vissa element i den kontradiktoriska modellen som gäller även i ett skiljeförfarande.[432] Partsautonomin begränsas också av vissa tvingande regler i lagen om skiljeförfarande.[433]

427. SOU 1994:81 s. 78 och prop. 1998/99:35 s. 42 ff. och 90 f. Även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 265 ff. och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 63 ff.

428. SOU 1994:81 s. 133 ff. och prop. 1998/99:35 s. 109 ff.

429. SOU 1994:81 s. 68 och prop. 1998/99:35 s. 41.

430. Jfr 21 § LSF, där det framgår att skiljemännen ska följa parternas instruktioner om inte det finns något hinder mot detta. Jfr även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande s. 63 ff.

431. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 64 f. Även *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 52 f.

432. Se vidare nedan kapitel 11.

433. Detta utvecklas nedan avsnitt 10.3.2.

Övriga privata alternativa tvistlösningsformer saknar i princip helt särskild reglering avseende förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget. Det finns inte någon ”privatdomarlag” motsvarande lagen om skiljeförfarande eller rättegångsbalken och inte heller någon ”medlingslag” som behandlar dessa frågor.[434] Partsautonomin är med andra ord mycket omfattande. Det är helt upp till parterna att själva utforma tvistlösningsavtalet så att det passar för en eventuellt framtida tvist.

När det gäller andra alternativa tvistlösningsformer än skiljeförfarandet är inte problemet för parterna att de inte kan påverka förfarandet utan snarare att de har *full frihet* att påverka. Detta innebär att parterna måste vara förutseende och noga tänka igenom hur en framtida tvist ska handläggas och hur förfarandet ska genomföras samt vilken status ”beslutsfattarens” avgörande ska ha. Inte minst gäller detta när parterna har avtalat om ett privatdomarförfarande som de har skräddarsytt för ett individuellt huvudavtal dem emellan. Det finns sällan någon egentlig praxis eller tradition att falla tillbaka på och inte heller några rättsregler när det gäller hur dessa förfaranden ska genomföras. Alla dessa frågor kan naturligtvis också lösas i efterhand sedan en tvist väl har uppkommit, men i det skedet är det mycket svårare för parterna att nå konsensuslösningar. Tvister har som bekant en förmåga att minska parternas samarbetsvillighet.

Som ska visas nedan förekommer det att parterna genom tvistlösningsavtalet kommer överens om att förfarandet ska handläggas av ett specifikt tvistlösningsinstitut eller att särskilt utpekade privata normer ska tillämpas på förfarandet. I dessa fall blir institutets reglementen eller det utpekade privata regelverket tillämpliga. Sådana regleringar kan innehålla bestämmelser om hur förfarandet ska handläggas och genomföras, men ofta är dessa regler skrivna med beaktande av partsautonomin där avsikten är att olika procedurfrågor ska lösas efter parternas egna önskemål. Om inte parterna har kommit överens om en särskild procedur- eller handläggningsfråga och inte heller institutets reglemente innehåller bestämmelser om den aktuella frågan, måste parterna själva komma överens om hur den ska lösas. En lösning är då att ”beslutsfattaren” får uppgiften att bestämma hur förfarandet ska genomföras.

434. Medlingslagen innehåller i princip inte några regler om själva medlingsproceduren. Medlingen utgår från att parterna själva når en konsensuslösning och det finns därför inte några regler om beslutsfattandet och beslutsunderlaget. Jfr dock SOU 2007:26, framför allt kap. 8, där ett förslag på medlingslag presenteras. Förslaget har dock aldrig lett till någon lagstiftning.

10.3 Skiljeförfaranden

10.3.1 *Olika varianter av skiljeförfaranden*

När det talas om skiljeförfarande skiljer man mellan *konventionellt* och *legalt* skiljeförfarande. Ett konventionellt skiljeförfarande aktualiseras genom att parterna i ett skiljeavtal avstår från civilprocessen till förmån för avgörande inför en skiljenämnd. Ett legalt skiljeförfarande innebär att en part genom lag blir tvungen att acceptera skiljeförfaranden i vissa fall.[435]

Det står parterna fritt att ingå skiljeavtal med varandra.[436] Skiljeförfarandet tar sin utgångspunkt i den avtalsfrihet som präglar den kommersiella marknaden. Ett skiljeavtal mellan parterna kan ingås på olika sätt, exempelvis genom ett individuellt framförhandlat skiljeavtal eller genom att en skiljeklausul bifogats ett huvudavtal mellan parterna. Ofta är sådana skiljeklausuler korta och enkelt formulerade och avtalsbundenhet uppstår när huvudavtalet börjar gälla. Av olika anledningar lägger parterna sällan lika mycket tid och kraft vid tvistlösningsklausuler som de gör vid andra typer av avtalsklausuler. Detta hänger sannolikt samman med att tvistlösningsfrågorna oftast aktualiseras när huvudavtalet väl är i hamn. Det finns då inte kraft och intresse att på ett mera ingående plan börja diskutera eventuell tvistlösning. Det känns inte naturligt att diskutera tvistlösning när en överenskommelse om avtalet i övrigt precis har uppnåtts. Tvistlösningsklausuler omnämns ibland som ”*midnight clauses*” just för att de är kända för att tillkomma i slutskedet av avtalsförhandlingarna.[437]

När det gäller skiljeförfaranden görs det skillnad mellan *institutionella* skiljeförfaranden och *ad-hoc* skiljeförfaranden.[438] Lagen om skiljeförfarande tvingar inte parterna att välja det ena eller det andra förfarandet. Parterna bestämmer själva vilken form av skiljeförfarande som ska tillämpas på eventuella tvister dem emellan samt den handläggningsordning som ska gälla.

Ett institutionellt skiljeförfarande innebär att parterna avtalar om att ett visst skiljedomsinstitut ska administrera skiljeförfarandet. Dessa institut har egna reglementen för skiljeförfarandet som kompletterar och modifierar den nationella lagen om skiljeförfarande.[439] Genom att parterna i skiljeavtalet hänvisar till ett institutionellt förfarande väljer parterna ett färdigt ”paket”

435. I denna avhandling behandlas inte legala skiljeförfaranden, jfr ovan avsnitt 1.4.1.

436. Ett skiljeavtal kan ingås i samband med att parterna ingår ett huvudavtal, men också sedan en tvist väl har uppkommit mellan parterna. Denna avhandling utgår från processuella överenskommelser som har ingåtts mellan parterna på förhand innan någon tvist har uppkommit, jfr ovan avsnitt 1.4.1.

437. Jfr *Madsen, Finn*, Skiljeförfarande i Sverige, s. 67 f. och *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 86 f.

438. Jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 22 ff.

439. I Sverige är det lag (1999:116) om skiljeförfarande. Olika skiljedomsinstitut och dess reglementen behandlas ytterligare nedan avsnitt 10.3.2.

för tvistlösningen.[440] Om parterna avser att låta ett visst skiljedomsinstitut administrera skiljeförfarandet tillhandahåller oftast instituten egna modellklausuler som det står parterna fritt att använda. En sådan klausul innehåller då den grundläggande information som institutet har ansett bör framgå av skiljeavtalet, exempelvis hur många skiljemän som ska avgöra tvisten samt platsen för skiljeförfarandet. I övrigt hänvisar klausulen till skiljedomsinstitutets egna reglementen som genom hänvisningen blir tillämpliga på skiljeförfarandet.[441]

En skiljeklausul om ett institutionellt förfarande kan se ut på följande sätt:

> ”Tvister som uppstår i anledning av detta avtal ska slutligt avgöras genom skiljedom enligt Skiljedomsregler för Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut.
>
> **Rekommenderade tillägg**:
> Skiljenämnden ska bestå av tre skiljemän/en skiljeman.
> Skiljeförfarandets säte ska vara […].
> Språket för förfarandet ska vara […].
> […] lag ska tillämpas på tvisten.”[442]

Ett *ad-hoc* skiljeförfarande innebär att parterna har valt ett förfarande utan inblandning från ett särskilt skiljedomsinstitut. Vid ett *ad-hoc* skiljeförfarande kommer skiljeförfarandet att utformas efter ”regler” som parterna har kommit överens om eller som har lagts fram av skiljenämnden. Parterna får genom avtal ”skapa” sina egna förfaranderegler eller hänvisa till redan existerande regler såsom viss nationell lagstiftning.[443] Parterna får också komma överens om att något annat regelverk ska vara tillämpligt, exempelvis *UNCITRAL Arbitration Rules*.[444] Parter kan med andra ord ”skräddarsy” förfarandet och dess genomförande så att detta anpassas efter deras olika individuella krav avseende en specifik tvist.[445] Det förefaller dock inte vara särskilt vanligt

440. Se exempelvis 2–11 §§ Skiljedomsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut angående inledande av skiljeförfarande.

441. Det skulle kunna tänkas att parterna anvisar ett visst skiljedomsinstitut som ansvarigt att administrera tvisten, men där institutets reglemente uttryckligen avtalats bort till förmån för annan reglering eller modifierats av parterna i avtalet. Ett skiljedomsinstitut kan tänkas vara villiga att, mot en avgift, bistå parterna även om parterna inte vill ha tvisten handlagd enligt institutets skiljedomsreglemente, jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt s. 228 f. Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut administrerar exempelvis skiljeförfaranden enligt institutets egna regler om skiljeförfarande, men även enligt *UNCITRAL Arbitration Rules* om parterna kommer överens om detta. Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut har särskilda procedurregler för skiljeförfaranden som ska administreras i enlighet med UNCITRALs bestämmelser. Dessa trädde ikraft 1 januari 2015, *SCC Procedures for the Administration of Cases under the UNCITRAL Rules*.

442. Stockholms handelskammares skiljedomsinstituts modellklausul för skiljeförfarande.

443. Jfr prop. 1998/99:35 s. 41 f. och 90.

444. Däremot kan parterna inte, om skiljeförfarandet ska äga rum i Sverige, avtala bort de tvingande reglerna i lagen om skiljeförfarande. Nationell lags företräde vad beträffar tvingande regler kommer också till uttryck i artikel 1 (3) UNCITRAL Arbitration Rules (2010). Angående tvingande regler i lagen om skiljeförfarande, se vidare nedan avsnitt 10.3.2.

445. Prop. 1998/99:35 s. 42 och 48. Jfr även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 265 ff.

att parterna detaljreglerar skiljeavtalet på detta sätt. Vanligare är att parterna enbart tar in en kort skiljeklausul i huvudavtalet där det framgår att tvister med anledning av avtalet ska avgöras genom skiljeförfarande utan att några detaljer om handläggnings- och procedurfrågor förs in i avtalet. Dessa frågor löses sedan allteftersom de aktualiseras i tvisten.

En *ad hoc* skiljeklausul kan se ut på följande sätt:

> ”Tvist i anledning av detta avtal ska slutligt avgöras genom skiljeförfarande enligt lagen om skiljeförfarande. Skiljenämnden ska bestå av tre skiljemän där vardera parten ska utse en skiljeman och dessa två skiljemän utser tillsammans den tredje som ska agera ordförande.
>
> Platsen för skiljeförfarandet ska vara Malmö.”

10.3.2 *Reglering av skiljeförfaranden*

Lagen om skiljeförfarande trädde ikraft den 1 april 1999 och ersatte då den tidigare Skiljemannalagen från 1929.[446] I lagen om skiljeförfarande står partsautonomin i centrum. Det är i första hand parterna och i andra hand skiljemännen som bestämmer hur förfarandet ska gå till. Lagen om skiljeförfarande eftersträvar ett flexibelt förfarande där parterna själva till stor del styr över och kan påverka processen.

Lagen om skiljeförfarande blir aktuell i ett skiljeförfarande om parterna har pekat ut lagen som tillämplig lag. Det förekommer att parterna redan i en skiljeklausul hänvisar till tillämplig lagstiftning för skiljeförfarandet, men detta är inte nödvändigt. Platsen, sätet, för skiljeförfarandet kommer att avgöra vilken lagstiftning som ska tillämpas på förfarandet, *lex arbitri*.[447] Lagen om skiljeförfarande är till stora delar dispositiv. Har parterna inte kommit överens om hur en viss handläggningsfråga ska lösas kommer den nationella lagstiftningen att användas för att fylla ut sådana luckor i avtalet. Ofta följer platsen för skiljeförfarandet redan av skiljeavtalet. Om exempelvis platsen för skiljeförfarandet är Stockholm, blir följaktligen lagen om skiljeförfarande tillämplig på själva förfarandet.

Det kan också tänkas att parterna är överens om att ett annat regelverk ska vara tillämpligt på skiljeförfarandet än de nationella bestämmelserna i landet där förfarandet ska ha sitt säte. Parterna får exempelvis peka ut engelsk skiljemannarätt som tillämplig för ett skiljeförfarande som ska genom-

446. Lagen om skiljeförfarande är föremål för översyn, Kommittédirektiv 2014:16. Uppdraget ska redovisas senast den 15 augusti 2015. För en sammanfattning av vad uppdraget innefattar, se *Heuman, Lars*, JT 2014–15 s. 439–466. Se även en debattartikel skriven av dåvarande justitieministern *Beatrice Ask*, Sverige måste vässa reglerna om skiljeförfarande och effektivisera klanderprocessen i domstol och *Andersson, Magnus m.fl.,* Så ska skiljeförfarandelagen anpassas till dagens tvister.

447. Jfr 46–47 §§ LSF. Se även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 1077 f. och 1103 ff., *Madsen, Finn*, Skiljeförfarande i Sverige, s. 52 f. och *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 52 och 173 ff.

föras i Stockholm. Detta är fullt möjligt, men tvingande lagstiftning i det land där skiljeförfarandet har sitt säte kommer alltid att vara tillämplig på förfarandet. I exemplet medför det att om inte parterna har avtalat om en specifik fråga med anknytning till skiljeförfarandet, kommer denna fråga att lösas mot bakgrund av engelsk skiljemannarätt. Om engelsk skiljemannarätt skulle strida mot en tvingande bestämmelse i lagen om skiljeförfarande, ska skiljenämnden avgöra frågan mot bakgrund av lagen om skiljeförfarande. Parterna får inte avtala bort tvingande *lex arbitri*-regler.[448] Det är inte heller möjligt för parterna att föreskriva att bestämmelserna i lagen om skiljeförfarande inte ska vara tillämpliga utan att ersätta dessa med något annat regelverk.[449]

Det framgår inte exakt vilka bestämmelser i lagen om skiljeförfarande som är dispositiva och vilka som är tvingande, men som utgångspunkt gäller att de bestämmelser som kan betraktas som grundläggande krav på rättssäkerhet betraktas som tvingande.[450] Ett flertal av bestämmelserna i lagen innehåller reservationen att vad som förordnats gäller, om inte annat har avtalats. Det är dock tveksamt om frånvaron av en reservation innebär att bestämmelsen är att anse som tvingande. I propositionen uttalas att skiljemannalagen från 1929 var konstruerad så att alla bestämmelser var tvingande för parter och skiljemän om inte annat angavs och att den nya lagen inte borde konstrueras på detta sätt. Den omständighet att det i lagen görs förbehåll för avvikelser som parterna har kommit överens om ska inte motsatsvis tolkas så att övriga bestämmelser är tvingande i den meningen att parterna saknar möjlighet att disponera över förfarandet. Hur långt dispositionsrätten sträcker sig blir beroende av flera omständigheter, såsom bestämmelsens art, avvikelsens innebörd och den tidpunkt vid vilken avvikelsen har tillkommit.[451] Lagrådet framhöll att det kan vara svårt att ange något om dispositiviteten eftersom frågan kan bedömas på olika sätt beroende på omständigheterna. De frekventa hänvisningarna till partsviljan medför dock en viss presumtion för att bestämmelserna är tvingande om inte annat sägs.[452] I skiljemannarättslig doktrin har däremot framhållits att tanken är att bestämmelserna i lagen om skiljeförfarande som utgångspunkt ska ses som dispositiva. I den utsträckning som en viss bestämmelse är tvingande

448. Jfr *Madsen, Finn*, Skiljeförfarande i Sverige, s. 52 f. och *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 52 och 175 ff. Jfr också artikel 1 (3) UNCITRAL Arbitration Rules (2010), där nationell lags företräde vad beträffar tvingande regler kommer till uttryck.

449. *Lindskog Stefan*, Skiljeförfarande, s. 105 och 112 ff.

450. *Madsen, Finn*, Skiljeförfarande i Sverige, s. 58 f. Jfr även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 64 f.

451. Prop. 1998/99:35 s. 44. Se även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 271 ff. och där gjorda hänvisningar.

452. Prop. 1998/99:35 s. 312.

synes presumtionen vara att den endast är förhandstvingande och inte efterhandstvingande.[453] Detta skulle betyda att bestämmelsen är tvingande för parterna så länge det inte finns en reell existerande tvist för vilken skiljeförfarande ska komma i fråga. När det väl existerar en tvist mellan parterna står det dem fritt att gemensamt ingå avtal som strider mot förhandstvingande bestämmelser.[454]

Skiljeförfarandet har i modern tid genomgått en stor internationalisering. Ett av de främsta skälen till det är *New York-konventionen* om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar.[455] Under 1970- och 1980-talen upptogs dessutom skiljedomsfrågan till behandling av Förenta Nationernas handelskommission, UNCITRAL. Efter omfattande förberedelser resulterade detta arbete i ett skiljedomsreglemente, *UNCITRAL Arbitration Rules* (1976), och i *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1985), den så kallade *Modellagen*. Skillnaden mellan dessa två regelverk ligger i vilka adressater regelverken har.

UNCITRAL Arbitration Rules riktar sig till parterna som i sitt skiljeavtal kan hänvisa till reglerna eller delar av dem och på så sätt göra dem till en del av skiljeavtalet. UNCITRAL Arbitration Rules tjänar som ett utfyllande normsystem för privata skiljeavtal.[456]

Modellagen riktar sig i första hand till olika stater och är tänkt att kunna införas som en del av den nationella lagstiftningen på skiljedomsrättens område.[457] Modellagen har också utgjort inspirationskälla vid tillkomsten av flera nationella skiljedomsrättsliga lagar som antagits runt om i världen under

453. Termen förhandstvingande är hämtad från *Lindskog, Stefan,* Skiljeförfarande, s. 74 och 836 f. Termen innebär att en bestämmelse är tvingande i den bemärkelsen att parterna inte på förhand, innan en tvist uppkommit eller den situation som regleras har uppstått, får avtal bort bestämmelsens innehåll. Däremot innebär det inte nödvändigtvis att den också är efterhandstvingande på så sätt att den aldrig under några omständigheter får avtalas bort. Många bestämmelser är konstruerade så att parterna inte på förhand får avtal bort dem, men väl sedan tvisten har blivit ett faktum eller en viss omständighet har blivit tydlig för parterna. Ett exempel är klanderregeln i 34 § LSF.

454. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 74 ff. Frågan om vilka bestämmelser i lagen om skiljeförfarande som är tvingande respektive dispositiva ska inte redas ut vidare här. Det räcker att konstatera att parterna inte får avtal bort tvingande *lex arbitri*-regler.

455. 1929 ratificerade Sverige *Genéveprotokollet* från 1923 och *Genévekonventionen* från 1927. Konventionerna innebar att skiljeavtal och skiljedomar i internationella affärsangelägenheter skulle få internationell giltighet. Dessa tankar vidareutvecklades och Genéveprotokollet och Genévekonventionen ersattes 1958 av *New York-konventionen.* Sverige ratificerade New York-konventionen 1972. I samband med detta ändrades *Lagen (1929:147) om utländska skiljeavtal och skiljedomar*, (LUSK), i syfte att bringa denna i överensstämmelse med konventionen. När den nya lagen om skiljeförfarande infördes 1999 inarbetades reglerna i LUSK, som därmed upphävdes.

456. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 39. Jfr även *Holtzmann, Howard M.* och *Neuhaus, Joseph E.*, A Guide To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, s. 6 ff. UNCITRAL Arbitration Rules uppdaterades 2010.

457. *Morrissey, Joseph F.* och *Graves, Jack M.*, International Sales Law and arbitration, s. 305 ff. *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 75 ff. samt *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 39 f.

senare år.[458] Även vid tillkomsten av lagen om skiljeförfarande diskuterades om Modellagen skulle utgöra mall för den nya lagen, men så blev inte fallet. Däremot har Modellagen i vissa delar utgjort inspirationskälla för lagen om skiljeförfarande.[459]

UNCITRAL är dock inte ett skiljedomsinstitut utan här tillhandhålls enbart ett regelverk.[460] Det finns ingen möjlighet att via UNCITRAL få tillgång till administrativ hjälp när det gäller genomförandet av ett skiljeförfarande och inte heller bistår UNCITRAL med hjälp när det gäller att utse skiljemän.

Som nämndes ovan finns det dock ett stort antal skiljedomsinstitut i världen som tillhandahåller egna reglementen som kan komma att få betydelse för handläggningen och genomförandet av ett skiljeförfarande.[461] En hänvisning till ett skiljedomsinstituts reglemente innebär dock inte att lagen om skiljeförfarande helt sätts ur spel. Det valda institutets reglemente kommer att vara tillämpliga på skiljeförfarandet i den mån reglementet inte strider mot tvingande bestämmelser i lagen om skiljeförfarande.[462] Även om parterna har valt ett institutionellt skiljeförfarande och förbundit sig att följa institutets reglemente är bestämmelserna i reglementena ofta formulerade så att parterna fortfarande har möjlighet att påverka förfarandet genom sina avtalsdispositioner, men om parterna inte har avtalat något i en enskild situation finns det i många fall en färdig lösning att tillgå genom institutet och dess reglemente.[463] Reglementena är också ofta mer detaljerade när det gäller själva genomförandet av skiljeförfarandet än lagen om skiljeförfarande.

458. UNCITRAL tillhandahåller en förteckning över vilka länder som infört Modellagen som nationell lagstiftning, se förteckning på UNCITRAL:s hemsida.

459. SOU 1994:81 s. 11 och 72 ff., och prop. 1998/99:35 s. 46 f. På senare tid har det riktats kritik mot lagen om skiljeförfarande eftersom denna inte överensstämmer med Modellagen något som innebär att internationella aktörer kan finna Sverige mindre attraktivt för skiljeförfarande jämfört med ett land som har antagit Modellagen, se vidare *Heuman, Lars* och *Jarvin, Sigvard*, The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years on: A Critical Review of Strengths and Weaknesses. Se även *Bergman, Linn*, Sverige behöver en ny lag om skiljeförfarande. Jfr även Kommittédirektiv–En översyn av lagen om skiljeförfarande, Dir. 2014:16, där det av uppdraget framgår att Modellagens reglering av de frågor som omfattas av uppdraget är viktiga. Uppdraget innefattar dock inte uttryckligen att utreda om Modellagen ska införas som lag i Sverige.

460. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 26 not 35.

461. Exempelvis *Skiljedomsregler*, Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut och *Regler för förenklat skiljeförfarande*, Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut samt *Göteborgsklausulerna*, Västsvenska handelskammarens förtroenderådsregler om medling och skiljeförfarande. Jfr även *ICC Arbitration Rules (2012)*, International Chamber of Commerce (ICC), *LCIA Arbitration Rules*, London Court of International Arbitration, (LCIA), *International Dispute Resolution Procedures (including Mediation and Arbitration Rules)*, International Center for Dispute Resplution samt *Arbitration rules*, China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC).

462. *Lindskog Stefan*, Skiljeförfarande s. 105 och *Madsen, Finn*, Skiljeförfarande i Sverige, s. 52 f.

463. Se exempelvis 19–21 §§ Skiljedomsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut angående olika handläggningsfrågor.

I Sverige finns framför allt ett sådant skiljedomsinstitut, *Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut (SCC)*.[464] Institutet har två huvudregelverk för skiljeförfarande; Skiljedomsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut och Regler för förenklat skiljeförfarande.[465]

Skiljedomsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut är anpassade för den svenska lagen om skiljeförfarande. Några skillnader i förhållande till lagen om skiljeförfarande är exempelvis, förutom att förfarandet administreras av ett skiljedomsinstitut, att för förfaranden enligt institutets regler gäller en av institutet fastställd tidsfrist för meddelande av skiljedom,[466] att ordföranden utses av institutets styrelse[467] och att institutet under vissa förutsättningar får bestämma att skiljenämnden ska bestå av en skiljeman.[468]

Under senare år har intresset ökat för tillämpning av regler som syftar till ett snabbare och billigare förfarande än ett traditionellt skiljeförfarande. Med anledning av detta har Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut antagit regler för ett förenklat skiljeförfarande. Dessa är i första hand avsedda för mindre skiljeförfaranden där tvisteföremålets värde är lägre.[469]

10.3.3 *Skiljeavtalets rättsverkan*

I Sverige accepteras uttryckligen skiljeförfarandet som alternativ till domstolsprövning. Ett giltigt skiljeavtal, antingen detta utgörs av ett separat avtal eller ingår som en del i ett huvudavtal i form av en skiljeklausul och oavsett om det har framförhandlats före eller efter det att en tvist har uppstått, utgör ett dispositivt processhinder.[470]

464. För exempel på andra skiljedomsinstitut jfr not 461.

465. Båda regelverken antogs 1 april 1999 i samband med införandet av lagen om skiljeförfarande. De ersattes med nya omarbetade regler 1 januari 2010. Sedan 1 januari 2010 finns det ytterligare ett regelverk avseende interimistisk skiljeman. Dessa regler har till syfte att göra det möjligt för en part att säkerställa att tillgångar eller viktiga dokument bevaras genom så kallade interimistiska beslut om säkerhetsåtgärder.

466. 37 § Skiljedomsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut. Enligt huvudregeln ska en skiljedom meddelas senast sex månader från den dag som skiljeförfarandet hänsköts till skiljenämnden.

467. 13 § 3 p. Skiljedomsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut

468. 12 § Skiljedomsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut. Parterna bestämmer antalet skiljemän. Om parterna inte har bestämt antalet skiljemän ska dessa vara tre, men SCC:s styrelse kan under vissa förutsättningar bestämma att tvisten ska avgöras av en skiljeman.

469. Regler för förenklat skiljeförfarande, Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut. Utmärkande för de förenklade skiljeförfarandena är exempelvis att skiljenämnden alltid ska bestå av *en* ensam skiljeman, 12 §. Om inte skiljemannen av särskilda skäl bestämmer annorlunda får parterna, utöver käromål och svaromål, avge ytterligare högst en skrift vardera i saken, inklusive bevisuppgift, 19 § 3 p. En skrift ska som regel vara kortfattad och avges inom en tidsfrist av högst tio arbetsdagar, 19 § 3 p. Muntlig förhandling ska äga rum endast om en part begär det och skiljemannen anser det erforderligt, 27 § 1 p. Skiljedom ska meddelas inom tre månader, 36 §. Domskäl ska ges endast på begäran av part, 35 § 1 p.

470. Dispositiva processhinder behandlas ovan under avsnitt 6.4.

Om en kärandepart inte anser sig bunden av ett skiljeavtal och istället väcker talan inför domstol inom ramen för civilprocessen, ska domstolen, om svaranden invänder att det finns ett giltigt skiljeavtal och domstolen bedömer att så är fallet, *avvisa* kärandens talan.[471] Denna processuella rättsverkan förutsätter att tvistlösningsavtalet verkligen kan tolkas som ett skiljeavtal.[472]

Det förekommer att skiljeavtal förses med en tidsfrist inom vilken ett skiljeförfarande måste vara påkallat. Påkallas inte skiljeförfarande inom den angivna tiden är rätten att få saken prövad inför skiljenämnden förfallen. Ett exempel på en sådan avtalsklausul skulle kunna vara följande:

> ”Skiljeförfarande får ej påkallas sedan längre tid än tolv månader förflutit efter det att fel först påtalats.”[473]

Man kan ställa sig frågan vad som händer om en part inte påkallar skiljeförfarande inom den angivna tidsfristen. Ska klausulen tolkas som en begränsning av talerätten, en processuell överenskommelse, eller som en materiell preskriptionsbestämmelse? Om den skulle anses utgöra en begränsning av talerätten och skiljenämnden därmed skulle avvisa en talan som väcks efter fristens utgång uppkommer frågan om skiljeklausulen har förlorat sin verkan som processhinder, avseende tvister om fel, inför domstol och att köparen därmed ska ges rätt till domstolsprövning istället. En sådan tolkning skulle dock innebära att det är möjligt för en köpare som önskar domstolsprövning istället för skiljeförfarande, att avvakta tills tidsfristen har gått ut och då väcka talan inför domstol. Ett rimligare sätt att tolka klausulen är att den, trots att tidsfristen har passerats, utgör ett processhinder om den åberopas inför domstol. Istället bör klausulen tolkas som en materiell preskriptionsregel.[474] På grund av skiljeklausulen är det en skiljenämnd som är behörig att pröva tvisten, men nämnden ska lägga innehållet i avtalsklausulen till grund för sakprövningen när frågan om fel ska avgöras.

10.4 Privatdomarförfaranden

10.4.1 *Allmänt*

En privatdomare kan anlitas för att avgöra en tvist mellan parterna på samma sätt som en domare eller en skiljeman. Privatdomaren kan då sägas ha en judiciell uppgift. Det handlar om ett rättsligt beslutsfattande som utgör en

471. 10 kap. 17 a § RB och 4 § LSF.

472. Gränsdragningsproblem mellan skiljeavtal och andra tvistlösningsformer behandlas nedan under avsnitt 10.6.

473. Jfr RH 1987:32.

474. RH 1987:32. Jfr också *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 153. Se även AD 1974 nr 36 där en skiljenämnd hade avvisat en talan utan sakprövning på grund av att en liknande tidsfrist hade passerats och där Arbetsdomstolen i en efterföljande instämd tvist om samma sak konstaterade att skiljenämndens avvisningsbeslut skulle tolkas så att skiljenämnden hade prövat tvisten i sak.

form av privat rättskipning. Det finns en mängd olika etablerade sådana privatdomarförande exempelvis olika former av så kallade *Dispute Boards*,[475] *Rent-a-judge*,[476] *Early Neutral Evaluation*,[477] *mini-trial*,[478] och *enskilda privatdomare* som inte är skiljemän[479]

En privatdomare kan också anlitas för andra former av uppdrag. Privatdomarens uppgift kan vara att fastställa vissa fakta eller händelseförlopp, exempelvis fastställa om viss avtalad kvalité eller standard har uppnåtts, eller att ge parterna råd eller förslag om hur ett visst problem eller en viss tvist ska lösas. Inte sällan handlar det om att privatdomaren fått uppgiften att fastställa värdet av viss egendom, exempelvis att vid en företagsöverlåtelse fastställa bolagsvärdet per tillträdesdagen.[480]

I denna avhandling avses med privatdomarförfaranden ett förfarande där två parter avtalar om att en viss fråga eller tvist ska avgöras av en tredje man på annat sätt än genom skiljeförfarande eller rättegång. I avhandlingen behandlas tre former av privatdomarförfaranden; *allmänna privatdomarförfaranden*, *Dispute Board-förfaranden*[481] och förfaranden där *privatdomaren agerar värderingsman*. Innan de olika valda varianterna av privatdomarförfaranden presenteras ska några gemensamma nämnare med anknytning till dem belysas.

475. *Dispute Board*-förfaranden presenteras nedan under avsnitt 10.4.2.2.

476. *Rent-a-judge* är en amerikansk, till viss del, domstolsanknuten tvistlösningsform. Den innebär att parterna genom avtal ger en tredje person, vanligtvis en pensionerad domare, i uppdrag att som privatdomare lösa tvisten mellan dem. Därefter utser domstolen den av parterna utpekade tredje mannen att döma i tvisten, men det är parterna som betalar privatdomarens arvode. Förfarandet sker utanför domstolens traditionella dömande verksamhet och parterna ”går före” den ”domstolskö” som brukar finnas i de statliga domstolarna, men privatdomaren ska avgöra tvisten i enlighet med gällande rätt, se vidare *Westberg, Peter*, Kontrakterad privatdomare, s. 584 ff. Se även Notes, The California Rent-A-Judge Experiment: Constitutional and Policy Considerations of Pay-As-You-Go Courts, s. 1592–1615 samt *Kim, Anne S.*, Rent-A-Judges and the Cost of selling Justice, s. 166–199.

477. Detta är en form av domstolsanknuten alternativ tvistlösningsform som innebär att parterna i ett tidigt skede av processen får möjlighet att presentera sin sak summariskt inför en neutral expert som utses av domstolen, vanligtvis en advokat med erfarenhet från det område som tvisten rör. Experten hjälper parterna att klargöra ståndpunkter och kan peka på styrkor och svagheter i parternas argumentation. Experten ger därefter uttryck för sin värdering av saken, se SOU 2007:26 s. 150. Även *Lindell, Bengt*, Alternativ tvistlösning, s. 29 ff.

478. *Mini-trial* är en privat frivillig alternativ tvistlösningsform som har till syfte att klarlägga styrkor och svagheter i parternas argumentation och ståndpunkter och därmed underlätta för parterna att nå en uppgörelse, se *Lindell, Bengt*, Alternativ tvistlösning, s. 34 ff.

479. Jfr Svea Hovrätt, T 4968-07, dom den 14 november 2008, där en advokat tagit uppdraget som privatdomare och ordförande i en tvistlösningsnämnd bestående av tre ledamöter. Av tvistlösningsavtalet framgick att nämnden inte skulle vara en skiljenämnd. Delar av tvistlösningsklausulen presenteras nedan under avsnitt 10.4.2.1 och rättsfallet kommer att behandlas ytterligare nedan under avsnitt 11.6.3.2.

480. För ytterligare exempel på privatdomarens olika uppgifter, se *Westberg, Peter*, Kontrakterad privatdomare, s. 579.

481. *Dispute Board* är en etablerad tvistlösningsform. I denna avhandling används den engelska termen *Dispute Board*-förfaranden för att skilja ut denna form av tvistlösning från övriga privata nämndförfaranden, eftersom det saknas en etablerad svensk översättning. På samma sätt används den engelska termen *Dispute Board* som beteckning för den beslutsfattande nämnden i dessa förfaranden.

Precis som vid ett skiljeförfarande kan ett privatdomarförfarande vara antingen ett *ad-hoc* förfarande eller ett institutionellt förfarande. Många skiljedomsinstitut tillhandahåller inte bara skiljeförfaranden utan också olika varianter av privatdomarförfaranden.[482] Både när det gäller *ad-hoc* förfaranden och institutionella förfaranden är tanken bakom respektive förfarande densamma som vid skiljeförfarandet. Parterna ska ha ett stort inflytande över själva förfarandet, beslutsfattandet eller beslutsunderlaget. En viktig skillnad mellan privatdomarförfaranden och skiljeförfaranden är att det saknas rättsregler om privatdomarförfaranden.

Som nämnts ovan under skiljeförfarandet är det inte ovanligt att frågan om tvistlösning får en styvmoderlig behandling i parternas huvudavtal. Efter avslutade materiella avtalsförhandlingar ”kastas” kanske en skiljeklausul in i avtalet utan någon närmare eftertanke från parterna. Samma tillvägagångssätt kan naturligtvis ligga bakom en tvistlösningsklausul om ett privatdomarförfarande, exempelvis genom att parterna ”kopierar” en klausul om privatdomarförfarande från ett annat avtal eller genom att kort och gott hänvisa till ett standardavtal med en särskild tvistlösningsklausul om privatdomarförfarande.[483] Men det kan också tänkas att det bakom avtal om privatdomarförfarande ligger väl övervägda avväganden och att det finns en medveten tanke och strategi bakom valet av tvistlösningsform.

Det faktum att tvistlösningsklausulen om privatdomarförfarandet är egenhändigt konstruerad och att privatdomarförfarandet till vissa betydande delar skiljer sig från väletablerade tvistlösningsformer som skiljeförfarandet, gör att det när en tvist väl uppkommer kan vara svårt att fastställa vad parterna verkligen har avsett. Hur ska förfarandet genomföras och vad ska det resulterar i? Kan en förlorande part tvingas att medverka till det resultat som privatdomaren har kommit fram till? För att dessa frågor ska få ett svar krävs det att avtalet om privatdomarförfarande är så tydligt att partsavsikterna verkligen går att slå fast.[484]

Ett avtal om privatdomarförfarande kan också formuleras så att detta förfarande ingår som ett led i en flerstegsklausul, där det första steget utgör

482. När det gäller reglementen från tvistlösningsinstitut som reglerar olika former av privatdomarförfaranden, se bland annat *ICC Dispute Board Rules* och *ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings*. Även *Center for Effective Dispute Resolution* (CEDR) tillhandahåller modellavtal och reglementen för olika former av alternativ tvistlösning. För olika *Dispute Board*-förfaranden finns det också olika standardavtal från *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC), FIDIC (Red Book) *Conditions of Contract for Construction*, FIDIC (Silver Book) *Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects*, FIDIC (Yellow Book) *Conditions of Contract for Plant and Design-Build.*

483. Exempelvis tvistlösningsklausulen i AB04. Denna behandlas nedan under avsnitt 11.6.3.2. AB04 är ett standardavtal som används för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader. AB04 har utarbetats av Föreningen Byggandets Kontraktskommitté som består av företrädare från ett flertal myndigheter, företag och branschorganisationer inom det berörda området.

484. Den gränsdragningsproblematik som kan uppkomma när ett tvistlösningsavtals innebörd ska bedömas behandlas nedan under avsnitt 10.6.

någon form av privatdomarförfarande medan det andra steget utgörs av antingen domstolsförfarande eller skiljeförfarande. Detta är exempelvis vanligt när tvistlösningen utgörs av olika former av *Dispute Board*-förfaranden. Flerstegsklausulen är då formulerad så att om parterna inte är nöjda med ett *Dispute Board*-avgörande finns det under vissa förutsättningar möjlighet att få tvisten slutligt prövad genom domstolsprövning eller skiljeförfarande.[485]

10.4.2 *Olika varianter av privatdomarförfaranden*

10.4.2.1 ALLMÄNNA PRIVATDOMARFÖRFARANDEN

Avtalsparter kan ha ett stort intresse av att anpassa en eventuellt kommande tvistlösning efter olika särskilda behov och efter innehållet i huvudavtalet. Det kan också ha betydelse vilka som är parter, deras erfarenheter av tvistlösning, ekonomiska ramar och liknande. Det finns många olika avvägningar som görs för att hitta och skapa den mest lämpliga tvistlösningsformen i det enskilda fallet. Det är här som allmänna privatdomaravtal aktualiseras. Parterna har kommit överens om en alldeles särskild tvistlösningsform anpassad efter just deras huvudavtal.

Ett allmänt privatdomaravtal kan formuleras precis så som parterna önskar. Det kan vara kortfattat eller detaljerat, konstrueras i sin helhet av parterna eller knyta an till ett redan etablerat institutionellt förfarande. Det går därför inte att säga vad som är det ”typiska” allmänna privatdomaravtalet. Av avtalet måste dock framgå att parterna har för avsikt att lämna över en särskild fråga eller tvist till en från avtalsförhållandet utomstående tredje man, som inte ska agera skiljeman, för att denne ska avgöra frågan eller tvisten på ett för parterna bindande sätt.

Ett exempel på ett privatdomaravtal är följande:

> ”Kostnaderna för nämnden skall delas lika mellan parterna oavsett utgången.
>
> Nämnden skall icke formellt bestå av skiljemän och avgörandet skall inte utgöra en skiljedom enligt lagen om skiljeförfarande. Parterna förbinder sig dock att i alla delar efterkomma de beslut som den av parterna tillsatta nämnden fattar i detta ärende.
>
> Formerna för förfarandet skall i första hand bestämmas av nämnden i samråd med parterna. Om parterna är oense skall nämnden bestämma. Om nämnden är oense skall nämnden följa reglerna enligt reglerna om skiljeförfarande.”[486]

485. *Dispute Board*-förfaranden presenteras nedan under avsnitt 10.4.2.2 och flerstegsklausuler behandlas nedan under avsnitt 10.7.

486. Klausulen är hämtad från Svea hovrätt, T 4968-07, dom den 11 november 2008, domsbilaga 1. Målet överklagades till Högsta Domstolen, men i beslut den 14 oktober 2009 meddelade Högsta domstolen att prövningstillstånd ej beviljas. Målet avsåg inte tvistlösningsklausulen i sig utan käranden yrkade att privatdomaravtalet skulle förklaras ogiltigt på grund av att nämndens ordförande varit jävig. Som en följd av detta ansåg inte käranden sig bunden av den partsutsedda nämndens utlåtande.

10.4.2.2 DISPUTE BOARD-FÖRFARANDEN

Till skillnad från vad som gäller de allmänna privatdomarförfaranden finns det en förhållandevis tydlig ram för vad som utgör ett *Dispute Board*-förfarande och vad en *Dispute Board* ska ha för uppdrag. Fortfarande är det parterna som "fyller" *Dispute Board*-förfarandet med detaljerat innehåll och därmed sätter ramarna för hur förfarandet ska handläggas och genomföras samt vilken rättslig verkan ett avgörande från en *Dispute Board* ska tillerkännas. Det finns också möjlighet för parterna att knyta an till färdiga och beprövade privata regelverk om hur en *Dispute Board* konstitueras och ska genomföra sitt uppdrag samt vilken rättsverkan ett avgörande ska ha.

Dispute Board-förfaranden används framför allt i entreprenad- och byggnadsbranschen samt för avtal som gäller under en längre tidsperiod. När det gäller stora, omfattande och komplexa projekt som ska genomföras under lång tid, exempelvis utförande eller leverans av stora entreprenader och byggnadsprojekt, föreligger det ofta ett stort behov av att snabbt och effektivt kunna avgöra tvister som uppkommer inom ramen för entreprenaden för att förhindra förseningar och andra problem med genomförandet av kontraktet. För att täcka behovet av snabb och flexibel tvistlösning har olika former av *Dispute Board*-förfaranden utvecklats.[487]

Vanligtvis består en *Dispute Board* av tre ledamöter där vardera parten utser en och dessa två utser tillsammans den tredje. I mindre projekt där man inte kan motivera kostnaden för tre ledamöter, förekommer det *Dispute Boards* med enbart en ledamot.[488] En *Dispute Board* konstitueras i princip redan när parterna undertecknar huvudavtalet som innehåller en tvistlösningsklausul om ett *Dispute Board*-förfarande. Syftet är att en *Dispute Board* ska tillsättas direkt efter avtalsslutet för att kunna vara verksam under hela det projekt som huvudavtalet omfattar. På så sätt får *Dispute Board*-ledamöterna redan på ett tidigt stadium kännedom om avtalets innehåll och dess

487. *Dispute Board*-förfaranden har utvecklats framför allt i USA, men har kommit att spela en betydande roll även internationellt. Första gången ett *Dispute Board*-förfarande användes i ett stort entreprenadkontrakt var när Världsbanken 1980 tog in en så kallad *Dispute Review Board* i ett stort projekt, el Cajon Dam project i Honduras. Världsbanken har sedan kommit att använda sig av *Dispute Review Boards* i ett flertal av sina standardkontrakt, bl.a. "The World Bank's 2000 Edition of the Standard Bidding Documents for Procurement of Works". Sedan 1999 har FIDIC en hänvisning i sina olika standardkontrakt inom byggnads- och anläggningsbranschen som innebär att parter måste lägga fram sina krav inför en s.k. *Dispute Adjudication Board* innan det kan bli aktuellt med skiljeförfarande. 1996 bildades the *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), som tillhandahåller en manual för *Dispute Board*-förfaranden, *DRBF Practice and Procedures*. Se även *Genton, Pierre M.*, The Role of the DRB in Long Term Contracts, s. 9 f. och *Cairns, David J.A.*, The ICC Dispute Board Rules, s. 41 ff. I Sverige har *Dispute Boards* används i projekten rörande bl.a. Öresundsförbindelsen, se *Kansmark, Jan*, JT 1995–96 s. 958 ff. För en mer omfattande historisk återblick när det gäller *Dispute Board*-förfaranden se *Chern, Cyril*, Chern on Dispute Boards, s. 8 ff.

488. Av ICC Dispute Board Rules framgår att parterna kan välja hur många ledamöter nämnden ska bestå av, men om parterna inte reglerat frågan individuellt ska nämnden bestå av tre ledamöter, artikel 7. Även *Chern, Cyril*, Chern on Dispute Boards, s. 12 f. och 79 ff.

genomförande. Oavsett om det föreligger en tvist eller inte ska ledamöterna kontinuerligt träffas och hållas informerade om hur arbetet med att genomföra avtalet fortskrider samt ta del av all dokumentation angående projektet som uppkommer under genomförandetiden. På så sätt är ledamöterna fortlöpande väl insatta i det pågående arbetet, vilket underlättar tvistlösningen när en tvist uppkommer. En *Dispute Board* är permanent och aktiv under hela projektet och uppdraget upphör först när projektet är slutfört.[489]

Det görs skillnad mellan framför allt tre olika varianter av Dispute Boards; *Dispute Review Board* (DRB), *Dispute Adjudication Board* (DAB) och *Combined Dispute Board* (CDB).[490]

Skillnaden mellan olika *Dispute Board*-förfaranden ligger främst i vilken rättsverkan dess avgöranden har i förhållande till parterna. En DRB utfärdar rekommendationer om hur en tvist ska lösas Det är sedan upp till parterna att avgöra om och i vilken utsträckning de är villiga att följa dessa rekommendationer. En DAB däremot fattar bindande avgöranden. Parterna har genom avtalet givit ledamöterna befogenhet att avgöra en tvist som ställts inför dem på ett för parterna bindande sätt. En CDB är en kombination av de två första varianterna. Utgångspunkten är att en CDB lämnar rekommendationer, men den kan även, om parterna så önskar eller ledamöterna finner det lämpligt, fatta bindande avgöranden.[491]

För att garantera parterna en möjlighet till slutlig rättslig prövning sammankopplas ett tvistlösningsavtal om ett *Dispute Board*-förfarande med en skiljeklausul eller en tvistlösningsklausul om domstolsprövning. Om parterna inte är nöjda med den rekommendation, eller det avgörande, som ledamöterna har kommit fram till, får parterna under vissa förutsättningar begära att få frågan slutligt avgjord av en skiljenämnd eller domstol.[492] *Dispute Board*-avtalet är då konstruerat som en flerstegsklausul där *Dispute Board*-förfarandet är det första steget och skiljeförfarandet alternativt domstolsprövningen det sista slutliga steget.[493]

Ett exempel på en DRB-klausul är följande:

> ”The Parties hereby agree to establish a Dispute Review Board (DRB) in accordance with the Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce (the Rules), which are incorporated herein by reference. The DRB shall have [one/three]member[s] appointed in this Contract or appointed pursuant to the Rules.

489. Se vidare *Chern, Cyril*, Chern on Dispute Boards, s. 2 ff. och 13 ff.

490. Det är också dessa tre former av *Dispute Boards* som regleras i ICC Dispute Board Rules, jfr artikel 4–6.

491. Rättsverkningarna av olika *Dispute Board*- avgöranden behandlas nedan under avsnitt 11.6.3.2.

492. Se exempelvis ICCs modellklausuler där användandet av ett *Dispute Board*-förfarande utgör ett försteg till skiljeförfarandet.

493. Se bl.a. *Kansmark, Jan*, JT 1995–96 s. 958 ff. och *Chern, Cyril*, Chern on Dispute Boards, s. 251 ff. Flerstegsklausuler utvecklas nedan under avsnitt 10.7.

All disputes arising out of or in connection with the present Contract shall be submitted, in the first instance, to the DRB in accordance with the Rules. For any given dispute, the DRB shall issue a Recommendation in accordance with the Rules.

If any Party fails to comply with a Recommendation when required to do so pursuant to the Rules, the other Party may refer the failure itself to the court chosen by the parties.

If any Party sends a written notice to the other Party and the DRB expressing its dissatisfaction with a recommendation, as provided in the Rules, or if the DRB does not issue the Recommendation within the time limit provided in the Rules, or if the DRB is disbanded pursuant to the Rules, the dispute shall be finally settled by the court chosen by the parties."[494]

En DAB-klausul kan se ut på följande vis:

"The Parties hereby agree to establish a Dispute Adjudication Board (DAB) in accordance with the Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce (the Rules), which are incorporated herein by reference. The DAB shall have [one/three]member[s] appointed in this Contract or appointed pursuant to the Rules.

All disputes arising out of or in connection with the present Contract shall be submitted, in the first instance, to the DAB in accordance with the Rules. For any given dispute, the DAB shall issue a Decision in accordance with the Rules.

If any Party fails to comply with a Decision when required to do so pursuant to the Rules, the other Party may refer the failure itself to the court chosen by the parties.

If any Party sends a written notice to the other Party and the DAB expressing its dissatisfaction with a Decision, as provided in the Rules, or if the DAB does not issue the Decision within the time limit provided in the Rules, or if the DAB is disbanded pursuant to the Rules, the dispute shall be finally settled by the court chosen by the parties."[495]

10.4.2.3 VÄRDERINGSUPPDRAG

En form av privatdomare utgör så kallade värderingsmän. Beslutsfattande genom en värderingsman innebär att värderingsmannen agerar som en form av expert för de frågor värderingsmannen har att avgöra eller de värden som denne har att fastställa. Denna form av beslutsfattande förekommer vid exempelvis avtal om företagsöverlåtelser, aktieägaravtal och försäkringsavtal.[496]

Parterna ingår ett avtal om att en utomstående värderingsman ska avgöra viss fråga, eller vissa frågor, för parterna. Värderingsmannens uppgift skulle också kunna vara att värdera och fastställa värdet på viss egendom. Värde-

494. Klausulen är inspirerad av ICC:s modellklausul för DRB med den skillnaden att istället för skiljeförfarande som slutlig rättslig prövning innehåller klausulen ett domstolsförfarande inom civilprocessen som slutlig rättslig prövning.

495. Klausulen är inspirerad av ICC:s modellklausul för DAB med den skillnaden att istället för skiljeförfarande som slutlig rättslig prövning innehåller klausulen ett domstolsförfarande inom civilprocessen som slutlig rättslig prövning.

496. Jfr *Edlund, Lars*, SvJT 2007 s. 311 och *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.*, ADR Principles and Practice, s. 55.

ringsmannens uppgift är således inte att utgöra tvistlösningsorgan för alla tvister som kan tänkas ha sin upprinnelse i det huvudavtal som parterna har ingått. Istället är värderingsmannens uppgift enbart att avgöra en *viss typ* av tvister eller oenigheter knutna till värderingar och/eller fastställandet av vissa mellan parterna tvistiga eller osäkra frågor och fakta, exempelvis att efter en företagsöverlåtelse fastställa bolagets värde per tillträdesdagen. Ofta föreligger inte ens någon oenighet mellan parterna. De önskar enbart hjälp med att få ett visst värde fastslaget av en utomstående tredje man. Övriga tvister som uppkommer med anledning av huvudavtalet, löses som regel genom någon annan form av tvistlösning och det är inte ovanligt att huvudavtalet också innehåller en sådan tvistlösningsklausul.

Om det i ett huvudavtal finns både en värderingsklausul och en skiljeklausul uppkommer frågan hur värderingsklausulen ska tolkas; som en del av ett skiljeavtal eller som en fristående tvistlösningsklausul. Problematiken ska skisseras med ett exempel.

Vid en företagsöverlåtelse innebär värderingsklausulen att en viss värderingsman, exempelvis en revisor, på ett för parterna bindande sätt ska bestämma värdena i balansräkningen. Dessutom innehåller huvudavtalet en skiljeklausul. Frågan uppkommer då vilken processuell rättsverkan värderingsmannens beslut har. Mot bakgrund av att huvudavtalet ofta innehåller även en skiljeklausul kan man ställa sig frågan om värderingsklausulen ska tolkas som en del av skiljeavtalet så att värderingsmannens beslut därmed utgör en del av skiljedomen. I så fall skulle rättsverkan av värderingsbeslutet vara en annan än om beslutet inte är en del av skiljedomen.[497]

En värderingsklausul kan se ut på följande vis:

> ”Egendomen skall inventeras och värderas av parterna per tillträdesdagen. Kan parterna inte enas om vilka värden som skall gälla, skall värdena med bindande verkan för parterna fastställas av handelskammaren i Jönköping utsedd värderingsman.”[498]

Ett annat exempel är följande:

> ”Kan Parterna inte enas om beräkning av EBITDA-resultat skall sådan fråga hänvisas till beslut av en från Parterna oberoende auktoriserad revisor. Den auktoriserade revisorn skall agera som expert och inte som skiljeman och hans kostnader skall bäras av X med 80 % samt av Y och Z med 10 % vardera. Kan Parterna inte enas om vem som skall utses som revisor inom en vecka skall frågan hänskjutas till Stockholms Handelskammare som har att utse lämplig auktoriserad revisor. Revisorn skall inom 30 dagar efter det att han accepterat uppdraget fatta sitt beslut och skriftligen meddela Parterna härom. Alla pro-

497. Jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 50 f. Gränsdragningsproblematiken när det gäller tvistlösningsavtalet behandlas nedan under avsnitt 10.6. Den processuella rättsverkan som en värderingsmans beslut ger upphov till behandlas nedan under avsnitt 11.6.3.2.

498. Klausulen är hämtad från NJA 1993 s. 436 och avser hur värdet på ett företag ska fastställas på tillträdesdagen efter en företagsöverlåtelse.

cedurregler för förfarandet avgörs av revisorn. Revisorns beslut skall vara slutligt och bindande för Parterna."[499]

10.4.3 *Reglering av privatdomarförfaranden*

Eftersom det helt saknas rättsregler om privatdomarförfaranden, hur de sammansätts och hur förfarandet ska handläggas och genomföras, är det enbart olika former av privata normer som reglerar privatdomarförfaranden. I vilken utsträckning ett privat regelverk eller standardavtal är tillämpligt i ett privatdomarförfarande bestäms av parterna genom avtal.

På samma sätt som när det gäller annan privat tvistlösning finns det olika institutionella regelverk med tillhörande tvistlösningsklausuler som parterna kan välja att ansluta sig till. Det finns dock inte några väl etablerade svenska institutionella reglementen avseende privatdomarförfaranden. Internationellt finns det dock tvistlösningsinstitut som också tillhandahåller privata reglementen som är tillämpliga på olika privatdomarförfaranden. Här ska enbart några nämnas.

CEDR tillhandahåller olika modellavtal för privatdomarförfaranden. Institutets modellavtal är förhållandevis omfattande. De innehåller en beskrivning av det aktuella privatdomarförfarandet och vad detta innebär samt regleringar om hur privatdomaren ska utses och vilka krav som kan ställas på denne samt vad förfarandet ska resultera i och hur parterna ska förhålla sig till resultatet. Det finns även instruktioner om hur förfarandet ska genomföras.[500]

Privatdomarförfaranden kan också hittas i standardavtal, framtagna för en viss bransch och viss typ av avtal. I exempelvis AB04 finns en tvistlösningsklausul där ett privatdomarförfarande kombineras med domstolsprövning och i vissa fall skiljeförfarande.[501]

ICC har tagit fram särskilda regler för *Dispute Board*-förfaranden, *ICC Dispute Board Rules*.[502] ICC tillhandahåller en form av institutionellt *Dispute Board*-förfarande och har inrättat en särskild avdelning för sådana förfaranden, *ICC Dispute Board Center*.[503] ICC Dispute Board Center administrerar inte några *Dispute Board*-förfaranden, men däremot kan de vara behjälpliga när ledamöter till en *Dispute Board* ska utses. Dessutom har ICC Dispute Board Center möjlighet att fatta beslut på uppmaning av *Dispute Board*-ledamöter och, om parterna så önskar, kan ICC Dispute Board Center även

499. Klausulen är hämtad ur ett aktieägaravtal och avser en värderingsfråga som enligt avtalet har betydelse för prissättningen vid förköp.

500. Se exempelvis CEDRs *Model Expert Determination Agreement* including guidance notes och *Model Early Neutral Evaluation Agreement* including guidance notes.

501. Tvistlösningsklausulen i AB04 behandlas ytterligare nedan under avsnitt 11.6.3.2.

502. För en översiktlig genomgång av reglerna se *Cairns, David J.A.*, The ICC Dispute Board Rules, s. 41 ff. och *Genton, Pierre M.*, ICC Promotes Dispute Board Rules Worldwide, s. 102 ff.

503. ICC Dispute Board Center är beläget i Paris.

överpröva ett *Dispute Board*-avgörande.[504] Reglementet omfattar 34 artiklar där frågor med anknytning till *Dispute Board*-förfaranden regleras. Däremot innebär en hänvisning till reglementet inte att samtliga frågor med anknytning till ett *Dispute Board*-förfarande får sin lösning. Parterna måste dessutom göra vissa mer specificerade val för att bli bundna, exempelvis till en viss typ av *Dispute Board*-förfarande. Parterna måste välja om de avser en DRB, DAB eller en CDB.[505]

När det gäller *Dispute Board*-förfaranden finns det som nämndes ovan också stora omfattande standardavtal som används framför allt vid större anläggnings- och byggnadsentreprenader. FIDIC tillhandahåller flera sådana omfattande standardkontrakt.[506] Av exempelvis *FIDICS red book, Conditions of contract for Construction*, framgår att en tvist i första hand ska prövas av en DAB. Om en part är missnöjd med det avgörande som en DAB kommer fram till, ska parterna försöka lösa tvisten genom samförståndslösningar och först därefter får tvisten hänskjutas till en skiljenämnd.[507] Det är enbart tvister som inte har blivit slutligt bindande för parterna som får hänskjutas till skiljeförfarande.

När det gäller värderings- och besiktningsuppdrag av olika slag tillhandahåller exempelvis ICC regler för detta. *ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings* erbjuder en omfattande möjlighet för parter att hänskjuta tvister och frågor till avgörande av en expert. Oftast handlar det om uppdrag som besiktningsman, teknisk expert eller värderingsman, men det är också möjligt att hänskjuta andra tvistiga frågor till avgörande av en expert under ICCs regler. I dessa senare fall är det snarare tal om en form av allmänt privatdomarförfarande.[508] Förfarandet aktualiseras genom att parterna har ingått ett avtal om att anlita en expert i enlighet med ICCs regler.[509] Expertens beslut är enbart bindande för parterna om de har avtalat särskilt om detta.[510]

Problemen med att det saknas rättsregler när parterna ingår privatdomaravtal, visar sig kanske inte i första hand när parterna ska ingå själva tvistlösningsavtalet. Avtalsfriheten är stor och parterna väljer själva hur de vill utforma privatdomarens uppgifter och befogenheter. Problemen visar sig snarare då privatdomaravtalet ska tillämpas och tolkas. Det gäller särskilt om parterna inte har reglera en viss fråga i avtalet. Mot vilken rättslig bakgrund ska då privatdomaravtalet tolkas och fyllas ut? Ska man använda sig av all-

504. Artikel 21 ICC Dispute Board Rules.

505. Samtliga tre former av Dispute Board-förfaranden omfattas av ICC Dispute Board Rules, se artikel 4–6.

506. Se ovan not 482.

507. Se artikel 20.2 och 20.5–6 FIDIC (Red Book) Conditions of Contract for Construction.

508. Jfr preambeln till ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings. Även *Schäfer, Erik m.fl.,* ICC Arbitration in Practice, s. 182 f.

509. *Schäfer, Erik m.fl.,* ICC Arbitration in Practice, s. 184.

510. Artikel 8 (2) ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings.

männa processrättsliga regler i rättegångsbalken eller kanske lagen om skiljeförfarande? Kanske ska allmänna processrättsliga principer användas, om dessa går att fastställa? Här finns det inte något självklart svar. Det finns dock en risk för att ett alltför översiktligt tvistlösningsavtal blir overksamt eftersom det inte finns några regler att fylla ut avtalet med. En privatdomare kommer dock sannolikt att pressa parterna ganska hårt när det gäller frågan hur parterna har tänkt sig att privatdomaren ska utföra sitt uppdrag för att på det sättet kunna hitta en form för privatdomarförfarandet som överensstämmer med parternas önskemål.

10.4.4 *Rättsverkan av avtal om privatdomarförfaranden*

10.4.4.1 ALLMÄNT FÖR SAMTLIGA AVTAL OM PRIVATDOMARFÖRFARANDEN

Parterna förbinder sig att tillämpa en viss tvistlösningsform genom avtal. Ett sådant avtal kan vara mer eller mindre omfattande och variationen av information och detaljer i tvistlösningsavtal är stor. Frågan är dock vad sådana tvistlösningsavtal har för processuell rättsverkan om de åberopas inför en domstol. Med utgångspunkt i typsituation 1 skulle situationen vara den följande:[511] En av parterna bestämmer sig för att, i strid med avtalet, väcka talan inom ramen för civilprocessen och motparten invänder att domstolen på grund av ett avtal om privatdomarförfarande saknar behörighet att pröva den instämda tvisten. Får domstolen avvisa kärandens talan på grund av privatdomaravtalet? Ovan har slagits fast att ett giltigt skiljeavtal utgör ett dispositivt processhinder, men hur är det med avtal om privatdomarförfaranden?

Oavsett vilken form av privatdomarförfarande som parterna har kommit överens om saknas det rättsregler med innebörden att avtalet, likt skiljeavtal, utgör ett processhinder.[512] Det finns inte heller någon möjlighet för enskilda parter att skapa processhinder genom avtal. Enligt den processuella ogiltighetsprincipen är sådana processuella överenskommelser ogiltiga om det saknas stöd i lag för överenskommelsen.[513]

Det finns situationer där det i materiell lagstiftning har förts in sakprövningsförutsättningar som rekvisit för att en part ska ha tilldelats rätten att få en specifik fråga prövad av en domstol. Inte heller i dessa sammanhang finns det några bestämmelser som omfattar avtal om privatdomarförfaranden i allmänhet.[514] Det saknas med andra ord förutsättningar för en part att, mot

511. Jfr ovan avsnitt 1.5.4.

512. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 52 ff.

513. Jfr ovan avsnitt 6.3 och 6.4.

514. I exempelvis den immaterialrättsliga lagstiftningen finns det särskilda sakprövningsförutsättningar som måste vara uppfyllda för att en part ska kunna få en fråga prövad inom ramen för civilprocessen. Av exempelvis 10 kap. 8 § Varumärkeslag (2010:1877) framgår att för att en talan om varumärkesintrång ska få föras av en licenstagare måste innehavaren av ett varukännetecken först underrättas. Om inte någon underrättelse har skett ska talan avvisas.

motpartens vilja, hävda att privatdomaravtalet är processrättsligt bindande på ett sådant sätt att det utesluter rätten till domstolsprövning. Den part som inte anser sig bunden av ett avtal om privatdomarförfarande får därmed, i strid med avtalet, väcka talan inför domstol.[515]

Om ett privatdomaravtal är formulerat som en flerstegsklausul där det första steget utgörs av någon form av privatdomarförfarande och det slutliga steget utgörs av ett skiljeförfarande uppkommer frågan om hela klausulen ska tokas som en skiljeklausul med den rättsverkan som följer av skiljeavtal. Denna fråga behandlas nedan.[516]

10.4.4.2 Särskilt om värderingsuppdrag

Ovan fastställdes att ett avtal om privatdomarförfaranden inte utgör processhinder inom civilprocessen. Möjligen skulle man kunna argumentera för att värderingsklausuler skulle kunna tolkas annorlunda. Problematiken ska belysas med ett exempel. Anta att en av parterna, trots värderingsklausulen, väcker talan och begär att domstolen ska fastställa det i värderingsklausulen utpekade aktuella värdet.[517] I det läget finns det inte någon egentlig tvist mellan parterna utan enbart ett avtalsvillkor som ska uppfyllas, värderingen ska utföras och värdet fastställas. Får domstolen ges uppgiften att agera avtalsutfyllare på detta sätt?

En talan ska formuleras som antingen en *fullgörelsetalan* eller en *fastställelsetalan*. En fullgörelsetalan innebär att käranden begär att domstolen ska meddela en rättsföljd där svaranden förpliktigas att fullgöra en prestation.[518] Genom en fastställelsetalan begär käranden att domstolen ska fastställa att ett visst konkret *rättsförhållande* föreligger mellan parterna.[519] Domstolen ger i domen ett principuttalande om det konkreta rättsförhållandet. Det råder då oenighet mellan parterna om ett specifikt rättsligt förhållande existerar eller hur ett rättsligt förhållande ska förstås och uppfattas.[520] I det nu skisserade exemplet finns det inte något sådant konkret rättsförhållande att fastställa för domstolen. Det råder inte oenighet om värdets storlek. Detta har ju inte tidigare existerat utan ska först nu fastställas. Det finns därmed knappast något konkret rättsförhållande som det kan råda oenighet om. En

515. Domstolen kan naturligtvis ställa frågan till parterna hur de tänkt med det aktuella tvistlösningsavtalet, men domstolen får aldrig med stöd av avtalet avvisa kärandens talan på den grunden att avtalet skulle bilda ett processhinder.

516. Se nedan avsnitt 10.7.

517. Frågan kan uppfattas som hypotetisk. Parterna har knappast något intresse av att frångå ordningen med en värderingsman som har särskilda kunskaper och erfarenheter att utföra den typ av värderingar som privatdomaruppdraget avser. Att låta domstolen fastställa värdet skulle vara att ta en betydande risk i detta avseende.

518. 13 kap. 1 § RB.

519. 13 kap. 2 § RB.

520. Se vidare *Fitger, Peter*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap. inledning samt 13 kap. 1 och 2 §§.

annan sak är om värderingsmannen redan har fastställt ett värde och en av parterna inte är nöjd med detta. Denna senare fråga återkommer jag till nedan.[521]

I civilprocessen har domstolen *inte* tilldelats befogenheten att agera ”avtalsutfyllare”. Däremot har lagstiftaren valt att tilldela en skiljenämnd denna befogenhet.[522] En skiljenämnd får nämligen efter särskilt mandat från parterna komplettera ett avtal utöver vad som följer av tolkning av avtalet.[523] Det skulle därmed kunna argumenteras för att om ett avtal om ett privatdomarförfarande avseende ett värderingsuppdrag kopplades samman med en skiljeklausul, skulle det fastslagna värdet bli en del av skiljedomen och därmed skulle inte frågan kunna prövas inom ramen för civilprocessen. Hela tvistlösningsklausulen skulle tolkas som ett skiljeavtal.

Värderingsmannens uppdrag är detsamma som det uppdrag skiljemannen får tilldelas enligt 1 § 2 st. LSF. Värderingsmannen ska fylla ut huvudavtalet med en summa som denne har fått i uppdrag att fastställa, inte för att det råder tvist om värdet utan för att värdet, enligt uppdraget från parterna, ska fastställas av en utomstående neutral tredje part. Värderingsmannens uppgift är inte att tolka avtalet.

Mot bakgrund av det ovan sagda skulle kärandens talan i exemplet ovan inte kunna föras inför domstolen. Däremot skulle inte domstolen kunna avvisa talan på grund av att avtalet om privatdomarförfarandet i sig utgör ett processhinder i civilprocessen, med undantag för de fall där privatdomaravtalet är så tydligt kopplat till ett skiljeavtal att hela tvistlösningsavtalet anses utgöra ett skiljeavtal. Frågan uppkommer då hur domstolen ska agera med den väckta talan. Ska talan avvisas på grund av att det är en talan som inte är möjlig att föra inom civilprocessens ram eller ska domstolen ta upp saken till prövning och ogilla käromålet eftersom talan inte kan bifallas? Det finns två tänkbara tillvägagångssätt som skulle kunna aktualiseras. Det *ena* är att domstolen med stöd av reglerna i rättegångsbalken begär att käranden förtydligar sitt yrkande, som antingen ett fullgörelse- eller ett fastställelseyrkande. Kan inte käranden formulera sitt yrkande på detta vis, ska talan anses ofullständig och därmed avvisas.[524] Det *andra* är att domstolen tillåter talan och utfärdar stämning, men vid sin sakprövning kommer domstolen fram till att käromålet inte kan bifallas eftersom den yrkade rättsföljden inte kan utdömas. Motiveringen skulle då vara att det saknas rättsligt stöd för att framställa ett sådan yrkande som käranden har gjort.

521. Se nedan avsnitt 11.6.3.2.

522. 1 § 2 st. LSF. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljemannarätt, s. 262. Även SOU 1994:81 s. 89 och 257 samt prop. 1998/99:35 s. 62 f.

523. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 261. Detta behandlas vidare nedan under avsnitt 11.6.3.1.

524. Jfr 42 kap. 2–4 §§ RB.

Saken skulle dock förändras om det värde som värderingsmannen ska fastställa har en direkt koppling till köpeskillingen. Om exemplet ovan ändras så att säljaren istället väcker talan om att utfå en köpeskilling som anges till ett specifikt belopp som innefattar den i huvudavtalet fastställda köpeskillingen med ett tillägg som enligt säljaren motsvarar det värde som skulle ha fastställts av en värderingsman, måste domstolen pröva den instämda talan. Har en värderingsman redan fastställt värdet uppkommer då en konflikt mellan domstolens bedömning av vad som utgör skäligt pris för den överlåtna verksamheten och värderingsmannens uppgift.[525] Har värderingsmannen inte fastställt något pris utan säljaren har valt att stämma inför domstol, måste säljaren åberopa bevisning som styrker den yrkade köpeskillingen för att domstolen ska kunna bifalla käromålet.

10.5 Förfaranden där parterna agerar beslutsfattare

10.5.1 *Allmänt*

Tvistlösning handlar inte enbart om att parterna presenterar fakta för en utomstående tredje man som har att avgöra tvisten. Ofta handlar tvistlösning också om att parterna på ett eller annat sätt väljer att lösa tvisten i samförstånd genom någon form av *förhandling*. Det kan vara ett förlikningssamtal mellan parterna själva eller mellan parterna biträdda av sina ombud. Det kan också vara genom *medling*. Parterna tar då hjälp av en utomstående tredje man som får uppdraget att bistå parterna och hjälpa dem att nå en samförståndslösning, inte att avgöra tvisten. Parterna ska själva nå fram till en lösning även om de kan få hjälp av medlaren för att hitta vägen fram till konsensuslösningen. Medlarens roll är därmed en helt annan än beslutsfattarens.

Det kan också tänkas att parterna ger medlaren uppdraget att föreslå lämpliga lösningar på den uppkomna tvisten som parterna sedan kan välja att följa. Medlarens roll börjar då likna beslutsfattarens med den skillnaden att det fortfarande är parterna som väljer om de vill följa medlarens förslag eller inte. Det kan även tänkas att parterna kommer överens om att de ska vara bundna av medlarens förslag. I detta senare fall handlar det inte längre om medling utan snarare om någon form av privat dömande där medlarens roll har övergått från förhandlare till beslutsfattare.[526]

Ibland formuleras avtalsvillkor så att den ena parten tilldelas beslutanderätten, eller ett stort inflytande över beslutanderätten, avseende tvisten eller en viss specifik fråga. Ett exempel är att parterna har kommit överens om att eventuella tvister dem emellan ska lösas av en privatdomare som i själva verket är ett organ tillsatt av den ena parten. Detta förekommer bland annat i

525. Denna problematik samt vad detta får för betydelse för rättsverkningarna av värderingsmannens avgörande analyseras nedan under avsnitt 11.6.3.2.

526. Jfr vad som gäller för privatdomarförfaranden, se ovan avsnitt 10.4.

försäkrings- och föreningssammanhang. Tvistlösningsorganet kan då bestå av beslutsfattare som enbart, eller till övervägande del, har tillsattas av försäkringsgivaren/försäkringsgivarkollektivet eller av föreningen. Det talas i dessa sammanhang om att resultatet av tvistlösningen är en *självdom* och tvistlösningsförfarandet en form av *självrättskipning*.[527]

Gemensamt för förfaranden där parterna agerar beslutsfattare är att det är just parterna själva som bestämmer, eller utövar avgörande påverkan, på utgången av tvisten. Det finns dock inte några garantier för att förlikningseller medlingsförfarandet verkligen leder till en samförståndslösning mellan parterna. Det är därför vanligt att förliknings- och medlingsavtal ingår som ett försteg i ett tvistlösningsavtal mellan parterna där det sista steget utgörs av antingen skiljeförfarande eller domstolsprövning.[528]

10.5.2 *Olika varianter av förfaranden där parterna agerar beslutsfattare*

10.5.2.1 FÖRLIKNINGSFÖRHANDLINGAR

När en tvist uppkommer finns ofta en allmän föreställning om att parter ska förlikningsförhandla med varandra, ensamma eller med hjälp av sina respektive ombud. Kan parterna nå en samförståndslösning på en uppkommen tvist undviker parterna att tvisten blir föremål för rättslig prövning, vilket skulle vara till fördel för parterna som då slipper långa och utdragna processer inför domstol eller skiljenämnd. Parterna skulle inte bara göra tidsvinster utan sannolikt också ekonomiska vinster, men även i vissa fall skapa möjligheter till ett fortsatt samarbete parterna emellan. Oavsett om denna föreställning stämmer eller inte – i ett enskilt fall kan konstateras att förlikningsförhandlingar är en etablerad tvistlösningsform.

Frågan om förlikningsförhandlingar aktualiseras många gånger först sedan en tvist väl har uppkommit utan att parterna på förhand har ingått ett avtal om att förlikningsförhandla med varandra. Skulle en part väcka talan enligt civilprocessen kommer även målets handläggande domare att föra frågan om förlikningsförhandlingar på tal.[529] Det kan dock tänkas att parterna redan i huvudavtalet tar in en förlikningsförhandlingsklausul med syfte att tydliggöra att i första hand ska förlikningsförhandlingar ske mellan parterna om huvudavtalet ger upphov till en tvist. Ibland framhålls att genom att parterna på förhand tar in en förlikningsförhandlings- eller medlingsklausul i

527. En självdom är resultatet av att en part ”dömt” i egen sak och begreppet självrättskipning är då den tvistlösningsform som leder fram till självdomen. Angående begreppet självdom, se SOU 1994:81 s. 90 och prop. 1998/99:35 s. 64. Även Svea Hovrätt, T-5043-04, dom den 15 mars 2005. Jfr också *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 735 f. och där gjorda hänvisningar.

528. Förlikningsförhandlings- och medlingsklausuler som kombineras med andra tvistlösningsförfaranden behandlas nedan under avsnitt 10.7.

529. 42 kap. 17 § RB. Domstolens förlikningsförhandlingar inom ramen för civilprocessen faller utanför avhandlingen, se ovan avsnitt 1.4.1.

ett huvudavtal, underlättas för parterna att initiera förhandlingar med motparten om en tvist skulle uppkomma. På så sätt behöver inte någon av parterna ”tappa ansiktet” eller framstå som svag i förhållande till den andra. Det framgår tydligt av tvistlösningsklausulen att tvisten ska lösas genom förlikningsförhandlingar eller medling.[530]

Det finns inte någon given form för hur en förlikningsförhandlingsklausul ska se ut. Inte heller hur omfattande den ska vara eller om den ska kombineras med någon annan form av tvistlösning. Det är helt upp till parterna att bestämma hur klausulen ska formuleras. Den kan vara mycket enkelt formulerad utan att det exempelvis anges när förlikningsförhandlingar ska inledas, hur de inleds eller var de ska genomföras. Det är också parterna som bestämmer om klausulen ska formuleras som ett *absolut krav* att förlikningsförhandla eller som en *rekommendation*.

Om klausulen formuleras som ett absolut krav skulle avsikten kunna vara att parterna menar att de genom avtalsvillkoret är förbundna att försöka lösa den uppkomna tvisten innan någon annan rättslig prövning får komma ifråga. Detta skulle kunna uppnås genom formuleringar såsom ”ska”, ”förbinder sig att” eller ”är förpliktigade”. En rekommendation däremot skulle formuleras på ett mjukare sätt med uttryck såsom ”bör”, ”må” och ”får”.[531] Frågan är om sådana förlikningsförhandlingsklausuler ger upphov till några processuella rättsverkningar om de åberopas inför domstol och om det är någon skillnad när klausulen är formulerad som ett absolut krav eller som en rekommendation.[532]

Inte heller när det gäller själva förlikningsförhandlingarnas genomförande finns det någon given form för hur dessa ska gå till. Det är helt upp till parterna att sätta ramarna för förfarandet. Många taktiska överväganden kan ligga bakom den attityd som en part, och ombuden, uppvisar under sådana förhandlingar. Varje tvist är unik och varje ombud har sannolikt sitt eget sätt att hantera en förlikningsförhandling.

En förlikningsförhandlingsklausul kan exempelvis se ut på följande sätt:

> ”Oenighet eller tvist som uppstår med anledning av detta kontrakt eller avtal som berör dess genomförande ska biläggas på förhandlingsbasis av kontraktsparterna. Försök att åstadkomma förlikning skall anses ha misslyckats så snart en av kontraktsparterna underrättar den andra härom skriftligen.”[533]

530. Jfr *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.,* ADR Principles and Practice, s. 442.

531. Jfr *Berger, Klaus Peter*, Law and Practice of Escalation Clauses, s. 4 ff., *Mackie, Karl*, The Future for ADR Clauses After *Cable & Wireless* v. *IBM*, 346 ff. och *Söderlund, Christer,* JT 2005–06 s. 187 f.

532. Denna fråga behandlas nedan under avsnitt 10.5.4.

533. Klausulen är hämtad från en artikel av *Söderlund, Christer*, JT 2005–06 s. 187 (192).

10.5.2.2 MEDLING

Även medlingsförhandlingar har till syfte att få parterna att själva nå en överenskommelse på en uppkommen tvist. Till skillnad från vad som gäller förlikningsförhandlingar har parterna vid medlingsförhandlingar frivilligt valt att ta hjälp av en utomstående tredje man, en *medlare*, som ska bistå parterna att nå en samförståndslösning som båda parter kan acceptera.[534]

Det finns många olika mer eller mindre etablerade sätt för en medlare att genomföra medlingen på. En grov uppdelning är att skilja mellan *faciliterande* (underlättande, vägledande) och *evaluerande* (värderande) medling. Den förra varianten utgår något förenklat från att medlarens uppgift är att få parterna att börja prata med varandra. Medlaren hjälper parterna så att parterna känner att de får sagt allt det som är viktigt och av betydelse för dem. Medlaren hjälper också parterna att identifiera olika intressen och behov som parterna har. Det är dock parterna som har den mest aktiva rollen genom sina stegvisa samtal fram mot en lösning. I den senare, den evaluerande varianten, intar medlaren en mer aktiv roll exempelvis genom att peka på styrkor och svagheter i parternas argumentation.[535] Gemensamt är dock att det är parterna som ger medlaren mandaten att vara medlare och att genomföra medlingen på det sätt som parterna önskar. Skulle parterna inte kunna komma överens om ett lämpligt sätt, kan de överlåta åt medlaren att fastställa formen för medlingen. Medling framställs ofta som en flexibel tvistlösningsform inte minst mot bakgrund av att andra värden än rent rättsliga kan beaktas vid medlingen. Exempelvis kan parterna komma överens om att parternas intressen och behov nu och i framtiden ska få betydelse för medlingsresultatet.

Medling kan förekomma antingen som domstolsanknuten medling eller som privat medling.[536] Privat medling kännetecknas av att parterna utan inblandning av en domstol, kommer överens om att lösa en tvist med hjälp av en medlare. Precis som nämndes ovan under förlikningsförhandlingar kan parterna efter det att en tvist har uppkommit komma överens om att tvisten ska försöka lösas genom medling. Men, det förekommer också att parterna redan på förhand kommer överens om att framtida tvister ska lösas genom

534. Den situationen att medlingen är *påtvingad* parterna genom lag eller då medling är en nödvändighet för att vissa rättsliga åtgärder ska kunna komma i fråga omfattas inte av avhandlingen, se ovan avsnitt 1.5.1.

535. Den som är intresserad av olika former av medling och medlarens roll i dessa sammanhang kan exempelvis läsa *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.,* ADR Principles and Practice, *Bühring-Uhle, Christian m.fl.*, Arbitration and mediation in International Business, *Engström, Dan*, Medling som tvistlösningsmetod, *Fischer, Roger m.fl.*, Vägen till ja – En nyckel till framgångsrika förhandlingar, *Norman, Jan* och *Öhman, Lina*, Medling och andra former av konflikthantering, samt *Runesson, Eric M.*, Handbok för medling i affärstvister.

536. 42 kap. 17 § 2 st. Domstolsanknuten medling faller utanför avhandlingen, se ovan avsnitt 1.4.1.

medling. Parterna tar då in en medlingsklausul i huvudavtalet.[537] En medlingsklausul kan precis som den ovan beskriva förlikningsförhandlingsklausulen formuleras helt efter parternas önskemål, kort eller omfattande, valet är parternas. Den kan exempelvis innehålla detaljer om själva förfarandet, om hur medlaren ska utses, vilken funktion och roll medlaren ska ha, när medlingen ska anses inledd och när den är avslutad och vad som händer om inte någon samförståndslösning kan uppnås.[538]

Även här inställer sig frågan om det har någon betydelse om medlingsklausulen formuleras så att medling uttrycks som ett absolut krav eller som en rekommendation.[539] Det kan ju tänkas att parterna uttryckt det så att de har förbundit sig att verkligen genomföra medlingen innan någon rättslig prövning får tas i anspråk, men det skulle också kunna vara så att medlingen har formulerats som en frivillig möjlighet för parterna om det skulle uppkomma en tvist.[540]

På samma sätt som när det gäller skiljeförfaranden görs skillnad mellan *ad hoc* medling och *institutionell* medling.[541] Många skiljedomsinstitut tillhandahåller också tvistlösning genom medling. Ett institutionellt medlingsförfarande har den fördelen att parterna redan genom avtalet får ett färdigt ”tvistlösningspaket” som innebär att det valda medlingsinstitutet administrerar medlingen med allt vad det innebär; kallar parterna, ordnar lämplig lokal, utser medlare och har reglementen om själva medlingens genomförande.[542] Även om ett medlingsinstitut tillhandahåller medlingsreglementen är dessa dock ofta allmänt hållna och dispositiva i den meningen att parterna får komma överens om annat.

Det förekommer också att parterna i tvistlösningsavtalet hänvisar medlingen till ett medlingsförfarande i enlighet med ett privat regelverk utan anknytning till något särskilt medlingsinstitut, exempelvis UNCITRALs medlingsregler.[543]

En *ad hoc* medlingsklausul kan exempelvis se ut på följande sätt:

> ”Parterna förbinder sig att i första hand hänskjuta uppkomna tvister i anledning av detta avtal till medling.”[544]

537. *Stitt, Allan J.*, Mediation: a practical guide, s. 39. När det gäller nyttan av skriftliga medlingsklausuler se *Bühring- Uhle, Christian m.fl.* Arbitration and mediation in International Business, s. 180 f. Även *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.,* ADR Principles and Practice, s. 449.

538. Angående överväganden när det gäller hur omfattande och detaljerat ett medlingsavtal bör vara, se *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.,* ADR Principles and Practice, s. 161 f. och 444 ff.

539. Jfr ovan under avsnitt 10.5.2.1.

540. Rättsliga verkningar av medlingsavtal behandlas nedan under avsnitt 10.5.4.

541. Jfr ovan avsnitt 10.3.1.

542. Exempelvis Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut (2014) och ICC Mediation Rules (2014).

543. UNCITRAL Conciliation Rules (1980) eller UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002).

544. Klausulen kan eventuellt även innehålla en formulering om hur medlaren ska utses.

Följande klausul utgör ett exempel på en institutionell medlingsklausul:

> ”Tvist i anledning av detta avtal skall hänskjutas till medling enligt Medlingsregler för Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut, om inte någon av parterna när tvist uppkommit motsätter sig detta.”[545]

10.5.2.3 SJÄLVRÄTTSKIPNING

Precis som uttrycket självrättskipning antyder handlar det här om att en part genom avtal har tagit sig rätten att själv ”skipa rätt” i bemärkelsen agera beslutsfattare avseende en tvist eller en specifik fråga. När en part genom ett tvistlösningsavtal har tagit sig rätten att agera beslutsfattare avseende en framtida tvist kan det tolkas som att parten har gjort sig till substitut för en domstol. Genom avtalet har parterna bytt ut civilprocessen mot självrättskipningsförfarandet. Det finns inte någon typisk självrättskipningsklausul. Avtal om självrättskipning kan ta sig många olika uttryck.

Det yttersta exemplet på ett självrättskipningsförfarande skulle vara att parterna har kommit överens om att beslutanderätten avseende framtida tvister helt är överlämnad åt en av parterna. Men det är inte alls säkert, kanske till och med inte troligt, att tvistlösningsavtalet är formulerat i termer av att en part ska ha ensam beslutanderätt över en framtida tvist. Istället är avtalet formulerat i termer av att framtida tvister ska hänskjutas till tvistlösning inför ett särskilt utpekat organ. Vid en närmare granskning av det utpekade organet visar det sig dock att detta organ är sammansatt av den ena parten eller av företrädare för den ena parten, exempelvis en organisation som har till syfte att ta tillvara intressen representerade av en av parterna i tvisten.[546] En central fråga blir att avgöra vilken form av tvistlösning som parterna har avsett. Här blir gränsen mellan skilje- respektive privatdomaravtal och avtal om självrättskipning avgörande för bedömningen. Är tvistlösningsavtalet ett skiljeavtal eller kanske ett privatdomaravtal eller är det fråga om ett avtal om självrättskipning? Denna gränsdragningsproblematik får betydelse inte minst när det ska fastställas vilka rättsverkningar som tvistlösningsavtalet ger upphov till.[547]

Det kan tänkas att en part menar att det inte alls är fråga om självrättskipning utan att tvistlösningsavtalet är ett skiljeavtal. I exempelvis försäkringssammanhang förekommer att det av försäkringsvillkoren framgår att framtida tvister med anledning av försäkringsavtalet ska lämnas över till avgörande av en särskilt sammansatt nämnd, ibland beskriven som en skiljenämnd. Det är dock försäkringsgivaren eller försäkringsgivarkollektivet som har avgörande inflytande över nämndens sammansättning. Ett annat exem-

545. Klausulen är en av Stockholms handelskammares skiljedomsinstituts modellklausuler för medling.

546. Jfr NJA 1974 s. 573. Jfr även SOU 1994:81 s. 90 och prop. 1998/99:35 s. 64.

547. Rättsverkan av avtal om självrättskipning behandlas nedan under avsnitt 10.5.4.

pel är att det inom det ideella föreningslivet förekommer att det i stadgarna för sådana föreningar finns en bestämmelse om att tvister mellan föreningen och en medlem, eller mellan medlemmar rörande föreningens angelägenheter, ska avgöras genom skiljedom av ett föreningsorgan som tillsätts av föreningen.[548] Är det då fråga om en skiljenämnd eller är det enbart ett avtal om självrättskipning där föreningen genom tvistlösningsavtalet har erhållit en självbestämmanderätt? Högsta domstolen har prövat frågan med blandat resultat. Avgörande för om sådana organ som de ovan beskrivna anses utgöra en skiljenämnd alternativt något annat privatdomarorgan eller ett självrättskipande organ, har varit i vilken utsträckning parterna har kunnat påverka nämndens sammansättning och om denna möjlighet att påverka har varit jämt fördelad mellan parterna, i annat fall anses det inte råda en tillräcklig balans inom nämnden som objektivt sett tar till vara båda parternas intressen på lika villkor.[549] Självrättskipningen skulle då kunna föreligga om inte en sådan balans har uppnåtts i tillräcklig grad.

10.5.3 *Reglering av förfaranden där parterna agerar beslutsfattare*

Förlikningsförhandlingar styrs helt av parterna och deras ombud. Det finns inte några rättsregler som aktualiseras i detta sammanhang.[550] Inte heller förekommer institutionella regelverk avseende förlikningsförhandlingar som sker direkt mellan parterna. De institutionella regelverk som finns omfattar den situationen att parterna har givit uppdrag åt en utomstående tredje man att bistå vid förlikningsförhandlingarna.

I Sverige saknas också en generell medlingslag, likt rättegångsbalken och lagen om skiljeförfarande, som reglerar frågor med anknytning till själva medlingsförfarandet. Det finns dock en lagstiftning avseende medling på privaträttens område som gäller för dispositiva tvistemål och omfattar privat medling som sker utanför domstolen, medlingslagen.[551] Lagen har tillkommit för att Sverige varit skyldigt att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa aspekter på medling på privaträttens område.[552] Syftet har framför allt varit att ge enskilda parter som medlar utan inblandning av domstol en möjlighet att få medlingsöverenskommelsen verkställbar. Av denna anledning har lagstiftaren fört in en rätt för enskilda parter att under vissa förutsättningar begära att överenskommelsen ska ges statusen av en

548. Jfr SOU 1994:81 s. 90 och prop. 1998/99:35 s. 64. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 111 och 735 f. och där gjorda hänvisningar.

549. Jfr NJA 1994 s. 712 (I–III) och NJA 1982 s. 853. Jfr även Svea Hovrätt, T-5043-04, dom 15 mars 2005.

550. Är ombudet en advokat finns det dock advokatetiska regler som ombudet är bunden av. Se vidare Vägledande regler om god advokatsed.

551. Lag (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister.

552. Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område. Jfr prop. 2010/11:128 s. 24 f.

exekutionstitel. Detta sker genom en så kallad *verkställbarhetsförklaring*.[553] I medlingslagen finns också en allmän regel om sekretess för medlare.[554] Trots lagen får parterna fortfarande med stöd av partsautonomin bestämma formerna för hur medlingen ska genomföras. Vill de däremot anlita domstolen för att få utverkat en verkställbarhetsförklaring av medlingsöverenskommelsen, måste medlingen uppfylla lagens förutsättningar. Dessa är dock mycket allmänt hållna och innehåller inte några som helst detaljer om krav avseende medlaren och genomförandet av medlingsförhandlingarna. Lagen definierar medling som "*ett strukturerat förfarande genom vilket två eller flera parter med hjälp av en tredje man (en medlare) frivilligt söker lösa en uppkommen tvist*".[555] Detta passar in på i princip alla former av privat medling.

Det finns således inte någon lagstiftning om hur ett avtal om medling som tvistlösningsform uppkommer eller vilka processuella rättsverkningar ett sådant avtal ska ha. Inte heller finns det några regler om hur en medlare ska utses, vem som får agera medlare eller hur själva medlingsproceduren ska genomföras. Däremot finns det Europeiska uppförandekoder för medlare utgivna av EU.[556] Uppförandekoderna innehåller bland annat rekommendationer avseende medlarens kvalifikationer samt medlingsförfarandets genomförande. Det är dock just rekommendationer och parterna avgör ytterst själva vem de önskar kontraktera för uppdraget. På samma sätt är det parterna som helt styr över medlingsförfarandet och dess genomförande.

Det finns även olika internationella organisationer som har tagit fram regleringar på medlingens område. Ett exempel är *UNCITRAL Conciliation Rules* (1980).[557] 1998 påbörjade UNCITRAL dessutom ett arbete med att ta fram enhetliga bestämmelser beträffande medling av internationella kommersiella tvister. Arbetet resulterade 2002 i en modellag, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.*[558] På samma sätt som när det gäller för UNCITRALs modellag för skiljeförfarande innebär det inte någon skyldighet för medlemsstaterna att införliva reglerna med den nationella lagstiftningen utan det är upp till varje enskild medlemsstat att besluta om, och i vilken omfattning, modellagen om medling ska göras till en del av den nationella lagstiftningen. Sverige har dock valt att inte införlivat den nu

553. 7–12 §§ medlingslagen.

554. 5 § medlingslagen. Frågan om sekretess vid medlingen behandlas ytterligare nedan under avsnitt 11.4.2.2

555. 3 § medlingslagen. Resultatet av en medling, själva medlingsöverenskommelsen, samt verkställbarhetsförklaringar utvecklas vidare nedan under avsnitt 11.6.3.3.

556. Europeiska uppförandekoder för medlare.

557. Reglementet trädde i kraft genom Resolution 35/52 Conciliation Rules of the United nations Commission on International Trade Law av den 4 december 1980.

558. Resolution 57/18. Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law.

aktuella modellagen med nationell lagstiftning.[559] Det är dock fullt möjligt för två parter att hänvisa tvister till medling i enlighet med de olika regleringar för medling som har tagits fram av UNCITRAL. UNCITRAL är dock *inte* något medlingsinstitut i den bemärkelsen att de administrerar medlingsförfaranden. Administrationen kring förfarandet ligger på parterna även om de kommit överens om att något av UNCITRALs regelverk ska vara tillämpligt på själva medlingsförfarandet och dess genomförande.

På samma sätt som när det gäller skiljeförfaranden finns det också möjlighet för parterna att komma överens om att överlåta genomförandet av medlingen till ett särskilt medlingsinstitut med tillämpning av det aktuella medlingsinstitutets reglemente. Som nämndes ovan tillhandahåller exempelvis Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut ett regelverk för medling, *Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut.*[560] Dessa medlingsregler innehåller bestämmelser om hur medlingen ska inledas, genomföras och slutföras.[561] Även sekretess- och jävsfrågorna är tydligt reglerade,[562] Det finns också en möjlighet för parterna att utse medlaren till enskild skiljeman och på så sätt få medlingsöverenskommelsen fastställd i en skiljedom.[563]

Flera av de internationella skiljedomsinstituten tillhandahåller också medling som tvistlösningsform och institutionella reglementen för detta.[564] Enskilda parter kan genom avtalet om medling välja att förlägga medlingen inför ett sådant institut och på så sätt göra institutets reglementen tillämpliga för medlingsförfarandet.

När det gäller självrättskipning saknas helt regler om detta. En sedan länge gällande processuell princip är att parter inte får ta sig själv rätt.[565] Det rimmar illa med rättsstatens ansvar över rättskipningen att ha regler som tillåter parterna att byta ut den statliga civilprocessen mot ett alternativt tvistlösningsförfarande där en part skulle tillåtas agera beslutsfattare i egen sak.

559. För en förteckning över vilka länder som har införlivat den aktuella modellagen, se UNCITRAL:s hemsida.

560. De första reglerna trädde i kraft den 1 april 1999. Reglerna har sedan uppdaterats och den senaste versionen är från 1 januari 2014. Andra medlingsreglementen är Göteborgsklausulerna, Västsvenska Industri- och Handelskammarens Förtroenderåds regler för medling och skiljeförfarande. Västsvenska Industri- och handelskammaren tillhandahåller medling som tvistlösning i samarbete med det Londonbaserade medlingsinstitutet CEDR. Även Svenska institutet för medling, SIM, tillhandahåller reglementen för medling.

561. 12–13 §§ Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut.

562. 3 och 7–8 §§ Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut.

563. Jfr 7 (2) § Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut. Den omständigheten att beslutsfattaren skiftar roll under pågående tvistlösningsförfarande utvecklas nedan under avsnitt 10.8.

564. På den internationella arenan kan nämnas exempelvis CEDR, AAA och ICC.

565. Jfr *Kallenberg, Ernst*, Svensk civilprocessrätt, Föreläsningar, häfte IV, s. 862. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 735 f. Jfr också SOU 1994:81 s. 90 och prop. 1998/99:35 s. 64.

10.5.4 *Rättsverkan av avtal om förfaranden där parterna agerar beslutsfattare*

Som konstaterats ovan får inte parter genom avtal skapa processhinder utan stöd i lag.[566] Det förutsätts därmed lagstöd för att tvistlösningsavtal om förlikningsförhandlingar och medling ska ges processhindrande verkan, något sådant uttryckligt lagstöd finns inte i civilprocessen. Tvärtom har det i samband med tillkomsten av medlingslagen poängterats att ett avtal om medling inte bör ges processhindrande verkan, varken inför domstol eller skiljenämnd.[567] Det finns inte någon anledning tro att ett avtal om förlikningsförhandlingar skulle bedömas annorlunda än ett medlingsavtal.[568] Det spelar ingen roll om det aktuella tvistlösningsavtalet är formulerat som ett absolut krav genom att det exempelvis av avtalet framgår att ”parterna förbinder sig att lösa framtida tvister genom medling”. En part som inte anser sig bunden av ett på förhand ingånget avtalsvillkor om förliknings- eller medlingsförhandlingar, får i strid med avtalet väcka talan direkt inför en domstol och domstolen får inte avvisa talan på grund av processhinder.[569]

Det har framhållits att tvistlösningsavtal om förlikningsförhandlingar och medling skulle kunna utgöra ett *temporärt processhinder* om det åberopas inför domstol. Motiveringen skulle vara att en part inte då nekas rätten till domstolsprövning utan att den rättsliga prövningen enbart skjuts på framtiden.[570]

Det kan diskuteras om domstolsprövningen med stöd av 32 kap. 5 § RB får skjutas upp tillfälligt i avvaktan på att parterna ska ha genomfört förliknings- eller medlingsförhandlingar.[571] I samband med införandet av rättegångsbalken exemplifierade processlagberedningen olika situationer där det kan vara aktuellt för en domstol att vilandeförklara ett mål i avvaktan på att ett hinder av längre varaktig karaktär undanröjs. En anledning skulle kunna vara att *båda* parterna anhåller om vilandeförklaring för att kunna genomföra förliknings- eller medlingsförhandlingar.[572] Frågan är om en domstol verkligen skulle vilandeförklara målet om *en* av parterna motsätter sig att genomföra förliknings- eller medlingsförhandlingar.

Ett problem med att ge tvistlösningsavtal om förliknings- och medlingsförhandlingar tillfälligt processhindrande verkan är att fastställa när förhandlingar ska anses inledda och när de ska anses avslutade. Anta att käranden väcker talan och svaranden invänder att talan måste vilandeförklaras på grund av ett tvistlösningsavtal mellan parterna där parterna har kommit

566. Se ovan avsnitt 6.3, 6.4 och 10.4.4.

567. Prop. 2010/11:128 s. 42 f. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljemannarätt, s. 57 f. och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 432.

568. Jfr *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 446 f.

569. Jfr prop. 2010/11:128 s. 43.

570. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2006–07 s. 57 (60), även JT 1999–00 s. 912 (915).

571. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentar till 32 kap. 5 §.

572. SOU 1938:44 s. 360.

överens om att framtida tvister med anledning av huvudavtalet *ska* lösas genom förliknings- eller medlingsförhandlingar. Käranden invänder att denne inte är intresserad av några sådana förhandlingar utan vill få frågan prövad av domstolen. Anses då medlingsförhandlingarna avslutade? De har ju inte ens påbörjats. Ett annat exempel är att käranden invänder att parterna redan har försökt att förlikningsförhandla alternativt genomgå medling, men att detta inte har lett till något resultat. Anses då medlingsförhandlingarna avslutade? Hur länge ska parterna ha försökt att nå en överenskommelse?

Om domaren trots kärandens invändningar överväger att vilandeförklara målet uppkommer frågan hur domaren avgör när förliknings- och medlingsförhandlingar har genomförts och uppfyllts i tillräcklig grad. Ett sätt är naturligtvis att domaren sätter ut en viss tidsrymd under vilken målet ska vila. Har parterna inte inom denna tid nått en lösning på tvisten, återupptas handläggningen av målet. Parterna kan också ha specificerat tidsramarna i avtalet. Om domaren anser att den tid som har överenskommits mellan parterna framstår som rimlig skulle denne kunna besluta att målet ska vila i enlighet med avtalet. Det ska dock poängteras att parternas avtal aldrig binder domaren på något sätt till att vilandeförklara målet under en viss tid. En part får framställa en ensidig processhandling inför domstolen som är förenlig med avtalet. Det är dock alltid domstolen som fattar det avgörande beslutet om vilandeförklaring utan att vara bunden av en parts åsikt. Bestämmelsen i 32 kap. 5 § RB är fakultativ och domstolen har, oberoende av parternas överenskommelse, att utreda om det föreligger skäl för vilandeförklaring.[573]

Enligt min mening är det inte sannolikt att domstolen skulle vilandeförklara en talan mot ena partens vilja, frågan är om det ens är lämpligt. Processlagberedningens uttalande utgår från att båda parter framställer önskemål om vilandeförklaring för att kunna förlikningsförhandla. Det står ingenting om den situationen att enbart en av parterna är intresserad av detta. Domstolen har också en skyldighet att se till att tvisten drivs framåt.[574] Att då tvinga en part att medverka i förliknings- och medlingsförhandlingar skulle riskera att försena målets handläggning och partens rätt till domstolsprövning. Det förefaller inte heller meningsfullt att tvinga en part att delta i förliknings- och medlingsförhandlingar. Förutsättningarna för att en överenskommelse ska uppnås är ju minimerade på grund av ena partens motvilja.[575]

573. Se *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 32 kap. 5 §. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljemannarätt, s. 54 f. som framhåller att ett så kallat *stilleståndsavtal* bör lämnas utan beaktande av en domstol. Med stilleståndsavtal avses avtal om att rättegången inte får inledas innan en viss specificerad tidsrymd har passerat. Avsikten kan vara att ge parterna tid och möjlighet att ”besinna” sig (*cooling-off* klausul) och överväga det rättsliga läget som tvisten ger upphov till, men också att ge parterna en möjlighet att försöka lösa tvisten genom en samförståndslösning.

574. Jfr 42 kap. 6 § st. 3 och 4 RB.

575. Jfr prop. 2010/11:128 s. 43. Av annorlunda uppfattning förfaller Lindell vara, se vidare *Lindell Bengt*, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?, s. 186 ff.

Parternas framförda åsikter bör rimligen tolkas som två enskilda processhandlingar och det är domstolen som avgör vilken, om någon, verkan ett tvistlösningsavtal om förlikningsförhandlingar eller medling ska ha. Det finns dock inte något principiellt hinder i 32 kap. 5 § RB mot att låta målet vila i avvaktan på genomförda förliknings- eller medlingsförhandlingar.

Det förekommer att det i institutionella och andra utomrättsliga reglementen som parterna genom avtal har förbundit sig att följa, finns bestämmelser med innebörden att parterna inte får lov att väcka talan eller påkalla skiljeförfarande under tiden som det pågår förliknings- eller medlingsförhandlingar mellan parterna och att en skiljenämnd eller domstol är skyldig att beakta detta.[576] I Sverige har dessa regleringar ingen annan verkan än att de möjligtvis är avtalsrättsligt bindande mellan parterna och den part som bryter mot regeln skulle begå ett kontraktsbrott. En sådan avtalsreglering har dock inte någon processrättslig verkan utan är snarare en form av *gentlemen's agreement* mellan parterna.

Skulle en förlikningsförhandlings- eller medlingsklausul vara formulerad så att parterna aldrig har rätt till domstolsprövning eller skiljeförfarande skulle detta också innebära *deni de justice*. Parterna får aldrig avtala bort slutlig rättslig prövning helt.[577]

Ett tvistlösningsavtal med innebörden att en av parterna har tilldelas beslutanderätten över en framtida tvist mellan parterna, en av parterna dömer i egen sak, får inte den processuella rättsverkan att avtalet bildar ett processhinder inför domstol. En gammal sedan länge härskande princip är *Nemo judex in causa sua* eller *nemo judex in sua causa* som betyder att ingen får döma i egen sak där man har ett intresse.[578]

I NJA 1982 s. 853 konstaterade Högsta domstolen att en skiljeklausul i ett fackförbunds stadgar inte kunde utgöra ett processhinder när den femte och oberoende skiljemannen skulle utses av ett organ som representerade förbundets synsätt.[579] Den processuella ogiltighetsprincipen hindrar detta. Det finns inte något lagstöd för en sådan avtalskonstruktion. Dessutom skulle det strida mot rättsstatens ansvar för rättskipningen att tillåta sådana avtalsvillkor. Det ansvar som staten har över rättskipningen utgår från att

576. Jfr 2 § Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut. Av bestämmelsen framgår att ett medlingsavtal endast utgör processhinder inför domstol eller skiljeförfarande om parterna har kommit överens om detta. Se också artikel 13 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.

577. Jfr *Alexander, Nadja*, International and Comparative Mediation, s. 156 f. och *Mulcahy, Leigh-Ann*, Human Rights and Civil Practice, s. 441. Se även diskussionen ovan kapitel 9.

578. Jfr *Chern, Cyril*, Chern on Dispute Boards, s. 36.

579. Jfr även NJA 1974 s. 573 där det slogs fast att ett tvistlösningsavtal som hänvisar tvister till en försäkringsnämnd där flertalet av ledamöterna fritt utsågs av en av parterna, inte kan utgöra ett rättegångshinder. Dock annorlunda i NJA 1981 s. 1205 där Högsta domstolen konstaterade att intressebalansen skapas genom att lika många ledamöter utses av arbetsgivarsidan och av arbetstagarsidan (även om en enskild försäkringstagare inte fick utse någon ledamot).

medborgarna ska ges rättsliga möjligheter att få sina materiella anspråk prövade i ett domstolsförfarande eller i ett av rättsstaten accepterat alternativ till domstolsprövning, exempelvis ett skiljeförfarande. Detta ansvar kan knappast vara uppfyllt när en part dömer i egen sak.

10.6 Gränsdragningsproblem

10.6.1 *Skiljeförfarande eller privatdomarförfarande*

När parterna formulerar ett alternativt tvistlösningsavtal som inte automatiskt känns igen som ett skiljeavtal uppkommer frågan vad parterna egentligen har avsett för tvistlösning med avtalet. Som visats ovan har det nämligen stor betydelse för avtalets processuella rättsverkningar om det tolkas som ett skiljeavtal eller någon annan form av privatdomaravtal.

Synen på skiljeavtalet har förändrats över tiden. Tidigare var den allmänna uppfattningen i litteraturen att så snart parterna överlämnat åt en tredje person att avgöra en viss tvist förelåg ett skiljeavtal.[580] Denna uppfattning grundade sig på att skiljeförfarandet skulle skiljas ut från så kallade sakkunnig- eller godmansförfaranden, det som i denna avhandling benämns privatdomarförfaranden. Skiljeförfarandet uppfattades ha processuell karaktär medan privatdomarförfaranden karaktäriserades som materiella till sin natur.[581] Dessa senare förfaranden kännetecknades av att parterna överlämnat åt en tredje man att bestämma hur det förhöll sig i ett visst sakligt förhållande antingen genom att slå fast ett visst faktum eller att göra en uppskattning eller värdering av något. Skiljemannen däremot ansågs ha en mera omfattande roll genom att denne skulle lösa en rättstvist och skiljemannens uttalanden skulle inte hänföra sig enbart till fakta utan framför allt till de ur dessa fakta härledda rättsverkningarna. Privatdomarens uppgift var med andra ord mer begränsad än skiljemannens.[582] Skiljemannens uppgift var snarast att jämställa med domarens.

Andra privatdomarförfaranden än skiljeförfaranden där privatdomaren agerade beslutsfattare avseende hela tvisten var något systemfrämmande. Mot bakgrund av detta klassificerades och tolkades avtalsregleringar där parterna lämnade över rättskipningsuppgiften till en utomstående tredje man som ett skiljeavtal och inte någon annan form av privat tvistlösning, troligtvis för att man helt enkelt inte kunde tänka sig någon annan form av privat tvistlösning än just skiljeförfarande. Det innebar att en skiljeklausul inte behövde innehålla ord såsom ”skiljeförfarande” och ”skiljemän”.[583] Avgörande för

580. För en sammanfattning av den förändrade synen på skiljeförfarandet från förra sekelskiftet fram till idag, se *Westberg, Peter*, Kontrakterad privatdomare, s. 588 ff.

581. *Berglund, Hadar*, SvJT 1931 s. 125 (127). Även *Dillén, Nils,* SvJT 1934 s. 230.

582. *Berglund, Hadar*, SvJT 1931 s. 125 ff.

583. *Bolding, Per Olof,* Skiljedom, s. 71 f. Se även NJA 1902 s. 401 där en skiljeklausul löd ”*Alla tvister, som möjligen kunna uppstå af hvad beskaffenhet som helst, få ej under någon förevändning dragas inför*

tolkningen var att det av klausulen framgick att parterna lämnade över till en utomstående tredje man att avgöra tvistefrågor mellan parterna.

Allteftersom skiljeförfarandet blev vanligare och även andra privata tvistlösningsformer utvecklades förändrades också synen på skiljeavtalet. Plötsligt var gränsen mellan skiljeavtal och privatdomaravtal inte längre lika tydlig. Det gick inte längre att dra slutsatsen att parterna avsett tvistlösning genom skiljeförfarande enbart av den anledningen att de överlämnat åt en utomstående tredje man att avgöra en tvist eller en tvistig fråga. En ny tolkningsregel etablerades och används i dag för att avgöra om ett tvistlösningsavtal utgör ett skiljeavtal eller ett avtal om någon annan form av tvistlösning. Om det är oklart om ett avtal ska uppfattas som ett skiljeavtal eller som en överenskommelse om någon annan form av tvistlösning, ska avtalet *inte* tolkas som ett skiljeavtal.[584] Genom skiljeavtalet avstår parterna från det processuella rättsskydd som följer med civilprocessen samt möjligheterna att överklaga skiljedomen på materiell grund. Det måste därför *otvetydigt* framgå att avtalet avser skiljeförfarande och inte någon annan form av tvistlösning.[585] Däremot finns det inte något krav på att begrepp såsom ”skiljeavtal”, ”skiljeklausul”, ”skiljeman” används i avtalet. Så länge det framgår att det är ett skiljeförfarande som avses har ordvalet i sig inte någon större betydelse för dess giltighet.[586] Det finns dock en risk för att tvistlösningsavtalet bedöms som någonting annat än ett skiljeavtal om inte ”typiska” skiljemannarättsliga begrepp kommer till uttryck i avtalet.

Det är självklart att det kan uppkomma gränsdragningsproblem där det kan vara svårt att avgöra vilken form av tvistlösning som parterna har avsett. Detta gäller inte minst när tvistlösningsavtalet innehåller särskilda och mera detaljerade beskrivningar av förfarandet som delvis avviker från det som anses typiskt för ett skiljeförfarande.[587]

Det främsta problemet med otydliga tvistlösningsavtal är att skiljeavtal och andra privatdomaravtal ger upphov till olika rättsverkningar.[588] Ett giltigt skiljeavtal utgör processhinder inom civilprocessen. Med ett skiljeförfarande följer också ett relativt färdigt ”paket” för tvistlösningen. Det är en väl

domstol, utan skola alla sådana afgöras genom kompromiss, som tillgår sålunda, att hvarje delägare väljer en och dessa trenne afgöra saken.” Denna ”skiljeklausul” låg till grund för ett skiljeförfarande.

584. Jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 46 ff. samt Skiljemäns rätt att komplettera avtal, s. 185. Även *Westberg, Peter*, Kontrakterad privatdomare, s. 593.

585. *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 46. Även NJA 1974 s. 573, RH 1980:48 och RH 1995:123.

586. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 99 f., *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 50 f. och *Cars, Thorsten*, Lagen om skiljeförfarande, s. 29 f.

587. Otydligheten kan dock i vissa fall vara en medveten åtgärd från parterna eller någon av dem. En part kan i vissa fall anse att det finns en fördel med en otydlig klausul. Ett skäl kan vara att det till viss del ökar flexibiliteten i förfarandet och öppnar upp för olika tolkningar beroende på hur den uppkomna tvisten ser ut och vilka intressen som aktualiseras. Ibland kan det också ses som en fördel att ”köpa sig tid” genom tvister i tvisten, vilket kan uppkomma om parterna tvistar om hur en materiell tvist ska lösas.

588. Jfr ovan avsnitt 10.3.3 och 10.4.4.

etablerad tvistlösningsform för vilken det finns lagstiftning och skiljedomen ger upphov till samma rättsverkningar som en domstols dom. Skiljedomen vinner rättskraft och är verkställbar. Det är därför viktigt att det kan slås fast om ett tvistlösningsavtal ska tolkas som ett skiljeavtal.

Skulle en domstol, eller en skiljenämnd, komma fram till att ett tvistlösningsavtal inte är ett skiljeavtal är parterna hänvisade till det avtalade tvistlösningsförfarandet, någon form av privatdomarförfarande. Mot bakgrund av att ett sådant privatdomaravtal inte utgör ett processhinder inför domstol får en part som inte vill slita tvisten inför det utpekade privatdomarorganet alltid väcka talan inom ramen för civilprocessen.

10.6.2 *Valrättsklausuler*

Ett annat exempel på otydliga tvistlösningsklausuler är så kallade *valrättsklausuler*.[589] Tveksamheten ligger då inte i vilken form av tvistlösning som parterna har avsett. Istället ger klausulen parterna, eller en av dem, möjlighet att välja mellan skiljeförfarande och civilprocessen. Ska en sådan klausul tolkas som en skiljeklausul? Å ena sidan kan det knappast sägas framgå med tydlighet att det är ett skiljeförfarande som parterna har avsett med avtalet, å andra sidan är det inte heller otydligt vilka tvistlösningsformer som avses. Otydligheten ligger i att parterna inte på förhand kan förutse vilken av de två tvistlösningsformerna som kommer att aktualiseras vid en framtida tvist. Mot bakgrund av avhandlingens syfte är det enbart situationer där sådana valrättsklausuler åberopas inför domstol som är aktuella.[590]

> ”Vid tvister med anledning av detta kontrakt har käranden rätt att välja tvistlösningsform genom att antingen lämna in en stämningsansökan till domstol eller påkalla skiljeförfarande inför en skiljenämnd”

Om parterna har tilldelats lika rätt att välja mellan tvistlösningsformerna domstolsprövning och skiljeförfarande, anses käranden ha utnyttjat denna valrätt om denne väcker talan inför domstol. Om svaranden inte har några invändningar mot detta är det knappast något problem. Skulle svaranden däremot invända att tvistlösningsavtalet är ett skiljeavtal måste domstolen slå fast om det *otvetydigt* framgår att parterna har avsett att avstå från domstolsprövning till förmån för ett skiljeförfarande.[591] Så kan det knappast vara när parterna har tilldelats en valrätt och käranden har valt att stämma inför domstol.[592] I det läget bör svarandens invändning om att avtalet är ett skiljeavtal ogillas.

589. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 105 f. och 123 f. Se även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt s. 153 och 177.

590. Situationen där en part utnyttjar sin valrätt genom att påkalla skiljeförfarande faller därmed utanför avhandlingens syfte, jfr ovan avsnitt 1.3.

591. Jfr ovan avsnitt 10.6.1.

592. Jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 177

Men vad händer om det är svaranden som har tillerkänts en valrätt och nu åberopar rätten att välja skiljeförfarande framför domstolsprövningen?

> ”Vid tvister mellan X och Y med anledning av detta avtal, har Y rätt att välja om sådana tvister ska prövas av skiljenämnd eller domstol.”

Skulle ovan redovisade tolkningsregel tillämpas strikt borde svarandens (Y) invändning ogillas även i detta fall och domstolen vara behörig att pröva tvisten. Klausulen är inte uttryckligen en skiljeklausul där det otvetydigt framgår att parternas avsikt har varit att avstå från domstolsprövning till förmån för skiljeförfarandet.[593] Det råder dock inte någon tvekan om vilka tvistlösningsformer som avses. Som inledningsvis nämndes ligger otydligheten i att X inte på förhand kan förutse vilken form av tvistlösning som blir aktuell om det uppkommer en tvist och därmed inte heller kan bedöma konsekvenserna och riskerna med en sådan klausul. X är utlämnad till Y:s val av tvistlösningsform. Det är också detta som enligt min mening är klausulens svaghet. Det förekommer att tvistlösningsavtal skrivs så att domstolsprövning och skiljeförfarande kombineras genom att en beloppsgräns utgör skiljelinjen. Skillnaden är då att parterna genom tvisteföremålets värde till viss del kan förutse vilken tvistlösningsform som aktualiseras vid en framtida tvist.[594] I nu exemplifierade fall måste X, som saknar valrätt, inleda en process om denne vill påtala en rättighet enligt kontraktet utan att det är utrett om Y kommer att godta den valda processformen domstolsprövning.[595]

Om X stämmer vid domstol och Y invänder att denne önskar skiljeförfarande, ska då denna invändning medföra att domstolen avvisar X talan på grund av att tvistlösningsklausulen ska tolkas som en skiljeklausul som utestänger rätt till domstolsprövning?[596] Under förutsättning att X inte medger Y:s invändning utan önskar tvisten prövad av domstol, måste domstolen avgöra vilken processuell rättsverkan som valrättsklausulen har. Avgörande för denna bedömning är vad som ska läggas i uttrycket att det otvetydigt ska framgår av tvistlösningsklausulen att parterna har avsett att lämna över tvistefrågor till en skiljenämnd. De rättsfall där frågan har aktualiserats innefattar visserligen andra typer av avtalsvillkor än det nu aktuella, men domstolarnas bedömning har varit helt fokuserade på att det är just ett skiljeförfa-

593. Jfr dock *Bolding, Per Olof*, Skiljedom, s. 82 not 51. Bolding förefaller vara av åsikten att ett skiljeavtal som endast ger en parterna rätt att välja mellan skiljeförfarande och domstolsprövning, kan utgöra ett giltigt skiljeavtal.

594. Det kan även uppkomma svåra gränsdragningsproblem när det ska fastställas om tvisteföremålets värde är inom gränsen för domstolsprövning eller om det är ett skiljeförfarande som ska aktualiseras. Ett exempel på en sådan tvistlösningsklausul är den som kommer till uttryck i standardavtalet AB04, klausulen återges i valda delar nedan under avsnitt 11.6.3.2. Se vidare *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 149 f. och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 106.

595. Jfr *Lindskog, Stefan* Skiljeförfarande, s. 123 särskilt not 166 och 132 f.

596. Naturligtvis skulle Y kunna underlåta att göra en invändning om skiljeförfarande och därmed anses ha valt domstolsprövning som tvistlösningsform, jfr 5 § LSF.

rande som har avsetts för att avtalsvillkoren ska utgöra processhinder inför domstolen.[597] Högsta domstolen har också i NJA 1979 s. 666 uttryckt betänkligheter mot valrättsklausuler där en part har tillerkänts en ensidig rätt att välja mellan domstolsprövning och skiljeförfarande.[598] Högsta domstolen uttalade "*Den omständigheten att förfaringssättet vid tvist inte bestäms i avtalet utan kommer att bero av ett ställningstagande i framtiden kan nämligen medföra att konsekvenserna av klausulen om förfaringssättet vid tvist inte blir till fullo beaktade.*".[599] I detta fall var inte frågan om domstolens behörighet att pröva tvisten föremål för prövning. Istället fördes en talan om att valrättsklausulen var oskälig och valrättsklausulens speciella karaktär hade betydelse vid denna bedömning. Högsta domstolens domskäl har kritiserats i doktrin där det har framförts tveksamheter till att valrättsklausuler generellt sett ska anses utgöra grund för jämkning. Även om det kan synas föreligga en obalans genom att endast en av parterna får en valrätt, är båda tvistlösningsformerna godtagbara av rättsordningen och därför skulle det inte vara en oskälig obalans.[600]

Även om det framgår av den aktuella avtalsklausulen vilka former av tvistlösning som avses, vilket varit synligt för X vid avtalsslutet, är det inte förutsebart för X om det faktiskt kommer att bli ett domstolsförfarande eller ett skiljeförfarande. På så sätt försvåras också X möjligheter att förutse risker och kostnader med en specifik tvistlösningsform. Ett argument mot accepterandet av valrättsklausuler skulle kunna vara att det inte framgår *otvetydigt* av avtalsklausulen att denna är en skiljeklausul, vilket enligt både praxis och doktrin är en förutsättning för att ett avtalsvillkor ska anses utgöra ett skiljeavtal.

Anledningen till att det tydligt ska framgå att parternas avsikt med skiljeavtalet har varit att välja bort domstolsprövningen, är just allas rätt till domstolsprövning. Har parterna avsett att frångå domstolsprövningen, ska det tydligt framgå. Det finns inget säkert svar på hur en domstol skulle bedöma en valrättsklausul, men jag ställer mig tveksam till att denna typ av valrättsklausul skulle innebära att X talan avvisas på grund av att klausulen skapar ett processhinder när svaranden utnyttjar sin valrätt och gör en invändning om skiljeförfarande efter det att X har väckt talan inför domstol.

10.7 Kombination av tvistlösningsförfaranden

10.7.1 *Flerstegsklausuler*

Som nämnts ovan förekommer det att parterna kombinerar olika former av tvistlösning genom flerstegsklausuler. Sådana klausuler kan se ut på olika sätt

597. Jfr ovan avsnitt 10.6.1.

598. Jfr även *Heuman, Lars*, JT 1997–98 s. 533 (554 f.) och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 132 f.

599. NJA 1979 s. 666 (cit. s. 669).

600. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 132 f.

och kombinationen av tvistlösningsförfaranden följer inte någon given mall. Parterna bestämmer helt själva vilka tvistlösningsförfaranden som är mest lämpade för tvister med anledning av ett huvudavtal mellan dem och hur de vill formulera en tvistlösningsklausul. Det kan exempelvis handla om att parterna kombinerar ett privatdomarförfarande med skiljeförfarande, eller ett medlingsförfarande med domstolsprövning. Det behöver inte enbart vara två olika tvistlösningsförfaranden. Anser parterna att det av någon anledning är lämpligt kan de kombinera både tre och fyra olika tvistlösningsförfaranden. Det är kanske inte så realistiskt att parterna är intresserade av det senare. Parterna har sannolikt önskemål om att framtida tvister faktiskt ska ha rimliga förutsättningar att bli lösta till rimliga kostnader. Alltför många olika steg i tvistlösningsavtalet kan göra själva tvistlösningsmekanismen tungrodd och omständlig.

Gemensamt för flerstegsklausulerna är att de i sista hand anvisar någon form av rättslig prövning; skiljeförfarande eller domstolsprövning. Naturligtvis skulle parterna kunna välja att avsluta flerstegsklausulen med någon annan tvistlösningsform, men i så fall har parterna inte angivit ett förfarande som ger upphov till en slutlig rättslig prövning med ett verkställbart avgörande. Om enbart olika privatdomarförfaranden och/eller förfaranden där en part agerar beslutsfattare omfattas av flerstegsklausulen, får också alltid den part som så önskar, vända sig direkt till domstol utan att först ha genomfört de olika stegen i flerstegsklausulen. Avtal om privatdomarförfaranden och avtal där parterna agerar beslutsfattare har ju inte processuell rättsverkan som processhinder.[601]

I NJA 1982 s. 853 uttalade Högsta domstolen sig om en variant av flerstegsklausul. Parterna i målet tvistade om rätten att utträda ur en fackförening. Föreningsstadgan föreskrev en specifik beslutsordning för tvister av de nu aktuella slaget och med skiljeförfarande som slutlig rättslig prövning. De enskilda medlemmarna hade inte följt den föreskrivna beslutsordningen. Föreningen menade att skiljeförfarande inte fick komma ifråga innan möjligheterna att överklaga i enlighet med den i stadgan föreskrivna ordningen hade utnyttjats. Högsta domstolen konstaterade att den angivna överprövningsordningen skulle ses som en förberedelse till skiljeförfarandet. Att denna överprövningsordning inte hade påkallats av de enskilda medlemmarna ”*bör därför varken kunna hindra domstols prövning [sic!] av frågan om*

601. Jfr ovan avsnitt 10.4.4 och 10.5.4. Olika nationella rättssystem bedömer dock de rättsliga verkningarna av medlings- och förlikningsklausuler olika. Även om sådana klausuler saknar verkan som processhinder i Sverige finns det andra länder där man har valt att ge klausulerna processhindrande eller tillfälligt stoppande verkande. I Danmark har en flerstegsklausul givits tillfälligt processhindrande verkan, jfr Højesterets dom av den 17 juni 2009. I England och Frankrike har så kallade flerstegsklausuler med medling givits tillfällig processhindrande verkan, jfr för England *Cable & Wireless Plc* mot *IBM United Kingdom*, och för Frankrike *Poiré* v. *Tripier.*

skiljeklausulens tillämplighet eller, om skiljeklausulen lämnas utan avseende, kunna vid domstol åberopas som särskilt rättegångshinder."[602]

NJA 1982 s. 853 ger ytterligare stöd för att ett första steg i en flerstegsklausul som innefattar ett privatdomarförfarande eller ett förfarande där parterna agerar beslutsfattare inte måste genomföras innan domstolsprövningen. Försteget utgör inte ett tillfälligt processhinder i civilprocessen. En part som inte vill att en framtida tvist ska lösas inom civilprocessen måste därför *alltid* som sista steg kombinera flerstegsklausulen med skiljeförfarande. Förutsatt att skiljeavtalet anses giltigt, utgör klausulen ett processhinder om den skulle åberopas inför domstol. Flerstegsklausulen tolkas då i sin helhet som ett skiljeavtal.

10.7.2 *Särskilt om Dispute Board-förfaranden*

Ett *Dispute Board*-förfarande är till sin natur ett flerstegsförfarande där *Dispute Board*-förfarandet kombineras med antingen skiljeförfarande eller domstolsprövning som slutlig rättslig prövning. Vad händer då om en part inte hänskjuter en fråga till en *Dispute Board* utan väljer att väcka talan direkt inom civilprocessen?

Domstolens agerande avgörs av hur *Dispute Board*-avtalet är formulerat. Har parterna valt skiljeförfarande som slutlig rättslig prövning kommer domstolen sannolikt att tolka hela *Dispute Board*-avtalet som ett skiljeavtal. Om motparten åberopar avtalet och invänder att domstolen saknar behörighet att pröva den uppkomna tvisten, kommer domstolen att avvisa talan, förutsatt att skiljeavtalet bedöms vara giltigt. Avvisningen sker dock inte på grund av att parterna har kommit överens om att tvisten i första hand ska prövas av en *Dispute Board* utan på grund av skiljeklausulen som innefattas i *Dispute Board*-avtalet.[603]

Om däremot parterna har kommit överens om att den slutliga rättsliga prövningen ska ske inom civilprocessen uppkommer en annan problematik. När det gäller *Dispute Board*-avtal är inte tanken att avtalet ska utesluta möjligheten till rättslig prövning. *Dispute Board*-förfarandet utgör enbart ett försteg till den slutliga rättsliga prövningen. Detta kan liknas vid det förhållandet när parterna kombinerar den rättsliga prövningen med ett försteg om förlikningsförhandlingar eller medling.[604] Frågan är om avtalet tillfälligt utesluter sakprövningen på ett sådant sätt att domstolen ska hänvisa parterna till *Dispute Board*-förfarandet innan de får komma i åtnjutande av domstolsprövningen.

Man kan tänka sig tre olika sätt för domstolen att lösa den uppkomna situationen. Det *första* är att domstolen avvisar talan. Domstolen menar då

602. NJA 1982 s. 853 (cit. s. 861).
603. 10 kap. 17 § RB och 4 § LSF.
604. Jfr ovan avsnitt 10.7.1.

att *Dispute Board*-avtalet har processhindrande verkan och parterna får inte vända sig direkt till domstolen utan att först ha genomgått försteget; *Dispute Board*-förfarandet. Denna lösning framstår dock som den mest osannolika. Som nämndes ovan medger inte lagstiftningen privata tvistlösningsavtal, förutom skiljeavtal, processhindrande verkan.[605]

Den *andra* lösningen är att domstolen vilandeförklarar talan i avvaktan på att *Dispute Board*-förfarandet, försteget, har uppfyllts. Som nämndes ovan i samband med förliknings- och medlingsförhandlingar, får domstolen under vissa förutsättningar förordna att ett mål ska vila i avvaktan på att ett hinder av längre varaktig karaktär undanröjs.[606] Ett argument skulle då vara att även ett *Dispute Board*-förfarande skulle kunna uppfylla det som krävs för vilandeförklaring av målet. Det finns dock en väsentlig skillnad mellan förliknings- och medlingsförhandlingar och *Dispute Board*-förfaranden. Civilprocessens förberedelsestadium har till syfte inte bara att klargöra och reda ut tvistefrågorna utan även att få parterna att nå en samförståndslösning. Mot bakgrund av detta kan en vilandeförklaring av målet framstå som försvarbar. Domstolen hade ändå försökt förmå parterna att komma överens inom ramen för civilprocessen. Däremot finns det inte något uttalat syfte med civilprocessen att också förmå parter att lösa tvister i ett alternativt privat tvistlösningsförfarande. Att då vilandeförklara ett mål på den grunden framstår inte som lika motiverat. Särskilt inte mot en av parternas vilja. Den part som har väckt talan inför domstol får antas ha som önskemål att tvisten verkligen prövas inom ramen för civilprocessen. Inte bara principen om allas rätt till domstolsprövning utan även processekonomiska aspekter talar mot en vilandeförklaring i detta fall.

Den *tredje* lösningen, och också den mest troliga, är att domstolen bortser från *Dispute Board*-avtalet och tar upp tvisten till prövning.[607] Domaren kan naturligtvis efterhöra med parterna vad de avsett med *Dispute Board*-avtalet och med käranden varför denne inte följt avtalet. Det finns dock inte något stöd för domstolen att ge ett *Dispute Board*-avtal den verkan att det stoppar, inte ens tillfälligt, att tvisten tas upp till sakprövning av domstolen.[608]

10.8 Medlaren skiftar roll under pågående förfarande

Det kan också tänkas att parterna genom tvistlösningsavtalet har kommit överens om att beslutsfattaren ska skifta roll under förfarandets gång. Ett exempel kan vara att parterna kommer överens om att en medlare ska övergå till att vara skiljeman med rätt att avgöra tvisten på ett för parterna bindande

605. Jfr ovan avsnitt 10.3.3, 10.4.4 och 10.5.4.

606. 32 kap. 5 § RB. Angående möjligheten att vilandeförklara ett mål se ovan avsnitt 10.5.4.

607. Jfr NJA 1982 s. 853. Se även diskussionen ovan under avsnitt 10.7.1.

608. *Dispute Board*-avgörandens rättsverkan samt dess betydelse i civilprocessen utvecklas nedan under avsnitt 11.6.3.2.

sätt, om de inte kan nå en samförståndslösning på tvisten, så kallade *med-arb-klausuler.*[609]

Medlaren är redan insatt i tvisten och de fakta som ligger till grund för densamma. Det kan då finnas situationer där parterna är villiga att lägga tvisten i medlarens händer för avgörande, särskilt i situationer där parterna har kommit att få stort förtroende för medlaren. Ett argument för att använda sig av *med-arb*-klausuler som ingås mellan parterna på förhand innan en tvist har aktualiseras, är att det inte uppkommer nya kostnader för parterna med att utse en ny tredje person, eller en hel skiljenämnd, som ska agera skiljeman. Det finns även de som påstår att en *med-arb*-klausul har en positiv inverkan på medlingen genom att den förmår parterna att anstränga sig för att nå en samförståndslösning på tvisten.[610] Medling som tvistlösningsform bygger dock på att parterna känner förtroende för medlaren och att parterna kan diskutera fritt och konfidentiellt med medlaren. Ett förlikningsförslag lämnas mot bakgrund av att parterna gör upp i godo. De intresse- och riskavvägningar som görs av parterna under medlingen är sannolikt inte desamma som aktualiseras under ett skiljeförfarande. Det finns därför en risk för att parterna inte kan genomföra medlingen på ett ändamålsenligt sätt om de redan från början är medvetna om att medlarens roll kan skiftas över till skiljemannens.[611]

Vilken rättsverkan har en så kallad *med-arb*-klausul om den åberopas inför domstol? Scenariot är detsamma som tidigare. En av parterna önskar inte vara bunden av klausulen och åberopar att tvisten ska lösas genom domstolsprövning. Det ligger nära till hands utgå från att en *med-arb*-klausul skulle bedömas på samma sätt som en allmän flerstegsklausul.[612] Hela klausulen får ses som ett skiljeavtal där parterna är överens om att tvister dem emellan ska avgöras genom skiljeförfarande och inte domstolsprövning. Det finns inte någonting i en *med-arb*-klausul som antyder att parterna har varit överens om att den slutliga rättsliga prövningen skulle genomföras på något

609. Jfr *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.*, ADR Principles and Practice, s. 147 f. *Med-arb*-klausuler ska inte förväxlas med den ordning som framgår av § 14, Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut. § 14 innebär enbart att medlaren, efter överenskommelse mellan parterna, övergår till skiljeman för att i en skiljedom stadfästa en förlikningsöverenskommelse mellan parterna.

610. Jfr *Phillips, Gerald F.,* Same-Neutral Med-Arb: What does the Future Hold, s. 24–32. Se även *Brown, Henry J. och Marriott, Arthur L.*, ADR Principles and Practice, s. 147 f., där det framförs argument både för och mot *Med-Arb*-klausuler.

611. Se vidare *Bühring- Uhle, Christian m.fl.* Arbitration and mediation in International Business, s. 252 f. För att undvika att medlingen inte blir ändamålsenlig och för att stärka parternas förtroende för medlingen och möjligheten till efterföljande skiljeförfarande kan parterna komma överens om att medlaren inte får agera skiljeman vid ett efterföljande skiljeförfarande, i vart fall inte om någon part motsätter sig detta, jfr exempelvis 7 (2) § Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut, artikel 19 UNCITRAL Conciliation Rules och artikel 12 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.

612. Jfr ovan avsnitt 10.7.1.

annat sätt än genom ett skiljeförfarande. Däremot borde förutsättningarna för att angripa en *med-arb*-klausul såsom ogiltig eller oskälig i ett enskilt fall vara goda.[613] *Med-arb*-förfaranden uppvisar dock stora likheter med de förlikningsförhandlingar som genomförs inom ramen för civilprocessen enligt 42 kap. 17 § 1 st. RB. I samband med dessa förlikningsförhandlingar betonas vikten av att domaren inte driver förlikningsförhandlingarna så hårt att domarens opartiskhet kan komma att ifrågasättas. Domaren ska ju som bekant avgöra målet om parterna inte når en förlikning.[614] Beroende på hur medlingsförhandlingarna har genomförts och vad som sagts samt avslöjats under dessa förhandlingar, skulle medlarens oavhängig- och opartiskhet i det enskilda fallet kunna ifrågasättas.

Det förekommer också att parterna utser medlaren till skiljeman i avsikt att denne ska stadfästa medlingsöverenskommelsen i en skiljedom. I dessa fall handlar det om situationer där skiljemannens uppdrag är begränsat till att stadfästa en ingången överenskommelse mellan parterna.[615] Medlaren ska inte övergå till att vara skiljeman för att avgöra tvisten mellan parterna, denna har parterna redan avgjort genom medlingsöverenskommelsen.

I exempelvis 12 § Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut finns en föreskrift om fastställelse av en medlingsöverenskommelse genom skiljedom. Parterna får i samband med att de träffar en sådan överenskommelse, om medlaren samtycker, också komma överens om att utse medlaren till skiljeman och begära att denne ska stadfästa överenskommelsen i en skiljedom. Någon motsvarande regel finn inte i lagen om skiljeförfarande. Däremot föreligger det inte i det nu aktuella fallet någon tvist mellan parterna när skiljemannen utses. En förutsättning för att stadfästelse ska kunna ske är därmed att rekvisitet ”tvist” i 1 § 1 st. LSF inte förutsätter att det verkligen föreligger en tvist mellan parterna för att en skiljeman ska kunna utses.[616]

613. Jfr dock *Heuman, Lars*, JT 1999–00 s. 912 (925). Heuman menar att bestämmelserna om jäv inte hindrar att medlaren utses till skiljeman eftersom parterna har varit medvetna om jävssituationen och inte gjort någon invändning om jäv utan accepterat medlaren som skiljeman. Det ska dock poängteras att Heuman avser den situationen att medlaren utses till skiljeman för att stadfästa en av parterna ingången förlikning, inte för att parterna misslyckats med medlingen och nu önskar att medlaren ska agera skiljeman i avsikt att slutligt avgöra tvisten mellan parterna.

614. Angående de problem som kan uppkomma då domaren genomför förlikningsförhandlingar med parterna under pågående tvistemål i domstolen se vidare *Ekelöf, Per Olof m.fl.* Rättegång V, s. 65 ff.

615. *Heuman, Lars*, JT 1999–00 s. 912 (925). Detta liknar den situationen att domstolen efter önskemål från parterna stadfäster en mellan parterna ingången förlikningsöverenskommelse, jfr 17 kap. 6 § RB.

616. Denna fråga behandlas inte i denna avhandling. För vidare läsning hänvisas till *Heuman, Lars*, JT 1999–00 s. 912 ff. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 755 ff.

11 Den kontradiktoriska modellen och alternativa tvistlösningsformer

11.1 Inledning

Den inledningsvis presenterade kontradiktoriska modellen utgår från att rätten till domstolsprövning innefattar dels en *rätt att få tillgång till en prövning vid en domstol*, dels en rätt till att *rättegången vid domstolen består av vissa grundläggande element* som gör rättegången rättvis.[617] I detta kapitel ska utredas hur den kontradiktoriska modellen återspeglas i svensk civilprocess. Därefter ska de olika valda alternativa tvistlösningsformerna jämföras med civilprocessen i dessa delar.

Kapitlet är disponerat så att först analyseras själva domstolsbegreppet, *avsnitt 11.2*. Här utvecklas betydelsen av att en domstol ska vara upprättad med stöd av lag samt innebörden av en oavhängig och opartisk domstol. Därefter övergår analysen till att slå fast hur de två elementen muntlig förhandling, *avsnitt 11.3*, och offentlig förhandling, *avsnitt 11.4* återspeglas i civilprocessen. Dessa två senare avsnitt behandlar således hur själva proceduren inför domstol ska genomföras. I svensk civilprocess styrs processubjektens olika ”roller” av ett antal olika processuella principer. Parternas uppgift är att presentera tvisten och deras respektive syn på densamma inför domstolen. Denna förhandlingstanke behandlas i *avsnitt 11.5*. Förhandlingstanken utgår från principen om fri process- och bevisföring. I avsnittet behandlas kontradiktionsprincipen och dispositionsprincipen som delar av den fria processföringen samt principen om den fria bevisföringen. Domstolens roll i civilprocessen är att avgöra rättsliga tvister mellan parterna. Denna rättighetsprövning analyseras i *avsnitt 11.6*. Avsnittet behandlar rättstillämpning och fri bevisvärdering.

Varje avsnitt följer samma systematik. De valda elementen i den kontradiktoriska modellen behandlas var för sig. Först slås fast hur det aktuella elementet kommer till uttryck i civilprocessen inkluderat artikel 6 (1) EKMR. Därefter analyseras och problematiseras de tre valda alternativa tvistlösningsformerna i förhållande till detta resultat. Ytterst handlar det om att slå fast om parter genom avtal kan skapa alternativa tvistlösningsförfaranden som tillgodoser de grundläggande elementen i den kontadiktoriska modellen. På så sätt kan likheter och skillnader mellan civilprocessen och de alternativa tvistlösningsformerna lyftas fram och de inledningsvis uppställda frågorna besvaras.

617. Jfr ovan avsnitt 1.2.

11.2 Domstol

11.2.1 *Allmänt*

Den kontradiktoriska modellen säger inte något om den arena där tvistlösningstriaden, part – beslutsfattare – part, är verksam. Det finns inget uttryckligt stöd för att enbart traditionella statliga domstolar likt tingsrätt, hovrätt och Högsta domstol, omfattas av domstolsbegreppet. Det finns därför inte något egentligt hinder för att andra tvistlösningsförfaranden än traditionella domstolsförfaranden skulle kunna tillgodose den kontradiktoriska modellen och de grundläggande element som innefattas i denna.[618]

Det finns inte någon enhetlig definition av begreppet domstol. Tvärtom innefattar det ofta, beroende på i vilken kontext diskussionerna förs, betydligt mer än vad som allmänt tycks förknippas med föreställningen om traditionella statliga domstolar. Det förefaller närmast som om begreppet domstol är institutionellt och innebörden blir det som lagstiftaren och rättstillämparen väljer att i olika sammanhang innefatta i det. De definitioner som återfinns i lagstiftning är oftast stipulativa: det som benämns domstol är definitionsmässigt en domstol. Detta ger utrymme för en tolkning av begreppet domstol som sträcker sig utanför de traditionella statliga domstolarna.

Ytterligare svårigheter att finna en enhetlig definition är att det, förutom nationell lagstiftning, finns internationella konventioner såsom Europakonventionen samt EU-rättsliga regleringar att ta hänsyn till. Både Europadomstolen och EU-domstolen tolkar termen domstol i förhållande till syftet bakom Europakonventionen respektive den EU-rättsliga lagstiftningen.[619] Det innebär att begreppet domstol tolkas på ett annat sätt än vad som vanligen tolkas in i begreppet i Sverige.[620] I exempelvis den engelska versionen av artikel 6 (1) EKMR används begreppet ”*tribunal*” istället för ”*court*”, vilket visar att i konventionssammanhang ska begreppet domstol inte tolkas så att därmed enbart avses domstolar av traditionellt slag.[621]

I svensk rätt framgår det av regeringsformen vad som utgör en domstol. För rättskipningen finns domstolar där de allmänna domstolarna utgörs av

618. Jfr *Fuller, Lon L.*, The Forms and Limits of Adjudication, s. 354 och *Shapiro, Martin*, Courts: A Comparative and Political Analysis, s. 1 f.

619. Jfr *Matz, Henrik*, Begreppet domstol i EU-rätten, s. 60 f. Matz behandlar främst innebörden av domstolsbegreppet inom EU-rätten och framför allt i samband med rätten för nationell domstol att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Angående Europakonventionens domstolsbegrepp se *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 446 f., Jfr även *Campbell* och *Fell* mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 juni 1984, p. 76 och *Lithgow m.fl.* mot *Förenade Konungariket*, dom den 8 juli 1986, p. 201.

620. Jfr SOU 2011:42 s. 89 f.

621. Jfr not 619. Jfr också *Belilos* mot *Schweiz*, dom den 29 april 1988, p. 64, *Cypern* mot *Turkiet*, dom den 10 maj 2001, p. 233 och *Mihailov* mot *Bulgarien*, dom den 21 juli 2005, p. 37.

Högsta domstolen, hovrätterna och tingsrätterna.[622] Det framgår också tydligt att rättstvister mellan enskilda inte utan stöd i lag får avgöras av andra myndigheter än domstolar.[623] Bestämmelsen är tänkt att verka som ett skydd mot att dömande uppgifter överförs till organ som inte har samma starka ställning som domstolar. I vissa delar är dock skyddet inte särskilt starkt. Handläggning och beslutanderätt av tvister får med stöd av lag överföras till nämnder och andra liknande organ, vilket också har skett i vissa speciella fall.[624]

Vid en jämförelse med artikel 6 (1) EKMR framgår att artikeln utgår från ett betydligt ”bredare” domstolsbegrepp än civilprocessen. Artikel 6 (1) EKMR innehåller ingen uttrycklig definition av vad som utgör en domstol. I själva verket framgår det inte ens uttryckligen att parter har rätt att få *tillgång* till en domstol. Som nämndes ovan har dock Europadomstolen i fallet *Golder* förtydligat att artikel 6 (1) EKMR innefattar en sådan rätt.[625] Europadomstolen har också i ett flertal fall tagit ställning till innebörden av begreppet domstol. Av denna praxis kan det utläsas att domstolar inte enbart utgörs av traditionella statliga domstolar, även andra organ har accepterats som likvärdiga med domstolar.[626] Även svenska domstolar har i flera fall tolkat begreppet domstol i förhållande till Europakonventionen.[627]

Europadomstolen förefaller utgå från att om en konventionsstat bestämt att ett visst organ är en domstol ska detta accepteras. Det är upp till varje

622. 1 kap. 8 § och 11 kap. 1 § RF. Det finns även förvaltningsdomstolar bestående av Högsta förvaltningsrätten, kammarrätterna och förvaltningsrätterna. Av de refererade lagrummen framgår också att det för den offentliga förvaltningen finns statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter. Dessa har tilldelats viss beslutanderätt, men är inte att anse som domstolar. Dessa myndigheters beslutanderätt hänför sig inte till tvister mellan enskilda utan snarare till situationer där en enskild ansöker om en förmån eller liknade och myndigheten ska avgöra om förutsättningarna för detta är uppfyllda eller inte.

623. 11 kap. 5 § RF.

624. Se *Bull, Thomas* och *Sterzel, Fredrik*, Regeringsformen en kommentar, s. 264 och *Holmström, Erik m.fl.*, Grundlagarna, s. 529. Ett exempel är Statens va-nämnd. Jfr 1 § lagen (1976:839) om Statens va-nämnd med hänvisning till lag (2006:412) om allmänna vattentjänster, där det framgår vilka tvister som kan bli föremål för prövning inför Statens va-nämnd.

625. *Golder* mot *Förenade Konungariket*, dom den 21 februari 1975, p. 35–36. Jfr även diskussionen ovan under avsnitt 4.2.

626. I begreppet tolkas olika tvistlösningsorgan in, exempelvis brottsskadenämnden, *Rolf Gustafson* mot *Sverige*, dom den 1 juli 1997, medicinska besvärsnämnder, *Le Compte, Van Leuven* och *De Meyere* mot *Frankrike*, dom den 23 juni 1981 och ”*Board of Visitors*” med uppgift att handlägga bl.a. disciplinärenden i fängelser, *Campbell* och *Fell* mot *Förenade konungariket*, dom den 28 juni 1984, p. 76, där det tydligt poängteras att begreppet ”*tribunal*” (domstol i den svenska konventionstexten) inte enbart avser traditionella statliga domstolar. För ytterligare exempel se *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 199 f. Jfr även *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 446 f.

627. Jfr NJA 2002 s. 288, där Presstödsnämnden ansågs utgöra en domstol och RÅ 2002 ref. 104, där Resegarantinämnden klassificerades som en domstol. Jfr även SOU 2010:44 s. 292 f., där det uttalas att vissa nämnder uppfyller kraven på domstol enligt artikel 6 (1) EKMR, exempelvis övervakningsnämnd, hyresnämnd, arrendenämnd och Statens va-nämnd. Även prop. 2003/04:87 s. 40 f., där Rättshjälpsnämnden ansetts uppfylla kraven.

enskild konventionsstat att besluta hur de vill organisera rättskipningen för att möta de olika kraven i artikel 6 (1) EKMR. Därmed är det upp till varje enskild stat att avgöra vilka tvistlösningsorgan som ska utgöra domstolar så länge rättssäkerhetsgarantierna i artikel 6 (1) EKMR är uppfyllda.[628] I de fall där Europadomstolen har bedömt frågan om ett visst organ är en domstol eller inte, handlar det främst om situationer där konventionsstaterna har överlåtit beslutanderätten av enskilda rättsfrågor till andra statliga organ. Europadomstolen har i dessa fall tagit ställning till om de olika organ, till vilka beslutanderätten har delegerats, i de enskilda situationerna kan klassificeras som eller likställas med domstolar och om klaganden efter en helhetsbedömning har fått sin rätt till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR uppfylld.[629] Vid bedömningen har det exempelvis haft betydelse om tvistlösningsorganet är upprättat med stöd av lag, hur tvistlösningsorganet är sammansatt, hur beslutsfattarna utses, hur förfarandet är organiserat och om det finns särskilda procedurregler samt om tvistlösningsorganet utför judiciella uppgifter och har rätt att fatta rättsligt bindande beslut.[630]

Även EU-domstolen har uttalat sig om olika kriterier som kännetecknar en sådan domstol som har rätt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Exempelvis att organet är upprättat enligt lag, är av permanent natur, dess jurisdiktion är av tvingande karaktär, förfarandet är kontradiktoriskt, organet tillämpar rättsregler och är oavhängigt.[631] Det ska dock poängteras att EU-domstolen inte tar ställning till begreppet domstol i förhållande till alla och en vars rätt till domstolsprövning. Syftet med bedömningen är ett helt annat; nämligen behovet av enhetlig tillämpning av EU:s materiella rätt.

De nu nämnda kriterierna återkommer även i den svenska civilprocessen och kommer att behandlas vidare nedan.

11.2.2 *Upprättad med stöd av lag*

Ett centralt kriterium när man talar om domstolar är att dessa är upprättade *med stöd av lag*. Av svensk konstitutionell lagstiftning framgår att domstolar

628. Jfr *Sokurenko* och *Strygun* mot *Ukraina*, dom den 20 juli 2006, p. 22, *Kreuz* mot *Polen*, dom den 19 juni 2001, p. 56, *Belilos* mot *Schweiz*, dom den 29 april 1988, p. 64, *Lithgow m.fl.* mot *Förenade konungariket*, dom den 8 juli 1986, p. 201 och *Colozza* mot *Italien*, dom den 12 februari 1985, p. 30.

629. Jfr not 626.

630. Jfr *Le Compte, Van Leuven* och *De Meyere* mot *Frankrike*, dom den 23 juni 1981, p. 55–56, *H* mot *Belgien*, dom den 30 november 1987, p. 50–53, *Belilos* mot *Schweiz*, dom den 29 april 1988, p. 64 och *Mihailov* mot *Bulgarien*, dom den 21 juli 2005, p. 37. Se även *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 446 f.

631. Jfr *Gemeente Almelo m.fl.* mot *Energiebedriff IJsselmij NV*, mål C-393/92, p. 21–24, *Valeri Hariev Belov* mot *CHEZ Elektro Balgaria AD m.fl.*, mål C-394/11, p. 38–40 och *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA* mot *Autoridade Tributária e Aduaneira*, mål C-377/13, p. 23–25. Vad som utgör en nationell domstol inom EU-rätten har behandlats utförligt av *Henrik Matz* i avhandlingen med titeln ”Begreppet domstol i EU-rätten”.

ska upprättas med stöd av lag och att all maktutövning enligt legalitetsprincipen ska vara grundad på lag eller annan författning.[632]

I 11 kap. 1 § 1 st. RF grundlagsskyddas domstolsorganisationen i Sverige och av 2 st. framgår att andra domstolar än de som omnämns i 1 st. inrättas med stöd av lag. Det finns med andra ord en möjlighet att inrätta specialdomstolar. Dessa har då inte grundlagsskydd i regeringsformen annat än att det krävs lag för inrättandet av sådana domstolar.[633] Exempel på speciellt inrättade domstolar är Arbetsdomstolen och Marknadsdomstolen.[634] Vid införandet av en ny regeringsform under 1970-talet betonades att det är önskvärt att det i en lag som avser inrättandet av en domstol klart kommer till uttryck att det är en domstol som avses. Däremot avgörs inte frågan om en myndighet utgör en domstol eller inte uteslutande av hur myndigheten betecknas.[635] Mycket talar dock för att regeringsformen med uttrycket ”annan domstol” avser andra statliga myndigheter som ägnar sig åt rättsligt beslutsfattande.[636]

Möjligheten att upprätta domstolar begränsas av 2 kap. 11 § RF och förbudet mot tillfälliga domstolar.[637] Statens ansvar över rättskipningen bygger på ett tillhandahållande av permanenta domstolar. Dessa får inte inrättas för viss tvist eller i övrigt för visst mål. Permanens innebär en större möjlighet till enhetlig rättstillämpning och en kompetent rättsutövning. Permanenta organ kan också underkastas en fortlöpande kontroll. Rättssäkerheten kan gagnas genom utvecklandet av rutiner och intern praxis.[638] Om en rättsstat tillät tillfälliga domstolar finns det en risk för att makthavarna (politiker, riksdag, regering) frestas att fylla dessa med i saken partiska medlemmar. Inom en permanent organisation däremot, där rättsreglerna tillämpas på ett enhetligt sätt under en längre tidsrymd, säkerställs domarnas oavhängighet och kunskap. Dessutom kan erfarenhet lagras och användas på ett sätt som inte är möjligt i tillfälliga organ.

Tillsättandet av beslutsfattarna vid domstolarna, domarna, sker också med stöd av regeringsformen. Även här är permanens viktigt och utgångspunkten är att domare ska vara oavsättliga.[639] Domstolarna ska som huvud-

632. 11 kap. 1 § och 1 kap. 1 § 3 st. RF. Angående den rättsstatliga domstolsorganisationen och grundlagsskyddet, se vidare SOU 2008:125 s. 348 f. och prop. 2009/10:80 s. 122 f.

633. *Bull, Thomas* och *Sterzel, Fredrik*, Regeringsformen en kommentar, s. 261.

634. Lag (1974:371) om rättegång i arbetstvister och Lag (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

635. Prop. 1973:90 s. 379 ff.

636. Jfr SOU 2011:42 s. 89 f.

637. Stadgandet tar främst sikte på orostider och ska förhindra att olika tillfälliga domstolar tillsätts, se *Holmberg Erik m.fl.*, Grundlagarna, s. 138.

638. Se vidare *Frändberg, Åke*, Rättsstatens organisation, s. 275 f. Jfr även *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 70 ff.

639. Betydelsen av permanenta domare och domares oavsättlighet diskuteras vidare nedan under avsnitt 11.2.4.4.

regel besättas med ordinarie domare som utses av regeringen.[640] Det finns inget stöd för att parterna genom enskilda avtal får komma överens om vem som ska vara beslutsfattare i en enskild tvist inför en domstol.[641] I Sverige är det domstolarna som avgör rättstvister mellan enskilda och denna tvistlösningsuppgift är enbart i begränsad utsträckning möjlig att delegera till andra myndigheter. Om det sker, ska det ske med stöd av lag.[642] I samband med att tvistlösningsuppgifter omnämns i regeringsformen sker detta enbart i relation till de uppgifter som har tilldelats domstolarna eller andra särskilt i lag utpekade myndigheters uppgifter. Ingenstans finns det stöd för uppfattningen att exempelvis en privat skiljenämnd skulle kunna sägas utgöra en domstol i rättsstatlig mening.[643]

Sammantaget kan konstateras att genom att domstolar upprättas, och domare tillsätts, med stöd av lag, gagnas enskilda parters möjlighet att förutse var, och hur, deras rättsliga angelägenheter kan prövas inom ramen för den statliga rättskipningen.

Även artikel 6 (1) EKMR utgår från att domstolsprövningen ska tillhandahållas av domstolar som upprättats med stöd av lag. Detta innefattar att domstolen som sådan ska vara inrättad med stöd av lag, det vill säga vila på rättslig grund. Det betyder inte att varje detalj avseende domstolsväsendet måste regleras i lag förutsatt att själva domstolsorganisationen och domstolens behörighet följer av lag.[644] När det ska avgöras om ett tvistlösningsorgan utgör en domstol som upprättats med stöd av lag i enlighet med artikel 6 (1) EKMR har även tvistlösningsorganets sammansättning i varje enskilt fall betydelse. Beslutsfattarna ska vara oberoende, tillsatta för en viss (längre) tid, opartiska, och förfarandet ska uppfylla de rättssäkerhetsgarantier som framgår av artikel 6 (1) EKMR.[645]

Det framgår inte uttryckligen av artikel 6 (1) EKMR att det är permanenta domstolar som avses. Tanken bakom regleringen är dock att förhindra att extraordinära domstolar upprättas för att döma i enskilda mål eller för att

640. Jfr 11 kap. 1 § 3 st. och 6 § RF. När det gäller utnämning av domare och de hänsyn som ligger bakom reglerna, se vidare SOU 2008:125 s. 326 f. och prop. 2009/10:80 s. 130 f.

641. Frågan har behandlats i SOU 1995:65 s. 117 ff. och SOU 2007:26 s. 225 ff. I båda fallen var utredarna överens om att det inte ska finnas någon möjlighet för parterna att påverka vilken domare som ska handlägga tvisten inför domstol. Däremot har enskilda parter under vissa förutsättningar rätt att genom prorogationsavtal peka ut en specifik domstol som behörig att lösa tvister mellan parterna, jfr 10 kap. 16 § RB.

642. Jfr 11 kap. 5 § RF.

643. Detta framstår som märkligt mot bakgrund av att skiljenämnder i civilprocessen anses utgöra ett godtagbart alternativ till den statliga domstolen. Denna fråga behandlas närmare nedan under avsnitt 11.2.3.1.

644. Jfr *Cöeme* mot *Belgien*, dom den 22 juni 2000, p. 98–99, *Sokurenko* och *Strygun* mot *Ukraina*, dom den 20 juli 2006, p. 24 och *Momčilović* mot *Serbien*, dom den 4 februari 2013, p. 29. Se även *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 458.

645. Jfr *Gurov* mot *Moldavien*, dom den 11 juli 2006, p. 35–36 och *Posokhov* mot *Ryssland*, dom den 4 mars 2003, p. 39. Dessa olika kriterier utvecklas nedan under kommande avsnitt i kapitel 11.

verka i akuta lägen.[646] Det tolkas med andra ord in ett *varaktighetsrekvisit* i begreppet ”upprättad med stöd av lag”. Varaktighetsrekvisitet som en del av domstolsbegreppet och rätten till domstolsprövning har däremot inte diskuterats i någon större utsträckning varken i konventionspraxis eller doktrin. De gånger Europadomstolen haft att ta ställning till om ett tvistlösningsorgan är upprättat med stöd av lag handlar det ofta om behörighetsfrågor.[647] Det behöver inte betyda att varaktighetsrekvisitet är oviktigt. Tvärtom framstår det närmast som om just permanenta domstolar utgör en självklarhet i en fungerande rättsstat.

Europadomstolen har också uttalat att uttrycket ”lag” enligt artikel 6 (1) EKMR innefattar mer än lagstiftning om en domstols konstituerande och beslutsfattarnas kompetens. Med lag avses också andra bestämmelser i nationell rätt som inte får överträdas av domare. Det är dock upp till de nationella domstolarna att tolka bestämmelserna i nationell rätt. Europadomstolen ifrågasätter inte denna tolkning om inte det har skett en uppenbar överträdelse av nationell rätt.[648]

EU-domstolen har i ett flertal fall slagit fast att ett kriterium, bland flera, för att ett tvistlösningsorgan ska klassificeras som en domstol med rätt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen är att tvistlösningsorganet är upprättat med stöd av lag samt att det är av stadigvarande karaktär.[649] Domstolen har bland annat slagit fast att om det av den nationella lagstiftningen framgår att ett visst tvistlösningsorgan anses utgöra en del av det nationella domstolssystemet, är tvistlösningsorganet en domstol i enlighet med EU-rätten.[650] I vad mån en skiljenämnd utgör en domstol enligt EU-domstolen behandlas vidare nedan.

646. Jfr *Sokurenko* och *Strygun* mot *Ukraina*, dom den 20 juli 2006, p. 23–24. *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 223. Detta är också syftet bakom regleringen i 2 kap. 11 § 1 st. RF.

647. Jfr exempelvis *Gurov* mot *Moldavien*, dom av den 11 juli 2006, där en domares tidsbegränsade mandat att döma hade löpt ut vid den tidpunkt när domstolen dömde i målet. Enligt praxis i Moldavien fanns det under vissa förutsättningar möjlighet för domare att fortsätta att döma även sedan mandatperioden för detta löpt ut, men denna möjlighet var inte föreskriven i lag. Europadomstolen ansåg därför inte att kravet på en enligt lag upprättad domstol var uppfyllt. Jfr även *Shabanov* och *Tren* mot *Ryssland*, dom av den 14 december 2006.

648. Jfr *DMD Group A.S* mot *Slovakien*, dom den 5 oktober 2011, p. 59 och 61.

649. Jfr *Gemeente Almelo m.fl.* mot *Energiebedriff IJsselmij NV,* mål C-393/92, p. 21–24, *Valeri Hariev Belov* mot *CHEZ Elektro Balgaria AD m.fl.,* mål C-394/11, p. 38–40 och *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA* mot *Autoridade Tributária e Aduaneira*, mål C-377/13, p. 23–25.

650. *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA* mot *Autoridade Tributária e Aduaneira*, mål C-377/13, p. 23–25.

11.2.3 *Alternativa tvistlösningsorgan upprättade med stöd av lag*

11.2.3.1 SKILJENÄMNDER

Den svenska lagstiftaren har bestämt att skiljeförfarande accepteras som alternativ till civilprocessen. Ett giltigt skiljeavtal som åberopas inför domstol utgör ett dispositivt processhinder inför en domstol.[651] Lagstiftaren har också bestämt att skiljedomar ska vara verkställbara på samma sätt som domstolsdomar,[652] och den formella överprövningen av skiljedomar sker inför statliga domstolar.[653] Det råder inte heller någon tvekan om att skiljeavtal accepteras av Europadomstolen som ett giltigt avstående från rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR.[654] Mot bakgrund av detta framstår det ju faktiskt som om en skiljenämnd är en form av domstol upprättad med stöd av lag.

Som nämndes ovan framgår det av regeringsformen att andra domstolar än de där uppräknade upprättas med stöd av lag och att lagstiftaren här har avsett andra myndigheter som ägnar sig åt rättslig beslutsfattande. När lagstiftaren använder uttrycket ”upprättad med stöd av lag” avses statliga domstolar. Både regeringsformen och Europakonventionen ger utrymme för en sådan tolkning. 11 kap. RF reglerar domstolarnas och domarnas särställning som skydd för enskilda fri- och rättigheter. Det finns ingenting i kapitlet som antyder att statliga domstolar också skulle innefatta tvistlösningsorgan som tillsatts av parterna. Av artikel 1 i EKMR framgår att konventionen riktar sig till stater och det är staten som ansvarar för att konventionsrättigheterna upprätthålls inom statens jurisdiktionsområde. Staten har i enlighet med Europakonventionen ett ansvar för de domstolar som är upprättade inom rättsstaten och är en del av den rättsstatliga domstolsorganisationen. Inte heller här passar de privata skiljenämnderna in.

Det rättsstatliga domstolsbegreppet utgår från en domstolsorganisation som är permanent. Det finns ett varaktighetsrekvisit som ska vara uppfyllt för att ett tvistlösningsorgan ska utgöra en domstol. Mot bakgrund av detta skulle inte rätten till domstolsprövning vara uppfylld om parterna gavs möjlighet att avstå från domstolsprövning till förmån för en alternativ tvistlösningsform som upprättats av parterna, och inte enligt lag, för att lösa en enskild tvist, exempelvis en skiljenämnd.

651. 10 kap. 17 a § RB, 34 kap. 2 § RB och 4 § LSF.

652. Se 3 kap. 1 § p. 4 och 15–18 §§ UB.

653. 33–34 §§ LSF avseende ogiltighets- och klandertalan mot en skiljedom som enligt 43 § 1 st. LSF förs i hovrätten, samt talan beträffande skiljemännens ersättning som förs i tingsrätten, jfr 43 § 3 st. LSF.

654. Jfr exempelvis *Transado-Transportes Fluviais do Sado* mot *Portugal*, dom den 16 december 2003, *Suovaniemi m.fl.* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999, *Nordström Janzon* och *Nordström Lehtinen*, beslut den 27 november 1996 (målet avgjordes av Europakommissionen), *Jon Axelsson* mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990 (målet avgjordes av Europakommissionen) och *X* mot *Federala Republiken Tyskland*, beslut den 5 mars 1962 (målet avgjordes av Europakommissionen). Jfr även diskussionen ovan under avsnitt 6.5.2.

Parterna konstituerar skiljenämnden för varje specifik tvist genom att välja vem eller vilka som ska agera skiljemän i det enskilda fallet. Är verkligen ett tvistlösningsorgan som tillkommit under sådana former upprättat med stöd av lag? Svaret på frågan avgörs av hur man anser att begreppet ”upprättad med stöd av lag” ska tolkas och förstås. Här ska två tänkbara synsätt lyftas fram. Enligt det *första* synsättet avses med domstolar upprättade ”med stöd av lag” enbart sådana tvistlösningsorgan som antingen omnämns direkt i regeringsformen eller som är direkt upprättade med stöd av lag.[655] Det *andra* synsättet utgår från att begreppet ”upprättad med stöd av lag” är uppfyllt om det finns en lagstiftning som är tillämpbar för ett särskilt tvistlösningsförfarande och där det framgår hur tvistlösningsorganet ska vara organiserat, vilket innebär att lagstiftningen indirekt ger möjlighet till upprättandet av en ”domstolen”.

Med utgångspunkt i det första synsättet kan konstateras att varken regeringsformen eller någon annan lagstiftning ger uttryck för att skiljenämnder skulle vara en del av den statliga domstolsorganisationen. Det har i lagstiftningssammanhang framhållits som önskvärt att det i en lag som avser inrättandet av en domstol klart kommer till uttryck att det är just en domstol som avses.[656] Om en skiljenämnd skulle klassificeras som en statlig domstol borde det med andra ord framgå av lagstiftningen att avsikten varit att införa skiljenämnder som en del av den statliga domstolsorganisationen. Något sådant uttryckligt uttalande framgår varken av lagen om skiljeförfarande eller de förarbeten som har legat till grund för lagstiftningen. Tvärtom talas det om skiljenämnder som ett privat alternativ till en domstol.[657] Inte heller varaktighetsrekvisitet ger något stöd för tanken att skiljenämnder skulle vara en del av den statliga domstolsapparaten. Snarare är det tvärtom så att skiljenämndens tillfälliga karaktär talar mot detta. Sammantaget kan konstateras att det inte finns något uttryckligt stöd för att en skiljenämnd skulle vara en del av den statliga domstolsorganisationen.

Om det andra synsättet appliceras på skiljenämnder skulle det innebära att skiljenämnden ansågs indirekt upprättad med stöd av lag.[658] Av förarbetena till lagen om skiljeförfarande framgår att en förutsättning för att rättsordningen ska kunna ge sitt erkännande åt skiljeavtal och skiljedomar är att i vart fall skiljeproceduren omgärdas av vissa regler. Skiljeproceduren måste uppfylla grundläggande krav av den art som allmänt upprätthålls i rättsstatliga processordningar.[659] I Sverige finns det en nationell ramlagstiftning,

655. Såsom exempelvis Arbetsdomstolen och Marknadsdomstolen.

656. Prop. 1973:90 s. 379 ff.

657. Jfr prop. 1998/99:35 s. 34 f. och 40 f.

658. Jfr *Landrove, Juan Carlos*, European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration, s. 91.

659. SOU 1994:81 s. 69 f. och prop. 1998/99:35 s. 42.

lagen om skiljeförfarande, som bland annat drar upp riktlinjerna för hur skiljenämnden konstitueras, men också för hur själva förfarandet ska genomföras. Flera av bestämmelserna i lagen om skiljeförfarande gäller dock enbart om inte parterna har avtalat om något annat. När det gäller skiljenämndens konstituerande och sammansättning är partsautonomin mycket stor. Parterna har i princip obegränsade möjligheter att själva komma överens om hur nämnden ska sättas samman samt hur den ska genomföra själva förfarandet. Även om en skiljenämnd upprättas med stöd av avtal mellan parterna sker dock detta inrättande i varje enskilt fall med stöd av lagen om skiljeförfarande, som ger parterna denna möjlighet.[660]

Förutom att det finns en lagstiftning om skiljeförfarande, finns det också ett statligt inslag i skiljeförfarandet. Delar av de regelverk som gäller för domstolsprövning och domar är också tillämpliga på skiljeförfarandet och skiljedomen. Tingsrätten får under vissa förutsättningar på begäran av part träda in och bistå i vissa frågor.[661] Staten har också viss ”makt” över skiljeförfarandet genom den kontrollfunktion som staten utövar när parterna för en ogiltighets- eller klandertalan mot en skiljedom inför hovrätten.[662] En sådan klandertvist handläggs enligt reglerna för tvistemål i civilprocessen.[663] Det är också staten som tillhandahåller möjliga vägar för verkställighet av skiljedomar.[664]

Högsta domstolen har slagit fast att den konstitutionella regeln i 11 kap. 5 § inte utgör något hinder mot att parterna avstår från domstolsprövning till förmån för skiljeförfarande. Högsta domstolen konstaterade att föreskriften ”*att rättstvist mellan enskilda inte utan stöd av lag får avgöras av annan myndighet än domstol*”[665] inte hindrar att enskilda genom avtal hänskjuter tvister till avgörande av skiljenämnd.[666]

I svensk civilprocess talar det mesta för att det ovan presenterade andra synsättet råder. Svensk civilprocess accepterar ju skiljeförfarande som alternativ till domstolsprövning trots att det saknas konstitutionellt stöd för upprättandet av skiljenämnder som alternativ till domstolar.

Som nämndes ovan har Europadomstolen i flera fall slagit fast att det inte strider mot artikel 6 (1) EKMR att frivilligt avstå från domstolsprövning till

660. Jfr 1 § 1 st. och 12–13 §§ LSF.

661. Tingsrätten kan bl.a. bistå skiljeförfarandet genom att utse en skiljeman, jfr 12 och 14–18 §§ LSF, samt vid bevisupptagning under ed, 26 § LSF.

662. 33–34 §§ och 43 § LSF. EU-domstolen har konstaterat att när den nationella domstolen granskar en skiljedom efter en ogiltighets- eller klandertalan sker detta inom ramen för den statliga domstolens verksamhet och en sådan domstol har därmed rätt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen avseende frågor som hänför sig till en sådan talan, jfr *Gemeente Almelo m.fl.* mot *Energiebedriff IJsselmij NV,* mål C-393/92, p. 22.

663. 57 kap. 1 § RB.

664. 3 kap. 1 § 4 p. och 15–18 §§ UB.

665. NJA 1981 s. 1205 (cit. s. 1212).

666. Dåvarande 11 kap. 3 § RF. Regeln återfinns idag i 11 kap. 5 § RF. Jfr också SOU 2000:99 del A, s. 55.

förmån för ett skiljeförfarande.[667] Av konventionspraxis kan också utläsas att accepterandet av skiljenämnder som alternativ till domstol inte nödvändigtvis står i konflikt med begreppet ”upprättad med stöd av lag”. I det så kallade *Lithgow*-fallet gjorde domstolen några generella uttalanden och konstaterade att begreppet ”*tribunal*” i artikel 6 (1) EKMR inte enbart innefattar traditionella domstolar. Begreppet kan också innefatta beslutsorgan som endast ska avgöra ett begränsat antal frågor om organet tillhandhåller lämpliga garantier för förfarandet. I det aktuella fallet betonades också att det för förfarandet fanns lagregler som liknade de som gällde för en domstol. Tvistlösningsorganet var en permanent skiljenämnd som upprättats med stöd av en direkt lag. Enligt lagen skulle en ”*Aircraft and Shipbuilding Industries Arbitration Tribunal*” upprättas. Dessutom utsågs skiljemännen av staten.[668] Detta är dock någonting helt annat än en konventionell skiljenämnd upprättad av parterna.

Europadomstolen har också i andra sammanhang slagit fast att begreppet ”upprättad med stöd av lag” i vart fall innefattar organ vars existens som sådan grundar sig på lag.[669] Det har också slagits fast att domstolsorganisationen i en demokratisk rättsstat inte får vara beroende av den verkställande makten utan att domstolar ska upprättas med stöd av en av riksdagen stiftad lag.[670] Däremot finns det inget krav på att domstolen ska ha något uttryckligt stöd i konstitutionell lagstiftning och inte heller något krav på att den nationella lagstiftningen måste innehålla tvingande detaljerade regler om hur tvistlösningsorganet ska organiseras och sammansättas, eller hur förfarandet ska genomföras.[671]

Mot bakgrund av att skiljeförfaranden faktiskt accepteras av Europadomstolen som alternativ till domstolsprövning talar dock mycket för att även artikel 6 (1) EKMR utgår från det ovan redovisade andra synsättet. Det framstår som om Europadomstolen tolkar begreppet ”upprättad med stöd av lag” så att det är tillräckligt att den aktuella domstolen, eller det domstolsliknande organet, ges legitimitet genom lagstiftning. En avgörande faktor för att skiljenämnder accepteras som alternativ till domstolsprövning enligt arti-

667. Se ovan avsnitt 6.5.2.

668. Jfr *Litgow m.fl.* mot *Förenade Konungariket*, dom den 8 juli 1986, p. 201. Angående skiljenämndens upprättande och tillsättandet av skiljemän se p. 29.

669. *Piersack* mot *Belgien*, dom den 1 oktober 1982, p. 33 och *Momčilović* mot *Serbien*, dom den 2 april 2013, p. 29. Jfr även *Posokhov* mot *Ryssland*, dom den 4 mars 2003, p. 39, där Europadomstolen uttalade att begreppet ”upprättad med stöd av lag” innefattar organ vars existens som sådan grundar sig på lag, men att också rättens sammansättning är av betydelse för om ett organ är en domstol enligt artikel 6 (1) EKMR. Se även *Dijk*, *Pieter van m.fl.,* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s. 623 f.

670. *Zand* mot *Österrike*, beslut den 16 maj 1977 (målet avgjordes av Europakommissionen) och *Sokurenko* och *Strygun* mot *Ukraina*, dom den 20 juli 2006, p. 23.

671. Jfr *Zand* mot *Österrike*, beslut den 16 maj 1977 (målet avgjordes av Europakommissionen) och *Sokurenko* och *Strygun* mot *Ukraina*, dom den 20 juli 2006, p. 24. Jfr även *Sunnqvist, Martin*, Domarens oavhängighet och domarens känsla av oavhängighet, s. 36.

kel 6 (1) EKMR är att dessa fattar bindande avgöranden som är verkställbara på samma sätt som en dom.[672] Det har också betydelse att staten har viss möjlighet till inflytande över skiljeförfarandet genom att skiljeparterna har rätt att föra talan mot skiljedomen inför den nationella domstolen, även om det får förekomma variationer i nationell lagstiftning när det gäller på vilka grunder en sådan överprövning får ske.[673]

Även EU-domstolen har haft att ta ställning till i vad mån en skiljenämnd utgör en domstol upprättad med stöd av lag som får begära förhandsavgöranden. När det gäller kriteriet ”upprättad med stöd av lag” uttryckte EU-domstolen i *Nordsee*-fallet att ett skiljeförfarande är reglerat i lag. Däremot ansågs inte en privat skiljenämnd utgöra en sådan statlig domstol som har rätt att begära förhandsbesked av EU-domstolen.[674] I *Ascendi*-målet var kopplingen till staten av avgörande betydelse när en skiljenämnd på skatterättens område bedömdes utgöra en domstol som kunde begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Den aktuella skiljenämnden fanns upptagen i en förteckning över vad som utgjorde nationella domstolar i det aktuella landet. Skiljenämnden ansågs därmed utgöra en del av det nationella domstolssystemet. Som en del av detta system uppfyllde skiljenämnden också kravet att domstolen ska vara stadigvarande.[675]

Betydelsen av tvistlösningsorganets varaktighet har också behandlats inom EU-rätten i samband med en begäran om förhandsbesked både från en skiljenämnd med en ”halvofficiell” karaktär[676] och från en konventionell skiljenämnd, exempelvis i det ovan nämnda *Nordsee*-fallet. Av EU-domstolens motivering att döma förefaller inte varaktighetsrekvisitet och det faktum att en skiljenämnd upplöses direkt efter det att skiljedomen har meddelats,

672. Jfr *Boss Söhne KG* mot *Tyskland*, beslut den 2 december 1991 (målet avgjordes av Europakommissionen) och *Nordström-Janzon och Nordström Lehtinen* mot *Nederländerna*, beslut den 27 november 1996 (målet avgjordes av Europakommissionen).

673. Se *Souvaniemi* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999.

674. *Nordsee Deutsche Hochseefischerai GmbH* mot *Reederei Mond Hochseefisherai Nordstern AG & Co. KG* och *Reederei Friedrich Busse Hochseefisherei Nordstern AG & Co. KG,* mål C-102/81, p. 10. EU-domstolen fann att skiljenämnden inte var en domstol i enlighet med artikel 177 i EEG-fördraget (motsvarande bestämmelse återfinns idag i artikel 267 i EUF-fördraget).

675. *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA* mot *Autoridade Tributária e Aduaneira,* mål C-377/13, p. 23–25.

676. Jfr *Handels- og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark* mot *Dansk Arbejdsgiverforening*, som för talan för *Danfoss*, mål C-109/88, där skiljedomstolen var en facklig skiljedomstol som enligt gällande rätt utgjorde sista instans för avgörande av tvister mellan parter i kollektivavtal mellan arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer. Var och en av parterna hade behörighet att väcka talan vid skiljedomstolen. Däremot hade de inte behörighet att bestämma skiljedomstolens sammansättning. Detta var reglerat i lag. I nu aktuella fall yttrade inte EU-domstolen sig över varaktighetsrekvisitet, men generaladvokaten menade att inte alltför stor vikt skulle fästas vid att skiljedomstolen tillsattes *ad-hoc*. Istället tog generaladvokaten fasta på att skiljedomstolen hade en relativt vidsträckt allmän behörighet att avgöra en särskild typ av rättstvister och att denna behörighet ”institutionaliserade” den fackliga skiljedomstolen på ett sådant sätt att varaktighetsrekvisitet var tillgodosett. Se vidare generaladvokatens förslag den 31 maj 1989 till avgörande i mål C-109/88 *Danfoss*, p. 21.

ha haft någon betydelse för domstolens beslut i *Nordsee*-fallet.[677] Istället har EU-domstolen grundat sin bedömning på hur stark koppling till staten som ett aktuellt tvistlösningsorgan har, i det här fallet en konventionell skiljenämnd.[678] EU-domstolen poängterade i det aktuella fallet att skiljeförfarandet visserligen var reglerat i lag, att skiljemannen skulle fatta sitt avgörande i enlighet med gällande rätt samt att skiljedomen på samma sätt som en laga kraft vunnen dom utgör en exekutionstitel. Dessa omständigheter var dock inte tillräckliga för att skiljenämnden skulle få ställning som domstol när det gäller rätten att begära förhandsbesked från EU-domstolen. Avgörande för EU-domstolens bedömning var att avtalsparterna haft frihet att välja mellan domstolsprövning och skiljeförfarande, att inte det fanns någon möjlighet för nationella myndigheter att medverka vid beslutet och att de inte heller på eget initiativ kunde ingripa i skiljeförfarandet.[679]

11.2.3.2 PRIVATDOMARE

Tvistlösning genom privatdomare är inte upprättad med stöd av lag. Det saknas helt konstitutionellt stöd för privatdomare som ”domstol”. Inte heller finns det något stöd för att en privatdomare skulle vara likvärdig med en statlig domstol. Tvistlösningsorganet, privatdomaren, tillsätts med stöd av avtal mellan parterna och upprättas för ett särskilt rättsförhållande, exempelvis tvister med anledning av ett huvudavtal.[680] Därmed är liknelserna med skiljenämnden ovan stora. Det borde därför inte finnas något principiellt hinder för att även en privatdomare skulle kunna likställas med en domstol.

Civilprocessen saknar helt rättsregler om privatdomarförfaranden som ger stöd för att en privatdomare skulle kunna likställas med en domstol. Till skillnad från vad som gäller vid skiljeförfaranden finns det inte någon privatdomarlag. Det saknas helt procedurregler som omfattar det förhållandet att parterna genom avtal kommer överens om att en utomstående tredje man, som inte är skiljeman, ska avgöra en tvist dem emellan. Det saknas också bestämmelser om och hur ett privatdomaravgörande får angripas samt möjligheter att få ett privatdomaravgörande verkställt. Det finns med andra ord inte något rättsligt stöd för att privatdomare är tvistlösningsorgan upprättade med stöd av lag.

677. *Nordsee Deutsche Hochseefischerai GmbH* mot *Reederei Mond Hochseefisherai Nordstern AG & Co. KG* och *Reederei Friedrich Busse Hochseefisherei Nordstern AG & Co. KG*, mål C-102/81.

678. I *Nordsee*-fallet diskuterades däremot varaktighetskriteriet av generaladvokaten. Denne menade att skiljenämndens livslängd var av begränsad betydelse så länge som skiljenämnden agerar i ett skiljeförfarande som är ett permanent judiciellt system inom rättsordningen, se generaladvokatens förslag den 2 februari 1982 till avgörande i mål C-102/81 *Nordsee*, p. 2.

679. Jfr *Nordsee Deutsche Hochseefischerai GmbH* mot *Reederei Mond Hochseefisherai Nordstern AG & Co. KG* och *Reederei Friedrich Busse Hochseefisherei Nordstern AG & Co. KG*., mål C-102/81, p. 11–13. Jfr även *Matz, Henrik*, Begreppet domstol i EU-rätten, s. 105 f.

680. Se ovan under avsnitt 10.4.

Parterna kan naturligtvis genom avtal skapa en ”privatdomardomstol” och i avtalet reglera hur denna ska konstitueras, genomföra förfarandet och fatta beslut. Avsaknaden av all form av lagstiftning avseende privatdomarförfaranden gör det dock inte möjligt för parterna att med bindande verkan genom avtal ”skapa” en ”privatdomardomstol” som avger bindande och verkställbara avgöranden.

11.2.3.3 PARTERNA AGERAR BESLUTSFATTARE

När domstolsbegreppet diskuteras i förhållande till beslutsfattande där parterna själva agerar beslutsfattare på olika sätt är det framför allt medling och självrättskipning som är intressant att diskutera. Vid förlikningsförhandlingar finns det ju inte någon som ska ”avgöra” tvisten. Genom tvistlösningsformen medling har dock parterna pekat ut en tredje man som ska agera medlare, även om denne inte ska agera beslutsfattare och avgöra tvisten mellan parterna. Mot bakgrund av detta finns det anledning att relatera medlaren och självdomaren[681] som tvistlösningsorgan i förhållande till domstolsbegreppet.

Generellt kan konstateras att på samma sätt som gäller för privatdomarförfaranden, saknas det konstitutionellt stöd för att tvistlösning där parterna agerar beslutsfattare skulle utgör en del av den statliga domstolsorganisationen. Inte heller finns det något stöd för att exempelvis en medlare skulle utgöra ett med domstol likvärdigt tvistlösningsalternativ.[682] De nu aktuella tvistlösningsorganen upprättas med stöd av avtal mellan parterna för ett särskilt rättsförhållande och inte med stöd av lag. På samma sätt som gäller för privatdomarförfaranden saknas det en ramlagstiftning som får aktualitet för det fall att parterna inte har avtalat om någonting annat.

Det finns dock vissa delar av medlingen som ger upphov till samma resultat som vid en domstolsprövning. Medlingslagen gör det möjligt för parter att efter ansökan hos tingsrätten om en verkställbarhetsförklaring, ge medlingsöverenskommelsen status som exekutionstitel.[683] Detta är dock inget som sker per automatik utan parterna måste gemensamt aktivt välja att ansöka om en verkställbarhetsförklaring.[684] Görs inte detta får inte överens-

681. Med självdomare avses det tvistlösningsorgan till vilket parterna har överlåtit beslutsfattandet vid självrättskipning. Det innefattar dels situationen när en av parterna ska ha ensam beslutanderätt avseende vissa eller alla frågor, dels sådana organ som har en så nära koppling till en av parterna att det kan sägas råda identitet mellan dem, jfr ovan under avsnitt 10.5.2.3.

682. Inom ramen för civilprocessen genomförs dock förlikningsförhandlingar samt ges möjlighet för parterna att delta i särskild medling, 42 kap. 17 § RB. Förliknings- och medlingsförhandlingar inom ramen för civilprocessen faller utanför avhandlingen, se ovan avsnitt 1.4.1.

683. Angående verkställbarhetsförklaringar, se ovan under avsnitten 10.5.3 och nedan under avsnitt 11.6.3.3.

684. En ansökan om verkställbarhetsförklaring får lämnas in av enbart en av parterna, men förutsättningen för att verkställbarhetsförklaringen ska lämnas är att det då bifogas intyg om att samtliga parter samtycker till att en verkställbarhetsförklaring meddelas, 7 § medlingslagen.

kommelsen verkställas genom statens försorg. Medling definieras som ett ”strukturerat förfarande”. Detta begrepp tar sikte på utformningen av förfarandet. Regeringen uttalade att en sådan allmänt hållen definition gör att lagstiftningens tillämplighet inte är beroende av att medlaren och medlingen uppfyller vissa formkrav. Däremot vill man med begreppet ge förfarandet en ram.[685] I övrigt saknar medlingslagen bestämmelser om själva medlingsförfarandet, hur detta initieras och genomförs, vem som får agera medlare samt resultatet av medlingsöverenskommelsen.[686]

Som nämndes ovan finns det ett flertal medlingsinstitut som tillhandahåller medlingsregler som parterna genom avtal kan ansluta sig till på samma sätt som sker vid ett institutionellt skiljeförfarande.[687] Dessa privata regelverk sätter ramarna för medlingsförfarandet och utgör de ”normer” som parterna och en eventuell medlare har att följa. Detta innebär dock inte att medlaren som tvistlösningsorgan utgör en domstol upprättad med stöd av lag. Fortfarande saknas det en ramlagstiftning likt lagen om skiljeförfarande som aktualiseras för det fall parterna inte har avtalet om en viss omständighet.

Det ovan sagda gäller även vid självrättskipning. Har parterna kommit överens om att en av dem ska agera beslutsfattare avseende en framtida tvist, kan denna självdomare knappast sägas vara en domstol upprättad med stöd av lag. Detsamma gäller ett tvistlösningsorgan som är sammansatt av den ena parten eller av företrädare för den ena parten. Det finns inte något principiellt hinder mot att parterna genom avtal kommer överens om att självdomaren eller det självrättskipande organet ska vara organiserad som en domstol och ha samma form och funktion som en domstol. Parterna kan dock aldrig genom avtal skapa en domstol upprättad med stöd av lag. Dessutom är det en grundläggande princip att en part inte ska få lov att döma i egen sak.[688] Att då acceptera en självdomare som ett likvärdigt alternativ till domstol skulle framstå som mycket märkligt.

11.2.4 *Domstolens oavhängighet*

11.2.4.1 ALLMÄNT

Av den kontradiktoriska modellen framgår att en domstol ska vara oavhängig och opartisk. Dessa två element har stor betydelse när det ska undersökas om ett alternativt tvistlösningsförfarande kan accepteras som alternativ

685. Prop. 2010/11:128 s. 40 f.

686. Lagens syfte är inte att skapa en struktur för själva medlingsförfarandet. Syftet är istället att i enlighet med medlingsdirektivet, 2008/52/EG av den 21 maj 2008, förbättra medlingsklimatet och öka intresset för medling genom att skapa tillgång till verkställighet av medlingsöverenskommelser samt genom bestämmelser om konfidentialitet och medlings inverkan på talefrister och preskription, jfr prop. 2010/11:128 s. 20.

687. Se ovan under avsnitt 10.5.3.

688. Jfr *Kallenberg, Ernst*, Svensk civilprocessrätt, Föreläsningar, häfte IV, s. 862. Även SOU 1994:81 s. 90 och Prop. 1998/99:35 s. 64.

till domstol. Det kan vara svårt att hålla isär de båda elementen som ofta behandlas som ett begrepp, ”oavhängiga och opartiska domstolar”. Ett exempel på detta är att Europadomstolen i sin praxis har uttalat att det är lämpligt att behandla begreppen i ett sammanhang när det ska fastställas om en klagandepart har fått sina konventionsrättigheter enligt artikel 6 (1) EKMR uppfyllda.[689] I den kontradiktoriska modellen ska parterna lägga fram sin talan inför en neutral domare. I denna neutralitet innefattas att domaren ska vara *oavhängig*[690] och *opartisk*. Båda elementen innefattar olika aspekter på kravet att domstolar ska handla objektivt och inte påverkas av ovidkommande omständigheter. I denna avhandling behandlas dessa två element i olika avsnitt.

Opartiskhet syftar till att det inte inom domstolen, eller genom handläggande domare, får finnas någon vilja eller benägenhet att gynna en part framför en annan. Parterna ska behandlas lika i beslutsfattandet och den processuella handläggningen av målet.

Oavhängigheten tar sikte på att utesluta möjligheten av obehörig påverkan utifrån. I domarens neutralitet innefattas att denne ska vara fristående från staten och parterna. Det kan också diskuteras om inte domaren ska vara oavhängig även i förhållande till andra utanför processen stående subjekt. En domstol ska utöva sin rättskipande verksamhet självständigt.[691] Det ligger då nära till hands utgå från att en domstol ska vara fri från *all* påverkan utifrån oavsett om denna påverkan utförs av ett statligt eller ett privat subjekt eller organ.

Ett oberoende domstolsväsende är ett av fundamenten i vårt demokratiska samhälle.[692] Det är av synnerlig vikt att allmänheten känner förtroende för att domstolarna är oavhängiga och att det inte finns någon risk för påverkan.[693] För att tillgodose detta finns det konstitutionella bestämmelser som reglerar domstolarna, dess organisation samt domarnas tjänsteförordnande. Regleringen om oavhängighet syftar till att dömandet ska utövas fritt från politiska, personliga eller andra ovidkommande faktorer.[694] Det finns också

689. Jfr *Findlay* mot *Förenade Konungariket*, dom den 25 februari 1997, p. 73, där det talas om ”*independence*” och ”*impartiality*”. Se även *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 200, som menar att eftersom termerna delvis sammanfaller är det ofta lämpligt att betrakta begreppet ”oavhängig och opartisk domstol” som en helhet. Jfr dock *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 446–457, där de båda elementen presenteras var för sig.

690. Begreppet oavhängighet är i detta sammanhang synonymt med oberoende.

691. Angående domstolens rättskipningsuppgift se ovan kapitel 5.

692. Jfr *Frändberg, Åke*, Rättsstatens organisation, s. 281. Se även SOU 1994:99 del A, s. 31 ff.

693. SOU 2008:125 s. 313 f. och prop. 2009/10:80 s. 126. Jfr även SOU 2000:99 del A, s. 43–58 och SOU 2011:42 s. 95–109. Jfr även *Tamanaha, Brian Z.*, On the Rule of Law History, Politics, Theory, s. 52 ff.

694. Se vidare *Bull, Thomas* och *Sterzel, Fredrik*, Regeringsformen en kommentar, s. 260. Även *Holmberg Erik m.fl.*, Grundlagarna, s. 525 f.

olika internationella dokument som behandlar domstolars och domares oavhängighet.[695] Dessa dokument är inte folkrättsligt bindande för Sverige, men innehåller internationellt accepterade standarder för judiciell oavhängighet och bidrar till att utveckla och precisera innebörden av oavhängighet i svensk rätt.[696]

11.2.4.2 Oavhängighet i förhållande till myndigheter

Utmärkande för en rättsstat är att den dömande makten är självständig i förhållande till den politiska makten.[697] Detta kommer till tydligt uttryck i 1 kap. 1 § RF där det framgår att all offentlig makt utgår från folket och att den offentliga makten utövas under lagarna. Ingen utom domstolen får bestämma hur den ska döma eller tillämpa en rättsregel i ett enskilt fall.[698]

Domstolarnas självständighet är grundlagsskyddad genom 11 kap. 3 § RF. Domstolarna får inte ta emot anvisningar eller order av myndighet, inklusive regeringen, eller riksdagen om hur ett enskilt fall ska bedömas. Regleringen tar enbart sikte på myndigheter och riksdagen. Bestämmelsen innefattar dels att myndigheter och riksdagen är förbjudna att *ta kontakt* med domstolar i avsikt att genom anvisningar och instruktioner försöka påverka hur domstolen ska avgöra en särskild tvist i ett enskilt fall, dels ett förbud för domstolar att *låta sig påverkas* av sådana eventuella anvisningar och instruktioner.

695. Exempelvis *Grundprinciper för domstolsväsendets oberoende* (FN-GDO), antagna av FN:s sjunde kongress om brottsförebyggande och behandling av lagöverträdare samt bekräftade av generalförsamlingen 1985, *Europeisk stadga om regler för domarnas rättsställning* (EstDR), antagen av Europarådet 1998, *Allmän domarstadga* (ADSt), antagen av Internationella domarunionens centralråd 1999 samt *Rekommendation R (2010) 12 av Europarådets ministerkommitté till medlemsstaterna om domare: oberoende, effektivitet och ansvar* (R(2010)12, denna rekommendation ersätter den äldre R (94) 12. Dessa dokument återges i Domarens självständighet – några internationella dokument, skrift utgiven av Sveriges Domareförbund och Domstolsverket 2003. *Magna Carta of Judges* (MCJ), antagen av Europarådet 2010.

696. Jfr *To, Van-Hoa*, Judicial Independence, s. 89–119, *Ställvik, Olof,* Domarrollen: Rättsregler, yrkeskultur och ideal, s. 152 och *Sunnqvist, Martin*, Domarens oavhängighet och domarens känsla av oavhängighet, s. 35–51. Se även SOU 2008:125 s. 311 f. och SOU 2000:99 del A, s. 44.

697. Så har det inte alltid varit. Frågan om domstolarnas självständighet diskuterades redan i samband med 1809 års regeringsform, men regeringsmakten och den högsta domsmaktens enhet som konungen hade inflytande över behölls. Domstolen fortsatte också att döma i konungens namn. Trots vissa inslag av gamla traditioner anses dock 1809 års regeringsform klart ha förstärkt domstolarnas självständighet. År 1909 i samband med inrättandet av regeringsrätten kom domstolarnas självständighet att ytterligare förstärkas och konungens rätt att ta säte i Högsta domstolen togs bort. Inför ikraftträdande av 1974 års regeringsform hade Sverige en organisation av självständiga domstolar underställda lagarna. 1974 års regeringsform utgår från folksuveränitetens princip. För en historisk sammanfattning, se SOU 1994:99 del A, s. 31 ff.

698. SOU 2011:42 s. 96 f. och 107, där det framhålls att kärnan i principen om domstolarna och domarens självständighet är att det inte får ske någon inblandning i domstolens respektive den enskilde domarens dömande i enskilda mål och ärenden. Se även SOU 2000:99 del A, s. 57 f. och SOU 1972:15 s. 195 f. Jfr även artikel 1.2 EstDR och punkten 5 FN-GDO.

Mot bakgrund av 11 kap. 3 § RF, är hovrättens agerande i NJA 1993 s. 597 något överraskande. Målet är ett brottmål, men det är av principiellt intresse i förhållande till frågan om en domstols oavhängighet. Problematiken i målet var att den tilltalades agerande, förseelse mot luftfartsförordningen genom landning av helikopter utan tillstånd, var straffbart vid tidpunkten för handlingen, men inte vid tidpunkten för rättegången. Åklagaren medgav därför den tilltalades yrkande i hovrätten om att åtalet skulle ogillas. Hovrätten dömde trots detta den tilltalade till ansvar. Hovrättens avgörande verkar grunda sig på en skrivelse, som skickats innan den åtalade gärningen hade ägt rum, från luftfartsinspektionens jurist till rikspolisstyrelsen om hur den nya regeln skulle uppfattas. Skrivelsen hade tillställts hovrätten från luftfartsverket som inte var part i målet. Det framgår inte av domskälen att hovrätten begärt in dessa uppgifter från luftfartsverket, men trots detta har innehållet i skrivelsen haft avgörande betydelse för hovrättens dom.[699]

I domstolarnas oavhängighet innefattas också att de enskilda domarna ska vara helt självständiga i sitt enskilda dömande. Självständigheten gäller inte bara i förhållande till andra myndigheter och statliga organ utan också i förhållande till den egna myndigheten, domstolen, och enskilda kollegor vid domstolen, inklusive domstolschefer.[700] En domare ska enbart följa av rättsordningen godtagbara rättskällor i sin dömande verksamhet och får inte ta emot anvisningar och order om hur enskilda fall ska bedömas. Det förekommer dock att en domstol i ett enskilt mål begär in yttrande från en branschorganisation eller förordnar om en domstolssakkunnig. Detta i sig innebär inte att domstolens oavhängighet ska ifrågasättas. I de här fallen handlar det inte om att ta instruktioner från andra utan om att inhämta hjälpmedel för att det rättsliga beslutsfattandet ska kunna genomföras. Syftet är att tillföra sakkunskap till målet. Dessa yttranden är inte bindande för en domstol utan är enbart vägledande när domstolen ska värdera åberopade bevis för att kunna komma fram till om ett visst rättsfaktum är bevisat eller inte.[701]

Genom den senaste grundlagsändringen har domstolarnas oavhängighet i förhållande till den politiska makten förstärkts ytterligare. I 11 kap. 3 § 2 men. RF har införts ett grundlagsskydd avseende domstolarnas organisatoriska självständighet. Syftet med regleringen är att på grundlagsnivå slå fast att inget annat organ än domstolarna själva ska bestämma hur domstolen ska fördela dömande uppgifter i enskilda fall mellan domstolens olika domare.[702]

699. Referenten, hovrättsrådet Sjöblom var skiljaktig och menade att åtalet skulle ogillas. Sjöblom grundade sin skiljaktiga mening på en jämförelse mellan de äldre och de nya föreskrifterna utan att beakta innehållet i den av Luftfartsverket insända skriften. Även Högsta domstolen ogillade åtalet. Jfr också NJA 1964 s. 471, där Högsta domstolen ansåg det förenligt med grundlagen att en förvaltningsmyndighet avgjorde en rättsfråga på ett för domstolen bindande sätt.

700. SOU 2011:42 s. 107 f. Jfr även artikel 2, 4 och 11 st. 1–2 ADSt.

701. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 282 ff.

702. Prop. 2009/10:80 s. 128. Även SOU 2008:125 s. 315 och 794.

Även om fördelningen av mål inom en enskild domstol är en intern administrativ fråga, betyder inte det att en domstolschef får fördela mål hur som helst. Fördelningen av mål ska enligt tingsrättsinstruktionen ske genom lottning till de organisatoriska enheter som anges i domstolens arbetsordning.[703] Vanligen innebär detta att målet lottas till en särskild enhet, avdelning, inom domstolen och inte till en enskild domare. Fördelningen till den enskilda domaren styrs sedan skönsmässigt av den som har till uppgift att fördela målen inom enheten eller avdelningen. Detta kan vara chefsrådmannen eller enhetschefen, men beroende på organisationen kan det också vara en domstolssekreterare, beredningsjurist eller notarie.[704] En slumpmässig fördelning av mål är dock viktigt för att undvika misstankar om att det tas behöriga hänsyn vid fördelningen av nya mål.[705] För att ytterligare förstärka domstolens och domares oavhängighet har domarlagberedningen föreslagit att en grundläggande regel om målfördelning bör finnas i lag.[706]

11.2.4.3 Oavhängighet i förhållande till privata aktörer

Med påverkan av privata aktörer avses situationer där domstolen låter sig påverkas av utomstående utan att dessa har ett naturligt samband med tvisten. Däremot låter sig domaren naturligtvis påverkas i sitt beslutsfattande av vad exempelvis ett åberopat vittne berättar. I den situationen handlar det om att domaren utför en av rättskipningsuppgifterna, att värdera den av parterna åberopade bevisningen.

Det finns inga konstitutionella bestämmelser som tar sikte på att förbjuda privata aktörer att ta kontakt med domstolen med avsikt att påverka domstolens beslutsfattande i en enskild tvist. Om exempelvis en branschorganisation ringer upp en domstol eller sänder in handlingar till domstolen med avsikt att påverka hur en särskild fråga i en enskild tvist bör bedömas, kan knappast domstolen göra något åt detta i sig. Det är en annan sak att man kan tycka att det är olämpligt eller oetiskt från en branschorganisations sida att agera på detta sätt utan att ha blivit ombedd. Om branschorganisationen sänder in handlingar, adresserade till ett specifikt vid domstolen pågående mål, och uppmanar domstolen att agera på ett visst sätt, måste domstolen ta ställning till hur en sådan insänd skrift ska hanteras. Det är visserligen inte handlingar som är insända av parterna, men väl insända i målet. Det kan säkert råda delade meningar om hur sådana handlingar ska hanteras. Skillnaden mot vad som gäller för myndigheter är att det inte finns något förbud för privata aktörer att försöka påverka domstolens beslutsfattande genom att

703. 9 § Förordning (1996:381) med tingsrättsinstruktion. Jfr också artikel 9 och 24 R(2010)12.
704. Jfr SOU 2011:42 s. 211 ff. och 231.
705. Jfr JO-beslut den 14 december 2010, dnr 2700-2010 och JO-beslut den 24 januari 2008, dnr 1677-2006. Även SOU 2008:125 s. 313 f.
706. SOU 2011:42 s. 41 och 229–246.

ta kontakt med den på det nu exemplifierade sättet. Däremot är det en annan sak att domstolen inte får låta sig påverkas av utomstående, varken statliga eller privata aktörer, i sitt beslutsfattande.

Den ovan nämnda bestämmelsen i 11 kap. 3 § RF utgör det mest explicita uttrycket för domstolarnas självständighet. Bestämmelsen är, som tidigare anförts, ett förtydligande av 47 § i 1809 års regeringsform där det föreskrevs att domstolar "*skola efter lag och laga stadgar döma*".[707] Även om dagens bestämmelse i 11 kap. 3 § RF har utvidgats till att inkludera självständighet i förhållande till myndigheter, är det knappast förenligt med domstolarnas självständighet att låta sig påverkas av privata aktörer i sitt dömande.[708]

Av domstolsverkets skrift om God domarsed följer att domaren ska vara fri från otillbörlig påverkan av andra samhällsorgan och enskilda intressen. Domstolarna och domarna ska vara oavhängiga i förhållande inte bara till myndigheter utan även i förhållande till intresseorganisationer och företag.[709] I 1993 års domarutredning omnämns domaren som en värnare av rättssäkerheten och domaren måste stå stark mot obehöriga påtryckningar vare sig dessa kommer från enskilda individer, organisationer, massmedia eller från den politiska maktens sida.[710] Det betyder dock inte att domaren är förhindrad att meddela ett domslut som överensstämmer med den tolkning som har föreslagits av branschorganisationen i exemplet ovan. Domaren får dock inte meddela ett visst domslut av den anledningen att denne upplever sig skyldig att följa branschorganisationens påtryckning.

Domstolen är också förhindrad att ta instruktioner av parterna när det gäller hur en viss tvist ska handläggas eller avdömas. I detta senare fall kan man, förutom att ifrågasätta domstolens oavhängighet, också ifrågasätta om en domare som känner sig tvingad att, eller väljer att, följa instruktioner från någon av parterna, verkligen är opartisk. Detta framgår inte uttryckligen av regeringsformen, men domstolarna är en del av den offentliga maktapparaten och det måste också innebära att de utövar sin verksamhet utan att vara beroende av parternas åsikter i den enskilda tvisten.[711] Domstolens självständighet i förhållande till parterna ska dock inte förväxlas med den rollfördelning som den kontradiktoriska modellen utgår från där parterna och domaren har tilldelats olika roller och befogenheter, exempelvis har parterna givits rätten att styra över processmaterialet genom sina yrkanden och åberopanden av grunder och bevismedel. Domarens roll är att styra över rättstillämp-

707. Jfr ovan kapitel 5 samt avsnitt 11.2.4.2.

708. Jfr SOU 2008:123 s. 313 f. Även JO-beslut den 24 januari 2008, dnr 1677-2006.

709. God domarsed om etik och ansvarstagande, s. 99. Jfr även punkten 2 FN-GDO samt punkten 2 MCJ.

710. SOU 1994:99 del A, s. 52.

711. Jfr SOU 1995:65 s. 119.

ningen, inklusive handläggningen av tvisten, och bevisvärderingen. I civilprocessen följer denna rollfördelning av rättegångsbalken.[712]

11.2.4.4 DOMSTOLENS SAMMANSÄTTNING

När frågan om en domstols oavhängighet diskuteras är det av stor vikt hur domstolen är sammansatt och vilka formella krav som gäller för att kunna vara domare. Grundlagsberedningen betonade att det är av central betydelse för domstolens självständighet och legitimitet att domare utnämns på ett sätt som säkerställer en bred och kvalitativt hög rekrytering. Utnämningsförfarandet ska dels vinna förtroende bland medborgarna, dels ge uttryck för domstolarnas och domarnas oberoende ställning.[713]

Den kontradiktoriska modellen innehåller inga detaljer om hur en domstol ska vara organiserad. Det går inte heller att fastställa någon ”allmän föreställning” om hur domare ska utses samt vilka formella kvalifikationer dessa ska uppfylla. Domstolarna organiseras på olika sätt i olika rättsstater och det finns ingen idealbild som kan sägas vara bättre än den andra. Man kan exempelvis tänka sig ett system där domare rekryteras enligt en modell för byråkratisk utbildning av domare. Alternativt kan man tänka sig en modell som utgår från att domare rekryteras bland professionellt verksamma jurister inom andra juristskrån än domarkåren.[714] Det enda man kan enas om är att domaren ska vara oavhängig, och opartisk, men hur detta upprätthålls varierar stater emellan.

Civilprocessen utgår från att domstolarna består av utbildade domare som tillsatts i en särskilt angiven ordning som följer av lag och parterna får inte välja en särskild domare som beslutsfattare.[715] Utgångspunkten är att det vid varje domstol ska finnas ordinarie domare.[716] Med ordinarie domare menas en vid domstol anställd domare som har så kallad fullmakt.[717] Domare får också förordnas att vara domare på viss tid eller för visst mål. Även icke ordinarie domare såsom fiskaler, assessorer och liknande tillsätts med stöd av lag.[718]

712. *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 60 f. Vad som innefattas i domstolens ansvar för rättstillämpningen och bevisvärderingen analyseras nedan under avsnitt 11.6. Partsavtal som begränsar rättstillämpningen och bevisvärderingen analyseras nedan i kapitel 15 och 16.

713. SOU 2008:125 s. 319.

714. Jfr *Bell, John*, Judiciaries within Europe – A comparative review, s. 13 ff.

715. Parterna har enbart givits möjligheten att välja vilken domstol som ska vara behörig att pröva tvisten, inte vilken eller vilka enskilda domare som ska utföra prövningen, jfr 10 kap. 16 § RB. När det gäller frågan om parternas möjlighet att välja enskilda beslutsfattare se vidare diskussionen i SOU 1995:65 s. 117 ff. och 2007:26 s. 225 ff.

716. Jfr 11 kap. 1 § 3 st. RF. Angående begreppet domare och vad som kan innefattas i detta se den diskussion som förs i SOU 2011:42, framför allt kapitel 3–4 och 6.

717. Jfr lag (1994:261) om fullmaktsanställning, förordning (1996:381) med tingsrättsinstruktion och lag (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare.

718. Jfr 11 kap. 12 § RF när det gäller ordinarie domare och 12 kap. 5–7 §§ RF när det gäller icke-ordinarie domare.

Ordinarie domare utses av den verkställande makten, regeringen.[719] Anledningen till denna ordning är att staten har ansett att ansvaret ska ligga hos ett organ som inte är alltför stort och som direkt eller indirekt hämtar sitt mandat hos folket. Det finns en risk för att domstolarna, om dessa tilldelades rätten att utse sina egna domare, skulle uppfattas som en ”stat i staten” som inte är föremål för demokratisk kontroll och insyn.[720] Utnämnandet ska ske på objektiva och sakliga grunder där förtjänst och skicklighet har betydelse.[721] Domarkåren var länge en ämbetsmannakår i Sverige och tillsättandet av domare skedde enbart ur det egna domarutbildade skrået, men på senare år har domare rekryterats även från andra juridiska yrkesgrupper.[722]

Det görs skillnad mellan lagfarna och icke lagfarna domare. I civilprocessen är det huvudsakligen lagfarna domare som avgör tvistemål,[723] men det förekommer också icke lagfarna domare.[724] En lagfaren domare ska ha särskild juridisk utbildning och så kallade särskilda sakkunniga ledamöter ska uppfylla vissa specifika krav.[725] Även om domstolen består av icke lagfarna ledamöter som är tillsatta enbart för att de exempelvis besitter särskild sakkunskap eller representerar en särskild intressegrupp behöver inte detta i sig innebära att domstolen inte uppfyller kravet på oavhängighet.[726]

Oavhängigheten är inte beroende av hur många ledamöter domstolen består av. Det finns inte något krav på att domarna ska vara ett visst antal för att kravet på domstolens och domarnas oavhängighet ska kunna upprätthållas. Hur många domare som behövs för att en domstol ska var behörig att avgöra en tvist kan skilja sig åt mellan olika typer av mål, men också rättsordningar emellan. I civilprocess avgörs antalet domare dels av tvisteföremålets värde, dels av parternas och domarens uppfattning om målets omfatt-

719. 11 kap. 6 § 1 st. RF.

720. Jfr SOU 2008:125 s. 326 och den diskussion som förs där angående vilket organ som lämpligast utser ordinarie domare i Sverige.

721. 11 kap. 6 § 3 st. RF. Utnämningsförfarandet av ordinarie domare diskuteras i SOU 2008:125, kapitel 21.

722. Angående den historiska utvecklingen av domaryrket se bl.a. utredningen Domaren i Sverige inför framtiden, SOU 1994:99 del A, s. 31–58 ff. och SOU 1994:99 del B, s. 149–199. Jfr även SOU 2011:42 s. 115 f.

723. Jfr 1–3 kap. RB angående sammansättningen i tingsrätt, hovrätt och Högsta domstol.

724. I tvistemål förekommer enbart lekmannadomare i form av nämndemän i vissa familjerättsliga tvister. I dispositiva tvistemål mellan jämnstarka parter är det enbart lagfarna domare som aktualiseras. Det finns dock i vissa specialfall möjlighet för domstolen att inkalla ”experter” som en del av domstolen, exempelvis tekniskt sakkunniga ledamöter i tingsrätten och hovrätten i mål enligt patentlagen, 1 § 2 p., förordning (2013:391) om Domarnämndens förordnande av särskilda ledamöter i allmän domstol och i allmän förvaltningsdomstol. Jfr även 9 kap. 65–68 §§ patentlag (1967:837).

725. De *allmänna* behörighetsvillkoren för lagfarna domare, framgår av 4 kap. 1 § RB. Regeln omfattar även nämndemän och andra särskilt sakkunniga ledamöter. Även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 1014, Zeteo), kommentaren till 4 kap. 1 §. För lagfarna domare finns det ytterligare en behörighetsregel i 11 kap. 6 § RF. Dessutom finns det *särskilda* behörighetsvillkor när det gäller domare i 4 kap. 13 § RB, de s.k. *domarjäven*.

726. Ett exempel är de lekmannadomare som förekommer vid Arbetsdomstolen, 3 kap., lag (1974:371) om rättegång i arbetstvister.

ning och svårighetsgrad. Huvudregeln när det gäller tvistemål är att domstolen vid huvudförhandlingen ska bestå av tre lagfarna domare. Det är dock möjligt att låta en ensam lagfaren domare avgöra målet om vissa specifika omständigheter är för handen.[727]

En garanti för självständighet i dömandet är att ordinarie domare inte ska kunna skiljas från sin anställning.[728] En domare ska bara kunna skiljas från sin tjänst om det föreligger befogad anledning.[729] I ett demokratiskt samhälle är det viktigt att domarna kan agera självständigt. Ett av syftena med principen om oavsättliga domare är att en domare inte ska känna sig tvingad att döma på visst sätt av rädsla för att i efterhand straffas genom att exempelvis förflyttas eller förlora sin tjänst som domare.[730] Domstolsorganisationen ska därför vara uppbyggd på ett sådant sätt att de ordinarie domarna är tillsatta att verka under en längre period. Det vore knappast tal om några oavhängiga domstolar om rättsstaten och dess organ på ett lättvindigt sätt kunde göra sig av med domare.

Kontinuitet i dömandet ger en samlad kompetens som är till gagn för rättsstaten när det gäller möjligheten till enhetlig rättstillämpning och rättsutveckling, vilket i sin tur ökar rättssäkerheten i samhället. Det ökar sannolikt även medborgarnas förtroende för domstolarna. Däremot vore det mycket olyckligt med ett system där domarna *faktiskt* var oavsättliga. Det kan uppkomma situationer där en domare visar sig direkt olämplig för sitt ämbete och i dessa fall måste också vederbörande kunna skiljas från sitt uppdrag. Under vilka förutsättningar detta aktualiseras samt hur det går till följer av lagstiftningen. Det handlar dock om undantagssituationer.[731]

11.2.4.5 OAVHÄNGIGHET ENLIGT EUROPAKONVENTIONEN

Vid en jämförelse med konventionsrätten framgår uttryckligen av konventionstexten i artikel 6 (1) EKMR att rätten till domstolsprövning förutsätter en prövning inför en oavhängig domstol. Även om Sveriges nationellt tillkomna regler innehåller mer detaljerade bestämmelser om domstolens oavhängighet och frågan om vem som kan agera domare, hur domare utses och när de får skiljas från sitt uppdrag, föreligger det inte några principiella skillnader jämfört med hur artikel 6 (1) EKMR ska tolkas.

Europadomstolen har uttryckt att en domstol ska vara fri från yttre påverkan. Det ska *objektivt* sett framstå som om domstolen och domarna är oav-

727. Jfr 1 kap. 3 a §, 3 c–d §§ RB. Det finns till exempel specialregler avseende domstolens sammansättning för mål om mindre värde, jfr 1 kap. 3 d § RB. Det finns också en möjlighet att låta en ensam lagfaren domare avgöra tvisten om parterna och domaren kommer överens om detta i samband med ett muntligt förberedelsesammanträde, se 42 kap. 20 § RB.

728. Jfr 11 kap. 7–10 §§ RF där det endast ges begränsade möjligheter att skilja en ordinarie domare från sin anställning. Se även SOU 1994:99 del A, s. 117 och SOU 2008:125 s. 337 ff.

729. Jfr artikel 12 och 18 FN-GDO, artikel 49–50 R(2010)12 och p. 18–19 MCJ.

730. Jfr *Bull, Thomas* och *Sterzel, Fredrik*, Regeringsformen en kommentar, s. 266.

731. Jfr 11 kap. 7–10 §§ RF.

hängiga.[732] Detta uttrycks med grundsatsen ”*Justice must not only be done; it must also be seen to be done.*”[733] Det får inte finnas några rimliga tvivel om en domstols oavhängighet. Europadomstolen har uttalat att begreppet oavhängig enligt artikel 6 (1) EKMR innefattar att domstolen ska vara oavhängig i förhållande till såväl den verkställande makten som parterna i målet samt riksdagen.[734]

Även frågan om fördelningen av mål inför en domstol har berörts av Europadomstolen i samband med att en domstolschefs dömande diskuterades i förhållande till dennes administrativa uppgifter. Europadomstolen uttalade att domstolens sammansättning i ett enskilt fall måste följa av lag. Det är inte lämpligt att en domstolschef fråntar en annan domare ett mål för att själv avgöra detsamma.[735]

Europadomstolen har inte uttryckligen uttalat sig om hur en domstol ska vara sammansatt för att kravet på oavhängighet ska vara uppfyllt. Det finns inte något krav på att det enbart ska vara lagfarna domare, att dessa ska vara ett visst antal, ha viss erfarenhet eller vissa särskilda kvalifikationer. Europadomstolen har dock uttalat sig principiellt i frågan om lekmannadomare och då uttryckt att det vid tillämpning av artikel 6 (1) EKMR inte finns något principiellt hinder mot intresserepresentation i domstolar. Tvärtom har Europadomstolen uttryckt att detta kan vara positivt om bara balansen i domstolen upprätthålls.[736]

När det ska fastställas om en domstol uppfyller kravet på oavhängighet har det stor betydelse hur domstolens beslutsfattare utses samt på vilka villkor de innehar sitt ämbete.[737] Även mandattiden har betydelse när frågan om oavhängighet ska avgöras, vilket troligen hänger samman med att beslutsfattarna inte lättvindigt ska kunna bytas ut eller avsättas. Europadomstolen förefaller dock kunna acceptera relativt korta mandattider för ledamöter av olika nämnder utan att detta har ansetts stå i strid med kravet på oavhängig-

732. *Oleksandr Volkov* mot *Ukraina*, dom den 9 januari 2013, p. 103, där det framhålls att en oavhängig domstol förutsätter att det finns garantier mot extern påverkan. Jfr även *Campbell* och *Fell* mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 juni 1984, p. 78–81 och *Findlay* mot *Förenade Konungariket*, dom den 25 februari 1997, p. 73 och p. 76, Se även *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 199 f. och *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 447 ff.

733. *Delcourt* mot *Belgien*, dom den 17 januari 1970, p. 31.

734. Jfr *Campbell* och *Fell* mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 juni 1984, p. 78, *Ringeisen* mot *Österrike*, dom den 16 juli 1971, p. 95 och *Crociani, Palmiotti, Tanassi, Lefebvre D'Ovidio* mot *Italien*, beslut den 18 december 1980, p. 10a (målet avgjordes av Europakommissionen). Jfr *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 447 ff.

735. *DMD Group A.S* mot *Slovakien*, dom den 5 oktober 2011, p. 66–67.

736. Jfr *Langborger* mot *Sverige*, dom den 22 juni 1989 som gällde ett mål i Bostadsdomstolen. Europadomstolen kom fram till att intresseledamöterna i domstolen hade ett gemensamt intresse som var motsatt partens och att den intressebalans som normalt ska finnas i Bostadsdomstolen genom dess speciella sammansättning i det nu enskild fallet var rubbad.

737. Jfr *Campbell* och *Fell* mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 juni 1984, p. 78, *Findlay* mot *Förenade Konungariket*, dom den 25 februari 1997, p. 73 och *Oleksandr Volkov* mot *Ukraina*, dom den 9 januari 2013, p. 103–105.

het enligt artikel 6 (1) EKMR.[738] I konventionspraxis har också betonats att det är viktigt att beslutsfattarna vid en domstol är oavsättliga och att detta gäller oavsett om mandattiden är begränsad eller på ”livstid”.[739] Beslutsfattarnas oavsättlighet ska skyddas antingen av lag eller praxis.[740]

Avgörande för Europadomstolens bedömning om ett beslutsorgan utgör en domstol och uppfyller kravet på oavhängighet tycks vara att det vid en *samlad bedömning* framstår som om organet objektivt sett kan agera självständigt utan yttre påverkan.

11.2.5 *Alternativa tvistlösningsorgan och oavhängighet*

11.2.5.1 SKILJENÄMNDER

Av 8 § LSF framgår att en skiljeman ska vara opartisk i förhållande till parterna och av 21 § LSF framgår att denne ska genomföra handläggningen av skiljeförfarandet på ett opartiskt, ändamålsenligt och snabbt sätt. Inte någonstans omnämns att skiljenämnden ska vara oavhängig påverkan utifrån. I förarbetena till lagen om skiljeförfarande diskuterades om begreppet oavhängighet skulle införas i lagtexten. Det ansågs dock att detta begrepp saknade självständig betydelse i sammanhanget. Däremot ska skiljemannens oavhängighet innefattas i opartiskheten enligt 21 § LSF. Om det föreligger en omständighet som innebär att skiljemannens oavhängighet med fog kan betvivlas skulle denna omständighet i sig även kunna rubba förtroendet för skiljemannens opartiskhet.[741] Denna tolkning har också stöd i praxis. I NJA 2010 s. 274 diskuterade Högsta domstolen frågan om oavhängighet i förhållande till bestämmelserna i 4 kap. 13 § 10 p. RB och 8 § LSF. Det betonades att de aktuella bestämmelserna ska tolkas så att de också omfattar annan särskild omständighet som inverkar på en domares oavhängighet i målet. Det framhölls också att olika institutionella reglementen inom skiljemannarätten brukar formuleras så att skiljenämnden ska vara opartisk och oavhängig.[742]

Till skillnad från domstolar är skiljenämnder privata organ och det finns inte någon naturlig koppling till staten. Det saknas därför särskilda bestämmelser om skiljemännens självständighet i förhållande till myndigheter likt

738. *Campbell* och *Fell* mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 juni 1984, p. 80 (3 år), *Mihailov* mot *Bulgarien*, dom den 21 juli 2005. I detta senare fallet var beslutsfattarna i en medicinsk nämnd endast tillfälligt tillsatta det fanns ”*no tenure*”. Detta sammantaget med ytterligare faktorer gjorde att beslutsorganet inte ansågs utgöra en domstol i enlighet med artikel 6 (1) EKMR. Se även *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 447 ff.

739. *Zand* mot *Österrike*, Europakommissionens rapport den 12 oktober 1978, p. 80.

740. Jfr *Sramek* mot *Österrike*, dom den 22 oktober 1984, p. 38. Även *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 448.

741. SOU 1994:81 s. 115 och prop. 1998/99:35 s. 83. Se även *Heuman,* Skiljemannarätt, s. 240, *Lindskog, Stefan,* Skiljeförfarande, s. 413 f. och *Hobér, Kaj*, International Commercial Arbitration in Sweden, s. 161 f.

742. Se exempelvis 14 § Skiljedomsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut och artikel 11 (1) ICC Arbitration Rules.

dem som finns i regeringsformen avseende domstolarna. Däremot ska skiljenämnden vara fri från påverkan av parter,[743] men sannolikt också i förhållande till andra privata aktörer. Skiljeförfarandet är en av rättsordningen godkänd och reglerad tvistlösningsform. Skiljedomen är rättskraftig och kan verkställas. Det ligger därför inte bara i den enskildes intresse utan också i statens intresse att skiljeförfarandet tillgodoser rimliga krav på rättssäkerhet.[744] Om skiljenämnden fattar beslut efter påverkan från utomstående subjekt som inte är parter i målet kan det ifrågasättas om en sådan ordning verkligen möter rimliga rättssäkerhetskrav. Dessutom bör ett sådant agerande från skiljenämnden ge upphov till att åtminstone en av parterna anser att det föreligger ett förtroendeskadligt förhållande, vilket täcks in även av rekvisitet opartiskhet.[745]

Även institutionella reglementen ger som regel uttryck för att skiljemännen ska vara oavhängiga i förhållande till enskilda parter.[746] Det får inte finnas anledning att ifrågasätta oavhängigheten på ett sådant sätt att ett förtroendeskadligt förhållande uppkommer i förhållande till någon av parterna.[747] Oavhängighet gäller sannolikt också i förhållande till andra privata aktörer. Om skiljemännen lät sig påverkas i sitt beslutsfattande av någon från tvisten helt utomstående aktör, skulle även detta kunna ge upphov till ett förtroendeskadligt förhållande i förhållande till en part.

Oavhängighet är en allmän internationell skiljedomsrättslig princip.[748] En av skiljemannens viktigaste uppgifter, liksom domarens, är att agera självständigt och objektivt i sitt beslutsfattande. I flera internationella skiljedomsinstituts, men också enligt UNCITRALs regler, används uttrycket oavhängig skiljenämnd som en grundläggande princip för ett accepterat skiljeförfarande.[749] Även i dessa sammanhang gäller oavhängigheten främst i förhållande till skiljeparterna i den meningen att en skiljedomare inte får ta instruktioner från och hänsyn till en av parterna. Det finns dock ingen anledning tro att påverkan från utomstående som inte är part i skiljeförfarandet skulle accepteras varken av skiljedomsinstitut eller andra internationella regleringar.[750]

743. Jfr 8 § LSF som riktar sig till parterna.

744. Jfr SOU 1994:81 s. 69 och prop. 1998/99:35 s. 42.

745. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 413 ff.

746. Se not 742.

747. *Öhrström, Marie*, Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut, en handbok och regelkommentar för skiljeförfarande, s. 156 ff.

748. Jfr *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 267 f. och där gjorda hänvisningar.

749. Se exempelvis artikel 11 och 14 ICC Arbitration Rules och artikel 12 UNCITRAL Arbitration Rules och artikel 12 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

750. *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 268 och där gjorda hänvisningar.

Vad händer om exempelvis någon utomstående på eget initiativ skulle förse skiljenämnden med information i syfte att upplysa eller försöka påverka skiljemännen i deras beslutsfattande? Skiljenämnden måste då avgöra om uppgifterna har någon relevans i det aktuella fallet. Däremot får inte skiljenämnden göra uppgifterna till en del av målet utan att parterna har begärt det. En skillnad jämfört med civilprocessen är att skiljemännen helt kan bortse från, och göra sig av med, handlingar som skickas in av utomstående aktörer till skiljenämnden i ett pågående skiljeförfarandet. Det finns ingen motsvarighet till inkomna allmänna handlingar likt det som gäller för domstolar. Däremot är det rimligt att skiljenämnden upplyser parterna om att handlingen har skickats in till nämnden, men att nämnden har för avsikt att helt bortse från den inskickade handlingen, förutsatt att inte parterna är av någon annan åsikt.

När det gäller oavhängighet i förhållande till parterna ska dock påpekas att skiljeförfarandet är uppbyggt efter principen om partsautonomi. Så länge det handlar om gemensamma instruktioner från parterna är skiljenämnden skyldig att följa dessa instruktioner om de inte strider mot tvingande procedurregler och processprinciper. Partsinstruktionerna kan exempelvis innefatta omständigheter som har betydelse för själva rättstillämpningen. Ett exempel är att parterna har kommit överens om att skiljenämnden ska avgöra tvisten efter billighet eller skön.[751] I den bemärkelsen är inte skiljenämnden självständig i sitt beslutsfattande utan bunden av parternas överenskommelse. Däremot ska skiljenämnden vara självständig i förhållande till en enskild part.[752] Nämnden får inte ta instruktioner från en av parterna och fatta beslut mot bakgrund av instruktionerna på ett sådant sätt att ett förtroendeskadligt förhållande uppkommer.

Man kan ställa sig frågan hur självständighet och oavhängighet kan garanteras i ett skiljeförfarande där insyn och kontroll är begränsat och där parterna har stort inflytande över hur skiljemännen utses. Domstolarnas oavhängighet sägs ju kunna garanteras bland annat genom det sätt som domarna utses på.[753] Utnämnandet av domare i allmänna domstolar sker i enlighet med lag medan skiljemännen utses av parterna genom avtal.[754] Det finns med andra ord inte någon yttre, från parterna skild, rekryteringsprocess som kan ge en allmän bild av att skiljenämnder är oavhängiga parter och utomstående. Tvärtom förefaller rekryteringsprocessen ge upphov till dis-

751. Parterna får ge skiljemännen mandat att avgöra en tvist efter olika skälighets- och billighetshänsyn, en diskretionär prövningsrätt för skiljenämnden. Det krävs dock ett uttryckligt avtal från parterna gemensamt till skiljemännen, jfr prop. 1998/99:35 s. 121 och SOU 1994:81 s. 153 f. Se även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, avsnitt 6.5. Skiljenämndens diskretionära prövningsrätt utvecklas nedan under avsnitt 11.6.3.1.

752. Jfr *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 267 f.

753. Se ovan avsnitt 11.2.4.4.

754. Det följer dock av lag att parterna genom avtal får avgöra vem som ska agera skiljeman samt hur skiljemän ska utses, jfr 12 § LSF.

kussioner om skiljemännen verkligen kan sägas vara oavhängiga de parter som utser dem och också opartiska i förhållande till dem.[755] Så länge parterna har lika rätt att välja skiljemän och påverka skiljenämndens sammansättning bör inte oavhängigheten kunna ifrågasättas. Om däremot en av parterna har tilldelats större möjlighet att påverka skiljenämndens sammansättning än den andra kan det diskuteras om det verkligen är fråga om en oavhängig skiljenämnd.[756]

Till skillnad från vad som gäller för domare i civilprocessen finns det inga formella krav om att en skiljeman ska ha en viss utbildning eller särskild kompetens för att kunna agera skiljeman. En skiljeman behöver inte heller vara ”lagfaren” på det sätt som gäller för en domare i civilprocessen. Lagen om skiljeförfarande ställer inga krav på att skiljemännen har juridisk utbildning eller motsvarande erfarenhet.[757] Detta gäller även då skiljenämnden består av flera ledamöter. Inte någon av dem behöver vara ”lagfaren”.[758] De enda formella krav som uppställs i lagen om skiljeförfarande för att en person ska få lov att agera skiljeman är att denne ska vara myndig och inte försatt i konkurs eller under förvaltarskap.[759] Genom ogiltighets- och klanderbestämmelserna i lagen om skiljeförfarande tillgodoses parternas och statens intresse av att skiljedomarna har tillkommit efter en formellt korrekt prövning innefattande att skiljenämnden har uppfyllt krav på oavhängighet.[760]

Ett av civilprocessens signum när det gäller för staten att kunna garantera oavhängiga domstolar är att domarna är tillsatta att verka under en längre sammanhängande tid och att domare inte kan avsättas eller skiljas från sitt uppdrag på ett lättvindigt sätt.[761] Dessa krav rimmar illa med skiljeförfarandet. Skiljemännens uppdrag är tidsbegränsat till den aktuella tvisten. När skiljenämnden väl har meddelat en skiljedom upphör skiljenämndens uppdrag.[762] Den tid som skiljenämnden är verksam är, jämfört med en ordinarie domares mandattid, mycket begränsad. Mot bakgrund av detta framstår inte

755. Opartiskhet i skiljeförfarandet utvecklas nedan under avsnitt 11.2.7.1.

756. NJA 1974 s. 573, där Högsta domstolen uttalade att det inte var godtagbart att flertalet skiljemän fritt kunde utses av den ena parten. Jfr också NJA 1982 s. 853 och NJA 1992 s. 143. Jfr även ovan under avsnitt 10.6.1.

757. Avsaknaden av krav på juridisk bakgrund har gamla anor och hänger samman med att man genom skiljeförfarandet skulle kunna få en chans att dömas av sina jämlikar. Handelsmän skulle exempelvis kunna tillsätta skiljemän som kände till hur handeln fungerade och som kunde avgöra vad som var en rimlig lösning på en uppkommen tvist. Skiljeförfarandet har sedan dess kommit att likna domstolsförfarande och numera avgörs som regel skiljetvister mot bakgrund av rättsregler. Friheten att välja skiljeman har dock levt kvar och även om det numera oftast väljs skiljemän med stor gedigen kunskap i juridiska frågor finns möjligheten att välja exempelvis en ingenjör om tvisten omfattar svåra tekniska frågor.

758. I praktiken är det dock osannolikt att ingen av tre skiljemän skulle inneha en juridisk utbildning.

759. 7 § LSF.

760. 33–34 §§ LSF.

761. Jfr ovan under avsnitt 11.2.4.4.

762. 27 § LSF. Jfr också 32 och 35 §§ LSF avseende undantag från 27 § LSF.

skiljenämnden som oavsättlig. Denne är dock i princip oavsättlig så länge skiljeförfarandet pågår.[763] En skiljeman får enbart skiljas från sitt uppdrag under förutsättning att *samtliga* parter i skiljeförfarandet gemensamt begär att skiljemannen ska entledigas från uppdraget.[764] Här är det partsautonomi som gäller. Ingen av parterna ensam och inte heller någon utomstående har rättsligt mandat att under påbörjat och pågående skiljeförfarande avsätta skiljemannen. Inte heller staten har ett sådant mandat. Skiljemannen kan dock skiljas från sitt uppdrag efter en berättigad jävsinvändning från en av parterna, men det är en helt annan situation.[765] Det kan därmed argumenteras för att skiljemän i princip är oavsättliga i det skiljeförfarande som de har valts att avgöra.[766] Den korta mandattiden i sig medföra inte att skiljemännens oavhängighet nödvändigtvis bör ifrågasättas.

Inte heller Europadomstolen har uttryckt något annat än att kravet på oavhängighet är grundläggande vid bedömningen av om ett tvistlösningsorgan utgör en domstol. I *Lithgow*-fallet betonades att även tillfälliga beslutsorgan innefattas i begreppet "*tribunal*" i artikel 6 (1) EKMR om beslutsorganet kan tillhandahålla lämpliga garantier för förfarandet.[767] Som nämndes ovan har också Europadomstolen accepterat att parter avstår från rätten till domstolsprövning till förmån för ett skiljeförfarande.[768]

Det finns också konventionspraxis där det vid ett efterföljande klanderärende har bedömts om en skiljenämnd i ett enskilt fall har varit oavhängig (och opartisk).[769] Det handlar då om situationer där en part har valt att delta i skiljeförfarandet utan att göra en invändning om att en enskild skiljeman inte uppfyllt kraven på oavhängighet och opartiskhet, trots att parten har varit medveten om de omständigheter som skulle kunna föranleda en invändning.[770] Inte i något fall har frågan om oavhängighet diskuterats på ett

763. Skiljemannen kan däremot själv under vissa förutsättningar begära att få lämna sitt uppdrag, jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 371 f.

764. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 374 f. Skiljemannauppdraget är en form av sysslomansavtal mellan skiljeparterna gemensamt och skiljemannen. Skiljeparterna utgör en form av processassociation och kan enbart agera gemensamt när det gäller instruktioner om skiljemannens uppdrag, jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 368.

765. 8–10 §§ LSF. Detta är också möjligt när det gäller en ordinarie domare i domstolen, 4 kap. 12–14 §§ RB.

766. En permanent skiljenämnd däremot har en annan mer permanent organisation och struktur och skiljemännens mandattid kan då anpassas efter detta. Permanenta skiljenämnder har bl.a. förekommit i försäkringssammanhang.

767. Jfr *Lithgow m.fl.* mot *Förenade Konungariket*, dom den 8 juli 1986, p. 201. För det aktuella förfarandet fanns det lagregler liknande de som gällde vid domstolsprövning.

768. Se ovan under avsnitt 6.5.2.

769. Som tidigare nämnts behandlar Europadomstolen begreppen "oavhängighet och opartiskhet" ofta som ett gemensamt kriterium för rätten till domstolsprövning enligt artikel 6(1) EKMR, se ovan under avsnitt 11.2.4.1.

770. Jfr exempelvis *Suovaniemi* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999. Jfr också *Nordström-Janzon* och *Nordström-Lehtinen* mot *Nederländerna*, beslut den 27 november 1996, (målet avgjordes av Europakommissionen).

mer principiellt plan avseende skiljeförfaranden. Mot bakgrund av att det av konventionspraxis framgår att skiljeavtal godtas som giltiga avstående från rätten till domstolsprövning framstår det inte som om Europadomstolen har sett något principiellt problem med hur en skiljenämnd konstitueras, vem som kan agera skiljeman samt det faktum att skiljenämnder enbart är en form av tillfälliga domstolar i den bemärkelsen att skiljenämnden är tillsatta att lösa en specifik tvist.

Som ovan nämndes ska oavhängigheten bedömas med utgångspunkt från om ett tvistlösningsorgan objektivt sett kan uppfattas möta rimliga krav på självständighet och vara fritt från yttre påverkan. Det kan dock ifrågasättas om ett förfarande där parterna väljer sina beslutsfattare, där det i princip saknas formella krav på vem som får agera beslutsfattare, där beslutsfattarna i stor utsträckning är bundna av partsinstruktionerna, där tvistlösningsorganet är av tillfällig natur eftersom de endast är tillsatta att lösa en enskild tvist och där det saknas insyn i förfarandet för en objektiv utomstående betraktare, verkligen framstår som oavhängigt i jämförelse med en domstol. Det råder dock inte någon tvekan om att skiljeförfarandet accepteras som ett godtagbart alternativ till domstolsprövning. Detta följer både av civilprocessen och den praxis som har utvecklats av Europadomstolen. En förutsättning är dock att samtliga parter har lika rätt att påverka skiljenämndens sammansättning. Har en av parterna större inflytande över detta, direkt eller indirekt, är det inte tal om en oavhängig skiljenämnd utan snarare någon form av självrättskipningsorgan.

II.2.5.2 PRIVATDOMARE

Även om det saknas lagregler avseende privatdomare och privatdomarförfarande är det en rimlig utgångspunkt att även en privatdomare ska fatta självständiga beslut. I detta avseende är det inte någon skillnad jämfört med skiljeförfarandet. Ett sådant förfarande förefaller också principiellt möjligt för parterna att skapa genom avtal. Förutsatt att parterna formulerar en tillräckligt tydlig tvistlösningsklausul där det framgår hur privatdomaren ska utses, inneha sin uppgift samt möjligheterna för parterna att påverka vem som agerar beslutsfattare, skulle det vara möjligt för parterna att ”skapa” ett privatdomarförfarande som uppfyller krav på oavhängighet. Problemet är dock att tvistlösningsklausuler som regel är mycket kortfattade och enkelt formulerade. Detta tillsammans med det faktum att det, till skillnad från vad som gäller vid ett skiljeförfarande, saknas lagstiftning om själva förfarandet och privatdomarens uppdrag, gör att det kan vara mycket svårt att slå fast om det rent objektivt finns förutsättningar för att ett tvistlösningsorgan, en privatdomare, kan agera oavhängigt.

Istället för att parterna på egen hand skapar förutsättningarna för ett oavhängigt tvistlösningsorgan kan de genom avtal sluta an till redan existerande

institutionella reglementen.[771] Dessa reglementen ger oftast uttryck för att privatdomaren ska utföra sitt uppdrag självständigt. Av exempelvis artikel 4 (1) ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings framgår att ”*Every expert must be and remain impartial and independent of the parties involved in the expert proceedings, unless otherwise agreed in writing by such parties*.” På samma sätt följer det av artikel 8 (1) ICC Dispute Board Rules ”*Every DB Member must be and remain independent of the Parties*.” I dessa fall finns det då ofta ett reglemente som innehåller bestämmelser om hur tvistlösningsorganet ska konstitueras, vem som får vara privatdomare, hur denna ska utses, eventuella kvalifikationer och förfarandets varaktighet etc. Detta ökar också möjligheterna att avgöra om det från ett objektivt betraktelsesätt finns förutsättningar för privatdomaren att agera oavhängigt.

Eftersom det handlar om en helt privat tvistlösningsform gäller oavhängigheten framför allt i förhållande till parterna. På samma sätt som vid ett skiljeförfarande bör privatdomaren vara oavhängig även andra privata aktörer än parterna, i vart fall om inte parterna gemensamt har kommit överens om någonting annat och lämnat denna instruktion till privatdomaren. Parterna kan exempelvis komma överens om att en särskild expert ska yttra sig på ett för privatdomaren bindande sätt.

Det kan naturligtvis föreligga omständigheter i ett enskilt fall där frågan om oavhängighet skulle kunna ifrågasättas. Detta är dock inget specifikt för privatdomarförfaranden utan gäller alla former av tvistlösning. Specifikt för privatdomarförfaranden är dock att privatdomaren, precis som skiljemannen, får sitt uppdrag av parterna. Dessutom tillsätts privatdomaren att agera beslutsfattare för en särskild tvist på samma sätt som en skiljenämnd. Ett undantag gäller för *Dispute Board*-förfaranden där nämnden är verksam under hela avtalsperioden.[772] Som nämndes ovan har dock inte dessa aspekter ansetts stå i konflikt med oavhängigheten vid skiljeförfaranden. Därmed borde det inte heller på ett generellt plan vara ett hinder vid privatdomarförfaranden, så länge avtalet är tydligt när det gäller privatdomarens roll som tvistlösare och det finns objektiva förutsättningar för privatdomaren att agera oavhängigt vid genomförandet av uppdraget.

11.2.5.3 PARTERNA AGERAR BESLUTSFATTARE

Inom tvistlösningsgruppen ”parterna agerar beslutsfattare” aktualiseras frågan om oavhängighet enbart vid medlingsförhandlingar. Vid förlikningsförhandlingar mellan parterna, och eventuella ombud, finns det inte någon utomstående tredje person vars oavhängighet i förhållande till parterna skulle kunna ifrågasättas. Vid självrättskipning innebär förfarandets struktur

771. Se ovan under avsnitt 10.4.2 och 10.4.3.
772. Se ovan under avsnitt 10.4.2.2.

att frågan om beslutsfattarens oavhängighet har ett givet svar.[773] Ett tvistlösningsförfarande där en av parterna har tillerkänts beslutanderätt i egen sak kan knappast objektivt sett vara förenligt med kravet på oavhängighet.

Precis som vid skiljeförfaranden och andra privatdomarförfaranden finns det inte någon permanent ”domstol” att vända sig till och inte heller någon lagstiftning som reglerar frågor om hur en medlare ska utses, vem som får agera medlare eller hur förfarandet ska genomföras. På samma sätt som nämndes ovan under privatdomarförfaranden kan det därför vara svårt att slå fast om medlaren rent objektivt har förutsättningar att agera oavhängigt. Varje medling är unik och upprättas för en enskild tvist där parterna utser medlaren. Det är inte ovanligt att två tvistande parter har svårt att komma överens. Att då komma överens om en person som ska agera medlare kan vara svårt. Om parterna ansluter sig till ett institutionellt medlingsförfarande kan medlingsinstitutet bistå med att förslå en medlare. Parterna kan även komma överens om att någon annan utomstående ska utse medlaren. I dessa sammanhang kommer oavhängigheten att vara en viktig faktor för om en tredje man ska utses till medlare eller inte.

Även medlarens ”roll” kan få betydelse för frågan om oavhängighet.[774] Har medlaren tilldelats en mera aktiv roll som går ut på att medlaren ska värdera tvisten och kanske också komma med lösningsförslag, skulle oavhängigheten kunna ifrågasättas, särskilt om medlaren har träffat parterna en och en under så kallade *ex parte möten*.

Ett annat problematiskt exempel är när parterna har kommit överens om att medlarens roll ska skifta från medlare till skiljeman.[775] När medlare tilldelas rollen som skiljeman enbart med avsikt att denne ska stadfästa en medlingsöverenskommelse genom en skiljedom,[776] uppkommer inte några större betänkligheter i förhållande till begreppet oavhängighet. Värre är det vid *med-arb*-förfaranden där medlaren efter en misslyckad medling ges rollen som skiljeman med avsikt att denne slutligt ska avgöra tvisten. I sin egenskap av medlare har denne fått tillgång till information från de olika parterna som aldrig varit avsikten att lämna till medlaren i egenskap av beslutsfattare. Denna information har medlaren nu med sig i bagaget när denne träder in i rollen som skiljeman. Det kan ifrågasättas om en medlare och medlingsförfarandet i dessa fall verkligen uppfyller kravet på oavhängighet på ett objektivt plan.[777]

773. Jfr ovan under avsnitt 10.5.2.3.

774. Angående medlarens olika roller se ovan under avsnitt 10.5.2.2 och 10.8.

775. Se ovan under avsnitt 10.8.

776. Jfr 14 §, Medlingsregler för Stockholms Handelskammares skiljedomsinstitut.

777. Detta liknar dock den situationen att domaren inom ramen för civilprocessen har agerat förlikningsförhandlare, men parterna har inte kunna komma överens utan tvisten har återgått till handläggning inom ramen för civilprocessen.

När det gäller medling som tvistlösningsform är oavhängigheten central. Medlaren får inte ha sådan koppling till parterna, eller någon av dem, att oavhängigheten kan ifrågasättas.[778] På samma sätt som nämndes ovan under privatdomarförfaranden finns det dock inte något principiellt hinder mot att parterna genom avtal skapar ett medlingsförfarande som uppfyller krav på oavhängighet. Återigen är det tydlighet vid avtalsskrivandet som är viktigt. Tvistlösningsavtalet måste vara formulerat så att det framgår att det finns förutsättningar för att garantera medlarens oavhängighet.

11.2.6 *Domstolens opartiskhet*

11.2.6.1 SUBJEKTIV OCH OBJEKTIV OPARTISKHET

När det gäller att avgöra om en domare är eller kan anses vara opartisk handlar det inte enbart om hur denne faktiskt har agerat i en enskild situation och vilka verkliga skäl som ligger bakom detta. Det har också betydelse hur en domares agerande kan uppfattas. Det brukar talas om *subjektiv* respektive *objektiv* opartiskhet och en domare ska uppfylla båda formerna av opartiskhet.[779]

Den subjektiva opartiskheten aktualiseras när det ska avgöras om en domare i ett enskilt fall har brustit i sin opartiskhet, varit jävig. Här får domarens förhållningssätt och agerande i förhållande till parterna och den aktuella tvisten betydelse. En domare förutsätts vara opartisk till dess att motsatsen har visats. Det kan dock vara mycket svårt att visa att domaren faktiskt har varit partisk. I NJA 2010 s. 274 uttalade Högsta domstolen att med partiskhet förstås att domaren låter partsställningen påverka utgången av målet. Skulle domaren vara beredd att döma på samma sätt även om partsställningen varit den omvända, är domaren enligt Högsta domstolen inte partisk.[780] Den objektiva opartiskheten är lättare att fastställa och det är också denna som bestämmelserna om jäv i 4 kap. 13 § RB huvudsakligen utgår från. En domare anses, rent objektivt, vara partisk när någon av de specifika omständigheter som pekas ut i bestämmelsen är för handen. Det måste inte också visas att domaren faktiskt, subjektivt, har varit partisk i ett visst enskilt mål.[781] För att partiskhet ska föreligga är det tillräckligt att det för en utomstående objektiv betraktare framstår som om domarens opartiskhet kan ifrågasättas i en viss (allmän eller) enskild situation.[782]

778. Jfr punkt 2.1 Europeiska uppförandekoder för medlare, där det exemplifieras vad som kan innefattas i begreppet oavhängighet.

779. Jfr *Bull, Thomas* och *Sterzel, Fredrik*, Regeringsformen en kommentar, s. 59 och *Fitger, Peter*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 4 kap. 13 §. Jfr även SOU 2008:125 s. 421.

780. NJA 2010 s. 274, p. 3 i Högsta domstolens domskäl.

781. En part förlorar dock sin rätt att göra gällande jäv, även objektivt jäv, sedan denne fått kännedom om det förhållande som kan sägas grunda jäv och trots detta underlåter att framställa en jävsinvändning, 4 kap. 14 § 2 st. RB.

782. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 4 kap. 13 §. Se också *Knuts, Gisela*, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 64 ff.

I ovan nämnda NJA 2010 s. 274 bedömde Högsta domstolen också frågan om oavhängighet i förhållande till jävsbestämmelsen i 4 kap. 13 § 10 p. RB. Trots att bestämmelsen handlar om partiskhet ska denna enligt Högsta domstolen tolkas så att den omfattar även annan särskild omständighet som inverkar på domarens oberoende i målet. Domaren får inte ha sådana bindningar, eller sådan nytta eller sådant obehag av en viss utgång i målet, att det påverkar domarens ställningstagande. Domarens kopplingar till parterna och saken ska avgöras efter ett objektivt test.

II.2.6.2 DEN PASSIVA DOMAREN

Grundtanken i svensk civilprocess är att domaren ska vara neutral och passiv. Genom passiviteten kan bilden av en opartisk domare upprätthållas. Denna domarens passiva roll ska inte förväxlas med den utredningsskyldighet som domaren har när det gäller att klarlägga vad parterna verkligen menar och avser med sin talan samt skyldigheten att se till att driva målet framåt.[783] För att dessa skyldigheter ska uppfyllas kan domaren inte sitta helt tyst utan att agera. Ibland måste domaren ställa frågor och agera på ett sätt som gör att tvisten håller den av parterna bestämda riktningen och också kommer framåt.[784]

Bestämmelsen om materiell processledning ger domaren en aktiv roll på så sätt att domaren genom frågor och påpekanden ska verka för att tvistefrågor blir klarlagda och att parterna anger alla de rättsfakta och bevismedel som de vill åberopa.[785] Denna uppgift kan knappast en helt passiv domare utföra. Dessutom är det inget ovanligt att det behöver fattas handläggningsbeslut och andra processuella beslut redan under tvistens förberedelsefas, något som kräver en aktiv domare. Hur aktiv domaren kommer att vara beror till stor del på hur parterna för sin process. Om parterna på ett tydligt och strukturerat sätt lägger fram sin talan och bemöter varandras påståenden och bevisning, kan domaren inta en mer ”passiv” roll fram till det att denne ska fatta något beslut eller avgöra målet. Är däremot parterna ostrukturerade och otydliga i sin processföring, de kanske saknar insikt om både den materiella rätten på det aktuella området och det juridiska systemet, måste domaren för att uppfylla sin utredningsskyldighet och driva processen framåt inta en betydligt mer ”aktiv” roll. I dessa fall måste hela tiden den enskilda domaren vara uppmärksam på hur denne agerar och hur detta kan uppfattas så att inte

783. Jfr 42 kap. 6 § och 8 § 2 st. RB.

784. Jfr SOU 1938:44 s. 22 f. och SOU 1982:26 del B, särskilt avsnitt 12.1. Jfr även *Westberg, Peter*, Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, kapitel E, Det kontradiktoriska tvistemålsförfarandets fundament.

785. 42 kap. 8 § 2 st. RB. Angående materiell processledning, se vidare *Fitger, Peter*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 42 kap. 8 §. Jfr även SOU 1982:26 del B, s. 101 ff., där en kort historisk sammanfattning av den materiella processledningen ges.

parterna eller någon av dem upplever att domarens opartiskhet har satts ur spel.[786]

I civilprocessen är det också mycket vanligt att handläggande domare håller förlikningsförhandlingar med parterna. Av 42 kap. 17 § 1 st. RB framgår att domaren ska verka för att parterna når en förlikningsöverenskommelse. Skulle parterna inte nå en sådan överenskommelse, ska den handläggande domaren byta roll och övergå till att döma i målet inom ramen för civilprocessen. För en utomstående betraktare kan en sådan ordning framstå som oförenlig med domarens roll som beslutsfattare och även ge upphov till misstanke om partiskhet.[787]

Förlikningsverksamheten är frivillig, men det är inte ovanligt att domare driver frågan om förlikning hårt. Det är inget osannolikt scenario att en pådrivande domare genom sin auktoritativa ställning skulle kunna få parter att känna sig mer eller mindre tvingade att delta i förlikningsförhandlingar. Även under dessa förhållanden skulle förlikningsdomarens opartiskhet kunna ifrågasättas. I förarbetena har dock uttalats att domaren bör ha rätt att fråga parterna om de har diskuterat en uppgörelse i godo och om de är intresserade av att denna fråga tas upp under domarens ledning. Domaren bör vidare ha rätt och skyldighet att på ett sakligt och neutralt sätt informera parterna om fördelarna och nackdelarna med de olika alternativen; dom respektive förlikningsöverenskommelse.[788] Om däremot en part ger tydligt uttryck för att inte vilja genomföra förlikningsförhandlingar måste domaren acceptera detta.[789]

När det gäller formerna för rättens förlikningsverksamhet finns det inte någon idealmodell utan varje domare har sin egen modell. Av förarbetena framgår att domaren har stor frihet att agera. Domaren bör exempelvis kunna tala om för en part att denne måste vara beredd att bevisa sina påståenden i ett visst hänseende. Domaren får till och med i vissa uppenbara fall talar om för en part att den av honom åberopade bevisningen förefaller otillräcklig. Det är också möjligt för domaren att presentera konkreta medlingsbudsförslag.[790] Det finns dock alltid en riks för att domarens agerande kan komma att ifrågasättas i förhållande till kravet på opartiskhet. Detta gäller särskilt om förlikningsförhandlingarna upphör och domaren övergår till att vara beslutsfattare inom ramen för civilprocessen. Beroende på hur aktiv domaren har varit under förlikningsförhandlingarna, finns det en risk för att en part upplever det som om domaren redan har en uppfattning om hur sak-

786. Jfr SOU 1982:26 del B, s. 103 ff. Även *Sunnqvist, Martin*, JT 2010–11, s. 162 (168 f.) och *Tiby, Eva*, Domarjäv, s. 30 och 34 ff.

787. Jfr *Knuts, Gisela*, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 111 ff. och *Tiby, Eva*, Domarjäv, s. 36 ff.

788. Prop. 1986/87:89 s. 114.

789. Prop. 1986/87:89 s. 112 f.

790. Prop. 1986/87:89 s. 114.

frågan ska bedömas. I NJA 1982 s. 175 (I) framhölls att till de grundläggande principerna för rättegången hör att domstolen inte ska fatta ståndpunkt i sakfrågan förrän hela materialet har förebragts i målet och att ståndpunktstagandet då ska ske genom det slutliga avgörandet av saken.[791] Mot bakgrund av detta skulle det kunna argumenteras för att domaren, om denna intagit en mera aktiv roll under förlikningsförhandlingarna, inte är objektivt opartisk.

I förarbetena har det dock framhållits att domarens förlikningsverksamhet inte är oförenligt med domarrollen. Det är dock viktigt att domaren inte utsätter sig för risken att framstå som partisk så att denne, om förlikningsförsöken misslyckas, kan fortsätta att handlägga målet utan att anses jävig.[792] För en utomstående betraktare är det dock inte osannolikt att ett förfarande som det nu beskrivna där förlikningsförhandlingarna strandar och tvisten övergår till ordinarie civilprocess inför samma domare som har fört förlikningsförhandlingarna, framstår som om det saknades förutsättningar för parten att få tillgång till domstolsprövning inför en opartisk domare. Det räcker inte att domaren *de facto* är opartisk, denne måste också objektivt sett framstå som opartisk.

11.2.6.3 LIKABEHANDLING

Svensk civilprocess utgår från att parterna ska vara likställda i processen.[793] Likabehandlingsprincipen uttrycks genom bestämmelser i regeringsformen. Av 1 kap. 9 § följer att domstolarna ska iaktta allas likhet inför lagen.[794] Detta stadgande riktar sig till de rättstillämpande myndigheterna och ger uttryck för tanken att lika fall ska behandlas lika. Likabehandling i rättstillämpningen kan knappast gälla enbart de materiella rättsreglerna. Likhet inför lagen måste rimligen också innefatta procedurregler som gäller för processen. De olika procedurregler som aktualiseras under processens gång, ska tillämpas så att inte en part gynnas på den andre partens bekostnad.[795] Vid en tvist mellan två parter ska deras tillgång till rättslig prövning vara densamma när det gäller hur de behandlas under processen. Domaren kan inte sägas vara opartisk om denne tillämpar en och samma bestämmelse på ett missgynnande sätt i förhållande till en av parterna. Det innebär dock inte att två parter alltid kommer att behandlas helt lika av domstolen. Beroende på

791. Problem med förhandsuppskattningar av sakfrågan behandlas också nedan under avsnitt 13.4.2.

792. Prop. 1986/87:89 s. 114.

793. Jfr prop. 2009/10:80 s. 159 ff.

794. Även 1 kap. 2 § RF ger uttryck för en form av likabehandlingstanke. Den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde.

795. Jfr *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång III, s. 33 och Rättegång IV, s. 33 och *Westberg, Peter*, Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, s. 90 f. och Civilrättskipning, s. 65 f. Jfr även *Knuts, Gisela*, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 66 f. och *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 246.

hur parterna utformar sin talan, hur de för sin talan och vilken bevisning de åberopar, kan olikheter uppkomma när domstolen ska bedöma den tvist som har lagts inför den.

Likabehandlingsprincipen som en del av domarens opartiskhet innebär att parterna ska ha lika rätt att få sin talan prövad, därmed inte sagt att de använder denna rättighet på lika sätt. Möjligheterna att nå framgång med en talan och få gehör för olika invändningar varierar och är beroende av andra yttre faktorer såsom en parts kunskap om den omtvistade saken och processföringen, hur mycket arbete som läggs ner på tvisten, hur kapitalstark en part är, om en part har ombud till sin hjälp och ombudets skicklighet. Detta i sig strider inte mot likabehandlingsprincipen så länge samtliga parter har haft samma rätt att starta process, utse ombud samt framställa åberopanden av rättsfakta och bevisning. Likabehandlingsprincipen tar sin utgångspunkt i statens, genom domstolarna, ansvar mot enskilda att tillhandahålla tillgång till ”rättvisa” inom ramen för ett förfarande som inte ger en part en processuell fördel på bekostnad av den andra. Saten har inget ansvar för hur parterna förvaltar och använder denna rättighet.[796]

Likabehandlingsprincipen har fått ytterligare grundlagsskydd genom införandet av regeln om allas rätt till rättvis rättegång i 2 kap. 11 § 2 st. RF. Lagtexten innehåller inga detaljerade beskrivningar om vad som utgör en rättvis rättegång, men av grundlagsberedningens betänkande framgår att begreppet ger uttryck för olika så kallade ”rättssäkerhetskrav”, bland annat ett krav på att parterna ska vara likställda i ett kontradiktoriskt förfarande.[797] Domstolens roll är att se till att procedurreglerna upprätthålls och tillämpas i enlighet med detta.

II.2.6.4 PERSONLIGA ANKNYTNINGAR

I begreppet opartisk domare innefattas att domaren inte ska ha några personliga anknytningar till parterna eller till saken.

Enligt 1 kap. 9 § RF ges ett generellt skydd mot godtycke och diskriminering. Förutom att domaren ska iaktta allas likhet inför lagen, ska denne också iaktta saklighet och opartiskhet. Ofta överlappar dessa två krav varandra. Exempelvis kan knappast en domare som är partisk sägas ha iakttagit saklighet i sitt dömande.[798] 2 kap. 11 § RF är en generell bestämmelse om de grundläggande krav som ställs på domstolsförfarandet. Begreppet ”rättvis rättegång” måste anses innefatta att en domare saknar kopplingar till parterna och saken i den tvist denne är tillsatt att avgöra.[799]

796. Jfr *Westberg, Peter*, Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, s. 33 ff., 90 f. och 175 ff. samt Civilrättskipning, s. 141 och 159 f.

797. SOU 2008:125 s. 425 f. Även prop. 2009/10:80 s. 252.

798. Jfr *Bull, Thomas* och *Sterzel, Fredrik*, Regeringsformen en kommentar, s. 58 f.

799. Jfr SOU 2008:125 s. 425 ff. och prop. 2009/10:80 s. 159 f.

De nu nämnda reglerna i regeringsformen utgör en konstitutionell grund för de mer specifika jävsregler som kommer till uttryck i 4 kap. 13 § RB. Domstolen ska tillhandahålla domare som saknar personliga anknytningar till parterna och sakens utgång. Genom att domstolen fördelar sina mål genom lottning, det vill säga slumpen avgör vem som kommer att handlägga och avgöra en enskild tvist, kan bilden av den neutrala domaren upprätthållas. Som nämndes ovan är det dock inte så att slumpen helt avgör vilken domare som kommer att tilldelas ett enskilt mål.[800] Om exempelvis en chefsdomare fråntar en annan domare ett mål och avgör detta själv utan att det finns en väl motiverad anledning till detta, såsom att den tidigare domaren har blivit sjuk, kan ett sådant agerande stå i strid med kravet på objektiv opartiskhet.[801] Men även när det gäller den initiala fördelningen av mål kan det lämpliga i att en domare ges rätt att fördela mål ifrågasättas.[802] Risken är att om en domare har möjlighet att välja vilka mål som denne ska handlägga och avgöra, kan en sådan ordning framstå som partisk.

I 4 kap. 13 § RB finns ett antal specificerade omständigheter som gör att domaren i en enskild tvist anses ha personliga anknytningar till parterna och saken. Det handlar om olika diskvalificeringsgrunder som gör domaren obehörig att delta i handläggningen av en enskild tvist.[803] En domare får inte på grund av sitt förhållande till part eller det som tvisten handlar om, ha ett intresse i målets utgång som – medvetet eller omedvetet – kan påverka domarens omdöme eller vilja vid handläggningen eller avgörandet av en enskild tvist. Redan risken för uppfattningen att domarens opartiskhet inte står över varje tvivel ligger bakom bestämmelserna om domarjäv. Inte bara faktiskt jäv, utan varje omständighet som är ägnad att rubba förtroendet till domarens opartiskhet i målet, utgör en jävsgrund.[804]

Det är mot bakgrund av det ovan sagda som inte parterna, eller det allmänna, har tilldelats någon rätt att välja domare eller påverka vem som ska döma i en viss enskild tvist.[805] Parterna får enbart genom prorogationsavtal välja vilken domstol som ska avgöra en tvist.[806] Frågan om parternas valrätt när det gäller möjligheten att peka ut en viss specifik domare att handlägga och avgöra ett mål i domstolen har på senare år diskuterats i olika sammanhang i samband med reformerandet av civilprocessen. Diskussionerna har då

800. Se ovan avsnitt 11.2.4.2.

801. JO-beslut den 14 december 2010, dnr 2700-2010.

802. Se vidare ovan under avsnitt 11.2.4.2 och 11.2.4.5.

803. 4 kap. 13 § RB p. 1–10. För en detaljerad beskrivning av den särskilda jävsregeln i 4 kap. 13 § RB, se bl.a. *Tiby, Eva*, Domarjäv och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 4 kap. 13 § och där gjorda hänvisningar.

804. Jfr SOU 1938:44 s. 22 f. och SOU 1995:65 s. 118 f. Jfr *Ekelöf, Per-Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 144. Se även ovan nämnda NJA 2010 s. 274.

805. Det ska dock sägas att parterna i tryckfrihetsmål till viss del har möjlighet att påverka rättens sammansättning genom att utesluta tilltänkta jurymedlemmar, jfr 12 kap. 10 § TF.

806. Angående prorogationsavtal se ovan under avsnitt 6.4.

främst förts i avsikt att öka den statliga domstolens attraktionskraft för kommersiella aktörer. Det har dock aldrig resulterat i någon lagstadgad möjlighet för enskilda parter att påverka valet av domare. Det finns en risk för att en part som får möjlighet att påverka domstolens sammansättning, skulle se detta som ett sätt att påverka utgången i målet. En part som får välja beslutsfattare skulle kunna utnyttja denna rätt genom att välja domare med avsikten att inte enbart få en kompetent sammansättning i rätten utan också en sammansättning som på ett eller annat sätt skulle gynna partens sak.[807] Om parterna hade rätt att välja beslutsfattare skulle detta lätt kunna uppfattas som ett avsteg från principerna om domstolarnas opartiskhet och även från kravet på oavhängighet.[808] Hur skulle en sådan ordning förhålla sig till den objektiva opartiskheten? Det är inte en alltför långsökt tanke att en domstol där parterna själva väljer sina beslutsfattare, för en utomstående betraktare, skulle framstå som en partisk domstol.

11.2.6.5 OPARTISKHET ENLIGT EUROPAKONVENTIONEN

Det framgår uttryckligen av artikel 6 (1) EKMR att parter har rätt att få sina tvister prövade av en domstol som är såväl oavhängig som opartisk. På samma sätt som nämndes ovan ska en domare uppfylla krav på både subjektiv och objektiv opartiskhet. Det finns en riklig praxis från Europadomstolen när det gäller att tolka begreppet opartisk enligt artikel 6 (1).[809]

När frågan om en domares opartiskhet ställs inför Europadomstolen ska den först göra ett subjektivt test av opartiskheten och därefter ett objektivt test.[810] Subjektiv partiskhet föreligger om det mot bakgrund av fakta i målet kan fastställas att en domare faktiskt har varit partisk i en enskild tvist.[811] Som nämndes ovan är det mycket svårt att slå fast att en domare har varit faktiskt och medvetet partisk. Europadomstolen har uttalat att det finns en presumtion för att en domare varit opartisk till dess att motsatsen har bevisats.[812] Det kan dock förekomma situationer där domstolens och domarens

807. Jfr SOU 1995:65 s. 119.

808. Därtill kommer olika organisatoriska problem som kan uppstå om parterna tilldelades en valrätt avseende beslutsfattarna, bl.a. finns det en risk för att tilldelningen av mål skulle komma att snedfördelas genom att de skickligaste domarna alltid fick handlägga de dispositiva tvistemålen, se vidare SOU 1995:65 s. 120 och 2007:26 s. 225 ff.

809. Se exempelvis *Piersack* mot *Belgien*, dom den 1 oktober 1982, p. 30 och *Findlay* mot *Förenade Konungariket*, dom den 25 februari 1997, p. 73. Se även *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 199–224, *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 450 ff. och *Rainey, Bernadette m.fl.*, Jacobs, White & Ovey, The European Convention on Human Rights, s. 268 ff.

810. *Piersack* mot *Belgien*, dom den 1 oktober 1982, p. 30 och *Werner* mot *Polen*, dom den 15 november 2001, p. 39–40.

811. *Hauschildt* mot *Danmark*, dom den 24 maj 1989, p. 46–47 och *Werner* mot *Polen*, dom den 15 november 2001, p. 41–42.

812. Jfr *Le Compte, Van Leuven* och *De Meyere* mot *Belgien*, dom den 23 juni 1981, p. 58, och *Piersack* mot *Belgien*, dom den 1 oktober 1982, p. 30.

opartiskhet på ett mer allmänt plan kan ifrågasättas, exempelvis när det gäller hur domstolen är sammansatt. Det är framför allt denna objektiva opartiskhet som har varit föremål för Europadomstolens bedömning. På samma sätt som nämndes ovan när det gäller oavhängigheten, avgörs frågan om domstolen och domaren uppfyller kravet på opartiskhet bland annat av hur domarna utses, vem som utser dem, vem som kan utses samt för hur lång tid en domare utses. Kan det efter en samlad bedömning av dessa omständigheter sägas att domstolen och domaren har förutsättningar att agera opartiskt, föreligger även objektiv opartiskhet.[813]

Ovan har visats att i civilprocessen ska domstolen behandla parterna lika. Detsamma gäller enligt Europakonventionen. En domare som ger en av parterna en fördel på bekostnad av den andra uppfyller inte krav på opartiskhet. Principen om att parterna ska behandlas lika innefattas i begreppet ”*fair hearing*” i artikel 6 (1) EKMR. Med detta begrepp avses en rättvis rättegång, det vill säga att förfarandet inför domstolen uppfyller vissa rättssäkerhetsgarantier.[814] Europadomstolen har vid flera tillfällen uttalat att i begreppet ”*fair hearing*” innefattas bland annat att parterna ska behandlas lika och att de ska ha rätt till ett kontradiktoriskt förfarande där de har rätt att lägga fram sin talan på det sätt som de önskar. Europadomstolen använder begreppet ”*equality of arms*” som uttryck för att parterna ska ges rimliga och lika möjligheter att lägga fram sin sak inför domstolen på ett sätt som inte gynnar den ena parten på den andra partens bekostnad.[815] Kontradiktionsprincipen har stora likheter med och är delvis överlappande med principen om ”*equality of arms*”. Det kontradiktoriska förfarandet (*adversarial proceeding*) syftar till att samtliga parter har rätt att lägga fram sin talan, inkluderat bevisningen, och sina synpunkter och invändningar på det sätt parterna finner lämpligt, samt rätt att ta del av allt det som motparterna framför i processen.[816]

Inte i något sammanhang förefaller det vara avsikten att domaren ska vara aktiv och initiera tvister och processmaterial. Det kan dock tänkas att det finns konventionsstater där domstolen exempelvis har tilldelats rätten att på eget initiativ begära in bevisning. Domstolen har då tilldelats en mer aktiv roll när det gäller bevisunderlaget. Detta måste inte i sig innebära en kränkning av artikel 6 (1) EKMR. Europadomstolen har flera gånger betonat att

813. Jfr ovan under avsnitt 11.2.4.

814. Angående begreppet rättssäkerhetsgarantier se ovan under avsnitt 1.6.

815. Se bl.a. *Dombo Beheer B.V.* mot *Nederländerna*, dom den 27 oktober 1993, p. 33, *Niederöst-Huber* mot *Schweiz*, dom den 18 februari 1997, p. 23–24 och 28–29, *Beer* mot *Österrike*, dom den 6 februari 2001, p. 17–18, *Kress* mot *Frankrike*, dom den 7 juni 2001, p. 72 och 74 samt *Komanický* mot *Slovakien*, dom den 4 juni 2002, p. 45–47. Jfr också *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 246 f. *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 413 ff. I NJA 1993 s. 566 uttalar Högsta domstolen att principen om *equality of arms* är en grundläggande förutsättning för en rättvis rättegång.

816. Kontradiktionsprincipen utvecklas nedan under avsnitt 11.5.1.

det är upp till varje enskild konventionsstat att besluta hur den vill organisera rättskipningen för att möta de olika kraven i artikel 6 (1) EKMR,[817] exempelvis den nationella bevisrätten.[818] Europadomstolen har enbart synpunkter på ett nationellt förfarande om domstolen efter en helhetsbedömning kommer fram till att de rättigheter som garanteras i artikel 6 (1) EKMR inte är uppfyllda.

När förlikningsförhandlingar inte leder till en överenskommelse utan tvisten återgår till handläggning inom ramen för civilprocessen och förlikningsdomaren skiftar roll till beslutsfattare som ska döma i tvisten, kan det diskuteras om en sådan handläggning kränker rätten till opartisk domstol enligt artikel 6 (1) EKMR. Europadomstolen har i flera fall slagit fast att en domare som ska avgöra en tvist, inte tidigare får ha tagit befattning med målet i någon annan egenskap än som domare. I de fall som har varit föremål för bedömning har det dock handlat om att domaren fattat någon form av beslut som förutsatt ett ställningstagande i sakfrågan utan att hela saken har avgjorts.[819] Det är inte riktigt den situationen som är för handen här, men likheter finns och det kan i ett enskilt fall leda till en argumentation om att domaren redan under förlikningsförhandlingarna har bildat sig en uppfattning om saken som gör att parten när tvisten övergår till handläggning inom ramen för civilprocessen inte ges rätt till en opartisk domare.

Även domarens personliga anknytningar till parterna och saken påverka frågan om opartiskhet. Som nämndes ovan har Europadomstolen uttalat sig om betydelsen av att en chefsdomare fråntar en annan domare ett mål för att själv avgöra det.[820] Domstolen uttalade i *DMD*-fallet att ”*the paramount importance of the judicial independence and legal certainty for the rule of law call for particular clarity of the rules applied in any one case and for clear safeguards to ensure objectivity and transparency, and, above all, to avoid any appearance of arbitrariness in the assignment of particular cases to judges*.”[821] Klaganden hade inte givits någon möjlighet inför nationell domstol att ifrågasätta omfördelningen av målet eller framställa en jävsinvändning mot domstolschefen. Klaganden menade att domstolschefens agerande stod i strid med nationella bestämmelser om hur mål ska fördelas inom domstolen. Europadomstolen

817. Se ovan under avsnitt 11.2.1 särskilt not 628.

818. Se bl.a. *Dombo Beheer B.V.* mot *Nederländerna*, dom den 27 oktober 1993, p. 31–33, *Schenk* mot *Schweiz*, dom den 12 juli 1998, p. 46, *Komanický* mot *Slovakien*, dom den 4 juni 2002, p. 47 samt *Juha Hämäläinen m.fl.* mot *Finland*, dom den 26 oktober 2004, p. 2. Jfr även *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 255 f. *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 415 f. Den fria bevisföringens princip utvecklas nedan under avsnitt 11.5.3.

819. Konventionspraxis när det gäller denna fråga rör främst straffrättsliga frågor där domaren exempelvis har fungerat som åklagare i målet eller häktningsdomare, jfr *Piersack* mot *Belgien*, dom den 1 oktober 1982, p. 28–30 och *Hauschildt* mot *Danmark*, dom den 24 maj 1989, p. 46–49.

820. Se ovan under avsnitt 11.2.4.5.

821. *DMD Group A.S* mot *Slovakien*, dom den 5 oktober 2011, p. 66.

konstaterade att de nationella bestämmelserna var otydliga och att klaganden hade nekats prövning av en domstol upprättad med stöd av lag.[822] I det aktuella fallet var det inte fråga om i vad mån domstolschefen varit opartisk när denne avgjorde målet, men av ovanstående citat framgår att fördelningen av mål inom domstolen inte får vara utlämnat åt en domares godtycke.

11.2.7 *Alternativa tvistlösningsorgan och opartiskhet*

11.2.7.1 SKILJENÄMNDER

Som nämnts tidigare framhålls i förarbetena till lagen om skiljeförfarande att en förutsättning för att rättsordningen ska kunna ge sitt erkännande åt skiljeavtal och skiljedomar är att skiljedomsproceduren uppfyller grundläggande krav av den art som allmänt upprätthålls av rättsstatliga processordningar. Ett exempel på ett sådant grundläggande krav är att skiljemännen ska vara opartiska.[823] Kravet på opartiska skiljemän är centralt i alla rättsordningar. Även skiljedomsinstitut, nationella och internationella, och andra internationella instrument utgå från att en skiljeman ska vara opartisk i sin handläggning av tvisten och i sitt beslutsfattande.[824]

Att en skiljedomare ska vara opartisk framgår direkt av 8 och 21 §§ LSF. Den senare regeln innefattar en generell skyldighet för skiljemän att vara opartiska vid handläggningen av tvisten. Skiljemännens agerande eller ställningstagande ska vara oberoende av partsställningen i tvisten.[825] I det perspektivet kan opartiskhet och likabehandling sägas utgöra två sidor av samma mynt.

Skiljeförfarandet utgår från ett kontradiktoriskt förfarande där parternas roll, på samma sätt som inom civilprocessen, är att framställa yrkande om en rättsföljd och åberopa rättsfakta samt bevisning till stöd för detta inför en ”passivt” lyssnande skiljenämnd.[826] Skiljenämndens roll är att mot bakgrund av parternas framställda yrkande och åberopade rättsfakta och bevisning avgöra tvisten mellan parterna. Även om partsinflytandet är stort och parterna har möjlighet att gemensamt ge instruktioner till skiljemännen, har skiljemännen på samma sätt som domaren, en utredningsskyldighet och ska klarlägga vad parterna verkligen menar och avser samt en skyldighet att se till att målet drivs framåt. Genomförandet av denna utredningsskyldighet innebär inte i sig att skiljemannen inte uppfyller krav på opartiskhet så länge

822. *DMD Group A.S* mot *Slovakien*, dom den 5 oktober 2011, p. 59.

823. Jfr prop. 1998/99:35 s. 42. Även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 277, *Blackaby, Nigel m.fl.*, Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 600 f.

824. Jfr artikel 14 (1) Skiljedomsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut, artikel 11 (1) ICCs Rules of Arbitration, artikel 12 (1) UNCITRALs Arbitration Rules och artikel 12 (1) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

825. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 538 och 599 f.

826. Jfr ovan avsnitt 11.2.6.2.

frågor och andra beslut fattas i syfte att uppfylla de krav som uppställs i 21 § LSF. Skiljemännen, likt domaren i civilprocessen, får inte döma ut annan rättsföljd än vad parterna har yrkat och inte heller grunda skiljedomen på andra rättsfakta än vad parterna har åberopat. För att detta ska vara möjligt måste skiljenämnden kunna ställa frågor till parterna utan att detta i sig innebär att opartiskheten ifrågasätts.[827] Naturligtvis har det betydelse hur och i vilka sammanhang som frågorna ställs. En förutsättning för opartiskhet är att samtliga parter behandlas lika utan att någon av dem ges en processuell förmån på bekostnad av den andra.

Skiljeförfarandet skiljer sig dock från civilprocessen i vissa avseenden, inte minst genom att skiljemännen får sitt uppdrag från parterna och inte från staten. Det är dessutom ett eninstansförfarande med begränsade möjligheter till överprövning.[828] Parterna kan enbart få en skiljedom överprövad genom klander- och ogiltighetsbestämmelserna och då enbart en formell prövning. Det finns ingen möjlighet att få skiljedomen överprövad på materiell grund.[829] Mot bakgrund av detta har det hävdats att kravet på opartiska beslutsfattare är extra viktigt vid ett skiljeförfarande.[830]

8 § LSF innehåller specifika situationer som grundar ”jäv” i förhållande till parterna.[831] Det handlar om olika omständigheter som kan ge upphov till förtroendeskadliga situationer mellan skiljemännen, parterna och deras ombud. Uppräkningen är dock inte uttömmande utan varje omständighet som kan rubba förtroendet för skiljemannens opartiskhet omfattas av regeln. Även inom skiljemannarätten talar man om en objektiv respektive subjektiv sida av opartiskheten.[832] Det krävs inte att det visas att en skiljeman har varit faktiskt partisk, den subjektiva sidan, utan partiskhet kan uppkomma så snart det föreligger en omständighet som på ett objektivt plan ger anledning att ifrågasätta om skiljemannen har förutsättningar att agera opartiskt.

827. Denna rollfördelning inom civilprocessen och skiljeförfarandet utvecklas nedan under avsnitt 11.5.4 och 11.6.3.

828. Även civilprocessen har dock genom reglerna om generellt prövningstillstånd i hovrätten för tvistemål, mer och mer kommit att likna ett eninstansförfarande.

829. Det finns dock möjlighet att i skiljeavtalet komma överens om att skiljedomen ska kunna överklagas även på materiell grund hos en s.k. överskiljenämnd eller i en domstolsprövning. Sådana överenskommelser är mycket ovanliga, jfr SOU 1994:81 s. 96 och 257 och prop. 1998/99:35 s. 72 och 213. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 110 och 837 och Ö*hrström*, *Marie,* Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut, en handbok och regelkommentar för skiljeförfarande, s. 77 not 1.

830. Jfr NJA 2007 s. 841 och NJA 1981 s. 1205, i dessa fall betonade Högsta domstolen att kravet på objektivitet och opartiskhet när det gäller skiljemän måste ställas högt. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 419 f. och *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 238.

831. Termen jäv används inte i lagen om skiljeförfarande. 8 § LSF omfattar dock sådana situationer som normalt förknippas med jäv inom civilprocessen. Lagstiftaren har dock valt att använda sig av en annan terminologi inom skiljemannarätten, angående diskussionen om terminologin, se vidare SOU 1994:81 s. 114 f. och prop. 1998/99:35 s. 83 f.

832. Jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 240. Jfr även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 419. Jfr ovan under avsnitt 11.2.6.1.

Det kan diskuteras hur opartiskhet upprätthålls i ett förfarande där parterna utser beslutsfattarna och förfarandet till sin natur innehåller ett mycket stort partsinflytande. Utgångspunkten för skiljeförfarandet är dock att även om parterna utser vardera en skiljeman ska skiljemännen agera opartiskt.[833] I samband med att skiljemännen tillfrågas om uppdraget att agera skiljeman är de skyldiga att upplysa parterna om alla sådana förhållanden som kan vara av intresse för parterna för att de ska kunna avgöra om skiljemännen ska accepteras eller inte.[834] Detta utgör en form av yttre kontroll av skiljemännen. Om skiljemännen underlåtit att upplysa om en omständighet av betydelse, och en part inte har varit medveten om omständigheten, kan det leda till att skiljedomen klandras på den grunden att en part inte har fått rätt till en prövning inför en skiljenämnd som varit opartisk.[835]

Mot bakgrund av ovan sagda finns det anledning att ifrågasätta om partsutsedda skiljemän verkligen uppfyller krav på objektiv opartiskhet. Lägg därtill det faktum att det är förhållandevis få personer i Sverige som figurerar som advokater och skiljemän inom ramen för skiljeförfarandet och det är också ofta samma parter som återkommer inom skiljeförfarandet. Problem med byråjäv och sammanblandande funktioner tillhör vardagen.[836] Risken att en tilltänkt skiljeman tidigare har haft kontakt med någon av parterna eller övriga tvistlösningsaktörer är därför stor. Finns det inte också en risk för att den partsutsedda skiljemannen känner sig ”tvingad” att stödja den part som utsåg denne? En part utgår kanske från att den partsutsedda skiljemannen ska lyssna extra noga på den del av talan som parten företräder och se till att skiljenämnden verkligen uppfattat och förstått den framlagda talan. Detta gäller inte minst när parterna är av olika nationalitet med olika rättsliga kulturer. Så kan det naturligtvis vara, men inom skiljemannarätten accepteras partsutsedda skiljemän principiellt utan att detta på ett objektivt plan har ansetts stå i konflikt med kravet på opartiskhet.[837] En partsutsedd skiljeman som besitter särskild sakkunskap i tvistefrågan, kan också tillföra skiljenämnden en förståelse och kunskap om tvisten. Det är dock viktigt att skiljemannen framstår som neutral i förhållande till den part som har utsett denne, i annat fall finns det en risk för att ordföranden inte kommer att lägga så stor vikt vid den sakkunskap som framförs. Det finns en risk för att en partsutsedd skiljeman som alltför tydligt tillvaratar ”sin parts” intressen inte

833. Det ligger också i skiljemännens intresse att förhålla sig så neutrala som möjligt i förhållande till parterna samt handlägga målet på ett sådant sätt att klandermöjligheter försvåras. I annat fall vore utsikterna till nya skiljemannauppdrag klart begränsade.

834. Jfr 9 § LSF. Om skiljeförfarandet handläggs av ett skiljedomsinstitut utför institutet noggranna kontroller av skiljemännens oavhängighet och opartiskhet.

835. Jfr 34 § p. 5 LSF.

836. Angående byråjävsproblematiken se NJA 2007 s. 841. Även *Runesson, Erik*, JT 2007–08 s. 947 ff.

837. Jfr *Kirby, Jennifer,* With Arbitrators, Less Can be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of having Three Arbitrators may be Overrated, s. 346 f.

får det gehör inför skiljenämnden som parten önskat. Det förekommer också att de partsutsedda skiljemännen för fram var sin, oftast motsatt, ståndpunkt och det blir då ordförandens åsikt som kommer att avgöra tvisten. Förhållandet är dock detsamma för båda parter.[838]

Bestämmelserna om opartiskhet i lagen om skiljeförfarande är förhandstvingande[839] och parterna har inte någon möjlighet att på förhand avtala bort dessa.[840] Mot bakgrund av vad som ovan nämndes om sammanblandade funktioner och risker för byråjäv när det gäller skiljeförfarandets aktörer, är det däremot inte ovanligt att frågan om en särskild skiljeman är opartisk aktualiseras sedan en tvist väl har uppkommit. I den situationen är det fullt möjligt för en part att *medvetet* avstå från rätten att dömas av en ”opartisk” skiljeman genom att acceptera en skiljeman trots vetskap om att det föreligger omständigheter som ger anledning att ifrågasätta skiljemannens opartiskhet.[841] En part kan också genom sin *passivitet* anses ha accepterat en skiljeman vars opartiskhet på ett objektivt plan kan ifrågasättas.[842] En förutsättning är att det kan visas att parten varit medveten om de omständigheter som grundar opartiskhet och trots detta inte gjort någon invändning.[843]

Även om en part, medvetet eller genom sin passivitet, har accepterat en skiljeman trots att det föreligger omständigheter som skulle kunna grunda partiskhet, innebär inte det att parten också anses ha avstått från rätten till en opartisk handläggning. Skiljemannen är fortfarande bunden av bestämmelserna i lagen om skiljeförfarande och ska utföra sitt uppdrag på ett opartiskt sätt. När en part avstår från att åberopa en känd obehörighetsgrund innebär det enbart att denne inte med framgång kan klandra skiljedomen på den aktuella grunden som var känd för parten. Bestämmelserna om att invändningar om partiskhet måste göras på ett tidigt stadium under förfarandet har sin grund i att en part inte ska kunna avvakta utgången av skiljeförfarandet och först därefter genom en klandertalan framföra en invändning om partiskhet mot någon av skiljemännen. Samma hänsyn gör sig gällande när Europadomstolen har bedömt en skiljemans opartiskhet i enlighet med artikel 6 (1) EKMR.[844]

838. Jfr *Kirby, Jennifer*, With Arbitrators, Less Can be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of having Three Arbitrators may be Overrated, s. 342 ff.

839. Angående förhandstvingande bestämmelser se ovan under avsnitt 10.3.2.

840. SOU 1994:81 s. 119 och prop. 1998/99:35 s. 86 f.

841. Motsvarande situation kan uppkomma även inom civilprocessen, jfr 4 kap. 14 § 2 st. RB.

842. Jfr 34 § 2 st. LSF, där det framgår att en part kan förlora rätten att föra en klandertalan genom att delta i förfarandet utan att genast göra invändning mot skiljemännens behörighet eller agerande.

843. Jfr SOU 1994:81 s. 119 och prop. 1998/99:35 s. 86.

844. Se bl.a. *Suovaniemi m.fl.* mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999. Genom att medverka i förfarandet utan att göra invändning om opartiskheten anses parterna ha accepterat den omständighet som skulle kunna utgöra en förtroendeskadlig grund.

Parterna kan också, även om det sannolikt är ovanligt, redan i skiljeavtalet ha pekat ut viss namngiven skiljeman. När sedan en tvist väl uppkommer kan det mycket väl föreligga omständigheter som innebär att den i avtalet utpekade skiljemannens opartiskhet på ett objektivt plan skulle kunna stå i strid med 8 § LSF. Innebär ett sådant avtalsvillkor att parterna har avsagt sig rätten att åberopa eventuella förtroendeskadliga omständigheter i förhållande till den utpekade skiljemannen? Avståendet kan knappast gälla generellt för alla förtroendeskadliga omständigheter i förhållande till den utpekade skiljemannen. Parterna bör inte kunna åberopa omständigheter som var kända vid avtalets ingående, men väl sådana som har uppkommit efter det att avtalet ingicks.[845]

I detta sammanhang är det också intressant att ställa sig frågan om parterna får avtala bort rätten att utse en ”egen” skiljeman. En förutsättning för att detta ska accepteras är att avtalet innebär lika begränsningar för samtliga parter. Ett exempel skulle kunna vara att parterna överlåter åt ett skiljedomsinstitut att utse skiljemännen. Det finns inget hinder mot ett sådant avtal så länge avtalsverkningarna är desamma för samtliga parter. Däremot är det mer problematiskt när rätten att utse en skiljeman har begränsats endast för en av parterna, medan motparten har kvar den rätten. Parterna ska vara likställda när det gäller rätten att peka ut en skiljeman.[846] Skiljenämnden är inte balanserad om en parts rätt att utse en skiljeman är begränsad i förhållande till motpartens rätt och det kan då finnas anledning att ifrågasätta skiljenämndens opartiskhet.[847] I detta senare fall blir det snarare tal om självrättskipning, och inte ett skiljeförfarande.[848]

En intressant reflektion i sammanhanget är att skiljemännen prövar eventuella jävsinvändningar själva och en skiljeman mot vilken en jävsinvändning riktats, deltar i denna prövning.[849] I civilprocessen ska som huvudregel inte den domare mot vilken en jävsinvändning har riktats, delta vid prövningen av frågan om partiskhet.[850] Europadomstolen har dock slagit fast att för att en jävsinvändning ska kunna prövas opartiskt måste det i princip krävas att den mot vilken invändningen görs, inte deltar i prövningen.[851] Detta står i strid mot den ordning som gäller för skiljeförfarande. Trots denna besluts-

845. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 417 not 38.

846. Jfr NJA 1974 s. 573, NJA 1982 s. 853 och NJA 1992 s. 143. Jfr även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 129 ff.

847. Ett sådant tvistlösningsavtal riskerar också att dömas ut som skiljeavtal, jfr resonemanget ovan under avsnitt 10.5.4.

848. Jfr Svea hovrätts, T 5043-04, dom den 15 mars 2005.

849. 10 § 1 st. LSF. Se SOU 1994:81 s. 119 och 267 samt prop. 1998/99:35 s. 86 ff. och 219.

850. Jfr 4 kap. 15 § 4 st. RB. Av bestämmelsen framgår dock att det finns vissa undantagssituationer där den domare, mot vilken jävsinvändningen har riktats, får delta vid prövningen av frågan om partiskhet.

851. Jfr *Debled* mot *Belgien*, dom 22 september 1994, p. 37. Även *Danelius, Hans,* Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 219.

ordning accepteras skiljenämnder som likställda med domstolar. Europadomstolen skulle dock i ett enskilt fall där en specifik skiljeman varit med och prövat sin egen behörighet och den nationella domstolen har accepterat detta, kunna komma fram till att i det enskilda fallet kränks artikel 6 (1) EKMR.

Parterna får inte heller på förhand avstå från rätten att klandra en skiljedom, vilket annars skulle kunna ses som ett alternativ att komma runt de förhandstvingande reglerna om opartiskhet. Om parterna på förhand har avstått från varje rätt till rättsmedel avseende skiljedomen, kommer hovrätten inte att vara bunden av ett sådant avtal om den förlorande parten, trots avtalet, väcker en klandertalan. Även klanderreglerna i lagen om skiljeförfarande är förhandstvingande på så sätt att parterna inte på förhand får avtala bort dem utan detta får ske först sedan klandersituationen har uppkommit.[852] En part får dock välja att avstå från att göra en klandergrund gällande redan under förfarandet förutsatt att klandersituationen har uppkommit då. Parten behöver inte vänta till dess att skiljedomen har meddelats.[853]

Mot bakgrund av att parterna enligt rättegångsbalken får avtala bort överprövningsrätten kan det tyckas märkligt att parterna inte inom skiljeförfarandet får avtala bort klandergrunderna och möjligheten till överprövning.[854] En anledning till att parter väljer skiljeförfarandet som ett alternativ till civilprocessen är att de önskar en snabb och effektiv handläggning av tvisten. I linje med detta borde det också vara möjligt att avstå från klanderrätten som annars riskerar att tvistlösningen drar ut på tiden. Skiljeförfarandet är dock redan från början ett eninstansförfarande och klanderrätten omfattar enbart formella grunder. Det finns ingen möjlighet för parterna att få en ny materiell prövning av tvisten.[855] Ett domstolsförfarande förutsätts uppfylla alla nödvändiga rättssäkerhetsgarantier både enligt nationell rätt och artikel 6 (1) EKMR.[856] Statens insyns- och kontrollfunktioner tillgodoses inom civilpro-

852. Prop. 1998/99:35 s. 156. Däremot är det i fråga om vissa internationella skiljeförfaranden möjligt att träffa så kallade *undantagsavtal* enligt § 51 LSF, med innebörden att parterna kommer överens om att de regler i den tillämpliga rättsordningen enligt vilka skiljedomen skulle kunna angripas *inte* ska gälla mellan parterna. En anledning till att undantagsavtal accepteras för internationella förfaranden är att man från svensk sida inte vill hindra att internationella tvister slits i Sverige i enlighet med svensk skiljemannarätt. Dessutom verkställs utländska skiljedomar, som omfattas av ett undantagsavtal, i enlighet med ett särskilt förfarande för utländska skiljedomar. Det görs då en särskild prövning av klanderskälen på ett sätt som inte görs när nationella skiljedomar verkställs av kronofogdemyndigheten, se vidare *Heuman, Lars,* Skiljemannarätt, s. 719 ff. och *Lindskog, Stefan,* Skiljeförfarande, s. 1127 f. Även NJA 1989 s. 143.

853. *Lindskog, Stefan,* Skiljeförfarande, s. 1127 f.

854. Jfr 49 kap. 2 § RB, se ovan avsnitt 6.4 samt nedan kapitel 17.

855. Se dock ovan not 829.

856. Europadomstolen har slagit fast att konventionen garanterar en rätt till domstolsprövning och rättvis rättegång i minst en instans. Det finns inte något krav på att en domstolsdom ska kunna överprövas. Om däremot en överprövningsrätt medges måste överprövningsförfarandet uppfylla de rättigheter som kommer till uttryck i artikel 6 (1) EKMR, jfr *Delcourt* mot *Belgien*, dom den 17 januari 1970, p. 25 och *K.D.B* mot *Nederländerna*, dom den 27 mars 1998, p. 38.

cessen på ett sätt som inte är möjligt inom ett skiljeförfarande. Dessa kontrollfunktioner tillgodoses delvis genom klanderprocessen och den exekutiva verksamhet som staten utövar genom att verkställa skiljedomar. Om parterna helt kunde avstå från klanderrätten skulle dessa insyns- och kontrollfunktioner helt försvinna, vilket inte skulle vara förenligt med rättsstatens ansvar över rättskipningen och artikel 6 (1) EKMR, i vart fall inte så länge ett skiljeavtal utgör processhinder och en skiljedom är verkställbar. Dessutom kan en dom angripas genom extraordinära rättsmedel.[857] Någon direkt motsvarighet till extraordinära rättsmedel finns inte för skiljedomar. Tanken är att skiljeparterna ska få tillräckligt rättsskydd genom bestämmelserna om ogiltighet och klander i lagen om skiljeförfarande, bland annat för att få prövat invändningar om att en skiljeman inte har agerat opartiskt.[858] Mot bakgrund av detta är det inte möjligt att på förhand avtala bort reglerna om klander.

11.2.7.2 PRIVATDOMARE

Kravet på opartiskhet är, på samma sätt som nämndes ovan när det gäller oavhängighet, en grundförutsättning när det gäller all tvistlösning, även privatdomarförfaranden.[859] Vid bedömningen av om en privatdomare har agerat opartiskt får det bland annat betydelse hur privatdomaren utses, hur förfarandet genomförs och att privatdomaren har agerat neutralt i förhållande till parterna i ett enskilt fall. I första hand är det avtalet som avgör i vad mån det finns förutsättningar för privatdomaren att på objektiv grund agera opartiskt och att genomföra uppdraget på ett sådant sätt att inget förtroendeskadligt förhållande kan sägas föreligga i förhållande till parterna. Men om inte avtalet ger svar på dessa frågor kan det vara svårt att förutse och fastställa om privatdomaren på objektiva grunder kan sägas utgöra en opartisk beslutsfattare, särskilt som det helt saknas lagstiftning.[860] Även vid ett privatdomarförfarande får dock parterna välja en beslutsfattare som inte uppfyller kravet på opartiskhet förutsatt att parterna är medvetna om det förtroendeskadliga förhållandet och trots detta väljer privatdomaren.

Ett sätt att skapa en ”privatdomarlag” är att parterna ansluter sig till ett institutionellt förfarande eller ett standardavtal på området.[861] Som nämndes ovan finns det omfattande reglementen och standardavtal som reglerar olika varianter av exempelvis *Dispute Board*-förfaranden både när det gäller hur en

857. I 58 kap. RB finns bestämmelser om resning och i 59 kap. RB bestämmelser om domvilla.

858. Jfr 33–34 §§ LSF. I vissa extrema fall kan det diskuteras om inte rättsordningen kan tänkas ge en skiljepart ett skydd som sträcker sig längre än ogiltighets- och klanderreglerna i lagen om skiljeförfarande, se vidare *Lindskog, Stefan,* Skiljeförfarande, s. 834 f.

859. Jfr *Chern, Cyril*, Chern on Dispute Boards, s. 12 samt s. 109.

860. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 11.2.5.2.

861. Se ovan under avsnitt 10.4.3.

Dispute Board utses och ska genomföra sitt uppdrag samt när det gäller vikten av opartiskhet hos beslutsfattarna.[862]

Vid ett privatdomarförfarande som liknar domstols- och skiljeförfarandet är förutsättningarna större att bedöma frågan om opartiskhet i förhållande till beslutsfattarna, till skillnad från när privatdomarförfarandet skiljer sig från de nämnda tvistlösningsformerna, exempelvis vid ett värderingsuppdrag där syftet inte är att lösa en mellan parterna uppkommen tvist utan endast att fastställa värdet på viss egendom. Även vid sådana uppdrag får parterna genom avtal ansluta sig till ett reglemente av vilket det tydligt framgår hur värderingsmannen ska utses och genomföra sitt uppdrag,[863] men ofta utgör värderingsklausulen endast en del av ett större huvudavtal utan att det innehåller några egentliga detaljer om själva uppdraget.[864] När privatdomaren agerar tvistlösare är det troligare att förfarandet liknar det som gäller inom civilprocessen och skiljeförfarandet jämfört med de fall då privatdomaren agerar värderingsman. Det är fullt möjligt för parterna att utse en privatdomare som är juridiskt bevandrad och som är införstådd med civilprocessen och dess procedurregler samt vikten av att dessa upprätthålls och där långtgående krav på opartiskhet är naturligt.

När privatdomaren ska agera värderingsman är det mera sällsynt att denne har en profession som jurist. Ofta handlar det om att fastställa olika ekonomiska värden, vilket många gånger lämpligen bedöms av revisorer och andra ekonomiskt bevandrade yrkesgrupper. Parterna ska förse värderingsmannen med de uppgifter som denne behöver för att kunna utföra värderingen. Det kan dock tänkas att en revisor som anser sig sakna någon uppgift eller har synpunkter på en uträkning, tar direkt kontakt med den berörda parten utan att också meddela motparten detta. I dessa sammanhang kan frågan om opartisk handläggning komma att ifrågasättas. Även om inte värderingsmannen har avsett att agera opartiskt kan agerandet som sådant framstå som opartiskt, en objektiv opartiskhet. I ett förfarande som helt saknar givna ramar för hur förfarandet ska genomföras är risken för sådana incidenter betydligt större än inom ett förfarande med tydliga fastställda ramar för förfarandet.

862. Exempelvis artikel 19 (6) ICC Dispute Board Rules och FIDICs olika standardavtal för *Dispute-Board*-förfaranden, FIDIC (Red Book) *Conditions of Contract for Construction*, FIDIC (Silver Book) *Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects*, FIDIC (Yellow Book) *Conditions of Contract for Plant and Design-Build*. Jfr även *Chern, Cyril*, Chern on Dispute Boards, s. 12, 109 och 112 ff., där det presenteras en guide över olika situationer som gör att opartiskheten kan komma att ifrågasättas vid ett *Dispute-Board*-förfarande.

863. Exempelvis ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings.

864. För exempel på sådana klausuler se ovan under avsnitt 10.4.2.

11.2.7.3 PARTERNA AGERAR BESLUTSFATTARE

I gruppen där parterna agerar beslutsfattare aktualiseras, på samma sätt som nämndes ovan under oavhängighet, enbart frågan om opartiska beslutsfattare vid medling.[865] Vid förlikningsförhandling finns det inte någon utomstående tredje man som ska bistå parterna vid förhandlingarna och vid självrättskipning kan det aldrig på ett objektivt plan vara förenligt med kravet på opartiska beslutsfattare att parterna överlåter beslutanderätten till en av parterna eller till ett organ vars beslutsfattare utsetts huvudsakligen av en av parterna.

Opartiskheten är central vid medling.[866] En medlare måste vara opartisk i förhållande till parterna. Det gäller dels de kopplingar och relationer som medlaren har till parterna, dels i agerandet under själva medlingsförhandlingarna. Opartiskhet innebär att parterna ska behandlas på ett likvärdigt sätt utan att någon får en fördel framför den andra. Ska det vara möjligt att nå en samförståndslösning måste rimligen förtroendet för medlaren vara stort.[867]

Parterna kommer överens om medling som tvistlösningsform genom avtal. Det betyder på samma sätt som nämndes ovan under privatdomare att det i första hand är avtalet som avgör om det finns förutsättningar för medlaren att agera opartiskt. För att detta ska kunna fastställas krävs det att medlingsavtalet är tydligt formulerat, vilket sällan är fallet. Medlingsklausuler är ofta kortfattade och det kan då vara svårt att fastställa om det på ett objektivt plan finns förutsättningar för medlaren att agera opartiskt.[868] Det finns visserligen en medlingslag, men den innehåller inte några regler om medlaren eller själva förfarandet.[869] Däremot finns det vägledande Europeiska uppförandekoder för medlare av vilka det tydligt framgår att en medlare ska agera opartiskt i förhållande till parterna.[870] Parterna kan också ansluta sig till ett institutionellt reglemente som innehåller bestämmelser om medlaren och medlingsuppdragets genomförande.[871]

Medlingen är till sin natur uppbyggd på ett sådant sätt att det lätt kan uppkomma misstänksamhet om medlarens opartiskhet. Under medlingsförhandlingarna är det vanligt att medlaren träffar parterna var för sig för att klarlägga vilket förhandlingsutrymme som finns. Det säger sig själv att parterna kan bli misstänksamma om vad som förekommer under dessa *ex parte*-möten med motparten och om medlaren har skapat sig en egen uppfattning

865. Jfr ovan under avsnitt 11.2.5.3.
866. Jfr punkt 2.2 Europeiska uppförandekoder för medlare.
867. Jfr *Alexander, Nadja*, International and Comparative Mediation, s. 219 ff.
868. Se exempel på medlingsklausuler under avsnitt 10.5.2.2.
869. Jfr ovan under avsnitt 10.5.3. och 11.2.5.3.
870. Punkt 2.2 Europeiska uppförandekoder för medlare.
871. § 7 (1) Medlingsregler för Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut och artikel 1 (2) samt 5 (3) ICC Mediation Rules. Se även artikel 5 (4-5) UNCITRAL Model Law on International, Commercial Conciliation och artikel 4 (2) UNCITRAL Conciliation Rules.

om tvisten som kommer att påverka medlaren under själva medlingen och i förlängningen även medlingsresultatet.[872] Det är därför extra viktigt att medlaren inledningsvis tydliggör för parterna vad medlingen innebär och hur den kan komma att läggas upp.

Problem relaterade till frågan om opartiskhet varierar mycket beroende på vilken roll medlaren har tilldelats av parterna. Ska medlaren bara vägleda parterna eller ska denne också värdera tvisten? Får medlaren hjälpa en part som uppenbart saknar kännedom om exempelvis gällande rätt eller andra normer och praxis, med upplysningar om detta utan att kravet på opartiskhet äventyras? Svaret avgörs dels av vilken roll medlaren har tilldelats, dels av medlarens konkreta agerande vid medlingsförhandlingarna.[873]

Har medlaren tilldelats rollen att lämna lösningsförslag kan det diskuteras om detta, på ett objektivt plan, är förenligt med kravet på opartiskhet. Medlaren har sannolikt hört båda sidornas versioner av tvisten och vardera partens förhandlingsutrymme. Medlaren är därmed väl medveten om de olika parternas svagheter och styrkor. Kan medlaren då lägga fram ett förslag som inte anses mer gynnsamt för den ena parten än den andra utan att detta kommer i konflikt med kravet på opartiskhet? Varje sådant agerande från medlaren leder inte till att opartiskheten ska ifrågasättas. Det ligger i medlingens natur att medlaren ska hjälpa parterna att förhandla med varandra och kanske också komma med förslag på lösningar. Frågan får istället avgöras i varje enskilt fall, men klart är att om medlaren ges rätten att ha en mera aktiv roll ökar också riken för att medlarens opartiskhet kommer att ifrågasättas. Ännu mer komplicerat blir fallet om medlarens roll skiftar från att vara medlare till att bli skiljeman i avsikt att som skiljeman avgöra tvisten. Detta scenario liknar de förlikningsförhandlingar som sker inför domstolen inom civilprocessen.[874] På samma sätt som nämndes ovan under oavhängigheten kan sådana *med-arb*-förfarandens förenlighet med opartiskhet ifrågasättas.[875]

11.3 Muntlig förhandling

11.3.1 *Muntlighet i civilprocessen*

Civilprocessen utgår från den så kallade *muntlighetsprincipen*, vilket innebär att förfarandet inför domstol som huvudregel är muntligt. Parterna ska ges tillfälle att lägga fram sin talan inför domstolen, inte bara skriftligen utan även muntligt. Muntlighetsprincipen infördes i Sverige som en del av rätte-

872. Jfr *Knuts, Gisela*, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 113.

873. Detta kan till viss del liknas vid domarens materiella processledning inom civilprocessen, se vidare ovan under avsnitt 11.2.6.2.

874. Jfr mitt resonemang ovan under avsnitt 11.2.6.2.

875. Jfr ovan under avsnitt 11.2.5.3. När det gäller *med-arb*-förfaranden, se även ovan avsnitt 10.8.

gångsordningen genom nya rättegångsbalken 1942.[876] Tidigare hade rättegångsförfarandet präglats av skriftlighet, men i och med att den legala bevisteorin övergavs till förmån för den fria bevisprövningen, inkluderat fri bevisföring, infördes muntlighet som huvudregel. Det skriftliga förfarandet ansågs inte kunna fylla de krav som med hänsyn till bevisningsresultatets tillförlitlighet måste ställas på en fri bevisprövning.[877]

I föreställningen om processuell rättvisa ingår det ”mjuka” momentet att en process ska vara upplagd så att parterna får intrycket av att de och deras talan tas på allvar av domstolen. Föreställningen är att detta bäst tillgodoses genom ett personligt möte; *justice must be seen to be done*.[878] Även rätten till en rättvis rättegång enligt 2 kap. 11 § 2 st. RF innefattar en rätt att bli hörd av domstol och en rätt att få lägga fram sin sak muntligen inför domstol.[879]

Muntlighetsprincipen gäller för hela förfarandet, både förberedelsen och huvudförhandlingen.[880] Det krävs dock inte att samtliga moment i civilprocessen är muntliga. I förarbetena till rättegångsbalken finns en rekommendation om att varje tvistemål i vart fall bör innehålla ett muntligt förberedelsesammanträde.[881] Det har i lagstiftningssammanhang framförts förslag om att avskaffa huvudregeln att huvudförhandlingen ska hållas muntligen. Lagstiftaren har dock valt att underkänna sådana förslag.[882] Det finns däremot vissa möjligheter för domstolen att avgöra en tvist på handlingarna utan att det hålls någon huvudförhandling.[883]

Förberedelsen syftar bland annat till att klarlägga och avgränsa vad tvisten avser.[884] Käranden ska precisera vilken rättsföljd som yrkas och vilka omständigheter, rättsfakta, som åberopas till stöd för yrkandena. Svaranden ska på motsvarande sätt redovisa sin inställning till kärandens yrkande samt ange de

876. När det gäller muntlighetsprincipens utveckling och en historisk genomgång hänvisas till *Bylander, Erik*, Muntlighetsprincipen, kap. 7 och 8.

877. Se prop. 1931:80 s. 91 ff. och SOU 1938:44 s. 22 och 433 f. Jfr även prop. 1998/89:78 s. 105 där det konstateras att i samband med att rättegångsbalken tillkom 1942 var det lagstiftarens intentioner att tydligt bryta med äldre protokollariska system och starkt befästa muntlighetsprincipen som den bästa förutsättningen för principen om fri bevisföring och bevisvärdering. När det gäller de överväganden som ligger bakom införandet av muntlighetsprincipen i rättegångsbalken, se *Bylander, Erik*, Muntlighetsprincipen, s. 83 ff. och där gjorda hänvisningar.

878. Jfr SOU 1982:25 s. 93 f. och SOU 1982:26 s. 85 ff. och 165 ff. samt prop. 1986/87:89 s. 79 ff. och prop. 2004/05:131 s. 80 ff.

879. SOU 2008:125 s. 426 och prop. 2009/10:80 s. 160. Högsta domstolen har i ett flertal fall slagit fast att rätten till muntlig förhandling är central i civilprocessen, se bl.a. NJA 1992 s. 363, NJA 1992 s. 513, NJA 1994 s. 290 och NJA 1998 s. 232.

880. Jfr 42 kap. 9 § och 43 kap. 5 § RB.

881. Prop. 1986/87:89 s. 78 ff. Se även RH 1994:100.

882. Jfr SOU 2001:103 s. 156 ff. I betänkandet föreslogs att ett avgörande efter huvudförhandling inte längre skulle utgöra huvudregel i svensk civilprocess. Förslaget underkändes dock i den efterföljande propositionen, prop. 2004/05:131 s. 136 ff.

883. 42 kap. 18 § 5 p. RB.

884. Ett av syftena med det muntliga förberedelsesammanträdet är också att få parterna att nå en förlikningsöverenskommelse. Det innebär att en huvudförhandling enbart aktualiseras om inte parterna under förberedelsen har nått en sådan överenskommelse.

rättsfakta som denne åberopar som grund för ett bestridande. Därtill ska parterna ange de bevismedel som åberopas samt vad som ska styrkas med varje enskilt bevis. Civilprocessen utgår från att detta sker effektivast vid ett muntligt förfarande.[885] I ett skriftligt förfarande finns det risk för att parterna skriver förbi varandra eller inte lyckas att uttrycka vad de egentligen menar och det finns en risk för att de inte tar ställning till varandras påståenden. Vid ett muntligt förfarande har domstolen mycket större möjligheter att utöva materiell processledning och rätta till eventuella otydligheter och misstag.[886] Ett mål får som regel inte prövas om inte denna processledningsskyldighet har uppfyllts.[887]

Av 42 kap. 9 § RB framgår att handläggningsformen får vara antingen skriftlig eller muntlig eller en kombination av detta.[888] På senare år, i samband med diskussioner om att domstolarna måste bli snabbare, mera flexibla och effektivare, har det också diskuterats om inte partsinflytande bör bli större i civilprocessen.[889] Ett led i detta är att domaren ska samråda med parterna om vad som är lämpligt när det gäller handläggningen av målet. Av 42 kap. 6 § RB framgår att domstolen inte *bör* fatta några beslut avseende handläggningen innan den har samrått med parterna.[890] Av förarbetena kan det utläsas att även om parterna inte har givits något direkt eller avgörande inflytande över förberedelsens form, bör rätten vid avgörande av vilken form förberedelsen ska ha i olika skeden, fästa stor vikt vid parternas önskemål och rekommendationer. Detta är en återspegling av att inom civilprocessen är förfarandefrågor i dispositiva tvistemål i princip undandragna parternas dispositioner.[891]

Samma synpunkter som ovan aktualiseras under huvudförhandlingen även om det vid den tidpunkten ofta har hållits ett (eller flera) muntligt förberedelsesammanträden där det har klarlagts vad tvisten gäller samt parternas inställning till detta. När det talas om muntlighetsprincipen avses som regel den processprincip som i kombination med omedelbarhets- och koncentrationsprincipen gäller vid huvudförhandlingar inför domstol.[892] Huvudregeln är att en huvudförhandling ska hållas innan domstolen meddelar dom,[893] och

885. Jfr SOU 1938:44 s. 433. Även SOU 1982:26 s. 85 och SOU 2001:103 s. 165 f.

886. Prop. 1986/87:89 s. 79 f. Se även RH 1994:100.

887. Jfr RB 42 kap. 8 § RB. Se även RH 1998:28.

888. Prop. 1986/87:89 s. 78 ff. Även *Bylander, Erik*, Muntlighetsprincipen, s. 105 f.

889. Se bl.a. SOU 1982:26, SOU 2001:103 och SOU 2007:26.

890. Jfr prop. 1986/87:89 s. 191 ff. Se även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 44 och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 42 kap. 6 § 3 st. Jfr även 42 kap. 2 § 2 st. där det framgår att käranden redan i stämningsansökan bör ange om denne har några särskilda önskemål om handläggningen.

891. *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 61.

892. Jfr 17 kap. 2 § 1 st. RB och 43 kap. 11 § 1 st. RB. Se även *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 14 f. och 86 f.

893. Undantag gäller för vissa specifika fall enligt 42 kap. 18 § RB. För avgörande i överrätt, jfr 50 kap. 13 § och 55 kap. 11 § RB.

domaren får enbart döma över sådant som har lagts fram direkt inför domstolen vid huvudförhandlingen.

Om domstolen beslutar att hålla en huvudförhandling ska denna enligt 43 kap. 5 § RB vara muntlig. Kravet på muntlighet under huvudförhandlingen är dock inte absolut. Parterna får ge in och läsa upp samt hänvisa till skriftliga inlagor eller andra skriftliga anföranden om rätten skulle anse att detta underlättar förståelsen av ett anförande eller i övrigt är till fördel för utredningen.[894] Parterna får genom ensidiga processhandlingar framföra sina önskemål inför domstolen angående handläggningsformen. Det kan också tänkas att parterna gemensamt framställer önskemål inför domstolen angående handläggningsformen, exempelvis att de önskar skriftlig handläggning.[895] Det är dock domstolen som slutligen avgör om ett tvistemål ska handläggas i ett skriftlig eller muntlig förfarande.[896] Om domstolen beslutar om muntlig handläggning av målet har parterna rätt att närvara vid förhandlingar och utöva processuell verksamhet.[897]

Muntlighetsprincipen återfinns inte bara i rättegångsbalken. Den utgör också en del av artikel 6 (1) EKMR. Det framgår visserligen inte uttryckligen av bestämmelsen att begreppet ”rättvis rättegång” också innefattar en rätt till muntlig förhandling. I den engelska och franska originaltexten används uttryck som ”*hearing*” och ”*entendue*”, vilka tyder på att det ska vara fråga om ett muntligt förfarande. Även kravet på offentlighet antyder detta. Begreppet ”*public hearing*” tar knappast sikte på ett rent skriftligt förfarande.[898] Denna slutsats stämmer också väl överens med konventionspraxis och den tolkning av artikel 6 (1) EKMR som Europadomstolen har gjort. Det råder ingen tvekan om att parterna om det så önskar har rätt att framträda muntligen inför en nationell domstol och att rätten till en muntlig förhandling hänförs till de grundläggande rättssäkerhetsgarantier som innefattas i artikel 6 (1) EKMR. Konventionsstaterna har ett ansvar att se till att denna rätt upprätthålls.[899] I *Pretto*-fallet uttalade Europadomstolen dessutom att rätten till en ”*public hearing*” skyddar enskilda från förfaranden som är undandragna granskning och utgör en anledning till att förtroendet för domstolarna kan upprätthållas. Genom att förhandlingarna synliggörs kan

894. 43 kap. 5 § 2 st. RB. Jfr även SOU 2001:103 s. 167 f. och prop. 2004/05:131 s. 136 ff.

895. I vad mån parter får styra över handläggningsformen genom avtal analyseras nedan i avsnitt 14.2.

896. Jfr 42 kap. 9 § RB och prop. 1986/87:89 s. 196 f. Se även *Bylander Erik*, Muntlighetsprincipen, s. 108.

897. *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam Henrik*, Rättegång I, s. 38 och 153.

898. *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 224 och *Edelstam, Henrik*, Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 78 f.

899. Se *Lundevall* mot *Sverige*, dom den 12 november 2002, p. 34, där det tydliggörs att rätten till en offentlig (*public*) förhandling också innefattar en rätt till ett en muntlig förhandling, samt *Fredin* mot *Sverige*, dom den 23 februari 1994, p. 21, *Allan Jacobsson* mot *Sverige*, dom den 19 februari 1998, p. 46, och *Miller* mot *Sverige*, dom den 8 februari 2005, p. 29. Se även *Bylander, Erik*, Muntlighetsprincipen, s. 56 f.

syftet bakom artikel 6 (1) EKMR och rätten till en rättvis rättegång upprätthållas.[900]

Kravet på muntlig förhandling skapar ibland problem eftersom skriftlig handläggning är vanligt förekommande för vissa typer av mål. För Sveriges del gäller detta framför allt förfarandet i förvaltningsdomstolar. Europadomstolen har trots detta hållit fast vid kravet på muntlig förhandling för det fall en part önskar detta, i vart fall i en instans.[901]

Rätten till muntlig förhandling enligt artikel 6 (1) EKMR är dock inte absolut. Av konventionspraxis framgår att de nationella domstolarna får frångå en parts önskan om muntlig förhandling om det föreligger exceptionella omständigheter som gör det berättigat att avstå från en sådan förhandling. Det kan vara berättigat att underlåta att hålla muntlig förhandling om karaktären av de frågor som den nationella domstolen ska avgöra lämpar sig för det.[902] Även i fall där den nationella domstolen inte har haft att avgöra några sakfrågor utan tvisten omfattar endast rättsfrågor, har Europadomstolen accepterat att den nationella domstolen inte har hållit någon muntlig förhandling.[903] Dessutom kan en mindre strikt standard tillämpas i högre instans när en muntlig förhandling har hållits i första instans.[904] Detsamma gäller om en part har avstått från en muntlig förhandling i första instans, men sedan begär en sådan i andra instans.[905] Det finns således situationer där staten inte begår konventionsbrott trots att en part nekas muntlig förhandling.

Högsta domstolen har också i ett flertal fall befäst den ovan nämnda konventionspraxisen genom att framhålla att undantag från muntlighetsprincipen kan medges, trots att en part har begärt muntlig förhandling, om det föreligger sådana exceptionella omständigheter som nämnts ovan. I exempelvis NJA 1994 s. 290 konstaterade Högsta domstolen att tvisten gällde

900. *Pretto m.fl.* mot *Italien*, dom den 8 december 1983, p. 21.

901. Europadomstolen har poängterat att svenska domstolar i dessa sammanhang ofta bedömer att det är möjligt att bortse från rätten till muntlig förhandling på ett sätt som inte är förenligt med artikel 6 (1) EKMR. Sverige har också ombetts att se över sin rättstillämpning i dessa delar så att den överensstämmer med konventionspraxis, jfr *Miller* mot *Sverige*, dom den 8 februari 2005, p. 29–32 och *Fredin* mot *Sverige*, dom den 23 februari 1994, p. 21–22.

902. Det gäller exempelvis frågor av teknisk natur, jfr *Miller* mot *Sverige*, dom av den 8 februari 2005, p. 29.

903. *Allan Jacobsson* mot *Sverige*, dom av den 19 februari 1998, p. 46–49. Jfr även *Lundevall* mot *Sverige*, dom den 12 november 2002, p. 34, där Europadomstolen uttalade att ett exempel på exceptionella omständigheter är att prövningen i det enskilda fallet inte avser sak- eller rättsfrågor som kräver muntlig förhandling utan som på ett adekvat sätt kan avgöras på handlingarna. Samma uttalande gjordes i *Salomonsson* mot *Sverige*, dom den 12 november 2002, p. 34 och *Döry* mot *Sverige*, dom den 12 november 2002, p. 37.

904. *Helmers* mot *Sverige*, dom den 29 oktober 1991, p. 32 och 36 och *Lundevall* mot *Sverige*, dom den 12 november 2002, p. 36.

905. Angående situationer där Europadomstolen bedömt frågan om det varit berättigat att underlåta att hålla en muntlig förhandling, se vidare *Bylander, Erik*, Muntlighetsprincipen, s. 73 ff.

relativt komplicerade sakförhållanden och att muntlig förhandling därför borde ha hållits.[906]

11.3.2 *Muntlighet i alternativa tvistlösningsförfaranden*

11.3.2.1 SKILJEFÖRFARANDEN

Muntlighet i civilprocessen tjänar framför allt två syften, dels parternas rätt att själva få välja om de önskar lägga fram sin talan i ett skriftligt eller muntligt förfarande, dels det rättsstatliga intresset av insyn och kontroll över rättskipningen, även om detta senare syfte snarare hänförs till offentlighetsprincipen.[907] Även om skiljeförfarandet har tillkommit huvudsakligen för att tillgodose privata aktörers möjlighet att bestämma över tvistlösningsformen, har kravet på muntlighet delvis förts in även i skiljeförfarandet. I detta sammanhang är det knappast det rättsstatliga intresset av insyn och kontroll som ska tillgodoses utan snarare parternas rätt att själva få välja handläggningsform och hur de anser att deras sak bäst kan presenteras.

I ett skiljeförfarande gäller inte principerna om muntlighet, koncentration och omedelbarhet på samma sätt som i civilprocessen.[908] Skiljeförfarandet delas inte upp i förberedelse och huvudförhandling på det sätt som görs i civilprocessen. Det betyder att *allt* som har tillförts skiljeförfarandet utgör processmaterial.

När det gäller själva handläggningen av skiljeförfarandet får denna vara antingen skriftlig eller muntlig.[909] Det finns dock även inom skiljeförfarandet en rätt till muntlig förhandling. Av 24 § 1 st. 2 men. LSF framgår att inför avgörande av en till skiljenämnden överlämnad fråga *ska* en muntlig förhandling hållas, om en part begär det och parterna inte har kommit överens om någonting annat.[910] Har ingenting sagts om handläggningsformen är det upp till skiljemännen att avgöra detta. Oftast sker det dock efter samråd med parterna.[911] Har parterna kommit överens om att en tvist dem emellan ska lösas genom ett skriftligt förfarande, är ett sådant avtal bindande för skiljemännen om det ges som en gemensam instruktion till skiljemännen. Det kan då enbart upphävas genom en ny gemensam partsinstruktion från parterna om att de nu önskar en muntlig förhandling.

906. Jfr även NJA 1992 s. 513, NJA 1999 s. 602 och NJA 2003 s. 523.

907. Offentlighetsprincipen utvecklas nedan under avsnitt 11.4.

908. SOU 1994:81 s. 68 och prop. 1998/99:35 s. 41. Principerna har till viss del mjukats upp även inom civilprocessen i samband med införandet av ändringarna genom reformen om en modernare rättegång, se SOU 2001:103 och prop. 2004/05:131.

909. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 540 och *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 280 f.

910. Observera att rätten till muntlig förhandling enbart omfattar frågor som har överlämnats till skiljenämnden. Med överlämnad fråga avses fråga i själva saken. Inför beslut i handläggningsfrågor eller processuella frågor har en part inte en rätt till muntlig förhandling, se prop. 1998/99:35 s. 112. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 652 f.

911. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 652 ff.

Rätten till muntlig förhandling är en fråga om rättssäkerhet och syftet är att låta parter få en möjlighet att verbalisera sin talan, vilket för många kan vara lättare än att formulera sig i skrift. Skiljeförfarandet skiljer sig från civilprocessen inte bara genom själva förfarandet utan också när det gäller vilka som är parter. Parterna i skiljeförfarandet är som regel näringsidkare med mer eller mindre erfarenhet av tvistlösning. Dessutom biträds parterna i ett skiljeförfarande som regel av ombud. Det skyddsintresse som finns bakom rätten till muntlig förhandling i civilprocessen är inte lika påtagligt i dessa fall. Näringsidkare och deras ombud förmår sannolikt att uttrycka sig och formulera sig i skrift i större utsträckning än enskilda individer. Dessutom är skiljeförfarandet inte offentligt, vilket medför att statens möjlighet till kontroll och insyn i skiljeförhandlingarna är begränsat. Dessa omständigheter kan komma att få betydelse för hur avtal där parterna har avstått från muntlig förhandling ska bedömas.

Mot bakgrund av den omfattande partsautonomi som gäller vid skiljeförfaranden samt 24 § 1 st. 2 men. LSF framstår det som om parterna fritt får komma överens om att en framtida tvist dem emellan ska lösas i ett skriftligt förfarande. Men vad händer om en part när tvisten väl är ett faktum och skiljeförfarandet ska inledas, inte längre önskar vara bunden vid avtalet utan ger uttryck för uppfattningen att denne nu önskar en muntlig förhandling? I detta fall måste partsavtalet och principen om partsautonomi ställas mot en annan princip, nämligen rätten att få lägga fram sin talan på det sätt som en part önskar, kontradiktionsprincipen, vilken framgår av 24 § 1 st. 1 men. LSF.[912] Rätten till muntlig förhandling i 24 § 1 st. 2 men. LSF är inte tvingande och får därmed avtals bort på förhand.[913] Däremot är det mycket som talar för att bestämmelsen om kontradiktionsprincipen i 24 § 1 st. 1 men. LSF är tvingande.[914] I doktrin har framhållits att om endast en av skiljeparterna motsätter sig muntlig förhandling är det upp till skiljenämnden att besluta om det är lämpligt att avgöra tvisten utan muntlig förhandling.[915] Rimligen görs då denna lämplighetsprövning i förhållande till 24 § 1 st. 1 men. LSF och kontradiktionsprincipen. Är en muntlig förhandling nödvändig för att möta ett rimligt rättssäkert förfarande i det enskilda fallet, bör skiljenämnden inte beakta avtalsvillkoret.

Även artikel 6 (1) EKMR innefattar en rätt till muntlig förhandling för den part som önskar det. Om en skiljenämnd ger effekt åt ett partsavtal om handläggningformen och beslutar om skriftlig handläggning trots att en av

912. Kontradiktionsprincipen utvecklas nedan under avsnitt 11.5.

913. Prop. 1998/99:35 s. 112 där det framhålls att det är regeringens mening att parterna i skiljeavtalet med bindande verkan får avtala bort rätten till muntlig förhandling. Även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 274 och *Lindskog, Stefan,* Skiljeförfarande, s. 654.

914. Jfr Prop. 1998/99:35 s. 111 f., 227 och 311. Även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 273 ff. och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 650.

915. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 652.

parterna, när skiljeförfarandet är påkallat, önskar en muntlig förhandling skulle ett sådant agerande från skiljenämnden kunna komma i konflikt med artikel 6 (1) EKMR. Skulle hovrätten i en efterföljande ogiltighets- eller klanderprocess anse skiljedomen bindande, trots att en av skiljeparterna påstått att dennes rätt till muntlig förhandling har kränkts, skulle Europadomstolen kunna döma Sverige för konventionsbrottet. Konventionspraxis visar att den part som begär en muntlig förhandling har rätt till detta om inte det föreligger några exceptionella omständigheter som gör en sådan förhandling onödig.[916]

Rätten till muntlig förhandling enligt artikel 6 (1) EKMR är dock inte absolut.[917] När Europadomstolen har behandlat frågan om en part på ett bindande sätt har avstått från rätten till muntlig förhandling handlar det om situationer där parten sedan en tvist väl har uppkommit, uttryckligen eller underförstått, anses ha avstått från rättigheten.[918] Rätten att på detta sätt avstå från muntlig förhandling måste rimligen gälla även vid skiljeförfaranden där partsautonomin är betydligt större och mer accepterad jämfört med vad som gäller vid domstolsförhandlingar.

Ett skiljeavtal ska inte tolkas så att parterna har avstått från samtliga rättigheter garanterade av artikel 6 (1) EKMR.[919] Även om skiljeförfarandet bygger på avtalsfrihet och partsautonomin anses mycket stor, är det inte otänkbart att det finns situationer där ett nekande av muntlig förhandling mot en skiljeparts vilja utgör ett konventionsbrott enligt artikel 6 (1) EKMR och innebär att den parten inte som helhet har fått tillgång till en rättvis rättegång. En förutsättning är dock att den part som önskar muntlig förhandling också uttryckligen har bett om detta. I annat fall är risken stor att parten genom sin passivitet anses ha avstått från muntlig förhandling.[920]

I detta sammanhang ska också nämnas att en skiljenämnd som bortser från ett avtal där parterna på förhand har avtalat bort rätten till muntlig förhandling, riskerar att anklagas för att ha agerat utanför sin behörighet. Om en av parterna anser att avtalet ska följas, det vill säga att ingen muntlig förhandling ska hållas, kan den parten om skiljemännen trots avtalet tillåter muntlig förhandling, klandra skiljedomen på den grunden att skiljenämnden gått utanför sin behörighet.[921] En förutsättning är att parten tydligt har klargjort att denne trots skiljenämndens beslut anser att innehållet i avtalsvillko-

916. Se vidare ovan under avsnitt 11.3.1 där detta utvecklas.

917. Allmänna förutsättningar för att avstå från en konventionsrättighet i artikel 6 (1) EKMR behandlades ovan under avsnitt 6.5.

918. *Håkansson* och *Sturesson* mot *Sverige*, dom den 21 februari 1990, p. 66, *McGonnell* mot *Förenade Konungariket*, dom den 8 februari 2000, p. 44 och *Jon Axelsson m.fl.* mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990 (målet avgjordes av Europakommissionen).

919. Se ovan avsnitt 6.5.2.

920. Jfr *Jon Axelsson m.fl.* mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990 (målet avgjordes av Europakommissionen) och *Rolf Gustafson* mot *Sverige*, dom den 1 juli 1997, p. 47.

921. 34 § 1 st. 2 p. LSF.

ret ska följas, i annat fall riskerar parten att preklusionsregeln i 34 § 2 st. LSF blir tillämplig.

11.3.2.2 Privatdomareförfaranden och förfaranden där parterna agerar beslutsfattare

Som nämnts tidigare finns det inte några lagregler om dessa tvistlösningsformer och därmed inte heller några bestämmelser om att sådan förfarande ska vara muntliga. Parterna bestämmer själva handläggningsformen för tvistlösningen genom avtal. Det finns därmed inte något principiellt hinder för parterna att genom tvistlösningsavtalet skapa ett förfarande som är muntligt.[922]

Det finns privatdomarförfaranden där förfarandet som sådant vanligen genomförs utan att någon muntlig förhandling aktualiseras. Ett exempel på detta är värderingsuppdrag. Dessa utförs vanligen inte genom ett muntligt förfarande. Värderingsmannen ska utföra sitt uppdrag mot bakgrund av de uppgifter som lämnas till denne angående den egendom som ska värderas. Det naturliga är då att underlaget för att genomföra värderingen tillsänds värderingsmannen som mot bakgrund av detta material utför värderingsuppdraget. Detta kan jämföras med de situationer där domstolen enbart har rättsliga frågor att bedöma och därmed också möjlighet att avgöra ett mål på handlingarna.[923] Det finns dock inte någonting som hindrar att parterna kommer överens om att de uppgifter som värderingsmannen behöver för att kunna utföra sitt uppdrag ska lämnas muntligen till denne. Värderingsmannen kan också begära möten med parterna för att få olika omständigheter av betydelse för värderingen klarlagda.

När parterna ska lösa tvister genom förliknings- och medlingsförhandlingar är det naturligt att de träffas och att det sker muntliga förhandlingar mellan parterna, även om detta naturligtvis även kan ske skriftligen.[924] Det är också fullt möjligt för parterna att genom avtal komma överens om att förhandlingarna ska vara muntliga. Därmed är det möjligt för parterna att genom avtal skapa ett förfarande som också uppfyller kravet på muntlig förhandling. Detsamma gäller vid självrättskipning. Ett förförande inför en självdomare eller självdomarnämnd kan vara antingen muntligt eller skriftligt. Hur förfarandet genomförs avgörs av avtalet och de uppgifter som har tilldelats självdomarna.

922. Jfr motsvarande resonemang ovan under avsnitt 11.2.5.2 och 11.2.5.3 samt 11.2.7.2 och 11.2.7.3.

923. Jfr ovan under avsnitt 11.3.1.

924. Ett exempel är s.k. *online dispute resolutions*, ODR.

11.4 Offentlig förhandling

11.4.1 *Offentlighet i civilprocessen*

Civilprocessen ska vara öppen och tillgänglig inte bara för parterna utan även för allmänheten. Till idén om rättvis rättegång och de rättssäkerhetsgarantier som präglar denna hänförs därför *offentlighetsprincipen,* även om den inte i första hand tar sikte på parternas rätt att få tillgång till och föra en talan inför en domstol i ett förfarande som kan anses rättvist.[925] Rättsstaten har ett ansvar för att rättskipningen genomförs på ett sätt som kan accepteras inte bara av de enskilda parterna utan av samhället i stort. Offentliga förhandlingar och tillgång till allmänna handlingar har stor betydelse för allmänhetens förtroende för domstolarna, men också för att förutsebarhet, kontroll och insyn över förfarandet ska kunna upprätthållas. I en demokratisk rättsstat är tanken om offentlighet och öppenhet central.[926] Offentlighetsprincipen är dock inte absolut. Som ska visas nedan förekommer det situationer där det av en eller annan anledning finns legitima skäl att frångå offentligheten.

Av 2 kap. 11 § RF och 5 kap. 1 § 1 st. RB följer att förhandling vid domstol ska vara offentlig. Dessa bestämmelser ger uttryck för principen om *förhandlingsoffentlighet*. Civilprocessen utgår från att allmänheten ska ha möjlighet att närvara vid, eller på annat sätt ta del av det som sker vid, en förhandling inför domstol utan att ange något skäl för det.[927] Insynen i domstolarnas verksamhet fungerar indirekt som en garanti för att också övriga för en rättsstat kännetecknande principer efterlevs av domstolarna.[928] Vid tillkomsten av 2 kap. 11 § RF underströks att vissa särskilda betydelsefulla straff- och processrättsliga principer kan ses som rättssäkerhetsgarantier och att dessa bör slås fast i grundlagen. Principen om domstolsförhandlingars offentlighet är en sådan rättssäkerhetsgaranti.[929] Ett av ändamålen med förhandlingsoffentligheten är just att parter får en rättvis rättegång.[930] Förhandlingsoffentligheten ger allmänheten en möjlighet att påtala eventuella felaktigheter, inkonsekvenser och olämplig handläggning.[931] Mot bakgrund av detta är det naturligt att hänföra offentlighetsprincipen till den större

925. I äldre doktrin skilde man mellan partsoffentlighet och folksoffentlighet. Den förra termen betecknar att parterna äger fritt tillträde till den lokal där handläggningen äger rum, och den senare att även allmänheten äger tillträde. I allmänt språkbruk och av lagstiftaren används uttrycket offentlighet i den senare betydelsen, se *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång I, s. 153 och där gjorda hänvisningar.

926. Jfr *Jacobsson, Ulla*, Argumentation i civilprocessen, s. 354. Jfr även *Edelstam, Henrik,* Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 95 ff.

927. *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång I, s. 152, *Edelstam, Henrik*, Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 93 och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 5 kap. 1 § RB.

928. Se prop. 1975/76:209 s. 127.

929. Prop. 1975/76:209 s. 125.

930. *Edelstam, Henrik,* Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 93.

931. Jfr prop. 1975/76:209 s. 124 f.

principen om rättvis rättegång. Det är viktigt att det finns möjlighet till insyn och kontroll avseende domstolarnas rättstillämpande verksamhet för att en rättvis rättegång ska kunna sägas vara genomförd. Bestämmelsen om domstolsförhandlingars offentlighet möjliggör en sådan insyn och kontroll för allmänheten.

Offentligheten vid en domstol får endast begränsas genom lag eller i vissa fall efter bemyndigande i en lag, vilket följer av 2 kap. 20 § 4 p. RF. Enligt rättegångsbalken medges under vissa förutsättningar begränsningar av förhandlingsoffentligheten. Domstolen får besluta att en förhandling eller delar av den ska vara icke-offentlig i den bemärkelsen att allmänheten nekas tillträde till förhandlingen eller delar av den. Detta sker genom att domstolen i enlighet med 5 kap. 1 § 2 st. RB förordnar att hela eller delar av förhandlingen ska hållas inom stängda dörrar.[932] Av 5 kap. 1 § 2 st. 1 men. RB framgår att ett sådant förordnande som regel förutsätter dels att det kan antas att det vid förhandlingen kommer att läggas fram uppgift för vilken det gäller sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen, dels att det är av synnerlig vikt att uppgiften inte röjs. Offentlighetsintresset är stort och lagstiftaren har tydligt markerat att en förhandling får hållas inom stängda dörrar endast om det föreligger ett särskilt starkt behov av sekretess.[933] Av 5 kap. 1 § 2 st. 2 men. RB framgår dock att ett förordnande om att en förhandling ska hållas inom stängda dörrar i vissa fall får grundas enbart på det förhållandet att en sekretessbestämmelse är tillämplig. Dessa fall utmärks av att den ifrågavarande sekretessbestämmelsen är utformad med tanke på förhållandena vid domstolarna. Ett exempel på detta är sekretess med stöd av 36 kap. 2 § OSL som sekretesskyddar uppgifter om myndigheters och enskildas affärs- och driftsförhållanden.[934]

Med förhandling avses, enligt processlagberedningen, handläggning vid alla sådana tillfällen när part eller annan äger rätt att närvara vid domstolen eller vid bevisupptagning.[935] Som förhandling räknas bland annat muntlig förberedelse i tvistemål, huvudförhandling, och bevisupptagning utom huvudförhandling eller för framtida säkerhet och syn.[936] Som visats ovan finns det i civilprocessen möjlighet för domstolen att besluta om skriftlig

932. Förhandlingsoffentligheten får också begränsas på andra sätt. Domstolen får exempelvis vägra underåriga tillträde till förhandlingar, 5 kap. 2 § RB, och i syfte att undvika trängsel får rättens ordförande begränsa antalet åhörare i rättssalen, 5 kap. 9 § RB.

933. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 5 kap. 1 § RB. Även *Lenberg, Eva m.fl.*, Offentlighets- och sekretesslagen (1 juli 2014, Zeteo), kommentaren till 43 kap. Inledning om domstolssekretessen.

934. När sekretess gäller enligt 35 kap. 12, 13 eller 17 §§ eller 36 kap. 1 eller 2 §§ OSL får ett förordnande om att förhandlingen ska hållas inom stängda dörrar grundas enbart på det förhållande att den särskilt utpekade sekretessbestämmelsen är tillämplig.

935. SOU 1938:44 s. 109.

936. *Edelstam, Henrik,* Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 122 ff. och *Fitger, Peter*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo) kommentaren till 5 kap. 1 §.

handläggning av ett mål och också en möjlighet att avgöra mål på handlingarna i ett skriftligt förfarande.[937] Hur tillgodoses offentlighetsprincipen i dessa fall? Det finns knappast någon möjlighet för parter eller allmänheten att kräva tillträde till ett skriftligt förfarande. En skriftlig handläggning av ett tvistemål faller därför utanför begreppet förhandling.[938] Det innebär att det inte finns någon förhandling för allmänheten att ta del av och allmänheten har en begränsad möjlighet till insyn i förfarandet. Bestämmelserna i 5 kap. 1 § RB är därmed inte tillämpliga. Däremot har allmänheten möjlighet att ta del av allmänna handlingar i den mån dessa inte omfattas av sekretess, den så kallade *handlingsoffentligheten*. Vid en skriftlig handläggning krävs det att en bestämmelse i offentlighets- och sekretesslagen är tillämplig för att en uppgift ska kunna sekretessbeläggas.

När det gäller kommersiella tvister inom civilprocessen är det oftast sekretess enligt 36 kap. 2 § OSL som aktualiseras. Ofta handlar det om olika former av företagshemlig information.[939] I dessa sammanhang finns det således inte enligt regeln i 5 kap. 1 § 2 st. 2 men. något krav på att rekvisitet om ”synnerlig vikt” är uppfyllt utan förutsättningarna för sekretess avgörs enligt bestämmelsen i offentlighets- och sekretesslagen. I doktrin har det framhållits att sannolikheten för att en uppgift ska omfattas av sekretess är större vid en skriftlig handläggning jämfört med en muntlig. Med ett ökat utrymme för skriftlig handläggning inom civilprocessen skulle det kunna medför väsentliga inskränkningar av offentligheten i rättegång.[940]

Om en förhandling hålls inom stängda dörrar har personal hos domstolen, exempelvis domare och protokollförare, och andra offentliga funktionärer som varit närvarande vid förhandlingen, tystnadsplikt i fråga om uppgifter som har lagts fram under förhandlingen.[941] Med offentlig funktionär avses person som fått kännedom om uppgiften genom att för det allmännas räkning delta i myndighetens verksamhet, exempelvis en tolk.[942] Det förekommer dock att även andra personer närvarar vid förhandlingen, personer för vilka det inte gäller någon automatisk tystnadsplikt, exempelvis parter och vittnen. Eftersom det inte råder någon tystnadsplikt för dessa personer är det fritt fram för en part att efter en genomförd förhandling offentliggöra vad som sagts och vilka uppgifter som lagts fram samt dess innehåll, utan att

937. Jfr 42 kap. 9 § och 18 § p. 5 RB.

938. Jfr *Edelstam, Henrik,* Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 34 f.

939. Till affärs- och driftsförhållanden räknas affärshemligheter av mera allmänt slag såsom marknadsundersökningar, marknadsplanering, prissättningskalkyler och planer rörande reklamkampanj, se prop. 1979/80:2, s. 145.

940. Jfr *Edelstam, Henrik,* Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 35.

941. 2 kap. 1 § OSL. Se även *Lenberg, Eva m.fl.*, Offentlighets- och sekretesslagen (1 juli 2014, Zeteo), kommentaren till 2 kap. 1 § 2 st.

942. Jfr *Lenberg, Eva m.fl.*, Offentlighets- och sekretesslagen (1 juli 2014, Zeteo), kommentaren till 2 kap. 1 § 2 st.

detta utgör något brott mot tystnadsplikten.[943] För att komma till rätta med detta problem finns det en möjlighet för domstolen att med stöd av 5 kap. 4 § RB förordna att sekretessbelagd uppgift som förebringats vid förhandling inom stängda dörrar inte får uppenbaras.[944] Ett sådant förordnande omfattar alla som är närvarande i rättssalen sedan dörrarna har stängts.[945] Det innebär att domstolen beslutar om *tystnadsplikt* för de nu nämnda personerna. Tystnadsplikten är i detta fall förenad med straffansvar att yppa vad som förekommit under förhandlingen.[946] Har parterna ett ombud brukar även ombudet närvara vid förhandlingen. För advokater finns det särskilda regler om tystnadsplikt.[947]

I samband med förhandlingsoffentligheten är det intressant att lyfta fram de förlikningsförhandlingar som domstolen enligt 42 kap. 17 § 1 st. RB är skyldiga att föreslå parterna inom ramen för civilprocessen. Min erfarenhet är att domarkåren inte är helt överens när det gäller frågan om dessa förhandlingar är offentliga eller inte. Förlikningsförhandlingar är en naturlig del av tvistemålsprocessen och en del av en domares arbetsuppgifter och inte en fristående tvistlösningsmetod. Domarens förlikningsverksamhet utgör alltid en del av behandlingen av ett anhängiggjort mål. I utredningen om alternativa former för tvistlösning vid tingsrätt uttalas att en av de främsta skillnaderna mellan medling och den traditionella förlikningsverksamheten som sker inom civilprocessen är att medlingen *inte* sker inför rätten,[948] vilket antyder att förlikningsförhandlingar sker inför rätten. Mycket talar därför för att förlikningsförhandlingar inför domstol är offentliga.[949]

Handlingsoffentligheten har tillkommit i syfte att främja ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning och den ger varje svensk medborgare rätt att ta del av allmänna handlingar.[950] Upplysningar som lämnas i handlingar som ges in till domstolen, eller upprättas där, under en pågående tvist kan bli tillgängliga för allmänheten under förutsättning att handlingarna uppfyller kraven för en allmän handling.[951] På så sätt finns det möjlighet för allmänheten att ta del av det material som domstolen grundar sitt

943. Straffansvar kan dock uppkomma i enlighet med lagen om skydd för företagshemligheter, se 3–7 §§ FHL. Även *Fahlbeck, Reinhold*, Lagen om skydd för företagshemligheter, s. 223 ff.

944. Jfr även 43 kap. 5 § 2 st. OSL.

945. Jfr *Edelstam, Henrik*, Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 182. Jfr även *Lenberg, Eva m.fl.*, Offentlighets- och sekretesslagen (1 juli 2014, Zeteo), kommentaren till 43 kap. Inledning om domstolssekretessen.

946. Av 9 kap. 6 § RB framgår att den som bryter mot tystnadsplikten i detta fall döms till böter.

947. En advokat är skyldig att förtiga vad denne har fått kännedom om i sin yrkesutövning när god advokatsed påkallar det, 8 kap. 4 §. Se även Vägledande regler om god advokatsed, avsnitt 2.2.

948. SOU 2007:26 s. 125 f.

949. Jfr prop. 2010/11:128 s. 23 och 66 f. Se även *Knuts, Gisela*, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 110 f. och *Edelstam, Henrik*, Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 122 ff.

950. 2 kap. 1 § TF.

951. Vad som utgör en allmän handling framgår av 2 kap. TF. För vidare läsning se *Bohlin, Alf*, Offentlighetsprincipen, kapitel 2.

beslutsfattande på även vid ett skriftligt förfarande. Det finns vissa möjligheter att begränsa allmänhetens tillgång till allmänna handlingar med stöd av 2 kap. 2 § TF. Det är enbart de i lagrummet uppräknade punkterna som kan aktualiseras. För denna avhandlings syfte är det framför allt p. 6, skyddet för enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden, som är aktuell. Begränsningar av handlingsoffentligheten enligt bestämmelsen i 2 kap. 2 § TF får endast ske genom lag. Begränsningen sker med stöd av bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen.[952]

Parterna i målet har naturligtvis rätt till partsinsyn och därmed rätt att ta del av allt processmaterial i målet.[953] Detta sker då inte med stöd av reglerna om handlingsoffentlighet utan på grund av att ett subjekt är part i en särskild tvist, rätten till partsinsyn.[954] Parternas tillgång till processmaterial är inte heller begränsad till vad som utgör allmänna handlingar utan parterna har med stöd av rättegångsbalkens regler och allmänna processrättsliga principer rätt att få motpartens inlagor tillsänt sig och också en rätt att få bemöta vad motparten har anfört, även om detta ibland sker skriftligen,[955] vilket även följer av kontradiktions- och kommunikationsprincipen.[956]

Principen att förhandlingar inför domstol ska vara offentliga framgår även av Europakonventionen. Artikel 6 (1) EKMR föreskriver en rätt till ”*public hearing*” vilket innefattar två olika moment: dels en rätt till en offentlig förhandling inför en domstol, dels att parterna ska ha tillträde till denna förhandling genom att de har rätt att framträda direkt inför domstolen för att muntligen lägga fram sin sak. Av konventionstexten framgår dock att konventionsstaterna får göra *undantag* från offentligheten om det är lämpligt med hänsyn till 1) sedligheten, 2) av hänsyn till den allmänna ordningen – *ordre public*, 3) av hänsyn till den nationella säkerheten, 4) av hänsyn till minderåriga, 5) av hänsyn till parternas privatliv, eller 6) i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt.[957] Europadomstolen har uttalat att en offentlig förhandling är ett medel för att skydda enskilda mot hemlig rättskipning och för att upprätthålla förtroendet för rättskipningen. Rätten till offentlig förhandling innefattas i begreppet rättvis rättegång. I en demokratisk rättsstat är tanken om offentlighet och öppenhet central även om den inte är

952. Jfr prop. 1975/76:160 s. 111 f. Även *Bohlin, Alf*, Offentlighetsprincipen, s. 20 och 191 och *Fahlbeck, Reinhold*, Lagen om skydd för företagshemligheter, s. 57 och 257.

953. Jfr 10 kap. 3 § OSL.

954. Jfr SOU 2008:93 s. 50 ff. Jfr även *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 153 och *Ekelöf, Per Olof m.fl.,* Rättegång V, s. 266.

955. Jfr 42 kap. 8 § RB.

956. Kontradiktions- och kommunikationsprincipen utvecklas nedan under avsnitt 11.5.1.

957. För exempel på hur Europadomstolen har tolkat de olika undantagssituationerna se bl.a. *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 242 ff., *Harris, David m.fl.,* Law of the European Convention on Human Rights, s. 433 ff. och *Dijk, Pieter van m.fl.,* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, s. 596 ff.

absolut.[958] Europadomstolen har uttalat att det inte finns något som hindrar en part från att frivilligt, uttryckligen eller underförstått, avstå från "*the entitlement to have his case heard in public*" förutsatt att avståendet skett på ett otvetydigt sätt och accepterandet av avståendet inte strider mot något allmänt intresse.[959]

Förhandlingsoffentlighet gäller som huvudregel även vid förhandlingar inför Europadomstolen. Enligt artikel 40 (1) EKMR ska förhandlingar inför Europadomstolen vara offentliga om inte domstolen i undantagsfall beslutar något annat. Även handlingar som har givits in till Europadomstolens kanslichef ska vara tillgängliga för allmänheten om inte domstolens ordförande beslutar något annat, artikel 40 (2) EKMR.[960]

Sverige har valt att ha en vidsträckt offentlighetsprincip som innefattar både förhandlings- och handlingsoffentlighet, men detta är inte något signifikativt för samtliga konventionsstater. Den del av offentlighetsprincipen som inom civilprocessen benämns handlingsoffentlighet innefattas inte i artikel 6 (1) EKMR.[961] Artikeln innefattar en rättighet för var och en att få sina tvister prövade vid en offentlig och muntlig förhandling inför den nationella domstolen. Däremot innefattar inte artikeln en rätt för utomstående att också ta del av allt processmaterial.

11.4.2 *Offentlighet i alternativa tvistlösningsförfaranden*

11.4.2.1 SKILJEFÖRFARANDEN

Skiljeförfarandet är en privat tvistlösningsform. Det finns inte någon möjlighet för utomstående att, utan tillstånd från parterna, begära tillträde till förhandlingar inför en skiljenämnd eller rätt att ta del av handlingarna i ett skiljeförfarande. Inte heller skiljenämnden får fatta ett sådant beslut utan medgivande från parterna. Det skulle strida mot skiljeförfarandets natur där ett av de främsta kännetecknen är just att förfarandet inte är offentligt. Reglerna om förhandlingsoffentlighet och handlingsoffentlighet gäller enbart inom civilprocessen.[962]

Det är inte ovanligt att kommersiella tvistemål ofta avgörs inom ramen för skiljeförfarande, vilket innebär att denna typ av tvister till stor del är undandragna den kontroll och insynsmöjlighet som följer av civilprocessen,

958. Jfr *Martinie* mot *Frankrike*, dom den 12 april 2006, p. 39 och *Pretto m.fl.* mot *Italien*, dom den 8 december 1983, p. 21.

959. *Håkansson* och *Sturesson* mot *Sverige*, dom den 21 februari 1990, p. 66, *Schuler-Zgraggen* mot *Schweiz*, dom den 24 juni 1993, p. 58 och *Pauger* mot *Österrike,* dom den 28 maj 1997, p. 58.

960. Av protokoll om stadgan för Europeiska unionens domstol, artikel 31, följer att även EU-domstolens förhandlingar ska vara offentliga om inte domstolen, när synnerliga skäl föreligger, på eget initiativ eller på begäran av parterna, bestämmer någonting annat. Jfr även *Edelstam, Henrik,* Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 64 ff.

961. Jfr *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 245.

962. Jfr SOU 1994:81 s. 68.

vilket även påverkar prejudikatbildningen avseende den här typen av tvister. Genom att acceptera skiljeförfarande som alternativ till domstolsprövning, accepteras också avsteg från offentlighetsprincipen. Skiljeförfarandet omfattar endast dispositiva frågor och parterna får på grund av avtalsfriheten reglera dessa frågor genom avtal. Det är då naturligt att parterna också får styra över hur tvister med anledning av sådana avtal ska lösas. Det är också parterna som helt betalar skiljeförfarandet utan, i vart fall till att börja med, någon inblandning av statliga domstolar och därmed statliga medel. Argumentet om insyn och kontroll för allmänheten väger därmed inte lika tungt inom skiljeförfarandet som i civilprocessen.

Om parterna däremot bestämmer sig för att nyttja civilprocessen för att exempelvis få ett skiljeavtals giltighet prövad eller för att få en skiljedom upphävd genom en klandertalan, måste också parterna acceptera att bestämmelserna om offentlighet träder in. I dessa sammanhang är det inte längre möjligt för parterna att göra gällande att förhandlingarna ska ske utan att allmänheten får tillträde till dem eller att handlingar som lämnats in i ett mål ska vara undandragna bestämmelserna om allmänna handlingar. Offentlighetsprincipen gäller alltid som huvudregel för tvister som handläggs inom ramen för civilprocessen.[963] Den rätten begränsas inte av att tvisten omfattas av ett skiljeavtal mellan parterna. Offentlighetsprincipen får i dessa fall enbart begränsas genom de bestämmelser som finns upptagna i rättegångsbalken och offentlighets- och sekretesslagen.[964]

Som nämndes ovan följer det av konventionspraxis att rätten till offentlig förhandling enligt artikel 6 (1) EKMR inte är absolut. Parterna får under vissa förutsättningar avstå från rättigheten.[965] Ett exempel är när parterna ingår ett skiljeavtal och därmed väljer bort offentligheten. Detta sker då redan genom undertecknandet av skiljeavtalet eftersom skiljeförfaranden aldrig är offentliga om inte parterna ger sin tillåtelse till detta.[966]

11.4.2.2 Privatdomarförfaranden och förfaranden där parterna agerar beslutsfattare

På samma sätt som vid ett skiljeförfarande bestämmer parterna om och i vilken utsträckning det ska vara möjligt för allmänheten att ta del av ett privat-

963. Även när en part vänder sig till kronofogdemyndigheten för att få en skiljedom verkställd är bestämmelserna om allmänna handlingar tillämpliga.

964. Se resonemanget ovan under avsnitt 11.4.1. Processuella rättsverkningar av avtal där parter på olika sätt avstår från offentligheten inom civilprocessen analyseras nedan under avsnitt 14.3.

965. Se ovan under avsnitt 11.4.1 särskilt not 959.

966. *Nordström Janzon* mot *Nederländerna*, beslut den 27 november 1996 (målet avgjordes av Europakommissionen). Europakommissionen konstaterar att undertecknandet av ett skiljeavtal i sig innebär ett avstående från rätten till offentlig förhandling. Jfr *Petrochilos, Georgios*, Procedural Law in International Arbitration, s. 150 och *Landrove*, European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration, s. 85 f.

domarförfarande eller ett förfarande där parterna agerar beslutsfattare. Det saknas helt lagregler om offentlighet inför dessa olika former av privata tvistlösningsförfaranden.

Medlingslagen innehåller visserligen en regel om tystnadsplikt för medlare.[967] Det handlar då om att medlaren inte får lov att yppa information som denne har fått del av genom medlingen utan medgivande från parterna. Det handlar inte om i vad mån själva medlingsförhandlingen är offentlig eller inte. Frågan om offentlighet diskuterades i samband med införandet av medlingslagen, men förarbetena är tydliga; för privat medling finns inte någon offentlighet om inte parterna medger detta.[968]

Vid medlingsförhandlingar är det av avgörande betydelse för utgången att parterna känner förtroende för medlaren och den situation de befinner sig i. De måste kunna tala fritt och utan risk för att andra tolkar och tar del av deras uttalanden. Av den anledningen är det viktigt att medlingsförhandlingar inte är offentliga. Detsamma gäller vid privata förlikningsförhandlingar. Ändamålet med principen om förhandlingsoffentlighet gör sig inte heller gällande på samma sätt vid förliknings- och medlingssammanträden som vid domstolsprövning. Detta gäller främst eftersom medlaren inte har några maktbefogenheter gentemot parterna och inte heller ska fatta några beslut i målet. Dessutom är förliknings- och medlingsförfarandet frivilligt och bekostas av parterna.[969]

Av vad som konstaterades ovan under skiljeförfarande, förefaller det inte finnas något principiellt hinder mot att acceptera privata tvistlösningsförfaranden som inte är offentliga. Det finns inte heller något som hindrar att parterna kommer överens om att förfarandet ska vara offentligt och öppet för allmänheten, även om det mot bakgrund av syftet med de nu aktuella privata tvistlösningsformerna framstår som högst osannolikt att parterna skulle önska ge allmänheten tillträde till förhandlingarna.

967. 5 § medlingslagen.

968. Jfr SOU 2007:26 s. 125 ff. och 282 samt prop. 2010/11:128 s. 66 f. Jfr även SOU 1982:26 s. 161 f. och den diskussion som förs där om medlares tystnadsplikt och sekretess. Medlingsförhandlingar inom ramen för särskild medling enligt 42 kap. 17 § 2 st. RB är inte offentliga, se *Edelstam, Henrik*, Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 125 f. och *Heuman, Sigurd* och *Tansjö, Anna*, Sekretess m.m. hos allmän domstol, s. 84. Jfr även 36 kap. 3 § OSL där det bl.a. finns bestämmelser om sekretess avseende uppgifter som lämnas till en medlare under medling inför domstol. Som nämndes ovan råder det dock delade meningar om offentligheten när det gäller de förlikningsförhandlingar som utförs av handläggande domare inom civilprocessen enligt 42 kap. 17 § 1 st. Sådana förhandlingar sker dock inom ramen för förhandling inför domstol och därmed torde de vara offentliga, jfr prop. 2010/11:128 s. 66 f. Se även *Knuts, Gisela*, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 110 f. och *Edelstam, Henrik*, Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 122 ff. och där gjorda hänvisningar.

969. Jfr SOU 2007:26 s. 127.

11.5 Förhandlingsbaserad rättegång

11.5.1 *Kontradiktionsprincipen*

Sedan gammalt har man delat upp rättskipningen i två olika varianter; *kontradiktorisk* och *inkvisitorisk*. I det förstnämnda fallet domineras processen av parterna och i det sistnämnda av domstolen.[970] Det råder ingen tvekan om att den inkvisitoriska processen tillhör det förgångna och att den moderna civilprocessen är kontradiktorisk.[971] Redan i början av förra seklet skrev Kallenberg att *kontradiktionsprincipen* innebär att vardera parten måste ha tillfälle att bevaka sina intressen och att det ligger i öppen dag att den är ”*självfva fundamentalprincipen för det processuella förfarandet*”.[972] Än idag är kontradiktionsprincipen central inom civilprocessen. Med ett ökat partsinflytande över själva proceduren inför domstol kan den till och med sägas vara ännu starkare idag än på Kallenbergs tid.[973] Även nyare doktrin ger uttryck för uppfattningen att kontradiktionsprincipen är grundläggande, kanske till och med den mest grundläggande principen i civilprocessen.[974]

Det är dock inte helt klart vad som innefattas i kontradiktionsprincipen. Det finns företrädare i doktrin som har framhållit att det som benämns kontradiktionsprincipen enbart innebär att ingen ska dömas ohörd, det vill säga att båda parter ska ha rätt att utforma sin talan i den omfattning som detta är tillåtet.[975] Andra författare innefattar även en rätt för parterna att bemöta varandras påståenden.[976] Om en part ska ha rätt att föra sin talan måste det

970. Se *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam Henrik,* Rättegång I, s. 70. I en kontradiktorisk process står två parter mot varandra och båda är verksamma i processen. I en inkvisitorisk process finns inga aktiva parter och handläggningen präglas helt och hållet av officialprincipen. Även *Westberg, Peter,* Domstols officialprövning, s. 29 och Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, s. 80 ff.

971. Jfr SOU 1938:44 s. 23. Se även SOU 2001:103 s. 74 f. och 78. Jfr också *Matz, Henrik*, Begreppet domstol i EU-rätten, s. 187.

972. *Kallenberg, Ernst*, Svensk civilprocess, band II, s. 6.

973. Ett exempel på detta är den lagändring av 35 kap. 6 § RB som infördes genom SFS 2005:683 och som innebär att i dispositiva tvistemål är det endast parterna som svarar för bevisningen. Domstolen har ingen möjlighet att inhämta bevisning *ex officio.* Jfr också prop. 2004/05:131 s. 154 f. där det betonas att regler som inskränker parternas möjlighet att i dispositiva tvistemål förfoga över processen i möjligaste mån bör undvikas.

974. Jfr *Lindblom, Per Henrik*, SvJT 2000 s. 105 (141). Se även SOU 2008:125 s. 426.

975. Jfr *Lindell, Bengt,* Notorietet och kontradiktion, s. 180. Lindell menar att kontradiktionsprincipen inte används för att beskriva en maktfördelning mellan domstolen och parterna genom att beskriva vilka processhandlingar parterna kan eller får vidta. Istället anger principen att parterna *ska* beredas möjlighet att uttömmande argumentera och föra bevisning för sin sak.

976. Jfr det Lindskog benämner talerättsprincipen, *Lindskog*, *Stefan*, Skiljeförfarande s. 539. Se även *Ekelöf, Per-Olof*, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 255 och *Ekelöf, Per-Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 69 ff. Ekelöf använder sig av begreppet förhandlingsprincipen som beteckning för den verksamhet som parterna självmant kan utöva inför domstolen. Hit hör alla regler rörande parternas processhandlingar, alldeles oavsett om dessa är på något sätt bindande för rätten. Detta skiljer enligt Ekelöf förhandlingsprincipen från dispositionsprincipen som enbart omfattar partsdispositioner som är bindande för rätten. Ekelöf framhåller också att det som betecknas som förhandlingsprincipen hänförs av andra forskare i större eller mindre utsträckning till kontradiktionsprincipen.

rimligen också innefatta inte bara en rätt att lägga fram sin talan genom att formulera yrkanden och göra aktuella åberopanden av rättsfakta och bevisning utan också en rätt att ta del av och bemöta motpartens åberopanden. En parts möjlighet att lägga fram sin talan är beroende av att denne har full insyn i allt processmaterial och dessutom har haft möjlighet att bemöta motpartens processhandlingar. I annat fall kan det knappast sägas att en part har haft möjlighet att lägga fram sin talan. Ett tydligt exempel på detta är svarandens möjlighet att utveckla sin talan.

Kärandens yrkande om en särskild rättsföljd och åberopade rättsfakta till grund för detta yrkande samt den åberopade bevisningen är helt avgörande för svaranden när det gäller vilka invändningar som denne bör göra och därmed för vilken utredning som svaranden bör förebringa inför domstolen. Mot bakgrund av detta framstår det som mer ändamålsenligt att tala om civilprocessen som ett kontradiktoriskt förfarande där parternas roll i processen präglas av att de ska ges rätt att föra sin talan genom åberopanden, argumentation och bevisning, rätt att ha full tillgång till allt processmaterial samt rätt att bemöta allt vad motparten anför i ett förfarande som ska vara förutsebart för parterna.[977] Det är också i denna betydelse som begreppet kontradiktionsprincipen används i denna avhandling.

Kontradiktionsprincipen framgår inte uttryckligen av något lagrum.[978] Principen har dock konstitutionellt stöd genom att den innefattas i begreppet ”rättvis rättegång” enligt 2 kap. 11 § 2 st. RF. I civilprocess är det av grundläggande betydelse för en rättvis rättegång att förfarandet är kontradiktoriskt och att parterna är likställda i processen.[979] Som tidigare nämnts ska parterna under förhandlingen behandlas lika. Detta utgör ett grundläggande krav för att en domare ska anses vara opartisk.[980] Denna likabehandling får också betydelse när man talar om kontradiktionsprincipen och parternas rätt att ta del av allt processmaterial. Det är inte ovanligt att fakta i ett mål ger upphov till frågor hänförliga till både kontradiktionsprincipen och likabehandlingsprincipen och det kan ibland vara svårt att hålla isär de båda principerna. Den senare är uppfylld så länge parterna behandlas lika, det vill säga har lika rättigheter och skyldigheter. Den förra förutsätter tillgång till

Jfr också *Heuman, Lars*, Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om bevisomedelbarhet, s. 262 f. och *Westberg, Peter,* Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, s. 67 ff., där Westberg konstaterar att en enkel omskrivning av förhandlingsprincipen är just kontradiktionsprincipen.

977. En sådan definition av kontradiktionsprincipen stämmer väl överens med en ”*adversarial procedure*” så som denna tolkas in i artikel 6 (1) EKMR, se *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 246 f. och *Harris, David, m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 416 ff.

978. Till skillnad från vad som gäller vid skiljeförfarande där kontradiktionsprincipen är uttryckligen lagfäst i lagen om skiljeförfarande, se 24 § LSF.

979. SOU 2008:125 s. 426 och prop. 2009/10:80 s. 160.

980. Angående likabehandlingsprincipen i förhållande till domarens opartiskhet, se ovan avsnitt 11.2.6.3.

allt i målet relevant material oavsett om den andra parten har tillgång till detta material eller inte.[981]

Även i rättegångsbalken finns det bestämmelser där kontradiktionsprincipen, eller snarare delar av den, kommer till uttryck. Det finns bestämmelser om parternas rätt att lägga fram sin talan inför domstol; först under förberedelsestadiet (42 kap.) och därefter under huvudförhandlingen (43 kap.). Denna rätt begränsas med få undantag enbart av rättegångsbalkens preklusionsregler.[982] Parterna har dessutom alltid rätt att bemöta motpartens argument och yttra sig över vad motparten har anfört.[983] Av 35 kap. 6 § RB framgår att det är parterna som svarar för bevisningen och avgör vilka bevismedel de önskar åberopa. Domaren får enbart i mycket begränsad utsträckning neka en part att lägga fram den bevisning som parten anser är nödvändig för att denne ska kunna ta tillvara sin rätt.[984] En grundläggande tanke med kontradiktionsprincipen är att en part ska ha fått möjlighet att ge sin version av saken samt gjort alla de åberopanden av rättsfakta och bevismedel som denne anser nödvändiga.

Det förhållandet att en part väljer, medvetet eller av okunskap, att inte åberopa vissa rättsfakta eller visst bevismedel eller att inte bemöta ett av motparten gjort påstående kan däremot inte sägas strida mot kontradiktionsprincipen så länge en part har haft rätten, men valt att inte utnyttjat densamma. Kontradiktion ger med andra ord parterna friheten att ensidigt välja om och hur de ska lägga fram sin talan; parternas ensidiga processhandlingar styr över processens yttre förhållanden.

För att en part ska ha reella möjligheter att formulera sin talan, måste parten få *ta del* av motpartens argument och dokumentation samt möjlighet att *bemöta* densamma. Varken käranden eller svaranden har denna möjlighet före förhandlingen. Civilprocessen innehåller inga bestämmelser som ger parterna rätt att avkräva varandra information om hur de har tänkt att formulera sin talan och vilka invändningar och vilken bevisning som kommer att aktualiseras,[985] men när käranden väl har initierat en tvist vid domstol ska allt processmaterial tillgängliggöras samtliga parter. Denna rätt till partsinsyn[986] utgör en viktig del av kontradiktionsprincipen.

Domstolens uppgift är att möjliggöra detta tillgängliggörande och se till att allt processmaterial kommuniceras med samtliga parter. Kontradiktions-

981. *Harris, David m.fl.,* Law of the European Convention on Human Rights s. 414 ff.

982. Jfr 42 kap. 15–15 a §§ och 43 kap. 10 § RB. Angående preklusionsreglerna i rättegångsbalken se vidare *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 54 ff. och där gjorda hänvisningar.

983. Jfr 42 kap. 8 § RB och 43 kap. 6–7 §§ RB.

984. Jfr 35 kap. 7 § RB. Domstolens möjlighet att avvisa bevisning utvecklas nedan under avsnitt 11.5.3 och 13.4.2.

985. Det finns dock advokatetiska regler med innebörden att motparten ska förvarnas om att parten avser att vidta rättsliga åtgärder, se 5.2.1 Vägledande regler om god advokatsed.

986. Jfr 10 kap. 3 § OSL.

principen innefattar ett samspel mellan parternas rätt att *ta del av* processmaterialet och domstolens skyldighet att upprätthålla *kommunikationsprincipen* genom att tillgängliggöra detta material för parterna i målet. Detta har Högsta domstolen betonat i ett flertal fall.[987] I NJA 1993 s. 111 uttalade Högsta domstolen att handlingar som har bilagts ett yttrande ska kommuniceras med motparten i den mån handlingarna *inte saknar betydelse*. Det ges dock inga exempel på när en handling skulle sakna betydelse. För att en part ska ha möjlighet att bemöta motpartens påståenden och bevisning, förutsätts att parten har haft möjlighet att ta del av dessa Högsta domstolen har i andra sammanhang slagit fast att bristande kommunikation kan utgöra ett grovt rättegångsfel och innebära ett sådant handläggningsfel som kan läggas till grund för resning i målet.[988] På så sätt kan kommunikationsprincipen sägas vara en nödvändig förutsättning för civilprocessen och för att kontradiktionsprincipen ska kunna upprätthållas. En domare bryter dock inte mot kontradiktions- och kommunikationsprincipen när denne drar slutsatser på grundval av den presenterade bevisningen utan att parterna fått tillfälle att kommentera och ifrågasätta domstolens egna konklusioner.[989]

I detta sammanhang ska den ovan nämnda förlikningsverksamhet som ofta sker inom civilprocessen nämnas.[990] Denna utgår inte alls från kontradiktionstanken utan är uppbyggd efter de idéer som präglar en mer konsensusbaserad tvistlösning. Handläggande ”förlikningsdomare” ska inte i första hand presentera olika lösningar för parterna. Istället ska förlikningsdomaren agera som någon form av hjälpande hand för parterna och få dem att förstå dels hur den uppkomna tvisten uppfattas av motparten, dels vad det är som är viktigt för dem i den uppkomna situationen. Vilka avkall är varje enskild part beredd att göra på sina anspråk för att tvisten ska få ett snabbt och tillfredsställande slut? Under förlikningsförhandlingarna förekommer det att domaren träffar parterna var för sig under *ex parte* sammanträden, men det förekommer också att domaren träffar parterna tillsammans.[991] Vilken förhandlingsteknik som kan/får/bör används ska inte behandlas här. Här ska enbart konstateras att sådana förlikningsförhandlingar utgör en frekvent återkommande del av civilprocessen, trots att kontradiktionsprincipen är

987. Jfr NJA 1985 s. 464, NJA 1985 s. 106 och NJA 1987 s. 979. Jfr även *Lindell, Bengt,* Notorietet och kontradiktion, s. 158 och *Heuman, Lars*, Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om bevisomedelbarhet, s. 262 f.

988. Jfr NJA 2001 s. 31, NJA 2007 s. 862 och Högsta domstolens mellandom i mål T 1418-02, av den 22 november 2007. Jfr även *Matz, Henrik*, Begreppet domstol i EU-rätten, s. 186–207.

989. NJA 1999 s. 629. Se även *Heuman*, *Lars*, Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om bevisomedelbarhet, s. 265 f. Om däremot domstolen har för avsikt att grunda sitt domslut på ett officialfaktum som inte har åberopats av part, ska parterna beredas tillfälle att framföra sina synpunkter. I annat fall begår domstolen ett grovt rättegångsfel, NJA 1997 s. 825.

990. 42 kap. 17 § RB.

991. Jfr ovan avsnitt 11.2.6.2.

kraftigt begränsad, om den ens kan sägas existera, under förlikningsförhandlingarna.

När det gäller förhandlingstanken och kontradiktionsprincipen som ett grundläggande krav på förhandlingens genomförande överensstämmer civilprocessen med artikel 6 (1) EKMR. Kontradiktionsprincipen som grundläggande element för en rättvis rättegång har vid flera tillfällen slagits fast av Europadomstolen.[992] Europadomstolen har betonat att var och en har rätt till en kontradiktorisk förhandling i den bemärkelsen att part har rätt att lägga fram sin talan inför en domstol. Parterna har också rätt att ta del av och få möjlighet att bemöta all bevisning som sammanställts eller lagts fram i ett mål.[993] I detta sammanhang betonas kommunikationsprincipen som innebär att allt material som en part ger in till domstolen ska komma motparten till del så att denne har tillfälle att bemöta det som lämnats in och anförts i målet. De nationella domstolarna har en skyldighet att se till att parterna verkligen får del av allt processmaterial. Europadomstolen går här längre än vad Högsta domstolen har gjort i civilprocessen. Högsta domstolen har konstaterat att domstolen ska kommunicera processmaterial med parterna om inte handlingarna saknar betydelse.[994] Europadomstolen uttrycker att det inte är den nationella domstolens uppgift att avgöra om en handling saknar betydelse eller inte. Parterna måste alltid ges tillfälle att själva avgöra detta och kommunikationsprincipen ska upprätthållas strängt.[995] En nationell domstol ska inte grunda sitt avgörande på annat material än sådant som båda parter haft tillfälle att yttra sig över.[996]

Som nämndes ovan finns det moment i förlikningsförfarandet som inte är förenliga med de rättssäkerhetsgarantier som ska uppfyllas genom civilprocessen. Inte bara det faktum att förfarandet inte är kontradiktoriskt utan också domarens skiftande roll inom ett och samma förfarande kan ifrågasättas. Det finns dock inte något tecken på att det enligt konventionspraxis skulle strida mot artikel 6 (1) EKMR att tillåta förlikningsförhandlingar. Det beror sannolikt på att förfarandet är frivilligt och att parterna väljer att delta i förlikningsförhandlingarna sedan en tvist väl har uppkommit. Par-

992. Se exempelvis *Beer* mot *Österrike*, dom den 6 februari 2001, p. 18, där Europadomstolen underströk att kontradiktionsprincipen är grundläggande och säkerställs genom artikel 6 (1) EKMR. Se även *Kress* mot *Frankrike*, dom den 7 juni 2001, p. 74–75 och *Vermeulen* mot *Belgien*, dom den 20 februari 1996, p. 33 och *Nideröst-Huber* mot *Schweiz*, dom den 18 februari 1997, p. 29–30. I det senare fallet betonade Europadomstolen även kommunikationsprincipen som en viktig del av kontradiktionsprincipen och rätten till rättvis rättegång.

993. *Lobo Machado* mot *Portugal*, dom den 20 februari 1996, p. 31, och *K.D.B.* mot *Nederländerna*, dom den 27 mars 1998, p. 44. Jfr även *Harris, David, m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 416 ff.

994. Jfr NJA 1993 s. 111.

995. Jfr *Walston* mot *Norge*, dom den 3 juni 2003, p. 58.

996. Jfr *Beer* mot *Österrike*, dom den 6 februari 2001, p. 18. Även *Danelius, Hans,* Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 257 ff.

terna är därmed medvetna om vilka olika förutsättningar som gäller. Dessutom har den part som inte vill medverka i förlikningsförhandlingar eller som önskar att avbryta dem alltid rätt att få sin sak prövad av en domstol.[997]

Inom ramen för kontradiktionsprincipen faller all den verksamhet, alla de ensidiga processhandlingar, som parterna får företa i processen. Det innebär inte att dessa processhandlingar också är bindande för domstolen. I många fall är bestämmelserna konstruerade så att parterna har rätt att företa processhandlingen, men det är domstolen som sist och slutligt beslutar vilken rättsverkan processhandlingen ska tilldelas. En part får exempelvis göra gällande att domstolen ska avvisa viss av motparten åberopad bevisning, men det är domstolen som ytterst avgör om detta ska ske. Det finns dock vissa processhandlingar som faktiskt är bindande för domstolen och som domstolen inte får bortse från. Dessa processhandlingar hänförs till den så kallade dispositionsprincipen som behandlas nedan.

11.5.2 *Dispositionsprincipen*

Dispositionsprincipen som en del av civilprocessen är en sedan gammalt använd princip. Under 1800-talet användes endast en princip i den svenska processrättsdoktrinen, *förhandlingsmaximen*, för att beskriva parternas inflytande över processen. Så småningom utvecklades förhandlingsmaximen till två principer och det gjordes en skillnad mellan *dispositions-* och *kontradiktionsprincipen*. Dessa båda principer reglerade parternas bestämmanderätt över processen. Mot dessa två principer ställdes två andra, *officialprincipen* och *undersökningsprincipen*, som reglerade domstolens bestämmanderätt.[998] Dispositionsprincipen och dess omfattning har diskuterats flitigt i doktrinen och det råder delvis delade meningar om vad denna innebär och innefattar.[999] I denna avhandling används dispositionsprincipen som ett uttryck för de partsdispositioner som är förbehållna parterna och som dessutom är bindande för domstolen.

Av rättegångsbalken framgår att det är parterna i ett dispositivt tvistemål som sätter ramarna för processen, vilket är ett uttryck för dispositionsprincipen. Käranden framställer ett eller flera yrkanden och åberopar en rättslig grund för detta.[1000] Svaranden anger om denne medger eller bestrider käro-

997. Jfr ovan under avsnitt 10.5.4.

998. Se vidare *Andersson, Torbjörn*, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler, s. 166 och där gjorda hänvisningar. Andersson talar dock om förhandlingsprincipen istället för kontradiktionsprincipen.

999. När det gäller denna debatt hänvisas till *Andersson, Torbjörn*, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler, s. 166 ff. och där gjorda hänvisningar. För vidare diskussioner om dispositionsprincipen och förhandlingsprincipen och vad som kan innefattas i dessa begrepp, jfr även *Ekelöf, Per Olof*, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, s. 255 och *Larsson, Sven*, SvJT 1980 s. 577–605.

1000. 42 kap. 2 § RB.

målet. Om käromålet bestrids anges de sakinvändningar som ligger till grund för bestridandet.[1001] Domstolen får inte på eget initiativ styra över processens utgång genom att döma ut mer eller något annat än det som käranden har begärt genom sitt yrkande och inte heller beakta andra rättsfakta än sådana som har åberopats av parterna.[1002] På samma sätt är det väldigt klart angivet i rättegångsbalken, och ett uttryck för dispositionsprincipen, att det är parterna i ett dispositivt tvistemål som svarar för bevisningen. Domstolen får inte, även om det skulle vara motiverat i ett enskilt fall, begära in viss bevisning.[1003] Denna rollfördelning gäller även om det under förberedelsen av tvistemålet eller vid huvudförhandlingen har framkommit att viss omständighet varit för handen eller att ett visst avgörande bevis existerar utan att detta har åberopats uttryckligen av rätt part. En domare får dock inom ramen för den materiella processledningen ställa frågor till parterna i avsikt att få dem att fundera över om det finns någon omständighet som inte har åberopats och som borde åberopas eller om det finns något ytterligare bevismedel som parterna borde åberopa.[1004] Däremot får domstolen inte uppmana en part att göra vissa åberopanden eller lägga fram visst bevismedel. Om en part ensidigt väljer att avstå från åberopanden av rättsfakta och bevisning, står det denne helt fritt att göra det.

Det faktum att en viss processuell regel faller inom dispositionsprincipen innebär dock inte nödvändigtvis att parterna också har rätt att disponera över denna hur som helst, exempelvis genom avtal.[1005] Visserligen kan parterna som nämndes ovan, medvetet eller omedvetet, välja att inte framställa ett visst yrkande eller att inte åberopa ett visst rättsfaktum eller visst bevismedel. Detta är dock inte detsamma som att parterna före tvisten genom ett avtal har reglerat processuella frågor med avsikt att avtalet ska vara bindande i civilprocessen. Av 17 kap. 3 § RB följer att en part genom ett processuellt disponerande inför domstolen får bestämma över domarens plikt att agera, men bestämmelsen ger inte något besked om att parterna genom avtal, innan det har uppkommit en tvist mellan dem, får sätta den processuella regeln ur spel.[1006]

Det finns avgöranden där det framstår som om domstolen har ansett sig bunden av partsöverenskommelser. I de fall domstolen har valt att agera i enlighet med en överenskommelse mellan parterna finns det dock ingenting som tyder på att det är ett själva partsavtalet som domstolen har ansett sig

1001. 42 kap. 7 § RB.
1002. 17 kap. 3 § RB.
1003. 35 kap. 6 § RB.
1004. 42 kap. 8 § 2 st. RB. Jfr även SOU 1982:26 del B, s. 118 ff.
1005. Frågan i vilken utsträckning parterna får disponera över procedurregler genom avtal utvecklas nedan i del IV. Den analysen ska inte föregripas här. Här ska enbart problematiken användas för att belysa verkan av parternas ensidiga processhandling inför domstolen.
1006. Jfr *Larsson, Sven*, SvJT 1980 s. 577 (595 f.).

bunden av. Om parterna skulle göra ett partsavtal om en processuell fråga gällande inför domstol och domstolen skulle fatta ett beslut som överensstämmer med avtalsinnehållet, är det lätt att dra slutsatsen att domstolens beslutsfattande utgått från avtalet. Det kan dock lika gärna vara så att den har sett parternas begäran om att avtalet ska ges bindande verkan inför domstolen, som två från varandra, visserligen samstämmiga, separata ensidiga processhandlingar som domstolen i det enskilda fallet med stöd av rättegångsbalkens regler har funnit det lämpligt att följa eller varit skyldiga att följa, beroende på om den situation som processhandlingen omfattar styrs av fakultativa eller obligatoriska regler.[1007]

I NJA 1994 s. 256, *Sambo-fallet*, var parterna överens om att begreppet sambo i försäkringsvillkoren skulle ha samma innebörd som i sambolagen.[1008] Högsta domstolen utgick därefter från sambolagens sambobegrepp när det omtvistade försäkringsavtalet och begreppet sambo skulle *tolkas*. Det framgår dock inte av rättsfallet om domstolen ansett sig bunden av partsöverenskommelsen som sådan och av den anledningen tillämpade sambolagens sambobegrepp.[1009] Det kan lika gärna vara så, vilket jag menar är en troligare tolkning, att Högsta domstolen har sett parternas åsikt i frågan som två separata processhandlingar där parterna var och en för sig framfört till domstolen att de ansett att sambobegreppet i försäkringsavtalet ska tolkas på ett visst sätt och att domstolen på grund av att detta är ostridigt mellan parterna, har valt att tolka sambobegreppet mot bakgrund av sambolagen. Inte någonstans omnämns att domstolen ansett sig bunden av ett avtal som parterna har ingått före eller utanför processen och som skulle vara bindande för domstol.[1010]

I NJA 1983 s. 3, *Tsesis-fallet*, utgick Högsta domstolen från att parterna, så som de utformat sin talan, gemensamt förutsatt att skadeståndsfrågan skulle bedömas med tillämpning av 1972 års skadeståndslag och inte den äldre skadeståndslagen som annars hade varit tillämplig på tvisten eftersom vållandet hänförde sig till tiden före 1972 års lags ikraftträdande. Parternas gemensamma ståndpunkt fick med andra ord betydelse för domstolens

1007. Angående fakultativa och obligatoriska procedurregler, se vidare *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 52 ff. Jfr också *Westberg, Peter*, JT 2011–12, s. 168 (173 f.), där Westberg i samband med diskussionen om *jura novit curia* och domstolens obundenhet av parternas åsikter om vad som utgör gällande rätt, betonar att den etablerade principen på processrättens område är att parternas dispositioner eller ageranden i rättegången ska uppfattas som parts processhandlingar.

1008. Begäran, överenskommelsen, framställdes inför domstolen efter det att målet hade anhängiggjorts. Överenskommelsen grundade sig inte på ett på förhand ingånget avtal mellan parterna.

1009. Lindell anser, med hänvisning till detta rättsfall, att parterna har viss dispositionsrätt avseende rättstillämpningen, *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 53. Jfr också Heuman som menar att en överenskommelse mellan parter om hur ett begrepp ska tolkas förenklar rättstillämpningen. Som stöd för detta hänvisar Heuman till det nu aktuella rättsfallet. Heuman betonar dock att rättsfallet inte ger allmänt stöd för att parter kan träffa avtal om rättstillämpningen, eftersom överenskommelsen i fallet avsåg avtalstolkning, se *Heuman, Lars*, JT 2011–12, s. 336 (337).

1010. Processuella rättsverkningar av avtal om rättstillämpningen analyseras nedan i kapitel 16.

bedömning. Domstolens bedömning grundar sig på att parterna var överens om vilka rättsregler som skulle beaktas samt hur dessa skulle tolkas. Parterna framställde dock detta önskemål inför domstolen genom två ensidiga processhandlingar. Av domskälen framgår att domstolen utgått från att parterna genom sitt sätt att utforma talan visat att de var överens. Inte någonstans omnämns att domstolen ansett sig bunden av ett avtal som parterna ingått före eller utanför processen.

Artikel 6 (1) EKMR saknar helt detaljerade regler om dispositionsprincipens roll i en process. Det finns inte några uttalanden om vilka processhandlingar som ska falla in under dispositionsprincipen och i vilken utsträckning en konventionsstat ska ordna sin processordning så att denna princip tillgodoses. Som nämndes ovan framgår det av konventionspraxis att i begreppet rättvis rättegång ingår att var och en ska ha rätt att få lägga fram sin sak inför domstolen, vilket exempelvis innefattar att göra de åberopanden som parten anser är befogade för att dennes rätt ska tillvaratas på bästa sätt. Dessutom ska parterna ha rätt att ta del av och bemöta alla invändningar och allt processmaterial. Däremot har Europadomstolen inte uttalat sig om i vilken utsträckning sådana partsdispositioner ska vara bindande för domstolen eller om också domstolen har rätt att ha åsikter om hur talan bör läggas fram eller begära in processmaterial. Europadomstolens intresse är att se till att processen inför den nationella domstolen sammantaget med allt som rör processens genomförande kan sägas uppfylla de grundläggande krav som följer av artikel 6 (1) EKMR.[1011]

11.5.3 *Fri bevisföring*

Parternas roll i tvistemålsprocessen präglas av *fri processföring* inkluderat den *fria bevisföringens princip*. I detta avsnitt är det den fria bevisföringens princip som ska behandlas. Fri processföring, att parterna själva styr över processen genom att välja hur de vill föra sin process, utgör en del av de ovan behandlade principerna; kontradiktions- och dispositionsprincipen.

Civilprocessen innefattar fri bevisföring, vilket framgår av 35 kap. 1 § RB.[1012] Detta är ett uttryck för den fria bevisprövningens princip som ska skiljas från den legala bevisteorin. Vid fri bevisprövning råder de i princip inga begränsningar när det gäller de bevismedel som får användas (fri bevisföring) och domaren är vid bevisvärderingen inte bunden av några legala regler (fri bevisvärdering).[1013]

1011. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 11.2.6.5 och där gjorda hänvisningar.

1012. Jfr prop. 2004/05:131 s. 157, där det betonas att det är en grundläggande förutsättning för en väl fungerande rättsprocess att parterna får lägga fram sådana bevis som har betydelse i saken. Även *Gärde. Natanael m.fl.*, Nya rättegångsbalken, s. 472 och 475 f.

1013. Se vidare *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 26 f. och 34 ff. Fri bevisvärdering behandlas nedan under avsnitt 11.6.2.

Av 35 kap. 6 § RB framgår att parterna svarar för bevisningen. I processen sker detta genom att parterna uppger den bevisning som de önskar åberopa.[1014] Partens uppgift är att åberopa specifika bevismedel samt ange bevistemat; vad parten vill styrka med varje särskilt bevis. Bevistemat utgörs av de faktiska rättsligt relevanta omständigheter, rättsfakta,[1015] som en part lägger till grund för sin talan och vars existens den som har bevisbördan har att bevisa.[1016] De fakta som följer av de åberopade bevismedlen, exempelvis innehållet i ett skriftligt avtal eller en vittnesutsaga, ger uttryck för olika *bevisfakta* som domstolen ska värdera för att kunna avgöra om de rättsfakta som parterna har åberopat är bevisade eller inte.[1017]

Parterna bestämmer själva vilken form av bevis som de vill åberopa i en enskild tvist. Det finns ytterst få begränsningar när det gäller rätten att lägga fram bevisning inför domstolen. Rättegångsbalken saknar helt generella bestämmelser om vad som är tillåten respektive otillåten bevisning i civilprocessen.[1018] I civilprocessen talas det dock om principerna om *bästa bevismaterialet* och principen om *bevisomedelbarhet*. Den första principen innebär att om en och samma kunskapskälla utan svårigheter kan utnyttjas på flera olika sätt, ska det bevismedel användas som medför den säkraste bevisningen, exempelvis bör ett vittne som har förstahandsinformation väljas före ett hörsägenvittne. Principen har dock inte något uttryckligt stöd i rättegångsbalken på så sätt att hörsägenvittnet aldrig skulle tillåtas om det finns ett vittne med förstahandsinformation. Skulle en part åberopa förhör med båda de exemplifierade vittnena ovan, skulle båda förhören mot bakgrund av den fria bevisföringens princip kunna tillåtas om domstolen anser det motiverat.[1019] Bevisomedelbarhet innebär att bevisningen som huvudregel ska läggas fram inför rätten vid huvudförhandlingen.[1020]

Domstolen får inte på eget initiativ begära in viss bevisning.[1021] Det innebär dock inte att domstolen måste förhålla sig helt passiv. Inom ramen för

1014. Jfr 42 kap. 2 och 6–7 §§ RB.

1015. Jfr ovan under avsnitt 1.6.

1016. Jfr *Lindblom, Per Henrik*, Processens arkitektur, s. 169 ff.

1017. Det slutliga bevistemat är alltid ett rättsfaktum. Däremot kan bevisfakta ibland utgöra en del av ett bevistema. När det gäller sådana seriebevisfall, se vidare *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 § och där gjorda hänvisningar. Jfr även *Lindblom, Per Henrik*, Processens arkitektur, s. 169 ff. och 197 ff.

1018. I *Common Law*-länder är det vanligt med bestämmelser om *admissibility*, enligt vilka vissa typer av bevis inte får läggas fram exempelvis därför att det är vanligt att den typen av bevis är otillförlitliga eller svåra att värdera, jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 439.

1019. Se vidare *Ekelöf, Per Olof m.fl.,* Rättegång IV, s. 43.

1020. 35 kap 8 § RB. Se vidare *Ekelöf, Per Olof m.fl.,* Rättegång IV, s. 43 ff.

1021. 35 kap. 6 § RB. Domstolens rätt att föranstalta om bevisning i dispositiva tvistemål avskaffades genom införandet av nya regler i rättegångsbalken i samband med reformen om en modernare rättegång, prop. 2004/05:131 s. 154 ff. Domstolen kan dock föranstalta bevisning i indispositiva tvistemål och brottmål.

den materiella processledningen kan domstolen föra en diskussion om bevisningen.[1022] Domaren får också bestämma att viss bevisning inte ska vara tillåten i en enskild tvist och *avvisa* en parts begäran om att få lägga fram den aktuella bevisningen inför domstolen. De möjligheter som finns för domstolen att neka en part att åberopa ett specifikt bevismedel framgår av 35 kap. 7 § RB.[1023] Bestämmelsen omfattar olika situationer där bevisningen anses obehövlig eller anses vara utan verkan (1–3 p.) samt situationer där tillåtandet av bevisningen inte är försvarbart av processekonomiska skäl eller medför oförsvarliga förseningar av processen (4–5 p.). Bakgrunden till bestämmelsen är att domstolen har en skyldighet att se till att inte någonting onödigt dras in i processen och att inte processen försenas på ett oförsvarbart sätt.[1024] Det är dock ovanligt att domstolen nekar en part att lägga fram viss bevisning.[1025] I detta sammanhang ska också frågeförbudet avseende vissa yrkesgrupper enligt 36 kap. 5 § RB nämnas. Under vissa i bestämmelsen angivna förutsättningar får företrädare för de i bestämmelsen uppräknade yrkesgrupperna inte höras som vittnen. Det finns även en möjlighet för en domstol att med stöd av 36 kap. 17 § 5 st. RB avvisa frågor till ett vittne som uppenbart inte hör till saken, även detta är en form av frågeförbud. I detta senare fall handlar det dock inte om att neka en part att åberopa ett specifikt bevismedel.

Även om parterna har stor frihet att bestämma vilka rättsfakta och vilka bevismedel som ska åberopas inför domstolen samt när detta ska ske finns det, för att en viss ordning ska kunna upprätthållas, bestämmelser som begränsar parternas process- och bevisföring. Detta gäller framför allt *preklusionsreglerna* i rättegångsbalken. Dessa aktualiseras när domstolen av olika anledningar anser att parterna slutligen måste bestämma sin talan samt slutligen uppge den bevisning som åberopas.[1026] Efter det att domstolen har utfärdat ett preklusionsföreläggande får parterna inte åberopa någon ny omständighet

1022. Jfr 42 kap. 6 § 3 p. och 8 § RB.

1023. Det handlar med andra ord inte om att generellt avvisa vissa genom avtal angivna bevismedel eller vissa konkretiserade bevisfakta.

1024. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 7 §. Även prop. 2004/05:131 s. 157 ff.

1025. Jfr prop. 2004/05:131 s. 156 ff. Se även *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 37 ff. Avtal som begränsar den fria bevisföringens princip analyseras nedan under avsnitt 13.4.

1026. Jfr 42 kap. 15–15 a §§ RB. 15 § får riktas antingen mot en av parterna eller mot båda och aktualiseras då domstolen anser att en part eller båda parterna misskött sin processföring. Ett föreläggande enligt 15 a § riktas alltid mot samtliga parter i målet och får aktualiseras när domstolen bedömer att förberedelsen är avslutad. Se även 43 kap. 10 § RB angående preklusionsföreläggande under huvudförhandlingen, 50 kap. 25 § RB angående preklusion i hovrätten och 55 kap. 13 § RB avseende preklusion i Högsta domstolen. För vidare läsning angående preklusionsreglerna se *Fitger, Peter*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentarerna till 42 kap. 15–15 a §§, 43 kap. 10 §, 50 kap. 25 § och 55 kap. 13 § och där gjorda hänvisningar.

eller något nytt bevis utan att göra sannolikt att de har haft giltig ursäkt för sin underlåtenhet att åberopa omständigheten eller beviset tidigare.[1027]

Rätten till fri bevisföring slås även fast i konventionspraxis som en grundläggande princip som innefattas i begreppet rättvis rättegång enligt artikel 6 (1) EKMR. Av konventionspraxis följer att parter ska ha rätt att lägga fram den bevisning som de anser nödvändig och att parter ska ges lika goda möjligheter till detta.[1028] Konventionen tillåter dock begränsningar av rätten att få lägga fram bevisning så länge denna begränsning är densamma för båda parter.[1029] Däremot uttalar sig inte Europadomstolen om vad som utgör tillåten bevisning i ett enskilt fall. Istället är det upp till varje konventionsstat att genom den nationella rätten bestämma hur frågan om vad som ska utgöra tillåten bevisning i en tvistemålsprocess ska regleras. Europadomstolen bedömer enbart om processen har varit rättvis på ett sätt som i sin *helhet* är förenligt med artikel 6 (1) EKMR. Vid denna bedömning kan frågor hänförliga till bevisupptagningen inför den nationella domstolen samt frågor om vad som utgör tillåten bevisning i ett specifikt fall få aktualitet.[1030] Det innebär att det kan förekomma skillnader mellan olika länders lagstiftning utan att detta för den skull utgör ett konventionsbrott. Det är exempelvis skillnader mellan *common law*-länder och *civil law*-länder där de förra ofta har restriktioner angående tillåten bevisning medan de senare som regel, med få undantag, är mycket tillåtande.[1031]

11.5.4 *Förhandlingsbaserad process och alternativa tvistlösningsförfaranden*

11.5.4.1 SKILJEFÖRFARANDEN

På samma sätt som inom civilprocessen är kontradiktionsprincipen en av de mest grundläggande processuella principerna inom skiljeförfarandet.[1032] Kärandeparten initierar skiljeprocessen genom att påkalla ett skiljeförfa-

1027. Jfr 42 kap. 15 § RB. När det gäller 42 kap. 15 a § krävs det dessutom att målets prövning inte fördröjs i någon väsentlig mån om åberopandet tillåts.

1028. Se exempelvis *Kress* mot *Frankrike*, dom den 7 juni 2001, p. 65 och *Lobo Machado* mot *Portugal*, dom den 20 februari 1996, p. 31. Jfr också diskussionen ovan avsnitt 11.2.6.5.

1029. Jfr *Dombo Beheer* mot *Nederländerna*, dom den 27 oktober 1993, p. 33. Jfr även prop. 2004/05:131 s. 158.

1030. *Camilleri* mot *Malta*, beslut den 16 mars 2000, och *Schenk* mot *Schweiz*, dom den 12 juli 1988, p. 46. Även *Hämäläinen m.fl.* mot *Finland*, beslut den 26 oktober 2004, p. 2 under avsnittet ”The Law”, där Europadomstolen uttalade att frågan om bevisbördans placering i tvistemål ska avgöras mot bakgrund av nationell rätt och inte av Europadomstolen. Jfr även *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 418 ff.

1031. Jfr *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 418.

1032. *Lindskog, Stefan,* Skiljeförfarande, s. 65, 534 f. och 537 ff. Som nämndes ovan under avsnitt 11.5.1 not 976, använder Lindskog termen ”talerättsprincipen” för det som i denna avhandling benämns kontradiktionsprincipen.

rande.[1033] Parterna står mot varandra i en process, de presenterar fakta inför skiljenämnden som genom sakprövning och bevisvärdering av dessa fakta ska avgöra tvisten.

Skiljeförfarandets legitimitet som tvistlösningsform bygger på utgångspunkten att förfarandet i tillräcklig grad anses rättssäkert. En av de mest grundläggande förutsättningarna för detta är att skiljeförfarandet är ett kontradiktoriskt förfarande, innefattande också kommunikations- och likabehandlingsprincipen. Parterna har som utgångspunkt lika rätt att lägga fram sin talan inför skiljenämnden på det sätt som de själva väljer.[1034] De måste också vara fullständigt informerade när det gäller processmaterialet, vilket sker genom att kommunikationsprincipen iakttas.[1035]

Kontradiktionsprincipen är lagfäst genom 24 § LSF där det bland annat framgår att parterna i all behövlig omfattning ska ges möjlighet att utforma sin talan skriftligt eller muntligt samt ges möjlighet att ta del av alla handlingar och allt annat material som rör tvisten och som tillförs skiljenämnden från parterna eller någon annan. Som nämndes ovan måste skiljeproceduren uppfylla grundläggande krav av den art som allmänt upprätthålls i rättsstatliga processordningar.[1036] Rätten att få lägga fram sin sak inför skiljenämnden är ett sådant grundläggande krav.[1037] Parterna får inte på förhand avtala bort rätten att i behövlig omfattning utföra sin talan.[1038]

Det förekommer dock att parter inom skiljeförfarandet genom avtal begränsar rätten att utforma talan. Vid förenklade skiljeförfaranden kan parterna komma överens om att begränsa antalet skriftliga handlingar som får sändas in till skiljemannen.[1039] Om parterna agerar i enlighet med avtalsvillkoret är det inga problem med en sådan begränsning, men om en av parterna i strid med den avtalade begränsningen skickar in ytterligare en skriftlig handling till skiljemannen, måste denne förhålla sig till detta. En första rimlig åtgärd är då att skiljemannen kontaktar parterna och efterhör hur de önskar den uppkomna situationen löst. Hur tänkte den part som skickade in en extra skriftlig handling och hur ställer sig motparten till detta? Vill även motparten skicka in ytterligare en skriftlig handling? Hur vill parterna att

1033. Påkallandet går till på olika sätt beroende på om det rör ett *ad-hoc* förfarande eller ett institutionellt förfarande. I det förra fallet skickar kärandeparten påkallelseskriften till sin motpart och i det senare fallet skickas påkallelseskriften som regel till institutet som sedan skickar den vidare till svarandeparten.

1034. Se prop. 1998/99:35 s. 41.

1035. Här innefattas rätten att ta del av allt processmaterial som tillförs skiljenämnden från en part eller någon annan, prop. 1998/99:35 s. 112 f. Jfr även *Madsen, Finn,* Skiljeförfarande i Sverige, s. 208 f. och där gjorda hänvisningar.

1036. Se ovan under avsnitt 11.2.3.1.

1037. Prop. 1998/99:35 s. 42.

1038. Prop. 1998/99:35 s. 227.

1039. Jfr § 19 (3i) Regler för förenklat skiljeförfarande, Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut.

skiljemannen ska agera i förhållande till den ”otillåtet” inskickade skriftliga handlingen? Ska den beaktas eller inte? Frågorna är många och skiljemannen får försöka få parterna att enas om en lämplig lösning.[1040] Problemet här är att partsautonomins princip ställs mot principen om fri processföring inkluderat kontradiktionsprincipen. Om skiljemannen fattar ett beslut utan att ha förankrat detta hos parterna finns det en risk för att en missnöjd part kommer att klandra skiljedomen och hävda att skiljemannen har begått ett handläggningsfel. Den part som anser att avtalsvillkoret ska gälla menar då att skiljemannen har begått ett handläggningsfel när denne tillåter insändande av en extra skriftlig handling. Om skiljemannen inte tillåter insändandet kan den part vars insända skrift inte beaktas i sin tur klandra en kommande skiljedom och hävda att skiljemannen begått ett handläggningsfel eller möjligen överskridit sitt uppdrag.

Av 34 § 2 p. LSF framgår att en skiljedom får klandras om skiljenämnden har agerat utanför det uppdrag som parterna har tilldelat den. Denna klandergrund avser den situationen att skiljenämnden har åsidosatt dispositionsprincipen. Skiljenämndens behörighet är begränsad till vad som följer av parternas processhandlingar.[1041] Enligt 34 § 6 p. LSF finns det möjlighet för parterna att begära att en skiljedom upphävs efter en klandertalan på grund av ett eller flera handläggningsfel. Det krävs dessutom att handläggningsfelet sannolikt har inverkat på utgången av tvisten. Ett exempel på handläggningsfel är att en part inte har fått tillfälle att i erforderlig omfattning utföra sin talan. Ett handläggningsfel uppkommer också när skiljenämnden inte har följt parternas instruktioner.[1042]

Den part som anser att skiljenämnden begår ett handläggningsfel måste också, för att bibehålla sin rätt att klandra den kommande skiljedomen, tydliggöra för skiljenämnden att det handläggningsbeslut som felet har sin grund i *inte* ”accepteras” av parten. Genom att fortsätta att medverka i skiljeförfarandet utan att göra någon invändning, riskerar parten nämligen genom preklusionsregeln i 34 § 2 st. RB att förlora sin klanderrätt.[1043]

Av 33 § LSF följer att om en skiljedom är behäftad med vissa brister är den ogiltig. Klanderreglerna har till syfte att ta hänsyn till parternas intresse av att handläggningen och förfarandet i en enskild tvist genomförs på ett korrekt sätt, medan ogiltighetsreglerna i 33 § LSF har till syfte att bevaka allmänna hänsyn i samhället och tredje mans intresse. Det handlar om situa-

1040. Dessa frågor kommer inte att besvaras i denna avhandling. Här ska endast den problematik som kan uppkomma när parter kommit överens om att begränsa processmaterialet på nu aktuella sätt belysas.

1041. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 868 ff.

1042. Se prop. 1929 nr 226 s. 50. Jfr även *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 642 och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 895 f. Lindskog betonar att det kan vara svårt att avgöra vad som krävs för att en part ska ha fått tillfälle att i erforderlig omfattning utföra sin talan.

1043. Jfr 34 § 2 st. LSF.

tioner som på ett allmänt plan anses så höggradigt stötande att skiljedomen är ogiltig.[1044] Brister hänförliga till kontradiktionsprincipen finns inte upptagna i 33 § LSF. Den typen av fel angrips främst med stöd av de ovan nämnda klanderreglerna. Det skulle dock kunna tänkas att *mycket allvarliga* handläggningsfel skulle kunna innebära att skiljedomen är ogiltig enligt 33 § 2 p. LSF.[1045] På samma sätt skulle möjligen förfaranden som inte möter rimliga krav på rättssäkerhet kunna omfattas.[1046] Ett exempel på det senare skulle kunna vara att en part inte har beretts tillfälle att föra sin talan eller lägga fram bevisning på ett tillräckligt sätt.

Även inom den internationella skiljemannarätten anses det vara en allmän princip att samtliga parter har haft möjlighet att presentera sin talan inför skiljenämnden.[1047] En skiljedom som tillkommit efter ett förfarande som inte uppfyller kontradiktionsprincipen riskerar att varken erkännas eller kunna verkställas. Om inte parterna har givits lika rätt att presentera sitt fall är det exempelvis inte möjligt att få en skiljedom erkänd och verkställd genom New York-konventionen artikel V (1)(b): ”*Recognition and enforcement of the award may be refused […] if […] The party against whom the award is invoked […] was otherwise unable to present his case*.” Även Modellagen poängterar vikten av att kontradiktionsprincipen upprätthålls i skiljeförfarandet. Av artikel 18 framgår att ”*The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case*.” Modellagen anger dock inte vilka rättsliga verkningar det för med sig om inte en part har fått möjlighet att lägga fram sin talan. Av kommentaren till Modellagen framgår dock att avtal som strider mot artikel 18 riskerar att ogiltigförklaras och en skiljedom som tillkommit i ett förfarande som inte uppfyller kraven i artikel 18 riskerar att inte kunna verkställas.[1048]

En skiljedom kan under vissa förhållanden komma att bedömas av en statlig domstol.[1049] Som nämnts ovan accepteras skiljeförfaranden som alter-

1044. Hit räknas bristande skiljedomsmässighet, *ordre public* situationer och fall där skiljedomen inte uppfyller formkraven skriftlighet och undertecknande, jfr 33 § 1–3 p. LSF. Jfr prop. 1998/99:35 s. 141 f.

1045. Hit räknas den situation att skiljedomen eller det sätt på vilket skiljedomen har tillkommit är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige.

1046. Se SOU 1994:81 s. 172 och 289 samt prop. 1998/99:35 s. 142 och 234.

1047. Se bl.a. *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 27 f. och 78 samt *Holtzmann, Howard M.* och *Neuhaus, Joseph E.*, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, s. 550 ff.

1048. *Holtzmann, Howard M.* och *Neuhaus, Joseph E.*, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, s. 551. Se även *Blackaby, Nigel m.fl.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 366 ff.

1049. I Sverige prövar hovrätten ogiltighets- och klandertalan mot en skiljedom, 33–34 och 43 §§ LSF. Hovrätten bestämmer sedan om det ska vara tillåtet med överprövning till Högsta domstolen. Talan beträffande ersättningen till en skiljeman prövas av tingsrätten, 43 § 3 st. LSF med efterföljande överprövningsmöjligheter i enlighet med civilprocessen. När det gäller verkställighet av skiljedomar prövas detta av kronofogdemyndigheten, 3 kap. 1 och 15–18 §§ UB.

nativ till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR. Det faktum att parterna har ingått ett giltigt skiljeavtal som accepteras som ett godtagbart avstående från domstolsprövning innebär dock inte att också alla de rättssäkerhetsgarantier som innefattas i artikeln har avtalats bort. Staten har fortfarande ansvar för klander- och ogiltighetsprocesserna samt verkställighetsförfarandet. Det är därför rimligt att vissa av de rättssäkerhetsgarantier som innefattas i artikel 6 (1) EKMR också uppfylls genom skiljeförfarandet. Det framgår dock inte uttryckligen av konventionspraxis vilka rättssäkerhetsgarantier som parterna får avstå från och vilka som inte är möjliga att begränsa genom avtal.[1050] Rätten till ett kontradiktoriskt förfarande är dock sannolikt en sådan rättssäkerhetsgaranti som inte får begränsas genom avtal, i vart fall inte i så stor utsträckning att en parts rätt till domstolsprövning och rättvis rättegång inte tillgodoses i tillräcklig utsträckning.

Skiljeförfaranden angår enbart dispositiva frågor och präglas därmed också av *dispositionsprincipen*.[1051] Inom skiljemannarätten används även *principen om partsautonomi* som uttryck för parternas möjlighet att styra över processen.[1052] Dessa två principer ska dock hållas isär. Principen om partsautonomi innefattar situationer där parterna genom *gemensamma instruktioner* till skiljenämnden bestämmer hur den ska genomföra sitt uppdrag samt hur själva förfarandet ska organiseras. Det handlar om parternas rätt att gemensamt komma överens om formerna för skiljeförfarandet samt skiljenämndens befogenheter när den ska agera beslutsfattare avseende tvister mellan de aktuella parterna. Dispositionsprincipen däremot handlar om de olika dispositioner som en enskild part med bindande verkan för skiljenämnden får företa avseende en enskild talan. Det är med andra ord ensidiga processhandlingar inför skiljenämnden som avses. I denna del liknar skiljeförfarandet i stort civilprocessen.[1053] Däremot är partsautonomin kraftigt begränsad i civilprocessen jämfört med vad som gäller inom skiljeförfarandet.

Parternas roll i skiljeförfarandet är på samma sätt som inom civilprocessen att sätta upp de ramar inom vilka beslutsfattarna, skiljemännen, måste hålla sig i sitt beslutsfattande och skiljemännen får inte agera på eget initiativ.[1054] Detta är ett uttryck för dispositionsprincipen. Kärandeparten ska inför skiljenämnden ange sitt yrkande och parterna ska ange de grunder och invändningar som de önskar åberopa samt åberopa de bevismedel som de anser

1050. Jfr resonemang ovan under avsnitt 6.5.2, 11.2.3.1, 11.2.5.1 och 11.2.7.1.

1051. *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 280 och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 540.

1052. Se ovan avsnitt 10.2.

1053. Jfr avsnitt 11.5.2.

1054. Om skiljenämnden överträder dessa ramar anses den ha överskridit sitt uppdrag, vilket utgör en klandergrund enligt 34 § 1 st. 2 p. LSF, jfr Svea Hovrätt, T 4050-10, dom den 31 augusti 2011. Jfr även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 870 f.

nödvändiga för att kunna ta tillvara sin rätt.[1055] Nämnden är skyldig att handlägga målet ändamålsenligt samt se till att tvisten blir ordentligt utredd.[1056] Skiljenämnden har också en skyldighet att genom processledning se till att framställda yrkanden blir tydligt preciserade så att det inte råder någon tvekan om vilket domslut som begärs. Skiljenämnden ska också se till att de rättsfakta som åberopas är så konkreta att de kan förstås, inte bara av skiljenämnden utan även av motparten så att denne har möjlighet att bemöta dem.[1057] Dispositionsprincipen innebär också att skiljenämnden inte får, även om den skulle finna det berättigat, begära in viss bevisning.[1058]

På samma sätt som inom civilprocessen kan parterna medvetet, eller kanske av oförstånd eller misstag, låta bli att framställa ett visst yrkande eller åberopa vissa rättsfakta inför skiljenämnden. Ett sådant agerande i sig strider inte mot dispositionsprincipen. Parterna har ingen skyldighet att agera på ett visst sätt utan enbart en rätt att göra det och en valfrihet att utnyttja denna rätt. En part kan inte heller i dessa fall i efterhand klandra en skiljedom och påstå att det har begåtts ett handläggningsfel.[1059] Klanderregeln i 34 § 6 p. LSF tar enbart sikte på formella handläggningsfel som skiljenämnden gör sig skyldig till,[1060] inte agerande som parterna frivilligt väljer.[1061] Däremot är det högst tveksamt om parterna på förhand får ingå avtal där rätten att lägga fram talan inför skiljenämnden begränsas, i vart fall på ett mera ingående sätt. Som nämndes ovan är rätten att få lägga fram sin talan på ett erforderligt sätt en grundläggande del av skiljeförfarandet. Om en part hindras från att lägga fram sin talan kan ett sådant agerande utgöra ett klanderbart handläggningsfel och den drabbade parten skulle kunna begära att skiljedomen ska upphävas.[1062]

Genom principen om partsautonomi har partsintresset satts i uttryckligt fokus i skiljeförfarandet. Skiljemännen får sitt uppdrag av parterna. I den bemärkelsen representerar inte skiljemännen något allmänintresse. Någon motsvarighet till officialprincipen finns inte i skiljeförfarandet. Av 21 § LSF

1055. 25 § LSF, där det framgår att parterna svarar för bevisningen. Detta innefattar en rätt att lägga fram den bevisning som en part anser nödvändig för att denne ska kunna ta tillvara sin rätt samt att det är parterna som ska åberopa bevisningen. Se vidare *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 671 f. Jfr även 24 § LSF.

1056. Jfr 21 § LSF.

1057. Se vidare *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 343 och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 636 och 639 f.

1058. Jfr dock 25 § 1 st. LSF. Skiljemännen får, om parterna inte motsätter sig det, utse sakkunniga.

1059. Jfr 34 § 2 st. LSF. Se SOU 1994:81 s. 175 f. och 180 samt prop. 1998/99:35 s. 148 f.

1060. Det spelar dock ingen roll vad som är anledningen till klanderfelet. Även fel som beror på ursäktligt förbiseende från skiljenämndens sida ger klanderrätt, se *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 887 f.

1061. Den part som vill föra en klandertalan måste göra detta inom 3 månader från skiljedomen.

1062. Se ovan not 1042.

framgår att skiljemännen ska följa det som parterna har bestämt om inte det finns något hinder mot detta. Det har framhållits att principen om partsautonomin har sin största betydelse på det sättet att skiljemännen inte bör fatta några viktiga processuella beslut utan att fråga parterna om hur de vill att tvisten ska handläggas.[1063] Innebär detta att parternas beslutanderätt över förfarandet är helt utan begränsningar och att skiljemännen under alla förhållanden är skyldiga att följa parternas instruktioner? Riktigt så är det inte. Även om parterna ytterst bestämmer över handläggningen och genomförandet av skiljeförfarandet, sker detta många gånger genom att parterna kommer överens om att skiljemännen ensamma eller i samråd med parterna ska avgöra hur förfarandet ska genomföras. På så sätt har skiljemännen tilldelats en rätt att fatta beslut under förfarandet som är bindande för parterna. Skiljemännens behörighet följer då inte av officialprincipen utan av partsautonomins princip. Partsautonomin är dock inte helt utan begränsningar. Den sträcker sig inte så långt att skiljenämnden är skyldig att följa olagliga partsföreskrifter eller partsföreskrifter som är omöjliga att genomföra. Inte heller får rättssäkerheten åsidosättas.[1064]

På samma sätt som sker i civilprocessen förekommer det att parterna framställer olika processhandlingar inför skiljenämnden. I vilken utsträckning processhandlingarna är bindande för skiljenämnden avgörs dock inte bara av vilket uppdrag parterna har tilldelat skiljenämnden. Beroende på vad det är för processhandling som framställs kan det finnas tvingande regler i lagen om skiljeförfarande som skiljenämnden måste hålla sig inom och som får betydelse för hur processhandlingen ska bedömas.[1065] Till skillnad från rättegångsbalken innehåller dock lagen om skiljeförfarande enbart ett fåtal tvingande handläggnings- och procedurregler. Därmed är också utrymmet för parterna betydligt större när det gäller att ge bindande anvisningar till skiljenämnden om handläggnings- och procedurfrågor jämfört med vad som gäller för parter inom civilprocessen. Detta är dock inte alltid ett uttryck för dispositionsprincipen.

Genom det uppdragsavtal som finns mellan parterna och de enskilda skiljemännen har parterna möjlighet att ge *gemensamma instruktioner* till skiljemännen om hur förfarandet ska handläggas och genomföras. Detta är då inte ett uttryck för dispositionsprincipen utan för partsautonomins princip. När ett skiljeförfarande väl har startat är det naturligen svårare att få motparten att vilja ingå en sådan gemensam överenskommelse, i vart fall om motparten anser att denne har det minsta att vinna på att säga nej. I praktiken löses oftast frågan genom att skiljenämnden frågar motparten hur denne ställer sig

1063. *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 267.

1064. Se vidare *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 267 ff. och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 606 f.

1065. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 10.3.2.

till partens begäran. Innan skiljenämnden fattar ett beslut kommer nämnden sannolikt att försöka få parterna att komma överens om hur den aktuella begäran ska hanteras. Detta är dock inte alltid möjligt och då måste skiljenämnden fatta ett handläggningsbeslut. Om det sker finns det alltid en risk för att en missnöjd part, om denne förlorar målet, kommer att klandra skiljedomen under åberopande av att det har begåtts ett formellt fel.

Likheterna mellan skiljeförfarande och civilprocessen är stora när det gäller frågor relaterade till bevisning. Även skiljeförfarandet präglas av *fri bevisföring*.[1066] Skiljemännen får inte på eget initiativ föra in bevisning i skiljeförfarandet med undantag för sakkunnigbevisning.[1067] Den fria bevisföringen framgår av 25 § LSF. Det finns inte några regler om att viss typ av bevisning är förbjuden. Skiljemännen har dock viss möjlighet att påverka och ”bestämma” över bevisningen genom att bedriva processledning.[1068] Skiljemännen skulle exempelvis kunna påpeka för en part att denne har bevisbördan för sitt påstående. Det är dock parten själv som måste avgöra vilken bevisning som ska läggas fram inför skiljenämnden.[1069] I övrigt finns det vissa möjligheter för en skiljenämnd att avvisa bevisning om den uppenbart saknar betydelse eller har framställts för sent.[1070] Skiljemännen är dock som regel försiktiga när det gäller att avvisa bevis som har åberopats av en part.[1071]

Det förekommer att parterna på förhand reglerar frågor om tillåten bevisning vid en framtida tvist genom så kallade bevisavtal. Mot bakgrund av den omfattande partsautonomin som gäller inom skiljeförfarandet borde det inte finnas några betänkligheter mot sådana avtal. Det borde i vart fall vara möjligt så länge begränsningen är densamma för samtliga parter och inte innebär att partens rätt att lägga fram sin talan begränsas på ett sätt som medför att förfarandet inte kan anses uppfylla grundläggande rättssäkerhetsgarantier.[1072] Ett sådant avtal skulle då liknas vid en gemensam instruktion från parterna till skiljenämnden om vad som ska utgöra tillåten bevisning i skiljeförfarandet.[1073]

Det är dock tveksamt om en skiljenämnd, mot en parts vilja, skulle anse sig bunden av ett bevisavtal som har ingåtts mellan parterna innan en tvist

1066. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 671.

1067. 25 § 1 st. LSF.

1068. Jfr SOU 1994:81 s. 150 f. och prop. 1998/99:35 s. 120 f. Se vidare *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 436 f. och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 608 ff.

1069. SOU 1994:81 s. 280 och prop. 1998/99:35 s. 228.

1070. 25 § 2 st. LSF. Angående avvisning av bevisning se vidare *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 439 ff. och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 677 ff. Jfr också Svea hovrätt, T 948-02, dom den 10 mars 2004.

1071. Jfr *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 439 ff.

1072. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 650 och 687, *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (338 ff.). Jfr även *Hobér, Kaj*, International Commercial Arbitration in Sweden, s. 223 och *Mehren, George M. von*, och *Salomon, Claudia*, Submitting Evidence in an International Arbitration, s. 285–294.

1073. Avtal som begränsar den fria bevisföringen inom civilprocessen analyseras nedan under avsnitt 13.4.

har uppkommit.[1074] I det fallet finns det inte någon gemensam instruktion från parterna till skiljemännen. Parterna kan dock ha givit skiljemännen mandat att tillämpa de olika avtalsvillkor som parterna har ingått med varandra, vilket skulle kunna inkludera ett bevisavtal. Om då en part, när tvisten väl är ett faktum, önskar åberopa bevisning i strid med det tidigare ingångna bevisavtalet, uppkommer samma problematik som nämndes ovan när det gäller begränsningar av den fria processföringen och kontradiktionsprincipen. Enligt 24–25 §§ LSF har ju en part rätt att lägga fram sin talan så som denne finner nödvändigt samt åberopa den bevisning som parten anser behövlig för att denne ska kunna bevisa sin sak. Skiljenämnden står då inför ett problem. Dels kan nämnden anses begå ett handläggningsfel eller gå utanför sitt uppdrag om den inte följer ett avtal mellan parterna, dels kan den anses begå ett handläggningsfel när en part inte får lov att åberopa den bevisning som parten anser är nödvändig. Uppdragsöverskridandet förutsätter dock att tillämpningen av det avtal där bevisregleringen finns intagen också ingår i skiljenämndens uppdrag. Min uppfattning är dock att en skiljenämnd skulle vara försiktig med att ge ett sådant bevisavtal bindande verkan mot ena partens vilja. Det troliga är att skiljenämnden skulle försöka få parterna att komma överens om hur bevisningen ska hanteras i det aktuella förfarandet utan att nämnden måste fatta ett formellt beslut i frågan.

11.5.4.2 PRIVATDOMARFÖRFARANDEN

Privatdomaruppdraget kan se olika ut beroende på vilken uppgift privatdomaren har tilldelats och därmed kan också förfarandena se olika ut. Parterna kan exempelvis välja att knyta an till ett institutionellt förfarande som redan har en färdig handläggningsordning som genom tvistlösningsavtalet blir bindande för parterna och privatdomaren.[1075] Parterna skulle också kunna skapa ett förfarande som utgår från den ovan presenterade förhandlingstanken. Avsaknaden av lagstiftning gör att det inte finns någon på förhand given ”ram” för hur förfarandet ska organiseras och genomföras. Parterna kan ha kommit överens om att privatdomarens avgörande ska utgöra ett mellan parterna bindande avtal som de har för avsikt att följa, en form av avtalsutfyllnad.[1076] För att ett sådant ”avtal” ska vara giltigt och bli bindande mellan parterna måste förfarandet rimligen uppfylla vissa grundläggande rättssäkerhetsgarantier.[1077] Ett avgörande som har tillkommit i ett förfarande som är uppbyggt i enlighet med förhandlingstanken har troligen större möjligheter att betraktas som ett bindande avtal mellan parterna. Ska privatdomaren agera tvistlösare på samma sätt som en domare eller en skilje-

1074. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 55, 61 och 687 not 119.

1075. Jfr artikel 6–8 och 10 ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings, artikel 19 (6) och (8) samt artikel 13 ICC Dispute Board Rules.

1076. Privatdomaravgörandens rättsliga betydelse utvecklas vidare nedan under avsnitt 11.6.3.2.

1077. Jfr *Heuman, Lars*, Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder, s. 14 f.

nämnd, är sannolikt privatdomarförfarandet också konstruerat på ett med dessa förfaranden likvärdigt sätt.

Har parterna i tvistlösningsavtalet hänvisat till ett institutionellt regelverk av något slag, följer det ofta av dessa reglementen hur privatdomarförfarandet ska genomföras och vilka olika roller parterna respektive beslutsfattaren innehar. Ett exempel på detta är ICC Dispute Board Rules.[1078] En skillnad mellan *Dispute-Board* förfaranden och civilprocessen är att en *Dispute Board* ofta har tilldelats rätten att begära in ytterligare bevisning om den anser att parterna inte har presenterat tillräcklig bevisning för att en uppkommen tvist ska kunna lösas.[1079] Det är ofta till och med så att en *Dispute Board* har rätt att själv hämta in ytterligare bevisning.[1080]

När det gäller privatdomaren som agerar värderingsman är uppgiften en helt annan. Även om inte värderingsförfarandet är uppbyggt som en förhandling mellan parterna och mellan parterna och privatdomaren, värderingsmannen, på så sätt att parterna framställer yrkanden och åberopar grunder samt bevisning, kan man ändå till viss del tala om att förfarandet har sin utgångspunkt i tanken om ett kontradiktoriskt förfarande. Ytterst är det parterna som bestämmer hur själva värderingsförfarandet ska genomföras samt vilket uppdrag som värderingsmannen ska tilldelas. Ofta sker dock detta i samråd mellan parterna och värderingsmannen genom att de tillsammans sätter upp ramarna för förfarandet. Parterna ska förse värderingsmannen med det material som är av betydelse för att värderingsmannen ska kunna utföra sitt uppdrag.[1081] Värderingsmannen ska i sitt förhållande till parterna agera på ett sådant sätt att likabehandlingsprincipen kan upprätthållas och neutraliteten inte kan ifrågasättas samt utföra värderingen mot bakgrund av de normer som antingen parterna har uppställt eller som följer av branschpraxis eller liknande.

Det är med andra ord fullt möjligt för parterna att genom avtal skapa ett förfarande som tillgodoser både kontradiktions- och dispositionsprincipen samt den fria bevisföringens princip.

11.5.4.3 Förfaranden där parterna agerar beslutsfattare

Förlikningsförhandlingar och medling är till skillnad från civilprocessen inte uppbyggt som en förhandling mellan parterna där parterna framställer yrkanden och åberopar grunder och bevisning för sin sak. Förliknings- och medlingsförhandlingar är snarare uppbyggda som ett samtal mellan parterna vars syfte är att resultera i en samförståndslösning. Vid förlikningsförhandlingar och medling genomförs samtalet antingen mellan parterna direkt eller

1078. Se framför allt artikel 16–19 ICC Dispute Board Rules.
1079. Jfr artikel 15, ICC Dispute Board Rules.
1080. Jfr *Chern, Cyril*, Chern on Dispute Boards, s. 221.
1081. Jfr artikel 11 ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings.

via medlaren som har till uppgift att hjälpa parterna att hitta det förhandlingsutrymme där parterna kan mötas och hitta en lösning på den uppkomna tvisten.

Även om förlikningsförhandlingar och medling till viss del innebär att parterna lägger fram sin sak inför varandra, och vid medling inför medlaren, sker detta ofta under helt andra former än vid civilprocessen. Rollfördelningen mellan processubjekten är också en helt annan än i civilprocessen. Vid förliknings- och medlingsförhandlingar står inte parterna mot varandra som rättsliga motståndare vars uppgift är att genom framlagt processmaterial övertyga en ”domare” om att de har ett berättigat rättsligt anspråk. Det är visserligen parterna som bestämmer över förfarandet och anger ramarna för detsamma, men möjligheterna att föra enskilda samtal och visa dokumentation och liknande för medlaren, utan att motparten får del av vad som sägs eller av den uppvisade dokumentationen, är betydligt större än inom civilprocessen. Det är inte nödvändigt att det blir klarlagt vad som har hänt och alla de fakta som givit upphov till tvisten är inte nödvändigtvis intressanta, även om parterna nog oftast kort redogör för varandra och medlaren vad som har hänt samt partens syn på saken. Detta är dock inte det viktiga för förlikningen eller medlingen. Det viktiga är snarare varför parterna är missnöjda, vad parterna egentligen vill uppnå samt vad som krävs för att parterna ska känna sig nöjda med tvistens utgång. En medlare är med andra ord inte passivt lyssnande såsom en domare. Hur aktiv och initiativrik en medlare är eller ska vara avgörs av vilken roll parterna har givit densamme.

Förlikningförhandlingarnas och medlingens natur gör också att grundläggande principer såsom kontradiktions- och kommunikationsprincipen inte upprätthålls i den utsträckning som krävs inom civilprocessen.[1082] Vid förlikningsförhandlingar och medling är det inte heller aktuellt med principerna om fri process- och bevisföring i den bemärkelsen som principerna används i civilprocessen. Det innebär inte att parterna är begränsade i vad de får lov att lägga fram inför varandra och medlaren utan bara att det är andra uppgifter som är intressanta vid förlikning och medling där det ju inte handlar om att förse en beslutsfattare med material i avsikt att denne ska avgöra tvisten. Förliknings- och medlingsförhandlingar är dock privata tvistlösningsformer och som visats ovan styr parterna över formerna för själva förfarandet. Det finns därmed inte något principiellt hinder för parterna att konstruera ett förfarande som utgår från förhandlingstanken, även om detta inte framstår som särskilt ändamålsenligt när det gäller förliknings- och medlingsförhandlingar.

När det gäller självrättskipning kan parterna ha kommit överens om att förfarandet ska vara uppbyggt i enlighet med förhandlingstanken. Problemet

1082. Jfr *Knuts, Gisela*, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 97 f.

med självrättskipning är att en part har tilldelats beslutanderätten i egen sak. I dessa fall är parten och beslutsfattaren densamma, i vart fall kan beslutsfattaren anses så starkt förknippad med en av parterna att det råder identitet mellan dem.[1083] Ett sådant förfarande kan knappast anses vara kontradiktoriskt. Även om parterna tydligt reglerar att förfarandet ska vara uppbyggt på exakt samma sätt som exempelvis ett skiljeförfarande, medför det faktum att ena parten ”dömer i egen sak” att det skulle vara svårt att acceptera självrättskipning som ett kontradiktoriskt förfarande.

11.6 Rättstillämpning och bevisvärdering

11.6.1 *Rättstillämpning*

Domstolens roll styrs av den så kallade *officialprincipen* som innefattar alla de situationer när en domare ska eller får vara självständigt verksam i processen.[1084] Det är domaren som, mot bakgrund av olika procedurregler, huvudsakligen bestämmer hur själva processen ska genomföras.[1085] Det innebär dock inte att parterna har fråntagits allt inflytande över processen. En domare bör aldrig fatta något viktigt beslut i procedurfrågor utan att först ha hört parternas uppfattning. Domarens uppgift är också att tillämpa allmängiltiga rättsregler och rättsliga principer på det underlag, situationsunika fakta, som parterna genom sina yrkanden och åberopanden av rättsfakta har presenterat för domstolen. Detta sker vid sakprövningen av tvisten.[1086] Domaren ska också självständigt värdera de bevisfakta som framkommit ur parternas åberopade bevisning.[1087] Domstolen ansvarar inom ramen för officialprincipen för *rättstillämpningen* och *bevisvärderingen*.[1088] Bevisvärderingen faller inom den fria bevisprövningens princip och behandlas i nästkommande avsnitt.

I civilprocessen genomför domstolen rättstillämpningen självständigt.[1089] Parterna behöver inte upplysa domstolen om vilka rättsliga regler eller principer som är tillämpliga i ett specifikt fall och inte heller behöver parterna upplysa den om innehållet i dessa regler samt hur dessa ska tillämpas och tolkas.[1090] En central princip i civilprocessen är *jura novit curia* som brukar översättas med att domstolen känner rätten. Innebörden är att domstolen i

1083. Jfr ovan under avsnitt 10.5.2.3.

1084. *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 69.

1085. *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 60 f. och 69.

1086. Jfr SOU 2011:42 s. 95 f.

1087. 35 kap. 1 § RB.

1088. *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 60 f.

1089. När det gäller domstolens självständighet i rättstillämpningen, jfr även resonemanget ovan i kapitel 5 samt avsnitt 11.2.4.

1090. Jfr 42 kap. 2 § och 7 § RB där det framgår vad som ska innefattas i en stämningsansökan respektive ett svaromål.

alla slags mål *ex officio* ska tillämpa rättsregler på yrkade rättsföljder och åberopade rättsfakta. Det är domstolen som självständigt bestämmer dels vilka rättsregler som är tillämpliga, dels hur rättsreglerna ska tolkas och tillämpas på kärandens yrkanden och det civilrättsliga händelseförlopp, grunderna och invändningarna, som parterna har presenterat i målet. [1091]

Det rättsliga stödet för *jura novit curia* härleds ur 35 kap. 2 § 1 p. RB som stadgar att "*Ej heller erfordras bevis om vad lag stadgar*". Principen innebär att parterna varken behöver sätta en rättslig etikett på sina åberopade rättsfakta eller bevisa existensen av en rättsregel och dess innehåll.[1092] Domstolen förväntas känna till allt detta.[1093] Däremot framgår inte domstolens rättstillämpande uppgift av bestämmelsen.[1094] Principen om *jura novit curia* och domstolens roll som rättstillämpare har dock gamla anor.[1095]

Domstolens monopol över rättstillämpningen innebär inte att parterna i praktiken faktiskt avstår från att åberopa rättsregler eller att föra fram sin åsikt om vad som enligt dem är den "rätta tolkningen" av en specifik regel. Tvärtom är det mycket vanligt att parterna redan genom stämningsansökan och svaromålet klargör vilken eller vilka rättsregler som de anser är tillämpliga samt hur dessa ska tolkas och förstås i den enskilda tvisten. Det finns inte heller något som hindrar detta. En domstol får inte neka parterna att framföra sådana åsikter.[1096] Det har till och med hävdats att detta i de allra flesta fall är en nödvändighet för att en part ska ha utsikt till framgång med sin talan.[1097] För att käranden ska kunna nå framgång med sin talan är det viktigt att denne formulerar sin talan utifrån en specifik rättsregel så att den yrkade rättsföljden är förenlig med de rekvisit som innefattas i den aktuella

1091. Jfr *Ekelöf Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 61 och *Ekelöf Per Olof m.fl.,* Rättegång IV, s. 302 f. samt *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 30, Civilrättskipning, s. 332 och JT 2011–12 s. 168–183. Principen om *jura novit curia* står dock inte oemotsagd. Det har framförts åsikter om att principen borde upphöra att gälla. Istället skulle det ligga på parterna att åberopa rättsreglerna som grund för sin talan, se bl.a. *Ramberg, Christina*, "Give me the law" Avskaffa Jura Novit Curia! och *Ramberg, Anne*, SvJT 2004 s. 315 ff.

1092. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 303 f. Jfr abstrakta rättsfakta ovan under avsnitt 1.6.

1093. Som en jämförelse kan sägas att i engelsk *common law* har det traditionellt varit parternas sak att föra fram juridiska argument ur rättskällorna. Parterna, eller kanske snarare deras ombud, tar det huvudsakliga ansvaret för att utreda vad som är gällande rätt i en viss aktuell situation, se *Damaska, Mirjam*, The facts of Justice and State Authority, s. 115.

1094. Till skillnad från vad som gäller i brottmål där domstolens rättstillämpningsuppgift förtydligats något genom 30 kap. 3 § RB, "*Ej vare rätten bunden av yrkande beträffande brottets rättsliga beteckning eller tillämpligt lagrum*".

1095. Det brukar hävdas att principen om *jura novit curia* har sitt ursprung i den katolska kyrkans rättsordning, den kanoniska rätten, och att principen kom till uttryck redan i Olaus Petris domarregler från år 1554. Den har också gått att utläsa ur domarreglerna och 1734 års rättegångsbalk, 1 kap. 11 § och 24 kap. 3 § p. 12. Jfr även *Ekelöf, Per Olof*, Processuella grundbegrepp och allmänna rättsprinciper, s. 167, *Kallenberg, Ernst*, Svensk civilprocessrätt, band II, s. 91 f. och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 342.

1096. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 303 f.

1097. Se vidare *Ramberg, Christina*, "Give me the law" Avskaffa Jura Novit Curia!, s. 1.

rättsregeln. Partens rättsliga argumentation kan också underlätta domstolens bedömning av målet på så sätt att parternas uttalanden kan bilda utgångspunkt för domstolens egna undersökningar och överläggningar i rättsliga hänseenden. Dessutom kan parterna på detta sätt fästa domstolens uppmärksamhet på ett rättstillämpningsfaktum som den kanske inte annars hade uppmärksammat.[1098] Det är dock domstolen som slutligen, genom rättstillämpningen, bestämmer hur de aktuella rättsreglerna ska tolkas och tillämpas i den enskilda tvisten.[1099]

Domstolen är skyldig att beakta *alla* tänkbara tillämpliga rättsregler när den ska avgöra rättsfrågan. Det innebär att domstolen är skyldig att tillämpa en rättsregel trots att den inte har berörts av parterna eller där det är uppenbart att parterna inte har utformat sin talan mot bakgrund av regeln. Om den i målet yrkade rättsföljden och åberopade rättsfakta kan hänföras under rekvisiten i en rättsregel, ska domstolen tillämpa regeln. Det står domstolen fritt att rättsligen kvalificera det omtvistade saksammanhanget på annat sätt än vad parterna har gjort.[1100]

Domstolens uppgift är inte enbart att avgöra tvister mot bakgrund av materiella civilrättsliga regler. Det förekommer även situationer där den avgör en enskild tvist utan någon egentlig sakprövning. Som nämndes ovan får domstolen exempelvis avgöra en tvist mellan parter genom att meddela en tredskodom eller en dom efter och i enlighet med ett medgivande från en part.[1101] Gemensamt för dessa situationer är att domstolens avgörande inte grundar sig på en fullständig sakprövning av den uppkomna tvisten. Det sker dock en rättighetsprövning i ”fiktiv” mening. När svaranden uteblir från en förhandling eller medger kärandens talan kan det tolkas som om svaranden rättsligen underkastar sig kärandens anspråk.[1102]

En domstol får också avgöra en tvist genom att i en dom stadfästa en mellan parterna ingången förlikningsöverenskommelse. Detta kan bli aktuellt efter förlikningsförhandlingar som skett inom ramen för civilprocessen.[1103]

1098. *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 328. Även *Lindell, Bengt*, Partsautonomins gränser, s. 43.

1099. SOU 1938:44 s. 379 f. Även *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 327 och JT 2011–12 s. 168 (172 ff.).

1100. Domstolen bör i så fall fästa parternas uppmärksamhet på att en annan rättsregel än den som parterna har byggt sin talan kring kan vara aktuell, jfr NJA 1989 s. 614 där JustR Lind framhöll denna ståndpunkt. Se även NJA 1993 s. 13.

1101. Man kan också tänka sig att en part i ett dispositivt tvistemål erkänner en viss omständighet som domaren utan vidare kontroll ska lägga till grund för sin bedömning. Den part som erkänner en omständighet får inte en sakprövning av denna del. Parten har dock haft rätten till sakprövning från början, men medvetet genom en ensidig processhandling valt att genom erkännandet avstå från sakprövning i den erkända delen.

1102. Jfr resonemanget ovan i kapitel 5.

1103. 17 kap. 6 § RB. En förutsättning för stadfästelse är att tvisten är anhängiggjord vid en domstol. En förlikningsöverenskommelse kan antingen träffas inom ramen för domstolens förlikningsverksamhet eller av parterna själva utanför civilprocessen. Parterna begär sedan gemensamt att överenskom-

En domstol är inom vissa gränser skyldig att stadfästa förlikningsöverenskommelsen om båda parter begär det. Det är då parterna som har bestämt innehållet i domslutet och inte domstolen som har avgjort tvisten efter en materiell prövning. Får domstolen stadfästa en förlikningsöverenskommelse som inte är i förenlig med det materiella rättsläget på området? Ja, i princip finns det inga sådana begränsningar när det gäller domstolens skyldighet att på begäran av parterna stadfästa överenskommelsen.[1104] Däremot har domstolen en skyldighet att kontrollera att saken är sådan att förlikning därom enligt lag är tillåten; att det rör sig om ett dispositivt tvistemål.[1105] Det har diskuterats om inte domstolen också har en skyldighet att se till att förlikningsöverenskommelsen i så stor utsträckning som möjligt är förenlig med den materiella rätten på området. Särskilt i äldre doktrin ser man företrädare för denna åsikt.[1106] På senare tid förefaller denna uppfattning ha fått stå tillbaka för åsikten att det i (nästan) alla sammanhang är bättre att parterna når en samförståndslösning på tvisten. Denna uppfattning utgår från att det är viktigare att parterna känner sig nöjda med överenskommelsen än att den nödvändigtvis är förenligt med materiella rättsregler på området. Man kan ställa sig frågan hur detta är förenligt med synsättet att en domstol avgör tvister genom tillämpning av rättsliga regler.[1107]

De nu nämnda situationerna innebär inte att domstolen genom tillämpning av materiella rättsregler avgör vem av parterna som har ett berättigat anspråk. Det innebär inte heller att domstolen avgör tvisten helt efter eget skön eller billighet. Avgörande är istället parternas agerande. I de två första

melsen ska stadfästas i en dom. Om inte tvisten är anhängiggjord vid en domstol får inte överenskommelsen stadfästas av domstolen. Det kan naturligtvis rent hypotetiskt tänkas att parterna, exempelvis för att få en exekutionstitel, kommer överens om att en part väcker talan och att den andra parten inkommer med svaromål samt att parterna därefter presenterar förlikningsöverenskommelsen för domstolen och begär den stadfäst i en dom. Det senare scenariot torde dock vara mycket ovanligt. Dessutom kan diskuteras om det ens är tillåtet eftersom det vid anhängiggörandet faktiskt inte föreligger någon tvist. Denna fråga ska dock inte utredas vidare här. Fitger betonar att möjligheten till stadfästelse står öppen för parterna oavsett om förlikningen träffats utom rätta eller inför domstolen vid en förhandling, *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 6 §. Det är dock inte helt klart vad Fitger menar med detta uttalande. Den tolkning som ligger närmast till hands är att det i båda fallen finns en anhängiggjord tvist och att förlikningen träffas utan domstolens medverkan och sedan meddelas handläggande domare om att en förlikning har uppnåtts mellan parterna.

1104. SOU 2007:26 s. 76 och prop. 1986/87:89 s. 112 f. Se också diskussionen ovan i kapitel 5. Avtal om en stadfästelsedoms innehåll analyseras nedan i kapitel 18.

1105. Se vidare *Fitger, Peter m.fl.* Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 6 §.

1106. Jfr *Gärde, Natanael m.fl.*, Nya rättegångsbalken, s. 184 f. Se även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 67 f., som var av denna åsikt. Det framhålls dock att det råder delade meningar om vilka faktorer som domaren bör beakta när denne håller förlikningsförhandlingar med parterna. Jfr även prop. 1986/87:89 s. 112 f.

1107. Jfr *Beaumartin* mot *Frankrike*, dom den 24 november 1994, p. 38, *Belilos* mot *Schweiz*, dom den 29 april 1988, p. 64 och *H* mot *Belgien*, dom den 30 november 1987, p. 50. Jfr även resonemanget ovan i kapitel 5.

fallen, tredskodom och dom efter medgivande från svaranden, avgör domstolen tvisten efter att en av eller båda parterna har vidtagit en medveten ensidig processhandling som domstolen bedömer mot bakgrund av procedurreglerna i rättegångsbalken. När tvisten initieras står det helt öppet för parterna att agera på ett sätt som innebär att domstolen avgör tvisten genom en rättslig prövning. Om däremot en part i ett dispositivt tvistemål av olika anledningar väljer att inte medverka i processen med en tredskodom som resultat, eller svaranden medger kärandens talan, innebär inte det att den parten har fråntagits rätten till domstolsprövning. Denna rätt hindrar inte parterna från att vidta ensidiga processhandlingar och agera efter det att en tvist väl har uppkommit.[1108] Detsamma gäller när parterna kommer överens genom förliknings- eller medlingsförhandlingar inför domstolen. Att parterna därefter gemensamt begär att domstolen ska stadfästa överenskommelsen i en dom, innebär inte att de har nekats rätten till domstolsprövning. Genom att vardera parten framställer en ensidig processhandling inför domstolen, begäran om stadfästelse av förlikningsöverenskommelsen i en dom, avstår parterna frivilligt från att domstolen avgör tvisten genom en rättslig prövning.

Domstolens rättstillämpande uppgift inom ramen för *jura novit curia* ska skiljas från när domstolen vid sakprövningen beaktar en särskilt utpekat privat norm som parterna formulerat i ett avtalsvillkor. Kommersiella aktörer ersätter ofta materiella dispositiva rättsregler med avtalsvillkor. Ibland sker det genom att parterna formulerar avtalsvillkoret självständigt efter deras specifika önskemål, ibland sker det genom att parterna hänvisar till ett redan etablerat standardavtal eller till någon form av privaträttsligt regelverk. Som nämndes inledningsvis utgör innehållet i den privata normen då ett rättsfaktum som måste åberopas av en part för att domstolen ska beakta det och avgöra tvisten mot bakgrund av den åberopade privata normen.[1109]

Även artikel 6 (1) EKMR utgår från att domstolen avgör tvister genom en rättighetsprövning. Av konventionstexten framgår att enskilda har rätt att få sina rättigheter och skyldigheter prövade i ett förfarande inför domstol. Även om det inte uttryckligen framgår av konventionstexten att tvister ska avgöras mot bakgrund av rättsliga normer får detta anses innefattas i den rättighetsprövning som uttrycks i konventionstexten. Som nämndes ovan har dessutom Europadomstolen i ett flertal fall slagit fast att en domstol – ”*tribunal*” – i konventionens mening bland annat kännetecknas av en institution som inom sitt jurisdiktionsområde har behörighet att *avgöra* tvister. En domstol enligt konventionen utför judiciella uppgifter och har rätt att fatta rättsligt bindande beslut i ett förfarande som uppfyller vissa förutbe-

1108. Jfr *Landrove*, European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration, s. 83 f.

1109. Jfr ovan under avsnitt 1.5.5. Avtalsvillkor om privata normer utvecklas och analyseras nedan under avsnitt 16.4.

stämda procedurregler.[1110] Även Högsta domstolen har tolkat in en rättslig prövning i artikel 6 (1) EKMR.[1111]

En domstols dom är slutlig och bindande samt verkställbar. När överklagandetiden har gått ut vinner domen laga kraft, vilket innebär att den får rättskraft.[1112] Domen har både negativ och positiv rättskraft. Med negativ rättskraft avses att saken inte kan bli föremål för en ny prövning. Det föreligger *res judicata*, ett tvingande processhinder,[1113] och en ny talan om samma sak ska avvisas.[1114] Med positiv rättskraft avses att en dom har prejudicerande verkan i en framtida rättegång där saken är en annan. Den tidigare domen kan då åberopas som stöd för ett i den senare rättegången framfört anspråk.[1115] Genom rättskraftsreglerna ges parterna en trygghet till ett slutligt avgörande som inte när som helst kan rubbas genom en ny rättegång. Domen kan därefter endast angripas med stöd av extraordinära rättsmedel.[1116] En fullgörelsedom som har vunnit laga kraft utgör en exekutionstitel som käranden kan få verkställd enligt reglerna i utsökningsbalken.[1117]

11.6.2 *Fri bevisvärdering*

Den fria bevisprövningens princip innefattar dels den ovan behandlade fria bevisföringen och parternas rätt att fritt inför domstolen lägga fram de bevis som de önskar åberopa,[1118] dels *fri bevisvärdering*. Termen fri uttrycker i detta fall att bevisprövningen inte styrs av lagregler. När det gäller den fria bevisvärderingen tar detta sig uttrycket att det helt saknas rättsregler om vilket värde ett särskilt bevis ska ha och om vilka slutsatser som domstolen kan dra av ett visst bevis. Domaren ska istället bilda sig en uppfattning om styrkan av den bevisning som har lagts fram i målet utan hänvisning till rättsliga normer.[1119]

1110. Jfr bl.a. *Belilos* mot *Schweiz*, dom den 29 april 1988, p. 64, *Benthem* mot *Nederländerna*, dom den 23 oktober 1985, p. 40 och *H* mot *Belgien*, dom den 30 november 1987, p. 50. Se också diskussionen ovan under avsnitt 11.2.1.

1111. NJA 2012 s. 211 (I), p. 4 i Högsta domstolens domskäl.

1112. 17 kap. 11 § 1 st. RB.

1113. Angående tvingande processhinder se ovan avsnitt 6.4.

1114. Jfr 17 kap. 11 § 3 st. RB och 17 kap. 1 § RB, avvisningsbeslutet är ett slutligt beslut.

1115. Rättskraftsreglerna ska inte problematiseras vidare i denna avhandling, se ovan avsnitt 1.4.1. För en översikt av dessa regler och den problematik som aktualiseras när dessa ska tillämpas, se *Fitger, Peter m.fl.* (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 11 § och där gjorda hänvisningar.

1116. 58 och 59 kap. RB.

1117. 3 kap. 1 § och 3–10 §§ UB.

1118. Denna del av den fria bevisföringen behandlas ovan under avsnitt 11.5.3.

1119. Till skillnad från den legala bevisteorin som tidigare gällde i Sverige. Denna teori innebar att det fanns rättsregler som pekade ut vad en domare fick beakta som bevis samt vilket värde dessa bevis skulle ha. Ett exempel är ”*två samstämmiga vittnen är fullt bevis*”, ett annat ”*ett vittne är halvt bevis*”, se 1734 års lag 17 kap. 29 §. Bevisvärderingen har då karaktär av rättstillämpning. Se vidare *Ekelöf, Per Olof, m.fl.*, Rättegång IV, s. 26 och 160 f. Även SOU 1938:44 s. 377.

Den fria bevisvärderingen är ett uttryck för officialprincipen och en del av domstolens roll som beslutsfattare.[1120] Av 35 kap. 1 § RB framgår att domstolen ska göra en samvetsgrann prövning av *allt* som har lagts fram i målet och avgöra vad som är bevisat.[1121]

Att bevisvärderingen är fri innebär inte att den är fri från alla slags normer. Domstolen ska använda sig av allmänna erfarenhetssatser. Det har också genom åren utvecklats olika bevisvärderingsteorier till stöd för domstolen då den ska genomföra bevisvärderingen. Det finns olika åsikter om vilka teorier som bör användas och hur dessa ska användas.[1122] Domstolens uppgift är att, mot bakgrund av de bevis som parterna har lagt fram i rättegången, genom bevisvärderingen klarlägga det omstridda händelseförloppet. Är det kärandens påståenden eller svarandens som ska ligga till grund för domstolens bedömning? För att kunna fastställa denna ”sanning”, vad som har hänt mellan parterna, ska domstolen värdera innehållet i varje enskilt bevis för sig och sedan göra en sammanvägning av alla bevis som talar för eller emot ett visst påstående om en viss omständighet. Domstolen ska därefter avgöra styrkan av den presenterade bevisningen. Är den stark eller svag? Räcker den för att den åberopade omständigheten ska anses bevisad?[1123] Denna ordning för bevisvärderingen presenteras i Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk.[1124] Den nya rättegångsbalken som infördes 1942 markerade någonting nytt. Nu skulle bevisvärderingen vara helt fri utan att styras av lagregler. Varken av 35 kap. 1 § RB eller av någon annan regel i rättegångsbalken framgår *hur* själva bevisvärderingen ska gå till eller i vilken ordning olika fakta ska beaktas och värderas i tvisten. På så sätt är bevisvärderingen faktiskt fri från lagregler. Däremot har Processlagberedningen tagit sig friheten att beskriva hur beredningen föreställer sig att bevisvärderingen ska gå till. Ofta framhålls än i dag denna ordning för bevisvärdering, men frågan hur bevisvärderingen ska gå till är omdiskuterad inom processrätten.[1125]

1120. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 160. Här betonas också att bevisvärderingen anses vara en del av processrätten.

1121. Jfr SOU 1938:44 s. 377 f. Se Även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 §, *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 34 f. och *Gärde. Natanael m.fl.*, Nya rättegångsbalken, s. 472 ff. Avtal som begränsar bevisvärderingen analyseras nedan i kapitel 15.

1122. Mot bakgrund av denna avhandlings syfte och frågeställningar ska inte dessa olika bevisvärderingsteorier och modeller utvecklas. För vidare läsning och en sammanfattning av de olika teorierna och metoderna se *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till inledningen till 35 kap. och kommentaren till 35 kap. 1 § och där gjorda hänvisningar, samt *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 160–218.

1123. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 162 och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. § 1 Allmänt om bevisvärdering.

1124. SOU 1938:44 s. 377 ff.

1125. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 § under rubriken Allmänt om bevisvärdering och där gjorda hänvisningar.

Genom bevisvärderingen kommer domaren att dra slutsatser, även sådana som är till nackdel för en part, med ledning av den bevisning som har åberopats. Detta trots att bevisningen kanske har åberopats av en part i ett helt annat syfte och till partens egen fördel. Denna bevisvärdering är en naturlig följd av rättstillämpningen och domarens uppgift att som beslutsfattare avgöra den av parterna förda tvisten. Bevisvärderingen kan därför inte sägas strida mot rättssäkerhetsgarantier såsom kontradiktions- och likabehandlingsprincipen. Så länge parterna har haft lika rätt att lägga fram sin sak inför domstolen och lika rätt att presentera bevisning uppfylls de två principerna.

Artikel 6 (1) EKMR innehåller inga bestämmelser om bevisvärdering och hur denna ska genomföras. Inte heller ger konventionspraxis något svar på frågan hur bevisvärderingen ska genomföras för att rätten till domstolsprövning och rättvis rättegång ska vara tillgodosedd. Detta sammanfaller sannolikt med den allmänna inställning till hur bevisrätten ska organiseras i en konventionsstat som Europadomstolen har givit uttryck för. Som tidigare nämnts är det upp till varje enskild konventionsstat att reglera den nationella bevisrätten. Europadomstolen har inte några synpunkter på hur detta ska ske så länge förfarandet inför den nationella domstolen efter en *helhetsbedömning* uppfyller kraven på tillgång till en rättvis domstolsprövning i ett enskilt fall.[1126]

11.6.3 *Rättstillämpning och bevisvärdering i alternativa tvistlösningsförfaranden*

11.6.3.1 SKILJEFÖRFARANDEN

Vid tillkomsten av lagen om skiljeförfarande diskuterades om det i lagen skulle införas en skyldighet att tillämpa gällande rätt i skiljeförfaranden, men någon sådan reglering kom aldrig att införas i den slutliga lagtexten.[1127] Trots detta är utgångspunkten att skiljenämnden i första hand, på samma sätt som en domstol, ska avgöra tvister mot bakgrund av gällande rätt.[1128] På grund av den omfattande partsautonomin har dock parterna vissa möjligheter att styra över skiljenämndens *rättstillämpning*. Det finns ingenting i lagen om skiljeförfarande som omöjliggör detta.

Parterna får ge instruktioner om rättstillämpningen som skiljemännen är skyldiga att följa.[1129] Ett exempel är att parterna genom avtal får bestämma

1126. Se resonemanget ovan under avsnitt 11.5.3.

1127. SOU 1994:81 s. 153 ff. och prop. 1998/99:35 s. 122 ff. Till skillnad från exempelvis den finska lagen om skiljeförfarande där det uttryckligen framgår att skiljemännen ska grunda sin skiljedom på lag. Parterna kan också peka ut viss specifik lag som tillämplig och det finns möjlighet för parterna att komma överens om att skiljemännen får grunda skiljedomen på vad de anser skäligt – *ex aequo et bono*, se 31 § Lag om skiljeförfarande 23.10.1992/967. En motsvarande regel som den finska återfinns också i exempelvis Modellagen, se artikel 28.

1128. Jfr SOU 1994:81 s. 89 och 153 f. samt prop. 1998/99:35 s. 122 f. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 711 ff.

1129. Se *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 717 ff.

vilken rättsordning som ska vara tillämplig på tvisten. Detta är ingen skillnad jämfört med vad som gäller inom civilprocessen. Parterna får även i civilprocessen, genom en lagvalsklausul, komma överens om att en främmande rättsordnings regler ska tillämpas på den materiella tvisten. Både en domstol och en skiljenämnd är bundna av ett sådant avtal.[1130] Ett annat exempel som är detsamma som inom civilprocessen är att parterna får avtala bort dispositiva materiella rättsregler till förmån för en särskilt utpekad privat norm. Genom att innehållet i avtalet, den privata normen, åberopas som rättsfaktum inför skiljenämnden ska nämnden lösa tvisten mot bakgrund av den i avtalet utpekade normen. Det kan vara ett individuellt framförhandlat avtalsvillkor mellan parterna som exempelvis ersätter dispositiva materiella rättsregler. Det kan också vara en hänvising i ett avtalsvillkor till ett särskilt utpekat standardavtal eller privat regelverk som ska tillämpas på tvister mellan parterna.[1131] När det gäller skiljeförfaranden är det inte ovanligt att parterna kommer överens om att andra skiljedomsregler än lagen om skiljeförfarande ska tillämpas på förfarandet, exempelvis genom hänvisning till ett institutionellt regelverk eller Modellagen. Sådana avtal är bindande för skiljenämnden med den begränsningen att de tvingande reglerna i lagen om skiljeförfarande alltid kommer att gälla.[1132]

Det förekommer också att en skiljenämnd avgör tvisten efter en *formell* prövning utan att ha prövat tvisten i sak. Skiljemännen får hålla förlikningsförhandlingar med parterna, eller låta skiljeförfarandet vila i avvaktan på att parterna själva håller förlikningsförhandlingar. Skiljenämnden får sedan om parterna begär det, genom en formell prövning, stadfästa en förlikningsöverenskommelse i en skiljedom.[1133] Det förekommer naturligtvis situationer där parterna påkallar skiljeförfarande enbart för att öka pressen på och förlikningsbenägenheten hos motparten, men skiljeförfarandets syfte är inte i första hand att parterna ska nå samförståndslösningar. Det finns inte något stadgande i lagen om skiljeförfarande liknande 42 kap. 17 § RB som uttrycker att skiljemännen skulle vara skyldiga att föra förlikningsförhandlingar på tal även om det i praktiken förekommer att så sker. Av 21 § LSF framgår att skiljenämndens uppgift är att handlägga tvisten på ett opartiskt, ändamålsenligt och snabbt sätt. Om detta syfte bäst tillgodoses genom förlikningsförhandlingar är det fullt möjligt för skiljenämnden att föra frågan om förlikning på tal. Skiljenämnden har dock fått sitt uppdrag av parterna

1130. När det gäller skiljeförfarande följer detta av partsautonomins princip, se *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 715 och 1107 ff. Angående lagval i civilprocessen se vidare *Bogdan, Michael*, Svensk Internationell privat- och processrätt.

1131. Jfr ovan under avsnitt 1.5.5 och nedan avsnitt 16.4.

1132. Jfr ovan avsnitt 10.3.2.

1133. 27 § 2 st. LSF. När en part påkallar skiljeförfarande har det dock oftast redan innan förekommit långa förlikningsförhandlingar mellan parterna utan att detta har lett till någon överenskommelse mellan parterna.

och om parterna eller någon av dem inte alls är intresserade av förlikningsförhandlingar är det knappast förenligt med 21 § LSF att dra denna fråga för långt.

Parterna har också möjlighet att *utöka* skiljenämndens rättstillämpningsuppgift genom att ge skiljemännen särskild kompetens att utarbeta avtal och komplettera avtalsvillkor.[1134] Här avses inte den situationen att skiljemännen tolkar ett avtal. Uppdraget består i att någon eller några delar av parternas huvudavtal har lämnats oreglerade och parterna överlåter avtalspennan till skiljemännen för att fylla ut eller komplettera avtalet.[1135] Ett exempel kan vara att det uppdras åt skiljenämnden att bestämma förändrade priser eller andra avtalsvillkor i ett långtidsavtal.[1136] Skiljenämnden bygger då inte skiljedomen på avtalsrättsliga tolkningsprinciper utan kan göra kompletteringar utan stöd i rättskällorna. En absolut förutsättning för att skiljenämnden ska ha rätt att komplettera avtal på detta sätt är att det finns ett direkt eller indirekt stöd för kompletteringsrätten i skiljeavtalet. I förarbetena har det framhållits att man ska hålla fast vid att tvister inför en skiljenämnd i princip ska avgöras med ledning av tillämplig rätt. Om man gjorde avkall på kravet på direkt eller indirekt stöd i avtalet skulle man införa en möjlighet för skiljenämnden att på eget initiativ avgöra tvister efter skälighetsbedömningar, billighet och lämplighet, något som inte är önskvärt.[1137] Inom civilprocessen ges dock inte denna möjlighet till komplettering av avtal. Om domstolen ska fylla ut avtal måste detta ske inom ramen för traditionell avtalstolkning med stöd i avtalsdata eller dispositiva rättsregler.[1138]

Principen *jura novit curia* är tillämplig även inom skiljeförfarandet.[1139] Skiljenämnden förväntas känna till de aktuella rättsreglerna. En part behöver inte ange tillämpligt lagrum i sin påkallelseskrift eller senare. Det räcker att parten åberopar rättsfakta som överensstämmer med rekvisiten i en specifik rättsregel eller rättslig princip.[1140]

Även om utgångspunkten är att skiljenämnden ska avgöra tvister mot bakgrund av rättsliga normer får parterna tack vare partsautonomin komma överens om att skiljenämnden ska ha behörighet att avgöra en uppkommen tvist eller delar av denna efter skälighetsnormer såsom billighet och skön

1134. 1 § 2 st. LSF. Se även 1998/99:35 s. 60 ff.

1135. Jfr ovan under avsnitt 10.4.4.2 och diskussionen som förs där när en värderingsman har fått uppdraget att fylla ut ett avtal.

1136. Angående rätten att komplettera avtal, se vidare *Heuman, Lars,* Skiljemannarätt, s. 168 ff. och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 261 ff. Jfr även *Edlund, Lars*, SvJT 2007 s. 311 (313 f.).

1137. SOU 1994:81 s. 89 och 257. Även prop. 1998/99:35 s. 63 och 212 f.

1138. Jfr prop. 1998/99:35 s. 212. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 10.4.4.2 samt nedan under avsnitt 11.6.3.2.

1139. För en mer allmän genomgång av principen *jura novit curia* i skiljeförfarande, se *Madsen, Finn*, JT 2010–11 s. 485–503.

1140. SOU 1994:81 s. 177 och prop. 1998/99:35 s. 145 f.

eller efter intresseavvägningar; bedömningar *ex aequo et bono*.[1141] Det saknas regleringar om denna diskretionära prövningsrätt för skiljenämnden i lagen om skiljeförfarande,[1142] men får anses följa av principen om partsautonomi.[1143] Skiljenämnden ges då möjlighet att göra lämplighetsöverväganden och avvika från vad som gäller enligt dispositiv rätt.[1144]

Det måste dock finnas ett uttryckligt avtal där parterna ger skiljemännen denna diskretionära prövningsrätten.[1145] Är det verkligen förenligt med principen om *jura novit curia* att tillerkänna skiljemännen en sådan diskretionär prövningsrätt? Om man med *jura novit curia* menar att beslutsfattaren förväntas känna till de normer som är tillämpliga på tvisten skulle principen vara uppfylld. Skiljenämnden känner till normen, i det här fallet avtalsinnehållet. Problemet med den diskretionära prövningsrätten är dock att det inte finns något uttryckligt regelverk, varken lag eller privat regelverk, att falla tillbaka på och ”fylla ut” avtalet med. Det är helt upp till skiljemännen att fylla skälighetsnormen med innehåll. Vad är lämpligt i en viss enskild situation? Vilka överväganden bör göras? Man kan då ställa sig frågan vad det är skiljenämnden förväntas känna till och vilka olika värden som kommer att ligga till grund för bedömningen. Kanske kan man säga att det faktum att skiljenämnden förväntas fylla termerna, billighet och skön, också innebär att skiljenämnden förväntas ge termerna det innehåll som nämnden finner lämplig mot bakgrund av vilka som är parter i tvisten och vad tvisten gäller samt mot bakgrund av de upplysningar som parterna lämnar inför skiljenämnden. Det skulle då kunna argumenteras för att skiljenämnden har utfört sin rättstillämpning i enlighet med principen om *jura novit curia*. Principen om *jura novit curia* tar dock sikte på offentligrättsligt tillkomna rättsregler. Den ger inte beslutsfattaren en möjlighet att skapa sina egna rättsregler utifrån vad denne anser lämpligt i en viss enskild situation. Om en skiljeman ges denna rätt av parterna måste det vara med stöd av partsautonomin och inte i enlighet med *jura novit cura*. Snarare är det så att partsavtalet sätter principen om *jura novit curia* ur spel.

1141. När det gäller hur olika skälighetsnormer ska förstås, se ovan under avsnitt 1.5.5.

1142. Däremot finns det en reglering i Modellagen som ger parterna möjlighet att komma överens om att skiljenämnden ska döma efter skälighet och billighet, artikel 28 (3). Frågan om det ska införas en sådan regel i lagen om skiljeförfarande är föremål för utredning i den pågående översynen av lagen om skiljeförfarande, kommittédirektiv 2014:16. Se även *Andersson, Magnus m.fl.*, Så ska skiljeförfarandelagen anpassas till dagens tvister.

1143. Jfr SOU 1994:81 s. 152 f. och prop. 1998/99:35 s. 122 f. Se även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 718 ff., *Hobér, Kaj*, International Commercial Arbitration in Sweden, s. 41 och 256 f., och *Blackaby, Nigel m.fl.*, Redfern and Hunter on International Arbitration, s. 52. Se även not 1127 och 1128 ovan.

1144. Det förefaller dock vara sällsynt att parterna ger en skiljenämnd mandat att helt avgöra en tvist i ett enskilt fall efter en rent diskretionär prövning.

1145. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 718 f.

När det gäller skiljedomens rättsliga verkan görs det inte någon skillnad mellan en skiljedom som har tillkommit efter en rättslig prövning och en som har tillkommit efter en mer diskretionär prövning. Detta kan framstå som märkligt. Särskilt mot bakgrund av det strikta förhållningssätt som präglar civilprocessen när det gäller rättstillämpningen, men också mot bakgrund av att artikel 6 (1) EKMR utgår från en rättslig prövning. Europadomstolen har vid ett flertal tillfällen uttalat att en domstol enligt artikel 6 (1) EKMR kännetecknas av ett organ som avgör tvister inom sitt jurisdiktionsområde genom att tillämpa rättsliga normer. Hur kan det då motiveras att parterna i ett skiljeförfarande får avtala bort den rättsliga prövningen? Har parterna då verkligen fått tillgång till en domstolsprövning?[1146]

För att en rättsstat ska ställa sina domstolar och exekutiva myndigheter till skiljeparternas förfogande måste det finnas en viss möjlighet för staten att kontrollera att skiljedomarna uppfyller vissa grundläggande krav. Vilka dessa krav är följer för Sveriges del av lagen om skiljeförfarande, men även av de rättigheter som framgår av artikel 6 (1) EKMR. Som nämndes ovan uppfylls statens kontrollmöjligheter dels genom klanderinstitutet och möjligheten för parterna att inför domstol begära prövning av skiljedomen på formella grunder, dels genom de exekutiva myndigheternas kontroll.[1147] Det finns också en begränsad möjlighet för parterna att inför domstol begära att en skiljedom ogiltigförklaras.[1148] På så sätt har parterna garanterats en kontroll av skiljedomen i förhållande till den grundläggande rätten till domstolsprövning.[1149] När skiljenämnden avgör en tvist genom en diskretionär prövning i enlighet med parternas avtal utgör inte detta ett sådant formellt fel som får överprövas. Om rättsstaten ansett att det var viktigt att skiljedomarna också var förenliga med materiell rätt borde det ha funnits en möjlighet att begära överprövning inför domstol även på den grunden. Lagstiftaren har dock inte infört ett sådant krav. Det har däremot framhållits att det är rimligt att staten uppställer formella krav på skiljeförfarandet och, så långt det kan ske utan att begränsa parternas avtalsfrihet på ett otillbörligt sätt, försöka bereda möjligheter till materiellt riktiga domar.[1150]

Den exekutiva myndigheten ska *ex officio* uppmärksamma eventuella ogiltighetsgrunder. Däremot kontrolleras inte om det föreligger någon klandergrund avseende skiljedomen. Skiljedomen är bindande för parterna och har samma exekutiva verkan oavsett om den är ett resultat av skiljenämndens rättsliga prövning eller om den grundar sig på en diskretionär prövning av tvisten.

1146. En liknande problematik gör sig gällande när en domstol efter genomförda förliknings- eller medlingsförhandlingar stadfäster förlikningsöverenskommelsen i en dom, jfr resonemanget ovan under avsnitt 11.6.1, särskilt not 1103 och 1104 samt nedan under avsnitt 11.6.3.3.

1147. Jfr 34 § LSF och 3 kap. 15–18 §§ UB.

1148. Jfr 33 § LSF.

1149. Jfr diskussionen ovan under avsnitt 11.5.4.1.

1150. Prop. 1998/99:35 s. 34.

Inte heller artikel 6 (1) EKMR och den praxis som utvecklats av Europadomstolen avseende tillämpningen av denna artikel gör någon skillnad mellan skiljedomar som har tillkommit efter en rättslig prövning och sådana som har tillkommit efter en rent diskretionär prövning. Om det också betyder att avsikten *de facto* har varit att inte göra någon skillnad är en helt annan sak. Frågan har mig veterligen inte heller ställts på sin spets och det är oklart hur Europadomstolen skulle ställa sig till en invändning från en part om att den nationella domstolen har nekat parten rätt till domstolsprövning genom att acceptera ett skiljeavtal där skiljenämnden ska avgöra en tvist efter en diskretionär prövning och inte en rättslig prövning, och därmed ansett en skiljedom som tillkommit efter en sådan prövning likvärdig med en skiljdom som tillkommit efter en rättslig prövning.[1151]

När det gäller principen om *fri bevisvärdering* kan konstateras att det inte är några stora skillnader mellan civilprocessen och skiljeförfarandet i denna del. Lagen om skiljeförfarande innehåller inte några regler om bevisvärdering. Det troliga är dock att principen om fri bevisvärdering gäller även vid skiljeförfaranden. Skiljemännen ska genom bevisvärderingen fastställa om de rättsfakta som parterna har åberopat är bevisade eller inte. Skiljemännen har att fritt bedöma bevisvärdet av den av parterna framlagda bevisningen. Inte heller får en skiljedom undanröjas på den grunden att skiljemännens bevisvärdering är oriktig. Bevisvärderingen är en del av den materiella bedömningen som skiljemännen utför och därmed omfattas den inte av ogiltighets- och klanderreglerna i lagen om skiljeförfarande.[1152]

Skiljeförfarandet tillsammans med traditionell domstolsprövning framställs av rättsordningen som judiciell tvistlösning; en tvistlösning som mynnar ut i ett verkställbart avgörande.[1153] En skiljedom får *verkställas* på samma sätt som en dom från en rättegång.[1154] Regler om verkställighet av en skiljedom återfinns i utsökningsbalken.[1155] Om den förlorande parten i skiljeförfarandet har ålagts en betalningsskyldighet eller någon annan form av fullgörelseskyldighet, kan den vinnande parten få skiljedomen verkställd.[1156]

1151. En förutsättning är då att parten av någon anledning inte anser att denne har givit skiljenämnden en diskretionär prövningsrätt eller inte längre anser sig bunden av ett sådant avtal. Problematiken har dock berörts av EU-domstolen. I mål *Gemeente Almelo m.fl.* mot *Energiebedrijf IJsselmij NV*, C-393/92, p. 22–23, där det framgår att en nationell domstol som prövar ett överklagande av en skiljedom ska anses utgöra en domstol i den mening att den har rätt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen även när den domstolen enligt villkoren i skiljeavtalet mellan parterna ska döma i enlighet med rätt och billighet.

1152. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 683 ff., *Madsen, Finn*, Skiljeförfarande i Sverige, s. 212 f. och *Heuman, Lars,* Skiljemannarätt, s. 485 f. Heuman förefaller dock vara av uppfattningen att en skiljenämnd i bevisvärderingshänseende står något friare än domstolen inom civilprocessen.

1153. SOU 1995:65 s. 44.

1154. Prop. 1998/99:35 s. 34 och 39 f.

1155. 3 kap. 15–18 §§ UB.

1156. En förlorande part som avser att klandra skiljedomen kan dock ansöka om inhibition för att på så sätt skapa ett verkställighetshinder. För ytterligare och mer detaljerad behandling av verkställighet

Som nämndes ovan erkänns och verkställs en skiljedom även enligt *New York*-konventionen.[1157] Detta är en viktig faktor för parter när det gäller tvister av internationell karaktär, exempelvis när parterna är av olika nationaliteter och/eller skiljeförfarandet genomförs i ett land som parterna saknar anknytning till. Det är inte heller ovanligt att skiljedomen ska verkställs i ytterligare ett annat land. På det internationella planet har *New York*-konventionen varit av mycket stor betydelse när det gäller erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar.

Lagen om skiljeförfarande saknar regler om *rättskraft*, men inom svensk skiljemannarätt råder dock uppfattningen att en skiljedom, precis som en domstols dom, vinner rättskraft, såväl negativ som positiv.[1158] Även Högsta domstolen har slagits fast detta.[1159] En skiljedom som utgörs av en fastställelsedom kan exempelvis läggas till grund för en efterföljande fullgörelsedom, både inom skiljeförfarandet och domstol. I det senare fallet förutsätts att skiljeavtalet inte utgör processhinder.[1160] Skiljeförfarandets struktur medför dock att det främst är den negativa rättskraften som får betydelse. Mot en parts bestridande får inte en ny skiljenämnd eller en domstol ”ompröva” tvisten eller pröva den på nytt.[1161] Skiljedomen vinner rättskraft direkt när den meddelas. Om den förlorande parten trots skiljedomen skulle välja att påkalla ett nytt skiljeförfarande alternativt väcka talan inför domstol, kommer en sådan talan att avvisas på grund av *res judicata*.[1162] I NJA 1998 s. 189 konstaterar Högsta domstolen att rättegångsbalkens regler om rättskraft är tillämpliga även på en skiljedom. Högsta domstolen uttalar att allmänt sett måste det krävas starka skäl för att man i ett skiljeförfarande ska frångå de civilprocessuella rättskraftsprinciperna.[1163] Parterna får dock genom ett nytt skiljeavtal förfoga över en skiljedoms rättskraft. De får med laga verkan komma överens om att en fråga som har avgjorts genom en skiljedom ska prövas på nytt av en skiljenämnd eller av en domstol.[1164]

av skiljedomar hänvisas till den skiljedomsrättsliga litteraturen, exempelvis *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, kapitel 11 och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 744 ff.

1157. Jfr ovan under avsnitt 10.3.2.

1158. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 737 och *Heuman, Lars,* Skiljemannarätt, s. 373–381 och 550 f.

1159. NJA 1953 s. 751 och NJA 1998 s. 189.

1160. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 737. Jfr NJA 1984 s. 229, Högsta domstolens domskäl s. 233.

1161. Prop. 1998/99:35 s. 34 och 39 f.

1162. För civilprocessen, jfr 17 kap. 11 § RB och 34 kap. 1 § RB.

1163. I doktrin har sagts att skiljeförfarandet har sådana särdrag att vissa undantag ibland kan vara motiverade, se vidare *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 374 ff.

1164. NJA 1998 s. 189.

11.6.3.2 PRIVATDOMARFÖRFARANDEN

På samma sätt som vid ett skiljeförfarande är det parterna som bestämmer om privatdomaren ska avgöra tvister genom tillämpning av rättsregler eller om någon annan form av normer ska vara tillämpliga. Samma problematik som har beskrivits ovan under skiljeförfarandet aktualiseras även vid privatdomarförfarandet, men med det undantaget att det helt saknas lagregler och etablerad praxis om privatdomarförfaranden.

Det finns dock inget som hindrar att parterna väljer att genom avtal konstruera ett privatdomarförfarande som uppfyller krav på *rättighetsprövning* och *fri bevisvärdering* där privatdomaren ska tillämpa de materiella rättsregler som aktualiseras på tvistefrågan. Vid exempelvis *Dispute Board*-förfaranden är detta också det vanliga. Efter att en *Dispute Board* har fastställt vilken lag som är tillämpliga på tvisten ska tvisten avgöras genom att denna lag samt eventuella kontraktsbestämmelser tillämpas på de fakta som har åberopats av parterna. I detta innefattas också att en *Dispute Board* ska värdera de bevis som parterna har lagt fram, och om nämnden anser att det behövs, begära in ytterligare bevisning, för att kunna slå fast om de fakta som parterna har gjort gällande är bevisade eller inte.[1165]

Ett privatdomarförfarande kan med andra ord likt civilprocessen utgå från en rättslig prövning. Med en omfattande partsautonomi följer dock också möjligheter för parterna att styra över rättstillämpningen och bevisvärderingen på ett sätt som avviker från vad som gäller inom civilprocessen. Ett exempel på detta är privatdomarförfaranden där privatdomaren agerar värderingsman och inte tvistlösare. Parterna kan då komma överens om att privatdomaren ska fastställa värdet utifrån olika ekonomiska teorier och i enlighet med god redovisningssed.

En kontrakterad privatdomares uppdrag resulterar i ett *avgörande* som, beroende av vilket uppdrag privatdomaren har fått, kan se olika ut och ha olika innebörd. Parter som har valt att lösa eventuella tvister i ett särskilt utpekat tvistlösningsförfarande är sannolikt intresserade av att detta ska leda till ett visst resultat som parterna, i vart fall när avtalet ingås, har för avsikt att följa. Det är därför av största intresse att klarlägga vilka rättsverkningar privatdomarens avgörande får och vilka möjligheter parterna har att påverka dessa rättsverkningar. Om privatdomarens uppgift har varit att lösa en mellan parterna uppkommen tvist kan det avgörande som privatdomaren kommer fram till liknas vid en dom. Mot bakgrund av att det helt saknas lagregler om privatdomarförfaranden, saknar dock privatdomaravgöranden de rättsverkningar som följer av en dom.

Ett privatdomaravgörande har inte rättskraft och får inte verkställas. När det gäller avgöranden i privaträttsliga tvister är det enbart domstolsdomar

1165. Jfr *Chern, Cyril*, Chern on Dispute Boards, s. 225 f.

och skiljedomar som får rättskraft.[1166] Det finns inte heller någon möjlighet att med stöd av utsökningsbalkens regler ge ett privatdomaravgörande exekutiv verkan. Enbart de exekutionstitlar som räknas upp i 3 kap. 1 § UB accepteras i Sverige. Inte heller har parterna tilldelats någon rätt att skapa exekutionstitlar genom avtal. Innebär detta att ett privatdomaravgörande helt saknar rättslig verkan? Svaret på den frågan avgörs av hur parterna har formulerat tvistlösningsavtalet och privatdomarens uppdrag, men också av hur privatdomarförfarandet klassificeras. Detta ska illustreras med tre tänkbara lösningar.

Den *första* lösningen aktualiseras när parterna inte uttryckligen har förbundit sig att följa privatdomarens avgörande. Istället har parterna kommit överens om att privatdomaren ska avge någon form av rekommendation om hur en mellan parterna uppkommen tvist lämpligen kan lösas.[1167] Denna rekommendation kan då inte ges någon särskild rättsverkan annat än möjligen bevisverkan om den åberopas inför en domstol.

Den *andra* lösningen utgår från den situationen att parterna har förbundit sig att följa privatdomarens avgörande, exempelvis genom att i avtalet ange att avgörandet ska vara slutligt och bindande för parterna.[1168] Det uppkommer en *avtalsbundenhet* mellan parterna i förhållande till privatdomarens avgörande. Parterna blir bundna av avgörandet som om de själva hade ingått ett avtal med den innebörd som framgår av privatdomarens avgörande.

Den *tredje* lösningen utgår från att privatdomaravtalet kan klassificeras som ett *skiljeavtal*.[1169] Om privatdomaravtalet är formulerat på ett sådant sätt att det klassificeras som ett skiljeavtal eller som en del av ett skiljeavtal kommer avgörandet att utgöra en skiljedom eller en del av en skiljedom. På så sätt uppkommer ett rättskraftigt avgörande och parterna får genom skiljedomen en exekutionstitel.[1170] En skiljedom får enbart överprövas på formell grund och en part måste då kunna formulera sin talan så att den omfattas av någon av ogiltighets- eller klandergrunderna i lagen om skiljeförfarande.[1171]

Nedan ska de två senare lösningarna illustreras och problematiseras. Privatdomarförfaranden vilar på avtalsrättslig grund och om inte ett skiljeförfarande avses påverkas privatdomaravgörandets rättsverkningar av hur par-

1166. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 48 f. Jfr ovan under avsnitt 11.6.1 och 11.6.3.1.

1167. Jfr exempelvis avgöranden från en DRB där parterna enbart har givit beslutsfattarna rätten att lämna rekommendationer, och inte bindande avgöranden, om hur en uppkommen tvist lämpligen bör lösas, se ovan avsnitt 10.4.2.2.

1168. Jfr exempelvis en DAB där parterna har givit beslutsfattarna rätten att avgöra tvister på ett för parterna bindande sätt, se ovan avsnitt 10.4.2.2.

1169. Jfr ovan under avsnitt 10.6 där gränsdragningsproblematiken mellan privatdomaravtal och skiljeavtal behandlas.

1170. NJA 1953 s. 751 och NJA 1998 s. 189.

1171. 33–34 §§ LSF.

terna har formulerat själva tvistlösningsavtalet. Det förekommer att parterna styr över avtalets rättsverkningar genom att i avtalet skriva in att privatdomarens avgörande ska vara *bindande* för parterna eller till och med *slutligt och bindande*.[1172]

Att avgörandet ska vara bindande för parterna innebär att parterna på avtalsrättslig grund har förbundit sig att följa privatdomarens avgörande. Ska avgörandet dessutom vara slutligt understryker parterna att det inte ska vara möjligt att få avgörandet överprövat i någon annan instans. Privatdomarens avgörande står fast även om en av parterna inte skulle vara nöjd med detsamma. Parterna har avtalat bort rätten att angripa privatdomarens avgörande på den grunden att avgörandet är ”felaktigt”.[1173] Om en part inte är nöjd med privatdomarens avgörande och i strid med detta väcker talan inför domstol i avsikt att få saken prövad på nytt, uppkommer frågan vilken processuell rättsverkan privatdomaravgörandet har i målet inför domstol.

Ett sätt att se det skulle vara att klassificera hela privatdomaravtalet som en *processuell överenskommelse* och därmed utgå från den processuella ogiltighetsprincipen. Argumentet för att det rör sig om en processuell överenskommelse skulle då vara att parterna genom avtalet har överlåtit beslutanderätten till en utomstående part utan att detta avtal har stöd i lag. Detta skulle vara en enkel lösning som innebar att den part som är missnöjd med privatdomarens resultat alltid har en möjlighet att bortse från detta och väcka talan inför domstol. Privatdomaravtalet är då ogiltigt eftersom det saknas stöd i lag för privatdomaravtal och därmed skulle inte heller privatdomaravgörandet vara bindande mellan parterna.

Ett annat sätt att se det är att utgå från privatdomaravtalets *civilrättsliga* verkningar. Privatdomaravtalet hindrar inte en part från väcka talan inför domstol, men det innebär inte att det resultat som privatdomaren kommit fram till nödvändigtvis saknar betydelse i processen.[1174] Det faktum att parterna genom ett avtal har förbundit sig att följa privatdomarens avgörande innebär att parterna har ersatt det ursprungliga huvudavtalet, eller delar av detta, med det resultat som privatdomaren kommer fram till. Om en part åberopar innehållet i privatdomaravgörandet som ett rättsfaktum och också lyckas bevisa detta, kommer domstolen att lägga avgörandet till grund för sin bedömning av tvisten i den mån denna omfattas av privatdomaravgörandet. Avgörandet ger därmed upphov till en sakprövningsspärr.[1175] Den part

1172. Ett exempel är det ovan nämnda DAB-avtalet, se not 1168.

1173. Jfr *Santens, Ank A.*, Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration. What happens when the Expert's Decision is not final and Binding? s. 689 f.

1174. Som nämnts tidigare finns det inget rättsligt stöd för att privatdomaravtal utesluter sakprövning inför domstol och därmed utgöra processhinder, jfr ovan avsnitt 10.4.4. Se även *Westberg, Peter*, Kontrakterad privatdomare, s. 597.

1175. Jfr ovan under avsnitt 1.5.4 och 7.3 samt nedan under avsnitt 13.2 och 13.3.

som väcker talan inför domstol måste för att få den ursprungliga tvisten prövad på nytt övertyga domstolen om att avtalet, privatdomarens avgörande, av någon anledning inte är giltigt och gällande mellan parterna.[1176] I annat fall ska domstolen lägga privatdomaravgörandet till grund för sin bedömning och utgå från att detta är parternas gemensamma vilja. Det är egentligen inte konstigare än att parterna på förhand ingår ett huvudavtal som ersätter de dispositiva rättsregler som annars hade varit tillämpliga. Denna tolkning av privatdomarens avgörande förutsätter naturligtvis att parterna genom avtalet enbart har disponerat över dispositiva frågor. Det nu aktuella fallet skiljer sig inte heller från de fall när parterna ingår en förlikningsöverenskommelse. Denna ersätter då det ursprungliga huvudavtalet och utgör därefter parternas gemensamma vilja, vilket följer av avtalsfrihetens princip.[1177]

En sådan ”antingen eller syn” på privatdomaravgörandet som skisserats ovan är knappast en rimlig lösning. En rimligare lösning är att kombinera de båda exemplifierade lösningarna.[1178] Avtalet skulle då på grund av den processuella ogiltighetsprincipen vara ogiltigt i de processuella delarna. Tvistlösningsavtalet och privatdomaravgörandet hindrar inte tingsrätten från att pröva den väckta talan. Den part som är missnöjd med privatdomaravgörandet får vända sig till tingsrätten med de anspråk som privatdomaren redan har avgjort. En sådan talan ska inte avvisas. Däremot skulle privatdomaravgörandet, på grund av tvistlösningsavtalet där parterna har förbundit sig att följa privatdomarens avgörande, kunna tillerkännas betydelse som ett civilrättsligt giltigt avtal mellan parterna.

I ett mål mellan Skanska och Vägverket[1179] angrep Skanska en privat tvistlösningsnämnds resultat inför domstol genom att göra gällande att tvistlösningsnämndens ordförande hade varit jävig.[1180] Men vad hade hänt om Skanska istället för att angripa tvistlösningsresultatet på grund av jävsproblematiken, väckt en ny talan vid tingsrätten och begärt att tingsrätten skulle avgöra tvisten? Här kan det endast spekuleras, men hovrätten uttalar att ”[…] *de genom tvistlösningsavtalet får anses ha avtalat bort möjligheten till materiell överprövning av avgörandet.*”[1181] Innebär detta att hovrätten anser att privatdomaravgörandet skulle stå fast och inte vara möjligt att angripa inom ramen för civilprocessen? Jag har svårt att se att uttalandet ska tolkas som om tvistlösningsavtalet skulle utgöra ett processhinder inför domstol.

1176. Jfr *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 49 f. Se även *Heuman Lars*, Skiljemannarätt, s. 14 f. samt Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder, s. 11 ff.

1177. Jfr nedan under avsnitt 18.3.

1178. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 7.4.

1179. Svea hovrätt, T 4968-07, dom den 14 november 2008.

1180. Mellan parterna fanns ett avtal om att tvister skulle avgöras av en privat tvistlösningsnämnd som inte skulle vara en skiljenämnd. Delar av avtalsvillkoret återges ovan under avsnitt 10.4.2.1.

1181. Se Svea hovrätt, T 4968-07, dom 14 november 2008, hovrättens domskäl s. 5.

En annan tolkning, och enligt mig troligare, är att privatdomaravgörandet skulle tillerkännas civilrättslig verkan om det åberopades av en av parterna. Avgörandet har ersatt parterna ursprungliga huvudavtal, på så sätt har parterna avtalat bort möjligheten till materiell överprövning. Om en part inte anser att avgörandet är bindande måste denne övertyga domstolen om detta och att domaren därmed skulle ha rätt att pröva den bakomliggande tvisten.

Man kan också tänka sig den situationen att en privatdomare har begått ett formellt fel vid utövandet av sitt uppdrag och att en missnöjd part av den anledningen anser att avgörandet inte är ett civilrättsligt bindande avtal. En sådan situation skulle exempelvis kunna uppkomma om en part inte har fått möjlighet att ta del av och yttra sig över något som motparten har anfört. Som visats ovan är en rimlig utgångspunkt för att ett tvistlösningsförfarande ska kunna accepteras av rättsordningen att det uppfyller grundläggande rättssäkerhetsgarantier såsom likabehandlings- och kontradiktionsprincipen samt att privatdomaren har agerat oavhängigt och opartiskt.[1182] När en part inte har fått tillfälle att ta del av eller yttra sig över något som motparten har anfört skulle parten kunna hävda att privatdomaravgörandet, det civilrättsliga avtalet, inte är giltigt eftersom det har tillkommit i ett förfarande som inte uppfyllt grundläggande rättssäkerhetsgarantier. Det saknas dock helt lagregler om hur parterna ska gå tillväga efter ett privatdomarförfarande. De avtalsrättsliga ogiltighets- och jämkningsreglerna tar sikte på avtal som ingåtts mellan två parter genom uttryckliga viljeförklaringar. I det nu skisserade exemplet är det tredje mans, privatdomarens, agerande som utgör handläggningsfelet. Avtalsrättsliga ogiltighets- och jämkningsregler är därför inte självklart tillämpliga. Det finns dock inte några andra ”mera lämpliga” avtalsrättsliga regler att tillgå. Även här får man troligen tolka privatdomaravgörandet som om parterna själva har ingått avtalet. Ett annat sätt att lösa problemet skulle kunna vara att tillämpa klander- och ogiltighetsreglerna i lagen om skiljeförfarande analogt för att domstolen ska kunna upphäva eller ogiltigförklara det avtalsrättsligt bindande avgörandet som privatdomaren har meddelat.[1183]

När privatdomaren agerar värderingsman eller motsvarande uppkommer samma problematik som ovan, men med den skillnaden att här ska inte privatdomaren, värderingsmannen, i första hand agerat tvistlösare.[1184] I praktiken får problematiken stor betydelse när privatdomaren ska fastställa ett visst värde, exempelvis målbolagets värde vid tillträdesdagen i samband med en företagsöverlåtelse. Så länge parterna är nöjda och accepterar den värdering som värderingsmannen har kommit fram till uppkommer inga problem med

1182. Jfr *Heuman, Lars*, Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder, s. 15.

1183. *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 49 f. och *Heuman, Lars*, Skiljemäns rätt att komplettera avtal, s. 182 f.

1184. Se ovan under avsnitt 10.4.2.3.

beslutets rättsverkningar. Problem uppkommer först när en part vill angripa värderingen och vänder sig till domstol. Ett exempel är om en part vänder sig till domstol för att få själva värderingen omprövad. Parten anser helt enkelt att värderingen i sig är felaktig, antingen på materiell eller formell grund eller på båda dessa grunder. Ett annat exempel är om det uppkommer en helt annan tvist mellan parterna där värderingen kommer att få betydelse och en av parterna då har invändningar mot själva värderingen.

Beroende på hur en värderingsklausul är formulerad kan den tolkas som en avtalsklausul som reglerar en rent civilrättslig fråga, exempelvis köpeskillingen.[1185] När tillträdesbokslutet är bestämt kommer köpeskillingen att slutligen fastställas utifrån detta. Det förefaller då rimligt att betrakta värderingsmannens resultat som en del av den avtalade köpeskillingen där värderingsklausulen utgör någon form av ”avtalsutfyllnad” av partsförhandlingarna avseende prissättningen av överlåtelsen. Detta skulle innebära att parterna, när det gäller prisfrågan, lånar ut avtalspennan till värderingsmannen.[1186] Värderingen blir då en del av avtalsinnehållet och utgör parternas gemensamma partsvilja. På samma sätt som ett avtal som anger priset vid ett köp, eller grunderna för hur detta ska räknas ut, kommer värderingen att utgöra en del av prissättningen som ett uttryck för parternas avtalsfrihet.

På samma sätt som nämndes ovan när en part direkt utan att beakta en värderingsklausul väljer att väcka talan om att utfå en köpeskilling som anges till ett specifikt belopp,[1187] kan säljaren om denne inte är nöjd med värderingen väcka en sådan talan. Skillnaden är att här har värderingsmannen fastställt det aktuella värdet. Om parterna har kommit överens om att värderingsmannens avgörande ska vara slutligt och bindande mellan dem, utgör avgörandet avtalsinnehåll mellan parterna.

Värderingsmannens avgörande borde då kunna angripas med stöd av avtalsrättsliga regler. Om svaranden åberopar innehållet i värderingsmannens avgörande som ett rättsfaktum, skulle käranden, den missnöjda parten, kunna invända att det värde som har fastställts av värderingsmannen är oskäligt eller att värderingen samt dess resultat är ogiltigt och att köpeskillingen ska beräknas på det sätt som käranden påstått. Frågan om köpeskillingens storlek blir då en bevisfråga, där käranden måste visa att avtalet mellan parterna, värderingsmannens avgörande, inte är bindande mellan dem. Eftersom det handlar om en värdering är det naturligt att vissa avvikelser kan uppkomma mellan olika värderingsmäns värderingar. Det går helt enkelt inte att fastställa en summa som den enda ”riktiga”. Mot bakgrund av detta är det också rimligt att utgå från att den missnöjda parten, för att få gehör för sin

1185. Jfr ovan under avsnitt 10.4.4.2.

1186. Jfr *Edlund, Lars*, SvJT 2007 s. 311 (313). Se även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 48 ff. och *Westberg, Peter*, Kontrakterad privatdomare, s. 599 f.

1187. Jfr ovan under avsnitt 10.4.4.2.

talan, visar att värderingen är exempelvis grovt eller väsentligen felaktig. Det bör dock finnas en viss accepterad ”felmarginal”[1188] som måste överskridas innan en jämkning ska kunna komma till stånd eller för att värderingen ska kunna anses ogiltig.[1189]

Den tredje lösningen när det gäller privatdomaravgörandets rättsliga verkningar är att privatdomaravtalet klassificeras som ett skiljeavtal eller som en del av ett skiljeavtal.[1190] En förutsättning för detta är dock att avtalet uppfyller de krav som kan ställas på ett giltigt skiljeavtal. I nu aktuellt hänseende är det framför allt kravet på tydlighet som kommer att få betydelse. Som nämndes ovan förutsätter ett giltigt skiljeavtal att det otvetydigt framgår att parterna har avsett att avstå från civilprocessen till förmån för ett skiljeförfarande. Det är inte alltid lätt att tolka vad parterna har avsett för form av tvistlösning; ett privatdomarförfarande eller ett skiljeförfarandel?[1191]

Ett exempel på en otydligt formulerad tvistlösningsklausul är den som finns intagen i standardavtalet AB04.

> ”…
> Kapitel 9
> TVISTLÖSNING
> § 1 Om inte parterna kommer överens om annat gäller följande,
>
> Tvist på grund av kontraktet, som inte slutligt avgjorts enligt kapitel 10, skall avgöras av allmän domstol, om det omtvistade beloppet inte uppenbart överstiger 150 prisbasbelopp, exklusive mervärdesskatt. I annat fall skall tvisten avgöras genom skiljedom enligt lagen (1999:116) om skiljeförfarande.
>
> …
>
> Kapitel 10
> FÖRENKLAD TVISTLÖSNING
> ”§ 1 Råder oenighet mellan parterna på grund av kontraktet kan de gemensamt hänskjuta frågan till avgörande av en därtill lämpad ojävig skiljeperson (förenklad tvistlösning), varvid frågan om jäv skall bedömas enligt förvaltningslagen (1986:223).
>
> Sedan parterna kommit överens om att pröva en fråga genom förenklad tvistlösning, skall de gemensamt utse en skiljeperson, om inte en sådan utsetts i kontraktshandlingarna.
>
> …

1188. Jfr NJA 2009 s. 738 och prop. 2004/05:131 s. 260.

1189. Jfr *Edlund, Lars*, SvJT 2007 s. 311 (317 f.) och *Westberg, Peter*, Kontrakterad privatdomare, s. 603. I exempelvis England har domstolarna vid ett flertal tillfällen slagit fast att parterna inte kan angripa värderingen på materiell grund i den meningen att man anser att resultatet är felaktigt. För att parterna ska kunna angripa värderingen krävs det allvarliga formella fel såsom att privatdomaren överskridit sin befogenhet och gått utanför sitt uppdrag eller värderat fel egendom, se vidare *Dundas, Hew R.*, Expert determination: another retrograde step?, s. 188–193. Se även *Santens, Ank A.*, Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration. What happens when the Expert´s Decision is not final and Binding?, s. 687–697.

1190. Jfr NJA 1984 s. 229.

1191. Se ovan under avsnitt 10.6.1.

> Skiljepersonen skall inom fyra veckor från det att han mottagit de handlingar som parterna åberopar skriftligen meddela parterna sitt beslut med en kort motivering.
>
> Han skall i sitt beslut ange vem av parterna som slutligt skall betala hans arvode. Vardera parten står för sina egna kostnader.
>
> Skiljepersonens beslut är bindande för parterna intill dess de enas om annan lösning eller frågan, efter missnöjesanmälan, slutligt avgörs av antingen allmän domstol eller skiljenämnd.
>
> Anmälan om missnöje mot skiljepersonens beslut skall göras skriftligen till motparten senast en månad efter det att parterna fått del av skiljepersonens beslut. Om ingen av parterna anmält missnöje i rätt tid skall parterna anses ha godtagit skiljepersonens beslut, vilket innebär att frågan skall anses slutligt avgjord.
>
> Om part väcker talan enligt kapitel 9 i fråga som är föremål för förenklad tvistlösning skall den förenklade tvistlösningen avbrytas. Den part som väcker talan under den förenklade tvistlösningen skall i sådana fall betala skiljepersonens arvode."

Tvistlösningsklausulen framstår som en blandning av flera olika tvistlösningsformer. Den första delen, kapitel 9, framstår som ett skiljeavtal avseende tvister som "uppenbart" överstiger 150 prisbasbelopp. Klausulens syfte verkar vara att undandra tvister om lägre belopp från skiljeförfarandet. En formulering som den nu nämnda riskerar dock att skapa tvister i tvisten när det ska fastställas vad som är "uppenbart".

Det är framför allt kapitel 10 om förenklad tvistlösning som är otydlig när det gäller frågan vilken tvistlösningsform som parterna har avsett. Avsikten med kapitel 10 verkar främst vara att ge parterna möjlighet att tillgripa ett förenklat förfarande när det uppkommer tvister med anledning av huvudavtalet samtidigt som möjligheten till process inför domstol eller skiljeförfarande kvarstår som ett alternativ. Även om begrepp som skiljeperson leder tankarna till skiljeförfarande finns det mycket som talar för att tvistlösningsformen *inte* är ett skiljeförfarande. Exempelvis ska frågan om jäv avgöras enligt förvaltningslagen, vilket framstår som mycket märkligt om parterna har avsett ett skiljeförfarande. Dessutom framgår att skiljepersonens beslut är bindande för parterna om inte parterna har avtalat om annat eller någon av parterna väcker missnöjesanmälan, vilket ger parterna en rätt att få tvisten prövad i "*antingen allmän domstol eller skiljenämnd*". Det finns så många otydligheter i tvistlösningsavtalet att det knappast kan sägas framgå på ett tydligt sätt att parterna avsett att avstå från civilprocessen till förmån för ett skiljeförfarande. Snarare handlar det om någon form av privatdomaravtal. Skiljepersonens beslut skulle då bli bindande mellan parterna på avtalsrättslig grund om inte parterna kommer överens om en annan lösning eller någon av parterna gör en missnöjesanmälan i enlighet med tvistlösningsavtalet.

Det rimligaste är att tolka kapitel 10 i avtalsvillkoret som ett privatdomaravtal där parterna har avsett att tvister ska överlämnas till en privatdomare av något slag, som benämns skiljeperson, utan att parterna har avsett att förfarandet ska vara ett förenklat skiljeförfarande. Parterna får när som helst

avsluta det förenklade förfarandet och övergå till ett förfarande inför domstol eller, för tvister där tvisteföremålet överstiger 150 prisbasbelopp, inför en skiljenämnd. Kapitel 10 § 1 är kopplad till kapitel 9 § 1 på så sätt att det förenklade förfarandet avbryts om part väcker talan enligt kapitel 9.

Det är inte ovanligt att huvudavtalet mellan parterna innehåller dels en *värderingsklausul* avseende en specifik fråga i huvudavtalet, ett privatdomaravtal, dels en traditionell *skiljeklausul* avseende tvister med anledning av hela huvudavtalet. Frågan inställer sig då hur värderingsklausulen ska tolkas. Är det ett fristående privatdomaravtal avseende värderingen likt det som omnämndes ovan där värderingen utgör ett avtal mellan parterna eller ska värderingsklausulen ses som en del av skiljeklausulen och värderingsresultatet därmed som en del av skiljedomen?[1192]

I praxis har en tingsrätt bedömt att en värderingsklausul är en skiljeklausul och värderingsmannens avgörande därmed är en skiljedom.[1193] Jag ställer mig dock tveksam till denna bedömning. I enlighet med de krav på tydlighet som uppställs för skiljeavtal ligger det enligt min mening närmast till hands att utgå från att en värderingsklausul inte per automatik utgör en del av skiljeavtalet. För att detta ska vara fallet måste värderingsklausulen på ett tydligt sätt knytas till själva skiljeklausulen.

Ett problem är dock att proceduren i ett värderingsförfarande inte liknar den traditionella skiljeproceduren. I värderingsfallet finns inte någon egentlig tvist att lösa utan enbart ett värde som ska fastställas. Om värderingsförfarandet skulle anses utgöra ett skiljeförfarande uppkommer frågan om det är ett särskilt skiljeförfarande för denna fråga eller om det är någon annan form av ”förfarande”. Ett tänkbart synsätt är att värderingsklausulen tolkas som om parterna har givit skiljenämnden ett särskilt mandat att komplettera avtalet i enlighet med regeln i 1 § 2 st. LSF.

Kompletteringsregeln i 1 § 2 st. LSF förutsätter att parterna särskilt har givit detta uppdrag till skiljenämnden.[1194] Det naturliga är att det sker genom en uttrycklig bestämmelse i skiljeavtalet. Min menig är att en allmänt hållen värderingsklausul där parterna överlåter värderingen i ett enskilt fall till en utomstående tredje man *inte* bör tolkas ett sådant uttryckligt mandat som förutsätts enligt 1 § 2 st. LSF. För att så ska vara fallet krävs att det görs en tydlig koppling till skiljeavtalet. Det finns dock ingenting som hindrar att parterna formulerar den aktuella värderingsklausulen så att genomförandet av värderingen tydligt kopplas till ett skiljeförfarande där skiljenämnden, troligen en ensam skiljeman, ska agera värderingsman. I sådana fall kommer värdet att slås fast genom en skiljedom.[1195]

1192. Angående denna gränsdragningsproblematik se också resonemanget ovan avsnitt 10.6.
1193. Jfr tingsrättens bedömning i NJA 1993 s. 436. Frågan berördes inte i de högre instanserna.
1194. Se ovan under avsnitt 11.6.3.1.
1195. Jfr NJA 1984 s. 229.

11.6.3.3 Förfaranden där parterna agerar beslutsfattare

Kravet på rättighetsprövning som präglar civilprocessen faller helt bort när man löser tvister genom förlikningsförhandlingar och medling. Regler och normer saknar dock inte helt betydelse. Dessa utgör många gånger någon form av utgångspunkt för att fastställa ett utgångsläge för parterna när de ska inleda sina förhandlingar. En parts förhandlingsutrymme avgörs troligen delvis av vad denne bedömer sig ha för möjligheter att vinna tvisten om den skulle ha prövats inom ramen för civilprocessen, eller genom skiljeförfarande. Det är naturligt att en part önskar en så fördelaktig förliknings- eller medlingsöverenskommelse som möjligt. I den bemärkelsen har materiella rättsregler betydelse även vid förliknings- och medlingsförhandlingar. Däremot genomförs oftast själva förhandlingarna utan hänsyn till dessa rättsregler. Det viktiga är istället parternas utgångspunkter, önskemål och intressen. Olika intresseavvägningar samt lämplighets- och skälighetsaspekter får därmed större betydelse än rättsregler.

Inte heller den fria bevisvärderingen får betydelse vid förlikningsförhandlingar och medling. Det finns inte någon utomstående tredje man som ska pröva och avgöra tvisten. Under medlingen är inte tanken att parterna ska presentera bevis och medlaren ska inte utföra någon bevisvärdering. Över huvud taget passar förlikningsförhandlingar och medling inte in i den ”mall” som civilprocessen utgår från när det gäller rollfördelningen under förhandlingen och de principer som aktualiseras i samband med detta har inte alls samma betydelse vid förlikningsförhandlingar och medling. Även om partsautonomin är omfattande och parterna kan skapa ett förliknings- eller medlingsförfarande precis så som de önskar är det knappast aktuellt för parterna att skapa en förhandling som liknar civilprocessen genom att tvistlösningen utgår från en rättslig prövning och fri bevisvärdering. I så fall vore det ju inte längre tal om förliknings- eller medlingsförhandlingar utan snarare någon form av privatdomarförfarande.

Förliknings- och medlingsöverenskommelser utgör ett avtal mellan parterna och detta ersätter den ursprungliga bakomliggande tvisten. Överenskommelsen får därmed samma rättsverkan som nämndes ovan när det gäller privatdomaravgöranden som parterna har förbundit sig att följa. Överenskommelsen saknar dock helt rättskraft och inte heller har den per automatik verkan som exekutionstitel.[1196]

Däremot är det som nämndes ovan möjligt för parterna att gemensamt ansöka om en verkställbarhetsförklaring vid tingsrätten.[1197] Det är därmed möjligt för parterna, om de så önskar, att genom avtal skapa en exekutionstitel. Detta är endast möjligt efter genomförandet av privata medlingsför-

1196. Se prop. 2010/11:128 s. 44 ff. Även *Lindskog, Stefan*, Skiljemannarätt, s. 48 ff. Om överenskommelsen däremot stadfästs i en dom uppkommer rättskraftsverkningar.

1197. 7–12 §§ medlingslagen. Jfr ovan avsnitt 10.5.3.

handlingar som skett inför en särskilt utpekad medlare.[1198] Det är inte möjligt att ansöka om en verkställbarhetsförklaring för en förlikningsöverenskommelse som tillkommit efter förhandlingar enbart mellan parterna. Lagstiftaren har inte valt att låta parterna skapa exekutionstitlar genom avtal i dessa fall. En anledning till detta skulle kunna vara att lagstiftaren inte har ansett att det ska vara helt fritt, och utan kontroll från någon utomstående, att skapa verkställbara avgöranden. Genom att medlaren deltar vid förhandlingarna kan detta ses som någon form av garanti för att förhandlingarna följer en viss ordning. Medlaren kan också agera om en av parterna uppenbart tillskansar sig en orimlig fördel eller utnyttjar ett övertag i förhållande till motparten. Medlaren har dock inte tilldelats denna ”kontrollfunktion” genom medlingslagen och inte heller finns det några bestämmelser om hur själva medlingsförfarandet ska genomföras annat än att detta ska vara ett ”strukturerat” förfarande.[1199] Begreppet härrör från medlingsdirektivet utan att det där tydliggörs vad som avses med ett strukturerat förfarande.[1200] Regeringen har dock uttalat att strukturen måste syfta på utformningen av förfarandet.[1201]

Förliknings- eller medlingsöverenskommelser tillerkänns samma rättsverkan som en dom om överenskommelsen stadfästes. Domstolen är skyldig att stadfästa överenskommelsen om båda parter begär det. Dock förutsätts att tvisten som överenskommelsen gäller har varit föremål för prövning inom ramen för civilprocessen.[1202] Det är också möjligt för en skiljenämnd att stadfästa en förlikningsöverenskommelse i en skiljedom.[1203] Som nämndes ovan kan parterna efter en lyckad medling också komma överens om att utse medlaren till skiljeman med avsikt att ”skiljemannen” ska stadfästa medlingsöverenskommelsen i en skiljedom.[1204] Rättsverkningarna är de samma antingen domen, eller skiljedomen, har tillkommit efter en sakprövning av tvisten eller genom att en förliknings- eller medlingsöverenskommelse har stadfästs i domen.[1205]

När det gäller självrättskipning finns det inte något hinder mot att parterna bestämmer att prövningen av tvisten ska ske genom en rättslig prövning och med beaktande av fri bevisvärdering. Sett ur det perspektivet kan parterna genom avtal skapa ett förfarande som är helt likvärdig med civilprocessen i dessa delar. Om en av parterna har tillerkänts beslutanderätten är det dock svårt att med trovärdighet slå fast att det har skett en rättighetsprövning

1198. Jfr 3 § medlingslagen.

1199. 3 § medlingslagen. Se även avsnitt 11.2.3.3.

1200. Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område.

1201. Prop. 2010/11:128 s. 40 f.

1202. Jfr 17 kap. 6 § RB och 42 kap. 17 § 1–2 st. RB.

1203. 27 § 2 st. LSF.

1204. Jfr ovan under avsnitt 10.8.

1205. Avtal om en stadfästelsedoms innehåll analyseras nedan i kapitel 18.

där tvisten avgjorts mot bakgrund av materiella rättssregler och att självdomaren har värderat bevisen på ett godtagbart sätt. Tvistlösningsförfarandet som sådant ger upphov till misstänksamhet om att självdomaren kommer att försöka avgöra tvisten på ett för denne själv så fördelaktigt sätt som möjligt. Mot bakgrund av detta förefaller det också osannolikt att ett avgörande från en självdomare, mot en parts bestridande, skulle ges avtalsrättslig verkan.

Del IV

Partiella avståenden från rätten till domstolsprövning

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 303 2015-03-31 14:36:01

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 304 2015-03-31 14:36:01

12 Introduktion

I denna del IV behandlas avtal som innefattar olika former av processuella överenskommelser där parterna endast avstår från någon del av rätten till domstolsprövning. Detta utgör den andra delen av det tredje steget av den ovan beskrivna analysen.[1206] Den övergripande frågeställningen är vilka, om några, processuella rättsverkningar som de valda överenskommelserna ger upphov till om de åberopas inför en svensk domstol.

De aktuella processuella överenskommelserna har inordnats under olika rubriker; att utforma och föra sin talan, *kapitel 13*, förfarandet, *kapitel 14*, bevisvärderingen, *kapitel 15*, rättstillämpningen, *kapitel 16*, överklagandeförbud, *kapitel 17*, och stadfästelsedoms innehåll, *kapitel 18*.[1207]

Avtal som begränsar talerätten, den fria processföringen och den fria bevisföringen analyseras i *kapitel 13*. Vanligen hänför man yrkanden och grunder till den processrättsliga termen talan, men av presentationstekniska skäl har även bevisföringen inkluderats i detta kapitel. Åberopandet av bevisning utgör en av parternas viktigaste processhandlingar och är en förutsättning för att de ska kunna nå framgång med sin talan. Av den anledningen innefattas även avtal som begränsar den fria bevisföringen i detta kapitel.[1208]

När parterna har presenterat sin talan inför domstolen tar handläggningen av tvisten vid. Domstolen har ansvaret för hur en tvist ska handläggas. När målet övergår till handläggning inför domstolen ska olika generella beslut om handläggningsform och handläggningen i övrigt fattas. Avtal som avser att styra över valet av handläggningsform och vissa handläggningsfrågor i övrigt behandlas i *kapitel 14*. Här analyseras avtal där parterna avstår från muntliga sammanträden, från offentlighet och från att lägga fram visst processmaterial inför domstolen.

Efter att parterna har lagt fram sin talan och förberedelsen av målet är över ska som huvudregel en huvudförhandling genomföras. Domarens roll är att avgöra målet genom att tillämpa rättsregler och rättsliga principer på de situationsunika fakta som parterna genom sina yrkanden och åberopanden av rättsfakta har presenterat för domaren. För att kunna fastställa om de omständigheter, rättsfakta, som har åberopats i processen kan anses bevisade med tillräcklig styrka för bifall av käromålet, ska domstolen värdera de bevis-

1206. Jfr ovan under avsnitt 1.5.3. Den första delen av steg tre i analysen genomfördes ovan i del III.

1207. Angående valet av de olika processuella överenskommelserna i denna del se ovan avsnitt 1.4.2.

1208. Begreppet ”talan” används i många olika situationer. Det finns inte någon definition i rättegångsbalken eller i förarbetena till denna balk. För en allmän genomgång av vad som kan innefattas i begreppet se vidare *Fitger, Peter m.fl.,* Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap., Inledning och där gjorda hänvisningar.

fakta som framkommit ur de av parterna åberopade bevismedlen, bevisvärdering. Avtal med avsikt att styra över bevisvärderingen analyseras i *kapitel 15* och avtal som avser att styra över rättstillämpningen analyseras i *kapitel 16*.

När tingsrätten har meddelat en dom har parterna tre veckor på sig att begära överprövning av densamma. Därefter vinner domen laga kraft. Om domen överklagas och prövningstillstånd medges kan processen komma att prövas i ytterligare två instanser. Av effektivitets- och kostnadsskäl kan parterna därför vara intresserade av att tvisten blir slutligt avgjord på ett tidigare stadium. Parternas möjlighet att reglera rätten till överprövning genom avtal analyseras i *kapitel 17*.

Civilprocessen kännetecknas också av att domaren ska försöka förmå parterna att nå en frivillig lösning på den uppkomna tvisten. Om parterna når en förlikning resulterar denna i en förlikningsöverenskommelse mellan parterna. Överenskommelsen får, efter begäran av parterna, stadfästas i en dom. I samband med en förlikningsöverenskommelse kan det tänkas att parterna är intresserade av att låta förlikningen omfatta även andra frågor som inte omfattats av den instämda tvisten. Parterna vill kanske att samtliga mellanhavanden regleras slutligt genom stadfästelsedomen. Avtal om en stadfästelsedoms innehåll analyseras i *kapitel 18*.

Kapitel 13–18 följer samma upplägg. Varje enskilt kapitel inleds med en inledande beskrivning av problemområdet. Därefter illustreras och problematiseras den aktuella processuella överenskommelsen genom en eller flera exempelklausuler. Dessa illustrationer följs sedan av en analys där den för varje enskilt kapitel aktuella processuella överenskommelsens tänkbara processuella rättsverkningar utreds. Varje kapitel avslutas med en sammanfattande kommentar.

13 Att utforma och föra sin talan

13.1 Inledning

Som nämndes ovan i del III styr parterna genom dispositionsprincipen över processens yttre ramar. Parternas uppgift är att tala om för domstolen vilka yrkanden, grunder och invändningar, samt vilken bevisning som ska utgöra underlag för domstolens beslutsfattande. Detta är ett uttryck för principerna om fri process- och bevisföring. Mot bakgrund av detta framstår det som naturligt att parterna också på förhand genom avtal får komma överens om hur en eventuell framtida talan ska få lov att utformas och vad den får innefatta. Parterna vill få en framtida tvist prövad inom ramen för civilprocessen, men de vill ha möjlighet att påverka vilka frågor domstolen får lov att pröva och mot bakgrund av vilket underlag detta får ske. Det handlar om avtal som får betydelse för parternas möjligheter att framställa yrkanden samt åberopa grunder och bevisning. Varje gång parterna genom ett avtal begränsar rätten att framställa ett yrkande, åberopa en grund eller viss bevisning kommer ett sådant avtal i konflikt med den fria process- och bevisföringens princip. I vad mån sådana avtal är rättsligt bindande ska behandlas nedan.

Kapitlet är indelat i två huvudavsnitt som vart och ett behandlar en del av den fria process- och bevisföringens princip; begränsningar av talerätten och den fria processföringen, *avsnitt 13.3*, och begränsningar av den fria bevisföringen, *avsnitt 13.4*. Innan analysen av de olika processuella överenskommelserna inleds ska först några rättsliga utgångspunkter av betydelse för dem behandlas, *avsnitt 13.2*.

13.2 Rättsliga utgångspunkter

13.2.1 *Allmänt om talerätt och saklegitimation*

Specifikt för de i detta kapitel behandlade processuella överenskommelserna, framför allt *talerätts*- och *åberopandeförbud*, är att dessa mer eller mindre tydligt ger uttryck för både en processuell och en materiell överenskommelse med den följden att avtalsvillkoren kan ha både process- och civilrättslig verkan.[1209] För att kunna svara på vilka processuella rättsverkningar som olika avtalsvillkor ger upphov till används bland annat två olika begrepp; *talerätt* och *saklegitimation*. Talerätt har betydelse för de processrättsliga verkningarna och saklegitimation för de civilrättsliga.[1210]

1209. Jfr ovan avsnitt 1.5.4 och 7.3.
1210. Angående avgränsningar av civilrättsliga frågor se avsnitt 1.4.1.

Med talerätt avses inom processrätten behörigheten att vara part i en rättegång rörande den ifrågavarande saken.[1211] Talerätt handlar om frågan om det finns en brist i partsställningen som ska avgöras före sakprövningen. Hit hänförs inte enbart invändningar om att motparten är fel part avseende den ifrågavarande saken. Även avsaknaden av en materiell förutsättning skulle kunna utgöra en brist i talerätten. Frågan om det föreligger en sådan brist avgörs då som en talerättsfråga genom en *talerättsprövning*.[1212] Om domaren kommer fram till att det föreligger en brist i talerätten ska kärandens talan *avvisas* utan någon sakprövning av tvisten.

Saklegitimation är en civilrättslig term och innefattar frågan om vem som får göra gällande påföljder med anledning av ett visst rättsförhållande, vilket avgörs av domstolen genom *sakprövning* av tvisten. I den processrättsliga doktrinen faller denna senare fråga normalt utanför talerätten. Ibland används båda begreppen som uttryck för vem som får göra gällande påföljder med anledning av ett rättsförhållande.[1213] Ur ett processrättsligt perspektiv ger talerätt respektive saklegitimation dock upphov till olika rättsverkningar. Av den anledningen hålls de båda begreppen isär i denna avhandling.

Ett avtalsvillkor kan vara formulerat så att det är tänkt att begränsa en parts talerätt, men också så att det under vissa förutsättningar är tänkt att begränsa den fria processföringen och därmed ge upphov till en *sakprövningsspärr*.[1214] Parterna kan exempelvis ha avtalat om att en talan måste väckas inom en viss tid vid påföljd att kärandens rätt att föra talan annars går förlorad eller att en köpare är förhindrad att föra talan om ett visst specifikt rättsfaktum inför domstol efter tidsfristens utgång. Ett sådant avtal skulle kunna tolkas som ett talerättsförbud, men också som ett åberopandeförbud som kan ge upphov till en sakprövningsspärr.[1215]

1211. *Ekelöf, Per-Olof*, Rättegång II s. 55, *Lindblom, Per-Henrik*, Processhinder, s. 171 och *Nordh, Robert*, Praktisk process V. Rättegångshinder, s. 107.

1212. Jfr *Fitger, Peter m.fl.,* Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap. Inledning och *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 171.

1213. Jfr även *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 175. Även *Fitger, Peter m.fl.,* Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap. Inledning. Jfr också SOU 1938:44 s. 159 där processlagberedningen framhöll vikten av att hålla isär frågan om saklegitimation, dvs. den materiellrättsliga frågan, från förutsättningarna för den påstådda parten att ha partsförmåga, dvs. om en part är processbehörig.

1214. Angående innebörden av en sakprövningsspärr se ovan under avsnitt 1.5.4. och 7.3.

1215. Frågan om ett avtalsvillkor ger upphov till en sakprövningsspärr aktualiseras framför allt avseende sådana begränsningar som avses i detta kapitel 13, men även sådana avtalsvillkor som behandlas i kapitel 16 och 18 kan få betydelse som sakprövningsspärr. I resterande kapitel i denna del IV aktualiseras inte avtalsvillkor som innehåller civilrättsliga moment och därmed aktualiseras inte heller frågan om en sakprövningsspärr. I dessa senare fall aktualiseras endast den processuella rättsverkan att domaren avvisar en parts invändning om att avtalsvillkoret ska ges bindande verkan inför domstol, alternativt att avtalsvillkoret ges den rättsverkan att domstolen agerar i enlighet med villkoret. Däremot kan det tänkas att åberopandet av en överenskommelse som visserligen inte ges den processuell rättsverkan att invändningen avvisas, kan komma att ges en indirekt processuell rättsverkan genom sin betydelse för bevisvärderingen, jfr nedan kapitel 15.

Problematiken ska illustreras med utgångspunkt i typsituation 1.[1216] Anta att käranden i strid med ett avtalsvillkor som utesluter rätt till skadestånd väcker talan och yrkar skadestånd på grund av fel i vara. Svaranden invänder att det finns ett avtalsvillkor av vilket det framgår att käranden har frånsagt sig rätten till skadestånd.

När avtalsvillkoret åberopas inför domstol finns det två tänkbara sätt för domstolen att behandla det aktuella avtalsvillkoret, som ger upphov till skilda rättsverkningar;

1) Domstolen tillåter inte käranden att föra den instämda talan och *avvisar* därmed åberopandet. Avtalsvillkoret ger upphov till en talerättsbegränsning.[1217]
2) Domstolen tillåter att käranden för den instämda talan och att svaranden åberopar innehållet i avtalsvillkoret. Avtalsvillkorets innehåll får då betydelse som rättsfaktum när domstolen ska sakpröva tvisten. Sakprövningen går ut på att pröva avtalsvillkorets giltighet i förhållande till kärandens talan. Kommer domstolen fram till att avtalsvillkoret är giltigt på ett sätt som hindrar att käromålet kan bifallas, ska käromålet *ogillas*. Avtalsvillkoret ger upphov till en sakprövningsspärr.

I det första fallet får det av svaranden åberopade avtalsvillkoret den processuella rättsverkan att det utestänger kärandens rätt att få själva tvisten sakprövad av en domstol. I det andra fallet får svarandens invändning inte effekten att käranden är förhindrad att föra den aktuella talan. I detta fall har avtalsvillkoret den processuella rättsverkan att domstolen måste godta svarandens processhandling, åberopandet av ett påstått rättsfaktum. Avtalsvillkorets innehåll kommer att läggas till grund för domstolens sakprövning och villkoret får därmed en indirekt processuell rättsverkan. Den civilrättsliga verkan ligger i den civilrättsliga betydelse som avtalsvillkoret får vid domstolens sakprövning.

Nedan ska domstolens skilda handläggningssätt avseende avtalsvillkor som begränsar talerätten och avtalsvillkor som får betydelse för sakprövningen utvecklas.

13.2.2 *Avtalsvillkors betydelse för handläggningen och sakprövningen av tvisten*

När det ska avgöras vilka rättsverkningar de nu aktuella processuella överenskommelserna ger upphov till, är det viktigt att ha distinktionen mellan talerätt och saklegitimation klart för sig. Detta ska illustreras ytterligare med ett enkelt exempel.

1216. Jfr ovan avsnitt 1.5.4.

1217. Domstolen är skyldig att pröva kärandens talerätt *ex officio* och därmed krävs egentligen inte någon invändning från svaranden om bristande talerätt för käranden, se vidare nedan avsnitt 13.3.2.

> ”Köparen får endast åberopa att den köpta varan är felaktig, om felet är ett funktionsfel i enlighet med klausul XX i detta avtal.”

Avtalsvillkoret kan ge upphov till både process- och civilrättsliga verkningar.

Den processuella rättsverkan som kan aktualiseras är *bristande talerätt* avseende kärandens påstådda anspråk, rättsfaktumet fel. Köparen, käranden, stämmer säljaren, svaranden, och yrkar skadestånd på grund av fel i varan eftersom varan i enlighet med köplagens bestämmelser är i sämre skick än vad köparen har haft fog att vänta sig. Svaranden invänder att parterna har ett huvudavtal där det, genom det ovan exemplifierade avtalsvillkoret, framgår att käranden enbart får åberopa funktionsfel. Det fel som käranden åberopar är inte ett funktionsfel.

Om svarandens påstående tolkas som en talerättsinvändning ska domstolen pröva om käranden har talerätt i den aktuella situationen.[1218] Talerättsprövningen ska genomföras *före* sakprövningen. Kärandens talan kommer inte att tas upp till sakprövning av domstolen, i vart fall inte innan talerättsfrågan har avgjorts. Den enda befattning som domstolen tar med målet är att handläggande domare utfärdar stämning. Stämningen förutsätts för att svaranden ska kunna göra den aktuella invändningen. Bifaller domaren talerättsinvändningen ska talan avvisas.[1219] I detta fall har kärandens talan inte prövats i sak. Kommer domstolen fram till att avtalsvillkoret saknar processuell rättsverkan lämnas invändningen om bristande talerätt utan bifall. Tvisten övergår därmed till handläggning i sak inom ramen för den ordinarie civilprocessen.

Det skulle dock kunna tänkas att käranden redan med stämningsansökan har bifogat ett skriftligt huvudavtal där det framgår att enbart funktionsfel ersätts, men att det av kärandens talan så som den har formulerats i stämningsansökan, inte förefaller vara tal om ett sådant fel. I detta fall skulle en del kanske hävda att domstolen borde kunna pröva talerättsfrågan direkt, utan invändning från svaranden, på grundval av avtalsvillkoret i den insända avtalshandlingen. Ett sådant agerande skulle kunna spara svaranden tid och sannolikt också pengar. Dessutom skulle domstolen inte belasta sin verksamhet med den till synes onödiga tvisten.[1220]

1218. Domstolens rätt att göra en talerättsprövning är dock inte avhängig av att svaranden gör en invändning om bristande talerätt. Talerätt är ett tvingande processhinder som domstolen ska beakta *ex officio*, se *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 171. Många av de processuella överenskommelser som aktualiseras i denna avhandling är sådana att domstolen inte i första hand skulle se dem som talerättsbegränsade villkor och därmed inte heller företa någon egentlig talerättsprövning. Om däremot svaranden invänder att talan ska avvisas på grund av bristande talerätt till följd av överenskommelsen måste domstolen avgöra om invändningen ska avgöras som en talerättsfråga eller som en del av saken, se vidare nedan under avsnitt 13.3.2 och 13.3.3.

1219. Avvisningsbeslutet är ett slutligt beslut, 17 kap. 1 § RB.

1220. Denna fråga återkommer jag till i avslutningen, se avsnitt 19.5.2.

Har domstolen kommit fram till att avtalsvillkoret inte har den processuella rättsverkan ”bristande talerätt”, eller om svaranden aldrig har gjort någon invändning om bristande talerätt, blir det aktuellt med en sakprövning av tvisten. Svarandens invändning om att avtalsvillkoret ger uttryck för ett åberopandeförbud med innebörden att käranden inte får åberopa andra fel än så kallade funktionsfel, ska prövas som en del av saken. Svaranden måste, för att kunna nå framgång med sin invändning, ange sin inställning till käromålet och åberopa att enbart funktionsfel omfattas av kärandens rätt att göra gällande fel i den köpta varan. Dessutom måste svaranden, för att nå framgång med sin invändning, åberopa bevisning avseende de fakta som denne har bevisbördan för. I detta fall att enbart funktionsfel kan göras gällande av köparen. Skulle avtalsvillkoret ges den verkan att käromålet ogillas, har avtalsvillkoret givit upphov till samma effekt som i avvisningsfallet. Inte i något av fallen får käranden bifall till sin förda talan. Skillnaden mellan de båda fallen är dock att vägen fram till denna effekt skiljer sig år. I det senare fallet måste hela proceduren inför domstolen genomföras innan effekten inträder, vilket sker vid domstolsens sakprövning av målet.

Ett sätt att effektivisera domstolens handläggningen och sakprövningen skulle vara att sakpröva avtalsvillkorets betydelse före det att domstolen bedömer om det av käranden beskrivna ”felet” verkligen utgör ett fel. I vad mån detta är möjligt avgörs av om domstolen är bunden av någon särskild prövningsordning när det gäller åberopade rättsfakta.

I doktrin har det framhållits att domstolen inte får gå direkt till att pröva frågan om svarandens åberopade motfaktum, funktionsfel. Först måste den pröva kärandens grund; föreligger det ett fel mot bakgrund av köplagens regler? Grunden för denna ordning skulle vara den så kallade *successiva relevansens princip*. Civilprocessen bygger som bekant på att förfarandet är kontradiktoriskt och den successiva relevansens princip används för att skapa ordning under processen och fokusera denna till det som är tvistigt mellan parterna. Parterna lägger fram sin respektive talan och agerar växelvis på varandras argumentation.[1221] Enligt vissa författare innefattar den successiva relevansens princip också att domstolen ska bedöma parternas påståenden i den ordning som de har lagts fram inför den.[1222] Först om domstolen i exemplet ovan skulle komma fram till att den köpta varan mot bakgrund av köplagens regler är felaktig ska den pröva avtalsvillkorets giltighet. Domaren ska då ställa sig frågan om svarandens åberopade motfaktum, avtalsvillkoret om att enbart funktionsfel ersätts, innebär att det konstaterade ”köplagsfelet” utgör något annat än det avtalade funktionsfelet, med den följden att käromålet ska *ogillas*. Den indirekta processuella rättsverkan ligger då i att dom-

1221. *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 30 f. och 84.
1222. Jfr *Olivecrona, Karl*, Rätt och dom, s. 208 f. samt *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 332 ff.

stolen ska acceptera svarandens åberopade motfaktum men innehållet i avtalsvillkoret ger upphov till en *sakprövningsspärr* för käromålet.[1223] Käranden får en sakprövning av sin framlagda talan, men denna spärras av avtalsvillkorets innehåll. I vad mån en spärr uppkommer avgörs av avtalsvillkorets materiella innehåll samt svarandens åberopade bevisning.

Frågan är dock om den successiva relevansens princip binder domstolens prövningsordning på det ovan exemplifierade sättet. Ett alternativ skulle kunna vara att den successiva relevansens princip snarare handlar om i vilken ordning parterna ska argumentera, medan domstolen inte är bunden av denna ordning vid sakprövningen.[1224] I vissa fall följer det naturligt av det rättsliga sammanhanget att rättfakta ska prövas enligt en särskild ordning. Exempelvis bör kärandens påstående om ett avtals existens prövas före svarandens invändning om att avtalet är ogiltigt. Men det kan mycket väl förekomma situationer där det är lämpligare att pröva svarandens motfaktum före kärandens åberopade grund. Ett exempel skulle kunna vara vid en skadeståndsrättslig tvist där käranden har yrkat skadestånd på grund av *culpa in contrahendo*. Käranden påstår att svaranden genom vårdslöshet vid avtalsförhandlingarna har orsakat käranden en skada. Svaranden invänder att den uppkomna skadan inte är ersättningsgill. I detta fall kan det tänkas att frågan om vårdslöshet är svårbedömd medan det lätt kan konstateras att det inte är någon ersättningsgill skada. Är då domaren verkligen förhindrad att pröva frågan om den uppkomna skadan över huvud taget är en ersättningsgill skada, svarandens motfaktum, före kärandens påstående om att svaranden har agerat vårdslöst?[1225] Ett annat exempel är att käranden yrkar prisavdrag på grund av fel i vara, men svaranden invänder att köparen har reklamerat för sent. Frågan om fel kan vara mycket svårbedömd medan frågan om reklamation är lättare att avgöra. Är domstolen då förhindrad att pröva svarandens motfaktum om för sen reklamation före det att frågan om fel avgörs?[1226]

Det saknas bestämmelser i rättegångsbalken och i förarbetena rörande överläggningens utformning. Domstolen har därmed stor friheten att

1223. Det ska också sägas att käranden i sin tur kan bemöta svarandens invändning och åberopade motfakta. Käranden kan exempelvis åberopa motfakta om att avtalsvillkoret inte ska gälla i den nu uppkomna situationen på grund av att villkoret är oskäligt. Domaren måste då efter att svarandens motfakta har prövats, avtalsvillkorets betydelse i förhållande till kärandens talan, bedöma vilken verkan kärandens åberopade motfakta ska ha. Kan käromålet trots avtalsvillkoret bifallas eftersom det av svaranden åberopade avtalsvillkoret är oskäligt?, jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 42 kap. 8 §.

1224. Detta verkar vara Ekelöfs tolkning av principen, se *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 30 f. och 84.

1225. Jfr dock *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 334, där denne betonar att en domstol inte får hoppa över kärandens grund och gå direkt på svarandens motfaktum bara för att detta faktum skulle vara enklare att pröva än grunden.

1226. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 16 kap. 2 §, där just reklamationsfallet tas upp som ett exempel på när domstolen vid tvist om ett köp regelmässigt bör rösta angående frågan om reklamation innan man röstar angående frågor om fel.

utforma överläggningen efter omständigheterna i målet och efter vad som kan anses praktiskt.[1227] I samband med att de nya omröstningsreglerna i rättegångsbalken[1228] infördes uttalade processlagberedningen att parternas olika grunder ska göras till föremål för särskild omröstning i den mån det behövs och att domstolen har stor frihet att förfara efter omständigheterna i varje enskilt fall.[1229] Det är också möjligt att i vissa fall lyfta ut ett särskilt rättsfaktum och avgöra detta genom mellandom,[1230] exempelvis om det föreligger en ersättningsbar skada eller om reklamation har skett för sent. Att då inte ha samma möjlighet att sakpröva dessa rättsfakta i den ordningen, utan att tillgripa en mellandom, kan framstå som orimligt.

En tanke skulle vara att den ovan beskriva prövningsordningen får användas på sådana situationer som behandlas i denna avhandling. Om svaranden invänder att det finns ett avtalsvillkor som förtar kärandens åberopade grund ska domstolen, när den anser det lämpligt, kunna pröva detta motfaktum före kärandens grund för att på så sätt effektivisera sakprövningen och parternas bevisföring.[1231]

13.2.3 *Skillnaden mellan att avvisa och ogilla en talan*

Som visats ovan ger talerättsprövning och sakprövning upphov till olika rättsverkningar; avvisning av talan respektive en ogillande dom. I båda fallen blir resultatet att domstolen skiljer målet från sig.

En faktisk skillnad mellan de båda sätten att skilja en tvist från domstolen visar sig när det gäller tvistens handläggningstid och därmed sannolikt också en parts kostnader för att lägga fram sin talan. Om en invändning tolkas som en talerättsinvändning och ska avgöras efter en talerättsprövning sker detta före det att tvisten tas upp till sakprövning. Det kan därför tänkas att den part som gör gällande att ett avtalsvillkor är bindande, har ett intresse av att skapa en avvisningseffekt. På så sätt skulle parterna slippa långa och kostsamma domstolsförfaranden. Målet avgörs redan i sitt inledningsskede utan att den egentliga tvistefrågan avgörs i sak. Om däremot en invändning inte kan ges en sådan avvisningseffekt kommer handläggningen av målet i sak att starta. Parterna måste då förbereda sin talan för att denna så småningom ska kunna avgöras efter en huvudförhandling. Även om ett avtalsvillkor ger upphov till civilrättslig rättsverkan måste hela målet beredas inför domstolen och

1227. *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 16 kap. 2 §.

1228. 16 kap. 2 § 2 st. RB.

1229. SOU 1938:44 s. 208 f. Jfr även *Gärde, Natanael m.fl.*, Nya Rättegångsbalken, s. 166 ff. och *Lindell, Bengt*, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 426 ff. Dessa författare verkar inte se något principiellt hinder mot att domstolen tar upp frågan om ett rättsfaktums betydelse till särskild omröstning, även om detta har framställts som ett motfaktum av svaranden.

1230. 17 kap. 5 § RB. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V s. 232 ff.

1231. I vad mån detta skulle kunna appliceras och vara lämpligt på de i denna studie behandlade avtalssituationerna kommer att diskuteras vidare i avslutningen, se nedan avsnitt 19.5.2.

huvudförhandlingen genomföras. Avtalsvillkorets eventuella sakprövningsspärr visar sig först under domstolens överläggning då sakprövningen genomförs. Det är med andra ord inga stora tidsbesparingar och vinster i dessa sammanhang när det gäller handläggningstiden.

Är det även rättsliga skillnader mellan att en domstol avvisar respektive ogillar en dom? När domstolen ogillar en talan sker detta genom en dom.[1232] Har domstolen accepterat ett avtalsvillkors innehåll som ett rättsfaktum och i sin sakprövning kommit fram till att avtalsvillkoret är bindande mellan parterna och att käromålet därmed ska ogillas, vinner den ogillande domen laga kraft när tiden för överprövning har passerats. När domen vunnit laga kraft har den *rättskraft*. Om käranden väcker en ny talan mot samma svarande avseende samma sak ska talan avvisas på grund av *res judicata*.[1233]

När domstolen avvisar en talan sker detta genom ett slutligt beslut.[1234] Det finns inte några uttryckliga bestämmelser om rättskraft för slutliga beslut. Som regel har ett beslut endast betydelse för den rättegång i vilket det har meddelats. Beslutet har inte någon sådan självständig karaktär att det blir föremål för rättskraft. När det gäller avvisningsbeslut på grund av processhinder har det dock framhållits att förhållandet är annorlunda. Det mesta tyder på att även sådana beslut har i vart fall negativ rättskraft.[1235] Har kärandens talan avvisats eftersom domstolen har bifallit svarandens invändning om att det finns ett avtalsvillkor som hindrar käranden att föra en talan, ska domstolen, om käranden på nytt väcker talan i samma sak mot samma svaranden, avvisa kärandens talan på grund av att talerättsfrågan är rättskraftigt avgjord. Detta förutsätter att processhindret inte är av sådan karaktär att det kan avhjälpas.[1236] När det gäller de överenskommelser som omfattas av denna studie finns det inte någon möjlighet, om inte parterna ingår ett nytt avtal som ersätter det tidigare, för käranden att avhjälpa den brist som har legat till grund för det första avvisningsbeslutet.

1232. 17 kap. 1 § 1 men. RB.

1233. Jfr ovan under avsnitt 11.6.1.

1234. 17 kap. 1 § 2 men. RB

1235. SOU 1938:44 s. 580. Jfr även *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 120–165. Lindblom ställer i inledningen till kapitel 6 upp hypotesen att det är ovisst om en brist i kärandens talan ska leda till att käromålet avvisas eller ogillas. Han ställer sig frågan om detta får betydelse i rättskraftshänseende. Efter att grundligt ha utrett frågan i kapitel 6 kommer han slutligen fram till att även ett avvisningsbeslut har rättskraft. Även Fitger är av uppfattningen att avvisningsbeslut har rättskraft som processhinder, *Fitger, Peter m.fl.,* Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 11 § under rubriken Rättskraft hos speciella typer av avgöranden samt 58 kap. 10 §. Jfr även NJA 1982 s. 210. Jfr dock *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 435. Lindell anser att avvisningsbeslut över huvud taget inte kan få rättskraft.

1236. Ett avvisningsbeslut kan i vissa fall sägas ha en begränsad rättskraft. Det finns situationer när det är möjligt för käranden att avhjälpa den brist som legat till grund för domstolens avvisningsbeslut. Så kan det exempelvis vara när en talan avvisas på grund av att käranden saknar processbehörighet enligt 11 kap. 2 § RB.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det sannolikt inte är någon faktisk skillnad när det gäller rättskraftseffekten om domstolen väljer att tolka innehållet i ett avtalsvillkor som en talerättsbegränsning eller som ett avtalsvillkor som ger upphov till en sakprövningsspärr med följden att kärandens talan ogillas. I båda fallen blir resultatet ett rättskraftigt avgörande. Den stora skillnaden för parterna och domstolen visar sig istället när det gäller tids- och kostnadseffekterna av handläggningen. Avvisningsbeslutet sker i inledningsskedet av tvisten och medför att det inte blir någon materiell prövning av tvisten.

13.3 Begränsningar av talerätten och den fria processföringen

13.3.1 *Inledning*

Som vistas ovan får inte en part avsäga sig allt sitt rättsskydd genom avtal. Avtalsvillkor där en parts talerätt begränsas i sin helhet på så sätt att parten *aldrig* har rätt att få rättsliga frågor med anledning av ett avtal prövade inför en domstol, är ogiltiga.[1237]

Parter kan emellertid ingå avtal med avsikt att begränsa en parts talerätt avseende en specifik fråga, ett *talerättsförbud*, utan att rätten till domstolsprövning i sin helhet har satts ur spel genom avtalet. Ett avtalsvillkor med innebörd att begränsa talerätten knyter an till en parts rätt att framställa ett särskilt *yrkande* om en viss rättsföljd, det vill säga möjligheten att föra en viss talan. Om ett sådant avtalsvillkor skulle anses bindande är den processuella rättsverkan att talan ska avvisas i den del som omfattas av villkoret.

Parterna kan också ingå avtal som begränsar den fria processföringen med avsikt att påverka underlaget för domarens sakprövning, ett *åberopandeförbud*. Sådana avtal knyter an till kärandens möjlighet att åberopa vissa rättsfakta som grund för sitt yrkande och svarandens möjlighet att åberopa vissa motfakta till grund för sin inställning till käromålet. Som visats ovan kan ett åberopandeförbud ges två olika innebörder; en talerättsbegränsande verkan och verkan som sakprövningsspärr.[1238]

Det är inte lätt att göra en uppdelning mellan avtalsvillkor som endast begränsar talerätten och sådana som endast begränsar den fria processföringen. Ett avtalsvillkor som inte bedöms ha någon talerättsbegränsande verkan skulle nämligen kunna ge upphov till en sakprövningsspärr. Av denna anledning kommer dessa två varianter av avtalsvillkor att behandlas under samma avsnitt. Avsnittet inleds med att talerätten, *avsnitt 13.3.2*, och den

1237. Se resonemang ovan i kapitel 9.
1238. Jfr ovan avsnitt 13.2.1.

fria processföringens betydelse för sakprövningen, *avsnitt 13.3.3,* behandlas särskilt. Därefter ska olika exempelklausuler som begränsar talerätten och den fria processföringens princip illustreras, *avsnitt 13.3.4*. Avslutningsvis ska den rättsliga innebörden av talerätts- och åberopandeförbud analyseras, *avsnitt 13.3.5*. Avsnittet avslutas med en sammanfattande kommentar, *avsnitt 13.3.6*. Systematiken är sådan att först behandlas och analyseras avtalsvillkoren med innebörd att i första hand hindra en part att framställa ett yrkande om en viss rättsföljd, eller att åberopa vissa rättsfakta, med avsikt att begränsa en parts talerätt i den del som omfattas av avtalsvillkoret. Därefter behandlas de aktuella avtalsvillkorens rättsverkningar när avtalsvillkorens syftar till att begränsa den fria processföringen genom att innehållet i villkoret hindrar en part från att åberopa vissa rättsfakta som grund, eller som invändning, för sin talan med avsikt att påverka beslutsunderlaget för domstolens sakprövning.

13.3.2 *Särskilt om talerätt*

Som nämndes ovan avses med talerätt behörigheten att vara part i en rättegång rörande den ifrågavarande saken.[1239] Överfört på de i detta avsnitt behandlade avtalssituationerna skulle bristen i ”partsställningen” bero på att käranden saknar talerätt avseende den förda talan, eller att käranden, alternativt svaranden, saknar talerätt avseende ett särskilt åberopande av rättsfakta eftersom denna rätt har begränsats genom avtal.

Talerätten är en grundläggande rättighet för den som vill föra en talan. Tanken bakom institutet talerätt är att det med hänsyn till domens rättskraftsverkningar, kan finnas anledning att göra en särskild talerättsprövning av kärandens och svarandens rätt att föra en talan angående det rättsförhållande som är föremål för prövning. Som tidigare nämnts saknas det generella regler om talerätt på så sätt att det framgår vem som är taleberättigad i en viss situation.[1240] Utgångspunkten är istället *påståendedoktrinen*.[1241] Däremot finns det på spridda ställen i lagstiftningen regler om talerätt avseende vissa specifika situationer. Ett exempel på detta är att det inom immaterialrätten finns bestämmelser om när en licenstagare har rätt att föra talan om intrång i den rättighet som upplåts genom licensavtalet.[1242]

1239. Jfr ovan under avsnitten 13.2.1.

1240. Det finns dock allmänna bestämmelser om när ett rättssubjekt har parts- och processbehörighet, 11 kap. RB.

1241. Angående talerätt och påståendedoktrinen se även kapitel 9.

1242. Jfr 10 kap. 8 § varumärkeslagen (2010:1877) och 42 § mönsterskyddslagen (1970:485). Av dessa lagrum framgår att en processförutsättning för licenstagaren när det gäller att föra en talan om intrång i den rättighet som omfattas av licensen, är att licenstagaren visar att denne har underrättat licensgivaren om talan. För ytterligare exempel på sådana specialreglerade talerättssituationer, se *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap. inledning.

Om förutsättningarna för talerätt inte är uppfyllda ska domstolen *ex officio* med stöd av 34 kap. 1 § RB avvisa den väckta talan. Talerätten anses nämligen utgöra ett tvingande processhinder.[1243] Detta leder tankarna till att en domare *ex officio* alltid har att pröva frågan om talerätt. I dispositiva tvistemål blir talerättsprövningen emellertid begränsad till en enkel, formell prövning. Om käranden genom sin stämningsansökan gör gällande att denne har ett materiellt anspråk mot ett annat rättssubjekt, utgår domstolen från att så är fallet och talerättsprövningen i dessa fall begränsas till just undersökningen att käranden påstår sig ha en materiell rätt gentemot svaranden. Om däremot svaranden invänder att det saknas talerätt måste domstolen ta ställning till denna invändning och avgöra om den ska leda till en talerättsprövning eller om den ska avgöras som ett materiellt anspråk som en del av saken. Huvudprincipen i dispositiva tvistemål är att, i vart fall vid en fullgörelsetalan när någon yrkar fullgörelse för egen räkning,[1244] käranden på grund av påståendedoktrinen har talerätt.[1245] Frågan om käranden är materiellt berättigad i förhållande till svaranden eller inte ska därmed prövas som en del av saken.

Utvecklingen i rättspraxis visar också på ett mindre utrymme för en talerättsprövning jämfört med att kärandens påstådda materiella anspråk ska prövas som en del av saken. I NJA 1992 s. 859 framhåller ett justitieråd att ”[…]*en viss utveckling anses ha ägt rum i rättspraxis enligt vilken fall av bristande saklegitimation numera ofta hänförs till materiella frågor snarare än till spörsmål rörande processhinder.*”.[1246] Som undantag till detta nämns fall av samäganderätt där det i åtskilliga situationer är så att samägarna enbart har talerätt i förening. De processuella överenskommelser som behandlas i detta kapitel torde falla in under den utvecklig som påpekas ovan i NJA 1992 s. 859 och därmed oftast prövas som en del av saken.

I vissa situationer kan det dock finnas anledning för domstolen att göra en talerättsprövning med avvisning av kärandens talan som följd även om denne påstår sig vara berättigad i förhållande till svaranden. Det handlar

1243. *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 171. Se även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap. inledning. Angående skillnaden mellan dispositiva och tvingande processhinder se ovan avsnitt 6.4.

1244. Vid en fastställelsetalan är en särskild talerättsprövning över huvud taget inte behövlig. Ett eventuellt behov av avvisning på grund av brister i partsställningen täcks av rekvisiten i 13 kap. 2 § RB. Det gäller då främst förfångs- och ovisshetsrekvisiten, se *Nordh, Robert*, Praktisk process V. Rättegångshinder s. 110.

1245. NJA 1982 s. 376. Jfr även *Ekelöf, Per Olof*, Rättegång II, s. 74, *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap. Inledning och *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 219 f.

1246. NJA 1992 s. 859, JustR Muncks tillägg s. 861. Angående denna utveckling jfr också NJA 1960 s. 23, NJA 1973 s. 1 (I och III), se särskild JustR Ulvesons tillägg p. 3 i fall I, NJA 1994 s. 751 och NJA 2003 C 17. Jfr också *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap. inledning.

främst om situationer där tredje man kan träffas av negativa rättsverkningar till följd av processen. I de fallen ska tredje mans intresse tillgodoses av att domaren genom sin officialprövning prövar talerättsfrågan innan sakprövningen, med avvisning som följd om inte käranden och/eller svaranden anses talerättsberättigade. En dom i dispositiva tvistemål gäller dock normalt endast mellan parterna och det finns sällan något tredjemansintresse att beakta.[1247]

13.3.3 *Särskilt om fri processföring och dess betydelse för sakprövningen*

Sakprövningen ingår som en del av domstolens rättstillämpningsuppgift och är ett uttryck för officialprincipen.[1248] Mot bakgrund av detta framstår det som om utrymmet för parterna att genom avtal styra över domstolens sakprövning i en enskild tvist är begränsat. Ett avtalsvillkor som begränsar en parts rätt att åberopa vissa specifika rättsfakta påverkar ju domstolens beslutsunderlag. Ett sådant villkor kan också vara utformat i syfte att försöka begränsa principen om fri processföring genom att en part har fråntagits, eller begränsats, rätten att med framgång åberopa det i avtalsvillkoret utpekade rättsfaktumet.

Parterna bestämmer själva hur de vill lägga fram sin talan inför domstolen, vilket följer av principen om fri processföring.[1249] Sakprövningen innebär att domstolen avgör ett mål i sak genom att tillämpa relevanta civilrättsliga bestämmelser på de rättsfakta som har åberopats av parterna i tvisten. Domstolens uppgift är att besvara de frågor som tvisten aktualiserar, men det är parterna som formulerar frågorna genom sina yrkanden, grunder och invändningar.

Av 42 kap. 2 § och 7 § RB framgår att parterna ska åberopa de rättsfakta som de anser är relevanta för deras talan,[1250] och av 17 kap. 3 § 2 men. RB framgår att en domstol enbart får grunda en dom på rättsfakta som har åberopats av parterna.[1251] Det görs skillnad mellan att *åberopa* rättsfakta och att *införa* omständigheter i processen.[1252] Det är enbart parterna som genom sina åberopanden av rättsfakta får styra över det faktaunderlag som domsto-

1247. Jfr *Nordh, Robert*, Praktisk process V. Rättegångshinder s. 108. Det finns dock vissa specialfall när domstolen förväntas göra en talerättsprövning, exempelvis i konkursrättsliga situationer, *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap. inledning. Fitger betonar dock att dessa frågor ofta kan göras till föremål för delavgörande enligt 17 kap. 5 § RB.

1248. När det gäller domstolens rättstillämpningsuppgift, inkluderat sakprövningen, jfr ovan under avsnitt 11.6.1. Se även kapitel 5 ovan.

1249. Principen om fri processföring behandlas ovan under avsnitt 11.5.

1250. Angående olika former av rättsfakta samt hur begreppet används i denna avhandling, se ovan under avsnitt 1.6.

1251. Se vidare *Ekelöf Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 27 ff.

1252. Se vidare *Boman, Robert*, Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål, s. 10 ff.

len ska bedöma vid sakprövningen.[1253] Att införa en omständighet i processen innebär inte att denna har åberopats. Det är inte enbart parterna som kan föra in omständigheter i processen. Detta kan även andra processubjekt såsom sakkunniga och vittnen göra. Lagstiftningen innefattar enbart formella regler med innebörden att rättsfakta *måste åberopas*. Däremot saknas det helt bestämmelser om hur dessa åberopanden i en enskild situation bör formuleras. Det är inte domstolens uppgift att i en enskild tvist påtala för parterna vilka rättsfakta de bör åberopa för att kunna nå framgång med sin talan.[1254]

En domstol får inte neka en part att åberopa ett specifikt rättsfaktum i den bemärkelsen att åberopandet avvisas.[1255] Tvärtom följer det av den fria processföringens princip och 17 kap. 3 § RB att parterna avgör hur de vill formulera en talan.[1256] Det följer också av 35 kap. 1 § RB att domstolen efter en samvetsgrann prövning av *allt* som har förekommit i målet ska avgöra vad som är bevisat.[1257] Utan lagstöd får domstolen inte neka en part att framställa ett specifikt åberopande och domstolen är skyldig att beakta åberopandet vid sin sakprövning.[1258] Däremot kan det förhållande att det finns ett avtalsvillkor som begränsar en parts möjlighet att framställa vissa åberopanden komma att få betydelse vid domstolens sakprövning.

Avtalsfriheten inom civilrätten gör det möjligt för parter att ersätta, ändra eller komplettera dispositiva civilrättsliga regler genom avtal. Om exempelvis parterna, i ett avtalsvillkor, har reglerat och specificerat vad som ska utgöra ett fel i den köpta varan, ersätter avtalet köplagens regler om fel.[1259] Genom att åberopa avtalsvillkoret och beskriva avtalsinnehållet och dess rättsverkningar, kommer villkoret att utgöra en privat norm som domstolen

1253. Det är viktigt att en part klart och tydligt ger uttryck för vilka rättsfakta som denne åberopar. Om en part enbart omnämner en omständighet eller hänvisar till ett visst förhållande finns det en risk för att domstolen inte anser att omständigheten eller förhållandet har åberopats som ett rättsfaktum, jfr NJA 1996 s. 52. Det är också viktigt att det är ”rätt part” som åberopar rättsfaktumet, dvs. den part som har åberopsbördan för rättsfaktumet, jfr NJA 1980 s. 352. Även *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 328 ff.

1254. Domstolen ska enligt 42 kap. 8 § 2 st. RB genom den materiella processledningen verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger allt som de vill åberopa i målet. Risken för att framstå som partisk i en enskild tvist bör dock avhålla domaren från att uttryckligen tala om för parterna vilka rättsfakta som bör åberopas eller hur en enskild part ska formulera sin talan.

1255. Jfr *Mellqvist, Mikael*, JT 2012–13 s. 148 (152).

1256. Jfr även prop. 1998/99:35 s. 227 där det betonas att en part inte på förhand får avstå från rätten att i behövlig omfattning utföra sin talan.

1257. Den fria bevisprövningen behandlas ovan under avsnitt 11.6.2.

1258. Jfr dock prop. 2010/11:128 s. 76 där regeringen framhåller att det råder ett allmänt åberopandeförbud av uppgifter som motparten har lämnat under medlingsförhandlingar. Detta rimmar illa med den för svensk processrätt grundläggande principen om att rätten efter en samvetsgrann prövning av allt som har förekommit, ska avgöra vad som är bevisat i målet. Om uppgifter som hänför sig till ett tidigare medlingsförfarande förs in i processen av en part borde rätten istället på sedvanligt sätt bedöma relevansen och bevisvärdet av uppgifterna.

1259. Förutsatt att köpet är sådant att köplagen är tillämplig.

ska tillämpa.[1260] Den privata normen faller under dispositionsprincipen. Avtalsvillkoret blir beslutsunderlag först om någon av parterna åberopar det i rättegången och det är den part som åberopar villkoret som också har åberopsbördan för detta.[1261]

13.3.4 *Exempelklausuler*

Talerättsbegränsande avtalsvillkor kan formuleras på olika sätt. Det handlar bland annat om avtalsvillkor där en parts rätt att framställa ett yrkande begränsas genom att en viss processförutsättning måste vara uppfylld för att parten ska erhålla talerätt. Ett exempel på en sådan talerättsbegränsning är nedanstående klausul 1 där avtalsvillkoret är formulerat så att licensgivarens skriftliga medgivande är en processförutsättning för att licenstagaren ska få föra en talan om intrång i den genom licensavtalet upplåtna rättigheten.

> **Klausul 1,**
> ”Om intrång äger rum i de enligt detta avtal upplåtna rättigheterna skall Licenstagaren omedelbart underrätta Licensgivaren, som avgör vilka åtgärder som skall vidtas med anledning av intrånget. Om Licensgivaren själv önskar vidta rättsliga åtgärder med anledning av intrånget skall Licenstagaren biträda Licensgivaren vid utförandet av dennes talan. Om Licensgivaren inte själv önskar vidta rättsliga åtgärder, får Licenstagaren vidta sådana endast om han dessförinnan har erhållit Licensgivarens skriftliga medgivande. Den part som vidtar rättsliga åtgärder svarar själv för kostnaderna och uppbär själv eventuella skadestånd.” [1262]

Licensavtalet utgör en form av villkorad upplåtelse av rättigheten och begränsar ensamrätten för licenstagaren på så sätt att licensgivaren har förbehållit sig rätten att avgöra om licenstagaren ska ha rätt att föra en specifik intrångstalan mot en intrångsgörande tredje man eller inte.

Ett annat exempel på ett talerättsbegränsande avtalsvillkor är nedanstående klausul 2 där avtalsvillkoret är formulerat så att en processförutsättning för köparen att föra en talan om fel i varan är att talan väcks inom en viss i avtalsvillkoret specificerad tid.

> **Klausul 2,**
> ”Efter avlämnande av varan ska köparen omgående undersöka varan och reklamera eventuella fel till säljaren. Köparen har enbart rätt att göra gällande fel som visar sig inom tre månader från avlämnandet. Vill köparen vidta rättsliga åtgärder med anledning av felet ska talan väckas inom fyra månader från avlämnandet. Efter denna tid har köparen ingen rätt att väcka talan med anledning av fel i den köpta varan.”

1260. Angående olika normer och hur de ska förstås i denna avhandling, se ovan under avsnitt 1.5.5. När det gäller privata normers betydelse för rättstillämpningen se även avsnitt 16.4.

1261. *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 328 f.

1262. Stockholms tingsrätt, T 7-1112-96, slutligt beslut den 30 september 1997. Avtalsklausulen återfinns under § 5 i avtalet, aktbilaga 2, som är bilagt beslutet.

Klausul 2 begränsar köparens talerätt genom olika tidsfrister. Avtalsvillkoret innehåller både en reklamations- och en preskriptionsfrist som påverkar köparens talerätt. Villkoret ger uttryck för en önskan om att begränsa framtida processer med anledning av kontraktsbrottet fel i varan efter utgången av tidsfristen.[1263] Köparen har fyra månader på sig att vidta rättsliga åtgärder. Ur ett processuellt perspektiv skulle detta kunna tolkas som en begränsning av talerätten där rätten att väcka talan på grund av fel har förfallit efter fyra månader.[1264] Ett annat sätt är att tolka klausulen som ett avtalsvillkor som begränsar den fria processföringen. Efter tidsfristens utgång skulle köparen inte få en fullödig civilrättslig prövning av det civilrättsliga felet. Istället skulle avtalsvillkoret ge upphov till en sakprövningsspärr.

Ett avtalsvillkor kan också formuleras så att det uttryckligen framgår att en parts talerätt förfaller om inte en viss processförutsättning är uppfylld.

> **Klausul 3,**
> ”Talan mot transportören skall väckas inom ett år.
> Om talan ej väcks inom nu angiven tid är beställarens talerätt förlorad (preskription).”[1265]

Innehållet i klausul 3 är en variant på klausul 2 då även klausul 3 innehåller en preskriptionsfrist inom vilken en part måste väcka talan. Skillnaden mellan de två klausulerna visar sig främst genom att klausul 3 uttryckligen anger att om inte talan väcks inom den angivna tiden har parten förlorat sin *talerätt*.

Ett avtalsvillkor kan också formuleras i termer av åberopandeförbud av vissa specifika rättsfakta. Avsikten är då inte i första hand att neka en part talerätt avseende de fakta som omfattas av avtalsvillkoret. Istället är avsikten att innehållet i avtalsvillkoret ska ges betydelse vid sakprövningen av tvisten och ge upphov till en sakprövningsspärr. Ett åberopandeförbud kan vara mer eller mindre tydligt formulerat. Ibland framgår det uttryckligen att en part inte har rätt att åberopa ett visst specificerat rättsfaktum, ibland är det under-

1263. När det gäller de materiella rättsverkningarna, se vidare bl.a. *Ramberg, Jan och Ramberg, Christina*, Allmän avtalsrätt, s. 212 ff. Se även *Hultmark, Christina*, Reklamation vid kontraktsbrott, s. 27 ff. Reklamationsfrister kan ge upphov till tolkningsproblem när det gäller frågan om när en reklamation ska ske, se vidare *Hultmark, Christina*, Reklamation vid kontraktsbrott, s. 169.

1264. Inom köprätten är det vanligt förekommande att rätten att påtala fel begränsas på detta sätt även om tidsfristerna kan variera, se exempelvis NL09 p. 23 och 33. Av p. 23 följer ”*Säljarens ansvar avser endast fel som visar sig inom ett år från den dag Produkten levererades. Används Produkten mer intensivt än som avtalats, förkortas ansvarstiden i motsvarande mån.*” och av p. 33 följer ”*Oavsett vad som stadgas i punkterna 21–32 har säljaren inte något ansvar för fel i någon del av Produkten längre än två år från den i punkt 23 nämnda ansvarstidens början.*”.

1265. Klausulen är en förkortad variant av den som återfinns i Kontor 2003, allmänna bestämmelser för flyttning av kontorsinventarier, p. 12. Punkten 12 har rubriken Preskription och stadgar i första stycket ”*Talan mot transportören skall väckas inom ett år.*” och i 3 st. ”*Om talan ej väcks inom nu angiven tid är beställarens talerätt förlorad (preskription).* […]”. I klausul 3 ovan har 12 p. 2 st. utelämnats, där beskrivs hur den aktuella tidsfristen om ett år ska räknas ut.

förstått genom att parterna har avtalat bort dispositiva rättsregler och ibland har rätten att åberopa vissa rättsfakta begränsats genom att parterna kompletterar dispositiva rättsregler med ett tillägg till dessa i ett avtalsvillkor. Om exempelvis klausul 2 ovan modifieras något, kan den istället framstå som ett åberopandeförbud.

> **Klausul 4,**
> ”Om köparen gör gällande att det föreligger ett funktionsfel på den köpta varan ska denne omgående reklamera felet till säljaren. Säljaren ska inom fyra veckor från det att reklamation har skett, beredas tillfälle av köparen att undersöka den felaktiga varan. Om säljaren inte bereds tillfälle att undersöka varan har köparen förlorat all rätt att åberopa fel i den sålda varan.”

Klausul 4 utgör en form av reklamations- och bevissäkringsklausul som har till syfte att begränsa köparens rätt att göra gällande fel i den köpta varan,[1266] både när det gäller felets form samt den tidsrymd under vilken köparen har möjlighet att göra gällande felet.[1267] Åberopandeförbudet för köparen inträder om inte säljaren bereds tillfälle att besiktiga varan. Detta stärker bevissäkrings- och skadebegränsningssyftet, men utgör också en begränsning av reklamations- och felbestämmelserna i köprätten.

13.3.5 *Rättslig innebörd av talerätts- och åberopandeförbud*

En tolkning av exempelklausulerna i föregående avsnitt är att parternas avsikt är att begränsa talerätten med följden att avtalsvillkoret skapar ett ”processhinder” om inte förutsättningarna i villkoret är uppfyllda. En sådan tolkning innebär att innehållet i avtalsvillkoren tolkas som en processuell överenskommelse.[1268] Om avtalsvillkoren gavs denna processrättsliga verkan skulle den part som har fått talerätten begränsad, ha fråntagits rätten att få tillgång till domstolsprövning avseende den fråga som har reglerats genom avtalsvillkoret.[1269] Som visats ovan är rätten till domstolsprövning inte absolut utan får i undantagsfall begränsas.[1270] Frågan uppkommer då om avtalsvillkor likt de ovan exemplifierade klausulerna 1–4 får ges den rättsverkan att domstolen avvisar en talan som förs trots att en i villkoret specificerad ”processförutsättning” inte är uppfylld.

Klausul 1 ovan är hämtad från en tvist om intrång i en upplåten licensrättighet som fördes inför Stockholms tingsrätt. Lite överraskande tolkade tingsrätten avtalsvillkoret som en talerättsbegränsning för licenstagarens rätt

1266. Angående reklamations- och bevissäkringsregleringar, se vidare *Hultmark, Christina,* Reklamation vid kontraktsbrott, s. 27 f. och 30 ff.

1267. När det gäller tolkning av reklamationsklausuler, se vidare *Hultmark, Christina*, Reklamation vid kontraktsbrott, kapitel 8.

1268. Angående klassificeringen av överenskommelser se ovan kapitel 7.

1269. Angående den generella rätten att få tillgång till domstolsprövning se ovan kapitel 4.

1270. Jfr ovan kapitel 6.

att föra en intrångstalan mot en påstått intrångsgörande part, trots att avtalet som innefattade talerättsförbudet hade ingåtts mellan licenstagaren och licensgivaren och den senare inte var part i rättegången. Talan rörde frågan om svaranden, en från det aktuella licensavtalet utomstående tredje man, gjorde intrång i den ensamrätt som käranden, licenstagaren, tillerkänts genom ett licensavtal med licensgivaren. Stockholms tingsrätt kom fram till att käranden inte visat att denne fått ett skriftligt medgivande från licensgivaren att föra den aktuella intrångstalan och avvisade därför talan. Tingsrätten förefaller ha tolkat innehållet i avtalsvillkoret, skriftligt medgivande, som en processförutsättning som inte var uppfylld och avtalsvillkoret gavs därmed processhindrande verkan.[1271]

Att se innehållet i avtalsvillkoret som en processförutsättning för kärandens talerätt så som tingsrätten gjorde kan ifrågasättas.[1272] En grundförutsättning för att en part ska vara fråntagen sin talerätt i en enskild tvist är att det finns lagstöd för detta. Rättegångsbalken innehåller inte några generella bestämmelser om talerätt. Inom immaterialrätten finns vissa specialregleringar om talerätt. En licenstagare av en immaterialrätt har rätt att föra talan om intrång i den immateriella rättigheten enbart om denne *skriftligen meddelar* licensgivaren att licenstagaren har för avsikt att väcka talan mot en part som påstås göra intrång i den ensamrätt som följer av licensen.[1273]

Klausul 1 ovan påminner till viss del om de bestämmelser som finns inom immaterialrätten när det gäller en licenstagares möjlighet att föra talan om intrång i ensamrätten. Av exempelvis 10 kap. 8 § 1 st. varumärkeslagen framgår att ”*Innehavaren av ett varukännetecken* […] *ska underrättas innan en talan om varumärkesintrång väcks.* […]”. Av 3 st. i samma lagrum följer att ”*Om någon underrättelse enligt första eller andra stycket inte har skett, ska talan avvisas.*”.

Skillnaden mellan 10 kap. 8 § varumärkeslagen och klausul 1 är att genom avtalsvillkoret har det införts ett krav på *skriftligt* medgivande som saknas i bestämmelsen. Det framgår inte av lagtexten att licenstagaren också ska visa att licensgivaren har accepterat att talan väcks mot en intrångsgörande tredje man. Tillägget i klausul 1 om att licenstagaren måste ha ett skriftlig godkännande för att få föra talan bör av flera skäl ses som en materiell begränsning för licenstagaren som innebär att inte alla de rättigheter som kan härledas till ensamrätten har upplåtits av licensgivaren.

I dispositiva tvistemål ska frågan om vem som är berättigad eller förpliktigad i en tvist avgöras genom dom och inte genom ett beslut över ett processhinder. Normalt ska en talan tas upp om den uppfyller kraven enligt påståendedoktrinen.[1274] Dessutom medför den processuella ogiltighetsprin-

1271. Stockholms tingsrätt, T 7-1112-96, slutligt beslut den 30 september 1997.
1272. Jfr *Westberg, Peter*, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, bok 2, s. 291 ff.
1273. Jfr 10 kap. 8 § varumärkeslagen (2010:1877) och 42 § mönsterskyddslagen (1970:485).
1274. Se ovan kapitel 9 och avsnitt 13.3.2.

cipen att avtalsvillkoret inte är giltigt i den processuella delen och innehållet i villkoret förhindrar därmed inte att käranden har rätt att få sin talan prövad. Det finns inte något lagstöd för att begränsa talerätten så som parterna har gjort i klausul 1. En rimligare bedömning är att domstolen i enlighet med påståendedoktrinen tillåter talan och tolkar processförutsättningen, det skriftliga medgivandet, som en materiell förutsättning för licenstagarens rätt att föra den aktuella intrångstalan.[1275] En förutsättning skulle vara att svaranden, den påstått intrångsgörande parten, åberopade att licenstagarens ensamrätt var inskränkt på så sätt att denne inte fick föra en intrångstalan utan licensgivarens skriftliga medgivande och att licenstagaren inte erhållit ett sådant medgivande. Kommer domstolen fram till att det skriftliga medgivandet utgör en förutsättning för att licenstagaren ska få föra den aktuella intrångstalan, ger avtalsvillkoret upphov till en sakprövningsspärr och kärandens, licenstagarens, talan ska ogillas.

I tingsrättsfallet ovan reglerade avtalsvillkoret, klausul 1, rätten att föra talan mot en från avtalet utanförstående part, men får parterna genom avtal reglera talerätten *sinsemellan* för att uppnå en processuell rättsverkan?

Ett exempel är klausul 2 ovan där köparen har fråntagits rätten att efter en viss tidsfrist väcka talan om fel i den köpta varan. På samma sätt är beställaren enligt klausul 3 fråntagen talerätten i förhållande till transportören om inte talan väcks inom ett år. Formulerade på detta sätt kan klausulerna tolkas som talerättsbegränsande avtalsvillkor. Av klausul 3 framgår också uttryckligen att avtalsvillkoret utgör en begränsning av beställarens talerätt i förhållande till transportören. Förutsatt att domstolen anser att avtalsvillkoren får ges processhindrande verkan skulle inte köparen ha rätt att få en talan om fel prövad av domstol efter tidsfristens utgång och beställaren skulle inte få föra en talan mot transportören. En sådan talan skulle avvisas.

Både påståendedoktrinen och den processuella ogiltighetsprincipen omöjliggör för parterna att utan lagstöd avtala bort talerätten på detta vis. Parterna har inte inom ramen för civilprocessen tillerkänts någon generell rätt att styra över processförutsättningarna genom avtal och på så sätt skapa processhinder.[1276] De situationer där parterna genom avtal får reglera en parts talerätt och skapa processhinder följer av lag.[1277] Klausul 2 och 3 är med andra ord ogiltiga i denna del. Köparen får inte nekas rätten att väcka talan och yrka att domstolen ska döma ut en viss påföljd på grund av att den köpta varan har varit behäftad med fel.[1278] Det spelar ingen roll att tidsfristerna har

1275. Jfr resonemanget ovan i kapitel 7, särskilt avsnitt 7.4.

1276. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 3 §, där det betonas att en part inte får förfoga över processförutsättningar, inte ens om målet är av dispositiv art. Även *Westberg, Peter,* Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning s. 356.

1277. Jfr ovan avsnitt 6.4.

1278. Jfr prop. 1998/99:35 s. 227.

passerats. På samma sätt får inte beställaren nekas att väcka talan och framställa yrkanden mot transportören efter tidsfristens utgång. En sådan talan ska *inte* avvisas.

Klausul 4 är inte i första hand formulerad som en talerättsbegränsning utan snarare som ett åberopandeförbud. Detta torde dock inte förändra bedömningen. Anta att käranden yrkar prisavdrag på grund av att den köpta varan är behäftad med fel. Svaranden invänder att käranden inte har berett denne tillträde att undersöka den påstått felaktiga varan i tid. Därmed skulle käranden vara förhindrad att göra gällande att den köpta varan är felaktig. Svarandens invändning utgår från att avtalsvillkoret innefattar ett åberopandeförbud som fråntar kärandens åberopanden civilrättslig verkan.

Mot bakgrund av vad som sagts ovan hindrar inte innehållet i klausul 4 köparen från att föra en talan om fel i den köpta varan, oavsett om säljaren fått tillfälle att undersöka varan inom de i avtalsvillkoret angivna tidsfristerna. En annan sak är att domstolen vid sakprövningen kan komma fram till slutsatsen att en part på ett civilrättsligt bindande sätt har avstått från innehållet i en dispositiva civilrättslig regel. Ett bifall till käromålet kräver i princip att käranden har åberopat rättsfakta som gör en viss civilrättslig bestämmelse, i detta fall skadeånds- respektive felbestämmelserna i köplagen, tillämplig och ger käranden rätt till den yrkade rättsföljden. Med stöd av avtalsfriheten på civilrättens område har dock parterna i nu aktuella fall ersatt den civilrättsliga bestämmelsen med ett avtalsvillkor, klausul 4. Förutsatt att avtalsinnehållet har åberopats i relevanta delar och är giltigt i dessa delar, är domstolen skyldig att beakta avtalsvillkoret i de civilrättsliga delarna vid sakprövningen. Sakprövningen innebär att domaren ska pröva om de rättsfakta som käranden har åberopat har stöd i avtalet. Har de inte det kommer käromålet att *ogillas*.

Om de ovan exemplifierade avtalsvillkoren skulle ges den processuella rättsverkan att käranden nekas talerätt när denne påstår sig ha ett materiellrättsligt anspråk mot svaranden skulle en sådan rättsverkan också stå i strid med artikel 6 (1) EKMR och rätten till domstolsprövning. Rätten till domstolsprövning innefattar en rätt för var och en att få sina civila rättigheter prövade inför en domstol under förutsättning att det handlar om en reell och seriös tvist. Om käranden genom sitt yrkande framställer ett materiellt krav mot svaranden bör detta tolkas som om det föreligger en reell och seriös tvist.[1279] Käranden har därmed rätt att få sin talan prövad av domstol. Det spelar ingen roll att svaranden påstår att denne har bevis som visar att kärandens krav är felaktigt. Inte ens om svarande kan presentera tydliga bevis på

1279. Jfr NJA 1998 s. 278, där det visserligen handlade om att tillämpa regeln i 42 kap. 5 § RB och ogilla kärandens talan utan att först utfärda stämning. Högsta domstolens slutsatser är dock intressanta även här. Högsta domstolen slog fast att enligt artikel 6 (1) EKMR har alla rätt till domstolsprövning avseende tvister om hennes civila rättigheter förutsatt att tvisten kan sägas vara reell och seriös. Se vidare resonemang ovan under avsnitt 4.2.

detta, exempelvis ett avtalsvillkor av vilket det framgår att tiden för att väcka talan är preskriberad, ska talan avvisas. Istället ska tvisten tas upp till materiell prövning av domstolen och frågan om käromålet ska bifallas eller ogillas avgörs genom sakprövning. Avtalsvillkoret kan då ge upphov till en sakprövningsspärr. Dessutom gäller kontradiktionsprincipen i rättegången. Grundtanken är att en part själv bestämmer hur en talan ska läggas fram samt vilka åberopanden som ska göras. Detta innefattas också i en rättvis rättegång enligt artikel 6 (1) EKMR.[1280] Om parterna tilläts att begränsa den fria processföringen genom avtal med innebörden att vissa åberopanden inte skulle vara tillåtna att framställa inför domstolen skulle detta också stå i konflikt med den kontradiktionstanke som präglar civilprocess och artikel 6 (1) EKMR.[1281]

Som jag tidigare framhållit är det inte heller rimligt att behandla denna typ av avtalsvillkor som enbart processuella i den meningen att de med stöd av den processuella ogiltighetsprincipen skulle vara ogiltiga i sin helhet om det inte finns lagstöd för den aktuella talerättsbegränsningen. Istället bör avtalsvillkoren ges verkan i de materiella delarna då det inte råder någon tvekan om att parterna är de saklegitimerade enligt avtalet och att de även har reglerat en materiellrättslig sida av den transaktion som avtalet rör.[1282]

Oavsett om talan avgörs på formell grund som en fråga om processhinder eller efter sakprövning blir resultatet, förutsatt att domstolen anser att avtalsvillkoret är giltigt, att käranden inte får gehör för sin framställda talan i de delar som regleras genom avtalsvillkoret. Den stora skillnaden mellan dessa båda situationer är vid vilken tidpunkt som domstolen bedömer avtalsvillkorets rättsverkan. I det första fallet, avvisningsfallet, görs bedömningen i inledningsskedet av tvisten, innan denna har börjat handläggas och utredas i sak. I det senare fallet sker domstolens bedömning av villkorets rättsverkan först vid sakprövningen av tvisten efter det att förberedelse- och huvudförhandlingsfasen är avslutad. I det senare fallet, när avtalsvillkoret får betydelse som rättsfaktum, sker trots allt en sakprövning, vilket inte sker i talerättsfallet. När domstolen lägger svarandens åberopade avtalsvillkor till grund för sakprövningen *spärras* dock sakprövningen av den rättighet som käranden har fråntagits genom avtalsvillkoret.

13.3.6 *Sammanfattande kommentarer*

Som framgått ovan får parterna endast i begränsad utsträckning reglera talerätten genom avtal. Ett avtalsvillkor där olika processförutsättningar införts eller där en parts rätt att åberopa ett visst rättsfaktum har begränsats, utgör därmed inte ett processhinder. Ett sådant avtalsvillkor får endast ges pro-

1280. Detta innefattas i den fria processföringen som behandlas ovan under avsnitt 11.5.
1281. Jfr även prop. 1998/99:35 s. 227.
1282. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 7.4.

cesshindrande verkan om det finns stöd i lag för det. Saknas stöd i lag ska domstolen med stöd av påståendedoktrinen tillåta den förda talan eller det framställda åberopandet. En part har enligt artikel 6 (1) EKMR rätt att få sina civila rättigheter prövad av en domstol så länge talan innefattar en reell och seriös tvist. Det skulle också strida mot principen om fri processföring att avvisa en talan eller ett åberopande som förs i strid med ett sådant avtalsvillkor.

Däremot får parter med stöd av den civilrättsliga avtalsfriheten under vissa förutsättningar ingå avtal som begränsar den fria processföringen och som får betydelse för vilket beslutsunderlag domstolen har tillgång till vid sakprövningen. Grundförutsättningen är att avtalsvillkoret är giltigt och att det reglerar en fråga som parterna har dispositionsrätt över. Parterna har rätt att avtala bort den dispositiva civilrätten, men däremot inte rätt att sätta tvingande rättsregler och principer ur spel. Har parterna formulerat ett åberopandeförbud avseende vissa specifika rättsfakta i ett avtalsvillkor och därmed ersatt, ändrat eller kompletterat dispositiv rätt, ska domstolen pröva om innehållet i avtalsvillkoret förhindrar att käromålet bifalls. Domstolen ska vid sin sakprövning som utgångspunkt först pröva kärandens åberopade grunder och avgöra om käromålet har stöd i dispositiv lagstiftningen. Först därefter ska domstolen pröva vilken betydelse för kärandens talan som svarandens åberopade motfakta har. Sakprövningen består i att pröva om de rättsfakta som käranden har åberopat också har stöd i avtalet. Har de inte det och avtalet är giltigt ska käromålet ogillas. Avtalsvillkoret ger då upphov till en sakprövningsspärr i förhållande till käromålet.

Begreppet talerätt förknippas främst med bristande partsförutsättningar såsom att svaranden invänder att denne inte är rätt part eller att käranden saknar talerätt eftersom avtalet ingicks med en annan person. De ovan exemplifierade avtalsvillkoren innefattar inte i första hand en sådan problematik. Det är därför inte heller rimligt att behandla denna typ av avtal som rent processuella i den meningen att de enbart ska bedömas som en talerättsfråga där den processuella rättsverkan är att en talan som förs i strid med avtalsvillkoret avvisas alternativt att avtalsvillkoret på grund av den processuella ogiltighetsprincipen anses ogiltigt i sin helhet. Istället bör innehållet i avtalsvillkoren kunna åberopas som rättsfaktum och därmed ges betydelse vid sakprövningen genom att utgöra en sakprövningsspärr.

Det faktum att ett avtalsvillkor inte ges den processuella rättsverkan att talan eller ett särskilt åberopande ska avvisas, innebär med andra ord inte att avtalet är helt verkningslöst utan det kan komma att få betydelse vid domstolens sakprövning. Som visats ovan har dock sakprövningsspärren en högst marginell effekt på sakprövningens omfång. Sakprövningsspärren uppkommer först sedan svaranden har åberopat ett motfaktum i processen. Tvisten måste handläggas och beredas genom både förberedelse- och huvudförhandlingsstadiet inför domstolen och parterna måste förbereda sin respektive

talan med beaktande av samtliga i målet åberopade omständigheter och bevis. Avtalsvillkoret kan med andra ord få betydelse för målets utgång, men det kan inte helt stoppa att den genom avtalsvillkoret reglerade rättigheten sakprövas av domstolen. Den stora tids- och kostnadsvinsten för parterna och domstolen skulle vara om domstolen kunde avvisa en talan redan i målets inledningsskede inför domstol, vilket sällan är möjligt eftersom det oftast saknas stöd i lag för att ge avtalsvillkor en sådan processuell rättsverkan.

13.4 Begränsningar av den fria bevisföringen

13.4.1 *Inledning*

Som ovan visats utgår civilprocessen från principen om fri bevisföring och fri bevisvärdering.[1283] Det förekommer dock att parterna sinsemellan genom avtal på olika sätt försöker styra över det bevismaterial som domstolen ska tillhandahållas. Det kan handla om avtalsvillkor om bevisbördans placering, om beviskravets storlek eller vilken form av bevismedel som ska vara tillåten att åberopa vid en framtida tvist. Sådana avtalsvillkor kan vara formulerade på olika sätt, men gemensamt är att de uttryckligen eller indirekt begränsar den fria bevisföringens princip. I detta avsnitt ska några olika varianter av bevisavtal behandlas. Fokus kommer att ligga på avtalsvillkor där parterna försöker påverka den fria bevisföringen genom olika former av *bevisföringsförbud*.[1284]

I kategorin bevisföringsförbud innefattas avtalsvillkor som har till syfte att begränsa en parts rätt att åberopa vissa bevismedel inför domstol. Avsikten är att begränsa domstolens beslutsunderlag och hindra att domstolen beaktar vissa bevisfakta vid sakprövningen. Hit räknas integrationsklausuler, *avsnitt 13.4.3* och bevisbegränsningar genom sekretessavtal, *avsnitt 13.4.4*. Även avtalsvillkor om så kallade exklusiva och prioriterade bevis kommer att behandlas som bevisföringsförbud, *avsnitt 13.4.5*. Slutligen kommer också begränsningar av den fria bevisföringen genom överenskommelser om skriftliga vittnesattester att behandlas, *avsnitt 13.4.6*. Avsnittet avslutas med en sammanfattande kommentar, *avsnitt 13.4.7*.

Vad som allmänt innefattas i den fria bevisföringens princip har behandlats ovan.[1285] Det finns dock vissa bestämmelser och rättsliga principer som får särskild betydelse för bedömningen och handläggningen av bevisföringsförbud. Dessa behandlas i *avsnitt 13.4.2*.

1283. Fri bevisföring behandlas ovan under avsnitt 11.5.3 och fri bevisvärdering under avsnitt 11.6.2.

1284. Avtal om bevisvärderingen analyseras nedan i kapitel 15.

1285. Se ovan under avsnitt 11.5.3.

13.4.2 *Särskilt om begränsningar av den fria bevisföringen*

Frågan är om parterna genom avtal får begränsa principen om fri bevisföring på ett sådant sätt att domstolen ska neka en part att åberopa ett visst specifikt bevis på den grunden att detta skulle strida mot parternas avtal. Formulerat i dessa termer skulle avtalsvillkoret i så fall utgöra ett slags processuell överenskommelse. Den processuella ogiltighetsprincipen medför att om överenskommelsen ska vara bindande för domstolen i de processuella delarna, krävs det att överenskommelsen har stöd i lag.[1286]

Det finns ytterst få bestämmelser som begränsar en parts rätt att åberopa bevisning inför domstol. Här måste det skiljas mellan det fall att en part i strid med innehållet i ett avtalsvillkor vill åberopa viss bevisning och det fall där en part väljer att i enlighet med innehållet i ett avtalsvillkor, avstå från att göra viss bevisning gällande. I det senare fallet aktualiseras inte frågan om villkorets bindande verkan för domstolen. Istället handlar det om att parten medvetet har valt att låta bli att åberopa viss bevisning. I ett dispositivt tvistemål får inte domstolen *ex officio* skaffa in annan bevisning än den som en part åberopar till stöd för sin talan.[1287]

Frågan om ett avtalsvillkor som begränsar bevisföringen är bindande, ställs på sin spets när en part i strid med villkoret åberopar viss bevisning och domstolen görs uppmärksam på avtalsvillkorets innehåll. Vilka möjligheter har då domstolen att neka parten att åberopa bevisningen? Anta exempelvis att käranden yrkar skadestånd på kontraktsgrund och åberopar att ersättningen bland annat ska avse en följdskada, trots att ett skriftligt avtalsvillkor uttryckligen exkluderar följdskador från svarandens ersättningsansvar och svaranden åberopar innehållet i avtalsvillkoret till stöd för sitt bestridande av käromålet. Får domstolen i ett sådant fall säga att all åberopad bevisning som avser följdskada är irrelevant av den anledningen att bevisningen avser en fråga som på grund av ett uttryckligt avtalsvillkor inte kan leda till bifall av käromålet? Ett annat exempel skulle kunna vara att det uttryckligen av ett avtalsvillkor framgår att parterna endast får åberopa skriftliga bevismedel om det skulle uppkomma en tvist mellan dem och en av parterna i strid med detta villkor åberopar ett vittnesförhör.

Som ovan visats får en domare med stöd av 35 kap. 7 § 1–5 p. RB under vissa förutsättningar avvisa bevisning.[1288] Ett argument för att bevisning skulle kunna avvisas är att den på grund av att kärandens talan förs i strid med ett uttryckligt avtalsvillkor skulle vara onödig eller utan verkan.[1289] En

1286. En annan sak är att parternas avtalsvillkor som en civilrättsligt bindande handling skulle kunna få betydelse vid bevisvärderingen. Avtalsvillkors betydelse för bevisvärderingen behandlas nedan kapitel 15.

1287. 35 kap. 6 § RB.

1288. Jfr ovan under avsnitt 11.5.3.

1289. Jfr SOU 1938:44 s. 383 f.

sådan tolkning kan dock ifrågasättas. Domstolen måste då redan på förhand skapa sig en uppfattning om vilken relevans olika bevis skulle få för käranden's talan. Avvisning bör förutsätta att bevisningen omedelbart framstår som irrelevant och prövningen bör inte innefatta komplicerade eller djupgående analyser.[1290] De fall som lyfts fram i förarbeten och doktrin som exempel på när bevisning får avvisas som onödig eller utan verkan rör oftast helt andra situationer än de som omfattas av nu aktuella avtalsvillkor. Ett exempel är att käranden i ett skadeståndsmål åberopar bevisning till styrkande av att svaranden har varit vårdslös medan den aktuella skadeståndsregeln bygger på strikt ansvar.[1291] Det kan också tänkas att ett särskilt bevis bedöms vara betydelselöst i ett enskilt fall eftersom omständigheterna redan har styrkts av parten genom annan bevisning eller att de är ostridiga.[1292] Att beviset uppenbart skulle vara utan verkan innebär att beviset inte skulle förändra det totala bevisvärdet rörande ett visst bevistema så att tillräcklig bevisning uppnås eller inte längre anses föreligga.[1293]

I NJA 1982 s. 175 I framhåller Högsta domstolen att till de grundläggande principerna för rättegången hör att domstolen inte ska fatta ståndpunkt i sakfrågan förrän hela materialet har lagts fram inför domstolen. Ståndpunktstagandet ska då ske genom det *slutliga avgörandet i saken*.[1294] Fallet rörde frågan om en part saknade befogat intresse av att få sin sak behandlad av domstol och därmed skulle nekas rättshjälp. Det som är intressant för denna avhandling är att den aktuella intressebedömningen sker innan domstolen har avgjort tvisten i sak. Som exempel på situationer när en part skulle kunna vägras rättshjälp framhålls ett sådant fall där bevisläget i ett mål framstår som utsiktslöst eller det är mycket osannolikt att anspråket kan drivas med framgång. Högsta domstolen betonar att det mot bakgrund av den nämnda principen om förbud mot förhandsuppskattning inte är förenligt i en rättshjälpsfråga att göra en förberedande sakprövning för att kunna

1290. Jfr *Westberg, Peter*, Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, s. 623. Se även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 38 och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 7 §.

1291. *Westberg, Peter*, Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, s. 623.

1292. Jfr NJA 2001 s. 731. Se även SOU 1938:44 s. 383 f. Även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 7 §.

1293. NJA 2007 s. 547.

1294. Samma problematik gör sig gällande inom den internationella privat- och processrätten, exempelvis för bestämmandet av domsrättsfrågor. I detta sammanhang talas det om dubbelrelevanta rättsfakta, dvs. rättsfakta som har betydelse både för frågan om fastställande av domstolens behörighet och för frågan om materielrättsligt ansvar. En allmän uppfattning är att tolkningen av dubbelrelevanta rättsfakta ska ske med försiktighet och att en domstol bör undvika att göra en noggrann prövning av dylika rättsfakta innan själva sakprövningen. Samtidigt är det oundvikligt att en viss prövning måste göras för att kunna identifiera de omständigheter som ligger till grund för talan i syfte att fastställa behörighetsfrågan, se vidare *Pålsson, Lennart*, SvJT 1999 s. 315 ff. Jfr även NJA 2008 s. 406, JustR Lindskogs tillägg s. 417 ff.

avgöra om rättshjälp ska beviljas. Endast vid uppenbara fall av brist på befogat intresse bör rättshjälp nekas en part.

Om resonemanget ovan överförs på domstolens möjligheter att avvisa bevisning på grund av att parterna har reglerat frågor om bevisföringen genom avtal skulle domstolen eventuellt kunna avvisa åberopad bevisning i ett fall där bevisläget framstår som utsiktslöst eller mycket osannolikt, exempelvis för att den åberopade bevisning ska styrka ett rättsfaktum som parten uttryckligen har fråntagits genom ett specifikt avtalsvillkor.[1295] Med utgångspunkt i exemplet ovan skulle det då kunna tänkas att domstolen nekar en part att åberopa bevisning om rättsfaktumet följdskada eftersom denna typ av skada enligt ett uttryckligt avtalsvillkor inte är ersättningsgill. Detta innebär dock att domstolen, om uppgiften inte är ostridig, redan före huvudförhandlingen måste pröva i vad mån följdskador uttryckligen faller utanför skadeståndsansvaret. Som vistas ovan har käranden med stöd av påståendedoktrinen rätt att föra den instämda talan och det finns inte något egentligt stöd för domstolen att avvisa kärandens framställda yrkande om ersättning för följdskada utan att pröva det i sak.[1296] Har käranden i stämningsansökan yrkat ersättning för en sådan följdskada, men nekas att åberopa bevisning till styrkande av detta rättsfaktum, blir det svårt att få bifall till käromålet. Avvisningen av bevisingen får därmed den indirekta effekten att kärandens rätt till domstolsprövning begränsas genom avtalsvillkoret. Mot bakgrund av dels förbudet mot förhandsuppskattning, dels den fria bevisföringens princip, men också rätten till domstolsprövning, är det min uppfattning att en sådan bedömning av bevisläget måste göras med stor försiktighet. Föreligger det tveksamheter bör istället en part själv ges möjlighet att avgöra vilka bevis denne vill åberopa till styrkande av ett åberopat rättsfaktum.

Naturligtvis avgörs frågan om viss bevisning ska avvisas eller inte av omständigheterna i det enskilda fallet. Kanske är innehållet i avtalsvillkoret ostridigt och då framstår åberopandet av bevisning som ska styrka det ostridiga som uppenbart onödig, kanske åberopas bevisning av en part för att styrka att avtalet innehåller ett rättsfaktum som inte får åberopas och då är det knappast onödigt att föra bevisning om detta. En annan sak är att en domstol skulle kunna neka en part att åberopa ett enskilt bevismedel om den bedömer att parten har tillåtits åberopa annan bevisning för samma bevistema och ytterligare bevisning inte skulle tillföra någonting eller påverka det totala bevisvärdet rörande ett visst bevistema,[1297] men även detta kräver att domstolen måste göra en bedömning av bevisens styrka på ”förhand” före själva sakprövningen och därmed är viss försiktighet påkallad.

1295. Jfr prop. 1972:4 s. 93 f. Se även NJA 1982 s. 175 I.
1296. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 13.3.
1297. Jfr NJA 2007 s. 547 och NJA 2010 s. 151.

Om en domstol ansåg ett avtalsvillkor som begränsar den fria bevisföringen bindande, skulle det kunna argumenteras för att parterna inte har fått rätt till en rättvis rättegång enligt artikel 6 (1) EKMR. Europadomstolen har dock i ett flertal fall framhållit att varje medlemsstat själv bestämmer hur den nationella bevisrätten ska konstruera och formuleras. När Europadomstolen ska avgöra om en part i ett enskilt fall har fått sina konventionsrättigheter enligt artikel 6 (1) EKMR kränkta görs en helhetsbedömning av omständigheterna. Uppfyller förfarandet som *helhet* rätten till domstolsprövning så som denna har formuleras i artikel 6 (1) EKMR, föreligger ingen kränkning av artikeln.[1298] Har en part nekats helt att åberopa bevisning till stöd för sin talan, eller en del av denna, kan knappast rätten till domstolsprövning vara uppfylld. Har däremot en parts rätt att åberopa bevisning endast begränsats delvis, skulle situationen kunna bedömas annorlunda. Det finns inte något principiellt hinder mot att den nationella lagstiftningen innehåller bestämmelser som begränsar parternas bevisföring. En grundförutsättning är dock att dessa bestämmelser tillämpas på samma sätt mot samtliga parter i processen.[1299]

I doktrinen har det framhållits att eftersom parterna inom ramen för dispositionsprincipen får framställa ensidiga processhandlingar som binder domstolen, borde parterna också ha rätt att på förhand ingå avtal som leder till samma resultat, exempelvis genom att ingå avtal som reglerar bevisfrågor.[1300] Detta är dock två olika saker. Om parterna med stöd av dispositionsprincipen binder domstolen är det genom ensidiga processhandlingar som framställs inför domstolen sedan en tvist har uppkommit och ett mål har anhängiggjorts vid domstolen, exempelvis genom att endast åberopa vissa specifika rättsfakta eller bevismedel. Det är svårt att finna stöd för uttalandet att det av den anledningen också borde vara möjligt för parterna att genom avtal komma överens om att vissa rättsfakta eller visst bevismedel inte får åberopas vid en kommande domstolsförhandling när parterna inte ens vet vad en eventuell framtida tvist kan komma att omfatta. Inte heller kan ett avtal som parterna har ingått på förhand anses bindande med stöd av dispositionsprincipen. Denna princip sträcker sig inte utanför processen på det viset. Bundenheten avgörs inte av avtalsvillkorets innehåll utan av vilken fråga det är som parterna väcker genom den ensidiga processhandlingen och om denna fråga omfattas av parternas dispositionsrätt eller inte.[1301] Ett exempel där parterna genom ensidiga processhandlingar har dispositionsrätt som binder domstolen är när det gäller att åberopa rättsfakta och bevisme-

1298. Angående bevisfrågor och artikel 6 (1) EKMR se ovan avsnitt 11.5.3.

1299. Jfr prop. 2004/05:131 s. 158. Även *Dombo Beheer* mot *Nederländerna*, dom den 27 oktober 1993, p. 33.

1300. *Lindell, Bengt*, Partsautonomins gränser, s. 125. Jfr även *Heuman, Lars*, JT 2006–07 s. 57 (61 f.).

1301. När det gäller denna problematik, jfr även resonemanget ovan under avsnitt 11.5.2.

del.[1302] Däremot står det parterna fritt, oavsett om det finns ett avtal mellan dem, att själva avgöra vilka rättsfakta och vilken bevisning de önskar åberopa inför domstolen.

13.4.3 *Integrationsklausuler*

13.4.3.1 EXEMPELKLAUSULER

En integrationsklausul kan tolkas som ett bevisföringsförbud där parternas rätt att åberopa viss information begränsas.[1303] Integrationsklausuler har som främsta funktion att ge tyngd åt det skriftliga huvudavtalet och eliminera betydelsen av framför allt muntliga och skriftliga uttalanden och åtaganden av olika slag som har föregått avtalsslutet.[1304] Avsikten är att lyfta fram det skriftliga huvudavtalet som ett särskilt bevismedel framför alla andra bevismedel som skulle kunna få betydelse som tolkningsdata om vad som har avtalats mellan parterna.[1305] Integrationsklausuler kan formuleras på skilda sätt. Nedan ska några sådana avtalsvillkor illustreras.

Klausul 5,
”Detta avtal utgör parternas fullständiga reglering av de frågor som avtalet berör. Alla muntliga och skriftliga åtaganden och utfästelser som föregått avtalet ersätts av detta avtal med bilagor.”

Klausul 6,
”Vid en framtida tvist om detta kontrakt förbinder sig parterna att inte åberopa information som denne har fått från någon person som har närvarat vid avtalsförhandlingarna och som rör avtalets tillkomst och innebörd.”

Integrationsklausuler hänförs ofta till så kallade *boilerplateklausuler*. Det finns inte någon entydig definition på vad som utgör sådana klausuler, men vanligen förekommer de i internationella avtal där anglo-amerikansk rätt och avtalsskrivning har spelat stor roll för utvecklingen av kontraktspraxis. Det handlar om avtalsklausuler som typiskt sett inte har förhandlats fram individuellt och inte tar sikte på de enskilda prestationsförhållandena mellan parterna.[1306]

1302. Domstolens möjlighet att *ex officio* föranstalta om partsförhör, syn och sakkunnigbevisning i dispositiva tvistemål togs bort i och med genomdrivandet av reformern om en modernare rättegång, prop. 2004/05:131 s. 155 och 230 f.

1303. På engelska benämns dessa bl.a. ”*merger clauses*”, ”*entire agreement clauses*” och ”*integration clauses*”.

1304. *Gorton, Lars*, Boilerplateklausuler, s. 177 ff. och *Sjöman, Erik*, JT 2002–03 s. 935.

1305. Med avtalspreliminärer avses sådan information som har förekommit mellan parterna *före* avtalets ingående och som kan få betydelse för avtalstolkningen, exempelvis vad parterna har sagt eller vad de har givit uttryck för vid avtalsförhandlingarna i avtalsutkast eller olika avsiktsförklaringar, *letters of intent*, *Ramberg, Jan* och *Ramberg, Christina*, Allmän avtalsrätt, s. 164 f.

1306. *Gorton, Lars*, Boilerplateklausuler, s. 170 ff. Angående boilerplateklausuler se också *Christou, Richard,* Boilerplate: Practical Clauses, *Smith, Henry E.*, Modularity in Contracts: Boilerplate and Information Flow och *Cordero-Moss, Giuditta*, Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law.

Det förekommer dock att parterna öppet och avsiktligt tillför avtalet en integrationsklausul, exempelvis när parterna under en längre tid har förhandlat med varandra och olika avtalsutkast har utväxlats mellan parterna. I en kontraktsrättslig situation där inledande förhandlingar har förts mellan parterna och som har givit upphov till olika former av åtaganden, är avsikten med integrationsklausulen att dessa tidigare åtaganden frånskrivs verkan genom att ett avslutande skriftligt huvudavtal undertecknas av parterna.[1307] Syftet med integrationsklausulen skulle då vara att detta huvudavtal inrymmer allt som ska gälla för avtalsförhållandet och utgör ensamt bevismedel om vad som har avtalats mellan parterna. Vid en eventuell tvist mellan parterna skulle ingen av dem, för att ändra, utöka eller motsäga vad huvudavtalet utvisar, få föra bevisning om vad som förevarit mellan parterna före undertecknandet av huvudavtalet.

Till skillnad från de tidigare exemplifierade klausulerna 2–4, innebär *inte* en integrationsklausul att parterna disponerat över någon dispositiv materiell rättsregel. Istället försöker parterna genom avtalsvillkoret begränsa det tolkningsunderlag som en domstol har att beakta när den ska fastställa vad som utgör avtalsinnehåll mellan parterna. Formulerat i processuella termer kan det diskuteras om integrationsklausulen verkligen hindrar en part från att åberopa andra bevismedel än huvudavtalet när innebörden av detta avtal ska slås fast. Man kan också diskutera klausulernas betydelse vid domstolens bevisvärdering. Om parterna har tagit in en integrationsklausul i huvudavtalet och en part trots detta åberopar bevisning i strid med denna klausul uppkommer frågan, om bevisningen tillåts, vilket värde den åberopade bevisningen ska ha.[1308] Nedan behandlas integrationsklausulers rättsliga verkan samt vilken verkan klausulerna har när det gäller handläggningen och sakprövningen av målet.

13.4.3.2 RÄTTSLIG INNEBÖRD AV INTEGRATIONSKLAUSULER

Som nämndes ovan är ett gemensamt syfte med integrationsklausuler att förstärka det skriftliga huvudavtalets betydelse genom att eliminera betydelsen av avtalspreliminärerna.[1309] I detta sammanhang uppkommer olika frågor om hur en integrationsklausul ska förstås.

En första fråga är om en integrationsklausul ska tolkas så att en part är förhindrad att åberopa bevismedel till styrkande av att *andra* rättsfakta än de

1307. Integrationsklausuler ska skiljas från avtalsvillkor som innehåller s.k. förbud mot sidolöpare. Avsikten med dessa senare avtalsvillkor är att precisera i kontraktet vilka personer som är behöriga att fastställa avtalsvillkor och avtal om ändrade förhållanden som uppkommer efter det att huvudavtalet har ingåtts, se vidare *Ramberg, Jan* och *Ramberg, Christina*, Allmän avtalsrätt, s. 167 f.

1308. Integrationsklausulers betydelse vid bevisvärderingen analyseras nedan under avsnitt 13.4.5.2 och kapitel 15.

1309. När jag i detta avsnitt fortsättningsvis använder termen huvudavtal avses det slutliga och skriftliga kontrakt som parterna har kommit överens om.

som innefattas i huvudavtalet också utgör avtalsinnehåll mellan parterna. Tolkad på detta vis skulle en part vara förhindrad att göra gällande andra rättigheter än de som uttryckligen innefattas i huvudavtalet.

En andra fråga är om en integrationsklausul ska tolkas så att en part även är förhindrad att åberopa bevismedel som ger uttryck för olika avtalspreliminärer som kan användas som tolkningsdata, bevisfakta, för att kunna tydliggöra och förklara innebörden av rättsfakta som *framgår* av huvudavtalet.

Integrationsklausuler har sitt ursprung i den anglo-amerikanska rättskulturen. Detta kan medföra ett problem när klausulerna ska tolkas i en svensk kontext. Det är inte alls säkert att integrationsklausulen får den rättsliga verkan inför en svensk domstol som klausulen ger sken av och som parterna kanske har avsett. I anglo-amerikanska rättssystem tillämpas integrationsklausuler mot bakgrund av principen om "*the parol evidence rule*".[1310] Denna princip utgår från en speciell idé om bevisrätt, "*the law of evidence*", vilket innebär att viss bevisning är tillåten inför domstol medan annan inte är tillåten. Innebörden är att om en part åberopar bevisning för att styrka en omständighet som inte är tillåten, ska domstolen avvisa bevisningen. Detta ska dock inte förväxlas med regler om bevisföringsförbud så som vi känner dem i svensk civilprocess. En sådan bevisregel hindrar användandet av vissa bevismedel, exempelvis en skriftlig vittnesattest, för att visa att ett visst rättsfaktum är uppfyllt, men tillåter att rättsfaktumet visas på ett annat sätt. Principen om "*the parol evidence rule*" hindrar att ett visst rättsfaktum bevisas över huvud taget, exempelvis det faktum att parterna har avtalat om någonting annat än det som framgår av huvudavtalet.[1311] Principen om "*the parol evidence rule*" kan sägas dra den yttersta gränsen för vad som får bli föremål för bevisning i tvister om ett huvudavtal.[1312] Principen om "*the parol evidence rule*" aktualiseras när parterna har fört in en integrationsklausul i ett huvudavtal och därmed förklarat att deras gemensamma avsikt är att det slutliga huvudavtalet ska ligga till grund för fastställande av avtalsinnehållet och därmed ersätta alla tidigare avtalspreliminärer. Allt som parterna har avtalat finns "inom kontraktets fyra hörn".

För att åskådliggöra den rättsverkan som en integrationsklausul är tänkt att ha i anglo-amerikanska rättssystem ska två olika exempel presenteras.

Det första exemplet är hämtat från ett engelskt rättsfall, det så kallade *Inntrepreneur-fallet*.[1313] Tvisten rörde uthyrning av en pubverksamhet. I

1310. För vidare läsning om"*the parol evidence rule*" se bl.a. *Cole, Tony*, The Parol Evidence Rule: a Comparative Analysis and Proposal, s. 680–702, *Corbin, Arthur L.,* The Parol Evidence Rule, s. 603–663 och *Hartsfield, Jr. James L.*, The "Merger Clause" and the Parol Evidence Rule, s. 361–374.

1311. Se *Farnsworth, Allan E.*, On Contracts, s. 219 ff.

1312. Det finns dock flera undantag från regeln med innebörden att viss bevisning är tillåten, se vidare *Hellner, Jan*, The Parol Evidence Rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt, s. 187 f. och där gjorda hänvisningar. Jfr även *Farnsworth, Allan E.*, On Contracts, s. 2225 ff.

1313. *Inntrepreneur Pub Co (GL)* mot *East Crown Ltd.*

hyresavtalet fanns det en avtalsbestämmelse som förpliktade hyrestagaren att inköpa öl på visst sätt och av viss leverantör. Uthyraren stämde hyrestagaren och begärde skadestånd på grund av kontraktsbrott, eftersom hyrestagaren hade köpt öl utanför leverantörskretsen. Svaranden invände att en behörig företrädare hos uthyraren hade upplyst om att inköpsåtagandet endast skulle gälla under ett par år. I hyresavtalet fanns det dock en integrationsklausul med innebörden att det skriftliga avtalet exklusivt uttryckte vad parterna hade kommit överens om. Tillägg och ändringar skulle tillföras det skriftliga avtalet för att ge uttryck för parternas gemensamma vilja.[1314] Det skriftliga avtalet saknade ett tidsbegränsat inköpsåtagande. Den engelska domstolen, *High Court of Justice Chancery Division*, upprätthöll integrationsklausulen och ansåg att hyrestagaren var bunden av sina åtaganden i enlighet med det skriftliga avtalet.

Tolkad som en civilrättsligt bindande överenskommelse mellan parterna får integrationsklausulen med andra ord den betydelsen att parternas samtliga kontraktuella åtaganden framgår av huvudavtalet. När domstolen ska fastställa vad som utgör avtalsinnehåll mellan parterna får den enbart utgå från huvudavtalet.[1315] Den processuella rättsverkan blir att om det inte av detta avtal framgår att inköpsåtagandet enbart skulle gälla under några år, saknar en sådan invändning betydelse och parten får *inte åberopa bevis* för att styrka påståendet om inköpsåtagandets tidsbegränsade giltighet.

Det andra exemplet är hämtat från ett amerikanskt rättsfall, det så kallade *Gianni-fallet*.[1316] Frank Gianni sålde tobak, frukt, godis och läsk i en kontorsbyggnad i Pittsburgh. Byggnaden såldes och Gianni förhandlade om hyresavtalet med den nye ägaren. Förhandlingarna resulterade i att Gianni och hyresvärden undertecknade ett hyresavtal av vilket det framgick att Gianni enbart hade rätt att sälja frukt, godis och läsk. Han fick däremot inte sälja tobak. I avtalet fanns en integrationsklausul med innebörden att alla avtalspreliminärer var beaktade och ersatta av det efterföljande slutliga skriftliga avtalet.[1317] En tid därefter öppnades i samma byggnad en *drugstore* som även den sålde läsk. Gianni stämde hyresvärden för brott mot ett tidigare muntliga avtal mellan parterna. Gianni menade att han fått ett löfte från

1314. Följande integrationsklausul fanns intagen i parternas avtal "*14.1 Any variations of this Agreement which are agreed in correspondence shall be incorporated in this Agreement where that correspondence makes express reference to this Clause and the parties acknowledge that this Agreement (with the incorporation of any such variations) constitutes the entire Agreement between the parties.*" Klausulen så som den återges i rättsfallet, *Inntrepreneur Pub Co (GL)* mot *East Crown Ltd.*

1315. Det är vanligt att en integrationsklausul kompletteras med ett villkor om att endast skriftliga ändringar och tillägg till avtalet är bindande mellan parterna.

1316. *Gianni* mot *Russel & Co.* Se även *Farnsworth*, *Allan E.*, On Contracts, s. 220 ff. där fallet behandlas.

1317. Följande integrationsklausul fanns intagen i parternas avtal "*All preliminary negotiations, conversations and verbal agreements are merged in and superseded by the subsequent written contract […]*", *Gianni* mot *Russel & Co.*

hyresvärden om att Gianni skulle ha exklusiv rätt att sälja läsk i byggnaden. Gianni försökte visa att innan det skriftliga avtalet undertecknades garanterade hyresvärden att Gianni skulle ha exklusiv rätt att sälja läsk i byggnaden mot att Gianni gick med på att inte sälja tobak samt betala en högre hyra. Domstolen godtog inte att Gianni fick åberopa vittne till stöd för sitt påstående. Domstolen menade att det skriftliga avtalet innefattade den fullständiga regleringen av parternas överenskommelse. Vittnesbevisning till stöd för Giannis påstående var därför inte tillåtet. Även om hyresvärden verkligen hade lovat Gianni en exklusiv rätt att sälja läsk, utestängde integrationsklausulen och regeln om "*the parol evidence rule*" Giannis möjligheter att åberopa bevisning om innehållet i ett tidigare muntligt avtal.

I svensk rätt saknas en motsvarighet till "*the parol evidence rule*". Civilprocessen bygger på principen om fri bevisföring. Innebär detta att en integrationsklausul helt saknar processuell rättsverkan i svensk civilprocess?

I detta avsnitt ska tre olika sätt att tolka och bedöma integrationsklausuler behandlas mot bakgrund av de ovan angivna situationerna; En part åberopar bevisning till styrkande av att *andra* rättsfakta än de som innefattas av huvudavtalet, alternativt åberopar bevisning som tolkningsdata för att tydliggöra rättsfakta som *redan innefattas* i ett huvudavtal. Integrationsklausulen kan tolkas som ett avtalsvillkor:

1. om åberopandeförbud avseende andra rättsfakta än de som framgår av huvudavtalet,
2. om tillåten bevisföring,
3. om avtalstolkning.

De två första tolkningarna hänger delvis samman och knyter an till integrationsklausulens processuella sida, medan den sista tolkningen avser klausulens civilrättsliga sida. Integrationsklausuler kan vara mer eller mindre formulerade i processuella termer.[1318] Det råder dock knappast någon tvekan om att en integrationsklausul innefattar både process- och civilrättsliga moment. Nedan ska integrationsklausulers processuella rättsverkan samt betydelse för domstolens handläggning och sakprövning analyseras utifrån de ovan presenterade tre tolkningarna.

Domstolen ska ta ställning till om det, med hänsyn till att det finns en integrationsklausul i huvudavtalet, är möjligt att neka en part att framställa åberopanden av visst processmaterial. Att en part åberopar rättsfakta som innefattas av huvudavtalet mellan parterna till stöd för sin talan är inte ett problem här. Problemen uppkommer istället när en part åberopar rättsfakta, samt bevismedel till styrkande av dessa, som *inte* framgår av huvudavtalet.

1318. Jfr Klausul 5 och 6 ovan under avsnitt 13.4.3.1, där klausul 6 är mer formulerad i processuella termer än klausul 5. Avsikten är dock densamma med båda klausulerna; att utesluta avtalspreliminärerna vid fastställandet av vad som utgör avtalsinnehåll mellan parterna. Parternas gemensamma vilja framgår av det skriftliga avtalet.

Enligt den fria processföringens princip styr parterna genom sina ensidiga processhandlingar över det faktaunderlag som ska läggas fram inför domstolen. En integrationsklausul hindrar inte detta. En domstol får *inte* neka en part att åberopa rättsfakta till stöd för en påstått avtalad rättighet som inte framgår av huvudavtalet.

Även när det gäller åberopanden av bevismedel har domaren få möjligheter att neka en part att framställa ett sådant åberopande. Civilprocessen medger enbart begränsade möjligheter att avvisa bevisning och inte någon av de bestämmelserna är generellt tillämpliga för integrationsklausuler.[1319] Istället råder den fria bevisföringens princip. Mot bakgrund av den processuella ogiltighetsprincipen krävs det då lagstöd för att en domstol ska kunna avvisa den åberopade bevisningen och något sådant lagstöd finns inte. Det spelar ingen roll om det är bevisning som åberopas till styrkande av en rättighet som framgår direkt av huvudavtalet eller om det är till styrkande av en rättighet som inte framgår av huvudavtalet. Har en part åberopat rättsfakta som inte framgår av huvudavtalet, får parten också åberopa bevisning till styrkande av att dessa rättsfakta faktiskt är en del av avtalet mellan parterna. Det är sedan domstolens uppgift att bedöma vilket bevisvärde som ska åsättas de specifika bevisfakta som har framkommit ur partens åberopade bevismedel.

Integrationsklausuler kan också få betydelse i de civilrättsliga delarna. En integrationsklausul kan nämligen tolkas som ett avtal om avtalstolkning där integrationsklausulen ger uttryck för den avtalstolkningsmetod som domstolen ska tillämpa. Genom klausulen betonas att allt som har avtalats mellan parterna framgår av huvudavtalet. Genom integrationsklausulen har parterna kommit överens om att domstolen ska använda sig av en bokstavstolkning när avtalsinnehållet ska fastställas. Civilrättsliga verkningar av integrationsklausuler samt avtal om avtalstolkningsmodeller och principer faller utanför avhandlingen, men några reflektioner i förhållande till integrationsklausuler ska dock lyftas fram.[1320]

Bevisbörderegler ses främst som en del av civilrätten och inte som en del av processrätten. Det är också möjligt för parterna att ingå avtal om bevisbördans placering på ett sätt som är bindande för domstolen.[1321] Betyder det också att parterna får styra över domstolens avtalstolkning genom avtal? Det finns inte något entydigt och självklart svar på den frågan. Många avtalstolkningsregler och principer påverkar också bevisbördans placering.[1322] Det

1319. 35 kap. 7 § RB. Angående denna bestämmelse och dess tillämpning se ovan under avsnitt 11.5.3. och 13.4.2.

1320. Angående denna avgränsning se ovan under avsnitt 1.4.1.

1321. Jfr *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt II, s. 33 ff., *Heuman, Lars*, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 56, *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 117 f. och 128 samt *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 55 f.

1322. Angående avtalstolkning och bevisbördans placering jfr *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt II, kapitel 4.

skulle kunna argumenteras för att parterna också skulle kunna ingå avtal om vilken tolkningsmetod som domstolen ska tillämpa när avtalsinnehållet ska fastställas. Dessutom ska poängteras att avtalstolkningen inte är en del av domstolens bevisvärderingsuppgift även om det kan vara svårt att skilja avtalstolkning från bevisvärdering. Vid tolkning handlar det om att mot bakgrund av avtalets lydelse och andra tolkningsdata komma fram till vad parterna har avsett i en enskild specifik situation.[1323]

När domstolen ska avgöra en tvist med anledning av huvudavtalet ska den vid en avtalstolkning i första hand utgå från det skriftliga avtalet. Om en part även åberopar omständigheter eller bevisning som förbjudits enligt ett specifikt avtalsvillkor är dock domstolen enligt rättegångsbalken skyldig att låta parterna åberopa det enligt villkoret ”förbjudna”. Oavsett om parterna med för domstolen bindande verkan får ingå avtal om allmänna civilrättsliga avtalstolkningsregler och principer, exempelvis genom att i en integrationsklausul lyfta fram bokstavstolkningen som tolkningsmetod, måste domstolen tillåta att parterna åberopar de rättsfakta och bevismedel som parten finner nödvändigt. Domstolen ska efter samvetsgrann prövning av *allt* som förekommit, avgöra vad som är bevisat i målet.[1324] En domstol måste beakta alla de omständigheter och bevis som har åberopats i målet och avgöra vilket värde som bevis olika bevisfakta ska tillmätas. Bevisvärderingen ska dock göras mot bakgrund av att parterna har en integrationsklausul som visar att de vid avtalsslutet var överens om att avtalspreliminärerna inte skulle beaktas och att huvudavtalet är ett uttryck för parternas gemensamma vilja om vad som har avtalats materiellt mellan dem.[1325] En sådan fri bevisvärdering skulle kunna leda fram till att domstolen drar slutsatsen att avtalspreliminärerna inte har något värde, eller att de har ett lågt värde som bevis.[1326]

13.4.4 *Sekretessavtal*

13.4.4.1 EXEMPELKLAUSULER

Parterna i ett avtalsförhållande kan ha ett intresse av att begränsa allmänhetens och utomståendes möjlighet att ta del av vad som förekommit under deras enskilda avtalsförhandlingar eller om innehållet i ett huvudavtal. I avsikt att uppnå detta ingår därför parterna ett sekretessavtal.[1327] Ett sådant avtal är som regel bindande mellan parterna. Om en part i strid med avtalet lämnar ut information, begår parten ett kontraktsbrott. Det är dock inte

1323. Jfr *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt II, s. 17 f.

1324. 35 kap. 1 § RB.

1325. I detta sammanhang aktualiseras frågan om och under vilka förutsättningar integrationsklausuler kan utgöra avsiktsbevisning. Denna fråga diskuteras nedan under avsnitt 13.4.5.3.

1326. Integrationsklausulers betydelse vid bevisvärderingen analyseras ytterligare nedan i avsnitt 13.4.5.3 samt i kapitel 15.

1327. Detta sker oftast genom att parterna tillför huvudavtalet en sekretessklausul.

denna situation som ska behandlas i detta avsnitt. Istället behandlas här frågan om vilken processuell rättsverkan sekretessavtal får i bevishänseende när de åberopas inför en domstol med avsikt att begränsa domstolens bevismaterial. En sak är att parterna önskar sekretess avseende vissa specifika uppgifter, men en helt annan sak är om parterna verkligen har rättsligt mandat att också bestämma vilka uppgifter som ska omfattas av sekretess vid en domstolsförhandling och därmed påverka vilka bevismedel som får åberopas inför domstol.[1328]

Genom sekretessavtalet vill parterna begränsa domarens tillgång till viss information, bevisfakta. Parterna vill inte att dessa bevisfakta ska påverka domstolens bedömning av en sakfråga. Sekretessavtal kan formuleras på skilda sätt och förbudet att lämna ut informationen uttrycks inte alltid i termer av sekretess. Ibland är avtalsvillkor formulerade som yppandeförbud för parterna avseende den i villkoret angivna informationen. Andra gånger är villkoren formulerade som åberopandeförbud avseende viss information.[1329] Nedan ska några varianter av sådana sekretessklausuler illustreras och problematiseras:

Klausul 7,
”Samtliga personer som har närvarat vid avtalsförhandlingarna är förbjudna att yppa till utomstående vad som förekommit vid förhandlingarna.

Vid en framtida tvist i anledning av detta kontrakt förbinder sig parterna att inte åberopa utsaga från någon person som närvarat vid avtalsförhandlingarna och som avser vad som förekommit vid dessa förhandlingar.”

Klausul 8,
”Parterna förbinder sig att inte till någon utomstående yppa något om förlikningens innehåll eller tillkomst.”

Klausul 9,
”Part får inte i rättegång eller i skiljeförfarande åberopa vad som förekommit vid medling. Part får inte heller i rättegång eller i skiljeförfarande åberopa medlaren som vittne eller som sakkunnig i tvisten.”[1330]

De ovan exemplifierade avtalsklausulerna skiljer sig något åt när det gäller formuleringarna och vem som träffas av förbudet att lämna ut information samt i förhållande till vem förbudet gäller. Gemensamt för klausulerna är att parterna vill förhindra att viss information ”läcker ut” till utomstående.

1328. Sekretessavtal behandlas även nedan i kapitel 14.3 i samband med avtal som reglera frågor om offentlig förhandling och allmänhetens möjlighet att få tillgång till information. Sekretessavtals betydelse för domarens bevisvärdering behandlas nedan i kapitel 15.

1329. Åberopandeförbud avseende rättsfakta har behandlats ovan i avsnitt 13.3.

1330. Denna klausul är hämtad från Stockholms handelskammares skiljedomsinstituts medlingsregler från 1999, 3 § 4 st. Dessa ersattes den 1 januari 2014. I de senaste medlingsreglerna finns inte bestämmelsen med.

Man kan dock ställa sig frågan vad parterna menar då de använder uttryck som ”utomstående”, ”allmänheten” och liknande. Det råder knappast någon tvekan om att klausulerna omfattar subjekt som står utanför avtalsförhållandet såsom konkurrenter och media. Det skulle dock också kunna tänkas att parterna genom sekretessklausulen vill begränsa det processmaterial som en domstol ska ha tillgång till vid en eventuell framtida rättslig prövning av en tvist. Detta kan komma till mer eller mindre tydligt uttryck i avtalsvillkoren. Klausul 7 och 9 uttrycker att informationen inte får yppas inför en domstol, medan klausul 8 inte uttrycker någonting om detta. En part skulle dock kunna argumentera för att partsavsikten varit att även domstolen ska innefattas i begreppet ”utomstående”.

Processuellt ger sekretessklausulerna upphov till flera frågor. Ett yppandeförbud kan exempelvis tolkas som ett hinder för en part att som bevisning åberopa vittnesförhör med personer som närvarat vid de avtalsförhandlingar som föregått det slutliga huvudavtalet. Denna problematik aktualiseras för samtliga exempelklausuler i detta avsnitt. I klausul 7 har detta förtydligats genom tillägget i andra stycket, men även utan detta tillägg kan man fundera på om ett yppandeförbud skulle kunna få den effekten. Får en domstol neka en part att åberopa ett sådant muntligt bevismedel, eller ett annat bevismedel, där det riskeras att information som omfattas av sekretessklausulen kommer att avslöjas?

En annan tolkning av klausul 7 är att denna ska tjäna delvis samma syfte som en integrationsklausul. Det framgår inte av avtalsvillkoret att parternas avsikt har varit att det skriftliga avtalet ska läggas till grund för avtalsinnehållet. Andra stycket antyder dock att avsikten är att begränsa processmaterialet till skrivet material. Vissa avtalspreliminärer ska inte vara tillåtna att åberopa och muntlig bevisning ska till viss del vara otillåten. Klausulen är inte helt tydlig i denna del. Det verkar enbart vara vittnesförhör med personer som har närvarat vid avtalsförhandlingarna som avses med avtalsvillkorets utformning och det verkar inte finnas något hinder mot att åberopa avtalsutkast och andra skriftliga dokument som upprättats i tiden innan det slutliga huvudavtalet.

Klausul 8 är en klausul som ofta används i förlikningsöverenskommelser mellan parter, även om formuleringarna kan skilja sig åt. Parterna vill genom avtalsvillkoret förvissa sig om att det som sagts och diskuterats under förlikningsförhandlingarna inte avslöjas för utomstående och inte heller får göras gällande utanför ”förlikningsrummet”. Avsikten med förlikningsförhandlingarna är att få ett slut på tvisten och nå en överenskommelse som båda parter känner sig nöjda med. För att uppnå detta måste parterna vara villiga att föra en diskussion som kanske inte egentligen speglar den inställning som de skulle haft om tvisten hade prövats i en rättslig process. Om parterna är överens om det, kan också förlikningsförhandlingarna föras på ett sådant sätt att den bakomliggande tvisten inte nödvändigtvis är i fokus utan även andra

värden och intressen kan beaktas.[1331] Under förlikningsförhandlingarna kan även företagshemligheter, andra affärsuppgörelser, framtida affärsplaner och liknande ha diskuterats. Beroende på vilka parterna är och vad tvisten gäller skulle ett sådant avslöjande kunna medföra ekonomiska förluster och få negativa konsekvenser för en enskild part samt påverka dennes anseende och rykte på ett icke önskvärt sätt. Det kan också tänkas att parterna vill hålla innehållet i förlikningsöverenskommelsen hemligt. De vill helt enkelt inte avslöja vilka eventuella uppoffringar och medgivanden de har varit villig att göra för att få ett avslut på tvisten.

Samma hänsyn som ovan gör sig gällande när det gäller klausul 9 och förbudet för medlaren att yppa uppgifter som förekommit under medlingsförhandlingarna eller att yppa innehållet i en medlingsöverenskommelse.

Nedan analyseras vilken processuell rättsverkan sekretessklausuler har om en part i strid med avtalsvillkoret åberopar eller yppar uppgifter som omfattas av avtalet.

13.4.4.2 RÄTTSLIG INNEBÖRD AV SEKRETESSAVTAL

Den rättsliga analysen nedan tar sin utgångspunkt från typsituation I.[1332] Käranden åberopar ett visst bevismedel till stöd för att ett visst rättsfaktum har inträffat. Det åberopade bevismedlet, ett vittne, har kännedom om uppgifter som omfattas av ett sekretessavtal. Svaranden invänder att det finns ett sekretessavtal mellan parterna som förhindrar käranden att avslöja den aktuella informationen.[1333] Analysen utgår från att begreppet ”utomstående” innefattar domstolen även om inte detta uttryckligen framgår av avtalsformuleringen. Frågan som ska avgöras är vilken processuell rättsverkan sekretessavtalen ger upphov till om de åberopas *inför* domstol.

Klausul 7 andra stycket innehåller ett uttryckligt åberopandeförbud av *vissa muntliga bevismedel*. Ett sekretessavtal har inte någon generellt processhindrande verkan avseende uppgifter som omfattas av avtalet på så sätt att domstolen alltid ska avvisa åberopandet av bevismedel som riskerar att ge uttryck för sådana uppgifter som omfattas av ett sekretessavtal. Som nämnts tidigare får *inte* parterna på grund av ett avtal dem emellan, nekas att framställa ett åberopande om ett särskilt rättsfaktum och inte heller att åberopa bevismedel till styrkande av detta, exempelvis ett vittnesförhör.[1334] Detta gäller oavsett om förhöret hålls med en av parterna eller någon annan som en part har åberopat som vittne eller sakkunnig i rättegången. Det spelar inte heller någon roll vad det är för information som parterna vill ”hemlighålla”

1331. Jfr ovan avsnitt 11.6.3.

1332. Se ovan avsnitt 1.5.4.

1333. I analysen nedan bortses från den civilrättsliga frågan om det åberopade vittnet omfattas av det aktuella sekretssvillkoret. Angående civilrättsliga avgränsningar se ovan under avsnitt 1.4.1.

1334. Jfr resonemang ovan under avsnitt 13.3.5.

genom sekretessavtalet. Det kan handla om information som det är mycket känsligt för ett företag att offentliggöra. De bevisfakta som olika bevismedel ger upphov till blir offentliga och utgör en del av det bevismaterial som domstolen ska värdera för att kunna avgöra om kärandens talan ska bifallas eller ogillas.[1335] I annat fall skulle det innebära att parterna begränsade den fria process- och bevisföringen genom att komma överens om att ett särskilt bevismedel inte skulle vara tillåtet att åberopa som bevis i målet. En sådan tolkning saknar stöd i lagstiftningen.[1336]

Detsamma gäller för klausul 8 där parterna har förbundit sig att inte yppa någonting om det som förekommit under förlikningsförhandlingarna. Svarandens invändning om att sekretessklausulen hindrar käranden från att åberopa viss information inför domstol har ingen verkan.[1337] Ett accepterande av sekretessklausulen som hinder för att åberopa vissa rättsfakta eller bevismedel i civilprocessen kräver, mot bakgrund av den processuella ogiltighetsprincipen, lagstöd. Med undantag för de ovan nämnda reglerna i 35 kap. 7 § RB saknas sådant lagstöd.[1338] Ett vittne eller part som kallas för att höras inför domstolen, är skyldig att inställa sig och svara på det frågor som framställs.[1339]

Det ovan sagda hindrar inte att ett enskilt vittne vägrar att uttala sig om vissa uppgifter. Av 36 kap. 6 § 2 st. RB framgår att ett vittne får avstå från att avge en utsaga, om utsagan skulle avslöja en yrkeshemlighet.[1340] Vittnet får dock kallas till förhör, avlägga ed och yttra sig om annat än yrkeshemligheter. Det framgår inte av rättegångsbalkens regler vad som avses med en yrkeshemlighet, men av processlagberedningens uttalade framgår att hit räknas exempelvis yrkeshemlighet om fabrikationssätt, anordning, affärsförhållande eller annat som kan anses såsom något för ett visst affärsföretag egendomligt och beträffande vilket innehavaren har ett skäligt anspråk om att det inte uppenbaras.[1341] Denna rätt att vägra att uttala sig har ett vittne oavsett om denne omfattas av ett sekretessavtal eller inte. Det kan tänkas att ett vittne som är bunden av ett sekretessavtal nämner detta för domaren och

1335. Det finns dock under vissa förutsättningar möjlighet för parter att få företagskänslig information sekretessbelagd i ett domstolsförfarande. Detta behandlas nedan i avsnitt 14.3.2.

1336. *Fahlbeck, Reinhold*, Lagen om skydd för företagshemligheter, s. 70 f. och 257. Fahlbeck betonar att avtal mellan parterna om sekretess under och efter rättegång vid domstol saknar verkan gentemot domstolen. Se även det resonemang som förs ovan under avsnitt 13.4.2 om domstolens möjlighet att hindra en part från att åberopa ett visst bevis inför domstol.

1337. Jfr prop. 2010/11:128 s. 76.

1338. Angående 35 kap. 7 § RB och möjligheten att begränsa den fria bevisföringens princip se ovan avsnitt 11.5.3 och 13.4.2.

1339. Jfr 36 kap. 1 § och 7 § RB och 37 kap. 1 §.

1340. För en mera allmän genomgång av bestämmelsen hänvisas till *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentar till 36 kap. 6 § 2 st. och där gjorda hänvisningar.

1341. Jfr SOU 1938:44 s. 394. Se även NJA 1995 s. 347 där det framhålls att begreppet företagshemlighet i vart fall inte har en vidare innebörd än uttrycket yrkeshemlighet. Även NJA 2012 s. 289, särskilt p. 14 i Högsta domstolens domskäl där begreppet yrkeshemlighet behandlas.

begär att slippa uttala sig inför domstolen med risk för att då begå en överträdelse av sekretessavtalet. Det är dock domstolen som ytterst avgör vilken typ av uppgifter som vittnet får låta bli att uttala sig om. En förutsättning är att uppgifterna kan klassificeras som yrkeshemligheter enligt bestämmelsen i rättegångsbalken, inte att de omfattas av ett sekretessavtal.[1342]

En annan sak är att det skulle kunna argumenteras för att en utsaga som lämnas i strid med ett sekretessavtal inte kan tillerkännas något eller i vart fall ett mycket lågt bevisvärde.[1343] Argumentet skulle då vara att parterna genom avtalet har utryckt en samstämmig och väl övervägd slutsats om att den muntliga utsagan är betydelselös. Parterna skulle då ha strävat efter att ge avtalet den processuella rättsverkan att utsagan tilldelas ett begränsat bevisvärde.[1344]

Även klausul 9 innehåller ett åberopandeförbud. I första ledet finns ett allmänt förbud mot åberopanden av omständigheter som förekommit under medlingsförhandlingarna. I denna del liknar klausul 9 det första ledet i klausul 8 som även den innefattar ett förbud mot att yppa något om en förlikningsöverenskommelses innehåll och tillkomst. Så som klausul 9 första ledet är formulerad verkar klausulen omfatta inte bara muntliga utsagor som lämnats under medlingen, utan allt material och alla uppgifter som förekommit under medlingen. I viken utsträckning ett sådant avtalsvillkor får någon processuell rättsverkan inför en domstol beror sannolikt på vad det är för uppgifter som åberopas. Som tidigare har utretts råder det dock ingen tvekan om att domstolen måste tillåta åberopandena av rättsfakta och sannolikt även åberopandet av ett enskilt bevismedel.[1345]

Andra ledet i klausul 9 däremot har stöd i processrättslig lagstiftning. Den allmänna vittnesplikten är central och får enbart inskränkas genom lag.[1346] En sådan inskränkning utgör bestämmelsen om frågeförbud i 36 kap. 5 § RB, där medlare omfattas.[1347] Frågeförbudet för medlare gäller oavsett om parterna och medlaren har ingått ett avtal om tystnadsplikt för medlaren eller inte. Parterna får inte genom avtal skapa en tystnadsplikt för vissa spe-

1342. Domstolen får också besluta om att förhandlingar helt eller delvis ska hållas inom stängda dörrar, på grund av att företagshemlig information behandlas under förhandlingen. Denna fråga diskuteras nedan under avsnitt 14.3.

1343. Prop. 2010/11:128 s. 76 och SOU 2007:26 s. 130.

1344. Denna bevisvärderingsproblematik behandlas nedan i kapitel 15.

1345. Jfr resonemang ovan i avsnitten 13.3.5 och 13.4.3.2 angående möjligheterna att neka en part att framställa åberopande av rättsfakta respektive bevismedel.

1346. Jfr prop. 2010/11:128 s. 68 f. Jfr även *Fahlbeck, Reinhold*, Lagen om skydd för företagshemligheter, s. 70 f., 187 och 257.

1347. Prop. 2010/11:128 s. 68 f. Jfr även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång III, s. 219 och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo) kommentaren till 35 kap. inledning, 1 § och 5 §. Denna bestämmelse infördes i rättegångsbalken i samband med att medlingslagen trädde i kraft. Det är troligen av den anledningen som den ovan nämnda bestämmelsen i Stockholms handelskammares medlingsregler från 1999 har tagits bort, jfr not 1330 ovan.

cifika subjekt som också är bindande för domstolen.[1348] Frågeförbudet ska iakttas av domstolen *ex officio,* men i praktiken får det antas att frågan uppmärksammas efter invändning från motparten.[1349] Enligt medlingslagen får inte en medlare obehörigen röja eller använda vad denne har fått kännedom om i samband med medlingen.[1350] För att denna bestämmelse skulle kunna upprätthållas var det nödvändigt att utöka frågeförbudsbestämmelsen i 36 kap. 5 § RB till att omfatta även medlare.[1351] En medlare får inte höras om sådant som framkommit vid medlingen och som denne har anförtrotts för uppdragets fullgörande. Frågeförbudet kan dock hävas om den part till vars förmån sekretessen gäller medger att medlaren hörs som vittne.[1352] Vikten av att medlaren inte ska uttala sig om medlingen och dess eventuella resultat understryks av att medlarens tystnadsplikt är straffsanktionerad när det gäller uppgifter som medlaren har fått del av i samband med medlingen.[1353]

Enligt klausul 9 får inte medlaren heller åberopas som sakkunnig i tvisten. Av klausulens formulering förefaller det vara så kallade partssakkunniga som avses.[1354] Det framgår inte av lagtexten vem som får vara partssakkunnig eller vilka kvalifikationer en partssakkunnig ska ha. Uttalanden från en partssakkunnig är en del av partens åberopade bevisning. Mot bakgrund av den fria bevisföringens princip skulle det därmed vara upp till varje enskild part att avgöra om åberopandet av sakkunnigbevisningen är nödvändig för att parten ska kunna bevisa sin sak. I doktrin har det framhållits att frågan om en partssakkunnigs uttalanden ska tillåtas eller inte avgörs av reglerna i 35 kap. 7 § RB.[1355]

Frågeförbudet i 36 kap. 5 § RB visar dock att det inte är meningen att en medlare ska befatta sig med en eventuell efterföljande rättslig process. Det har naturligtvis viss betydelse vad det är medlaren ska uttala sig om som sakkunnig. Är det omständigheter som ligger helt utanför medlingsuppdraget skulle det kunna tänkas att denne skulle kunna agera sakkunnig, men om det

1348. Klausul 9 innefattar även ett förbud att kalla medlaren som vittne inför en skiljenämnd avseende uppgifter som framkommit vid medlingen. Lagen om skiljeförfarande innehåller inte några uttryckliga regler likt 36 kap. 5 § RB. Mot bakgrund av att partsautonomin är central inom skiljeförfarandet skulle det kunna tänkas att en sekretessklausul likt klausul 9 redan på avtalsgrund skulle kunna hindra att en medlare kallas som vittne inför en skiljenämnd. Frågan ska dock inte utredas vidare här.

1349. *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 36 kap. 5 §.

1350. 5 § medlingslagen.

1351. Prop. 2010/11:128 s. 69.

1352. Prop. 2010/11:128 s. 69 och 89. Jfr även SOU 2007:26 s. 127 ff.

1353. Jfr 5 § medlingslagen och 20 kap. 3 § BrB. Även prop. 2010/11:128 s. 7.

1354. Jfr 40 kap. 19 § RB. Frågan om varför en part utser en partssakkunnig i ett särskilt mål eller vad som innefattas i sakkunniguppdraget ska inte behandlas i denna avhandling. För vidare läsning om partssakkunniga som bevismedel se bl.a. *Edelstam, Henrik*, Sakkunnigbeviset, *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, § 31, särskilt s. 294 ff. om partssakkunnig och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 40 kap. inledning och 40 kap. 19 §.

1355. *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 40 kap. 19 §.

rör omständigheter som varit föremål för diskussion under medlingen är det inte sannolikt att sakkunnigbeviset skulle tillåtas.[1356] En förutsättning är dock att domstolen kan avvisa sakkunnigbevisningen med stöd av 35 kap. 7 § RB. Skulle domstolen inte anse att sakkunnigbevisning får avvisas, skulle det faktum att medlaren har agerat medlare vid tidigare medlingsförhandlingar mellan parterna, kunna vägas in vid bevisvärderingen av den partssakkunniges uttalanden.[1357]

13.4.5 *Avtal om exklusiva och prioriterade bevismedel*

13.4.5.1 EXEMPELKLAUSULER

Med *exklusiva bevismedel* avses bevis som har till syfte att enbart en viss form av bevismedel, eller ett visst specifikt bevismedel, ska vara tillåtna och alla andra bevismedel är exkluderade. Ett *prioriterat bevismedel* har inte i främsta hand till syfte att exkludera vissa bevismedel. Istället är avsikten att betona att vissa former av bevismedel, eller ett visst specifikt bevismedel, ska väga tyngre än ett annat. Båda dessa former av bevismedel behandlas i detta avsnitt.

Avtal om exklusiva bevismedel innebär att det i avtalsvillkoret utpekade bevismedlet ska utgöra ett exklusivt bevismedel avseende vad som är avtalsinnehåll i parternas huvudavtal. Ett exempel på ett sådant avtalsvillkor är följande:

> **Klausul 10,**
> ”Om tvist uppkommer med anledning av detta avtal ska enbart skriftliga bevismedel vara tillåtna för att bevisa vad som utgör avtalsinnehåll.”

Det kan finnas flera anledningar till att parterna önskar att skriftliga bevismedel ska vara exklusiva vid en eventuellt kommande tvist dem emellan. En anledning kan vara att parterna vill undvika muntlig bevisning inför domstolen. Det är betydligt svårare för parterna att ha kontroll över muntlig bevisning jämfört med skriftlig. Det går inte att förutse helt hur ett vittne kommer att agera under ett vittnesförhör, vilka frågor som kommer att ställas av motparten och rätten, samt vilka svar vittnet kommer att ge. Genom att begränsa bevisningen till skriftliga bevis har parterna en helt annan kontroll över och insyn i motpartens bevisning, vilket också gör det lättare för en part att förbereda sin egen bevisning. En annan anledning skulle kunna vara att parterna vill påskynda handläggningen av eventuella framtida tvister genom att begränsa processmaterialet och undvika att onödig bevisning förs in i processen.

1356. Detta är dock en teoretisk fråga. Det framstår som osannolikt att en medlare som genomfört medlingsförhandlingar med de i målet aktuella parterna, skulle acceptera ett uppdrag som partssakkunnig.

1357. Jfr *Edelstam, Henrik*, Sakkunnigbeviset, s. 266 ff. och *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 295.

Det kan också tänkas att parterna specificerar bevisföringsförbudet till att avse ett specifikt bevismedel. De tidigare nämnda integrationsklausulerna utgör ett exempel på detta.[1358] Dessa skulle kunna tolkas som avtal om ett exklusivt bevismedel. Tolkad på det sättet skulle innebörden av integrationsklausulen vara att enbart det skriftliga huvudavtalet skulle vara tillåtet bevismedel om det uppkom en tvist med anledning av parternas huvudavtal. Alla andra former av bevismedel skulle då vara exkluderade genom integrationsklausulen. Parterna skulle inte få åberopa andra skriftliga bevismedel så som protokoll, brev och digital kommunikation och inte heller muntliga bevis till styrkande av vad som är avtalsinnehåll mellan parterna.

Oavsett hur ett avtalsvillkor om exklusiva bevismedel formuleras är avsikten med dem att understryka att enbart vissa typer av bevismedel ska tillmätas betydelse och vara tillåtna att åberopa inför domstol om det uppkommer en tvist mellan parterna med anledning av huvudavtalet. Det materiella avtalsinnehållet får enbart styrkas med stöd av de i bevisförbudsvillkoret utpekade bevismedlen.

Det kan också tänkas att parterna i ett avtal redan på förhand vill understryka att om det uppkommer en tvist ska ett särskilt utpekat dokument, eller en utsaga, tillerkännas särskild vikt och därmed tjäna som *prioriterat bevismedel* avseende vissa specifika rättsfakta. Ett exempel på detta är att parterna i ett föravtal till ett slutligt huvudavtal om köp av ett företag tar in följande klausul:

> **Klausul 11,**
> ”Vid avtalsförhandlingarna ska protokoll föras över förhandlingarna. Protokollet ska efter varje sammankomst godkännas och undertecknas av båda parter. Vid framtida tvist om huvudavtalets rätta tolkning och innebörd, ska protokollet äga vitsord framför annat tolkningsunderlag.”

Parter kan ha flera olika avsikter med en klausul som denna. En skulle kunna vara att parterna genom klausulen har avsett att säkra bevisning om vad som förekommit under avtalsförhandlingarna innan huvudavtalet samt ange vilken tyngd som bevis det utpekade protokollet ska ha. På samma sätt som när det gäller klausul 10 ovan skulle en annan avsikt med klausul 11 kunna vara att parterna vill påskynda handläggningen av eventuella framtida tvister genom att begränsa processmaterialet och undvika att onödig bevisning förs in i processen. Ytterligare en avsikt skulle kunna vara att avtalsvillkoret ska vara handlingsdirigerande för parterna genom att de uppmärksammas på vikten av noggrannhet och att de därmed inte undertecknar och godkänner ett protokoll utan att först förvissa sig om att de accepterar innehållet.

Avtalsformuleringen i klausul 11 är inte helt tydlig när det gäller protokollets betydelse som bevis, men en tolkning skulle kunna vara att formule-

1358. Jfr klausulerna 5–7 ovan under avsnitt 13.4.3.1.

ringen "*äga vitsord framför annat* […]" har till syfte att göra protokollet till ett prioriterat bevismedel för den gemensamma partsviljan snarare än ett exklusivt bevismedel.

Det skulle i och för sig kunna argumenteras för att även klausul 11 utgör ett avtal om ett exklusivt bevismedel. Tolkad på det viset skulle protokollet utgöra ett exklusivt bevismedel avseende vad som har förekommit under avtalsförhandlingarna. Avsikten med avtalsvillkoret skulle då vara att domstolen ska tillerkänna protokollet särskild verkan som bevis genom att ge det ett högt bevisvärde. Domstolen skulle då vara förhindrad att, eller i vart fall enbart i begränsad utsträckning få, beakta andra av motparten åberopade bevismedel. Ett annat sätt att formulera det är att protokollet ska presumeras innefatta den gemensamma partsviljan.

Ur ett civilrättsligt perspektiv innebär klausul 11 att protokollen ska ha tolkningsföreträde framför annat tolkningsunderlag. Den eftersträvade processrättsliga verkan av klausulen skulle då vara att klausulen ges en särskild betydelse när det ska fastställas vad som är den gemensamma partsviljan med huvudavtalet, en form av bevisvärderingsöverenskommelse.[1359]

Avtalsvillkor om exklusiva och prioriterade bevismedel ger upphov till flera processuella frågor. Genom villkoren har parterna på olika sätt begränsat den fria bevisföringen genom att ge anvisningar till domstolen om vad som ska utgöra tillåten bevisning om existensen av vissa särskilda rättsfakta. Dessutom har parterna givit anvisningar till domstolen om hur den ska utföra bevisvärderingen. Nedan ska analyseras vilken processuell rättsverkan avtal om exklusiva och prioriterade bevismedel har samt vilken betydelse de har för domstolens handläggning och sakprövning av tvisten.

13.4.5.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om exklusiva och prioriterade bevismedel

35 kap. 1 § 2 st. RB lämnar öppet för regler som föreskriver vilken verkan ett visst slags bevis ska ha. I lagtexten står det "*Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.*". Frågan är om man i detta uttryck får tolka in att ett avtalsvillkor som föreskriver att ett visst eller viss form av bevismedel ska vara exklusivt, prioriterat eller ha ett visst bevisvärde, ska ges bindande verkan om det åberopas inför domstol. Svarar man ja på den frågan skulle parter genom avtal kunna begränsa den fria bevisföringen med bindande verkan för domstolens sakprövning och bevisvärdering.

För att kunna svara på frågan måste först utredas vilka situationer som avses i bestämmelsen ovan. Utgångspunkten är att bevisvärderingen ska vara *fri*.[1360] Undantag görs enbart för sådant som är "stadgat". Begreppet "stad-

1359. Avtal om bevisvärdering analyseras nedan i kapitel 15.
1360. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 11.5.3 och 11.6.2.

gat" antyder att det är lagregleringar som avses.[1361] Samtliga exempel som framfördes av processlagberedningen i samband med regelns införande utgör också lagregler, vilket stödjer att begreppet ska tolkas så att det innefattar lagregler och inte avtalsvillkor.[1362] En sådan tolkning stämmer också väl överens med uppfattningen i doktrin. Bestämmelserna avser i vissa fall bevisvärderingen och i andra fall bevisbördan eller beviskravet.[1363]

När det gäller bevisbördans placering och beviskravets storlek är det möjligt för parterna, om bevisbördan ansluter till en dispositiv civilrättslig regel, att komma överens om frågor om bevisbördan på ett sätt som också är bindande för domstolen. Har parterna ingått ett giltigt sådant avtal ska domstolen vid rättstillämpningen placera bevisbördan i enlighet med avtalet och värdera åberopade bevis mot bakgrund av det fastställda beviskravet.[1364] Anledningen till att denna typ av avtalsvillkor accepteras är sannolikt att dessa inte ses som en processuell överenskommelse och därmed inte som en del av bevisrätten. Istället klassificeras avtalsvillkoren som en del av civilrätten.[1365] Processlagberedningen diskuterade om det borde införas allmänna regler om bevisbördans fördelning, men valda att inte föreslå ett införande av sådana regler i rättegångsbalken. Beredningen menade att frågan om bevisbördan hade mindre betydelse i en rättegångsordning som bygger på fri bevisprövning jämfört med en som likt den äldre ordningen bygger på den legala bevisteorin.[1366] Det förekommer dock att det i materiell lagstiftning, exempelvis köplagen, framgår av lagtexten hur bevisbördan ska fördelas och vilket beviskrav som krävs.[1367]

1361. Sådana bestämmelser finns bl.a. i 9 kap. 28 § JB angående lagakraftvunnen arrendesyn, 10 kap. 2 § ÄB angående testamente. I det första fallet framgår av lagtexten att om synen inte klandras, gäller den som fullt bevis för arrendeställets skick den dag synen genomfördes och att det inte är tillåtet att föra motbevisning om detta. Resultatet från synen är ett exklusivt bevismedel som utsläcker rätten att införa annan bevisning för att motbevisa dess riktighet. I det senare fallet är beviset exklusivt om inte en part lägger fram bevisning som motbevisar detta. Om två testamentsvittnen har intygat att testamentet har upprättats på det sätt som krävs enligt lagtexten, 10 kap. 1 § ÄB, äger detta intyg, vid en klandertalan, tilltro om inte det framkommer omständigheter som förringar intygets trovärdighet.

1362. SOU 1938:44 s. 378. Jfr också uttrycket att döma efter "Sveriges lag och laga stadgar" som framgår av domareden, 4 kap. 11 § RB.

1363. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 § 2 st., *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 41 f. och *Gärde. Natanael m.fl.*, Nya rättegångsbalken, s. 476.

1364. Jfr NJA 1986 s. 470 och NJA 1998 s. 364. Angående avtal om bevisbördans placering och beviskravets storlek, se vidare *Heuman, Lars*, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 56. Jfr även *Lindskog, Stefan* Skiljeförfarande, s. 56.

1365. Jfr *Westberg, Peter*, Processtaktik och bevisbörda i dispositiva tvistemål, s. 744. Även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 § under rubriken Bevisbördan.

1366. SOU 1938:44 s. 379. Processlagberedningen ansåg att en sådan allmän reglering av bevisbördan förutsatte ett noggrant ingående på de privaträttsliga förhållanden som kan bli föremål för rättegång och de olika lägen som kan föreligga i uppkomna tvister. Beredningen ansåg det därför uteslutet att fullständigt reglera bevisbördans fördelning.

1367. Jfr exempelvis säljarens kontrollansvar vid dröjsmål i 27 § KöpL.

Det finns inte någonting som tyder på att ett avtalsvillkor mellan parter också omfattas av begreppet ”stadgat” i 35 kap. 1 § 2 st. RB. Bestämmelsen torde ta sikte enbart på situationer som reglerats i lag.

Huvudregeln är som nämnts ovan att parterna själva, inom ramen för den fria bevisföringens princip, bestämmer vilka bevismedel de vill åberopa till styrkande av ett specifikt rättsfaktum. Domstolen har enbart begränsade möjligheter att avvisa bevisning.[1368] Oavsett om en part åberopar bevismedel i strid med ett avtalsvillkor om exklusiva eller prioriterade bevismedel, ska domstolen *tillåta* den åberopade bevisningen och vid sakprövningen fritt värdera de bevisfakta som framkommit ur de åberopade bevismedlen, för att kunna avgöra vilka rättsfakta som är bevisade i målet. Problematiken ska först illustreras med hjälp av integrationsklausul 5.[1369]

Om avtalsvillkoret tolkas så att det skriftliga huvudavtalet utgör exklusivt bevismedel om vad som är avtalsinnehåll mellan parterna, skulle det kunna tolkas så att andra bevismedel än huvudavtalet inte skulle vara tillåtna för att bevisa avtalsinnehållet. Med utgångspunkt i typsituation I skulle ett tänkbart scenario vara att käranden väcker talan och yrkar skadestånd till följd av fel i vara.[1370] Till stöd för sin talan åberopar käranden ett dokument från avtalsförhandlingarna. Svaranden bestrider att varan är felaktig. Varan är levererad i avtalsenligt skick i enlighet med huvudavtalet. Svaranden invänder också att huvudavtalet utgör exklusivt bevismedel om vad som har avtalats mellan parterna och att det av käranden åberopade dokumentet från avtalsförhandlingarna inte är ett tillåtet bevismedel och ska därför inte beaktas av domstolen vid bevisvärderingen.

Om domstolen skulle kunna avvisa det åberopade dokumentet med motiveringen att det saknar värde som bevis på grund av den exklusiva karaktär som huvudavtalet har, innebär det att domstolen måste göra någon form av förhandsbedömning av bevisningen för att kunna fastställa att den *uppenbart* saknar verkan i processen. Som visats ovan är utrymmet för att avvisa bevisning mycket litet och regeln i 35 kap. 7 § RB omfattar enbart speciella situationer. Det krävs att bevisningen uppenbart skulle bli utan verkan i målet. Det är mycket svårt att i förväg uttala sig om resultatet av viss bevisning och praktiskt sett bör det krävas att man säkert kan konstatera att beviset helt kan frånkännas verkan.[1371] Parterna har alltid rätt att få den *samlade* bevisningen sakprövad i ett sammanhang. Domstolen ska inte välja ut ett bevis bland flera och sortera bort detta utan att först ta reda på om detta bevis tillsammans med andra ändå kan ges viss verkan.[1372] Satt i relation till tanken bakom principen om fri bevisföring, står det parterna fritt att åberopa den bevisning

1368. Jfr ovan avsnitt 11.5.3 och 13.4.2.
1369. Jfr ovan under avsnitt 13.4.3.1.
1370. Typsituation I presenteras ovan under avsnitt 1.5.4.
1371. Se resonemanget ovan under avsnitt 13.4.2.
1372. Jfr SOU 1938:44 s. 377 ff.

de anser nödvändig och 35 kap. 7 § 3 p. bör inte tillämpas i detta fall.[1373] Motsvaranden gäller även för avtalsvillkor om prioriterade bevismedel. Inte heller i dessa fall har domstolen något egentligt utrymme att avvisa bevisning som åberopas i strid med avtalsvillkoret.

Däremot skulle avtalsvillkor om bevisföringsförbud, antingen det handlar om exklusiva eller prioriterade bevismedel, kunna få betydelse när domstolen ska värdera den åberopade bevisningen.[1374] Det kan tänkas att bevisfakta som fastställs ur bevismedel som har åberopats i strid med ett uttryckligt avtalsvillkor om bevisföringsförbud tillerkänns ett förhållandevis lågt bevisvärde. Men det kan också, beroende på omständigheterna i ett enskilt fall, tänkas att dessa bevisfakta tillerkänns ett inte obetydligt bevisvärde. Problematiken ska åskådliggöras genom en analys av klausul 11,[1375] som lyfter fram protokollen som viktiga bevismedel om vad som sagts och förekommit under förhandlingarna.

Det råder ingen tvekan om att protokollen kommer att få stor betydelse om de åberopas inför domstol. Innehållet i protokollen utgör ett bevisfaktum om vad som har förekommit under förhandlingarna. Protokollet är en följd av protokollförarens observationer som tecknas ned. På så sätt kan protokollet liknas vid ett spår efter en faktisk händelse. Genom att parterna har kommit överens om att underteckna protokollet kommer detta att utgöra ett starkt bevis om vad som faktiskt har diskuterats och bestämts under avtalsförhandlingarna. Protokollet kommer att utgöra ett skriftligt bevismedel med ett högt bevisvärde.[1376]

I NJA 1990 s. 286 slog Högsta domstolen fast att ett justerat protokoll från en bolagsstämma har *vitsord* när det gäller ett beslut vid stämman, om det inte i en särskild rättegång visas att beslutet har haft ett annat innehåll än det protokollförda.[1377] I det avseendet kan det justerade protokollet sägas grunda en bevispresumtion.[1378] Högsta domstolen framhåller också att bevisning som, i annat sammanhang än i en sådan omnämnd särskild rätte-

1373. Heuman har dock framhållit avvisning som en möjlig lösning i en situation motsvarande den nu exemplifierade, *Heuman, Lars*, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 220.

1374. Delar av det kommande resonemanget skulle kunna föras nedan i kapitel 15, avtal om bevisvärdering. För att ge en helhetsbild av de processuella rättsverkningar som avtal om exklusiva och prioriterade bevis ger upphov till har jag dock valt att föra resonemanget i ett sammanhang här i nu aktuella avsnitt.

1375. Klausulen återges ovan under avsnitt 13.4.5.1.

1376. Jfr i *Ekelöf, Per Olof m.fl.,* Rättegång IV, s. 259, där det betonas att en handling som återspeglar parternas gemensamma uppfattning och som dessutom har undertecknats har ett högre bevisvärde än om handlingen upprättats av en av parterna. Se även *Heuman Lars*, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 224.

1377. Högsta domstolens uttalande innebär dock att protokollet äger vitsord i fråga om beslutets innehåll alldeles oavsett att parterna uttryckligen har uttryckt detta i ett särskilt avtalsvillkor eller i bolagsordningen.

1378. *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 § under rubriken Bevisvärderingen i särskilda fall. Angående bevispresumtioner se även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 88 ff. och *Heuman, Lars*, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 113 ff.

gång, åberopas till styrkande av att protokollet felaktigt skulle återge vad stämman beslutat, normalt får förutsättas bli utan verkan. Frågan är vad Högsta domstolen avser med detta uttalande. Innebär det att parterna inte får lov att föra in annan bevisning i processen? Innebär det att det föreligger en bevispresumtion som kräver att ett strängt beviskrav riktas mot den bevisskyldige?

Mot bakgrund av att det råder fri bevisföring, men också på grund av den processuella ogiltighetsprincipen, är det dock inte möjligt att ge ett avtalsvillkor som klausul 11 ovan den rättsliga verkan att det utestänger parternas möjlighet att åberopa bevisning som ifrågasätter protokollens trovärdighet och innehåll. En part som menar att någonting annat än vad som framgår av protokollet har behandlats under avtalsförhandlingarna, bör inte hindras från att åberopa annan bevisning till styrkande av detta. Domstolen ska, när den avgör målet, beakta och värdera *samtliga* bevis som har åberopats. En rimligare lösning är att se protokollet som ett bevismedel med ett typiskt sett högt bevisvärde. Kanske skulle det till och med kunna sägas att protokollet är en form av bevispresumtion.

Bevispresumtioner används ibland just som instrument för att skärpa ett kontraktsrättsligt ansvar. Presumtionerna har då ofta en processekonomisk funktion genom att bevisföringen förenklas för en part.[1379] Inom civilrätten förekommer det att vissa handlingar måste kunna företes för att en viss rättsföljd ska inträffa, exempelvis innehavarskuldebrev och konossement, handlingen är bärare av fordringen. Den som kan presentera ett innehavarskuldebrev eller ett konossement, presumeras vara rätt borgenär. Ett sådant bevismedel skiljer sig från protokollet då detta inte i sig är bärare av fordringen utan enbart har tillkommit i avsikt att utgöra ett starkt bevis mellan parterna om avtalsinnehållet.[1380]

Protokollen kommer, särskilt som det i avtalsvillkoret understryks att dessa ska godkännas och undertecknas av parterna, att tilldelas typiskt sett ett högt bevisvärde. Avtalsförhandlingarna förutsätts ha gått till på det vis som protokollen utvisar. Om vi antar att bevisbördan ligger på den som åberopar protokollet kommer det krävas att motparten åberopar motbevisning som sammantaget har så högt bevisvärde att den förringar protokollets bevisvärde i sådan omfattning att käranden inte anses ha styrkt sitt påstående. Detta är ett uttryck för det som brukar benämnas *falsk bevisbörda* och ska skiljas från det som benämns *äkta bevisbörda*.[1381] I det senare fallet anses den presenterade handlingen ha en presumtionsverkan med innebörden att bevisbördan i förhållande till huvudregeln kastas om. Med utgångspunkt i en

1379. *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 89. När det gäller ett presumtionsansvars allmänna innebörd, se även *Heuman, Lars*, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 113.

1380. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 42.

1381. Angående falsk och äkta bevisbörda, se *Fitger, Peter*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 1 § under rubriken Bevisbördan.

tvist där käranden väcker talan och yrkar skadestånd på grund av fel i vara och svaranden invänder att huvudavtalet inte medger käranden skadestånd i det aktuella fallet, skulle det innebära att käranden som påstår att varan är felaktig, enligt huvudregeln har bevisbördan för detta. Genom kärandens åberopande av protokollet (som stödjer kärandens talan) skulle dock bevisbördan kastas om. Den som, i det här fallet svaranden, påstår att någonting annat har avtalats än vad som framgår av protokollet, har bevisbördan för detta.[1382] Protokollet som åsyftas i klausul 11 har till främsta syfte att tjäna som bevis om vad som har avtalats mellan parterna. Protokollet är dock inte bärare av det bakomliggande fordringsförhållandet. Mot bakgrund av detta är den rimliga tolkningen av protokollet att detta ger upphov till en falsk bevisbörda och inte en äkta bevisbörda, det vill säga en presumtionsverkan med innebörden att bevisbördan kastas om.

Överfört på typsituation I skulle nu aktuella problematiken kunna beskrivas på följande sätt. Efter långa avtalsförhandlingar om köp av en specialbyggd produktionsmaskin har parterna förhandlat fram ett huvudavtal. Varje avtalsmöte har protokollförts och efter noggranna genomläsningar av varje protokoll har parterna intygat att protokollets innehåll överensstämmer med vad som föregått vid de enskilda förhandlingstillfällena. Köparen, käranden, yrkar skadestånd på grund av fel i varan. Denne menar att säljaren har lovat att den köpta maskinen ska ha en viss produktionskapacitet, vilket det visat sig att den inte har. Käranden åberopar ett förhandlingsprotokoll till styrkande av sitt påstående om den avtalade produktionskapaciteten. Av protokollet att döma stämmer kärandens påstående. Svaranden invänder i sin tur att protokollet inte överensstämmer med vad som verkligen har avtalats mellan parterna och att den levererade maskinen inte är felaktig. Käranden har här bevisbördan för sitt påstående om att maskinen skulle ha en viss produktionskapacitet. Protokollet utgör ett starkt bevismedel om att de faktiska förhållandena överensstämmer med protokollsinnehållet och ges därmed ett så högt bevisvärde att käranden genom att åberopa protokollet anses ha uppfyllt sin bevisbörda och styrkt att den köpta maskinen är felaktig. För att inte käromålet ska bifallas krävas att svaranden kan presentera motbevisning av sådan styrka att kärandens samlade bevisning enbart når upp till ett beviskrav strax *under* styrkt.

1382. Jfr RH 2003:43 där hovrätten betonar att när borgenären till stöd för sin fordran åberopar ett skuldebrev, vars främsta funktion är att bevisa den bakomliggande fordringens existens, och det ostridigt är fråga om en äkta urkund, bör den som påstår att skuldebrevet inte ger uttryck för en skuldförbindelse ha bevisbördan för påståendets riktighet. Skuldebrevets presumtionsverkan är då att bevisbördan kastas om. Jfr även NJA 1975 s. 577 där Högsta domstolen visserligen kom fram till att i den specifika situationen hade inte innehavarskuldebrevet en bevisbördeomkastande funktion. Högsta domstolen framhöll dock att innehavarskuldebrev normalt kan tillerkännas en sådan bevisbördeomkastande verkan.

Parterna får genom sin civilrättsliga avtalsfrihet tillsammans komma överens om att skapa ett så kallat *avsiktsbevis*, vars syfte är att spegla verkligheten så som den uppfattas av parterna tillsammans. Ett sådant avsiktsbevis tillmäts som regel ett högt bevisvärde. Det höga bevisvärdet följer av att parterna ger utryck för en *samstämmig* åsikt om att avsiktsbeviset speglar deras gemensamma vilja. Ett bevismedels kvalitet kan förbättras avsevärt om båda parterna medverkar vid bevissäkringen som äger rum innan en tvist har uppkommit.[1383] Så är ju fallet när det gäller ett protokoll som har bemötts och accepterats av båda parterna.

Betydelsen av parternas samstämmighet och bevisvärdet kan belysas genom att förutsättningarna i exemplet ovan ändras något. Anta att köparen och säljaren har träffats och fört avtalsförhandlingar om köp av en specialbyggd produktionsmaskin. Parterna kommer överens om att säljaren ska föra protokoll över avtalsförhandlingarna. Skillnaden mot exemplet ovan är att parterna *inte* kommer överens om att protokollet ska justeras och godkännas av köparen. Ett sådant protokoll kan knappast tillerkännas samma höga bevisvärde som ett protokoll som har justerats och godkänts av motparten. Det finns inte några ”garantier” för att det ojusterade protokollet verkligen representerar parternas gemensamma åsikt om vad som avhandlats under avtalsförhandlingarna.

I samband med detta skulle jag vilja lyfta frågan om en integrationsklausul kan jämställas med avsiktsbevisning och därmed utgöra någon form av prioriterat bevismedel? Om integrationsklausulen införs i ett huvudavtal mellan parterna som en form av *boilerplateklausul* aktualiseras knappast frågan. Sådana klausuler tillförs som regel huvudavtalet utan att ha varit föremål för någon särskild diskussion eller förhandling mellan parterna. De kan då knappast jämställas med avsiktsbevisning. Klausulen fanns kanske bara intagen i den använda avtalsmallen utan att den gavs någon närmare eftertanke eller diskussion. Om parterna däremot ingående har diskuterar integrationsklausulen och dess avsikter samt låter detta komma till tydligt uttryck i huvudavtalet skulle det kunna argumenteras för att integrationsklausulen är en form av avsiktsbevis. Mot den tolkningsbakgrunden ger integrationsklausulen uttryck för parternas samstämmiga vilja om att avtalspreliminärerna inte ska tillerkännas något värde om det uppkommer en tvist mellan parterna med anledning av huvudavtalet. Det skriftliga huvudavtalet ersätter alla tidigare förhandlingar och speglar parternas gemensamma partsavsikt.

1383. Jfr *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 112. Ekelöf framhåller att ett avgörande skäl till varför ensidigt dokumenterade observationer tillmäts ett lågt bevisvärde är att motparten inte har fått tillfälle att godkänna skriften och att han inte givits möjlighet att påverka utformningen av densamma. Omvänt skulle det kunna tolkas så att när motparten har givits möjlighet att godkänna och utforma skriften, har den också ett högt bevisvärde. Se även *Heuman, Lars*, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 196 och 219 f.

Problemet ligger i att visa att det skriftliga huvudavtalet, där integrationsklausulen är införd, verkligen är ett uttryck för parternas gemensamma avsikt på samma sätt som ett justerat protokoll. Vid den bedömningen ligger det närmare till hands anta att ett individuellt framförhandlat huvudavtal som dessutom innehåller en integrationsklausul mer liknar protokollet än exempelvis en motsvarande integrationsklausul i ett standardiserat avtal eller ett avtal som formulerats av en av parterna och därefter presenterats för motparten. Hur vet man att en part verkligen har förstått innebörden av och accepterat integrationsklausulen satt i relation till huvudavtalet? Det kan knappast räcka med att parterna undertecknar huvudavtalet. I så fall skulle ju de allra flesta avtal vara att jämställa med ett protokoll i bevisverkanhänseende.[1384] Avgörande för huvudavtalets betydelse som en form av avsiktsbevisning över vad som utgör avtalsinnehåll mellan parterna bör vara hur avtalet har förhandlats fram och i vilken utsträckningar båda parter har givits tillfälle att reflektera över innehållet samt komma med kompletteringar och ändringar. En förutsättning är naturligtvis också att huvudavtalet innehåller en integrationsklausul som förtydligar att det skriftliga huvudavtalet utgör parternas fullständiga reglering och att det ersätter alla tidigare åtaganden och utfästelser som föregått det skriftliga huvudavtalet.

13.4.6 *Avtal om skriftliga vittnesattester*

13.4.6.1 EXEMPELKLAUSUL

När parterna åberopar vittnesförhör med en person innebär det som huvudregel att vittnesförhören genomförs muntligen under huvudförhandlingen. Ett sådant vittnesförhör är alltid förenat med vissa risker. Även om parten och dennes ombud har talat med vittnet innan och gått igenom vilka frågor som de kommer att ta upp samt hur själva vittnesförhöret är tänkt att genomföras, ska också motparten hålla motförhör. Dessutom kan det tänkas att rätten har frågor till vittnet. Det är då ovisst vad vittnet kommer att svara på frågorna och vilken betydelse dessa svar kommer att ha för den part som har åberopat vittnet. Många reagerar på ett inadekvat sätt och inte alls som en part, kanske inte ens vittnet själv, har förväntat sig. Stundens allvar gör sig påmint och det finns inte någon möjlighet för en part att helt hålla kontrollen över vittnets olika utsagor. Av den anledningen kan det tänkas att parterna redan innan det uppkommit en tvist reglerar frågan om muntlig bevisning i form av vittnen genom att parterna tillför huvudavtalet ett avtalsvillkor varigenom parterna förbinder sig att enbart åberopa vittnesförhör genom att lägga fram så kallade skriftliga vittnesattester. Ett exempel på ett sådant avtalsvillkor är följande:

1384. Ett skriftligt huvudavtal som har undertecknats av parterna har dock ett typiskt sett högt bevisvärde om att det som framgår av det skriftliga avtalet utgör avtalsinnehållet mellan parterna.

Klausul 12,
"Om det uppkommer en tvist mellan parterna med anledning av detta avtal ska vittnesmål enbart framställas skriftligen genom skriftliga vittnesattester. Parterna är överens om att inte kalla vittnen till muntliga förhör."

Genom att vittnesförhören läggs fram i form av skriftliga vittnesattester inför domstolen behåller parterna i större utsträckning kontroll över vittnesutsagorna. Det kan också tänkas att skriftliga vittnesattester medför lägre kostnader och en snabbare handläggning av huvudförhandlingen eftersom inte vittnet behöver kallas till huvudförhandlingen. I vissa fall kan det kanske också innebära att målet kan avgöras utan huvudförhandling.[1385]

Frågan är vilka processuella rättsverkningar som ett sådant avtalsvillkor om skriftliga vittnesattester ger upphov till. En första fråga som inställer sig är om villkoret har bindande verkan inför en domstol på så sätt att en part ska nekas att åberopa muntliga vittnesförhör även om denne skulle anse att detta gagnade saken när väl en tvist uppkommer. En annan fråga är vilket bevisvärde en skriftlig vittnesattest har. Är det någon skillnad, när det gäller bevisvärdet av vittnets utsaga, mellan den situationen att utsagan läggs fram inför domstolen genom en skriftlig vittnesattest jämfört med när vittnet kommer personligen till huvudförhandlingen och berättar sin historia och svarar på de frågor som ställs?

13.4.6.2 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om skriftliga vittnesattester

Vittnesförhör genomförs inför domstolen under huvudförhandlingen av en tvist. Som tidigare nämnts bygger civilprocessen på vissa grundläggande utgångspunkter när det gäller huvudförhandlingen. En av dessa är muntlighetsprincipen som utgår från att förfarandet under huvudförhandlingen ska vara muntligt.[1386] Parterna ska lägga fram sin talan muntligen inför domstolen som sedan vid sakprövningen ska avgöra om i målet åberopade rättsfakta är bevisade. Som ett led i huvudförhandlingens muntliga form följer även principen om bevisomedelbarhet. Vittnesförhör ska som utgångspunkt genomföras muntligen direkt inför domstolen.[1387] På så sätt uppnås det bästa bevismedlet genom att en sådan utsaga, beroende på trovärdighet, kan ges ett högt bevisvärde.[1388] Domstolen och parterna har möjlighet att betrakta vittnet under förhöret och på så sätt "läsa av" bland annat kroppsspråket samt ställa de frågor som känns adekvata i den enskilda tvisten. På så sätt får domstolen optimala möjligheter att värdera beviset, vittnesutsagan.[1389]

1385. Jfr prop. 2004/05:131 s. 167.
1386. 43 kap. 5 § RB. Se ovan avsnitt 11.3.1.
1387. Jfr 35 kap. 8 § RB. Se även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 44 f.
1388. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 14 f. Jfr även ovan under avsnitt 11.6.2.
1389. Se vidare *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 45 f.

På senare år har dock muntlighetsprincipen kommit att luckras upp i vissa delar och dess betydelse vid huvudförhandlingen har minskat något i civilprocessen.[1390] Som en följd av detta har under vissa förutsättningar också användandet av skriftliga vittnesattester i tvistemål accepterats.

Skriftliga vittnesattester räknas inte som skriftliga bevismedel utan vittnesförhöret räknas fortfarande som ett personellt bevismedel. Vittnesattesten är bara ett annat sätt att framställa vittnesförhöret. Bevismedel kan ha olika framställningsform, exempelvis kan ett vittne höras personligen inför domstolen, spelas upp på ljudband, avhöras via videolänk eller telefon, eller nedteckna sin berättelse i ett dokument.[1391] Lagstiftaren har istället valt särregler för det fall vittnesförhöret framställs skriftligen istället för muntligen. Av 35 kap. 14 § RB framgår att skriftliga vittnesattester tillåts under huvudförhandlingen under förutsättning att de har lämnats i anledning av en redan inledd eller förestående rättegång, att parterna godtar det och att det inte är uppenbart olämpligt. Däremot finns det inte några bestämmelser om hur en vittnesattest ska upprättas. Det förefaller vara upp till de enskilda parterna hur ett förhör med vittnet organiseras samt hur detta förhör sedan ska nedtecknas.

Om nu skriftliga vittnesattester accepteras under förutsättning att parterna är överens borde det inte finnas något problem för parterna att avtala om skriftliga vittnesattester på det sätt som uttrycks genom klausul 12 ovan.

Riktigt så enkelt är det dock inte. Att vittnesattesten godkänts av parterna i den påbörjade rättegången är inte samma sak som ett på *förhand* ingånget avtalsvillkor om att vittnesförhör enbart får framställas skriftligen. Det finns inte heller någonting som tyder på att det har varit lagstiftarens avsikt med bestämmelsen att parterna på förhand genom avtal reglerar vad som ska vara tillåtna bevismedel vid en framtida tvist. Istället har bestämmelsen i 35 kap. 14 § RB om vittnesattester utformats med utgångspunkten att var och en får avgöra vilken bevisning de önskar åberopa samt hur denna ska framställas. Vill en part åberopa en skriftlig vittnesattest får parten framställa denna önskan inför domstolen.[1392] En sådan begäran tolkas som en ensidig processhandling från den parten. Domaren måste därefter fråga motparten hur denne ställer sig till partens begäran. I tvistemål tillåts nämligen enbart skriftliga vittnesattester om parterna är överens om det och det inte är uppenbart olämpligt.[1393] En motpart som anser att denne bäst tar tillvara sin

1390. Detta har skett med genomförandet av reformen om en modernare rättegång, prop. 2004/05:131.

1391. Jfr *Westberg, Peter*, Anskaffning av bevisning i tvistemål, s. 431 f. och 451.

1392. Jfr prop. 2004/05:131 s. 167. Några remissinstanser uttryckte farhågor om att det fanns en risk för att tillämpningen av skriftliga vittnesattester skulle skena iväg. Regeringen delade inte denna bedömning utan framhöll att det kan antas att en utökad möjlighet att åberopa skriftliga berättelser som bevis i rättegång inte kommer att utnyttjas annat än undantagsvis.

1393. 35 kap. 14 § 2 st. RB. Se även *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (337).

rätt genom att höra vittnet muntligen får då inte nekas detta av domstolen, inte ens om det finns ett avtalsvillkor mellan parterna om skriftliga vittnesattester. Bestämmelsen i 35 kap. 14 § RB ger inte utrymme för en sådan tolkning.

En förutsättning för att parterna skulle godta att vittnesförhör läggs fram i rättegången genom skriftliga vittnesattester är sannolikt att själva förhöret, som nedtecknats, håller en viss kvalitet. Det är i parternas intresse att de också ges möjlighet att vara närvarande och ställa kompletterande frågor till vittnet under det utomrättsliga förhöret, i annat fall är knappast en part intresserad av att acceptera enbart skriftliga vittnesattester.[1394] Formerna för själva förhöret har också betydelse för vilket bevisvärde vittnesattesten kommer att få. Redan det faktum att man frångår principen om bästa bevismedel och lägger fram en skriftlig vittnesattest innebär att bevisvärdet på vittnesutsagor blir lägre än om vittnet hörts muntligen under huvudförhandlingen.[1395]

Däremot kan det tänkas att om det utomrättsliga vittnesförhöret hålls under ordnade former, parter och ombud kallas att närvara, alla har möjlighet att ställa frågor och berättelsen nedtecknas, ökar vittnesutsagans bevisvärde. Om dessutom den nedtecknade vittnesattesten översänds till motparten för godkännande av vad som sades under förhöret och motparten undertecknar attesten borde bevisvärdet komma i närheten av det muntliga vittnesförhöret. I detta senare fall har vittnesattesten sannolikt betydligt högre bevisvärde än om en advokat hört det egna vittnet och låtit nedteckna vittnesmålet utan att motparten givits möjlighet att vara närvarande. Det kan till och med argumenteras för att en skriftlig vittnesattest som har tillkommit under sådana ordnade former som angivits ovan, skulle kunna ges bevisvärde som ett exklusivt eller prioriterat bevismedel. I så fall skulle vittnesattesten utgöra ett slags avsiktsbevis.[1396] Det ska dock påpekas att domstolen inte har möjlighet att ställa kompletterande frågor till vittnet om vittnesförhöret presenteras som en skriftlig vittnesattest, vilket skulle kunna påverka bevisvärdet i ett enskilt fall.

13.4.7 *Sammanfattande kommentarer*

Den fria bevisföringens princip är grundläggande i svensk civilprocess och medger ytterst få möjligheter till begränsningar när det gäller parternas bevisföring.

Integrationsklausuler hindrar inte att en part får åberopa och föra in andra bevismedel i processen än vad som täcks av det skriftliga huvudavtalet. En

1394. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 49 f.

1395. Prop. 2004/05: s. 131 s. 167, där det framhålls att en skriftlig vittnesberättelse så gott som undantagslöst, har ett lägre bevisvärde än ett förhör som hålls inför rätten.

1396. Se vidare diskussionen om avsiktsbevis ovan under avsnitt 13.4.5.

part får åberopa avtalspreliminärerna både som bevismedel till strykande av att det skriftliga huvudavtalet inte ger uttryck för parternas fullständiga avtal utan även andra omständigheter innefattas i parternas avtal och som bevis om hur innehållet i huvudavtalet ska förstås och tolkas. Däremot är det möjligt att avtalspreliminärernas värde som bevis påverkas av att parterna har fört in en integrationsklausul i huvudavtalet.

Inte heller sekretessklausuler hindrar en part från att väcka talan och åberopa muntlig eller skriftlig bevisning i strid med innehållet i avtalsvillkoret. Det har ingen betydelse om det finns ett uttryckligt förbud i sekretessklausulen mot att inför domstol yppa och åberopa uppgifter som omfattas av avtalsvillkoret. Inte heller får domstolen tolkas in i uttryck såsom ”utomstående”, ”allmänheten” eller ”obehörig” när dessa uttryck används för att beskriva i förhållande till vem uppgifterna, som omfattas av sekretessklausulen, gäller. Det har inte heller någon betydelse vad det är för typ av information som parterna har velat sekretessbelägga genom avtalsvillkoret. Det kan röra sig om information som är mycket känslig för parterna. Det finns inget lagstöd för åberopande- och yppandeförbud inför domstol avseende information som omfattas av en sekretessklausul. Det görs dock undantag för medlare. Medlare har en lagstadgad tystnadsplikt och också en lagstadgad rätt att inte uttala sig om sådant som de har erfarit i samband med medlingen.

Domstolen får inte neka en part att åberopa ett särskilt bevismemdel enbart av den anledningen att detta saknar värde eftersom motparten har åberopat ett bevismedel av exklusiv eller prioriterad karaktär. Domstolens möjligheter att avvisa bevisning är få. Det är inte heller lämpligt att domstolen redan innan sakprövningen, skapar sig en uppfattning om ett enskilt bevismedels värde. Istället bör domstolen tillåta den åberopade bevisningen. Domstolens uppgift är att bedöma den samlade bevisningen i målet, vilket sker genom domarens fria bevisvärdering.

Har käranden åberopat ett så kallat avsiktsbevis, exempelvis ett protokoll som har upprättats under avtalsförhandlingarna, till styrkande av att ett visst rättsfaktum föreligger, får sannolikt detta bevismedel en särskild verkan som bevis vid bevisvärderingen. Förutsättningen för att avsiktsbeviset ska tillerkännas ett högt bevisvärde är att avsiktsbeviset är gemensamt upprättat av parterna och att samtliga parter har givits lika rätt att påverka dess utformning samt undertecknat detsamma. Avsiktsbeviset utgör då ett bevis med ett högt bevisvärde om att parternas vilja och avsikt överensstämmer med avsiktsbevisets innehåll. Har käranden åberopat avsiktsbeviset till styrkande av de rättsfakta som käranden har lagt till grund för sin talan, krävs det för att kärandens talan ska ogillas att svaranden presenterar så stark motbevisning att käranden inte anses ha uppfyllt sin bevisbörda och styrkt det åberopade rättsfaktum som avsiktsbeviset avser att bevisa.

Rättegångsbalken medger under vissa förutsättningar att parterna kommer överens om att vittnesförhör ska presenteras för domstolen i form av skriftliga vittnesattester. Det är dock inte möjligt för parterna att på ett för domstolen bindande sätt komma överens om en sådan ordning på förhand innan det har uppkommit en tvist mellan parterna. Den fria bevisföringens princip och principen om det bästa bevismedlet innebär att en part alltid i strid med ett uttryckligt avtalsvillkor om skriftliga vittnesattester, får åberopa muntliga vittnesförhör. Skriftliga vittnesattester är enbart möjligt att lägga fram om en part under rättegången framför detta önskemål och motparten godkänner det samt det inte är uppenbart olämpligt.

Den nu presenterade ordningen framstår inte som särskilt förvånande. Vid avtalets ingående kan det vara svårt att förutse vilka olika bevis som kan komma att spela en avgörande roll om det i framtiden skulle uppkomma en tvist mellan parterna. Att då redan på förhand ha begränsat principen om fri bevisföring så att parterna inte har möjlighet att åberopa de bevismedel som de anser bäst gagnar deras talan eller som ger ett så högt bevisvärde som möjligt, rimmar illa med de hänsyn som ligger bakom civilprocessen.

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 360 2015-03-31 14:36:02

14 Förfarandet

14.1 Inledning

I detta kapitel behandlas avtalsvillkor där parterna reglerar frågor med anknytning till handläggningsformen och/eller själva handläggningen inför domstolen. Kapitlet är inte på något sätt tänkt att vara heltäckande och spegla alla tänkbara varianter av avtalsvillkor där parterna reglerar frågor med anknytning till handläggningsformen och själva handläggningen. Istället har fokus lagts på några varianter av sådana avtal.[1397]

Kapitlet tar sin utgångspunkt i tre olika typer av avtalsvillkor som innefattar processuella överenskommelser. Först behandlas avtalsvillkor där parterna begränsar handläggningsformen genom att avstå från muntliga sammanträden, *avsnitt 14.2*. Den andra formen av avtalsvillkor innefattar frågan om parters möjligheter att genom avtal avstå från offentligheten inför domstolen, *avsnitt 14.3*. Den senare gruppen av avtalsvillkor innefattar dels villkor som ingås i avsikt att göra huvudförhandlingen hemlig, dels villkor som har till uppgift att göra vissa rättegångsskrifter hemliga. Den tredje typen av avtalsvillkor inbegriper avtal där parter kommit överens om att avstå från rätten att lägga fram processmaterial så att domstolen enbart har ett begränsat processmaterial att tillgå vid sakprövningen, *avsnitt 14.4*. Begränsningen består i detta fall av att parterna genom innehållet i ett avtalsvillkor begränsat antalet tillåtna rättegångsskrifter. Avslutningsvis följer några sammanfattande kommentarer, *avsnitt 14.5*.

14.2 Avstå från muntliga sammanträden

14.2.1 *Exempelklausul*

Som visats ovan, präglas civilprocessen av stora inslag av muntlighet, både under förberedelsestadiet och huvudförhandlingen.[1398] Det kan dock tänkas att parterna genom avtal sinsemellan kommer överens om en viss handläggningsform för det fall det skulle uppkomma en tvist mellan dem. I vad mån sådana avtalsvillkor kan tillerkännas processuell rättsverkan behandlas nedan. Ett exempel på ett sådant villkor är följande:

1397. Några exempel på olika handläggningsbeslut som domaren måste fatta under processen är att besluta om en förhandling ska hållas inom stängda dörrar, 5 kap. 1 § RB, besluta vilken handläggningsform som målet ska ha; muntlig eller skriftlig eller en kombinaton av dessa båda handläggningsformer, 42 kap. 9 § RB, upprätta en tidsplan, 42 kap. 6 § RB, upprätta en förteckning över de väsentligaste frågorna, 42 kap. 14 § och förelägga parterna att lämna in underlag för en skriftlig sammanställning av yrkande, invändningar och de omständigheter som dessa grundas på, 42 kap. 16 § RB.

1398. Se ovan under avsnitt 11.3.1.

Klausul 13,
"Parterna är överens om att tvister i anledning av detta kontrakt ska handläggas skriftligen vid domstol och parterna får enbart åberopa skriftliga bevis."

Klausulen innehåller egentligen två olika överenskommelser som berör domstolens handläggning. För det första ska handläggningen vara skriftlig och för det andra får domstolen enbart tillåta skriftliga bevismedel. Den senare delen har berörts ovan under avtal som begränsar den fria bevisföringen och i den delen hänvisas dit.[1399] Den första delen av klausulen visar att parterna är överens om att handläggningen av tvisten inför domstolen ska vara skriftlig.

Det kan finnas flera anledningar till att parterna önskar ett skriftligt förfarande. En anledning kan vara tidsaspekten. Det är möjligt att parterna utgår från att målet kan handläggas snabbare om parterna enbart för sin talan genom inskickade rättegångshandlingar. En annan anledning skulle kunna vara att parterna på detta sätt känner att de behåller kontrollen över processen i större utsträckning än om det även förekom en muntlig handläggning. Det skriftliga förfarandet kan göra det lättare för parterna att tydligt överblicka tvistefrågor och behålla kontrollen över vad som sägs och hur detta uppfattas. Det ger också möjlighet för parterna att tänka efter innan de formulerar egna utsagor och bemöter motpartens påståenden.

14.2.2 *Rättslig innebörd av avtalsvillkor som begränsar rätten till muntliga sammanträden*

Så länge parterna är överens om att de önskar en skriftlig handläggningsform, kan käranden genom att hänvisa till partsavtalet redan i stämningsansökan begära skriftlig handläggning. En sådan begäran får också framställas senare under handläggningen av tvisten när käranden yttrar sig över svaromålet för det fall svaranden, med hänvisning till partsavtalet, har uttryckt önskemål om skriftlig handläggning. Har käranden redan i stämningsansökan framställt önskemål om skriftlig handläggning kan svaranden i sin tur i sitt svaromål konstatera att denne inte har någon invändning mot en skriftlig handläggning av tvisten. En domare kan då mycket väl ge gehör åt en sådan begäran, men är det verkligen på grund av partsavtalet som domaren beslutar om skriftlig handläggningsform? Vad händer om en av parterna motsätter sig skriftlig handläggning och istället anser att tvisten bör handläggas i ett förfarande som också inkluderar muntlig handläggning?

Med utgångspunkt från typsituation I skulle situationen kunna vara att käranden i samband med stämningsansökan eller i inledningsskedet av förfarandet begär muntlig handläggning.[1400] Svaranden invänder dock att par-

1399. Se ovan avsnitt 13.4.
1400. Typsituation I presenteras ovan under avsnitt 1.5.4.

terna har kommit överens om att handläggningen ska vara skriftlig, vilket styrks av innehållet i ett avtalsvillkor mellan parterna, exempelvis klausul 13 ovan.

Avtalsvillkoret indikerar att parternas gemensamma vilja vid avtalsslutet har varit att eventuella tvister ska handläggas i ett skriftligt förfarande. I denna situation har domstolen två möjligheter. Den ena är att tolka *avtalsvillkoret* och avgöra om detta ska vara bindande för parterna i civilprocessen. Domstolen grundar då sitt beslut om handläggningsform på avtalsvillkorets innehåll. Den andra är att tolka parternas begäran, trots avtalsvillkoret, som *två ensidiga processhandlingar* där den ena parten önskar muntlig handläggning och den andra önskar skriftlig handläggning. Domstolen måste då bedöma parternas processhandlingar och grunda sitt beslut på de regler som finns angående rätten till muntlig förhandling.

I den första situationen där domstolen ska avgöra om avtalsvillkoret är bindande för parterna i civilprocessen på ett sätt som också binder domstolen torde avtalsfriheten få vika för processrätten. Det finns inget stöd för att ge ett sådant avtalsvillkor bindande verkan mot ena partens vilja. Även i den andra situationen där parternas begäran om muntlig handläggning tolkas som två ensidiga processhandlingar blir resultatet sannolikt att domstolen beslutar om muntlig handläggning.[1401]

Ett avtalsvillkor om muntlig förhandling får betydelse först under rättegången och beskriver hur parterna vill gestalta processen. Det är en typiskt processuell överenskommelse.[1402] För att ett sådant villkor ska ges bindande verkan inför domstolen krävs det att en sådan tolkning medges av rättegångsbalkens regler eller andra processuella principer av betydelse för handläggningen av ett tvistemål.[1403] Det finns dock inte något rättsligt stöd för att parterna på förhand får ingå avtal om handläggningsform som binder parterna och domstolen.[1404] Om en av parterna önskar ett muntlig förfarande när tvisten väl är ett faktum, måste domstolen i det enskilda målet bedöma om begäran bör tillgodoses. Huvudregeln är att den som önskar muntlig förhandling också har rätt till detta.[1405]

Som tidigare visats utgör rätten till muntlig förhandling en grundläggande rättssäkerhetsgaranti enligt artikel 6 (1) EKMR. Den part som önskar

1401. Högsta domstolen har i ett flertal fall slagit fast att en part har rätt till muntlig förhandling om denne begär det, se bl.a. NJA 1991 s. 188, NJA 1992 s. 363, NJA 1994 s. 290, NJA 1997 s. 121 och NJA 2008 N 1. Det har dock inte i något av rättsfallen funnits ett avtalsvillkor mellan parterna om skriftlig handläggning.

1402. Jfr ovan under avsnitt 1.6. Klassificering av avtalsvillkor behandlas ovan i kapitel 7.

1403. Se den processuella ogiltighetsprincipen ovan under avsnitt 6.3.

1404. Jfr *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, s. 61. Ekelöf betonar att förfarandefrågor i dispositiva tvistemål i princip är undandragna parternas dispositioner.

1405. Jfr prop. 1986/87:89 s. 82. Jfr även ovan not 1401. Ibland kan undantag från huvudregeln medges förutsatt att det föreligger vissa exceptionella omständigheter, jfr ovan avsnitt 11.3.1.

ett muntlig förfarande ska också, med få undantag, ha rätt till detta.[1406] Det finns inte någonting som tyder på att avtalsfriheten ska ges företräda i dessa fall framför den processuella rättigheten. Ett avtalsvillkor som reglerar handläggningsformen, exempelvis klausul 13 ovan, är inte bindande för en part som, sedan en tvist väl har uppkommit, önskar en muntlig handläggningsform istället för skriftlig. Rätten till muntlig förhandling så som den uttrycks i artikel 6 (1) EKMR medger inte att innehållet i ett avtalsvillkor ges en sådan bindande verkan.

Kontradiktionsprincipen, som även den innefattas i rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 (1) EKMR, utgår från att en part bäst känner sin tvist och det är upp till varje enskild part att avgöra hur denne bäst tar tillvara sin rätt.[1407] Detta skulle kunna tas till intäkt för att det faktiskt är tillåtet att ingå bindande avtal om handläggningsformen. Om parterna anser att ett skriftlig förfarande bäst gagnar deras tvist skulle detta vara förenligt med tankarna bakom kontradiktionsprincipen. En sådan tolkning förutsätter dock att parterna är överens om att de önskar skriftlig handläggningsform. Gör en av parterna, sedan tvisten väl har uppkommit, bedömningen att dennes möjlighet att nå framgång i tvisten bäst uppnås i ett muntligt förfarande, måste denna begäran tillgodoses av domstolen. Det spelar ingen roll att parterna på förhand har kommit överens om någonting annat.

Den troligaste bedömning av den exemplifierade typsituationen ovan är att domstolen tolkar parternas respektive begäran som två, från varandra skilda, ensidiga processhandlingar. Det är då dessa processhandlingar, och inte innehållet i avtalsvillkoret, som kommer att ligga till grund för domstolens bedömning. Även om svaranden invänder att avtalsvillkorets innehåll inte medger muntlig förhandling ska domstolen självständigt avgöra frågan. Domstolen ska visserligen ta upp handläggningsfrågor till diskussion med parterna, men det innebär inte att den är bunden av parternas åsikter. Däremot bör dessa åsikter beaktas vid beslutet om handläggningen.[1408] När käranden motsätter sig en skriftlig handläggning får domstolen enbart i begränsad utsträckning besluta att handläggningen ska vara skriftlig, exempelvis om parterna enbart tvistar om rättsfrågor.[1409] Lagstiftningen ska tolkas så att domstolen bör ta hänsyn till och beakta parternas önskemål, processhandlingarna, men den är inte bunden av dessa utan fattar det avgörande beslutet om vilken handläggningsform som är lämplig.[1410]

1406. Rätten till muntlig förhandling enligt artikel 6 (1) EKMR behandlas ovan under avsnitt 11.3.1. Där framgår också att undantag enbart har medgivits om det förelegat exceptionella omständigheter.

1407. Kontradiktionsprincipen behandlas ovan under avsnitt 11.5.1.

1408. 42 kap. 6 § RB.

1409. Jfr ovan under avsnitt 11.3.1.

1410. Jfr prop. 1986/87:89 s. 196. Se även *Bylander, Erik*, Muntlighetsprincipen, s. 108.

14.3 Avstå från offentlighet

14.3.1 *Exempelklausuler*

Som visats ovan ska som huvudregel förhandlingar inför domstol vara öppna och tillgängliga för allmänheten. Det gäller inte bara att allmänheten ska ha tillträde till muntliga sammanträden inför domstolen, även processmaterialet är offentligt och det material som lämnas in till tingsrätten utgör allmänna handlingar. Det är enbart möjligt att frångå denna offentliga ordning, om det medges av reglerna i rättegångsbalken och offentlighets- och sekretesslagen.[1411] När parterna ingår avtal i avsikt att begränsa den offentliga handläggningen kommer innehållet i ett sådant avtalsvillkor i konflikt med offentlighetsprincipen.

Privaträttsliga subjekt och då särskilt kommersiella parter kan ha ett intresse av att det som förekommer under avtalsförhandlingar eller innehållet i ett huvudavtal inte kommer till allmänhetens kännedom. För att undvika att information når allmänheten reglerar därför parterna frågan genom ett sekretessavtal. Ovan exemplifierades olika sekretessklausuler i samband med att parters möjlighet att begränsa den fria bevisföringens princip, och därmed domarens beslutsunderlag, analyserades. Dessa klausuler har betydelse även i detta avsnitt, men då för att illustrera exempel på sekretessklausulers betydelse för frågan om att undandra informationen från offentlighetens ljus.[1412] Ytterligare ett exempel på en variant av sekretessklausul är följande:

> **Klausul 14,**
> ”Parterna är överens om att all information som utväxlats mellan parterna under avtalsförhandlingarna ska omfattas av sekretess. Parterna får inte i något sammanhang avslöja sådan information som de fått del av under avtalsförhandlingarna. Detsamma gäller det slutliga avtalet mellan parterna.”

Syftet med de exemplifierade sekretessklausulerna är att parterna vill förvissa sig om att inte någon känslig information läcker ut till allmänheten. Det kan handla om företagshemlig information och andra känsliga uppgifter om exempelvis affärshemligheter, kundkrets, leverantörsavtal. Klausulerna gäller visserligen mellan parterna, men det faktum att käranden lämnar in en stämningsansökan innebär att käranden för att kunna föra sin talan sannolikt måste avslöja information som omfattas av sekretessklausulen. På samma sätt måste kanske svaranden lämna ut sådana uppgifter för att denne ska kunna svara på käromålet och försvara sig.

Om sekretessklausuler åberopas inför en domstol aktualiseras även frågan om innehållet i avtalsvillkoret kan utgöra en handlingsregel för domstolen

1411. Offentlighetsprincipen i civilprocessen behandlas ovan under avsnitt 11.4.1.
1412. Jfr klausul 7–9 ovan under avsnitt 13.4.4.1.

avseende förfarandets offentlighet, som handläggande domare är tvungen att följa. Enda möjligheten att uppnå detta är att domaren beslutar att göra avsteg från offentlighetsprincipen både när det gäller handlings- och förhandlingsoffentligheten. I annat fall riskerar ju den part som väcker talan på grund av en uppkommen tvist, att uppgifterna offentliggörs. Mot bakgrund av att offentlighetsprincipen är så djupt rotad i svensk civilprocess kan man ställa sig frågan om sekretessklausuler verkligen kan ges någon processuell rättsverkan i detta avseende.

14.3.2 *Rättslig innebörd av avtalsvillkor om offentlighet*

Genom sekretessklausuler skapas en civilrättslig möjlighet till påföljder för det fall någon bryter mot klausulen. Det är dock inte denna problematik som är föremål för analys i denna avhandling.[1413] Istället ska här analyseras om innehållet i en sekretessklausul också kan ges processuell rättsverkan inför domstol. Det handlar om parternas möjligheter att hemlighålla information som framkommit under sammanträden och/eller i rättegångsskrifter. Analysen nedan tar sin utgångspunkt i den ovan nämnda klausul 14, men problematiken kan överöras även på andra typer av sekretessklausuler.

Avtalstexten i klausul 14 säger att parterna "*inte i något sammanhang*" får avslöja information. Detta antyder att även ett domstolsförfarande är tänkt att omfattas av avtalsklausulen. Tolkad på detta sätt skulle klausulen utgöra en handlingsregel riktad till domstolen. Det är framför allt tre frågor som gör sig gällande i samband med detta; Får parterna genom avtalet 1) förhindra att information offentliggörs, 2) förhindra att allmänheten bereds tillträde till förhandlingar, 3) bestämma att den information som omfattas av sekretessklausulen utgör sådana affärs- eller företagshemligheter som domstolen ska hålla hemliga för andra än parterna och domstolen?

När parterna eller någon av dem gör gällande att en avtalsklausul som reglerar processuella handläggningsfrågor är bindande för en domstol, kan inte överenskommelsen tolkas på något annat sätt än som en processuell överenskommelse.[1414] I enlighet med den processuella ogiltighetsprincipen är en sådan överenskommelse enbart giltig om den har stöd i lagstiftningen.[1415]

När det gäller möjligheten att sekretessbelägga material som lämnas in till domstolen i ett pågående mål styrs detta av lag och det är handläggande domare som avgör om förutsättningarna att sekretessbelägga material är uppfyllda eller inte. I detta sammanhang aktualiseras den del av offentlighetsprincipen som kallas *handlingsoffentlighet*.

1413. Jfr ovan under avgränsningar avsnitt 1.4.1.

1414. Jfr ovan under avsnitt 1.6. Angående klassificeringen av olika överenskommelser se ovan kapitel 7.

1415. Den processuella ogiltighetsprincipen behandlas ovan under avsnitt 6.3.

Som tidigare visats ges varje svensk medborgare rätt att ta del av allmänna handlingar.[1416] Vid en domstolsförhandling blir som regel allt som nedtecknats i protokoll från sammanträden och allt som framgår av insända rättegångsskrifter samt domens innehåll allmänna handlingar. Sekretessklausuler som klausul 14 utgör ett försök från parterna att förhindra spridningen av sådan ”känslig” information. Begränsningar av handlingsoffentligheten sker dock med stöd av bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen. Parterna får inte ”skapa” sekretess genom avtal och domstolen får inte endast med stöd av ett partsavtal eller på annat sätt, förbinda sig att iaktta en sekretess som saknar stöd i sekretesslagstiftningen.[1417]. I vad mån innehållet i en handling ska sekretessbeläggas avgörs av vilka uppgifter som framgår av handlingen. Inte någonstans i lagstiftningen finns det stöd för att parterna genom innehållet i ett avtalsvillkor får påverka offentlighetsprincipen i denna del.

Civilprocessen utgår också från att allmänheten ska ha möjlighet att närvara vid eller på annat sätt ta del av det som sker vid en förhandling vid domstol, den del av offentlighetsprincipen som kallas *förhandlingsoffentlighet*. Som visats ovan ska förhandlingar inför domstol som regel vara offentliga och får endast begränsas genom lag. Genom förhandlingsoffentligheten ges allmänheten en rätt att vara närvarande vid muntliga förhandlingar inför domstolen utan att ange något skäl för detta. Allmänheten kan endast nekas att närvara om domstolen beslutar att förhandlingar inför domstol ska hållas inom stängda dörrar. När detta kan ske har behandlats ovan.[1418]

För kommersiella tvister aktualiseras frågan om stängda dörrar framför allt när det gäller företagshemligheter för vilka sekretess kan gälla enligt 36 kap. 2 § OSL. Sekretess enligt detta lagrum förutsätter inte att rekvisitet i 5 kap. 1 § 2 st. RB om synnerlig vikt är uppfyllt utan uppgifter om enskilds affärs- och driftsförhållande får skyddas om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs.[1419] Sekretessbestämmelsens tillämplighet är begränsad till fall där behovet av sekretess verkligen är kännbart, exempelvis då en yrkeshemlighet annars skulle röjas. Sådana uppgifter om affärs- och driftsförhållanden som affärsidkare gärna vill hålla för

1416. Handlingsoffentligheten när det gäller handlingar i ett vid domstolen pågående mål samt domstolens möjlighet att sekretessbelägga sådana handlingar behandlas ovan under avsnitt 11.4.1.

1417. *Bohlin Alf*, Offentlighetsprincipen, s. 193 och *Fahlbeck, Reinhold*, Lagen om företagshemligheter, s. 257. Jfr också JO 1971 s. 348. I ärendet hade en person som sökt en viss tjänst ställt krav på att ansökan skulle behandlas konfidentiellt. JO uttalade att för frågan om en handlings utlämnade spelar det ingen roll om sökande uppställt krav på konfidentiell behandling, eller om myndigheten utfäst sig att inte lämna ut en handling utan hans eller hennes samtycke.

1418. Förhandlingsoffentligheten inför domstol samt när denna får begränsas behandlas ovan under avsnitt 11.4.1.

1419. Till affärs- och driftsförhållanden räknas affärshemligheter av mera allmänt slag såsom marknadsundersökningar, marknadsplanering, prissättningskalkyler och planer rörande reklamkampanj, se prop. 1979/80:2, s. 145.

sig själva, men vilkas röjande inte kan antas få några nämnvärda ekonomiska konsekvenser omfattas däremot inte av lagrummet.[1420]

Det finns inte något stöd i lagstiftningen för att parterna genom innehållet i ett avtalsvillkor skulle kunna komma runt den ordning som gäller för offentliga förhandlingar.[1421] Parterna kan naturligtvis framställa önskemål om att vissa handlingar ska vara hemliga och/eller att en förhandling ska hållas inom stängda dörrar. Det är dock handläggande domare som mot bakgrund av bestämmelserna i rättegångsbalken och offentlighets- och sekretesslagen, sist och slutligt avgör frågor om sekretess och icke-offentlighet.[1422]

Av ovanstående följer att parterna inte genom sekretessklausuler likt klausul 14 ovan, får styra över vad som ska vara sekretessbelagt material och vad som ska vara offentligt i processen. Uppgifter om enskildas affärs- och driftsförhållande är sådana uppgifter som gör det möjligt att frångå både handlings- och förhandlingsoffentligheten. Frågan är hur man fastställer vilka uppgifter som innefattas i begreppet ”uppgifter om enskildas affärs- och driftsförhållande” och därmed får undandras offentlighetens ljus. Får parterna genom avtal komma överens om att vissa uppgifter utgör affärs- och företagshemligheter? Om detta vore möjligt skulle ju faktiskt parterna genom innehållet i ett avtalsvillkor kunna påverka offentlighetsprincipen och komma runt vissa av de lagregler som styr denna.

I begreppet ”uppgift om enskilds affärs- och driftsförhållande” innefattas uppgifter vars röjande skulle leda till avsevärd skada.[1423] Det har framhållits att sekretessbestämmelsens tillämplighet är begränsad till fall där behovet av sekretess är verkligt kännbart, exempelvis fall där yrkeshemligheter annars skulle röjas.[1424] Däremot innefattar bestämmelsen inte sådana fall som inte kan antas få några nämnvärda ekonomiska konsekvenser.[1425] Bestämmelsen bör även kunna tillämpas i fall där en företagshemlighet annars skulle röjas.[1426]

Vad som utgör en företagshemlighet definieras i 1 § FHL. Frågan om en uppgift ska vara företagshemlig avgörs av om informationen hålls så skyddad

1420. *Lenberg, Eva m.fl.*, Offentlighets- och sekretesslagen (1 juli 2014, Zeteo), kommentaren till 36 kap. 2 § 1 st. och kommentaren till 43 kap. Inledning om domstolssekretessen.

1421. Jfr *Fahlbeck, Reinhold*, Lagen om skydd för företagshemligheter, s. 257, där Fahlbeck uttryckligen säger att avtal mellan parterna om sekretess under och efter rättegång vid domstol saknar verkan gentemot domstolen. Offentlighetsprincipen vid domstol får begränsas endast genom lag.

1422. *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam Henrik*, Rättegång I, s. 156 och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 5 kap. 1 § 2 st. Författarna betonar att regeln i 5 kap. 1 § 2 st. RB är fakultativ.

1423. 36 kap. 2 § 1 st. OSL.

1424. *Lenberg, Eva m.fl.*, Offentlighets- och sekretesslagen (1 juli 2014, Zeteo), kommentaren till 36 kap. 2 § 1 st.

1425. *Edelstam, Henrik*, Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 140 f.

1426. *Lenberg, Eva m.fl.*, Offentlighets- och sekretesslagen (1 juli 2014, Zeteo), kommentaren till 36 kap. 2 § 1 st.

att den inte är lättåtkomlig för envar som vill ta del av den. Även informationens värde för näringsverksamheten har betydelse på så sätt att röjandet av informationen skulle medföra skada för näringsidkaren.[1427] Även om en näringsidkare kan vilja hålla uppgifter hemliga är detta inte tillräckligt för att uppgiften ska utgöra företagshemlighet och därmed åtnjuta det skydd som enligt lagen tillkommer en sådan. Först om en uppgift kan anses som så väsentlig för näringsverksamheten att ett röjande skulle förändra konkurrensförmågan i negativ riktning, det vill säga medföra skada, bör uppgiften anses utgöra en företagshemlighet.[1428]

Definitionen i 1 § FHL är tvingande och får inte utvidgas.[1429] I utredningen från 1983, ”Företagshemligheter”, framhålls att definitionen på företagshemlighet inte bör kunna ges ett vidgat innehåll genom avtalsklausuler. Det betonas ”*Om ett avtal t.ex. stipulerar att en viss omständighet som är allmänt känd skall behandlas som företagshemlighet, skall domstolen inte rätta sig efter den föreskriften*”.[1430] I utredningen från 2008, ”Förstärkt skydd för företagshemligheter”, framhålls ”*Den fråga som ligger i näringsidkarens händer är alltså inte om viss information utgör en företagshemlighet utan att viss information ska hållas hemlig*”.[1431] Avtal om tystnadsplikt rörande sådant som inte utgör företagshemligheter saknar rättslig verkan.[1432]

Mot bakgrund av ovanstående kan konstateras att parterna saknar rätt att genom avtal komma överens om att en viss uppgift ska klassificeras som företagshemlig och därmed kunna bli föremål för sekretess eller begränsningar av offentlighetsprincipen i övrigt.[1433]

1427. Angående begreppet företagshemlighet och vad som innefattas i detta, se vidare *Fahlbeck, Reinhold*, Lagen om skydd för företagshemligheter, s. 289–334.

1428. Prop. 1987/88:155 s. 13.

1429. SOU 1983:52 s. 348 och SOU 1995:65 s. 189. Även *Fahlbeck, Reinhold*, Lagen om skydd för företagshemligheter, s. 75 och 292. Däremot finns det visst stöd i praxis för att det föreligger dispositionsfrihet för parterna i den mening att enighet om att viss information utgör företagshemlighet befriar domstolen från att pröva frågan, jfr AD 2013 nr 24 och Svea Hovrätt, T 1114-97, beslut den 22 februari 1999.

1430. SOU 1983:52 s. 348.

1431. SOU 2008:63 s. 93.

1432. SOU 1995:65 s. 183 f. och 189. Jfr även SOU 2008:63 s. 93. Även *Fahlbeck, Reinhold*, Lagen om skydd för företagshemligheter, s. 292, *Domeij, Bengt*, Know-howlicenser efter ett offentliggörande, s. 232 ff., *Heuman, Lars*, Skiljemannarätt, s. 34 och *Tonell, Magnus*, Sekretessavtal och det rättsliga skyddet för företagshemligheter, s. 21 och 61.

1433. Det har dock framhållits att en möjlighet att öka allmänna domstolars attraktionskraft när det gäller handläggningen av affärstvister kunde vara att överväga för parterna att själva utvidga sekretessen i sådana mål, exempelvis genom att låta parterna i viss mån disponera över graden av offentlighet, se SOU 1995:65 s. 189 ff. Se även *Edelstam, Henrik*, Offentlighet och sekretess i rättegång, s. 145 och där gjorda hänvisningar.

14.4 Avstå från att lägga fram processmaterial

14.4.1 *Exempelklausul*

På senare år har det framförts synpunkter från praktiskt verksamma jurister om att handläggningen inför domstolar är alltför omständlig och tidsödande.[1434] Flera olika utredningar har också fokuserat på frågan om hur domstolarnas verksamhet ska kunna effektiviseras så att tiden från väckande av talan till meddelande av en dom kortas ner.[1435] Som ett led i detta har det också inom juristkåren förts en diskussion om att partsinflytandet över själva handläggningen borde ökas.[1436] Ett sätt att hantera problematiken med långa handläggningstider skulle vara att parternas rätt att lägga fram processmaterial inför domstolen begränsas.[1437] En sådan begränsning har införts i Stockholms handelskammares skiljedomsinstituts regler för förenklat skiljeförfarande, i syfte att skynda på skiljeförfarandet och hålla nere parternas kostnader för detsamma.[1438] Nedan ska undersökas om parter får begränsa en domstols beslutsunderlag genom avtal om begränsningar av tillåtet processmaterial.

Ett avtal om att begränsa tillåtet processmaterial skulle kunna formuleras på följande sätt:

> **Klausul 15,**
> ”Om tvist med anledning av detta avtal anhängiggörs inför domstol får parterna utöver stämningsansökan och svaromål enbart ge in högst en skrift vardera rörande själva saken. Om ytterligare skrifter sänds in ska domstolen bortse från dessa.”

Avtalsvillkoret begränsar parternas rätt att lägga fram skriftligt processmaterial inför domstolen och följaktligen begränsas också domstolens beslutsunderlag. En avsikt med ett sådant avtal skulle kunna vara att parterna på ett tidigt stadium i processen ska tvingas att precisera sin talan och ange de omständigheter som åberopas. Klausulen är dock inte problemfri.

Klausulen avser framför allt processuella frågor. För det första innehåller den en begränsning av den fria process- och bevisföringen. Parterna får enbart skicka in två skrifter totalt inklusive bevisuppgifter. För det andra innehåller den en direkt instruktion till domstolen om att den inte får beakta en skrift som sänds in i strid med avtalet. Vilka om några processuella rätts-

1434. Det kan dock finnas en part som anser sig ”tjäna på” att tvisten drar ut på tiden. I denna avhandling bortses dock från den aspekten.

1435. Se bl.a. SOU 2007:26, SOU 2001:103 och SOU 1982:26.

1436. Även detta har varit föremål för utredning, se bl.a. SOU 2007:26.

1437. En sådan begränsningsregel föreslogs i ett betänkande i samband med ett förslag om att skapa ett nytt tingsrättsförfarande, en så kallad snabbrättegång. Betänkandet ledde dock inte till någon lagstiftning i den delen, SOU 2007:26 s. 185 ff.

1438. 19 §, 3 p. (i), Regler för förenklat skiljeförfarande, Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut.

verkningar ger ett avtalsvillkor som klausul 15 ovan upphov till när det åberopas inför domstol?

14.4.2 *Rättslig innebörd av avtalsvillkor som begränsar omfattningen av processmaterialet*

Som visats ovan styr parterna över processens yttre ramar genom sina yrkanden och åberopanden av grunder och bevisning. Vill en part framställa sin talan på ett visst sätt har parten med stöd av dispositionsprincipen och principen om fri process- och bevisföring rätt att också göra det.[1439] Det finns därför inte något principiellt hinder mot att parterna enbart skickar in två skrifter till domstolen. Den domare som handlägger tvisten får inte fatta ett handläggningsbeslut i avsikt att få in ytterligare processmaterial. Däremot får domstolen be parterna att förtydliga eventuella oklarheter i deras respektive talan samt tydligt ange bevistema för ett åberopat bevismedel. Domaren får också gör påpekanden om brister i utredningen och på det viset ge parterna tillfälle att komma in med ytterligare material,[1440] men nytt utredningsmaterial får inte domstolen kräva in.

Som en följd av dispositionsprincipen, men också den fria process- och bevisföringens princip måste det omvänt också vara tillåtet för en part att skicka in ytterligare en skrift om parten skulle anse det berättigat. Det är parten själv som ytterst avgör hur talan ska formuleras och läggas fram inför domstolen.

Har ett på förhand ingånget avtalsvillkor om begränsningar i processmaterialet någon processuell rättsverkan? En tanke är att avtalsvillkoret får betydelse när domstolen i inledningsskedet av processen ska diskutera handläggningsfrågor och upprätta tidsplan i samråd med parterna.

Parterna kan gemensamt med stöd av avtalet göra gällande att de önskar en snabb och effektiv handläggning och därmed anser att processmaterialet ska begränsas till två skrifter och att tidsplanen ska upprättas med detta i beaktande.[1441] Så kan det naturligtvis vara under förutsättning att parterna är *överens*. Domstolen har sannolikt inte heller något principiellt emot ett sådant upplägg av handläggningen. En domstol ska beakta parternas önskemål om handläggning när detta önskemål framställs i processen, men parternas önskemål tolkas som två ensidiga processhandlingar, visserligen med samma innehåll som avtalsvillkoret. Det är dock inte villkoret i sig som binder domstolen vid ett sådant handläggningsbeslut. Beslutet grundar sig istället på en bedömning av de ensidiga processhandlingarna som parterna fram-

1439. Angående dispositionsprincipen och den fria process- och bevisföringens princip i civilprocessen se ovan avsnitt 11.5. Jfr även ovan avsnitt 13.3.2–13.3.3 och 13.4.2.

1440. Jfr 42 kap. 6 och 8 § RB.

1441. Domstolen ska enligt 42 kap. 6 § 3 st. RB upprätta en tidsplan över målets handläggning. Denna bör upprättas i samråd med parterna. Tidsplanen är dock enbart preliminär och kan komma att ändras under målets handläggning, jfr prop. 1986/87:89 s. 191 ff.

ställer inför domstolen. Detta blir tydligare om parterna genom varsin processhandling framställer det gemensamma önskemålet utan att hänvisa till ett avtalsvillkor.

Men vad händer om endast en av parterna anser att avtalsvillkoret ska gälla? Med utgångspunkt i typsituation I skulle ett tänkbart scenario kunna vara att käranden har väckt en civilrättslig talan av något slag.[1442] Svaranden bestrider kärandens yrkande, och invänder att det finns ett avtalsvillkor i huvudavtalet som ska beaktas när domstolen ska avgöra hur tvisten ska handläggas. Svaranden anser att avtalsvillkoret ger uttryck för att parterna enbart får skicka in två rättegångsskrifter till domstolen. Käranden menar att avtalsvillkoret är utan verkan.

Domstolen måste beakta både kärandens och svarandens önskemål och sedan självständigt avgöra vad som är en lämplig handläggningsform i den enskilda tvisten. Lagtexten är tydlig. Domstolen *bör* samråda med parterna angående handläggningen, men ingenstans framgår det att den är tvungen att följa deras önskemål eller att den är bunden av ett på förhand ingånget avtalsvillkor om handläggningen.[1443]

Detta leder naturligt över till frågan vad som händer om inte parterna följer den överenskomna handläggningsplanen. Anta att parterna och domaren har kommit överens om att en lämplig handläggning är att parterna håller sig till två insända skrifter, men att det senare visar sig att en av parterna skickar in en tredje skrift. Får domaren i det fallet, så som uttrycks i klausul 15, avvisa den tredje skriften eller bortse från den?

Det finns inte någon möjlighet för domaren att avvisa den insända tredje skriften som sådan.[1444] Handläggningsreglerna i rättegångsbalken medger inte en avvisning enbart med stöd i parternas avtalsvillkor och inte heller är en sådan avvisning förenlig med den fria process- och bevisföringens princip. Dessutom är det en grundläggande utgångspunkt för ett kontradiktoriskt förfarande att parterna får lägga fram sin talan som de önskar, åberopa de bevis de anser nödvändiga för att kunna ta tillvara sin rätt, ta del av samtliga handlingar i målet samt ges tillfälle att bemöta motpartens påståenden.[1445] Den processuella ogiltighetsprincipen medger inte utan stöd i lag att parterna ingår avtal där domaren fråntas rätten att bestämma hur en viss processhandling ska bedömas.

1442. Typsituation I presenteras ovan under avsnitt 1.5.4.

1443. Jfr 42 kap. 6 § 3 st. RB. Jfr också *Bylander, Erik*, Muntlighetsprincipen, s. 108 f., angående motsvarande lokution vad avser handläggningsformen.

1444. Däremot skulle en domare kunna avvisa den tredje skriften om domstolen har förenat handläggningsplanen med ett beslutsdatum om tidpunkten då förberedelsen ska anses avslutad, jfr 42 kap. 15 a § RB. I det fallet har avvisningen sin grund i preklusionsregeln och inte i den uppgjorda handlingsplanen.

1445. Vad som innefattas i kontradiktionsprincipen och vilken roll denna spelar för civilprocessen behandlas ovan i avsnitt 11.5.1.

Även artikel 6 (1) EKMR och innebörden i begreppet rättvis rättegång ger stöd för ovanstående slutsatser. En förhandling ska vara kontradiktorisk och parterna ska få lägga fram sin talan så som de önskar. Däremot är det inte alls säkert, kanske inte ens troligt, att Europadomstolen skulle anse att det strider mot artikel 6 (1) EKMR om det i en nationell rättsordning infördes en bestämmelse som tillåter begränsningar av processmaterialet på nu beskrivet sätt. En förutsättning är dock att begränsningen omfattar samtliga parter i målet så att dessa behandlas lika i processen och att varje enskild part har givits tillräcklig möjlighet att lägga fram sin talan. Tillåtandet av begränsningen skulle då ha sin grund i att förfarandet som *helhet* genomförts på ett rättssäkert och rättvist sätt.[1446]

Slutligen återstår frågan om domstolen får bortse från den insända tredje skriften. Avgörande för domstolens skyldigheter är vad den tredje skriften innehåller för uppgifter och om dessa ska utgöra en del av domarens beslutsunderlag, vilket exempelvis skulle vara fallet om den tredje skriften åberopats som bevismedel. Oavsett vilka uppgifterna är, måste domstolen på grund av kommunikationsprincipen alltid sända över den nya skriften till motparten för yttrande och tillfälle att komma in med ett svar.[1447] Åberopas skriften som bevismedel uppkommer frågan vilken betydelse som bevisfakta innehållet i skriften har. Tillförs inte något nytt i sak kommer kanske inte de bevisfakta som följer av innehållet i skriften att få något egentligt värde, men även det omvända kan tänkas. Det är möjligt att de bevisfakta som följer av innehållet i den insända skriften ges ett visst eller till och med ett högt bevisvärde. Det finns i vart fall inte något stöd för att bevisfakta per automatik frånkänns ett bevisvärde när en part har agerat i strid med en av domstolen fastställd handläggningsplan som har beslutats i enlighet med parternas önskemål.[1448] En processuell sanktion skulle däremot kunna vara att domstolen på grund av partens agerande meddelar ett preklusionsföreläggande.[1449] Därefter får inte en part åberopa nya omständigheter och bevis utan att parten gör sannolikt att denne har haft giltig ursäkt för sin underlåtenhet att åberopa omständigheten tidigare.

En annan processuell sanktion skulle kunna vara att den part som i strid mot handläggningsplanen skickar in en tredje skrift sanktioneras genom fördelningen av rättegångskostnaderna. Sanktionen skulle då inte grunda sig på parternas avtal utan det faktum att en part inte följt den inför domstolen överenskomna handläggnings- och tidsplanen.[1450] Genom partens agerande har rättegången tagit längre tid och förorsakat motparten extra kostnader.[1451]

1446. Jfr ovan den diskussion som förs under avsnitt 11.5.
1447. Kommunikationsprincipen beskrivs ovan i avsnitt 11.5.1.
1448. Avtal om bevisvärdering behandlas nedan i kapitel 15.
1449. 42 kap. 15 och 15 a §§ samt 43 kap. 10 § RB.
1450. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 44.
1451. Jfr 18 kap. 6 § RB.

Avgörande för bedömningen om en parts agerande ska påverka rättegångskostnadernas fördelning är rimligen vad den tredje skriften innehåller för uppgifter. Är det en skrift som enbart tar upp sådan information som redan har berörts under handläggningen och som inte är oklar på något sätt och det är tydligt att parten enbart obstruerar och försöker förhala rättegången, skulle detta kunna få betydelse vid fördelningen av rättegångskostnaderna förutsatt att agerandet kan sägas ha inverkat på handläggningen av tvisten.

14.5 Sammanfattande kommentarer

Parternas möjligheter att styra över förfarandefrågor såsom handläggningsform och tillåtet processmaterial, är mycket begränsade. Det finns inte något rättsligt stöd för att ett avtalsvillkor om sådana frågor är bindande för en domstol. Däremot har parterna möjlighet att sedan en talan väl har väckts, framställa önskemål om hur domstolen ska handlägga målet och genomföra processen. Detta görs då genom ensidiga processhandlingar som riktas till domstolen. Dessa kan vara samstämmiga, men de kan också ge uttryck för olika önskemål från parternas sida.

Domstolen har den avgörande makten att besluta om handläggningsform. Ofta fattas sådana beslut efter samråd med parterna och med beaktande av deras respektive önskemål samt beaktande av de regler som gäller om rätten till muntlig förhandling. Utgångspunkten för bedömningen är att så snart en av parterna önskar en muntlig förhandlingsform ska detta som regel också tillgodoses. Det spelar ingen roll om parterna på förhand har ingått ett avtal om skriftlig handläggningsform. Avtalsvillkoret kommer inte att läggas till grund för domstolens bedömning om handläggningsform.

Inte heller får parterna styra över handlings- eller förhandlingsoffentligheten genom avtal. Möjligheterna för domstolen att besluta att ett sammanträde inte ska vara offentligt eller att vissa rättegångsskrifter, helt eller delvis, ska vara sekretessbelagda styrs av bestämmelserna i rättegångsbalken och offentlighets- och sekretesslagen. Även om det av offentlighets- och sekretessbestämmelserna framgår att uppgifter till skydd för enskildas affärs- och driftsställe avses, innebär inte det att parterna på förhand får komma överens om vad som ska innefattas i dessa begrepp i ett enskilt fall. Det är domstolen som slutligt avgör om en uppgift är av den art att den kvalificerar för en begränsning av offentlighetsprincipen.

Inom skiljemannarätten förekommer det att parterna redan på förhand kommer överens om att en eventuell framtida tvist ska lösas genom ett förenklat skiljeförfarande och att parterna enbart ska ha rätt att lägga fram ett begränsat antal rättegångsskrifter inför skiljenämnden. Någon motsvarighet finns inte i civilprocessen. Parterna får dock framställa önskemål inför domstolen om att processmaterialet i form av insända rättegångsskrifter ska begränsas. Det spelar då inte någon roll om parterna på förhand har reglerat

detta i ett avtalsvillkor. Parternas önskemål om handläggningen tolkas istället som ensidiga processhandlingar och avtalsvillkoret ges inte någon bindande verkan i förhållande till domstolens handläggningsbeslut. Det står därmed en part helt fritt att framföra ett önskemål om handläggningen som inte överensstämmer med ett tidigare ingångna avtalsvillkor. Domstolen fattar självständigt beslut om hur handläggningen av tvisten lämpligen bör genomföras. Vid detta beslut måste processuella regler och principer beaktas. Skulle sedan någon av parterna bryta mot beslutet, exempelvis en för målet upprättad handlingsplan, på ett oacceptabelt sätt, skulle domstolen kunna meddela ett preklusionsföreläggande. I övrigt har domstolen inte någon möjlighet att neka en part att åberopa fler rättegångsskrifter än vad överenskommelsen medger.

15 Bevisvärderingen

15.1 Inledning

Domstolens rättsskipande uppgift består av bevisvärdering och rättstillämpning. Bevisvärderingen styrs av principen om *fri bevisvärdering* och rättstillämpningen av principen om *jura novit curia*. I detta kapitel behandlas avtal om bevisvärdering och i nästa kapitel behandlas avtal om rättstillämpningen.

Domstolen ska värdera de bevisfakta som följer av den bevisning som parterna har åberopat och avgöra om det beviskrav som gäller för att ett visst rättsfaktum ska anses bevisat.[1452] Det är inte alltid lätt att på förhand förutse vilken bevisning som kan komma att få avgörande betydelse vid en framtida tvist. Av denna anledning kan parterna vara intresserade av att genom avtal reglera exempelvis hur olika former av bevis ska förhålla sig till varandra eller vilket bevisvärde ett enskilt bevismedel ska ha. Ett sådant avtal innebär en begränsning av domarens fria bevisvärdering. Frågan är vilken betydelse för bevisvärderingen den här typen av avtalsvillkor har. Det är framför allt två olika situationer som ska undersökas. Den första innefattar att ett avtalsvillkor tolkas som ett direktiv till domstolen om att ett visst bevismedel ska ges ett lägre bevisvärde än vad det naturligen skulle ha givits om avtalsvillkoret inte fanns. Den andra innefattar att ett avtalsvillkor tolkas som ett direktiv till domstolen om att ett visst bevismedel ska ges ett högre bevisvärde än vad det naturligen skulle ha givits om avtalsvillkoret inte fanns.

Även om bevisvärderingen är fri och det saknas lagregler om hur den ska gå till, är den som visats ovan inte helt fri från alla slags normer.[1453] Det finns dock inte någonting i lagstiftningen som tyder på att parterna ska ha rätt att genom avtal påverka och bestämma över hur bevisvärderingen ska genomföras. Tvärtom framgår det av 35 kap. 1 § RB att *domstolen* ska utföra bevisvärderingen. Ett avtalsvillkor där parterna styr över bevisvärderingen utgör en processuell överenskommelse, vilken kräver lagstöd för att vara giltigt.[1454] Det finns inte något sådant stöd i rättegångsbalken. Ett avtalsvillkor där parterna uttryckligen ger anvisningar till domstolen om hur den ska genomföra sin bevisvärdering skulle därmed vara ogiltigt.[1455] Däremot verkar det som

1452. Principen om fri bevisvärdering inom civilprocessen behandlas ovan under avsnitt 11.6.2.

1453. Angående domarens bevisvärderingsuppgift och hur denna genomförs se ovan under avsnitt 11.6.2.

1454. Vad som avses med en processuell överenskommelse beskrivs under avsnitt 1.7 och den processuella ogiltighetsprincipen behandlas ovan under avsnitt 6.3.

1455. Jfr dock *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 56. Lindskog verkar vara av uppfattningen att ett avtal som rör ett visst bevismedels bevisvärde bör beaktas av domstolen på samma sätt som ett avtal om bevisbörda.

om parterna faktiskt har en möjlighet att påverka domstolens bevisvärdering genom upprättandet av vissa typer av avtal och avtalsformuleringar.

Flera av de olika processuella överenskommelser som har behandlats tidigare i denna del IV skulle kunna komma att få betydelse vid domstolens bevisvärdering. Avsikten är inte att analysera samtliga ovan exemplifierade avtalsvillkors eventuella betydelse vid bevisvärderingen. Istället ska frågor om bevisvärdering på ett mer principiellt plan behandlas. Analysen kommer att illustreras med hjälp av några olika varianter av de avtalsvillkor som har presenterats ovan; integrationsklausuler, avtal om exklusiva och prioriterade bevismedel och sekretessavtal.[1456]

15.2 Exempelklausuler

Det är inte sannolikt att parterna kommer överens om att de på ett generellt plan ska få bestämma över bevisvärderingen. Det handlar snarare om att parterna försöker reglera särskilt utpekade omständigheter som i ett enskilt fall kan komma att få betydelse för domstolen när avtalsinnehållet ska fastställas. Det kan exempelvis handla om avtalsvillkor som ger anvisningar om hur ett enskilt bevisfaktum ska värderas eller vilken styrka som bevis ett visst bevismedel ska ha. Man kan också tänka sig att parterna har kommit överens om att ett visst bevismedel inte ska vara tillåtet, exempelvis vittnesförhör. Om en part i strid med innehållet i ett sådant avtalsvillkor åberopar ett vittnesförhör, uppkommer frågan om detta ska påverka vittnesutsagans bevisvärde.

Flera av de tidigare nämnda klausulerna är sådana som direkt eller indirekt får betydelse för domstolens bevisvärdering. Ett exempel är integrationsklausulerna, klausul 5 och 6.[1457] Ett annat exempel är klausul 10 om exklusiva bevismedel.[1458] Ett tredje är klausulerna 7 och 8 som reglerar sekretess samt förbud att åberopa vissa bevismedel som bevis.[1459] Nedan ska de klausulerna i nu nämnda ordning, illustreras och problematiseras med utgångspunkt från frågan vilken betydelse för domstolens bevisvärdering de kan komma att få.

Klausul 5,

"Detta avtal utgör parternas fullständiga reglering av de frågor som avtalet berör. Alla muntliga och skriftliga åtaganden och utfästelser som föregått avtalet ersätts av detta avtal med bilagor."

1456. Dessa avtalsvarianter har valts eftersom deras främsta processuella rättsverkan är att de får betydelse vid domstolens bevisvärdering. Några av de aktuella avtalsvarianternas betydelse för bevisvärderingen har redan analyserats ovan i avsnitt 13.4. I de fall den analysen får aktualitet även här kommer hänvisningar att göras dit.

1457. Integrationsklausuler analyseras ovan under avsnitt 13.4.3.

1458. Avtal om exklusiva och prioriterade bevismedel analyseras ovan under avsnitt 13.4.5

1459. Sekretessavtal analyseras ovan under avsnitt 13.4.4.

Klausul 6,
”Vid en framtida tvist om detta kontrakt förbinder sig parterna att inte åberopa information som denne har fått från någon person som har närvarat vid avtalsförhandlingarna och som rör avtalets tillkomst och innebörd.”

De exemplifierade integrationsklausulerna innehåller inte uttryckligen några anvisningar om olika bevisfaktas värde som bevis. Däremot skulle det kunna tänkas att integrationsklausulerna tillerkänns den processuella rättsverkan att avtalspreliminärer, på grund av integrationsklausulen, naturligen får ett lägre bevisvärde än det skriftliga huvudavtalet. Ett exempel skulle kunna vara att käranden åberopar en avtalspreliminär, ett protokoll eller ett vittnesförhör, till styrkande av att huvudavtalet har ett visst innehåll. Invändningen från svaranden skulle då kunna vara att på grund av integrationsklausulen ska dessa avtalspreliminärer inte beaktas av domstolen. Som visats ovan hindrar *inte* integrationsklausulen parterna från att åberopa avtalspreliminärerna som bevis. Däremot kan det argumenteras för att integrationsklausulen får betydelse för domstolen då den ska ta ställning till vilket *värde* som en avtalspreliminär har för att slå fast innebörden i själva huvudavtalet.

Ett annat exempel på ett avtalsvillkor som skulle kunna få betydelse för domstolens bevisvärdering är klausul 10 om exklusiva bevismedel.

Klausul 10,
”Om tvist uppkommer med anledning av detta avtal ska enbart skriftliga bevismedel vara tillåtna för att bevisa vad som utgör avtalsinnehåll.”

Avtal om exklusiva bevismedel innebär att det i avtalsvillkoret utpekade bevismedlet ska utgöra ett exklusivt bevis om vad som är avtalsinnehåll i parternas huvudavtal. Enligt klausulen ska endast skriftliga bevismedel vara tillåtna. Som visats ovan har domstolen mycket begränsade möjligheter att avvisa muntliga bevismedel om en part i strid med avtalet skulle åberopa sådana bevismedel. Däremot kan det argumenteras för att ett avtalsvillkor som klausul 10 får betydelse vid bevisvärderingen. En tanke skulle kunna vara att de bevisfakta som det muntliga bevismedlet ger uttryck för, exempelvis ett vittnes utsagor, gavs ett lägre bevisvärde på grund av klausulens utformning jämfört med det värde dessa bevisfakta skulle ha tilldelats om inte klausul 10 fanns intagen i huvudavtalet.

Även en sekretessklausul skulle kunna få betydelse för domstolens bevisvärdering. Ett exempel på sådana sekretessklausuler är de tidigare behandlade klausulerna 7 och 8:

Klausul 7,
”Samtliga personer som har närvarat vid avtalsförhandlingarna är förbjudna att yppa till utomstående vad som förekommit vid förhandlingarna.

Vid en framtida tvist i anledning av detta kontrakt förbinder sig parterna att inte åberopa utsaga från någon person som närvarat vid avtalsförhandlingarna och som avser vad som förekommit vid dessa förhandlingar.”

Klausul 8,
”Parterna förbinder sig att inte till någon utomstående yppa något om förlikningens innehåll eller tillkomst.”

Skulle det uppkomma en tvist mellan parterna kan det tänkas att en part, i strid med sekretessklausulen, åberopar vittnesförhör med en person som omfattas av klausulen. Av exempelvis klausul 7 framgår klart och tydligt att en part inte får åberopa en sådan utsaga. Som nämndes ovan har domstolen begränsade möjligheter att neka en part att framställa ett sådant åberopande och avvisa den åberopade bevisning. Däremot kan det argumenteras för att en utsaga från ett sådant subjekt på grund av sekretessklausulen ska tillerkännas ett lägre bevisvärde.

Av ovanstående resonemang framgår att även om parterna inte direkt fråntar domstolen uppgiften att utföra bevisvärderingen, kan det argumenteras för att parternas olika avtalsvillkor påverkar hur bevisvärderingen genomförs eller snarare det bevisvärde som vissa enskilda bevisfakta ska åsättas. Om det vore möjligt för parter att åstadkomma dessa bevisvärderingseffekter, betyder det att parterna *indirekt*, genom innehållet i avtalsvillkoret, har begränsat den fria bevisvärderingens princip.

15.3 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om bevisvärdering

Ett avtalsvillkors inverkan på bevisvärderingen beror på hur parterna formulerar villkoret. I detta sammanhang aktualiseras två frågor. Den första är om avtalet får ges den processuella rättsverkan att det *fråntar* domaren rätten att utföra bevisvärderingen i en specifik situation. Den andra är *vilken betydelse* innehållet i avtalsvillkoret får för ett särskilt bevisfaktums faktiska bevisverkan i ett enskilt fall.

Ett avtalsvillkor där avsikten är att begränsa domstolens rätt att utföra bevisvärderingen skulle kunna formuleras på ett sådant sätt att det direkt fråntar domaren uppgiften att värdera viss utpekad bevisningen. Ett exempel på ett sådant avtalsvillkor är följande:

”Om tvist med anledning av detta avtal uppkommer mellan parterna ska parterna själva bestämma vilket värde som bevis ett specifikt bevisfaktum ska ha.”

Detta avtalsvillkor är troligen inte av något större praktiskt intresse. Villkoret är mycket svårt att genomföra och parterna saknar också sannolikt helt incitament att ingå ett sådant avtal. Dessutom skulle ett sådant avtalsvillkor, särskilt om det var vagt formulerat eller allmänt hållet, kunna tolkas som en

processuell överenskommelse mellan parterna avseende en av domstolens främsta uppgifter, bevisvärderingen. Denna bevisvärderingsuppgift får inte parterna genom avtal, på ett generellt plan, frånta domstolen.[1460] Den har fortfarande rätt att fritt värdera alla de bevis som har lagts fram i processen. Ett avtalsvillkor som det nu exemplifierade får inte ges den processuella rättsverkan att det hindrar en domstol från att bevisvärdera vissa bevisfakta. Den processuella ogiltighetsprincipen och principen om fri bevisvärdering medger inte detta.[1461]

Det hindrar dock inte att innehållet i ett avtalsvillkor får viss faktisk bevisverkan och därmed betydelse vid domstolens bevisvärdering. Innehållet i ett specifikt avtalsvillkor ger uttryck för den gemensamma partsviljan vid avtalsslutet. På grund av detta kommer också villkoret att få betydelse vid den samlade bedömning som domstolen gör när den ska avgöra om de åberopade omständigheterna i målet överensstämmer med den faktiska verkligheten eller inte. En förutsättning är naturligtvis att avtalsvillkoret är giltigt och inte kan angripas med stöd av avtalsrättsliga ogiltighets- och jämkningsregler. Dessutom förutsätts att avtalsvillkoret har ett innehåll som, direkt eller indirekt, ger anvisningar till domstolen om vilken betydelse som bevis enskilda bevisfakta ska ha enligt parterna.

En variant på sådana klausuler utgör integrationsklausuler. Som nämndes ovan är partsavsikten med att införa en integrationsklausul i huvudavtalet att endast det skriftliga huvudavtalet får åberopas som bevismedel avseende avtalsinnehållet.[1462] Avtalspreliminärerna är av underordnad betydelse. Om en part åberopar en avtalspreliminär till styrkande av ett visst rättsfaktum uppkommer frågan om integrationsklausulen påverkar det bevisvärde som avtalspreliminären bör tillerkännas. Här måste det göras skillnad mellan dels avtalspreliminärer som åberopas för att styrka en rättighet som *framgår av* huvudavtalet, dels avtalspreliminärer som åberopas till stöd för en rättighet som *inte alls framgår av* huvudavtalet.[1463]

En tanke är att i det första fallet skulle avtalspreliminären mycket väl kunna få ett relativt högt bevisvärde. Syftet med avtalspreliminären är inte att tillföra parternas huvudavtal någonting nytt som inte redan uttrycks där. Avtalspreliminären åberopas enbart för att tydliggöra, förklara eller belysa en omständighet som redan framgår av huvudavtalet. I det senare fallet däremot

1460. Se *Mellqvist, Mikael*, JT 2012–13, s. 148 (152). Jfr dock *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 56, som förefaller vara av en annan åsikt. Det framgår dock inte om Lindskog avser att hela bevisvärderingsuppgiften får avtalas bort eller om han menar att parter kan ingå avtal som får betydelse för det faktiska bevisvärde som ett bevisfaktum tilldelas i ett enskilt fall.

1461. Se ovan avsnitt 6.3 och 11.6.2.

1462. Detta resonemang hänförs framför allt till klausul 5 ovan. Klausul 6 utestänger enbart muntliga avtalspreliminärer från personer som har närvarat vid avtalsförhandlingarna. Problematiken är dock densamma. Avtalet ger, direkt eller indirekt, anvisningar om vilka bevismedel som ska få åberopas samt vilket värde som enskilda bevisfakta ska tillerkännas.

1463. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 13.4.3.2.

skulle situationen kunna vara en annan. I det fallet åberopas avtalspreliminären till styrkande av en omständighet som inte har kommit till uttryck i huvudavtalet. Parten har då gjort gällande att denne har en rättighet som inte framgår huvudavtalet och till strykande av denna rättighet åberopas avtalspreliminären. Mot bakgrund av integrationsklausulen som betonar att parternas fullständiga avtal framgår av den skriftliga avtalshandlingen, skulle en tanke vara att avtalspreliminären i detta senare fall tillerkänns ett förhållandevis lågt bevisvärde.[1464]

Problematiken ska illustreras med ett exempel. Käranden väcker någon form av fullgörelsetalan och åberopar en avtalspreliminär, ett protokoll eller ett vittne, till styrkande av att huvudavtalet mellan parterna har ett visst innehåll. Svaranden åberopar integrationsklausulen som bevis till stöd för att avtalspreliminärerna inte ska ges någon, eller i vart fall en reducerad, betydelse i tvisten. I första hand menar svaranden att domstolen på grund av integrationsklausulen är förhindrad att beakta avtalspreliminärerna som bevisfakta för vad som har avtalats mellan parterna. I andra hand menar svaranden att integrationsklausulen innebär att det skriftliga huvudavtalet har ett högt värde som bevis om vad som utgör avtalsinnehåll mellan parterna och avtalspreliminärerna enbart får tilldelas ett mycket lågt, om ens något, värde som bevis.

Käranden svarar i sin tur att integrationsklausulen inte alls utesluter möjligheten att åberopa avtalspreliminärerna som bevisfakta för avtalsinnehållet och att domstolen är tvungen att beakta dessa bevismedel vid sin bevisvärdering. Vidare menar käranden att avtalspreliminärerna ska tilldelas ett så högt bevisvärde att de förringar det skriftliga huvudavtalets värde som bevis. Domstolen ska nu ta ställning till om kärandens åberopade bevisning ska godtas. Om den godtas ska domstolen också avgöra vilken verkan som bevis integrationsklausulen ska ha om vad som utgör avtalsinnehåll mellan parterna satt i relation till den av käranden åberopade bevisningen.

Integrationsklausulen ger uttryck för att domstolen vid en avtalstolkningstvist om vad som innefattas i huvudavtalet, i första hand ska utgå från det skriftliga avtalsinnehållet. Om en part även åberopar bevisning till styrkande av att huvudavtalet ska förstås på ett visst sätt, eller till styrkande av omständigheter som inte alls framgår av detta huvudavtal, är dock domstolen skyldig att fundera över vilken betydelse, om någon, detta har för bevisvärderingen. Vid bevisvärderingen måste domstolen beakta *alla* de bevismedel som har åberopats i målet och avgöra vilket värde som bevismedel de bevisfakta som de olika bevismedlen ger uttryck för, ska tillmätas.[1465] Avtalspreliminärerna måste alltså beaktas av domstolen.

1464. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 13.4.3.2 och 13.4.5.2.

1465. Se ovan under avsnitt 11.5.3 när det gäller parternas rätt till fri bevisföring och avsnitt 11.6.2. när det gäller domstolens skyldighet att värdera den bevisning som åberopas av parterna.

Däremot ska avtalspreliminärerna bedömas mot bakgrund av att parterna har en integrationsklausul i huvudavtalet. Genom integrationsklausulen betonas vikten av det skriftliga huvudavtalets betydelse som bevis avseende avtalsinnehållet. Integrationsklausulen kan liknas vid en överenskommelse vars syfte är att visa att parterna är överens om att vissa bevismedel ska äga vitsord framför andra. Handlingar som har upprättats i syfte att utgöra bevis tillerkännas ofta ett högt bevisvärde.[1466] En följd av integrationsklausulen skulle därmed kunna vara att avtalspreliminärerna som åberopas i syfte att styrka en omständighet som inte alls framgår av huvudavtalet tillerkänns ett förhållandevis lågt bevisvärde.[1467] Parterna var vid avtalsslutet överens om att det som framgår av huvudavtalet utgör parternas fullständiga avtal. Vad som sagts, lovats och diskuterats tidigare har ersatts av huvudavtalet.[1468]

Slutsatsen är att parterna genom integrationsklausulen har kommit överens om vad som ska utgöra tolkningsunderlag avseende avtalsinnehållet. Det innebär att integrationsklausuler i ett enskilt fall trots allt kan erhålla den bevisverkan att avtalspreliminärerna inte ges någon avgörande betydelse i målet. I den exemplifierade situationen skulle det med stöd av avtalspreliminärerna vara svårt för käranden att nå upp till det normala beviskravet styrkt när det gäller rättsfakta som inte framgår av huvudavtalet mellan parterna. Huvudavtalet utgör ett bevis med ett högt bevisvärde om vad som utgör avtalsinnehåll mellan parterna. Det finns dock inget som hindrar att käranden åberopar avtalspreliminärerna och att domstolen ger dessa ett visst bevisvärde.

Förändras situationen om man vänder på exemplet ovan och utgår från den situationen att käranden väcker talan med stöd i det skriftliga huvudavtalet och svaranden gör gällande att det finns avtalspreliminärer av sådan betydelse att dessa förtar huvudavtalets värde som bevis? Det innebär inte att avtalspreliminärerna ges ett högre bevisvärde än i det förra exemplet, men deras betydelse som bevis kommer att få en annan innebörd. Detta ska illustreras med ett exempel som utgår från att huvudavtalet ger uttryck för parternas gemensamma vilja vid avtalsslutet, vilket betonas genom integrationsklausulen. Käranden åberopar huvudavtalet till styrkande av att avtalet har det innehåll som denne påstår. Huvudavtalet får då ett högt bevisvärde för kärandens påstådda rättsfakta. När svaranden åberopar avtalspreliminärer

1466. Se vidare resonemanget ovan under avsnitt 13.4.5.2.

1467. Ett sådant synsätt förutsätter att integrationsklausulen är särskilt diskuterad och framförhandlad mellan parterna. Har den enbart förts in som en form av *boilerplate* i avtalet mellan parterna, kommer integrationsklausulen sannolikt inte medföra att huvudavtalet ges samma höga bevisvärden avseende vad som är avtalsinnehåll mellan parterna. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 13.4.3.2 och 13.4.5.2.

1468. Naturligtvis kan det i enskilda situationer finnas omständigheter som gör att även avtalspreliminärerna bör ges ett högre bevisvärde. Ett exempel skulle kunna vara om en av parterna påstår sig ha blivit lurad eller svikligen förledd att ingå det aktuella avtalet och det finns avtalspreliminärer som kan styrka detta påstående.

såsom protokoll och vittnesförhör, till styrkande av att avtalsinnehållet faktiskt är något annat än vad käranden gör gällande, räcker det att avtalspreliminärerna tilldelas ett sådant bevisvärde att det sammantaget *förringar* kärandens bevisning, det skriftliga huvudavtalet, så att kärandens påstående inte längre är styrkt genom huvudavtalet.[1469] I detta senare fall har inte avtalspreliminärerna tilldelats ett högre bevisvärde än i det första fallet, men eftersom käranden har bevisbördan för att avtalet har det innehåll som denne påstår är det möjligt för svaranden att förringa värdet av den bevisningen genom att åberopa avtalspreliminärer med viss trovärdighet.

Avtalsvillkor av nu nämnda slag, som kan få verkan vid domstolens bevisvärdering, fråntar inte domstolen skyldigheten att genomföra bevisvärderingen. Däremot kan det som visats ovan argumenteras för att viss bevisfakta, på grund av integrationsklausulen, komma att ges ett lägre bevisvärde jämfört med vad som hade gällt om parterna inte hade haft klausulen i sitt huvudavtal. Det ska dock betonas att ett skriftligt huvudavtal alltid har ett högt bevisvärde om vad som kan anses utgöra avtalsinnehåll mellan parterna, även när det saknas en integrationsklausul i huvudavtalet.[1470] Om parterna dessutom tillför huvudavtalet en särskilt framförhandlad integrationsklausul, har parterna markerat att huvudavtalet ska ha en särskild verkan som bevis, vilket bör få betydelse för avtalspreliminärernas bevisvärde.[1471] Huvudavtalets bevisvärde skulle då öka genom att detta kan jämställas med en form av avsiktsbevisning.[1472]

Ett annat exempel där avtalsklausuler indirekt kan komma att få betydelse vid bevisvärderingen är avtal om exklusiva och prioriterade bevismedel. Sådana avtalsvillkors betydelse för bevisvärderingen har delvis behandlats ovan.[1473] Här ska endast några tillägg göras. Till viss del kan det resonemang som fördes ovan om särskilt framförhandlade integrationsklausuler tillämpas även för exklusiva och prioriterade bevismedel. Parterna har genom avtalsvillkoret rangordnat och specificerat hur avtalsinnehållet ska fastställas, se exempelvis klausul 10 ovan.

Inte heller den här typen av avtalsvillkor om vad som kan uppfattas göra vissa bevis exklusiva, fråntar domstolen skyldigheten att genomföra bevisvärderingen. Även om avtalsvillkoret ger ett tydligt direktiv om att skriftliga bevismedel ska vara exklusiva och muntliga bevismedel inte är tillåtna, får domstolen inte avvisa muntliga bevismedel som åberopas i strid med avtals-

1469. Jfr NJA 1978 s. 35 där bevisvärdet av ett av en förrättningsman upprättat hindersbevis bedömdes. Hindersbeviset gav uttryck för att en viss person, E, varit närvarande vid förrättningen. Hindersbeviset var normalt sett tillräckligt för att det skulle anses styrkt att E varit närvarande vid förrättningen. E hade dock pekat på sådana oklarheter i hindersbeviset att detta inte, mot E:s förnekande, kunde anses styrka att E varit närvarande.

1470. Jfr *Heuman, Lars*, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 224.

1471. Jfr *Walin, Gösta*, Skuldebrevslagen (1 oktober 2011, Zeteo), kommentaren till 1 §.

1472. Jfr resonemanget ovan under avsnitt 13.4.5.2.

1473. Se ovan under avsnitt 13.4.5.2.

villkoret. Domstolen ska avgöra värdet av de bevisfakta som framkommer av det i strid med avtalsvillkoret åberopade bevismedlet. Ska dessa bevisfakta per automatik tillerkännas ett lägre bevisvärde än vad som skulle ha gällt om inte klausulen hade funnits i parternas huvudavtal? Jag skulle vara försiktig med att dra en sådan slutsats.

Det är skillnad mellan det faktum att det tydligt av avtalsvillkoret framgår att parternas gemensamma vilja vid avtalsslutet är att ett särskilt utpekat bevismedel, exempelvis det skriftliga huvudavtalet, ska tillerkännas särskild verkan som bevis och att generellt avtala bort rätten att åberopa en särskild form av bevismedel. I det första fallet har parterna genom avtalets utformning haft möjlighet att överblicka, påverka och uttrycka de bevisfakta som kommer att kunna aktualiseras vid en framtida tvist om avtalets innehåll. I det senare fallet har parterna inte samma möjlighet att göra detta. Klausul 10 betonar inte att huvudavtalet i sig ska ha särskild betydelse som bevis om avtalsinnehållet utan alla olika skriftliga bevismedel är tillåtna. Här förefaller snarare avsikten med avtalsvillkoret vara att koncentrera processmaterielat till skriftligt sådant. Som visats ovan har domstolen endast begränsade möjligheter att neka en part att åberopa viss bevisning. Skulle en part anse att avtalsinnehållet bäst bevisas genom ett vittnesförhör skulle det därmed stå den parten fritt att åberopa detta bevismedel. Här får då innehållet i klausul 10 betydelse. Innebär detta avtalsvillkor att vittnesutsagor per automatik ska ges ett lägre bevisvärde? Jag ställer mig tveksam till en sådan tolkning. Om vittnet och innehållet i utsagan framstår som trovärdig i förhållande till övrigt processmaterial, borde domstolen kunna ge en sådan vittnesutsaga ett relativt högt bevisvärde, trots klausul 10. Möjligen skulle det kunna argumenteras annorlunda om det finns tydliga skriftliga bevismedel som ger uttryck för vad som utgör avtalsinnehåll mellan parterna. Det verkar dock märkligt om detta skulle innebära att de bevisfakta som följer av en vittnesutsaga skulle ges ett lägre bevisvärde bara för att klausul 10 finns intagen i huvudavtalet.

Ett annat exempel på avtal där parterna har kommit överens om att vissa specifika bevismedel inte ska vara tillåtna är sekretessklausuler. Parterna har då på förhand kommit överens om att vissa personer inte ska få lov att kallas till förhör inför domstol om det uppkommer en tvist mellan parterna, se klausul 7 och 8 ovan.

Som nämndes ovan har inte dessa avtalsvillkor den processuella rättsverkan att bevismedel som åberopas inför domstol ska avvisas. Ett vittne eller en part som kallas till förhör inför rätten är skyldig att infinna sig och med några få undantag också ”skyldig” att svara på de frågor som ställs.[1474] Istället uppkommer frågan vilket bevisvärde som bevisfakta, som framlagts i strid

1474. Sekretessavtals processrättsliga verkan när det gäller den fria bevisföringen behandlas ovan under avsnitt 13.4.4.

med en sekretessklausul, ska tillerkännas. Naturligtvis är det, beroende av omständigheterna i ett enskilt fall, möjligt att en domstol bedömer att utsagan ska ges ett lägre bevisvärde än vad den skulle ha haft om inte avtalsvillkoret hade funnits. Jag har dock svårt att se att en utsaga som avges i strid med innehållet i en sekretessklausul per automatik ska ges ett lägre bevisvärde.

Det finns dock uppgifter som en domstol med stor sannolikhet aldrig skulle tillerkänna något direkt värde. Ett exempel på detta är förlikningsbud som har lämnats av parterna under själva förlikningsförhandlingarna eller medlingen.[1475] Sådana bud är lämnade under helt andra förutsättningar än vad som gäller vid en rättslig prövning och de anses allmänt sett inte kunna tillerkännas någon verkan som bevis. Detsamma torde gälla andra uppgifter som enbart diskuterats och framkommit under medlingen utan att de tidigare har varit föremål för diskussion mellan parterna. Om det däremot gäller uppgifter som exempelvis förekommit under avtalsförhandlingarna mellan parterna, men som också diskuterats under förlikningsförhandlingarna eller medlingen, kan det faktum att de framkommit under dessa förhandlingar knappast ges den effekten att uppgifterna inte tillerkänns något värde som bevis för det rättsfaktum som de avser att styrka.

Sekretessklausuler utgör dock inte avsiktsbevisning på samma sätt som exempelvis de ovan nämnda integrationsklausulerna. Avtalsvillkoret utesluter enbart ett specifikt bevismedel utan att för den skull ge vitsord åt något annat. Skulle det visa sig att domstolen anser att en utsaga som avges i strid med en sekretessklausul är trovärdig och har betydelse för utgången av målet, förefaller det osannolikt att domstolen skulle bortse helt från utsagan eller tilldela den ett lågt bevisvärde av den anledningen att parterna genom sekretessklausulen har försökt att skapa ett slags generellt åberopandeförbud.

15.4 Sammanfattande kommentarer

Det är domstolens uppgift att värdera de bevis som har åberopats av parterna. Bevisvärderingen utförs fritt av domstolen och styrs inte av några lagregler när det gäller vilket värde olika bevisfakta ska tilldelas eller hur bevisvärderingen ska genomföras. Ett avtalsvillkor som helt fråntar domstolen rätten att utföra bevisvärderingen är inte giltigt.

Däremot kan innehållet i ett avtalsvillkor komma att få viss bevisverkan. Det finns dock inget givet svar på vilken bevisverkan domstolen kommer att

1475. Jfr prop. 2010/11:128 s. 76 och SOU 2007:26 s. 129 f. En advokat är dessutom enligt 8 kap. 4 § RB skyldig att förtiga vad denne har fått kännedom om i sin yrkesutövning. Det är inte heller förenligt med advokatetiska regler att en advokat för sin klients räkning åberopar ett förlikningsbud som lagts under förliknings- eller medlingsförhandlingar inför domstol, jfr 5.7 Förlikningserbjudande, Vägledande regler för god advokatsed. Jfr även 2.3 Tystnadsplikt, CCBE:s regler om god advokatsed för europeiska advokater.

ge avtalsvillkor som, direkt eller indirekt, påverkar bevisvärderingen. Å ena sidan kan domstolen bedöma att de bevisfakta som ett, i strid med avtalsvillkoret, åberopat bevismedel ger uttryck för, enbart ska ges ett lågt bevisvärde. Å andra sidan finns det inte någonting som hindrar att domstolen faktiskt tillerkänner sådana bevisfakta ett så högt bevisvärde att detta påverkar tvistens utgång.

Handlingar som har upprättats i syfte att utgöra bevis, så kallad avsiktsbevisning, tillerkänns normalt ett högt bevisvärde, men i övrigt är det svårt att med någon säkerhet uttala sig om hur ett särskilt avtalsvillkor kommer att påverka domstolens bevisvärdering. Det hela beror på hur den enskilda situationen ser ut. Domstolens uppgift är att slå fast vad som är avtalsinnehåll mellan parterna. Anser den att detta följer av bevisfakta som åberopats i strid med ett uttryckligt avtalsvillkor finns det inget som hindrar att domstolen tillerkänner dessa fakta ett högt bevisvärde. Ett exempel skulle kunna vara att en viss rättighet inte finns reglerad i parternas huvudavtal, men av kärandens åberopade muntliga bevisning framkommer med tydlighet att parterna har kommit överens om att käranden ska ha denna rättighet och att detta har diskuterats under avtalsförhandlingarna. Inte heller har det framkommit någonting som tyder på att det som diskuterades under förhandlingarna skulle bortses från när huvudavtalet formulerades. Det kan vara så att parterna helt enkelt bara missat att föra in den aktuella omständigheten i huvudavtalet. I ett sådant läge skulle vittnets utsaga mycket väl kunna tillerkännas ett relativt högt bevisvärde.

Tanken med principen om fri bevisvärdering är just att domstolen avgör vilket bevisvärde ett visst bevisfaktum ska tilldelas. Detta ligger inom ramen för officialprövningen. Dessutom är det en grundläggande utgångspunkt för avtalstolkning att fastställa vad som utgör avtalsinnehåll mellan parterna i en konkret situation. Avtalsinnehållet är de rättsfakta som ska bevisas. Utrymmet för att ett avtalsvillkor ska påverka bevisvärderingen förefaller dock större om samtliga avtalsparter har haft möjlighet att påverka de förhållanden som avtalet omfattar. Allt avgörs av vilken betydelse domstolen bedömer att innehållet i ett specifikt avtalsvillkor, exempelvis en integrationsklausul, ska ha. Detta i sin tur avgörs bland annat av hur avtalsvillkoret har tillkommit, vilka bevismedel i övrigt som åberopas och vilka bevisfakta dessa ger upphov till samt hur tillförlitliga dessa bevisfakta framstår.

16 Rättstillämpningen

16.1 Inledning

Domstolens ansvarar inte bara för bevisvärderingen utan även för rättstillämpningen som styrs av principen om *jura novit curia.*[1476] Rättstillämpningen utgör en av domarens främsta uppgifter när denne har att avgöra ett mål och lösa den tvist som käranden har anhängiggjort vid domstolen. Parternas uppgift är att presentera processmaterialet för domstolen som mot bakgrund av dessa uppgifter sedan ska avgöra målet. I rättstillämpningsuppgiften ingår att avgöra rättsfrågor och bevisfrågor. Kan parternas åberopade rättsfakta hänföras under rekvisiten i en specifik rättsregel eller rättslig princip och göra den tillämplig? Har parterna genom den åberopade bevisningen lyckats styrka att åberopade rättsfakta verkligen har inträffat eller är för handen?

När domstolen ska utföra denna rättstillämpningsuppgift träder principen om *jura novit curia* in. Domstolen ska känna till lagen och tillämpa de relevanta rättsregler som finns på parternas åberopade rättsfakta. Parterna har inte någon skyldighet att tala om för domstolen vilka rättsregler de grundat sin talan på i ett enskilt fall och inte heller har de någon skyldighet att bevisa innehållet i en rättsregel eller rättslig princip.[1477]

Det skulle kunna tänkas att parter har ett intresse av att begränsa underlaget för rättstillämpningen och ge anvisningar till domstolen om hur den ska förfara när en tvist med anledning av ett avtal ska lösas, så kallade *rättstillämpningsavtal*. Sådana avtalsvillkor kan skilja sig åt innehållsmässigt när det gäller vilken del av rättstillämpningen som parterna reglerat. Det skulle exempelvis kunna handla om att parterna anser sig överens om hur ett visst begrepp eller en viss regel ska tolkas, men också att de önskar att domstolen ska avgöra en enskild tvist mot bakgrund av en viss specifik bestämmelse; lagregel eller privat norm. Det skulle till och med kunna tänkas att parterna har kommit överens om att domstolen ska beakta så kallade skälighetsnormer vid rättstillämpningen och lösa tvisten genom en skälighetsbedömning, det som brukar omnämnas att en tvist avgörs efter ”billighet och skön”.[1478] Genom innehållet i avtalsvillkoret har parterna kommit överens om att avstå från att domstolen helt eller delvis tillämpar principen om *jura novit curia* i

1476. I detta avsnitt behandlas avtal med avsikt att påverka rättstillämpning. Avtal med avsikt att påverka bevisvärderingen behandlas ovan i kapitel 15.

1477. Principen om *jura novit curia* i civilprocessen behandlas ovan under avsnitt 11.6.1.

1478. Angående olika varianter av normer och hur de används i denna avhandling, se ovan avsnitt 1.5.5.

de situationer som följer av avtalsvillkoret. I denna del utgör avtalet en processuell överenskommelse. I vilken mån sådana överenskommelser ges processuell rättsverkan samt vilken verkan detta kommer att ha för sakprövningen av målet behandlas nedan.

Problematiken ska exemplifieras med tre olika varianter av avtal som ger anvisningar till domstolen om rättstillämpningsunderlaget; anvisningar om tillämpliga rättsregler, *avsnitt 16.2*, anvisningar om tolkning av rättskällor, *avsnitt 16.3* och anvisningar om privata normer och skälighetsnormer, *avsnitt 16.4.* Gemensamt är att parterna genom avtalsvillkoret försöker styra över domstolens rättstillämpningsuppgift. Kapitlet avslutas med en sammanfattande kommentar, *avsnitt 16.5.*

16.2 Avtal om tillämpliga rättsregler

16.2.1 *Exempelklausuler*

Inom civilprocessen är det inte ovanligt att parterna låter det tydligt framgå av stämningsansökan och svaromålet vilka rättsregler som de har byggt upp sin talan efter och på så sätt ”informerar” domstolen om vilka rättsregler som de anser är relevanta för den enskilda tvisten. Det är dock inte denna situation som avses i nu aktuella avsnitt. Istället handlar det om avtalsvillkor som parterna har tillfört huvudavtalet och där parterna ger direkta anvisningar till domstolen om vilka rättsregler som domstolen ska grunda sin bedömning på. Det kan också handla om avtalsvillkor genom vilka parterna ger anvisningar om att en specifik rättsregel inte är tillämplig om det skulle uppkomma en tvist med anledning av huvudavtalet. Nedan ska några varianter på sådana avtalsvillkor illustreras och problematiseras.

Klausul 16,
”Tvist om detta avtals giltighet och skälighet får inte prövas mot bakgrund av 36 § avtalslagen.”[1479]

Klausul 17,
”Köplagen är inte tillämplig på tvister med anledning av detta avtal.”

Det kan finnas många anledningar till att parterna önskar begränsa domstolens rätt att tillämpa vissa specifika rättsregler. Ett argument skulle kunna vara att parterna genom att utesluta en viss rättsregel från domstolens rättstillämpning, lättare kan bedöma risker med avtalet och förutse hur en eventuell framtida tvist kan komma att lösas. Ett annat skulle kunna vara att par-

1479. Denna klausul kan framstå som högst hypotetisk. Det är inte troligt att parterna redan på förhand skulle avtala bort 36 § AvtL. Jag har dock valt att ha med denna klausul för att med enkla exempel kunna illustrera och analysera problemen med rättstillämpningsavtal. Under nästa avsnitt kommer jag att visa att villkorets processuella rättsverkan kan påverkas genom att klausul 16 formuleras om.

terna redan på förhand är medvetna om att en viss regel är svårtillämpad och/eller att den kan kräva dyrbar utredning rörande sakuppgifterna. Ytterligare en anledning kan vara att parterna inte vill att vissa omständigheter ska bli offentliga, vilket det skulle kunna finnas risk för om fakta relaterades till en viss specifik regel.[1480]

Klausul 16 ger upphov till funderingar om varför någon part skulle vilja avtala bort generalklausulen i avtalslagen. En anledning skulle kunna vara att parterna inte vill öppna upp för de vida möjligheterna att föra talan om jämkning som medges av 36 § AvtL. Parterna kanske bedömer att det skulle innebära tids- och kostnadsvinster för dem att avtala bort regeln.

När det gäller klausul 17 kan det vara så att parterna redan från början är medvetna om att exempelvis köplagens regler är dåligt anpassade efter deras individuella huvudavtal och därför avtalar parterna bort dessa regler redan när huvudavtalet ingås. De vill inte att eventuella tvister med anledning av huvudavtalet ska lösas genom köplagens, i många avseenden, ganska öppna regler om fel och dröjsmål samt påföljder knutna till detta. En variant hade varit att parterna i detta fall också ersätter köplagens regler med individuellt framförhandlade avtalsvillkor som parterna anser bättre reglerar just deras avtalsförhållande. Detta sker också oftast genom att huvudavtalet innehåller sådana avtalsvillkor. Parterna riskerar dock alltid att det vid tvistens uppkomst visar sig att de på grund av en avtalsreglering har begränsat möjligheten att nå framgång med en talan.

Avtalsvillkor med avsikt att styra över rättstillämpningen är inte oproblematiska och ger upphov till flera frågor. Innebär de att domstolen är bunden av avtalsvillkoret och därmed förhindrad att tillämpa en annan rättsregel som domstolen anser passar in på i målet åberopade rättsfakta? Om svaret på frågan vore ja skulle det innebära att parterna genom innehållet i avtalsvillkoret får begränsa principen om *jura novit curia* i den delen och på så vis hindra en annars möjlig utfyllnad med dispositiv rätt.

Naturligtvis avgörs avtalsvillkorens rättsverkningar av vilka rättsregler som parterna har valt att avtala bort. Men även när parterna har disponerat över dispositiva rättsregler kan villkorens processuella rättsverkan skapa problem vid domstolens sakprövning.[1481] Ett exempel är när parterna har avtalat bort en dispositiv rättsregel utan att ha ersatt denna med individuellt framförhandlade avtalsvillkor eller hänvisat till vilka normer som domstolen ska tillämpa för att lösa tvisten. Ännu mer komplicerat blir det om parterna med några undantag uttryckligen har avtalat bort dispositiva rättsregler för tvister med anledning av huvudavtalet. Undantagssituationerna formuleras i ett

1480. Jfr *Lindell, Bengt*, Partsautonomins gränser, s. 74.
1481. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 och 343 f.

eller flera avtalsvillkor i huvudavtalet genom en hänvisning till vissa specifika bestämmelser i dispositiv rätt, men när en tvist uppkommer visar det sig att den handlar om en omständighet som inte har reglerats genom avtalsvillkoret, eller något annat villkor i avtalet.

Nedan ska de processuella rättsverkningarna av avtalsvillkor om tillämpliga rättsregler analyseras.

16.2.2 *Rättslig innebörd av avtalsvillkor om tillåtna rättsregler*

Domstolen är enligt principen om *jura novit curia* skyldig att tillämpa en adekvat rättsregel oavsett om parterna har åberopat denna eller inte.[1482] Mot bakgrund av detta framstår utrymmet för parterna att ingå avtal om att tvisten enbart ska prövas mot en av parterna särskilt utpekad rättsregel, eller att en särskilt utpekad rättsregel inte ska vara tillämplig i det enskilda fallet, som begränsat. Mycket talar för att en domstol inte är bunden av sådana avtalsvillkor.[1483]

Det betyder dock inte att parterna aldrig får ge anvisningar till domstolen avseende tillämpliga rättsregler. Parterna kan genom sitt agerande inför domstolen påverka rättstillämpningsunderlaget och principen om *jura novit curia.* Parterna styr genom sina ensidiga processhandlingar över det processmaterial som domstolen har att bedöma och grunda domslutet på.[1484] Anvisningarna har då inte sin grund i ett på förhand ingånget avtal mellan parterna.

Ett exempel på en ensidig processhandling från part är att svaranden *medger* käromålet. Medgivande medför att domstolen bifaller käromålet utan att pröva tvisten i sak.[1485] I detta fall görs endast en formell prövning av medgivandet. Domaren ska inte granska om medgivandets bindande verkan ska underkännas därför att käranden saknar lagligt eller rättsligt stöd för sitt anspråk.[1486] Ett annat exempel på en ensidig processhandling är när en part *erkänner* motpartens påstående om att ett visst rättsfaktum har inträffat. Ett erkännande är, precis som ett medgivande, bindande för domstolen i ett dis-

1482. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 302 ff. och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 341. Jfr även *Lindell, Bengt,* Partsautonomins gränser, s. 45.

1483. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 302, *Lindell, Bengt*, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 49, *Nordh, Robert*, Praktisk process I. Processens ramar i tvistemål, s. 45 och 49 f., *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 327 och JT 2011–12 s. 168 (173). Även *Heuman Lars*, JT 2011–12 s. 336 och 341. Heuman framhåller att det råder enighet inom processrättsdoktrinen om att huvudprincipen är att parter inte kan träffa rättstillämpningsavtal som är bindande för rätten. Däremot verkar Heuman mena att det i vissa undantagsfall kan göras avsteg från denna huvudprincip, se s. 341.

1484. Jfr resonemang om parternas ensidiga processhandlingar ovan under avsnitten 11.5.2 och 11.6.1. Jfr även avsnitt13.4.2 där betydelsen av parternas ensidiga processhandlingar diskuteras i förhållande till bevisföringsförbud samt avsnitt 13.4.6.2 där betydelsen diskuteras i förhållande till avtal om skriftliga vittnesattester.

1485. 17 kap. 4 § och 42 kap. 18 § 3 p. RB. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 64 och *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 331.

positivt tvistemål.[1487] Det betyder att bevisning rörande den omständighet som erkänns är överflödig. Domstolen ska utgå från att den erkända omständigheten stämmer och lägga denna till grund för avgörandet i målet såsom ostridig. Detta gäller enbart omständigheter av betydelse i målet som parterna har rätt att förfoga över. Det gäller inte processförutsättningarna, inte ens om det är ett dispositivt tvistemål.[1488] Ett erkännande kan även avse den rättsliga betydelsen av ett rättsfaktum.[1489] Även ett sådant erkännande är bindande för domstolen och den ska inte efterforska om den part som erkänt vissa rättsfakta verkligen förstått den rättsliga betydelsen av erkännandet korrekt.[1490]

Det kan också tänkas att en part genom en ensidig processhandling framställer önskemål om, eller till och med begär, att domstolen inte ska beakta en specifik rättsregel eller att en specifik regel ska tillämpas. Domstolen är dock inte bunden av dessa processhandlingar, inte ens om parterna var för sig framställer samstämmiga sådana processhandlingar.[1491] Istället är domstolens uppgift att mot bakgrund av rättegångsbalkens regler och processuella principer bedöma de ensidigt framställda processhandlingarna. Högsta domstolen har i några fall beaktat parternas framställda processhandlingar avseende tillämpliga lagregler och rättskällor. Av domskälen framgår att Högsta domstolen utgått från att parterna genom sitt sätt att *utforma talan* visat att de var överens. Inte någonstans omnämns att domstolen utgått från ett avtal som parterna ingått innan eller utanför processen.[1492]

1486. I doktrinen råder det delade meningar om ett medgivande alltid är bindande för domstolen i den bemärkelsen att domaren ska meddela dom i enlighet med medgivandet. Olivecrona och Larsson har ställt sig tveksamma till en sådan tolkning medan Boman och Lindell är av en annan uppfattning, se vidare *Olivecrona, Karl*, Rätt och dom, s. 194 och *Larsson, Sven*, Studier rörande partshandlingar, s. 19 samt *Boman, Robert*, Om åberopande och arbetsbörda i dispositiva tvistemål, s. 53 f. och *Lindell Bengt*, Partsautonomins gränser, s. 56.

1487. 35 kap. 3 § RB. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 70 f. och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 3 §. Det kan diskuteras om en domstol verkligen oavkortat ska acceptera ett erkännande där det är tveksamt om detta överensstämmer med vad som hänt eller där det är uppenbart att erkännandet är oriktigt, jfr Processlagberedningens uttalande om att rätten inte är skyldig att grunda sitt avgörande på uppenbart felaktiga förutsättningar, SOU 1938:44 s. 380. Se även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 72 f., *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 3 §. Jfr även NJA 1986 s. 205.

1488. *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 3 § och *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 68. Parterna kan dock ”erkänna” processförutsättningar genom att inte framställa en invändning om ett dispositivt processhinder, jfr 34 kap. 2 § RB.

1489. Jfr NJA 2010 s. 643.

1490. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 70.

1491. Jfr *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam, Henrik*., Rättegång I, s. 61 och *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 302 ff. Även *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 327 och *Lindell, Bengt*, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 49.

1492. Jfr NJA 1994 s. 256, Lindell anser, med hänvisning till detta rättsfall, att parterna har viss dispositionsrätt avseende rättstillämpningen, *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 53. Jfr även NJA 1983 s. 3. De båda rättsfallen behandlas ovan under avsnitt 11.5.2.

Mot bakgrund av ovanstående kan man fråga sig om avtal om tillämpliga rättsregler helt saknar processuell rättsverkan. Nedan ska frågan utredas med utgångspunkt från typsituation I[1493] och klausulerna 16 och 17 ovan:[1494]

Käranden, säljaren, väcker talan och gör gällande att priset i parternas huvudavtal ska justeras, jämkas, på grund av ändrade förhållanden på marknaden. Konjunkturen har svängt och den prissättning som parterna har kommit överens om överensstämmer inte med marknadsvärdet på de sålda varorna. Istället ska priset justeras upp och sättas till XX kr. Svaranden, köparen, bestrider kärandens talan och invänder att konjunktursvängningar redan är beaktade vid prissättningen i det ursprungliga huvudavtalet.

Som ett rättstillämpningsavtal utgör klausul 16 en tydlig processuell överenskommelse där parterna begränsar principen om *jura novit curia*. Det råder ingen tvekan om att klausul 16 är processuellt ogiltig och *inte* har den processuella rättsverkan att domaren ska avvisa kärandens talan på grund av att denna har formulerats i strid med avtalet.[1495] Påståendedoktrinen ger käranden rätt att väcka och föra talan.[1496] Däremot aktualiseras frågan om domstolen, på grund av innehållet i klausul 16, är förhindrad att pröva frågan om priset mot bakgrund av 36 § AvtL. Som nämnts tidigare är det fullt möjligt för parterna att uttryckligen avtala bort dispositiv rätt. Detta utgör inte ett otillåtet rättstillämpningsavtal. Bestämmelserna i avtalslagen om avtals ogiltighet är *inte* dispositiva och det är därmed inte möjligt för parterna att avtala bort dem.[1497] I det aktuella fallet skulle det därmed stå domstolen fritt att tillämpa 36 § AvtL om den yrkade rättsföljden och parternas åberopade rättsfakta passar in under rekvisiten i detta lagrum.

Däremot skulle parterna genom att formulera om avtalsvillkoret delvis kunna uppnå samma effekt som i ett rättstillämpningsavtal likt klausul 16. Om det av avtalsvillkoret framgår att parterna är överens om att vissa specifika senare inträffade förhållanden, vissa rättsfakta, inte ska ha betydelse för avtalets giltighet och skälighet skulle detta kunna få viss materiell betydelse och därmed påverka domstolens sakprövning av tvisten. Situationen skulle då vara att käranden som grund för sin talan åberopar rättsfakta som har avtalats bort genom avtalsvillkoret och svaranden invänder att kärandens talan ska ogillas eftersom den förs i strid med ett uttryckligt avtalsvillkor.

1493. Typsituation I presenteras ovan under avsnitt 1.5.4.

1494. Klausulerna återges under avsnitt 16.2.1.

1495. Jfr resonemanget ovan om processuella överenskommelser i avsnitt 1.6 och kapitel 7, samt om den processuella ogiltighetsprincipen under avsnitt 6.3.

1496. Jfr resonemanget ovan i kapitel 9 och under avsnitt 13.3.2.

1497. *Adlercreutz, Axel* och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt I, s. 39, där det framhålls att avtalslagens ogiltighetsregler inte är dispositiva. Dessa regler utgör skyddsregel för enskilda parter. Reglerna ska rätta till och balansera situationer där rättsförhållandena vid avtalets tillkomst, eller på grund av senare inträffade förhållanden, inte kan accepteras av samhället, jfr även prop. 1975/76:81 s. 104 f. Denna fråga ska dock inte problematiseras vidare i denna avhandling, jfr avgränsningarna ovan under avsnitt 1.4.1.

Anta att klausul 16 formuleras om så att den inte lika tydligt utesluter tillämpningen av 36 § AvtL. Exempelvis,

> ”Detta avtals giltighet och skälighet avgörs av omständigheterna vid avtalets ingående. Vid tvist om detta avtals giltighet och skälighet får köparen inte hävda att avtalet är ogiltigt eller oskäligt på grund av senare inträffade förhållanden som relateras till att varan är konjunkturkänslig. Denna omständighet har beaktats i avtalet vid prissättningen av varan.”

Till skillnad från klausul 16, har parterna i det nya exemplet inte givit domstolen en direkt anvisning om en tillämplig rättsregel. Däremot har parterna indirekt avtalat bort en bifallsförutsättning enligt 36 § AvtL. Mot bakgrund av 36 § AvtL bindande karaktär kan det tyckas att detta inte är tillåtet. Avtalsvillkoret hindrar dock inte domstolen från att pröva kärandens talan mot bakgrund av 36 § AvtL. Om svaranden åberopar avtalsvillkoret till stöd för att kärandens talan ska ogillas måste däremot domstolen avgöra vilken betydelse konjunktursvängningarna har för frågan om prissättningsklausulen är skälig eller ej. Det faktum att parterna i avtalsvillkoret har specificerat att eventuella förändringar på marknaden redan är beaktade vid prissättningen får då betydelse. Den nya exempelklausulen hindrar dock inte domstolen från att komma fram till att kärandens talan ska bifallas på grund av att den anser att förändringarna på marknaden är större än vad som beaktats av parterna i avtalsvillkoret. Omvänt får kärandens talan ogillas om domstolen inte anser att käranden har förmått styrka att förändringarna är större än vad som redan har beaktats vid prissättningen. Åberopandet av innehållet i klausulen försvårar för käranden att kunna styrka att priset är oskäligt och därmed bör sättas högre. Slutsatsen är att innehållet i den nya exempelklausulen skulle kunna få betydelse som rättsfakta vid domstolens sakprövning, men inte förhindra den från att tillämpa 36 § AvtL när frågan om prisjusteringen ska avgöras. Detta visar också att formuleringen av avtalsvillkor har betydelse för hur ett avtal kommer att bedömas av domstolen. I det exemplifierade fallet framgår att avtalsvillkoret sannolikt får en helt annan verkan inför domstolen om det formuleras i mer ”civilrättsliga” termer jämfört med om formuleringen sker i processrättsliga termer.

Slutligen ska frågan om vilka processuella rättsverkningar ett avtalsvillkor om tillämpliga rättsregler ger upphov till analyseras med utgångspunkt från klausul 17.

Anta att käranden, köparen, väcker talan och yrkar att domstolen ska döma ut ett skadestånd på grund av att den köpta varan är felaktig. Käranden säger ingenting om vilka rättsregler som domstolen ska tillämpa för att avgöra kärandens talan. Svaranden invänder att köparen inte har rätt att göra gällande att varan är felaktig. Som grund för invändningen åberopar denne avtalsvillkoret där det framgår att parterna har avtalat bort köplagen.

Till skillnad från klausul 16 har parterna genom klausul 17 avtalat bort en dispositiv lag. Det finns inte något som hindrar parterna från att ingå ett sådant avtal. Som tidigare visats kan innehållet i avtalsvillkoret aldrig ge upphov till den processuella rättsverkan att en talan om en köprättslig fråga avvisas. Klausulen utgör *inte* en talerättsbegränsning på detta sätt och domstolen måste tillåta käranden att föra den instämda talan. Däremot finns det ett problem med klausul 17. Har parterna inte någonstans i avtalet reglerat vilka normer som ska användas istället för köplagen och inte heller ersatt köplagens regler med avtalsvillkor som omfattar den uppkomna tvisten, har domstolen inte någon rättsregel att falla tillbaka på när den ska avgöra den köprättsliga tvisten. Innebär det att kärandens talan ska ogillas?

När käranden i exemplet ovan väcker talan om skadestånd på grund av att den köpta varan är felaktig måste domstolen avgöra tvisten. Principen om *jura novit curia* innebär att domstolen ska tillämpa de rättsregler som den anser är relevanta på de rättsfakta som har åberopats av parterna. Domstolen ska först konstatera om varan är felaktig, vilket kan vara problematiskt om inte avtalet innehåller några upplysningar om vad som är avtalsenligt skick. Anta dock att det av avtalet framgår vilka egenskaper varan skulle ha och att domaren därmed kan fastställa att varan är felaktig. Avtalet reglerar dock inte någonting om påföljder. Käranden menar att denne har rätt att göra gällande påföljder medan svaranden menar att parterna med klausul 17 har avsett att avtala bort köparens rätt att göra gällande påföljder. Käranden menar att klausul 17 inte kan tolkas på det sättet. Här måste domstolen slå fast innebörden av klausul 17 i det enskilda fallet. Kan klausul 17 tolkas så att parterna har avsett att köparens rätt att göra gällande påföljder är begränsad? Ett sätt att lösa frågan är genom en bevisbörderegel. Har käranden lyckats styrka att denne har rätt att göra gällande påföljder? Om inte, ska käromålet ogillas. Ett annat sätt är att tolka avtalet. Det naturliga vore att fylla ut avtalet med dispositiv rätt, köplagen, men denna har avtalats bort av parterna genom klausul 17. Kommer domstolen fram till att klausul 17 är giltig och att det inte går att fastställa någon ”ersättningsnorm” som parterna har avsett ska tillämpas istället för köplagens regler, står domaren inför ett problem. Vilka rättsregler ska tillämpas när det ska avgöras om käranden har rätt till påföljden skadestånd på grund av att den köpta varan är felaktig?

Principen om *jura novit curia* innebär att domstolen är skyldig att tillämpa rättsregler eller rättsliga principer. I det nu skisserade exemplet skulle det kunna tänkas att domstolen tillämpar allmänna kontraktsrättsliga principer för att fastställa om käranden har rätt till skadestånd och kanske också för att avgöra vilka skador som ersätts och till vilket belopp eller att etablerade standardavtal och modellregler likt DCFR används för att fylla ut avtalet.[1498]

1498. Jfr NJA 2009 s. 672.

Exakt hur detta går till ska inte fördjupas här. Avsikten är bara att visa att ett avtalsvillkor kan leda till komplicerade frågor när den dispositiva rätten har avtalats bort utan att parterna också har angivit en ”ersättningsnorm” i avtalet.[1499] I det läget måste parterna var för sig fundera över vilken regel som ska tillämpas. I samband med detta uppkommer också frågan om parterna är bundna av sin överenskommelse, exempelvis att köplagen inte ska vara tillämplig.[1500] I slutändan finns det en risk för att domstolen blir tvungen att fylla ut avtalet med den dispositiva rätt som parterna har avtalat bort. Det finns inte någon annan ”bättre” norm för domstolen att tillgå.

16.3 Avtal om tolkning av rättskällor

16.3.1 *Exempelklausuler*

Rättskällorna, eller rättare sagt den information som dessa ger uttryck för, så kallade *rättstillämpningsfakta*, utgörs av de fakta som domstolen har att tillgå vid rättstillämpningen för att kunna avgöra de i målet aktuella rättsfrågorna. Det handlar om lagstadganden, förarbeten, prejudikat, doktrin och andra rättskällor.[1501] Rättstillämpningsfakta är fakta som domstolen inom ramen för *jura novit curia* förväntas känna till och som inte behöver åberopas av parterna. Parterna kan visserligen åberopa ett rättstillämpningsfaktum, exempelvis ett förarbetsuttalande eller ett prejudikat, med avsikt att förklara för domstolen hur en specifik lagregel ska tolkas. Ett sådant åberopande är dock inte nödvändigt för att domstolen ska kunna grunda domen på ett sådant faktum.[1502]

Avtal om tolkning av rättskällor kan formuleras på olika sätt och reglera olika frågor, exempelvis hur ett rekvisit i ett specifikt lagrum ska tolkas, hur ett särskilt angivet juridiskt begrepp ska förstås, hur ett prejudikat ska tillämpas eller att en särskilt utpekad åsikt i doktrin inte ska ha betydelse för frågan om ett visst rättsfaktum är för handen. Nedan ska några varianter på sådana avtal illustreras och problematiseras.

1499. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (343 ff.). Vanligtvis när parterna avtalar bort köplagen, har de också ersatt köplagens regler med en privat norm av något slag, individuella avtalsvillkor eller en hänvisning till ett standardavtal. Dessutom har domaren sannolikt redan under förberedelsen ställt frågor till parterna om vad de avsett med det aktuella avtalsvillkoret och hur det är tänkt att tillämpas, men det är inte alls säker att detta hjälper domstolen när den ska avgöra tvisten.

1500. Det troliga är att käranden i sin tur invänder att avtalsvillkoret är oskäligt. Denna civilrättsliga fråga faller dock utanför avhandlingen, jfr ovan under avsnitt 1.4.1.

1501. Se *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 302 f. Se även *Bolding, Per Olof*, Bevisbördan och den juridiska tekniken, s. 47 och *Lindell, Bengt*, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 406. Bolding kallar dessa fakta för ”rättskällefakta” och Lindell kallar dem för ”tolkningsfakta”.

1502. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång IV, s. 303 f. Se även *Lindell, Bengt*, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 406.

Klausul 18,
”Påföljder i anledning av fel på såld vara får enbart göras gällande om det föreligger ett funktionsfel. Parterna är överens om att begreppet funktionsfel ska tolkas på det sätt som framförts i doktrin av XX.”

Den här typen av avtalsklausuler är troligen inte särskilt vanliga mellan parter. En anledning till detta är att det kan vara svårt att förutse hur en eventuell framtida tvist kommer att gestalta sig och vilka olika överväganden som måste göras samt vilka olika intressen som kan vara aktuella för en enskild part vid en eventuell efterföljande rättslig prövning. Att då redan vid avtalstillfället ha låst sig vid att ett särskilt rättsfaktum enbart får tolkas på ett visst begränsat sätt framstår som mindre intressant. En rimligare formulering av klausulen skulle vara att parterna istället för att hänvisa till […i doktrin av XX.] i avtalsvillkoret, tar in det aktuella doktrinuttalande som avses i avtalsvillkoret genom att formulera detta i termer av omständigheter som inte ska ha betydelse för tolkningen av de materiella delarna av avtalsvillkoret. Jag har dock valt att ha den nu aktuella formuleringen för att kunna jämföra om villkorets rättsverkan blir annorlunda om det formuleras i termer av direkt hänvisning till ett rättstillämpningsfaktum jämfört med när man i villkoret tar in en ordagrann definition av begreppet hämtad från doktrin. Denna jämförelse görs i nästa avsnitt när det rättsliga verkningarna av avtalsvilkor om tolkning av rättskällor analyseras.

Klausul 19,
”Parterna är överens om att vid en tvist om fel i varan ska domstolen helt bortse från Högsta domstolens avgörande NJA 19xx s. xx.”[1503]

Det kan tänkas att det i vissa fall skulle vara intressant för parter att redan vid avtalsslutet komma överens om hur en särskild omständighet ska bedömas om det uppkommer en tvist mellan dem.[1504] Ett exempel skulle kunna vara den situation att parterna redan vid avtalsslutet är överens om hur ett särskilt begrepp ska tolkas eller att parterna är medvetna om att en viss tolkning av Högsta domstolen är mindre lämplig för deras avtalssituation. På så sätt har parterna större möjlighet att förutse hur en eventuell tvist om en särskild omständighet kan komma att lösas och därmed har de kanske också större möjlighet att bedöma vilka risker de tar med avtalet.

Klausul 18 innehåller en hänvisning om hur begreppet funktionsfel ska tolkas. Parterna har med stöd av den avtalsfrihet som råder på civilrättens område ingått ett avtal om hur ett specifikt rekvisit i köplagen, fel, ska tolkas i just deras avtalsrelation. En tanke med ett sådant avtalsvillkor skulle kunna

1503. På samma sätt som när det gäller klausul 18 skulle en rimligare formulering av klausul 19 vara att parterna direkt hänvisar till/citerar ett uttalande från Högsta domstolen som de inte anser ska vara tillämpligt. Jag har dock valt den nu aktuella formuleringen av samma anledning som redovisats ovan.

1504. Det är exempelvis vanligt förekommande i försäkringsavtal att olika begrepp definieras, exempelvis begreppet ren förmögenhetsskada och i ansvarsförsäkringar begreppet sakskada.

vara att tydliggöra att andra typer av fel inte ersätts av säljaren.[1505] Samtidigt har avtalsvillkoret processuella inslag eftersom det ger anvisningar till domstolen om hur den ska utföra delar av rättstillämpningen, i det här fallet att tolka ett specifikt åberopat rättsfaktum; fel.

Man kan ställa sig frågan om det gör någon skillnad när det gäller avtalsvillkorens processuella rättsverkan om parterna istället för att hänvisa till ett specifikt rättstillämpningsfaktum direkt i avtalsvillkoret, specificerar vad som utgör ett fel och vad som inte utgör ett fel på ett sådant sätt att domstolen genom avtalstolkning kan fastställa om den köpta varan är behäftad med ett fel.

Här aktualiseras frågan om räckvidden av principen om *jura novit curia*. Är det förenligt med denna princip att ge instruktioner till domstolen om hur ett visst rättstillämpningsfaktum ska tolkas? Vad händer om domstolen anser att rättstillämpningsfaktumet, mot bakgrund av omständigheterna i målet, bör tolkas på ett annat sätt eller att ett annat rättstillämpningsfaktum ska tillämpas än det som parterna har hänvisat till? Det kan exempelvis tänkas att domstolen anser att det finns uttalanden i förarbetena som passar bättre för tolkning av begreppet. Nedan ska dessa frågor besvaras när de processuella rättsverkningarna av avtal om tolkning av rättskällor analyseras.

16.3.2 *Rättslig innebörd av avtalsvillkor om tolkning av rättskällor*

Ett avtal om tolkning av rättskällor utgör en processuell överenskommelse där parter ger hänvisningar till domstolen om hur den ska utföra delar av rättstillämpningsuppgiften.[1506] Även om parterna skulle ha framfört en åsikt om hur en viss rättsregel ska tolkas eller tillämpas är domstolen som utgångspunkt obunden av dessa åsikter.[1507] Inom ramen för principen om *jura novit curia* står det domaren fritt att beakta andra rättskällor än de som en part hänvisar till. Det spelar inte heller någon roll om parterna är överens och samstämmigt inför domstolen framför önskemål om att ett särskilt rättstillämpningsfaktum ska tolkas på ett visst specifikt sätt.[1508] Det saknas lagstöd för den här typen av avtal och en sådan processuell överenskommelse är därför ogiltig.[1509]

En annan sak är att avtalsvillkoret också skulle kunna ses som en materiell reglering som ger upphov till en indirekt processuell rättsverkan genom att

1505. Det kan exempelvis röra sig om abstrakta fel, rådighetsfel eller rättighetsfel.

1506. Vad som avses med en processuell överenskommelse framgår av avsnitt 1.6.

1507. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.,* Rättegång IV, s. 302, *Heuman, Lars*, JT 2011–12, s. 336 och 341, *Lindell, Bengt*, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 49 och Partsautonomins gränser, s. 42, *Nordh, Robert*, Praktisk process I. Processens ramar i tvistemål, s. 50 f. och *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 327.

1508. *Ekelöf, Per Olof* och *Edelstam Henrik*, Rättegång I, s. 61, *Lindell, Bengt*, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 49 och *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 327.

1509. Jfr resonemanget om processuella överenskommelser i kapitel 7, samt den processuella ogiltighetsprincipen under avsnitt 6.3.

innehållet i avtalsvillkoret får betydelse vid domstolens sakprövning av tvisten.[1510] Denna senare rättsverkan är svårare att uppnå, eller snarare är det mer osäkert hur en domstol kommer att tolka innehållet i ett avtalsvillkor när ett särskilt utpekat rättstillämpningsfaktum har avtalas bort på det sätt som görs i klausulerna 18 och 19 ovan. Det finns alltid en risk för att ett sådant avtalsvillkor tolkas som en ogiltig processuell överenskommelse utan att domstolen tolkar in civilrättsliga moment av betydelse för sakprövningen. Detta gäller inte minst när parterna uttryckt begränsningen med typiskt ”processrättsliga” termer och pekat ut att ett specifikt avgörande från Högsta domstolen eller ett särskilt doktrinuttalande inte får tillämpas vid tolkningen av en särskild omständighet. Domstolen kan också välja att tolka avtalsvillkoret som en materiell reglering som ska ges betydelse vid sakprövningen. Är det den materiella innebörden som parterna är ute efter, gör de klokt i att fundera på hur de formulerar avtalsvillkoret.

Det finns inte någonting som hindrar att parterna formulerar avtalsvillkoret i typiskt ”civilrättsliga” termer, exempelvis genom att direkt i avtalsvillkoret formulera vad som ska utgöra ett fel i den köpta varan på ett sådant sätt som överensstämmer med ett avgörande från Högsta domstolen eller ett doktrinuttalande. Ett argument för den senare lösningen skulle vara att parternas möjlighet att få gehör för innehållet i avtalsvillkoret då skulle vara större än om avtalsvillkoret formulerades i typiskt processrättsliga termer. Innehållet i avtalsvillkoret tolkas då som rättsfakta som medför att den aktuella dispositiva civilrättsliga regeln (och tolkningen av denna) har ersatts med innehållet i avtalsvillkoret. På så sätt uppnås samma faktiska verkan som om parterna genom en hänvisning direkt till doktrinuttalandet eller rättsfallet hade avtalat bort dessa rättstillämpningsfakta.

Med utgångspunkt från ovanstående resonemang ska klausul 18 ovan analyseras. Genom avtalsvillkoret har parterna ersatt dispositiva köprättsliga regler om vad som utgör ett fel i en vara med ett avtalsvillkor där det fastställs att enbart funktionsfel ersätts. Funktionsfel definieras i enlighet med det av parterna utpekade och överenskomna doktrinuttalandet.

Som visats tidigare får inte avtalsvillkoret den processuella rättsverkan att det bildar ett processhinder i den del som omfattas av avtalsvillkoret och domstolen ska *inte* avvisa en talan som förs om ett annat fel än ett funktionsfel. Avtalsvillkoret är ogiltigt i den processuella delen.[1511] Däremot skulle villkoret kunna få betydelse för domstolens sakprövning i de civilrättsliga delarna.[1512] Av klausul 18 framgår att parternas avsikt med hänvisningen har

1510. Heuman poängterar just denna problematik. Han säger att man kan tänka sig att parterna träffar avtal om den civilrättsliga förmån som aves med ett domslut, men inte om den metod som en domstol ska använda för att nå fram till ett sådant domslut, *Heuman, Lars*, JT 2011–12, s. 336 (342).

1511. Jfr diskussionen ovan under avsnitt 13.3.

1512. Jfr diskussionen ovan i kapitel 7 där det slås fast att ett avtalsvillkor kan vara ogiltigt i de processuella delarna, men ändå ges civilrättslig verkan vid sakprövningen av tvisten.

varit att hitta en definition av begreppet ”funktionsfel”. Även om hänvisningen görs direkt till en rättskälla, likt i klausul 18, torde det inte nödvändigtvis avhålla domstolen från att tolka innehållet i avtalsvillkoret som en materiell överenskommelse där köparen enbart har rätt att få funktionsfel ersatta av säljaren. Vad som utgör ett funktionsfel ska då avgöras mot bakgrund av doktrinuttalandet. Det skriftliga avtalsdokumentet kommer att få betydelse som bevis för parternas gemensamma partsvilja om vilka fel som ersätts samt hur dessa ska fastställas. Det är inte konstigare än att parterna direkt i avtalsvillkoret hade definierat vad som utgör ett funktionsfel utan att det gjordes någon särskild hänvisning till ett specifikt rättstillämpningsfaktum, i det här fallet ett doktrinuttalande. Innehållsligt är det inte någon skillnad på dessa två situationer, enda skillnaden är att i det ena fallet skrivs definitionen in i avtalsvillkoret medan det hänvisas till den i det andra fallet.

Även klausul 19 är till viss del uttryckt i civilrättsliga termer om fel, men det är inte lika tydligt här att parterna genom avtalsvillkoret har ersatt dispositiva köprättsliga regel. Om vi utgår från att köplagen skulle vara tillämplig om inget annat avtalats, kan konstateras att innehållet i klausul 19 varken ersätter eller kompletterar felreglerna i köplagen. Köparen har kvar sin rätt att göra gällande fel i den köpta varan. I stället framstår klausulen som en överenskommelse om att ett visst rättstillämpningsfaktum, ett särskilt utpekat prejudikat, inte ska vara tillämpligt om det uppkommer en tvist om fel i den köpta varan. I detta fall kan det argumenteras för att den processuella ogiltighetsprincipen ska tillämpas fullt ut och att avtalsklausulen därmed är ogiltig. Hela överenskommelsen skulle då tolkas som en processuell överenskommelse och det skulle stå domstolen fritt att beakta det aktuella rättsfallet som ett rättstillämpningsfaktum när den avgör målet, domstolen ska till och med göra det om rättsfallet har betydelse för bedömningen av tvisten. En sådan tolkning kan dock ifrågasättas.

Om parterna får avtala bort en rättsregel helt, exempelvis köplagens felregler, borde väl parterna delvis kunna avtala bort regeln? Anta att målet i Högsta domstolen rörde just frågan om en köpt vara var behäftad med en viss typ av fel som också definieras i domskälen. Avtalsklausulen skulle då kunna tolkas som en civilrättslig överenskommelse där parterna är överens om att felreglerna i köplagen ska tillämpas, men med bortseende från ett sådant fel som Högsta domstolen i [NJA 19xx s. xx] har ansett innefattas i felbegreppet. Därmed skulle avtalsklausulen få indirekt processuell rättsverkan när domstolen ska sakpröva målet. Har käranden grundat sin talan på att varan är behäftad med ett sådant fel som definieras i Högsta domstolens domskäl, ska käromålet ogillas.

Ett alternativ hade varit att parterna, istället för att enbart hänvisa till rättsfallet, formulerade i avtalsvillkoret vad som skulle utgöra ett fel i den köpta varan så att denna specificering uteslöt tillämpningen av Högsta domstolens avgörande, exempelvis citera det i Högsta domstolens dom som par-

terna inte ansåg skulle vara tillämpligt. I så fall skulle bedömningen sannolikt bli att innehållet i avtalsvillkoret utgör materiella rättsfakta som, om de åberopas, ska beaktas av domstolen vid sakprövningen. Återigen ska poängteras att det egentligen inte är någon skillnad mellan de båda situationerna. I båda fallen ska domstolen genom avtalstolkning slå fast avtalsvillkorets innehåll. I det första fallet krävs det en mer ingående tolkning av avtalsvillkoret för att slå fast detta, medan det i det andra fallet är tydligare vad som är avsikten med avtalsvillkoret.

Om det uppkommer frågor om ett enskilt avtalsvillkors innebörd, ligger det dock närmast till hands att domstolen frågar parterna vad de har avsett med avtalsvillkoret. Skulle parterna inte lämna några svar på detta, eller vara av helt olika uppfattningar om avtalsvillkorets innebörd, kvarstår dock problemet och domstolen måste genom tolkning av villkoret slå fast vad parterna har avsett. Det kan då få betydelse om avtalsvillkoret tolkas som en processuell eller materiell överenskommelse.

16.4 Avtal om privata normer och skälighetsnormer

16.4.1 *Exempelklausuler*

I detta avsnitt ska frågan om en domstol får pröva en tvist med ledning av andra normer än rättsregler och rättsliga principer analyseras.[1513] Det finns olika tänkbara situationer då en domstol skulle kunna ställas inför fakta att avgöra en tvist efter andra normer än rent rättsliga.[1514] Ett exempel skulle kunna vara att parterna genom avtal har ersatt en dispositiv rättsregel med en privat norm av något slag, ett standardavtal,[1515] ett privat regelverk framförhandlat av någon organisation eller intressegrupp[1516] eller ett individuellt framförhandlat huvudavtal mellan de aktuella parterna avseende ett specifikt rättsförhållande. Ett annat skulle kunna vara att det av ett specifikt avtalsvillkor i huvudavtalet om exempelvis ansvar för fel, framgår att köparen har rätt till hävning om domstolen anser att detta är skäligt. Nedan ska några varianter på sådana avtalsvillkor illustreras och problematiseras. Först behandlas avtal om privata normer och därefter behandlas avtal om skälighetsnormer.

1513. Jfr det moderna synsättet som presenteras i kapitel 5.

1514. Hur olika varianter av normer ska förstås i denna avhandling framgår ovan av avsnitt 1.5.5.

1515. Exempelvis AB04.

1516. DCFR, PECL och Unidroit Principles of International Commercial Contracts som alla utgör olika varianter av privaträttsliga regelverk på kontrakträttens område. Det handlar om olika varianter av *soft law* som parterna kan hänvisa direkt till genom avtal, men också som domstolen kommit att använda som utfyllanderätt när nationell lagstiftning saknat en uttrycklig rättsregel, jfr NJA 2009 s. 672, NJA 2011 s. 600 och NJA 2010 s. 629. Se även *Ramberg, Christina*, SvJT 2012 s. 94 (98) och *Samuelsson, Joel*, SvJT 2012 s. 962 (966).

Klausul 20,
"Tvister med anledning av detta avtal ska lösas genom tillämpning av Principles of European Contract Law, PECL."

Det är inget ovanligt att parter ersätter dispositiva rättsregler med avtalsvillkor som hänvisar till olika standardavtal eller privata regelverk likt PECL i klausul 20. Klausulen framstår som en form av "lagvalsklausul" där parterna har valt att hänvisa till PECL som tillämpligt regelverk för tvister dem emellan.

Den främsta anledningen till varför parter väljer att hänvisa till privata normer är vanligen att dessa regler anses bättre lämpade för och anpassade efter parternas aktuella avtalsförhållande jämfört med de dispositiva rättsregler som annars skulle ha varit tillämpliga. Särskilt när det gäller gränsöverskridande avtal där parterna är av olika nationalitet kan det finnas ett intresse för parterna att hitta ett standardavtal eller ett privat regelverk som samtliga parter känner till och är bekanta med istället för att vara hänvisade till en av parternas nationella lagstiftning. Ett annat alternativ skulle kunna vara att parterna genom en lagvalsklausul kommer överens om att en annan rättsordnings materiella rättsregler ska vara tillämpliga på de frågor som regleras av parternas huvudavtal.[1517]

Det kan också tänkas att parterna har ersatt en dispositiv rättsregel med någon variant av skälighetsnorm, exempelvis att tvister alltid ska avgöras med beaktande av vad domstolen anser är skäligt i en specifik tvistesituation. Parterna fyller då inte avtalsvillkoret med "normer" som har ett konkret innehåll om hur domstolen ska bedöma ett visst rättsfaktum. Istället har parterna givit domstolen en *diskretionär* prövningsrätt där den ska avgöra tvistefrågan genom olika skälighets-, billighets- och intresseavvägningar. Ett sådant avtalsvillkor kan formuleras på olika sätt, exempelvis:

Klausul 21,
"Vid tvist om fel i varan ska domstolen efter en skälighetsbedömning och med beaktande av parternas olika intressen, avgöra om köparen får häva köpet."

Klausul 22,
"Tvister med anledning av detta avtal ska avgöras efter skälighet och billighet i det enskilda fallet."

Det kan finnas flera anledningar till varför parterna önskar att domstolen ska avgöra tvister efter skälighetsnormer istället för att tillämpa dispositiva rättsregler eller individuellt framförhandlade privata normer alternativt privata regelverk eller en annan rättsordnings materiella rättsregler. Om exempelvis parterna har fört långtgående avtalsförhandlingar som resulterat i ett avtal som ska löpa under en längre period kan man tänka sig att parterna vill att

1517. Lagvalsfrågan ska dock inte utredas närmare i denna avhandling.

även skälighetsfaktorer ska få betydelse vid bedömningen av frågan om de varor som levereras exempelvis är felaktiga. Det kan tänkas att säljaren ska tillverka och kontinuerligt leverera varor av ett visst slag till köparen. De tillverkade varorna är individuella och ska anpassas efter olika förhållanden hos köparen. Det kan då finnas ett intresse hos parterna att få frågan om fel bedömd mot bakgrund av flera olika faktorer som inte direkt är relaterade till rättsregler. Istället för att försöka konkretisera i ett avtalsvillkor vad parterna avser avseende innebörden och/eller tolkningen av ett eller flera specifika rättsfakta, överlåter parterna åt domstolen att avgöra detta mot bakgrund av vad den anser är skäligt i den aktuella tvisten med beaktande av parternas olika intressen.

Det finns naturligtvis en fara med avtalsklausuler likt klausul 21 och 22 i det att de inte gynnar förutsebarheten för parterna. Det kan vara mycket svårt att på förhand förutse utgången av eventuella tvister. Det är också ett risktagande genom att parterna inte på förhand får påverka vilken eller vilka enskilda domare vid tingsrätten som ska avgöra eventuella tvister. Parterna har lämnat rättstillämpningsunderlaget helt i domstolens händer utan att ge några instruktioner om hur den ska genomföra skälighets- och intressebedömningen. Det finns dock ett principiellt intresse av att utreda hur en domstol ska förhålla sig till en parts begäran om att domstolen ska beakta olika skälighetsnormer vid rättstillämpningen.

Ur ett processuellt perspektiv kan man ställa sig frågan om det är förenligt med principen om *jura novit curia* att ingå avtal som instruerar domstolen att avgöra en tvist genom en diskretionär prövning. Kan det förväntas av en domstol att den ska avgöra vad som är skäligt i en enskild tvist och vilka olika intresseavvägningar som bör göras?

16.4.2 *Rättslig innebörd av avtalsvillkor om privata normer och skälighetsnormer*

16.4.2.1 PRIVATA NORMER

Principen *jura novit curia* omfattar enbart normer som skapas i enlighet med konstitutionella regler för normbildning, den offentliga normbildningen, men det finns också ett stort antal privata normer.[1518] Dessa täcks *inte* av principen om *jura novit curia* och en domare ska *inte ex officio* beakta dessa och lägga dem till grund för sin bedömning av tvisten.[1519] En privat norm kan dock komma att få betydelse för domstolens rättstillämpning på olika sätt.

Ett sätt är att parterna ”skapat” den privata normen genom avtal. Den privata normen ska då beaktas av domstolen om parterna för in den i proces-

1518. Se ovan avsnitt 16.4.1, särskilt not 1533 och 1534.
1519. Jfr ovan under avsnitt 1.5.5.

sen, exempelvis genom att i ett avtalsvillkor specificera densamma och sedan åberopa den som ett rättsfaktum.[1520] Genom avtalsvillkoret ersätter parterna de dispositiva rättsregler som annars skulle ha varit tillämpliga. Ett annat sätt är när domstolen använder olika privata normer som avtalsutfyllnad när rättsläget är oklart eller oreglerat i rättsreglerna. I detta fall har inte parterna genom avtal pekat ut den privata normen som tillämplig norm för deras avtalsförhållande, istället är det domstolen som *ex officio* inom ramen *jura novit curia* använder den privata normen som tolkningsunderlag för att kunna lösa en inför domstolen presenterad tvist. Nedan ska det första sättet analyseras.[1521]

Klausul 20 ovan hänvisar till PECL som tillämplig reglering för parternas huvudavtal. Klausulen kan liknas vid någon form av ”lagvalsklausul” där parterna istället för att hänvisa till en annan rättsordnings materiella rättsregler har valt att hänvisa till det privata regelverket PECL. Om domstolen kommer fram till att avtalsvillkoret är giltigt och tolkar detta som en form av ”lagval” samt avgör de tvister som uppkommer med anledning av huvudavtalet genom att tillämpa PECL:s regler, har domstolen erkänt PECL som någon form av regelverk som liknar dispositiv rätt.

Klart är att domstolen inte *ex officio* ska beakta PECL:s regler enbart av den anledningen att klausul 20 finns intagen i parternas huvudavtal.[1522] Avtalsvillkorets innehåll begränsar inte principen om *jura novit curia* på så sätt att domstolen, utan ett åberopande från en part, är skyldig att beakta PECL:s bestämmelser och lägga dem till grund för sakprövningen om det uppkommer en tvist om huvudavtalets tillkomst, giltighet och tolkning. Domstolen ska, trots avtalsvillkoret, pröva kärandens åberopade rättsfakta i förhållande till en adekvat nationell rättsregel.

Om parterna istället för en enkel hänvisning till PECL:s bestämmelser hade formulerat sitt huvudavtal efter de olika artiklar som finns upptaget i detta regelverk och därmed fyllt huvudavtalet med ett konkret innehåll, skulle detta binda domstolen om en part åberopade de specificerade innehållet i ett sådant avtalsvillkor som rättsfakta. I detta fall finns det ett individuellt framförhandlat avtal mellan parterna, visserligen med PECL som förlaga, och parterna har då ersätt dispositiv rätt genom avtalsvillkoren i huvudavtalet. Detta är fullt tillåtet och i enlighet med avtalsfriheten på civilrättens område.[1523]

1520. Jfr 17 kap. 3 § RB.

1521. Denna avhandling analyseras processuella rättsverkningar av processuella överenskommelser som parterna ingår på förhand och därmed ska inte den situationen att domstolen på eget initiativ väljer att använda privata normer som tolkningsunderlag analyseras närmare. Det är dock viktigt att tydliggöra skillnaden mellan de båda fallen eftersom i båda fallen får privata normer betydelse för domstolens rättstillämpning.

1522. Jfr ovan avsnitt 11.6.1.

1523. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (343 ff.).

Förändras situationen när parterna endast hänvisar till den privata normen som vore den lag? Så kan det knappast vara. Genom hänvisningen till PECL har parterna visat att deras avsikt är att tvister med anledning av huvudavtalet ska avgöras med tillämpning av PECL:s regler. Även här har parterna ersatt dispositiva rättsregler genom avtalet. På samma sätt som ovan bör då avtalsvillkoret få betydelse för domstolens rättstillämpning om en part *åberopar* hänvisningen till PECL som grund för att domstolen ska byta ut den adekvata dispositiva rättsregeln mot PECL:s motsvarande regler. Hänvisningen till PECL utgör ett rättsfaktum som när det åberopas inför domstolen blir processmaterial. Beroende på vad tvisten omfattar måste också parterna åberopa de rättsfakta som de menar gör den aktuella bestämmelsen i PECL tillämplig.

En invändning mot ovanstående resonemang skulle vara att parterna genom klausul 20 har givits rätten att begränsa principen om *jura novit curia* eftersom domstolen på grund av parternas avtal är skyldiga att tillämpa ett privat regelverk. Avtalsvillkoret skulle då tolkas som ett rättstillämpningsavtal. Min mening är dock att klausul 20 snarare ska tolkas som om det vore en civilrättslig reglering och inte ett rättstillämpningsavtal. Även om det framstår som ett lagval, finns det ett tydligt och identifierbart civilrättsligt regelverk, PECL, som det står parterna fritt att låta sig inspireras av när huvudavtalet skrivs. Att då göra skillnad på det fall att parterna skriver av bestämmelserna i PECL och för in dem i ett huvudavtal och en kort hänvisning till PECL:s regelverk framstår som orimligt. Det är inte heller någon egentlig skillnad mot när parterna hänvisar till ett särskilt standardavtal som tillämpligt för deras avtalsförhållande.[1524] Däremot måste parterna genom sina åberopanden tydliggöra för domstolen vilka bestämmelser i PECL som aktualiseras i den enskilda tvisten.

Som nämndes ovan har Högsta domstolen tillämpat privata normer utan att parterna har avtalat särskilt om att dessa är tillämpliga på parternas avtalsförhållande. Högsta domstolen har tagit intryck av privata normer när den haft att *tolka* ett avtal och det saknats uttryckliga dispositiva lagregler att fylla ut avtalet med.[1525] I NJA 2009 s. 672 har Högsta domstolen använt DCFR och dess regler om återförsäljaravtal och långvariga avtal för att fylla ut ett avtal mellan två parter när det gäller frågan om återförsäljaravtalet kunde sägas upp med omedelbar verkan eller endast efter skälig uppsägningstid. Den omtvistade frågan var oreglerade i svensk rätt. Av rättsfallet att döma framstår det inte som om någon av parterna åberopat DCFR eller att detta regelverk på något annat sätt diskuterats under förhandlingarna inför dom-

1524. Högsta domstolen har utförligt uttalat sig om tolkning av standardavtal som parterna hänvisat till genom avtal, NJA 2013 s. 271. Jfr även NJA 2012 s. 597.

1525. Jfr NJA 2011 s. 600, NJA 2010 s. 629 och NJA 2009 s. 672.

stolarna. Högsta domstolen har inte ansett detta utgöra något hinder för dem att använda DCFR som utfyllande rätt när frågan om uppsägningstiden avgjordes.[1526] Däremot är inte domstolen inom ramen för *jura novit curia* skyldig att beakta dessa privata ”rättskällor”.

16.4.2.2 SKÄLIGHETSNORMER

Inom skiljeförfarandet är det fullt möjligt för parterna att tilldela skiljenämnden en diskretionär prövningsrätt och komma överens om att den ska avgöra tvisten efter billighet och skön, en skälighetsnorm skapad av parterna.[1527] Att genom avtal styra över rättstillämpningen på detta sätt framstår som något systemfrämmande inom civilprocessen. Hur skulle ett sådant avtalsvillkor tolkas; som en processuell överenskommelse med processuella rättsverkningar eller som en materiell överenskommelse som skulle kunna ges en indirekt processuell rättsverkan vid domstolens sakprövning? Om ett sådant avtalsvillkor gavs den rättsverkan att det är bindande för domstolen aktualiseras frågan hur den ska gå tillväga när rättsfrågorna ska avgöras mot bakgrund av sådana allmänna bedömningsgrunder som skälighet, billighet, och lämplighet.

Domstolen är som regel inte bunden av ett rättstillämpningsavtal som parterna har ingått på förhand innan en tvist har uppkommit.[1528] Svensk civilprocess innehåller inte några regler som ger domstolen någon allmän rätt att avgöra enskilda tvister efter annat än rättsliga värden. En domstol får inte heller vid beslutsfattandet avgöra en tvist genom att komma fram till ett resultat som den anser är rimligt eller skäligt i ett enskilt fall utan att en sådan skälighetsbedömning medges av en rättsregel. Domstolens utgångspunkt när det gäller målets avgörande är rättsregler eller rättsliga principer och att målet avgörs genom rättstillämpning.[1529]

Det finns dock en specialreglering i rättegångsbalken som möjliggör för domstolen att avgöra vissa specifika frågor efter en skälighetsuppskattning. I 35 kap. 5 § RB finns en värderingsregel som ger domstolen rätt att uppskatta ett skadestånd till ett skäligt belopp.[1530] Den part som kräver ersättning behöver då inte till fullo bevisa den uppkomna skadans värde. Regeln är en bevislättnadsregel som har till syfte att underlätta för en part att få ut skadestånd när det föreligger särskilda bevissvårigheter avseende skadans stor-

1526. Jfr *Ramberg, Christina*, SvJT 2012 s. 94–98

1527. Jfr ovan under avsnitt 11.6.3.1.

1528. Se ovan not 1483 och 1484.

1529. Jfr SOU 2011:42 s. 92.

1530. En annan liknande regel återfinns i 18 kap. 8 § RB där det framgår att kostnad som varit skäligen påkallad för tillvaratagande av parternas rätt är ersättningsgill som rättegångskostnad. Domstolen ska *ex officio* pröva vilka kostnader som har varit skäligen påkallade om kostnaderna inte är medgivna, se vidare prop. 1986/87:89 s. 121 ff. Se även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 18 kap. 8 och 14 §§.

lek.[1531] Lagrummet avser två situationer. Den första tar sikte på den situationen att bevisning om skadans storlek inte alls eller enbart med stor svårighet kan föras. Föreligger det inte bevissvårigheter är inte regeln tillämplig. Den andra situationen tar sikte på tvister där det yrkade skadeståndet avser ett mindre belopp,[1532] och det bedöms att bevisningen kan antas medföra kostnader och olägenheter som inte står i rimlig proportion till skadans storlek. Även här får domstolen uppskatta det yrkade skadeståndet till ett skäligt belopp. Är inte dessa två förutsättningarna uppfyllda, är inte regeln tillämplig.

Domstolens rätt att göra skälighetsuppskattningar följer av lagtexten och inte av ett avtalsvillkor mellan parterna. Det är inte parterna gemensamt som ger domstolen mandatet.[1533] Parterna får genom ensidiga processhandlingar framföra önskemål om att skadeståndets omfattning ska avgöras genom en skälighetsuppskattning med stöd av 35 kap. 5 § RB. Det är dock domstolen som avgör om regeln är tillämplig. Det finns inte heller något annat lagstöd i den processrättsliga lagstiftningen som möjliggör för domstolen att göra allmänna skälighetsuppskattningar. Detta bör rimligen betyda att parterna inte genom avtal på ett bindande sätt får bestämma att domstolen ska avgöra en särskild rättsfråga efter skälighet eller billighet.[1534] Parterna får inte begränsa principen om *jura novit curia* på detta sätt. Mot bakgrund av detta är Högsta domstolens bedömning i NJA 2011 s. 576 inte helt lätt att förstå.[1535]

NJA 2011 s. 576 avser en skadeståndstalan som skiljts från ett brottmål. Käranden yrkade ersättning motsvarande kostnaden för inköp av nytt material, vilket ostridigt uppgick till 40 000 kr. Svarandena invände mot att nypriset lades till grund för skadeståndsbedömningen. Svarandena menade att materialet var begagnat och att det därför borde göras avdrag för visst slitage och ålder. Svarandena vitsordade ett belopp om 15 000 kr som skäligt. I målet saknades både utredning om och partspåståenden om det stulna materialets ålder och förslitningsgrad. Högsta domstolen konstaterade dock att 35 kap. 5 § RB *inte* var tillämplig. Utredningsbristen hade inte sin grund i bevissvårigheter på det sätt som avses i 1 men. Inte heller 2 men. var till-

1531. Jfr prop. 1987/88:1 s. 12 ff. Även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 5 §. Se även *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (346 f.).

1532. Prop. 1987/88:1 s. 14. Med mindre belopp avses att beloppet understiger halva det enligt socialförsäkringsbalken (2010:110) fastställda prisbasbeloppet. För 2014 är prisbasbeloppet 44 400 kr.

1533. På samma sätt har domstolen enligt materiella rättsregler tilldelats rätten att inom ramen för *jura novit curia* i vissa specifika fall avgöra tvister efter skälighetsuppskattningar. Detta följer exempelvis av 36 § AvtL.

1534. Se *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 43 och 467.

1535. Rättsfallet har diskuterats flitigt i doktrin, se exempelvis *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336–354, *Azelius, Krister* och *Kjellander, Jerker*, JT 2011–12 s. 584–589, *Radetzki, Markus*, JT 2011–12 s. 634–643, *Nordh, Robert*, Om skälighet och bevisprövning, *Mellqvist, Mikael*, JT 2012–13 s. 148–162 och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 56.

lämplig då det yrkade beloppet var relativt högt. Därefter konstaterade Högsta domstolen att det normala i en situation som den nu aktuella är att tillämpa regler om åberops- och bevisbörda. Efter detta väljer dock Högsta domstolen att lösa frågan på ett annat sätt.

Högsta domstolen poängterar att målsägandens utredning vid skadeståndsanspråk i brottmål ofta är bristfällig. Därefter betonas att ”*det står parterna fritt att låta domstolen, på grundval av den utredning som må finnas, avgöra frågan om skadeståndets storlek efter allmänna erfarenhetssatser och skälighet i stället för genom strikt tillämpning av processrättsliga regler.*”[1536] Dessutom menar Högsta domstolen att det följer av omständigheterna ”*att parterna får antas ha godtagit att domstolen på ett ofullständigt underlag uppskattar skadeståndet efter skälighet*”.[1537] Vidare betonar Högsta domstolen att i det aktuella fallet finns det ”*förutsättningar för avdrag grundat på ålder och bruk avseende det stulna materialet. Parterna har varit medvetna om att materialet har varit begagnat, men de har inte åberopat någon utredning om dess kvalitet*.”[1538] Slutligen konstateras att om någon av parternas positioner skulle godtas fullt ut medför det ”*ett materiellt otillfredsställande resultat. Det kan då antas att de har godtagit att domstolen uppskattar skadeståndet efter skäligt.*”[1539] Högsta domstolen menar att frågan om avdragets storlek ska ”*mot bakgrund av det anförda avgöras efter en skälighetsbedömning grundad på den utredning som finns i målet*.”[1540]

Högsta domstolens bedömning ger uttryck för att parter har mandat att tillsammans instruera domstolen att göra en skälighetsprövning. Högsta domstolens uttalande kan tolkas som att detta mandat får ges uttryckligen av parterna tillsammans, men också som i nu aktuella fall, tyst och implicit. I det nu aktuella fallet skulle den tysta instruktionen från parterna framgå av att:

- parterna varit medvetna om att det fanns förutsättningar för ålders- och slitageavdrag,
- parterna inte, trots ovanstående vetskap, åberopat någon utredning om det skadade föremålets kvalitet,
- om någon av parternas ståndpunkt skulle accepteras fullt ut, skulle det medföra ett materiellt otillfredsställande resultat.

Högsta domstolens bedömning ger upphov till flera frågor. Den första är om det verkligen står parterna fritt att på ett för domstolen bindande sätt komma överens om att den ska avgöra frågan om skadeståndets storlek efter skälighetsuppskattningar istället för att tillämpa processrättsliga regler. Den andra

1536. NJA 2011 s. 576 (cit. s. 581 p. 5).
1537. NJA 2011 s. 576 (cit. s. 581 p. 6).
1538. NJA 2011 s. 576 (cit. s. 581 p. 7).
1539. NJA 2011 s. 576 (cit. s. 581 p. 7).
1540. NJA 2011 s. 576 (cit. s. 581 p. 8).

är om en domstol verkligen ska tolka in en tyst instruktion om att den ska avgöra frågan efter en skälighetsuppskattning enbart utifrån parternas processföring.

När det gäller den första frågan finns det inte något stöd i rättegångsbalken för att en sådan överenskommelse är bindande för domstolen. Tvärtom framgår det med tydlighet av 17 kap. 3 § RB att domstolen enbart får grunda ett domslut på av parterna åberopade rättsfakta. Inte heller 35 kap. 5 § RB ger stöd för sådana partsavtal.[1541] Enligt dispositionsprincipen är det parterna som formulerar talan och presenterar beslutsunderlaget för domstolen. Mot bakgrund av detta är det en rimlig slutsats att en part måste *åberopa* de faktiska förhållanden som skälighetsuppskattningen ska grundas på. Högsta domstolen har också i tidigare praxis slagit fast att frågan om skälighet både är en sak- och rättsfråga som kräver åberopanden. Skälighetsbedömningen i sig är visserligen en rättsfråga. Men även om domstolen ska göra en skälighetsbedömning måste en part åberopa de faktiska förhållanden, rättsfakta som var för sig ska bevisas, som skälighetsbedömningen ska grundas på.[1542] Högsta domstolen förefaller dock ha bortsett från detta i nu aktuella fall.

Ett alternativt tillvägagångssätt hade varit att Högsta domstolen krävt att käranden kunde visa att skadan verkligen hade den omfattning och det värde som käranden gjorde gällande i sitt käromål. Om underlaget, bevisningen, för skadeståndets storlek och omfattning ansågs undermåligt borde detta vara till nackdel för den part som har bevisbördan för rättsfaktumet, i det här fallet käranden.[1543] Istället har Högsta domstolen tolkat parternas processföring som om de underförstått har givit domstolen mandat att avgöra frågan om skadans storlek genom en skälighetsuppskattning.

Om det nu är så att Högsta domstolen menar att parter underförstått ska kunna ge en bindande anvisning till domstolen om att uppskatta skadan efter en skälighetsbedömning, uppkommer frågan hur denna anvisning ska läsas ut av parternas processföring. Det verkar inte finnas någonting i målet som visar att en sådan anvisning har varit parternas avsikt. Istället verkar det som om Högsta domstolen utgått från att man annars skulle komma till ett materiellt otillfredsställande resultat, vilket inte parterna skulle vara intresserade

1541. Heuman verkar vara av en annan åsikt när han i samband med att fallet diskuteras uttrycker, ”*Det anförda talar närmast för att den gemensamma partsinställningen, som ligger i deras passiva processföring, innebär att de implicit ingått ett avtal om tillämpning av värderingsregeln i RB 35:5 om skälighetsuppskattning och att det inte finns en rätt för domstolen att tillämpa någon annan reglering.*”, *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (349).

1542. NJA 2006 s. 367. Här uttalar Högsta domstolen att frågan om ett yrkat belopp är skäligt eller inte i och för sig är en rättslig bedömning som anses ankomma på domstolen att göra. Däremot krävs det att en part åberopar de omständigheter som är avgörande för den skälighetsbedömning som domstolen ska göra.

1543. Om utgångspunkten är att den skadelidande har bevisbördan ska denne också för att vinna målet, förutsatt att 35 kap. 5 § RB inte är tillämplig, visa att skadan har den omfattning som denne påstår.

av. Men hur vet domstolen detta? Rollfördelningen i civilprocessen ger väl snarare intryck av det motsatta, det vill säga att en part hoppas på att motparten inte ska lyckas lägga fram bevisning av tillräcklig styrka, oavsett om detta innebär en materiellt riktig dom eller inte. Är det inte till och med så att exempelvis svaranden förväntar sig att käromålet ogillas, eller som i detta fall, att det av svaranden vitsordade beloppet döms ut om inte käranden lyckas visa att åberopade rättsfakta är för handen som styrker ett högre skadestånd än det vitsordade? Varför skulle svaranden vänta sig att domstolen istället går in och gör en skälighetsuppskattning?[1544] Möjligen menar Högsta domstolen att det skulle finnas ett samhällsintresse av att resultatet blev så materiellt tillfredställande som möjligt. Parterna var medvetna om att det fanns anledning till avdrag för ålder och slitage. Att då acceptera en rättsföljd som innebär att avdraget för ålder och slitage blev antingen 25 000 kr eller 0 kr, skulle inte vara materiellt tillfredställande med beaktande av någon form av allmänna hänsyn. Men är verkligen ett sådant agerande från domstolen rättssäkert och därmed förutsebart för parterna? Det rimliga är väl att domstolen i en motsvarande situation försöker klarlägga alla frågor genom processledning. I vad mån processledning förts och vad den i så fall bestått i, framgår inte av domskälen.

I doktrin har det framhållits att Högsta domstolens domskäl i det aktuella fallet kan tolkas så att praktiska och processekonomiska skäl samt strävandena att nå materiellt riktiga resultat tillsammans med det faktum att det rörde ett dispositivt tvistemål, ligger bakom Högsta domstolens domslut.[1545] Så kan det naturligtvis vara, men domskälen är inte på något sätt tydliga. Fortfarande kvarstår flera frågor vars svar det endast kan spekuleras kring. Vilka faktorer är avgörande för att parterna ”får antas” ha godtagit att domstolen avgör frågan om skadeståndsersättningen genom en skälighetsuppskattning istället för att tillämpa processrättsliga regler om åberops- och bevisbörda? Vad utgör ett materiellt otillfredsställande resultat och i förhållande till vem?

Faktum kvarstår dock; Högsta domstolen har tolkat in en underförstådd önskan från parterna om att domstolen ska avgöra frågan om skadeståndets storlek efter en skälighetsuppskattning. Däremot har Högsta domstolen inte gjort några principiella uttalanden om den processuella avtalsfriheten. Mot bakgrund av det ovan anförda och de frågetecken som följer av rättsfallet är det därför min uppfattning det inte går att dra några generella slutsatser av rättsfallet om att en domstol numera skulle godta processuella överenskommelser mellan parterna.[1546] Min uppfattning är också att stor försiktighet är påkallad när det gäller att dra några generella slutsatser av fallet i förhållande

1544. För ytterligare argument se *Nordh, Robert*, Om skälighet och bevisprövning. Se även *Azelius, Krister* och *Kjellander, Jerker*, JT 2011–12 s. 584 ff.

1545. Se *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (350 ff.) och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 56.

1546. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (338 och 353).

till frågan om en domstol allmänt sett får avgöra en fråga efter skälighet och billighet.[1547] Avgörandet ger visserligen stöd för parterna att träffa avtal om tillämpningen av värderingsregeln, men även här är det osäkert vilka faktorer som får betydelse för att ett sådant avtal skulle accepteras av en domstol. Högsta domstolens domskäl lämnar alltför mycket åt spekulationer i dessa delar.[1548]

Avslutningsvis ska frågan om det är möjligt för parter att ingå avtal som binder domstolen till att avgöra parternas tvist eller någon del av den genom tillämpning av skälighetsnormer analyseras med utgångspunkt från klausul 21 och 22 ovan.

Det ligger nära till hands anta att ett avtalsvillkor likt klausul 22 som riktar sig direkt till domstolen med uppmaningen att den generellt ska avgöra tvister mellan parterna efter exempelvis billighet och skön skulle uppfattas som overksamt. Är det någon skillnad om parterna i huvudavtalet för en specifik situation har kommit överens om att frågan ska avgöras efter vad som är skäligt på det sätt som framgår av klausul 21?

Klausul 21 kan tolkas som ett rättstillämpningsavtal där parternas avsikt är att domstolen ska tillämpa skälighetsnormer, istället för dispositiva köprättsliga bestämmelser, när käranden yrkar hävning av köpet på grund av fel i den köpta varan. Innehållet i avtalsvillkoret utgör på så sätt en begränsning av principen om *jura novit curia.* Som diskuterats ovan får inte ett rättstillämpningsavtal ges sådana processuella rättsverkningar att det sätter principen om *jura novit curia* ur spel. Det ingår inte heller i domstolens rättskipningsuppgift att på parternas allmänna instruktioner uppfinna diverse skälighetsnormer som är anpassade till parternas specifika fall.

Det är dock också möjligt att tolka klausul 21 som en civilrättslig regling och därmed kunna ge innehållet i avtalsvillkoret en indirekt processuell rättsverkan vid sakprövningen av tvisten. Genom avtalsvillkoret har parterna ersatt de dispositiva köprättsliga hävningsreglerna. Som nämnts tidigare finns det inte något som hindrar en sådan avtalskonstruktion. Ett problem är dock att parterna inte genom avtalsvillkoret klargör vad som gör det skäligt att häva köpet. Istället skulle det vara upp till domstolen att bedöma vad

1547. JustR Lindskog betonar också i ett tillägg till domen att uppskattningen av avdragets storlek, dvs. avdraget för slitage och ålder, inte rör sig om ett sådant mandat att avgöra tvister efter billighet som kräver särskilt uppdrag från parterna inom skiljeförfarandet. I nu aktuella rättsfall är det inte enligt Lindskog meningen att frångå materiella rättsregler, NJA 2011 s. 576 JustR Lindskogs tillägg p. 35. Lindskog har även gjort uttalanden som antyder att viss försiktighet är påkallad när det gäller att dra alltför långtgående slutsatser om rättsfallets generella tillämplighet för processuella överenskommelser, *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 56.

1548. Rättsfallet har dock vid flera tillfällen citerats av hovrätter när dessa har valt att avgöra ett skadeståndsbelopps storlek efter skälighetsuppskattningar istället för att tillämpa processuella regler om åberops- och bevisbörda, när utredningsmaterialet varit ofullständigt, se exempelvis Hovrätten för övre Norrland, T 555-12, dom den 26 maj 2014, Svea hovrätt, T 3565-13, dom den 2 april 2014 och Svea hovrätt, T 735-10, dom den 28 mars 2013.

som är skäligt, (lämpligt, billigt, och intresseavvägt) i en enskild situation. Hur fylls skälighetsnormen med substantiellt innehåll? Omvänt kan man också fråga sig under vilka förutsättningar som domstolen får underlåta att tillämpa avtalsvillkoret därför att det innehåller en alltför vag eller otydlig, kanske till och med obegriplig, norm.

I den civilrättsliga lagstiftningen förekommer det att skälighet tas upp som ett rekvisit för att en specifik rättsregel ska vara tillämplig.[1549] Domstolens uppgift är att avgöra om de rättsfakta som har åberopats av en part kan hänföras under rekvisitet skälighet i den civilrättsliga regeln. Detta avgör inte domstolen helt efter eget skön. Även om frågan om skälighet i den enskilda situationen är en rättsfråga krävs det med andra ord att de omständigheter som ska ligga till grund för skälighetsbedömningen måste åberopas. Den part som har bevisbördan för det åberopade rättsfaktumet måste för att nå framgång med sin talan lägga fram bevisning till styrkande av att rättsfaktumet verkligen är för handen.[1550] Domstolens uppgift är att genom bevisvärderingen avgöra om de bevisfakta som har framkommit under processen har den styrka att rättsfaktumet ska anses bevisat. Rättstillämpningen går sedan ut på att göra en skälighetsuppskattning av de omständigheter som har åberopats och bevisats av en part.

Om ovanstående resonemang överförs på klausul 21 innebär det att frågan om innehållet i skälighetsbegreppet ses som rättsfakta som måste åberopas och bevisas. När köparen väcker talan och yrkar att köpet ska hävas måste köparen åberopa de omständigheter som denne menar ska vara avgörande för frågan om det är skäligt att häva köpet samt innehållet i den skälighetsnorm som i det konkreta fallet ska tillämpas på dessa fakta. Det kan exempelvis handla om omständigheter i den aktuella avtalssituationen, men också omständigheter om hur parterna har gjort i tidigare avtalssituationer. Domstolens uppgift blir att inom ramen för sakprövningen pröva de av käranden åberopade omständigheterna och värdera de av käranden åberopade bevisen som ska styrka att omständigheterna är för handen. Vid skälighets- och intresseavvägningen, den *rättsliga bedömningen*, ligger det nära till hands tro att domstolen kommer att jämföra med vad som hade gällt om parterna inte hade ingått avtalet. Hur löses den aktuella frågan i dispositiv rätt? Även olika notoriska fakta skulle kunna få betydelse om dessa kan fastställas.[1551] Med notoriska omständigheter avses sådana omständigheter som är allmänt veterliga och som kan få betydelse vid bevisprövningen.[1552] Det kan också tänkas att olika former av privata normer, *soft law*, får betydelse som utfyl-

1549. Exempelvis 36 § AvtL och 9 § 1 st. KöpL.

1550. Jfr NJA 2006 s. 367. Även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 5 §. Jfr även *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (343 ff.).

1551. Sådana omständigheter behöver inte bevisas, 35 kap. 1 § 1 st.

1552. SOU 1938:44 s. 378. Jfr även *Lindell, Bengt*, Notorietet och kontradiktion, s. 60.

lande rätt.[1553] Kommer domstolen efter en skälighets- och intresseavvägning av de åberopade och bevisade omständigheterna fram till att varan är felaktig och att det är skäligt att medge köparen hävningsrätt, ska käromålet bifallas. Domstolen får inte genomföra denna skälighetsbedömning utan sådana åberopanden från parterna, men det är oklart vilka olika fakta som får betydelse för bedömningen av rättsfrågan och när det ska slås fast om det i det enskilda fallet är skäligt att medge köparen en hävningsrätt.

Detsamma som ovan torde i ännu högre grad gälla för klausul 22. I detta fall har parterna inte ersatt någon speciell civilrättslig regel med ett avtalsvillkor som innehåller en skälighetsbedömning. Istället har parterna ersatt *alla* dispositiva rättsregler som skulle kunna aktualiseras vid tvister om huvudavtalet med klausul 22. På samma sätt som nämnts ovan uppkommer då problemet när domstolen ska ”fylla ut” skälighetsnormen. Rimligen måste parterna även i detta fallet genom sina åberopanden av rättsfakta och bevisning tillstyrkande av dessa fakta, ”fylla” skälighetsnormen med det innehåll mot bakgrund av vilket domstolen ska göra sin skälighetsbedömning.

Det är också troligt att domaren frågar parterna hur de har tänkt sig att skälighetsbedömningen ska gå till och vad domstolen ska grunda sitt avgörande på. Saknas det utredning om vad som skulle utgöra grund för skälighet i en enskild situation, ligger det nära till hands utgå från att domstolen måste kunna bortse från det svårtillämpade och ogenomförbara avtalsvillkoret och istället fylla ut avtalet med dispositiv rätt eller andra normer som domstolen anser är tillämpliga i det enskilda fallet.

16.5 Sammanfattande kommentarer

Utrymmet för parterna att på ett bindande sätt för domstolen styra över rättstillämpningen är begränsat. Principen om *jura novit curia* är starkt förankrad i vårt rättssystem. Det finns dock möjlighet för parterna att i vissa fall ersätta den rättsliga normen med ett avtalsvillkor. I vilken utsträckning detta är möjligt avgörs bland annat av vad det är för typ av regel som parterna väljer att ersätta.

Det är inte möjligt för parterna att med bindande verkan ersätta en tvingande rättsregel med ett avtalsvillkor. En part har troligen större möjlighet att få sina önskemål om rättstillämpningen tillgodosedda om avtalsvillkoret inte direkt avtalar bort en tvingande rättsregel. Istället bör parterna specificera i avtalsvillkoret vilka omständigheter som de anser ska vara av betydelse för domstolens bedömning när den ska avgöra en framtida tvist mellan parterna om ett huvudavtals giltighet eller skälighet.

Det är också möjligt för parterna att ersätta dispositiva rättsregler med avtalsvillkor. Ett sådant villkor ska inte ges den rättsverkan att en talan som

1553. Jfr ovan under avsnitt 16.4.2.1.

förs i strid med avtalsvillkoret ska avvisas. Istället får avtalsvillkoret betydelse vid domstolens sakprövning. När en part åberopar innehållet i avtalsvillkoret utgör detta rättsfakta i målet. Domstolens uppgift är att avgöra om avtalsvillkoret ska läggas till grund för sakprövningen istället för den dispositiva rättsregel som har avtalats bort genom villkoret. Trots detta kan problem uppkomma när domstolen ska avgöra tvisten mot bakgrund av avtalsvillkoret. Om villkoret enbart går ut på att reglera att viss dispositiv lagstiftning inte ska vara tillämplig och tvisten rör en fråga som inte omfattas av parternas huvudavtal, uppkommer frågan om vilka normer som domstolen ska använda för att fylla ut parternas avtal så att den förda talan kan avgöras. Det finns då en risk för att domstolen i sista hand, för att kunna lösa tvisten, måste tillämpa just de dispositiva regler som parterna vid avtalstillfället var överens om inte skulle gälla på en tvist med anledning av huvudavtalet.

I domstolens rättstillämpningsuppgift ingår att avgöra rättsfrågor. Till sin hjälp har domstolen rättskällorna och det är domstolens uppgift att tolka dessa rättskällor för att kunna svara på rättsfrågorna i målet. Parterna får inte på ett generellt plan styra över denna tolkning genom direkta anvisningar till en handläggande domare om att en specifik rättskälla ska tolkas på ett visst sätt i det enskilda fallet. Inte heller får parterna genom avtal begränsa domstolens rättstillämpningsunderlag och bestämma att den inte ska tillämpa en viss rättskälla. Däremot står det parterna helt fritt att lyfta in ordalydelsen av ett specifikt rättstillämpningsfaktum i ett avtalsvillkor och på så sätt göra det till en del av huvudavtalet. Om någon av parterna åberopar innehållet i avtalsvillkoret kommer detta att utgöra rättsfakta som domstolen måste beakta vid sakprövningen. I detta senare fall innebär det att parterna genom avtalsvillkoret har ersatt dispositiv rätt.

Jura novit curia omfattar endast offentligrättsligt tillkomna normer. Domaren är inte skyldig att *ex officio* beakta även privata normer. Inte heller är domaren bunden av ett avtalsvillkor som parterna har ingått på förhand om att domaren ska tillämpa någon form av privata normer för att avgöra en tvist istället för att tillämpa de rättsregler som annars skulle ha varit tillämpliga. Inte ens om parterna genom ett avtalsvillkor som kan liknas vid en lagvalsklausul har hänvisat alla tvister med anledning av huvudavtalet till avgörande mot bakgrund av ett erkänt och identifierbart privat regelverk, är domstolen skyldig att tillämpa dessa privata regelverk. Däremot skulle ett sådant avtalsvillkor kunna tolkas som en materiell reglering där parterna genom att åberopa avtalsvillkoret med hänvisningen till det privata regelverket gör detta till en del av processmaterialet. Parterna måste också genom sina åberopanden tydliggöra för domstolen vilka bestämmelser i det privata regelverket som aktualiseras i den enskilda tvisten.

Skälighetsnormer är problematiska eftersom de inte innehåller något konkret innehåll mot vilket domstolen ska pröva den aktuella tvisten. Det kan konstateras att ett avtalsvillkor om att domstolen ska avgöra en tvist mot

bakgrund av skälighet, billighet eller liknande lämplighetsbedömningar, aldrig får ges processuell rättsverkan. Avsikten med *jura novit curia* är att domstolen förväntas känna till de rättsregler som gäller inom rättsordningen samt hur dessa ska tillämpas och i en enskild situation. Detta är domstolens uppgift i den rollfördelning som civilprocessen utgår från. Att då utöka *jura novit curia* till att omfatta även olika skälighetshänseenden utan att parterna genom sina åberopanden har ”fyllt” skälighetsnormen med det innehåll mot vilket domstolen ska göra sin skälighetsbedömning, är inte möjligt. Det ingår inte i domstolens rättskipningsuppgift att på parternas allmänna instruktioner uppfinna diverse skälighetsnormer som är anpassade till parternas specifika fall.

Även om en part, på samma sätt som gäller för de privata normerna, skulle åberopa innehållet i avtalsvillkoret, skälighetsnormen, som rättsfaktum utan att också ”fylla” skälighetsnormen med ett tydligt innehåll, kvarstår problemet. Hur ska domaren avgöra vad som är skäligt i en enskild situation? Var hämtar domaren denna kunskap? Rimligen måste parterna även i detta fallet genom sina åberopanden av rättsfakta och bevismedel till styrkande av dessa fakta, ”fylla” skälighetsnormen med det innehåll mot bakgrund av vilket domstolen ska göra sin skälighetsbedömning. Men även i detta fall kan det uppkomma problem när domstolen ska avgöra rättsfrågan. Vilka olika rättstillämpningsfakta och erfarenhetsatser får betydelse när det ska avgöras vad som är skäligt i det enskilda fallet? I slutändan är risken att domstolen för att kunna avgöra tvisten måste bortse från det svårtillämpade och ogenomförbara avtalsvillkoret och istället fylla ut avtalet med dispositiv rätt eller andra normer som domstolen anser är tillämpliga i det enskilda fallet.

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 414 2015-03-31 14:36:03

17 Överprövningsförbud

17.1 Inledning

När domstolen har meddelat en dom har parterna tre veckor på sig att överklaga domen innan denna vinner laga kraft.[1554] Därefter får domen enbart angripas med hjälp av extraordinära rättsmedel. Parter kan av olika anledningar ha ett intresse av att reglera frågor med anknytning till rättsmedlen. I detta kapitel ska en sådan avtalssituation behandlas; avtal där parterna avstår från överprövning.

Civilprocessen är ett förfarande som ger möjlighet att få tvisten prövad i tre instanser. Numera har parterna endast en absolut rätt att få tvisten prövad i en instans, tingsrätten. Både till hovrätten och Högsta domstolen krävs det att förutsättningarna för prövningstillstånd är uppfyllda för att parterna ska få tillgång till fullödig domstolsprövning även i dessa instanser.[1555] För att undvika ett långt domstolsförfarande kan parterna ha ett intresse av att avtala bort överprövningsrätten och genom en överenskommelse åstadkomma ett *överprövningsförbud*.

17.2 Exempelklausul

Civilprocessen präglas av förhållandevis långa handläggningstider. Först ska tvisten avgöras i tingsrätten. Om sedan någon av parterna överklagar tingsrättens dom och beviljas prövningstillstånd följer en process i hovrätten. Därefter kan det bli aktuellt att överklaga till Högsta domstolen. Civilprocessen kan med andra ord komma att bli tidsödande för parterna något som kan vara klart förödande för en kommersiell aktörs verksamhet, särskilt om en tvist ska dras genom alla tre instanser.[1556] Tidsaspekten kan också påverka kostnaderna för förfarandet. Ett eninstansförfarande ökar möjligheterna att hålla nere kostnaderna för tvisten.[1557] När tvisten väl är avgjord i tingsrätten

1554. Jfr 50 kap. 1 § och 17 kap. 11 § RB.

1555. Jfr 50 kap. 7 a § och 49 kap. 14 § RB för prövningstillstånd av hovrätten och 55 kap. 7 § och 54 kap. 10 § RB för prövningstillstånd av Högsta domstolen.

1556. Tidsaspekten är en av de anledningar som ofta framförs som orsak till varför parter väljer att lösa sina tvister genom skiljeförfarande istället för inom civilprocessen. Skiljeförfarandet är som bekant ett eninstansförfarande. Ofta klandras dock skiljedomar på formell grund och blir därmed föremål för prövning i ytterligare en, ibland två instanser.

1557. I förarbetena framställs kostnadsaspekterna, både för parterna och samhället, som en av de främsta anledningarna till att uppmuntra parterna att ingå avtal om överprövningsförbud, prop. 1988/89:78 s. 40.

kan parterna lägga tvisten bakom sig, vilket kan vara till fördel för affärsrelationerna mellan parterna, särskilt om de ska fortsätta dessa efter domen.[1558]

Om parterna vill att en eventuell tvist dem emellan ska lösas så snabbt som möjligt utan att detta sker inför en skiljenämnd, kan parterna ingå ett avtal om överprövningsförbud. Ett exempel på en sådan klausul är följande:

> **Klausul 23,**
> ”Om det uppkommer en tvist mellan parterna med anledning av detta avtal ska tvisten avgöras av Malmö tingsrätt. Parterna förbinder sig sålunda att rätta sig efter och inte överklaga tingsrättens dom.”

Det kan förefalla märkligt att parterna skulle kunna avtala bort överprövningsrätten på nu angivet sätt, men det följer uttryckligen av rättegångsbalkens regler att ett sådant avtalsvillkor under vissa förutsättningar är bindande för parterna. Förutsättningarna för bindande avtal om överprövningsförbud samt de processuella rättsverkningar som ett sådant avtalsvillkor ger upphov till behandlas nedan.

17.3 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om överprövningsförbud

Den processuella ogiltighetsprincipen uttalades av lagrådet i samband med införandet av den aktuella regeln i 49 kap. 2 § RB. Lagrådet uttalade att ”*avtal i processuella frågor över huvud taget anses ogiltiga, om ej motsatsen uttryckligen stadgas*.”[1559] Uttrycket ”stadgas” ska uppfattas som liktydigt med ”står i lag”.[1560] Avtalsvillkor om överprövningsförbud har stöd i lag och är därmed giltiga och bindande för domstolen. Detta är ett av få fall där lagstiftaren har valt att reglera rättsverkningarna av processuella överenskommelser i lag. Av bestämmelsen framgår att parter får ingå ett avtal om överprövningsförbud redan *innan* en tvist har uppkommit,[1561]och att ett sådant avtal är bindande för domstolen.[1562]

1558. För olika argument om varför parter bör ha intresse av att ingå avtal med överprövningsförbud, se vidare SOU 2001:103 s. 310 f. och SOU 1986:1 s. 104 ff.

1559. Den processuella ogiltighetsprincipen behandlas ovan under avsnitt 6.3.

1560. Jfr diskussionen ovan under avsnitt 13.4.5.2.

1561. Lagrummet omfattar också de situationer där parterna muntligen inför rätten eller skriftligen genom avtal som ingås av parterna efter det att domen har avkunnats, frånsäger sig rätten till överprövning. I praxis har det också ansetts föreligga ett överprövningsförbud när tingsrätten förpliktigat en part att betala ett visst belopp som parten också faktiskt betalar innan domen har vunnit laga kraft. Trots att domen inte har vunnit laga kraft skulle då parten vara förhindrad att begära överprövning av tingsrättens dom. Högsta domstolen har dock slagit fast att för att en sådan betalning ska anses innebära en utfästelse att inte överklaga krävs det att någon ytterligare omständighet utöver själva betalningen ger stöd för en sådan utfästelseavsikt, NJA 2010 s. 448 och NJA 2010 N 42. Denna avhandling behandlar dock avtal som ingås *före* en eventuell tvist och därmed aktualiseras inte de nu nämnda situationerna här, jfr ovan under avsnitt 1.5.1.

1562. Det finns också en motsvarande regel avseende hovrättens dom, 54 kap. 2 § RB.

Vissa förutsättningar måste vara uppfyllda för att ett avtal om överprövningsförbud ska vara bindande. Ingås avtalet *före* det att en tvist har uppkommit krävs det att avtalet formuleras skriftligt. Muntliga förhandsavtal om överprövningsförbud är ogiltiga.[1563] Parter får inte heller avtala bort överprövningsrätten generellt för alla olika tänkbara tvister som kan komma att aktualiseras i framtiden, utan avtalet måste knyta an till ett specifikt angivet rättsförhållande.[1564] Typiskt sett uttrycks detta genom lokutionen "*med anledning av detta avtal*" där uttrycket "avtal" åsyftar själva det huvudavtal som markerar vilket bestämt rättsförhållande som det rör sig om. Det måste också röra sig om ett dispositivt tvistemål.[1565] De nu beskrivna förutsättningarna överensstämmer med vad som gäller för skiljeavtal som också är ett giltigt undantag från den processuella ogiltighetsprincipen. Skiljeavtal är giltiga och bindande om de knyter an till ett särskilt angivet rättsförhållande och avser dispositiva tvistefrågor. Däremot har lagstiftaren inte infört ett formkrav avseende skiljeavtal.[1566]

Det finns inget hinder mot att parter i huvudavtalet formulerar ett avtalsvillkor i enlighet med klausul 23 ovan. Avtalsvillkoret har processuell rättsverkan och skapar ett fullföljdshinder när det gäller rätten till överprövning. Skulle en part i strid med avtalsvillkoret överklaga tingsrättens dom och motparten invänder att överprövningsrätten har bortfallit på grund av innehållet i avtalsvillkoret, ska hovrätten avvisa klagandens talan.[1567] Domstolen kommer dock inte att beakta innehållet i avtalsvillkoret *ex officio*. En eventuell tingsrättsdom kommer att innehålla en fullföljdshänvisning. En missnöjd part har då möjlighet att överklaga domen till hovrätten. Av NJA 2013 s. 1017 framgår att frågan om överprövningsförbudets verkan ska prövas före frågan om prövningstillstånd. Högsta domstolen hänvisar till 50 kap. 6 § RB där det framgår att hovrätten omedelbart får avvisa ett överklagande om det finns något annat hinder mot att ta upp det till prövning än att det har kommit in för sent. Frågan om en part har rätt att överklaga en dom eller ett beslut ska alltså prövas före frågan om prövningstillstånd behandlas. Det förutsätter dock att motparten har gjort en invändning om att parterna har

1563. Kravet på skriftlighet avseende förhandsavtal infördes främst av bevissäkringsskäl, jfr SOU 1986:1 s. 107 och 174 och prop. 1988/89:78 s. 44.

1564. Jfr prop. 1988/89:78 s. 44.

1565. Möjligheten att ingå avtal på förhand innan det föreligger en tvist, infördes i lagstiftningen genom SFS 1989:352. När det gäller de bakomliggande argumenten till lagändringen, se SOU 1986:1 s. 104 ff. och prop. 1988/89:78 s. 40 ff.

1566. Jfr 1 § LSF.

1567. Intresset för avtal om överprövningsförbud förefaller dock vara begränsat. För olika argument om varför avtal om överprövningsförbud inte används i större utsträckning, se SOU 2001:103 s. 309 ff. och prop. 2004/05:131 s. 213. Se även SOU 1986:1 s. 104 ff. och prop. 1988/89:78 s. 40 ff. I utredningen om en modernare rättegång föreslogs att frågan om ingående av avtal att inte överklaga en dom alltid ska tas upp under ett tvistemåls förberedelse. Regeringen valde dock att inte införa en sådan regel, SOU 2001:103 s. 309 ff. och prop. 2004/05:131 s. 213.

ingått ett avtal om överprövningsförbud.[1568] Avtal om överprövningsförbud är ett dispositivt processhinder.[1569]

Det finns inte något hinder enligt artikel 6 (1) EKMR och rätten till domstolsprövning, att begränsa överprövningsrätten. Rätten till domstolsprövning innefattar en rätt att få tillgång till prövning inför en domstol i minst en instans. Det finns inte något krav på att en tvistig fråga ska kunna prövas i flera instanser. Om däremot en konventionsstat har en rättegångsordning som innefattar en överprövningsrätt måste förfarandet i överinstansen vara förenligt med artikel 6 (1) EKMR.[1570]

17.4 Sammanfattande kommentarer

Parterna får ingå avtal om att framtida tvister med anledning av deras huvudavtal endast ska kunna prövas i en instans. Sådana avtal får ingås redan innan det har uppkommit en tvist mellan parterna. Förutsättningarna är att avtalet är skriftligt, att det rör dispositiva tvistefrågor samt att avtalsvillkoret knyter an till ett särskilt rättsförhållande.

Lagstiftaren har här markerat ett tydligt undantag från den processuella ogiltighetsprincipen. Ett avtalsvillkor om överprövningsförbud utgör ett dispositivt processhinder och domstolen kommer efter invändning från motparten att avvisa en talan i högre instans som förs i strid med villkoret.

1568. SOU 1986:1 s. 174 f. och prop. 1988/89:78 s. 76. Att fullföljdshindret, avtalsvillkoret om att inte överklaga, ska beaktas först efter invändning från part framgår också av NJA 1978 s. 327. Jfr även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 49 kap. 2 § och kommentaren till 50 kap. 6 §.

1569. Jfr 34 kap. 2 § RB. Olika former av processhinder behandlas ovan under avsnitt 6.4.

1570. Jfr *Gomez de la Torre* mot *Spanien*, dom den 19 december 1997, p. 37. Även *Harris, David, m.fl.,* Law of the European Convention on Human Rights, s. 459 f.

18 Stadfästelsedoms innehåll

18.1 Inledning

När parter förlikningsförhandlar med varandra har de ofta ett intresse av att samtliga deras rättsliga mellanhavanden löses genom förlikningsöverenskommelsen. Om parterna för förlikningsförhandlingarna inför domstol och önskar att en förlikningsöverenskommelse ska stadfästas i en dom kommer överenskommelsens att utgöra domslutet.[1571] I förlikningsöverenskommelsen kan det tänkas att även olika varianter av processuella överenskommelser införs. Det kan till och med handla om processuella överenskommelser som om de hade uttryckts i enskilda avtalsvillkor i parternas huvudavtal, aldrig skulle ha givits någon processuell rättsverkan. Om domstolen stadfäster förlikningsöverenskommelsen, utan att det görs några begränsningar avseende eventuella processuella överenskommelser, får det till följd att domslutet kommer att omfatta även dessa. När domen väl har vunnit laga kraft träffas den avgjorda tvisten av domens rättskraft. Parterna får inte i en ny rättegång begära att få samma sak prövad på nytt. [1572]

Frågor med anknytning till rättskraftens omfång uppkommer många gånger efter stadfästelse av en förlikningsöverenskommelse genom att parterna har reglerat frågor i överenskommelsen som inte är föremål för prövning i den väckta talan. Omfattas då alla dessa andra frågor av stadfästelsedomens rättskraft? Frågan om vad som omfattas av en doms rättskraft är inte lätt att svara på. Här kan uppkomma mycket svårbedömda fall när det ska fastställas om det är samma sak som avses i en efterföljande tvist inför domstol, inte minst då yrkanden och grunder kanske är formulerade på olika sätt i de båda på varandra följande rättegångarna. En senare tvist kan nämligen omfattas av en tidigare doms rättskraft även om inte tvisterna är identiska.[1573]

Nedan ska två olika situationer behandlas där parterna på olika sätt genom innehållet i ett avtalsvillkor ger anvisningar om en framtida förlikningsöverenskommelses innehåll, vilket i sin tur kan få betydelse för en eventuell stadfästelsedoms innehåll. Den första situationen omfattar avtalsvillkor där parterna redan från början har kommit överens om att en eventuell framtida förlikning ska omfatta *samtliga* parternas mellanhavanden. Den andra

1571. 17 kap. 6 § RB och 3 kap. 13 § UB. Förlikningsöverenskommelser som stadfästs i en dom inom civilprocessen behandlas även ovan under avsnitt 11.6.1.

1572. Jfr 17 kap. 11 § RB.

1573. Frågan om rättskraftens omfattning i allmänhet ska inte utredas i denna avhandling. Däremot kommer vissa frågor med anknytning till avtal om stadfästelsedoms innehåll att problematiseras, jfr ovan avsnitt 1.4.2

omfattar avtal där parterna har *villkorat* förlikningsöverenskommelsen. Om inte villkoret uppfylls skulle då inte förlikningsöverenskommelsen vara gällande. I det senare fallet uppkommer frågan vad som händer om överenskommelsen också har stadfästs genom dom. Upphör då domens rättskraft om villkoret inte uppfylls?[1574]

18.2 Exempelklausuler

För att betona vikten av att en framtida förlikningsöverenskommelse ska omfatta parternas samtliga mellanhavanden ingår de ett avtal där denna fråga regleras. Ett sådant avtalsvillkor skulle kunna se ut på följande sätt:

> **Klausul 24,**
> ”Om tvist uppkommer med anledning av detta avtal och parterna kommer överens efter förlikningsförhandlingar, ska förlikningsöverenskommelsen anses omfatta och slutligt reglera parternas samtliga mellanhavanden.

Klausulen uttrycker att alla tänkbara rättigheter och skyldigheter mellan parterna ska vara slutligt reglerade genom förlikningsöverenskommelsen. Om parterna ingår förlikningsöverenskommelsen inom ramen för civilprocessen och begär att domstolen ska stadfästa överenskommelsen i en dom, aktualiseras frågan om stadfästelsedomen har den processuella rättsverkan att parterna är förhindrade att föra en ny talan avseende ett rättsförhållande som inte omfattades av den tidigare instämda talan, men som kan tolkas in i ”parternas samtliga mellanhavanden”. Om klausul 24 ges en sådan processuell rättsverkan skulle parterna genom avtalsvillkoret ha reglerat omfattningen av domens rättskraft, men också en parts rätt till domstolsprövning.

En annan variant av avtalsvillkor är sådana där parterna har villkorat förlikningsöverenskommelsens giltighet. Även sådana avtalsvillkor får betydelse för frågan om stadfästelsedomens innehåll och rättskraftens omfattning. Ett exempel på ett sådant avtalsvillkor är följande:

> **Klausul 25,**
> ”Denna överenskommelse gäller enbart om Autoleverantören AB senast den 10 oktober 2012 fullgör sina åtaganden i enlighet med denna överenskommelse. Efter den 10 oktober 2012 upphör förlikningsöverenskommelsen att gälla.”

Ett starkt argument för att förmå parterna att medverka till att en förlikningsöverenskommelse uppnås, är att parterna därefter kan lägga tvisten bakom sig och slippa långa utdragna domstolsförhandlingar. För att uppnå

1574. Den här senare typen av avtal är sannolikt inte vanliga. Det är troligen vanligare att parterna när förlikningsförhandlingarna pågår och en förlikningsöverenskommelse ska upprättas, kommer överens om att den aktuella förlikningen ska omfatta parternas samtliga mellanhavanden. Jag har dock valt att behandla avtal om stadfästelsedoms innehåll i denna avhandling eftersom parterna kan införa processuella överenskommelser av varierande slag i förlikningsöverenskommelsen och därmed göra dessa processuella överenskommelser till en del av den stadfästa domen.

detta måste käranden oftast vara beredd på att sätta ned sitt krav. Ofta kan käranden tänka sig detta under förutsättning att svaranden verkligen fullföljer förlikningsöverenskommelsen. Det är därför inte ovanligt att sådana villkor för förlikningsöverenskommelsens giltighet förs in i den skriftliga förlikningsöverenskommelsen.

Det kan finnas flera anledningar till varför parterna begär att förlikningsöverenskommelsen ska stadfästas. En kan vara att käranden önskar en exekutionstitel, en annan att parterna önskar ett rättskraftigt avgörande. Innehållet i stadfästelsedomen, förlikningsöverenskommelsen, har samma rättsverkningar och är verkställbar på samma sätt som innehållet i en dom som tillkommit efter sakprövning.[1575] Men vad händer om den förpliktade parten inte presterar i enlighet med överenskommelsen? Omfattar domens rättskraft fortfarande den bakomliggande tvisten eller får en part vända sig till domstolen och väcka talan på nytt i avsikt att få den bakomliggande tvisten prövad?

18.3 Rättslig innebörd av avtalsvillkor om stadfästelsedoms innehåll

Idéerna bakom rättskraftsinstitutet är att parter sedan en tvist väl har avgjorts ska kunna känna sig trygga i att tvisten verkligen är avslutad och att den inte kan komma att tas upp på nytt. När domen har vunnit laga kraft vet parterna vad de har att inrätta sitt handlande efter utan att riskera att tvisten prövas på nytt med en annan utgång. Det råder knappast någon tvekan om att frågan om rättskraft är processrättslig och ett avtalsvillkor som har till syfte att begränsa rättskraften är en processuell överenskommelse.[1576] Det finns inte någonting i lagstiftningen som ger stöd för att det har varit lagstiftarens avsikt att parterna avtalsvägen ska kunna vidga eller snäva in en doms rättskraftsverkningar. Det kan dock diskuteras om inte ett avtalsvillkor om en stadfästelsedoms innehåll också kan få effekter för domens rättskraft.

Klausul 24 ovan är en direkt anvisning om att förlikningsöverenskommelsen ska reglera samtliga rättsliga mellanhavanden mellan parterna. Klausulen kan tolkas på två sätt. Det första är att oavsett om parterna för in ett avtalsvillkor i själva förlikningsöverenskommelsen om att samtliga rättsliga mellanhavanden regleras genom överenskommelsen, innefattas detta i förlikningsöverenskommelsen. Stödet för detta skulle då vara klausul 24 som tillförts huvudavtalet mellan parterna. Det andra sättet är att tolka klausulen som en anvisning till parterna att de vid förlikningsförhandlingarna ska beakta samtliga rättsliga mellanhavanden mellan dem och låta det framgå av

1575. Jfr 17 kap. 6 § RB och 3 kap. 13 § UB.

1576. Vad som avses med en processuell överenskommelse i denna avhandling presenteras ovan under avsnitt 1.6.

förlikningsöverenskommelsen att med den är parternas samtliga rättsliga mellanhavanden reglerade.

Båda tolkningarna får till följd att förlikningsöverenskommelsen skulle omfatta andra rättsförhållanden än de som tvisten rör, så kallade *supplerande moment*.[1577] En första fråga som inställer sig är om ett sådant avtalsvillkor också är bindande för domstolen? Problematiken ska illustreras med ett exempel.

Anta att en förlikningsöverenskommelse på parternas begäran har stadfästs i en dom. Därefter väcker en av parterna en ny talan avseende en rättslig fråga som inte har reglerats uttryckligen i förlikningsöverenskommelsen och därmed inte framgår av stadfästelsedomen. Svaranden invänder att den förlikningsöverenskommelse som framgår av stadfästelsedomen, omfattar parternas samtliga rättsliga mellanhavanden. Med utgångspunkt i den första tolkningen ovan menar svaranden att klausul 24 ska tolkas så att parternas samtliga rättsliga mellanhavanden innefattas i förlikningsöverenskommelsen även om inte detta framgår uttryckligen av överenskommelsen.

Av 17 kap. 6 § RB framgår att en stadfästelsedom ska innefatta det som parterna tvister om. Redan detta borde ju innebära att parterna är förhindrade att föra in andra omständigheter i förlikningsöverenskommelsen när överenskommelsen ska stadfästas i en dom. Så är dock inte fallet. Det har ansetts möjligt att låta förlikningen omfatta även andra rättsförhållanden än de som tvisten rör, supplerande moment. Tanken bakom detta är att så länge domen omfattar även det som parterna tvistar om, finns det inte något som hindrar att också annat än det som processen angår kan tas in i förlikningsöverenskommelsen och därmed göras till en del av stadfästelsedomen.[1578]

Det finns inte någonting som tyder på att stadfästelsedomens rättskraft också skulle omfatta sådana moment som tillförs denna efter *tolkning* av ett avtalsvillkor som har ingåtts på förhand mellan parterna, likt klausul 24. Avtalsvillkoret kan knappast tolkas som en bindande processuell överenskommelse i det avseendet, varken för parterna eller domstolen. Följaktligen får inte heller klausul 24 ges den effekten att stadfästelsedomen, mot en parts vilja, skulle omfatta parternas samtliga rättsliga mellanhavanden. Parterna får däremot gemensamt komma överens om att supplerande moment ska ingå som en del av förlikningsöverenskommelsen och därefter gemensamt begära att överenskommelsen ska stadfästas i en dom. Det är då förlikningsöverenskommelsen i sig, så som parterna har kommit överens om den, som läggs till grund för domens innehåll.[1579] I detta senare fall skulle det kunna argumenteras för att parterna genom avtal faktiskt har utvidgat domens

1577. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 77 f. och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 411.

1578. Se NJA 1957 s. 470 och NJA 2003 C 48. Även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 77 f., *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 11 §, och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 411 f.

1579. 17 kap. 6 § RB.

rättskraft till att omfatta helt andra omständigheter och tvister än de som omfattas av den ursprungliga stämningsansökan.

Anta exempelvis att parterna tillför förlikningsöverenskommelsen följande avtalsvillkor:

> ”Med denna förlikningsöverenskommelse är parternas samtliga mellanhavanden slutligt reglerade.”

Med ett sådant avtalsvillkor vill parterna uppnå att alla deras rättsliga mellanhavanden nu är slutligt reglerade genom förlikningsöverenskommelsen. Parterna vill helt enkelt sätta stopp för fortsatta processer dem emellan. Vanligen täcker inte tvisten inför domstol alla mellanhavanden mellan parterna. Det är först i samband med förlikningsförhandlingarna som det kan uppkomma en diskussion om att andra rättsliga mellanhavanden mellan parterna bör tas med i den aktuella uppgörelsen. Det kan till och med vara så att parterna inte egentligen diskuterar några andra mellanhavanden, men de vill markera att deras rättsliga angelägenheter är slutreglerade genom förlikningsöverenskommelsen. På så sätt kommer stadfästelsedomen att omfatta mer och annat än vad käranden framställt genom sin stämningsansökan.

Det kan förefalla märkligt att parterna får göra tillägg till en väckt talan genom att föra in supplerande moment på det här sättet. Hade istället tvisten varit föremål för prövning inom civilprocessen är det stor risk att omständigheter som motsvarar de nu supplerande momenten hade bedömts som en otillåten taleändring enligt reglerna i 13 kap. RB. Dessutom innebär tillåtandet av supplerande moment att domen, må vara att det är en stadfästelsedom, kan komma att omfatta annat och mer än vad part har yrkat, något som inte är möjligt enligt 17 kap. 3 § RB. Frågan är om ett supplerande moment får formuleras hur som helst eller om det görs någon skillnad avseende de rättsliga verkningarna beroende på hur villkoret har formulerats.

I detta sammanhang måste det göras skillnad mellan två olika varianter av supplerande moment. Den första varianten innebär att parterna anger, och *specificerar*, vilka de supplerande momenten är och att de rör samma rättsförhållande mellan parterna som det som är föremål för tvist inför domstolen. Ett exempel skulle kunna vara att parterna i förlikningsöverenskommelsen förtydligar att, ”*med denna förlikningsöverenskommelse är parternas samtliga mellanhavanden avseende köparens rätt att göra gällande fel i den köpta (specificerade) varan, slutligt reglerade*”.

Den andra varianten innebär att parterna anger supplerande momenten som avser samtliga mellanhavanden som kan tänkas leda till en tvist mellan parterna utan att dessa förhållanden ännu har formulerats mellan parterna, exempelvis genom att föra in ett *allmänt hållet* avtalsvillkor i förlikningsöverenskommelsen likt det ovan exemplifierade; ”*Med denna förlikningsöverenskommelse är parternas samtliga mellanhavanden slutligt reglerade*.”.

I det senare fallet framgår det inte alls vilka mellanhavanden som avses, inte heller framgår det vilket rättsförhållande som avses. Att acceptera den här allmänt hållna formen av supplerande moment framstår inte som rimligt. Ett accepterande av ett sådant allmänt hållet moment skulle innebära att domens rättskraft träffar även omständigheter och tvister som inte ännu har definierats. Detta kan liknas vid att en part redan på förhand, innan en tvist har uppkommit och innan en part vet hur tvisten kan tänkas gestalta sig, har avsagt sig rätten till domstolsprövning, vilket inte är möjligt.[1580]

När det gäller rättskraften framgår det av 17 kap. 11 § RB att när domen har vunnit laga kraft äger den rättskraft "[…] *såvitt därigenom avgjorts den sak, varom talan väckts*." Här antyds att det enbart handlar om sådana rättsförhållanden som omfattas av den väckta talan, inte supplerande moment. Som nämndes ovan har dock Högsta domstolen slagit fast att domens rättskraft träffar även de supplerande momenten.[1581] I praxis där supplerande moment har accepterats, har de supplerande momenten varit tydligt definierade i förlikningsöverenskommelsen.[1582] Ett avtalsvillkor om helt allmänt hållna supplerande moment borde inte kunna ges den rättsverkan att dessa träffas av domens rättskraft. Även om supplerande moment som tas in i en förlikningsöverenskommelse som stadfästs i en dom kan komma att omfattas av rättskraft,[1583] måste rimligen de supplerande momenten kunna definieras och förutses. Hur ska rättskraftens omfattning i annat fall kunna klarläggas? Domslutet är detsamma som förlikningsöverenskommelsen, viket innebär att överenskommelsen blir verkställbar. Har parterna fört in ett allmänt hållet supplerande moment i förlikningsöverenskommelsen kommer detta att utgöra en del av domslutet och därmed gäller verkställigheten även de supplerande momenten.[1584] En förutsättning för att verkställighet ska kunna ske måste dock vara att de supplerande momenten kan fastställas.

En domare har inte någon uttalad skyldighet att kontrollera innehållet i förlikningsöverenskommelsen så att överenskommelsen är förenlig med materiell rätt på området eller framstår som en rimlig eller "rättvis" uppgörelse. Däremot är domaren skyldig, när parterna begär att överenskommelsen ska stadfästas i en dom, att kontrollera att parternas förlikningsöverens-

1580. Jfr ovan kapitel 4 samt avsnitt 6.2, 6.4 och 6.5.

1581. NJA 2003 C 48. Även *Ekelöf* var av denna uppfattning, se *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, uppl. 7:4, s. 74 not 241 och Rättegång V, uppl. 8:1, s. 78. Jfr dock *Nordh, Robert*, Förlikningsdom och supplerande moment, s. 177.

1582. Jfr 1957 s. 470 och NJA 2003 C 48. Även Hovrätten över Skåne och Blekinge, T 1520-08, dom den 16 december 2009.

1583. Jfr NJA 1957 s. 470 och NJA 2003 C 48. Även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, uppl. 7:4, s. 74 not 241 och *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 338.

1584. Jfr 3 kap. 13 § UB. Även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegångs V, s. 77, *Larsson, Sven*, Förlikning i tvistemål, s. 149 ff. och *Lindell, Bengt*, Civilprocessen, s. 338 f. Lindell menar att enbart supplerande moment som hade kunnat dras in i processen genom ändring av talan och genkäromål kan godtas som supplerande moment.

kommelse gäller dispositiva frågor som parterna har rätt att ingå förlikning om.[1585] En sådan kontroll kan knappast göras när de supplerande momenten är helt allmänt hållna. Ett domsluts verkställighet är också beroende av att kronofogdemyndigheten enkelt, utan någon egentlig utredning, kan fastställa vad det är som en part har rätt att få fastställt genom domen. Detsamma gäller när domslutet utgörs av en förlikningsöverenskommelse.[1586]

En anledning till att supplerande moment accepteras och anses omfattas av rättskraften kan vara domstolarnas starka strävan efter att få parter att nå en förlikning. För att förlikningsöverenskommelsen ska vara ett attraktivt alternativ till civilprocessens dom måste det kanske finnas en möjlighet för parterna att genom överenskommelsen, och stadfästelsedomen om parterna önskar en sådan, nå ett definitivt slut på samtliga mellanhavanden dem emellan. Det kan mycket väl tänkas att en parts förlikningsbenägenhet ökar om det finns möjlighet för parterna att nå en slutlig reglering avseende parternas olika rättsliga mellanhavanden, även sådana som inte omfattas av den instämda talan. Däremot måste det, för att de supplerande momenten ska vara verkställbar och träffas av domens rättskraft, krävas att dessa moment är definierade och angivna i förlikningsöverenskommelsen.[1587] Ett helt allmänt hållet supplerande moment likt det ovan nämnda ”*Med denna förlikningsöverenskommelse är parternas samtliga mellanhavanden slutligt reglerade.*”, kan på sin höjd ses som någon form av hedersutfästelse i de processuella delarna.

Man kan också tänka sig att parterna i en förlikningsöverenskommelse villkorar förlikningen med ett särskilt villkor som måste uppfyllas för att överenskommelsen ska gälla mellan parterna. Även ett sådant avtalsvillkor kan få effekter avseende rättskraften om förlikningsöverenskommelsen stadfästs i en dom. Ett exempel på ett sådant avtalsvillkor är den ovan nämnda klausul 25.

Förlikningsöverenskommelsen gäller enligt sin utformning enbart mellan parterna om den förpliktade parten fullföljer överenskommelsen och betalar den överenskomna summan senast ett visst datum. Med detta villkor har parterna markerat att efter utgången av det angivna datumet får det ursprungliga anspråket aktualiseras på nytt.

Frågan är hur en domstol ställer sig till en begäran om stadfästelse av en överenskommelse likt klausul 25. Generellt kan sägas att en domstol bör

1585. Prop. 1986/87:89 s. 112 f. Jfr även *Gärde, Natanael m.fl.*, Nya rättegångsbalken, s. 184 f. Se även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 6 § och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 411 f.

1586. Jfr *Westberg, Peter*, JT 2003–04 s. 859 (861 f.).

1587. Det förekommer dock att stadfästelsedomar innehåller moment där det kan ifrågasättas hur dessa moment ska kunna verkställas samt om momenten över huvud taget är förenliga med processuella rättsregler och principer, se exempelvis NJA 1982 C 67, p. 3 i förlikningsöverenskommelsen som stadfästes av Högsta domstolen. Ett annat exempel är Svea hovrätt, T 6047-12, dom den 16 september 2013, särskilt p. 1–5 i den stadfästa förlikningsdomen.

undvika att villkora domslut.[1588] Villkorade domslut kan lätt ge upphov till problem när det ska fastställas om villkoret har uppfyllts eller inte. Inte minst gäller detta på det exekutionsrättsliga planet. Kronofogdemyndigheten har inte, och är inte heller tänkt att ha, en utredningsplikt som innefattar att fastställa om ett särskilt villkor i domslutet är uppfyllt eller inte. I undantagsfall kan en domare godta att villkora domslut om det redan vid avkunnande av domen står klart att villkoret är sådant att det enkelt och utan några större utredningar kan bli lätt att konstatera om villkoret är uppfyllt eller inte.[1589]

När parterna ingår en förlikningsöverenskommelse som de önskar stadfäst i en dom ersätter överenskommelsen det ursprungliga avtal som tvisten har sin upprinnelse i. På samma sätt som för andra civilrättsliga avtal står det parterna fritt att föra in olika villkor i förlikningsöverenskommelsen. Men vad händer om den förpliktade parten inte uppfyller villkoret i enlighet med överenskommelsen och inte betalar på utsatt tid? I det läget gäller ju inte överenskommelsen längre, vilket skulle innebära att det står en part fritt att stämma på nytt och kräva ersättning i enlighet med det ursprungliga avtalet mellan parterna. Det skulle innebära att parterna genom förlikningsöverenskommelsen har styrt över domens rättskraft. Frågan är om parterna har en sådan förfoganderätt.

Även om parterna har avtalsfrihet avseende den överenskommelse som ska stadfästas genom domen är själva stadfästelsen en del av domstolens officialprövning. Parterna har inte någon dispositionsrätt över vad som får stadfästas i en dom. Domstolen ska visserligen inte göra någon sakprövning av den aktuella tvisten utan den ska lägga parternas överenskommelse till grund för domslutet. Det innebär dock inte att domstolen är befriad från all slags kontroll av förlikningsöverenskommelsen och möjligheten att stadfästa densamma. Det ska också göras en formell kontroll av det som ska bli ett verkställbart stadfästelsedomslut, bland annat för att motverka att det uppkommer problem vid verkställigheten.[1590] En första kontroll är att det rör sig om en fråga som parterna får ingå förlikning om, att det rör sig om en dispositiv fråga.[1591] Dessutom ska domstolen kontrollera att förlikningen inte innehåller en uppgörelse som tydligt står i konflikt med grundläggande principer för rättsordningen, exempelvis *pactum turpe* eller *ordre public*.[1592] En domstol har också ett ansvar för att förlikningen avser den sak för vilken talan förs.[1593] Dessutom bör den, inom ramen för vad som är tillåtet enligt normerna för

1588. Jfr *Larsson, Sven*, Förlikning i tvistemål, s. 71. Även *Westberg, Peter*, JT 2003–04 s. 859 (861).

1589. För ytterligare resonemang om detta se *Westberg, Peter*, JT 2003–04 s. 859 (861 f.).

1590. Jfr *Westberg, Peter*, JT 2003–04 s. 859 (863 och där gjorda hänvisningar i not 13).

1591. Prop. 1986/87:89 s. 112 f. Även *Gärde, Natanael m.fl.*, Nya rättegångsbalken, s. 184 f. Se även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 6 §.

1592. Jfr *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 6 § och *Westberg, Peter*, JT 2003–04 s. 859 (863).

1593. Jfr dock ovan angående supplerande moment, se vidare *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 77 f. och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 6 §.

den materiella processledningen, uppmärksamma om det finns några oklarheter eller någon annan ogiltighetsgrund i överenskommelsen som den bör fästa parternas uppmärksamhet på.[1594] Hur ska domstolen då agera när parterna har villkorat förlikningsöverenskommelsen?

Mot bakgrund av domstolens formella kontrollskyldighet bör villkoret avse en framtida händelse som redan vid tidpunkten för domen kan konstateras vara sådan att den lätt kan slås fast och sällan leda till tvistigheter. Domstolen bör inte acceptera en förlikningsöverenskommelse som innehåller villkor där det kan bli svårt att fastställa om villkoret har uppfyllts eller inte.[1595] Om parterna för in ett datum i förlikningsöverenskommelsen per vilket fullgörelse ska ske, bör detta tolkas som ett sådant villkor som det är lätt att konstatera om det är uppfyllt eller inte. Har den förpliktade parten inte fullgjort i tid skulle det innebära att förlikningsöverenskommelsen inte längre gäller och att en ny talan kan föras om det bakomliggande rättsförhållandet. I ett hovrättsavgörande har domstolen efter att ha konstaterat att gäldenären inte i tid har fullgjort sina åtaganden enligt en stadfäst förlikningsöverenskommelse, accepterat att borgenären förde en ny talan om samma sak.[1596]

När parter har fått en förlikningsöverenskommelse stadfäst i en dom som har vunnit laga kraft kommer den bakomliggande tvisten att konsumeras av domens rättskraft. En part som av någon anledning är missnöjd med förlikningsöverenskommelsen måste då, innan en ny talan om den bakomliggande tvisten får väckas på nytt, få den stadfästa domen upphävd eller ogiltigförklarad. Detta får ske på två sätt, antingen genom att den part som inte anser att den stadfästa domen ska gälla, begär resning i det mål vari förlikningen har stadfästs, eller att parten väcker en ny talan om förlikningsöverenskommelsens ogiltighet.[1597] I det ovan nämnda hovrättsavgörandet[1598] hade parterna fört in vissa specifika datum för betalning som villkor för att överens-

Högsta domstolen har dock accepterat att supplerande moment får stadfästas genom dom trots att det i 17 kap. 6 § RB står att förlikningen ska avse "det varom tvistas", NJA 1957 s. 470 och NJA 2003 C 48.

1594. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 76 och *Westberg, Peter*, JT 2003–04 s. 859 (864). Jfr dock Heuman som har föreslagit att domstolen bör få godta även något oklara förlikningar och inte låta risken för exekutionsrättsliga komplikationer föranleda en vägran att stadfästa förlikningen, *Heuman Lars*, JT 1999–00 s. 912 (930).

1595. Jfr dock NJA 1982 C 67, p. 3 i den stadfästa förlikningsöverenskommelsen och Svea hovrätt, T 6047-12, dom den 16 september 2013, där den stadfästa förlikningsöverenskommelsen innehåller flera olika villkor, p. 1–5., som kan ge upphov till problem när det gäller verkställighet. Dessutom torde innehållet i de båda förlikningsöverenskommelserna vara processuellt overksamma i de angivna delarna.

1596. RH 1995:110. Se även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 6 §. Jfr dock *Heuman, Lars,* JT 1999–00 s. 912 (916 ff.). Heuman verkar vara kritisk till möjligheten att få den bakomliggande tvisten prövad innan det att stadfästelsedomen har upphävts eller ogiltigförklarats, se särskilt s. 918 där RH 1995:110 nämns.

1597. *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 76 f. Se även NJA 1975 s. 507 där dessa två olika sätt att upphäva stadfästelsedomen behandlas utförligt.

1598. RH 1995:110.

kommelsen skulle gälla och överenskommelsen hade stadfästs i en dom. Hovrätten accepterade att en part väckte talan på nytt och yrkade ersättning på grund av det ursprungliga avtalet utan att varken resningsinstitutet aktualiserats eller att det först hade förts en ogiltighetstalan. Hovrätten menade att det faktum att villkoret inte hade uppfyllts gjorde att förlikningsöverenskommelsen inte längre gällde och därmed omfattades inte heller den bakomliggande tvisten av domens rättskraft.[1599] Detta innebär i praktiken att parterna genom att föra in villkoret i förlikningsöverenskommelsen faktiskt har haft möjlighet att påverka domens rättskraft utan att stadfästelsedomen först har upphävts eller ogiltigförklarats. Mot bakgrund av vad som tidigare anförts, är utgången i hovrättsavgörandet överraskande. Rättskraften är inte tänkt att vara något som är föremål för parternas dispositionsrätt. Mot bakgrund av detta borde det inte heller vara möjligt för parterna att få en stadfästelsedom på en villkorad förlikningsöverenskommelse, och därmed ges rätten att förfoga över domens rättskraft på nu angivna sätt. Av senare hovrättspraxis följer dock att en sådan talan som den ovan exemplifierade inte är möjlig att föra utan att den stadfästa domen först har undanröjs genom resningsinstitutet eller genom att det förts en särskild talan om att förlikningsöverenskommelsen är ogiltig.[1600]

Det ligger nära till hands anta att det varit pragmatiska hänsyn som låg bakom hovrättens domslut när den accepterade att käranden förde en ny talan avseende det bakomliggande rättsförhållandet utan att först ha fört en ogiltighetstalan.[1601] Hade käranden fört en ogiltighetstalan och gjort gällande att villkoret inte hade uppfyllts och domstolen därmed kommit fram till att förlikningsöverenskommelsen inte längre var giltig, skulle käranden ha kunnat väcka en ny talan om det bakomliggande rättsförhållandet. Hovrätten fann då kanske inte någon anledning att i det aktuella fallet bedöma situationen annorlunda än om förlikningsöverenskommelsen efter särskild talan hade förklarats ogiltigt. Detta förändrar dock inte det faktum att en part på detta sätt har givits möjlighet att föra en ny talan, som rimligen borde omfattas av den stadfästa domens rättskraft, utan att den stadfästa domen först har upphävts eller förlikningsöverenskommelsen har förklarats ogiltig. Förlikningsöverenskommelsen har i detta avseende satt reglerna om rättskraft ur spel.

1599. Enligt en stadfäst förlikning skulle A till B utge ett kapitalbelopp senast viss dag. Om inte betalning erlades fick inte förlikningen åberopas gentemot B. Sedan A inte betalat väckte B ny talan mot A om saken och yrkade full ersättning i enlighet med det ursprungliga avtalet. A invände att förlikningen hade stadfästs genom dom som vunnit laga kraft och att det därför förelåg processhinder för den av B nu förda talan. Hovrätten avvisade den av A anförda processinvändningen och ansåg inte att den stadfästa förlikningen utgjorde hinder mot att uppta talan till prövning.

1600. RH 1998:3. Även Svea hovrätt, T 5453-08, dom den 24 februari 2009.

1601. RH 1995:110.

18.4 Sammanfattande kommentarer

Tvistande parter kommer sannolikt alltid i något sammanhang att ställas inför frågan om de kan tänka sig att lösa tvisten genom förlikningsförhandlingar. Skulle förlikningen leda fram till en överenskommelse, kommer en förlikningsöverenskommelse att träda i stället för den bakomliggande tvisten. Är tvisten föremål för prövning inom civilprocessen kan det också tänkas att parterna begär att förlikningsöverenskommelsen ska stadfästas i en dom. I samband med detta aktualiseras frågan i vilken utsträckning parterna genom avtal får styra över förlikningsöverenskommelsens och den stadfästa domens innehåll.

Utgångspunkten är att parterna styr helt över innehållet i förlikningsöverenskommelsen. Det finns dock vissa begränsningar. Parterna får inte redan på förhand innan det har uppkommit en tvist, komma överens om vad eventuella framtida förlikningsöverenskommelser ska innefatta, exempelvis att en förlikningsöverenskommelse slutligt ska reglera parternas samtliga mellanhavanden. Ett sådant avtalsvillkor är varken bindande för parterna eller domstolen och det blir endast en del av en framtida förlikningsöverenskommelse om parterna vid förlikningstillfället för in ett sådant avtalsvillkor i överenskommelsen. Domstolen ska föra frågan om förlikningsförhandlingar på tal och också aktivt verka för att parterna verkligen kommer överens. Den får dock inte kräva att förlikningsöverenskommelsen ska formuleras på ett visst sätt och med ett visst specifikt innehåll. Det är alltid parterna som sist och slutligt avgöra om det ska bli en överenskommelse och vad denna i så fall ska innefatta.

När en förlikningsöverenskommelse stadfästs i en dom får under vissa förutsättningar även supplerande moment tillföras överenskommelsen och bli en del av den stadfästa domen utan att dessa supplerande moment omfattas av kärandens instämda talan. Förutsättningen är att de supplerande momenten är tydligt definierade och att det anges att de hör till det aktuella rättsförhållandet. I annat fall skulle det inte vara möjligt att avgöra rättskraftens omfattning och inte heller skulle det vara möjligt att, vid en fullgörelsedom, få till stånd verkställighet av domen. Dessutom skulle accepterandet av helt allmänt hållna supplerande villkor avseende parternas samtliga mellanhavanden få till följd att parterna, genom stadfästelsedomen, har avsagt sig rätten till domstolsprövning avseende rättsliga mellanhavanden som ännu inte har definierats.

Det förekommer också att parterna villkorar förlikningsöverenskommelser. Om inte villkoret uppfylls, gäller inte förlikningsöverenskommelsen. När sådana villkorade förlikningsöverenskommelser stadfästs i en dom betyder det att förlikningsöverenskommelsen, inklusive villkoret, omfattas av domens rättskraft. Om den förpliktade parten inte uppfyller villkoret är frågan om en part kan få den bakomliggande tvisten prövad i ett nytt förfarande

eller om stadfästelsedomens rättskraft hindrar detta. Mot bakgrund av det syfte som ligger bakom rättskraftsinstitutet ligger det närmast till hands utgå från att det bakomliggande rättsförhållandet endast kan prövas på nytt efter det att den rättskraftigt avgjorda stadfästelsedomen har undanröjts och upphört att gälla. Detta kan ske antingen genom att klagandeparten begär resning i det mål vari förlikningen stadfästes eller att denne väcker en ny talan om att förlikningsöverenskommelsen är ogiltig.

Del V

Avslutning

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 432 2015-03-31 14:36:04

19 Avslutande reflektioner och slutsatser

19.1 Inledning

Syftet med denna avhandling har varit att undersöka och analysera i vilken utsträckning det enligt svensk rätt är möjligt för privata rättssubjekt att genom avtal, med bindande verkan, avstå från rätten till domstolsprövning helt eller delvis. Det har visat sig att det inte går att dra någon tydlig gräns mellan vad som är ett rättsligt bindande avstående från domstolsprövning och vad som inte är det.

För vissa processuella överenskommelser framgår de processuella rättsverkningarna tydligt medan det är svårare att slå fast dem för andra. Det är inte svårt att konstatera att ett tvistlösningsavtal där parterna har kommit överens om att tvister dem emellan ska lösas i ett privatdomarförfarande som inte är ett skiljeförfarande, saknar den processuella rättsverkan att det bildar ett processhinder om det åberopas inför domstol. Det finns dock andra processuella överenskommelser där problematiken är mer komplex på så sätt att villkoret visserligen är processuellt overksamt, men trots detta kan komma att få en indirekt processuell betydelse. Ett exempel på detta är avtalsvillkor om bevisföringen. Ett sådant avtal saknar som regel den processuella rättsverkan att ett åberopande av bevisning som strider mot ett uttryckligt avtalsvillkor får avvisas. Däremot kan bevisvärdet av de bevisfakta som följer av det åberopade bevismedlet påverkas av att parterna på förhand har reglerat frågor om tillåten bevisning.

För den som anser att parterna bör ha rätt att på ett bindande sätt ingå olika varianter av processuella överenskommelser som också ges processuell rättsverkan, är forskningsresultatet nedslående. Den civilrättsliga avtalsfriheten för parterna är stor, men den processuella avtalsfriheten när det gäller rätten att avstå från domstolsprövning är betydligt mindre. I ett samhälle där avtalsfriheten mellan kommersiella parter skattas högt och där det förs en diskussion om att tvistlösningen måste göras mer tillgänglig för parterna samt öppna upp för ett ökat partsinflytande, kan detta framstå som något överraskande.

19.2 Allmänt om att avstå från rätten till domstolsprövning

Rätten till domstolsprövning är formulerad som en *rättighet* innefattande dels en rätt att få tillgång till en domstol, dels en rätt att få rättsliga frågor prövade inför domstolen i ett förfarande som uppfyller vissa grundläggande

kvaliteter. I avhandlingen har detta presenterats i form av den kontradiktoriska modellen.[1602] Däremot framgår det inte av denna rättighet om parterna också har en rätt att *avstå* från rätten till domstolsprövning.

Det framstår inte som om lagstiftaren i någon större utsträckning har reflekterat i termer av att parter skulle vilja ha en rätt att välja att avstå från domstolsprövningen, i vart fall har det inte ansetts finnas något behov av att lagstifta om detta annat än i vissa specifika undantagsfall, exempelvis när parterna väljer bort civilprocessen till förmån för ett skiljeförfarande.[1603] Parterna har alltid en möjlighet att välja att *inte* ta civilprocessen i anspråk, men om en part väljer att väcka talan är denne bunden av ett relativt färdigt "tvistlösningspaket" där makten att styra över förfarandet och beslutsfattandet i huvudsak är förbehållen domstolen. Däremot styr parterna till stor del över beslutsunderlaget genom sina åberopanden av rättsfakta och bevismedel.

En processuell överenskommelse som parterna har ingått innan en tvist har uppkommit får som regel inte någon processuell rättsverkan om den åberopas inför domstol om inte parterna vid denna tidpunkt fortfarande är överens om att innehållet i avtalsvillkoret ska gälla. Anta att parterna har reglerat frågan om tillåten bevisning vid en kommande tvist om ett huvudavtals innehåll genom att tillföra huvudavtalet ett avtalsvillkor med ett bevisföringsförbud. När en tvist väl uppkommer åberopar dock en av parterna bevisning i strid med innehållet i avtalsvillkoret. I detta fall har domstolen mycket begränsade möjligheter att avvisa den åberopade bevisningen på grund av innehållet i avtalsvillkoret. Under huvudförhandlingen kommer en bevisupptagning att hållas och domstolen får sedan vid sakprövningen avgöra vilken verkan de åberopade bevismedlen ska ha för tvistens utgång. Om däremot parterna endast åberopar bevismedel i enlighet med innehållet i avtalsvillkoret får inte domstolen kräva in annan eller ytterligare bevisning som den anser bättre hade gagnat en av parterna. Parterna bestämmer vilken bevisning som ska tillföras processen.[1604] Parterna styr över domstolens beslutsunderlag genom sina ensidiga, ibland samstämmiga, processhandlingar.[1605] Det finns dock situationer där det, trots att parterna är överens om en processuell fråga, är domstolen som slutligt avgör hur frågan ska lösas. Anta att parterna är överens om, vilket också framgår av ett avtalsvillkor i deras huvudavtal, att tvisten bäst handläggs i ett skriftligt förfarande. Trots att parterna är överens om handläggningsformen och framför detta önskemål inför domstolen, är inte den bunden av detta. Domstolen ska beakta parternas önskemål, men om den anser att tvisten handläggs bäst i ett förfa-

1602. Se ovan avsnitt 1.2.

1603. Jfr 10 kap. 17 a § RB och 4 § LSF. Andra processuella överenskommelser som accepteras av rättsordningen är prorogationsavtal, 10 kap. 16 § RB, och överprövningsförbud, 49 kap. 2 § RB.

1604. Se ovan avsnitt 11.5.3, 11.6.2 och 13.4.

1605. Det är parterna som styr över processens yttre ramar, se diskussionen ovan under avsnitt 11.5.

rande som innehåller både muntliga och skriftliga moment, står det domstolen helt fritt att fatta ett sådant beslut.[1606]

Man kan ställa sig frågan varför lagstiftaren endast har tillerkänt parterna begränsad rätt att styra över processuella frågor genom avtal som ingås på förhand innan det har uppkommit en tvist. I den juridiska diskussion som förts och förs i doktrin, men som också kan hittas i olika lagstiftningssammanhang, lyfts ofta frågan om parterna bör ha större inflytande över sitt processuella rättsskydd genom att kunna styra över tvistlösningsformen, men också över proceduren inför domstolen.[1607] Vem är väl bättre lämpad att bestämma var och hur en tvist ska lösas än parterna? De har ju trots allt full avtalsfrihet när det gäller den materiella rätten. Är det då inte lämpligt att parterna också får bestämma vad som ska gälla om det uppkommer en tvist om denna rätt?

Sannolikt är det en kombination av flera olika faktorer som ligger bakom rättsordningens inställning till processuella överenskommelser, som har både historiska, rättsstatliga och demokratiska förklaringar och som inte egentligen går att separera från varandra. De enskilda medborgarna i en rättsstat väljer genom demokratiska val den beslutande och lagstiftande makten. I en demokratisk rättsstat har staten, det offentliga samhället, en skyldighet att tillhandahålla medborgarna domstolar där de kan få sina rättsliga angelägenheter prövade. Statens ansvar innefattar också att förfarandet inför domstol är konstruerat på ett sådant sätt att det skapas förutsebarhet för parterna både när det gäller själva proceduren inför domstol, men också när det gäller domslutet.[1608] Genom en tydlig domstolsorganisation som bygger på och utgår från lagstiftning skapas förutsättningar för staten att uppfylla detta ansvar.[1609] Det ska finnas lika rätt för parterna att få tillgång till domstolsprövningen och proceduren ska vara uppbyggd på ett sådant sätt att parterna dels kan förutse hur denna kommer att genomföras, dels ges lika rätt att framställa sin talan.[1610] Domstolsprövningen ska resultera i ett slutligt bindande avgörande så att en part kan känna sig trygg med att resultatet kom-

1606. Se ovan under avsnitt 11.3 och 14.2.

1607. Se exempelvis SOU 1995:65, SOU 2001:103 och SOU 2007:26. Jfr även *Heuman, Lars*, JT 2006–07 s. 57–70 och JT 2011–12 s. 336–354, *Lindell Bengt*, Partsautonomins gränser samt *Westberg, Peter*, Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning.

1608. Jfr SOU 2011:42 s. 95 ff. och SOU 2008:125 s. 313 f. och 425 ff. Även *Frändberg, Åke*, Rättsstatens organisation, s. 274 ff. och *Algotsson, Karl-Göran*, Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet, s. 16.

1609. 1 kap. 1 § 3 st. RF och 11 kap. 3 § RF. Jfr prop. 2009/10:80 s. 160. Även *Holmberg, Erik m.fl.*, Grundlagarna, s. 59 f. och 524 ff. och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning s. 32 f.

1610. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.,* Rättegång III, s. 33, *Frändberg, Åke*, Rättsstatens organisation, s. 273, *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 65 f. och *Danelius, Hans*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 246. Även prop. 2009/10:80 s. 159 ff.

mer att stå fast och parterna kan lägga tvisten bakom sig.[1611] Ur dessa tankar kan också diskussionen om civilprocessen olika funktioner härledas.[1612]

Det finns inte några empiriska undersökningar som styrker att avtal där parterna, helt eller delvis, avstår från domstolsprövning påverkar civilprocessens funktioner negativt eller positivt. Om detta kan det enbart spekuleras. När det inom en rättsstat ska avgöras i vilken utsträckning som det ska överlåtas på parterna att styra över processuella frågor, både när det gäller tillgången till domstol och när det gäller att reglera delar av förfarandet, får de inledningsvis nämnda funktionerna bakom civilprocessen betydelse för diskussionen och resultatet. Detta kommer sedan att återspeglas i lagstiftningen på området. Däremot går det inte av funktionerna i sig att dra några slutsatser om vilka avståenden som accepteras och vilka som inte accepteras i civilprocessen.

När det gäller rätten till domstolsprövning och den lagstiftning som aktualiseras i samband med detta, är det framför allt rättsskyddsfunktionen som är central,[1613] även om övriga funktioner också har haft betydelse för varför lagstiftningen inte tillåter att parter med bindande verkan avstår från rätten till domstolsprövning i större utsträckning. Bakom tankarna om statens ansvar för rättskipningen finns en idé om att det offentliga samhället ska tillhandahålla rättsskydd för enskilda. Parterna behöver skydd för sina materiella rättigheter, vilket sker genom den materiella lagstiftningen, men parterna behöver också ett processuellt rättsskydd som tillgodoses genom konstitutionella regler och procedurregler. Eftersom avtalsfriheten är viktig för ett fungerande samhälle har lagstiftaren medgivit att parterna till stor del får styra över de materiella rättigheterna. Staten har bara valt att sätta sig över avtalsfriheten när det har bedömts finnas ett särskilt skyddsvärt intresse. Ett sådant intresse finns som regel inte mellan kommersiella parter. Det innebär dock inte att parterna också får styra över det processuella rättsskyddet. I dessa fall har fortfarande det offentliga samhället ansetts ha ett ansvar. I flera fall är lagstiftningen konstruerad så att domstolen ska beakta och lyssna på parternas olika, genom ensidiga processhandlingar, framförda åsikter, men den är inte bunden av dessa utan fattar självständiga beslut i handläggningsfrågor. När det gäller rättstillämpningen och bevisvärderingen är detta som regel helt förbehållet domstolarna.[1614] Återigen; väljer parterna att ta den statliga domstolsorganisationen i anspråk, får de finna sig i de procedurregler och den rollfördelning som gäller där. Rättsskyddstanke ligger också bakom den processuella ogiltighetsprincipen som lagrådet uttalade i

1611. Jfr 17 kap. 11 § RB. Jfr även *Fitger, Peter, m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 11 § under rubriken Inledning och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 197.

1612. Civilprocessens olika funktioner presenteras ovan under avsnitt 3.2.

1613. Rättsskyddsprincipen behandlas ovan under avsnitt 6.2.

1614. Se ovan under avsnitt 11.6 samt kapitel 15 och 16.

samband med införandet av rättegångsbalken.[1615] För att det offentliga samhället ska acceptera att enskilda får inflytande över rättskipningen, krävs det lagstöd för detta.

Det är troligen också de ovan beskrivna faktorerna som har fått genomslag i artikel 6 (1) EKMR. Utgångspunkten är att alla och en var har rätt till domstolsprövning, men det finns under vissa förutsättningar möjlighet att medge undantag från detta. En processuell överenskommelses förenlighet med rättigheterna i artikel 6 (1) EKMR måste sättas i relation till partsautonomin och parternas rätt att själva få bestämma var och hur tvister ska lösas. För att parterna ska få avstå från de rättigheter som garanteras av artikel 6 (1) EKMR krävs att avståendet har gjorts frivilligt, att det otvetydigt framgår att parternas vilja har varit att avstå från rättigheten eller delar av den, att det inte strider mot något viktigt allmänt intresse att acceptera överenskommelsen och att det finns legitima skäl att acceptera den, vilket det kan göra om det finns proportionalitet mellan accepterandet och konventionens bakomliggande syfte.[1616] De två första förutsättningarna, frivilligt och otvetydigt, antyder att det måste handla om någon form av ”avtal” antingen parterna emellan eller mellan parten och domstolen. Det får inte råda någon tvekan om att det har varit parternas avsikt att avstå från rättigheten. Det har dock betydelse hur en part agerar inför en domstol, även passivitet kan göra att det tolkas in ett frivilligt avstående från en rättighet. Rättsskyddstanken och rättsstatens ansvar över rättskipningen tillgodoses också genom de tre övriga förutsättningarna, allmänt intresse, legitimitet och proportionalitet.

Nedan ska de inledningsvis uppställda frågeställningarna besvaras. Denna del följer samma systematik som tidigare och utgår från de tre situationerna; att parterna avstår helt från domstolsprövning utan att ange en alternativ tvistlösningsform, att parterna avstår helt från domstolsprövningen, men anger en alternativ form för tvistlösningen samt att parterna endast avstår delvis från domstolsprövningen.

19.3 Processuella överenskommelser där parter avstår helt från domstolsprövning utan att ange en alternativ tvistlösningsform

Rätten till domstolsprövning i bemärkelsen att få tillgång till en domstol är en grundläggande rättighet som tillkommer alla. Det finns inte någon möjlighet för enskilda parter att med bindande verkan frånsäga sig *allt* rättsskydd

1615. Prop. 1942 nr 5 s. 233 och SOU 1938:44 s. 509 f. Jfr även diskussionen ovan under avsnitt 6.2–6.4.

1616. Se ovan under avsnitt 6.5.

utan att också ange en godtagbar alternativ tvistlösningsform för eventuella framtida tvister. I detta fall är både praxis och doktrin tydliga.[1617]

Bakgrunden till detta är att en part inte på förhand, innan denne ens vet vad en framtida tvist kan komma att omfatta, ska kunna avtala bort hela sitt rättsskydd. Det saknas helt konstitutionellt stöd för en sådan ordning. Istället framgår det av 2 kap. 11 § 2 st. RF att alla har rätt till en rättvis rättegång. Att helt frånsäga sig rättsskyddet är knappast förenligt med denna regel. En sådan ordning skulle också strida mot den processuella ogiltighetsprincipen eftersom det helt saknas lagstöd för processuella överenskommelser av detta slag. I civilprocessen är utgångspunkten att en part som väcker talan och framställer yrkanden samt anger grunder för detta, har talerätt. Om svaranden skulle invända att det finns ett avtalsvillkor med innebörden att parterna har kommit överens om att en eventuell tvist inte ska få prövas av domstol och att domstolen på grund av avtalsvillkoret saknar behörighet att pröva den aktuella tvisten, skulle domstolen inte tillerkänna innehållet i ett sådant avtalsvillkor den processuella rättsverkan att kärandens talan avvisades. Domstolen ska med stöd av påståendedoktrinen ta upp talan till prövning.[1618]

Ett avtalsvillkor där parterna frånsäger sig allt sitt rättsskydd utan att ange något alternativ för tvistlösningen är inte heller förenligt med artikel 6 (1) EKMR. Skulle en konventionsstat acceptera ett sådant avtalsvillkor genom att ge det processhindrande verkan, uppkommer en konflikt med artikeln. Visserligen finns det ett skriftligt avtalsvillkor mellan parterna, vilket visar att de frivilligt och otvetydigt har avtalat bort rätten till domstolsprövning, men mot bakgrund av de syften som ligger bakom artikel 6 (1) EKMR, att tillförsäkra alla och en var tillgång till domstolsprövning, finns det inte något legitimt syfte att acceptera att en part avstår helt från domstolsprövning utan att ersätta denna med en alternativ form av tvistlösning. Det skulle också vara lätt att argumentera för att ett sådant avtalsvillkor står i strid med ett viktigt allmänt intresse; rättsstatens ansvar över rättskipningen.

Det är också lätt att se att ett accepterande av att parterna helt frånsäger sig domstolsprövningen står i konflikt med civilprocessens rättsskyddsfunktion. I detta fall tillgodoses inte rättsskyddet på något sätt.[1619] Det finns knappast något intresse för rättsstaten, genom domstolarna, att acceptera ett sådant avtalsvillkor. Ett sådant accepterande av avtalsvillkoret skulle också strida mot konfliktlösnings- och handlingsdirigeringsfunktionen.[1620] Efter-

1617. När det gäller den lagstadgade rätten att få tillgång till domstolsprövning, se ovan kapitel 4. När det gäller parters rätt att avstå helt från domstolsprövning utan att ange någon alternativ tvistlösningsform, se kapitel 9.

1618. Se ovan under kapitel 9 och avsnitt 13.2 och 13.3.

1619. Se diskussionen ovan under avsnitt 6.2.

1620. Angående civilprocessens funktioner i relation till processuella överenskommelser, se ovan under avsnitt 3.2.

som det inte finns någon alternativ tvistlösningsform, finns det inte heller någonting som indikerar att det kommer att ske en konfliktlösning. Inte heller handlingsdirigeringsfunktionen tillgodoses, men det är inte unikt för denna situation. Varje gång det accepteras att parterna väljer bort domstolsprövningen på ett eller annat sätt uppkommer en konflikt med handlingsdirigeringsfunktionen. Detta ensamt har dock inte utgjort skäl för att inte acceptera att parterna avstår från domstolsprövning i vissa fall. På samma sätt uppkommer konflikter i förhållande till prejudikatbildnings- och rättsutvecklingsfunktionen. De tre senare funktionerna uppfylls inte heller när parterna frivilligt väljer att inte väcka talan eller att inte åberopa ett visst rättsfaktum till stöd för sin talan med den följden att tvisten inte kommer att prövas av en domstol i denna del. Skillnaden är då att parterna, när tvisten är ett faktum, har gjort ett aktivt och medvetet val. Det är någonting helt annat än att avsäga sig allt rättsskydd på förhand innan en part har haft möjlighet att överblicka vilken form av tvist det handlar om.

19.4 Processuella överenskommelser där parter avstår helt från domstolsprövning till förmån för en alternativ tvistlösningsform

19.4.1 *Processuell rättsverkan av skiljeavtal*

Rättsordningen accepterar att parter avstår från civilprocessen till förmån för skiljeförfarande.[1621] Ett giltigt skiljeavtal utgör processhinder om det åberopas inför en domstol,[1622] och en skiljedom har samma processuella rättsverkan som en domstols dom; den är förenad med både positiv och negativ rättskraft och den utgör en exekutionstitel.[1623]

Staten har också förbehållit sig rätten till viss insyn och kontroll av skiljeförfarandet. En part som är missnöjd med en skiljedom får på formell grund föra en ogiltighets och/eller klandertalan inför hovrätten.[1624] På så sätt har staten, genom domstolen, tillförsäkrats en möjlighet att kontrollera att skiljeförfarandet har genomförts så att grundläggande rättssäkerhetsgarantier tillgodoses och att skiljedomen har tillkommit på ett formellt acceptabelt sätt.[1625]

1621. Se ovan under avsnitt 10.3.3.

1622. 10 kap. 17 a § RB och 4 § LSF.

1623. Jfr NJA 1953 s. 751 och NJA 1998 s. 189 när det gäller skiljedomens rättskraft. Att skiljedomen är verkställbar följer av 3 kap. 15–18 §§ UB. Se även ovan avsnitt 11.2.5.1 och 11.6.3.1

1624. 33–36 §§ och 43 § LSF. Se även den diskussion som förs ovan under avsnitt 11.2.5.1 och 11.2.3.1.

1625. Prop. 1998/99:35 s. 40 ff.

19.4.2 *Får även andra alternativa tvistlösningsavtal ges processuell rättsverkan?*

Parter har full möjlighet att avstå från civilprocessen till förmån för en alternativ tvistlösningsform av något slag.[1626] Partsautonomin är omfattande och parterna har full frihet att konstruera tvistlösningsförfaranden som är individuellt anpassade efter just deras avtalssituation.[1627] Däremot har alternativa tvistlösningsavtal, med undantag för skiljeavtalet, inte tillerkänts någon processuell rättsverkan. Det finns visserligen inte några principiella hinder mot att parterna genom avtal skapar ett tvistlösningsförfarande som uppfyller i vart fall delar av den kontradiktoriska modellen.[1628] Problemet är att det finns vissa element i den kontradiktoriska modellen som inte parterna kan tillgodose genom avtal utan som endast kan skapas genom lag. Detta är också anledning till varför rättsordningen inte accepterar andra alternativa tvistlösningsformer än skiljeförfarandet som alternativ till civilprocessen. Här spelar bristen på lagstiftning avseende olika varianter av alternativa tvistlösningsformer en avgörande betydelse.

Den kontradiktoriska modellen utgår från ett förfarande där tvistlösningsorganet är upprättat med stöd av lag.[1629] Skiljedomstolar är visserligen inte upprättade med stöd av lag utan med stöd av avtal, men det finns en ramlagstiftning avseende skiljeförfarandet, lagen om skiljeförfarande.[1630] Någon motsvarighet till denna lagstiftning finns inte när det gäller privatdomarförfaranden och förfaranden där parterna agerar beslutsfattare. Inte heller har lagstiftaren skapat insyns- och kontrollmöjligheter avseende andra tvistlösningsförfaranden än skiljeförfarandet och parterna får inte genom avtal själva komma överens om att en domstol ska ha en sådan insyns- och kontrollfunktion.[1631] En part som exempelvis är missnöjd med ett privatdomaravgörande har alltid rätt att väcka talan vid tingsrätten och begära att den bakomliggande tvisten ska prövas av tingsrätten inom ramen för civilprocessen. Ett eventuellt privatdomaravtal eller ett privatdomaravgörande hindrar inte en sådan prövning och prövningen begränsas inte enbart till formella frågor. Däremot kan resultatet av privatdomarförfarandet få betydelse som ett civilrättsligt bindande avtal mellan parterna om de har kommit överens

1626. De olika alternativa tvistlösningsformer som behandlas i denna avhandling presenteras ovan i kapitel 10. Där analyseras också olika alternativa tvistlösningsavtals processuella rättsverkan.

1627. Se ovan avsnitt 10.2.

1628. Jfr den analys som sker ovan i kapitel 11 där olika alternativa tvistlösningsformer analyseras i förhållande till den kontradiktoriska modellens olika grundläggande element så som dessa kommer till uttryck i civilprocessen.

1629. Se ovan avsnitt 11.2.

1630. Angående frågan om skiljedomstolar är domstolar upprättade med stöd av lag, se diskussionen ovan under avsnitt 11.2.3.1.

1631. Se diskussionen ovan under avsnitt 11.2.3.2 och 11.2.3.3.

om att privatdomarens beslut ska vara bindande och slutligt dem emellan, vilket kan påverka utgången av målet i civilprocessen.[1632]

Inte heller får parterna genom avtal skapa rättskraftigt bindande avgöranden och exekutionstitlar. Även om parterna kom överens om att exempelvis privatdomarförfarandet skulle tillgodose alla de grundläggande element som innefattas i den kontradiktoriska modellen, och förfarandet faktiskt också tillgodoser dessa, vore det inte möjligt att genom avtal komma överens om att privatdomarens avgörande ska ha rättskraft samt utgöra en exekutionstitel.[1633] Varken den processuella ogiltighetsprincipen eller den lagstiftning som finns medger detta. Däremot får parterna ansöka hos tingsrätten om en verkställbarhetsförklaring avseende en mellan dem ingången medlingsöverenskommelse som tillkommit efter privata medlingsförhandlingar. På så sätt är det faktiskt i detta fall möjligt för parterna att genom avtal ”skapa” en exekutionstitel.[1634]

Det finns dock inte något principiellt hinder mot att privatdomarförfaranden och förfaranden där parterna agerar beslutsfattare, främst då medling, ges status av tvistlösningsförfaranden som kan likställas med domstolsprövning på samma sätt som skett vid skiljeförfarande. Det skulle mycket väl kunna införas en form av privatdomar- och/eller medlingslag, eller annan reglering om sådana förfaranden, på ett sådant sätt att dessa förfaranden blir ett accepterat alternativ till civilprocessen.[1635] Även om det inte finns några principiella hinder mot att lagstifta även om självrättskipning av olika slag, skulle dock rättsordningen av vad som har framgått ovan, knappast acceptera självrättskipning som ett alternativ till civilprocessen.[1636]

Den svenska lagstiftaren har valt att inte lagstifta om några andra tvistlösningsförfaranden än skiljeförfarandet och parterna får nöja sig med att det finns *ett* privat tvistlösningsförfarande att tillgå som alternativ till domstolsförfarandet.[1637] Andra alternativa tvistlösningsförfaranden står till parternas förfogande så länge de är överens om att nyttja dem, men om en av parterna inte vill delta kan inte motparten hindra detta. Det är enbart skiljeförfarandet som kan ”tvingas” fram.

1632. Se diskussionen ovan under avsnitt 10.4.4, 10.5.4, 10.6 och 10.7. Jfr även diskussion som förs angående alternativa tvistlösningsorgans avgöranden under avsnitt 11.6.3.2 och 11.6.3.3.

1633. Se diskussionen ovan under avsnitt 11.6.3.2 och 11.6.3.3.

1634. 1–2 §§ och 7–12 §§ medlingslagen och 3 kap. 1 § 1 st. 2 p. och 13–14 §§ UB. Se även ovan avsnitt 11.6.3.3.

1635. Se den diskussion som förs om dessa två former av tvistlösning under de olika avsnitten i kapitel 11.

1636. Se den diskussion som förs om självrättskipning under de olika avsnitten i kapitel 11.

1637. Jfr dock medlingslagen, men denna lagstiftning innefattar inte några regler om ett medlingsavtals eller en medlingsöverenskommelses processuella rättsverkningar annat än att parterna får ansöka om en verkställbarhetsförklaring i ett särskilt förfarande inför tingsrätten, se ovan not 1634.

19.4.3 *Faktorer av betydelse för att ett tvistlösningsavtal ska ges processuell rättsverkan*

Eftersom skiljeförfarandet accepteras av rättsordning anses det uppenbarligen tillgodose de olika grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen, i vart fall i tillräcklig utsträckning för att inte det ska uppkomma en konflikt med rätten till domstolsprövning. I studien har därför en tanke varit att om ett tvistlösningsförfarande är tillräckligt likvärdigt med civilprocessen borde det inte finnas något principiellt hinder för att det ska kunna accepteras som ett alternativ till civilprocessen. I avhandlingen har analyserats hur de olika grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen tillgodoses inom skiljeförfarandet. När det fastställts vilka likheter som finns mellan skiljeförfaranden och civilprocessen, kan det också slås fast vilka skillnader som föreligger. Först då är det också möjligt att uttala sig om vilka element i den kontradiktoriska modellen som parterna får avstå från med bindande verkan, vilket också får betydelse för i vad mån parter kan avstå från civilprocessen till förman för andra alternativa tvistlösningsförfaranden.

Det saknas konstitutionellt stöd för skiljedomstolar. Dessa utgör inte statliga domstolar *upprättade med stöd av lag*.[1638] Det kan ifrågasättas om ett tvistlösningsorgan som konstitueras av parterna genom *avtal* och där parterna *väljer* beslutsfattare som i stor utsträckning ska följa *parternas instruktioner* när det gäller förfarandet, beslutsfattandet och beslutsunderlaget, verkligen kan likställas med en domstol upprättad med stöd av lag. Det finns dock en ramlagstiftning, lagen om skiljeförfarande, med bestämmelser bland annat om hur skiljeförfarandet inleds, genomförs och slutförs. Rättsordningen har uppenbarligen ansett detta tillräckligt för att skiljenämnder i allmänhet tillgodoser kravet om att ett beslutsfattande organ ska vara upprättat med stöd av lag. Även om partsautonomin är omfattande inom ett skiljeförfarande och parterna har stor möjlighet att styra över förfarandet, beslutsfattandet och beslutsunderlaget, finns denna lagstiftning att falla tillbaka på om parterna inte har reglerat en specifik fråga. Det finns också vissa tvingande regler i lagen om skiljeförfarande som parterna inte får begränsa genom avtal.[1639] Det handlar främst om grundläggande rättssäkerhetsgarantier som ska säkerställa att förfarandet genomförs på ett sätt som kan accepteras av rättsordningen och garantera de enskilda parterna en rättvis rättegång. Först om detta är uppfyllt ger rättsordningen processuell rättsverkan åt skiljeavtalet och skiljedomen. Avsaknaden av lagstiftning beträffande andra alternativa tvistlösningsformer gör att parter inte kan tillgodose dessa krav genom avtal.

1638. Angående domstolsbegreppet och det grundläggande elementet ”upprättad med stöd av lag”, se diskussionen ovan under avsnitt 11.2.

1639. Se ovan under avsnitt 10.3.2.

Kravet på *oavhängiga* och *opartiska* beslutsfattare gäller även inom skiljeförfarandet.[1640] Det finns dock moment inom skiljeförfarandet där det kan ifrågasättas om de grundläggande elementen om oavhängiga och opartiska beslutsfattare verkligen kan tillgodoses i ett skiljeförfarande. Parterna i skiljeförfarandet har till skillnad från vad som gäller inom civilprocessen, givits möjlighet att välja beslutsfattare själva.[1641] En grundläggande tanke i civilprocessen är att parterna ska tilldelas en neutral domare som har valts ut slumpvis av domstolen.[1642] I civilprocessen utses domare i huvudsak efter en i lag fastställd ordning. I ett skiljeförfarande däremot får parterna utse vem som helst till skiljeman förutsatt att skiljemannen är myndig, solvent och inte satt under förvaltarskap.[1643] Trots dessa skillnader mellan skiljeförfarandet och civilprocessen har lagstiftaren inte ansett att det föreligger några principiella hinder för att tillgodose kravet på oavhängiga och opartiska beslutsfattare.

Proceduren inför en skiljenämnd uppvisar stora likheter med civilprocessen. *Förhandlingstanken* präglar skiljeförfarandet och till skillnad från vad som gäller inom civilprocessen är kontradiktions- och kommunikationsprincipen uttryckligen lagfästa i lagen om skiljeförfarande.[1644] Den part som har inlett skiljeförfarandet ska framställa sitt yrkande och åberopa rättsfakta till stöd för detta samt bevismedel för att styrka dessa fakta. På samma sätt ska motparten åberopa rättsfakta och bevismedel till stöd för sin inställning till käromålet.[1645] Skiljemännen ska mot bakgrund av det presenterade processmaterialet avgöra tvisten genom rättstillämpning och bevisvärdering.

Förhandlingar inför skiljenämnden ska vara *muntliga*, men till skillnad från civilprocessen medges inom skiljeförfarandet att parterna avstår från rätten till muntlig förhandling.[1646] Parterna får visserligen även inför en statlig domstol framställa önskemål om att förhandlingarna ska vara skriftliga och domstolen får, om den finner det lämpligt, besluta om skriftlig handläggning av tvisten. Beslutet grundar sig då på parternas ensidiga processhandlingar. Det spelar ingen roll om parterna redan på förhand genom innehållet i ett avtalsvillkor har reglerat frågan om handläggningsform inför domstol. När tvisten väl är ett faktum har en part som begär det, som regel alltid rätt till en muntlig förhandling.[1647] I skiljeförfarandet däremot kan skönjas en viss skillnad. Partsautonomin är betydligt större inom skiljeförfa-

1640. 8–9 §§ och 21 § LSF. Se även diskussionen ovan avsnitt 11.2.4–11.2.7.
1641. 12–13 §§ LSF.
1642. Jfr diskussionen ovan under avsnitt 11.2.4 och 11.2.5.
1643. 7 § LSF. Se även diskussionen ovan under avsnitt 11.2.5.1 och 11.2.7.1.
1644. 24 § LSF.
1645. 23 § LSF.
1646. 24 § 1 st. LSF.
1647. 42 kap. 6 § 3 st. och 9 § RB samt 43 kap. 5 § RB. Jfr även diskussionen ovan under avsnitt 11.3.1. och 14.2.

randet. Av den proposition som legat till grund för lagen om skiljeförfarande framgår att parterna redan i skiljeavtalet, med bindande verkan, ska kunna avtala bort rätten till muntlig förhandling.[1648] Viss försiktighet är dock påkallad när det gäller detta. Skulle en part, i strid med ett sådant avtalsvillkor begära muntlig förhandling inför skiljenämnden, måste nämnden avgöra vilken verkan det tidigare ingångna avtalsvillkoret ska ha. Det finns å ena sidan en risk för att en part som nekas muntlig förhandling senare skulle klandra skiljedomen på grund av handläggningsfel. Å andra sidan finns det, om skiljenämnden tillåter en muntlig förhandling, en risk för att den part som hävdar att det ska vara skriftlig handläggning, klandrar skiljedomen på grund av att skiljenämnden har begått ett handläggningsfel eller överskridit sitt uppdrag när den inte följt det på förhand ingångna avtalet.[1649]

En domstol avgör tvister mot bakgrund av rättsregler, inkluderat rättsliga principer. Även skiljenämnden avgör som regel tvister genom en *rättslig prövning*. Principen om *jura novit curia* gäller som huvudregel även inom skiljeförfarandet.[1650] Däremot accepteras det att parterna ger skiljenämnden behörighet att fylla ut och komplettera avtal på ett sätt som inte är möjligt i civilprocessen där domstolens främsta roll är att genomföra rättstillämpningen och bevisvärderingen, men inte att skriva avtal åt parterna. Det är till och med så att parterna får ge skiljenämnden en helt diskretionär prövningsrätt och lagstiftaren gör inte någon skillnad på en skiljedom som har tillkommit efter en rättslig prövning och en som har tillkommit efter en diskretionär prövning. Några motsvarande möjligheter finns inte i civilprocessen.[1651] Detta accepteras inom skiljeförfaranden trots att rätten till domstolsprövning och en rättvis rättegång enligt artikel 6 (1) EKMR utgår från att tvister avgörs genom en rättslig prövning. Skiljeförfarandet har, trots olikheterna med civilprocessen, ansetts tillräckligt förenligt med det grundläggande elementet om rättslig prövning i den kontradiktoriska modellen.

Den främsta skillnaden mellan civilprocessen och skiljeförfaranden är att skiljeförfarandet *inte är offentligt*. I civilprocessen blir både förhandlingarna inför domstol och inlämnat processmaterial offentligt genom reglerna om förhandlings- och handlingsoffentlighet. Endast i undantagssituationer får förhandlingar hållas inom stängda dörrar och processmaterial sekretessbeläggas.[1652] Offentlighetsprincipen syftar till att möjliggöra kontroll av de statliga beslutsfattarna och insyn i den verksamhet som sker inför dessa organ. Samma offentlighetsintresse gör sig inte gällande inför en privat skiljenämnd. Ett skiljeförfarande är helt stängt för allmänheten, både när det gäller förhandlingar inför skiljenämnden och när det gäller inlämnat pro-

1648. Prop. 1998/99:35 s. 112.
1649. Se diskussionen ovan under avsnitt 11.3.2.1 och 11.5.4.1.
1650. Se diskussionen ovan under avsnitt 11.6.3.1.
1651. Se diskussionen ovan under avsnitt 11.6 och kapitel 16.
1652. Se diskussionen ovan under avsnitt 11.4.1 och 14.3.

cessmaterial. Det finns inte någon möjlighet för allmänheten att få tillgång till förhandlingar inför skiljenämnden eller uppgifter som framkommer vid dessa, om inte parterna medger det. Inte heller har allmänheten rätt att ta del av annat processmaterial som har lämnats in till skiljenämnden Om däremot skiljeparterna väljer att nyttja domstolen i något av de fall som möjliggörs genom skiljeförfarandet, är all verksamhet som sker inför domstolen offentlig på samma sätt som i civilprocessen. Det kan exempelvis gälla en bevisupptagning under ed eller att en part för en klandertalan inför hovrätten.[1653]

Det finns inte något principiellt hinder för parterna att skapa andra alternativa tvistlösningsförfaranden än skiljeförfarandet som uppfyller krav på *oavhängiga* och *opartiska* beslutsfattare och där förfarandet är *förhandlingsbaserat* och *muntligt* samt där tvister avgörs genom en *rättslig prövning*.[1654] Problemet är att alternativa tvistlösningsavtal ofta är enkelt formulerade och det är därför ofta svårt att med stöd av avtalsformuleringen fastställa om det finns förutsättningar att tillgodose de nu nämnda grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen. Det kan dock vara så att parterna faktiskt har diskuterat dessa frågor och att det därmed går att slå fast en gemensam partsavsikt, men det kan lika gärna vara så att frågorna inte har diskuterats. Däremot får parterna inte genom avtal komma överens om att ett alternativt tvistlösningsavgörande ska ha samma processuella rättsverkan som en dom eller en skiljedom. För detta krävs det lagstiftning.

Precis som vid ett skiljeförfarande, bestämmer parterna om ett alternativt tvistlösningsförfarande ska vara "*icke-offentligt*" eller inte. Inte heller i dessa fall finns det något statligt insyns- och kontrollintresse som måste tillgodoses. Eftersom privatdomaravgörandet saknar den processrättsliga verkan som följer av en dom eller skiljedom, finns det inte heller behov av kontrollmekanismer från statens sida och parterna kan inte heller skapa sådana offentliga mekanismer genom avtal.

Slutsatsen är att de flesta grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen tillgodoses i ett skiljeförfarande och *kan* också tillgodoses i ett alternativt tvistlösningsförfarande om parterna väljer att konstruera förfarandet på detta sätt. Genom de särdrag som skiljeförfarandet uppvisar i förhållande till civilprocessen, framgår också att rättsordningen kan acceptera att parter avstår från delar av de olika elementen i den kontradiktoriska modellen utan att detta medför att rätten till domstolsprövning kränks. Det går dock inte med säkerhet att slå fast var gränserna går i dessa fall. Parterna får exempelvis till viss del avstå från den rättsliga prövningen genom att tillerkänna skiljemännen en diskretionär prövningsrätt. I civilprocessen är rättstillämpningen förbehållen domstolarna som avgör tvister mot bakgrund av rättsregler och rättsliga principer. Varför det har accepterats att skiljenämn-

1653. 26 § och 34 § LSF. Se diskussionen ovan under avsnitt 11.4.2.1.
1654. Se den analys som genomförs ovan i kapitel 11.

der frångår denna ordning samtidigt som en skiljedom ges samma rättsverkningar som en domstols dom som tillkommit efter en rättslig prövning, är inte klart. En anledning kan vara den omfattande partsautonomi som anses central för skiljeförfarandet. Dessutom har det sannolikt betydelse att skiljeförfarandet och skiljenämndens agerande kan bli föremål för offentlig granskning genom ogiltighets- och klanderreglerna. Det viktiga är kanske att parterna får tillgång till ett förfarande som uppfyller grundläggande rättssäkerhetsgarantier, däremot har det inte ansetts lika viktigt att skiljedomen också grundar sig på materiella rättsregler eller ens är materiellt riktigt, det finns ju inte heller någon överprövningsrätt på materiell grund. Detsamma gäller även inom civilprocessen när parter ingår en förlikningsöverenskommelse som stadfästs i en dom.

Det finns egentligen endast *ett* grundläggande element som aldrig tillgodoses genom skiljeförfarandet; *offentlig förhandling* och det som följer med en sådan. Slutsatsen är att detta element får parterna helt avstå från utan att det står i strid med rätten till domstolsprövning. Jag återkommer nedan till frågan om varför parterna inte får reglera frågor relaterade till offentlighetsprincipen även inom civilprocessen; vilket annars verkar rimligt då detta element är möjligt att avstå helt från.

I svensk rättsordning finns det två parallella tvistlösningssystem som löser dispositiva tvister; civilprocessen och skiljeförfarandet. Det enkla svaret på frågan *varför* det är så är att lagstiftaren har valt att skapa en lagreglering om skiljeförfarande som innehåller bestämmelser som anses utgöra tillräckliga rättssäkerhetsgarantier för att rättfärdiga att skiljeavtalet utgör processhinder i civilprocessen och för att ge skiljedomen samma processuella rättsverkningar som en domstols dom. Parterna kan genom avtal komma överens om att ett valt alternativt tvistlösningsförfarande, som inte är ett skiljeförfarande, faktiskt tillgodoser vissa av de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen, men det är inte möjligt för parterna att tillgodose samtliga element genom avtal. Det är inte möjligt för parterna att utan stöd av lagstiftning konstruera ett tvistlösningsorgan som är upprättat med stöd av lag och inte heller att ge ett avgörande från ett sådant organ samma rättsverkan som en dom eller skiljedom när det gäller rättskraft och verkställighet. Det krävs också stöd i lag för att ytterligare tvistlösningsavtal ska kunna ge upphov till processhinder.

Förutom det faktum att en skiljenämnd och själva skiljeförfarandet ansetts tillräckligt likvärdigt med civilprocessen, finns det troligen även andra överväganden och anledningar som har legat bakom lagstiftarens beslut att acceptera just skiljeförfarandet. En anledning kan vara trycket från den kommersiella marknaden, både nationellt och internationellt. Det är knappast någon hemlighet att privata aktörer vill ha kontroll och inflytande över tvistlösningen, som ska ske utan insyn från allmänheten. Samtidigt önskar de privata aktörerna att tvistlösningen ska utgöra en slutlig rättslig pröv-

ning och att resultatet ska ge upphov till verkställbara avgöranden. För att tillgodose detta önskemål från privata aktörer har lagstiftaren valt att ge processhindrande effekt åt ett skiljeavtal. Däremot har staten inte helt lämnat över tvistlösningen till de privata aktörerna. Skiljeförfarandet är en väl etablerad tvistlösningsform både nationellt och internationellt och det finns en relativt tydlig struktur för förfarandet, beslutsfattandet och beslutsunderlaget. Andra alternativa tvistlösningsförfaranden har inte samma fasta struktur och det är därmed inte lika tydligt vad det är för tvistlösning som parterna har valt. Om rättsstaten ska lämna över ansvaret för rättskipningen till privata aktörer måste det finnas vissa garantier för att det privata förfarandet tillgodoser de grundläggande element som innefattas i den kontradiktoriska modellen. Som visats ovan har det dock inte ansetts nödvändigt att samtliga element är uppfyllda fullt ut för att en alternativ tvistlösningsform ska accepteras som alternativ till civilprocessen.

19.4.4 *Den alternativa bedömningsmodellen*

I del II presenterades en alternativ bedömningsmodell till den processuella ogiltighetsprincipen avseende processuella överenskommelser; processuella överenskommelser är *per se giltiga* och bör ge upphov till den processuella rättsverkan att en talan alternativt en invändning som framställs i strid med ett avtalsvillkor som reglerar en processuell fråga, ska avvisas om inte skäl av nämnvärd styrka talar för att de är overksamma.[1655] Sådana skäl föreligger om någon av följande omständigheter är för handen: [1656]

a) överenskommelsen komplicerar handläggningen av målet, rättstillämpningen eller bevisprövningen,
b) överenskommelsen fördyrar rättskipningen,
c) överenskommelsen är olämplig,
d) överenskommelsen fråntar en part grundläggande processuella rättigheter,
e) överenskommelsen är oförenlig med upprätthållandet av betydande allmänna intressen.

Det kan tyckas praktiskt och pragmatiskt att inte helt kategoriskt avfärda alla processuella överenskommelser som saknar stöd i lagstiftningen. Istället skulle de processuella rättsverkningarna av en enskild processuell överenskommelse avgöras mot bakgrund av de ovan redovisade kriterierna. På så sätt skulle faktiskt domstolens rättskipningsuppgift i vissa fall förenklas. Det kan

1655. Se ovan under avsnitt 7.3.

1656. Denna alternativa modell har sin grund i olika argument som förts fram i doktrin och praxis som stöd för att acceptera processuella överenskommelser i vissa fall, jfr *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 57–70 och JT 2011–12 s. 336–354. Jfr även *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 56 och *Lindell, Bengt*, Partsautonomins gränser, framför allt kapitel 3 och 4. Även NJA 2011 s. 576.

också finnas processekonomiska skäl att acceptera processuella överenskommelser.[1657] Den alternativa bedömningsmodellen innehåller dock många svårtolkade passager när det ska fastställas om en processuell överenskommelse kan accepteras eller inte. För att illustrera detta ska en medlingsklausul problematiseras i förhållande till modellen:[1658]

> ”Parterna förbinder sig att i första hand hänskjuta uppkomna tvister i anledning av detta avtal till medling”

Anta att svaranden åberopar den exemplifierade medlingsklausulen som processhinder. Svaranden menar att domstolen ska avvisa kärandens talan, eller i vart fall vilandeförklara densamma, i avvaktan på att parterna har genomfört medlingsförhandlingar.[1659] Käranden invänder att denne inte vill delta i medlingsförhandlingar. Skulle då domstolen med hänvisning till den alternativa bedömningsmodellen kunna avvisa, eller vilandeförklara, kärandens talan? En sådan tolkning av avtalsvillkoret komplicerar sannolikt inte domstolens handläggning av målet.[1660] Redan i inledningsskedet av tvisten inför domstol borde domstolen ofta kunna slå fast om medlingsförhandlingar har genomförts eller inte och om det inte har genomförts några medlingsförhandlingar skulle därmed kärandens talan avvisas, alternativt vilandeförklaras.

Genom att domstolen avvisar talan eller möjligen vilandeförklarar den, skulle knappast domstolens kostnader för rättskipningen påverkas i någon nämnvärd utsträckning. Däremot skulle ett argument mot att acceptera överenskommelsen kunna vara att detta skulle fördyra rättskipningen för parterna, men det kan också argumenteras för det motsatta. Det måste göras en avvägning mellan vilka utsikterna är för att parterna ska kunna nå en överenskommelse, vilket skulle bespara dem både tid och kostnader för rättskipningen och den risken att parterna inte når någon överenskommelse. När parterna ingen överenskommelse innebär det att tvistlösningen har dragit ut på tiden, vilket naturligen leder till ökade kostnader för parterna. Vid bedömningen måste dock vägas in att även domstolen kommer att ägna viss tid åt att försöka få parterna att nå en förlikningsöverenskommelse. Skillnaden är att i detta senare fall har inte parterna några särskilda kostnader för att domaren håller förlikningsförhandlingar, medan parterna vid medlingen måste betala arvode till medlaren.

1657. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 ff. och *Lindskog, Stefan*, Skiljeförfarande, s. 56.

1658. Jag har inte som ambition att uttala mig om hur en domstol verkligen skulle bedöma modellens olika kriterier i förhållande till en medlingsklausul. Avsikten är enbart att illustrera olika svårigheter med en bedömning enligt den alternativa bedömningsmodellen.

1659. När det gäller medlingsklausulers processuella rättsverkan i civilprocessen, se diskussionen ovan avsnitt 10.5.4 och 10.7.

1660. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2011–12 s. 336 (338). Heuman menar att avtal om att förlikningsförhandlingar ska ske mellan parterna är bindande.

Det är svårt att slå fast vad som utgör en olämplig överenskommelse när det gäller alternativa tvistlösningsavtal. Ett sätt att tolka kriteriet är att med detta avses tvistlösningsformer som är systemfrämmande för svensk rättsordning eller tvistlösningsformer där det är svårt att skapa sig en uppfattning om hur tvistlösningsorganet ska konstitueras och hur själva förfarandet och beslutsfattandet ska genomföras. Med en sådan tolkning skulle knappast medlingsavtalet anses så olämpligt att det inte kan accepteras. Medling är en känd tvistlösningsform som också förekommer inom ramen för civilprocessen och där det till och med är ett uttalat syfte att domaren ska verka för att parterna når en förlikningsöverenskommelse.

För att en processuell överenskommelse ska vara giltig krävs att den inte fråntar en part grundläggande processuella rättigheter. Det kan diskuteras vilka dessa rättigheter är. En är rätten att få tillgång till en domstol.[1661] En annan är att själva proceduren uppfyller vissa rättssäkerhetsgarantier. En rimlig utgångspunkt är att om det finns förutsättningar för att de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen kan tillgodoses i tillräcklig utsträckning, skulle överenskommelsen kunna godtas. Om domstolen skulle ge medlingsklausulen processuell rättsverkan, mot en parts vilja, har den parten förvägrats sin rätt till domstolsprövning. Det är dock inte ett permanent avstående från domstolsprövning utan endast tillfälligt i avvaktan på att parterna genomför medlingsförhandlingar med varandra. Om de inte lyckas med detta finns ju rätten att väcka talan inför domstol kvar.[1662] Vid bedömningen har det också betydelse att även civilprocessen har som utgångspunkt att få parterna att nå en förlikningsöverenskommelse. Även om förliknings-förhandlingarna inom civilprocessen bygger på att parterna frivilligt deltar i dessa förhandlingar, finns det likheter med de medlingsförhandlingar som ska ske i enlighet med avtalsvillkoret. Om det är accepterat med förliknings-förhandlingar inom civilprocessen borde det rent principiellt inte vara så att en part fråntas grundläggande processuella rättigheter genom att ”tvingas” att först delta i medlingsförhandlingar innan den rättsliga prövningen står till förfogande.

Det är inte lätt att slå fast vilka allmänna intressen som bör upprätthållas av rättsordningen.[1663] Ett är naturligtvis att det finns domstolar där parter kan få sina rättsliga anspråk prövade i ett förfarande av viss kvalitet. Men som nämnts ovan är rättskipningen också tänkt att värna om konfliktlösning för parterna på ett sådant sätt att parterna löser tvisten genom någon form av konsensuslösning. Även här får det betydelse vilken form av tvistlösning som parterna har kommit överens om samt vilka möjligheter det finns för dom-

1661. Se diskussionen ovan i kapitel 4.

1662. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 57 (60).

1663. Se ovan under avsnitt 6.5.4 där det har diskuterats hur Europadomstolen behandlat detta kriterium när det ska avgöras om en processuell överenskommelse står i konflikt med artikel 6 (1) EKMR).

stolen att säkerställa att det valda tvistlösningsförfarandet genomförs på ett sådant sätt att de grundläggande elementen i den kontradiktoriska modellen tillgodoses på ett tillräckligt sätt.

En medlingsklausul framstår som en tydlig processuell överenskommelse, trots detta måste flera mer eller mindre svåra tolkningsoperationer genomföras när klausulens processuella rättsverkningar ska avgöras mot bakgrund av den alternativa bedömningsmodellen. Alldeles oavsett vad man har för inställning till processuella överenskommelser och parters möjlighet att styra över rätten till domstolsprövning på olika sätt, kan konstateras att modellen ger upphov till viss osäkerhet om hur en enskild överenskommelse i ett enskilt fall kommer att tolkas vid en framtida domstolsprövning.

Det har i doktrin framhållits att 36 § AvtL skulle kunna användas som underlag för att bedöma processuella överenskommelsers giltighet.[1664] Detta kräver dock att käranden åberopar oskälighet som grund för att den processuella överenskommelsen ska kunna jämkas, vilket inte är nödvändigt om den processuella ogiltighetsprincipen tillämpas.

19.5 Processuella överenskommelser där parter avstår delvis från domstolsprövning

19.5.1 *Processuell rättsverkan av partiella avståenden från domstolsprövning*

I denna studie har visats att processuella överenskommelser där parterna avstår från någon del av domstolsprövningen sällan får den processuella rättsverkan att domstolen ska avvisa en parts talan i den del som denna förs i strid med ett uttryckligt avtalsvillkor.[1665]

Den processuella ogiltighetsprincipen i kombination med processuella rättsregler och rättsliga principer hindrar att parterna på förhand styr över delar av domstolsprövningen genom avtal. Det finns egentligen bara *ett* uttryckligt lagstöd i civilprocessen för innehållet i ett sådant avtalsvillkor och det gäller avtalsvillkor som begränsar rätten till överprövning.[1666] Rättsordningen accepterar sådana avtal även om de ingås på förhand innan det att en tvist har uppkommit mellan parterna. En förutsättning är dock att avtalet är skriftligt och knyter an till ett särskilt angivet rättsförhållande samt att tvisten rör dispositiva frågor. Här ser man en likhet med giltiga skiljeavtal, men med den skillnaden att ett skiljeavtal inte måste vara skriftligt för att vara giltigt.[1667]

1664. Jfr *Heuman, Lars*, JT 2006–07, s. 57 (59 ff.).
1665. Denna typ av processuella överenskommelser har analyserats ovan i avhandlingens del IV.
1666. 49 kap. 2 § RB.
1667. Se den diskussion som förs i kapitel 17.

Skriftlighetskravet vid överprövningsförbud har sin grund i en bevissäkringstanke. Vid införandet av regeln diskuterades att vissa av de tolkningsproblem som kan uppkomma när ett skiljeavtals räckvidd ska fastställas, kan undvikas med ett skriftlighetskrav.[1668] Vid införandet av den nuvarande lagen om skiljeförfarande konstaterades att det från bevissynpunkt kunde finnas anledning att införa ett formkrav för skiljeavtal, men att de allra flesta skiljeavtal faktiskt ingås skriftligen trots att det saknas ett sådant formkrav. Dessutom finns det ett formkrav i New York-konventionen. Lagstiftaren såg därför ingen anledning att införa ett formkrav för skiljeavtal i lagen om skiljeförfarande.[1669] Bevisproblemen torde dock vara desamma för båda varianterna av avtal. Anledningen till varför det är en skillnad mellan de båda avtalstyperna kan vara att skiljeavtal är en väletablerad tvistlösningsform både nationellt och internationellt och det finns redan en tydlig praxis för skriftliga skiljeavtal och dessutom ett krav på skriftlighet vid internationell verkställighet. Överprövningsförbud är betydligt mera ovanligt. Parterna har inte heller i dessa fall lämnat över tvistlösningen till ett privat tvistlösningsorgan. Tvisten löses i första instans inom ramen för civilprocessen, vilket innebär att det är rättsstaten som har ansvar för rättskipningen. Om rättsordningen ska tillerkänna parterna rätten att på förhand, innan de ens vet vad en framtida tvist kan komma att handla om, frånsäga sig överprövningsrätten inom civilprocessen, får det inte råda någon tvekan om att detta verkligen har varit parternas avsikt.

För övriga processuella överenskommelser där parterna reglerar delar av domstolsprövningen, finns det inte några uttryckliga regler om vilken processuell rättsverkan dessa har när de åberopas inför en domstol. Civilprocessen ger därmed inte sådana processuella överenskommelser den processuella rättsverkan att en talan, eller den del av en talan, som förs i strid med överenskommelsen, ska avvisas. Det betyder dock inte att överenskommelserna är helt verkningslösa. Ibland kan de få en indirekt processuell rättsverkan genom att de påverkar domstolens handläggning och beslutsfattande på olika sätt. Den senare frågan kommer att behandlas mera ingående nedan under de nästkommande avsnitten. I detta avsnitt ska kort sammanfattas vilken processuell rättsverkan de olika processuella överenskommelserna i del IV ger upphov till samt i vad mån de kan ges en indirekt processuell rättsverkan.

Domstolen är inte bunden av ett avtalsvillkor som parterna på förhand har ingått om förfarandefrågor för en eventuell framtida tvist. Det har konstaterats att parterna faktiskt har en möjlighet att påverka förfarandet, men då genom att framställa ensidiga, ibland samstämmiga, processhandlingar

1668. SOU 1986:1 s. 107 och 174 och prop. 1988/89:78 s. 107.
1669. SOU 1994:81 s. 95 och prop. 1998/99:35 s. 67 f.

om hur de önskar att förfarandet inför domstol ska genomföras.[1670] När det ska avgöras om handläggningsformen inför domstol ska vara muntlig eller skriftlig,[1671] samt om parternas rätt att lägga fram processmaterial ska begränsas,[1672] bör domstolen efterhöra hur parterna ställer sig till detta.[1673] Domstolen fattar sedan sitt beslut mot bakgrund av vad den anser vara lämpligt i det enskilda fallet. Här finns med andra ord utrymme för lämplighetsöverväganden av olika slag där också parternas uppfattning beaktas, men det är domstolen som självständigt avgör frågan.

När det gäller frågor som relaterar till offentligheten inför domstolen ges inte samma möjlighet för parterna.[1674] Huvudregeln är att allt som sker inför en domstol ska vara offentligt och parterna får inte påverka detta genom avtal sinsemellan. Eventuella beslut om att förhandlingar ska ske bakom stängda dörrar eller att processmaterial ska vara sekretessbelagt, fattas av domstolen mot bakgrund av tydligt specificerade regler i rättegångsbalken och offentlighets- och sekretesslagen och inte efter lämplighetsöverväganden av parternas framställda processhandlingar.[1675] Parterna får naturligtvis framställa önskemål om ickeoffentlighet, men i vad mån det är möjligt att avvika från offentlighetsprincipen avgörs helt av dessa regler oavsett parternas uppfattning. Detta resultat kan framstå som något överraskande mot bakgrund av att det ovan har visats att rättsordningen accepterar att parterna avstår helt från det grundläggande elementet om offentlighet i den kontradiktoriska modellen i samband med valet av tvistlösningsform.[1676] Domstolarna utgör dock myndigheter och med detta följer konstitutionella krav på offentlighet där öppenhet och möjlighet till kontroll av domstolarna är centralt.[1677] Parterna har ett val; önskar de en icke offentlig tvistlösningsform, är det fullt möjligt att välja detta. Om de däremot väljer att ta den statliga domstolsprocessen i anspråk gäller offentlighetsprincipen fullt ut. Slutsatsen är här att det är möjligt att avstå från offentligheten om detta sker i samband med att parterna avstår *helt* från civilprocessen till förmån för ett alternativt tvistlösningsförfarande, i civilprocessen accepteras endast skiljeförfarandet som alternativ till domstolsprövning, men det är inte möjligt att avtala bort offentligheten när tvistlösningen sker inför en domstol.

Ett område där parterna har stor avtalsfrihet, är när det gäller en stadfästelsedoms innehåll.[1678] Det handlar dock inte om avtalsvillkor som parterna

1670. Se diskussionen ovan i kapitel 14.
1671. Se ovan avsnitt 14.2.
1672. Se ovan avsnitt 14.4.
1673. 42 kap. 6 § 3 st. RB.
1674. Se ovan avsnitt 14.3.
1675. Se diskussionen ovan under avsnitt 14.3.2.
1676. Se ovan under avsnitt 19.4.3.
1677. Se diskussionen ovan under avsnitt 11.4 och 14.3.
1678. Se ovan kapitel 18.

har ingått på förhand. Ett avtalsvillkor med innehållet att parterna vid eventuella framtida förlikningsförhandlingar ska innefatta vissa omständigheter i en eventuell förlikningsöverenskommelse har inte någon processuell rättsverkan. Förlikningsöverenskommelsen tillkommer som en konsensuslösning på en uppkommen tvist mellan parterna. Om parterna når en förlikningsöverenskommelse och begär att denna ska stadfästas i en dom, kommer överenskommelsen därmed att utgöra domslutet och det är överenskommelsen som är verkställbar.[1679] Det betyder att om parterna i en förlikningsöverenskommelse tar in avtalsvillkor som reglerar processuella frågor, kommer dessa att utgöra en del av domslutet. På så sätt finns det en möjlighet för parterna att reglera även sådana processuella frågor som med stor sannolikhet inte hade givits någon processuell rättsverkan om de skulle bedömas inom ramen för civilprocessen. Ett exempel är att parterna för in begränsningar av en framtida talerätt avseende tvistefrågor som relateras till parternas ursprungliga huvudavtal.[1680] En talerättsbegränsning kan vara uttryckligt angiven i ett avtalsvillkor; ”*Med detta förlikningsavtal är parternas samtliga mellanhavanden avseende köparens rätt att göra gällande fel i den köpta (specificerade) varan, slutligt reglerade*”. Men de kan också vara mera allmänt formulerad; ”*Med denna förlikningsöverenskommelse är parternas samtliga mellanhavanden slutligt reglerade*”. Det handlar om olika supplerande moment som inte har omfattats av kärandens instämda talan, men som parterna har ansett det vara lämpligt att reglera när de väl bestämmer sig för att förlikas om de tvistefrågor som omfattas av käromålet. Detta kan under vissa förutsättningar vara tillåtet.[1681] Förutsättningen är att de supplerande momenten är tydligt definierade och att det anges att de hör till det aktuella rättsförhållandet. I annat fall skulle det inte vara möjligt att avgöra rättskraftens omfattning.[1682] Dessutom skulle accepterandet av helt allmänt hållna supplerande moment avseende parternas samtliga mellanhavanden få till följd att parterna, genom stadfästelsedomen, har avsagt sig rätten till domstolsprövning avseende rättsliga mellanhavanden som ännu inte har definierats, något som knappast skulle vara processuellt bindande.

Det förekommer också att parterna villkorar förlikningsöverenskommelser, exempelvis genom att ange en tidsfrist under vilken överenskommelsen gäller. När sådana villkorade förlikningsöverenskommelser stadfästs i en dom betyder det att förlikningsöverenskommelsen, inklusive villkoret, om-

1679. Jfr 17 § 6 § RB och 3 kap. 13 § UB.

1680. Talerättsbegränsande avtalsvillkor ges som regel inte den processuella rättsverkan att en talan som förs i strid med villkoret ska avvisas, se diskussionen ovan under avsnitt 13.2 och 13.3.

1681. Jfr NJA 1957 s. 470 och NJA 2003 C 48. Även *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 77 f., *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 11 § och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 411 f.

1682. Jfr diskussionen ovan under avsnitt 18.3.

fattas av domens rättskraft. Om den förpliktade parten inte uppfyller villkoret är frågan om en part kan få den bakomliggande tvisten prövad i ett nytt förfarande eller om stadfästelsedomens rättskraft hindrar detta. Mot bakgrund av det syfte som ligger bakom rättskraftsinstitutet ligger det närmast till hands utgå från att det bakomliggande rättsförhållandet endast kan prövas på nytt efter det att den rättskraftigt avgjorda stadfästelsedomen har undanröjts och upphört att gälla. Detta kan ske antingen genom att klagandeparten begär resning i det mål vari förlikningen har stadfästs eller att klagandeparten väcker en ny talan om att förlikningsöverenskommelsen är ogiltig.[1683]

Utrymmet för parterna att på ett bindande sätt för domstolen styra över rättstillämpningen är begränsat.[1684] Principen om *jura novit curia* är starkt förankrad i vårt rättssystem och domstolen är som huvudregel inte bunden av ett avtal där parterna har reglerat vad som ska utgöra tillämpliga rättsliga normer i ett enskilt fall,[1685] eller hur ett särskilt rättstillämpningsfaktum ska tolkas och tillämpas.[1686] Det finns dock möjlighet för parterna att i vissa fall ersätta den rättsliga normen med innehållet i ett avtalsvillkor, en privat norm av något slag.[1687] I vilken utsträckning detta är möjligt avgörs bland annat av vad det är för typ av rättsregel som parterna väljer att ersätta.[1688] Ett exempel skulle kunna vara att parterna genom avtal har ersatt en dispositiv rättsregel med en privat norm, exempelvis ett standardavtal,[1689] ett privat regelverk framförhandlat av någon organisation eller intressegrupp[1690] eller ett individuellt framförhandlat huvudavtal mellan de aktuella parterna avseende ett specifikt rättsförhållande. En privat norm kan till och med vara formulerad som en skälighetsnorm där parterna ger domstolen en form av diskretionär prövningsrätt. I studien har visats att det kan vara svårt att fastställa innehållet i en privat norm eller en skälighetsnorm. Har parterna hänvisat till en privat norm, ett slags privat regelverk, kan det betyda att domstolen kommer att avgöra parternas tvister mot bakgrund av detta regelverk, vilket då kan liknas vid en form av dispositiv rätt och avtalsvillkoret en form av lagvalsklausul. Domstolen är dock *inte* skyldig att beakta den privata normen *ex officio*. Parterna måste åberopa innehållet i ett sådant avtalsvillkor som rättsfakta för att domstolen över huvud taget ska beakta den privata normen eller skälighets-

1683. Se vidare diskussionen ovan under avsnitt 18.3.

1684. Se avsnitt 11.6, där domstolens ansvar över rättstillämpningen och bevisvärderingen behandlas. När det gäller avtal om bevisvärderingen, se kapitel 15, och avtal om rättstillämpningen, se kapitel 16.

1685. Se diskussionen ovan avsnitt 16.2.

1686. Se diskussionen ovan avsnitt 16.3.

1687. Angående olika normer se ovan avsnitt 1.5.5.

1688. Se diskussionen ovan avsnitt 16.4.

1689. Exempelvis AB04.

1690. Exempelvis PECL eller DCFR.

normen. Är avtalsvillkoret giltigt, ska domstolen vid sakprövningen avgöra tvisten mot bakgrund av den åberopade normen.[1691] Parterna måste ”fylla” normen med innehåll genom att åberopa rättsfakta som ger domstolen upplysningar om vad normen innefattar. Domstolen får inte själv skapa och formulera innehållet i normen, annat än genom avtalstolkning. Detta kan skapa särskilda svårigheter när det gäller skälighetsnormer.[1692]

Flera av de behandlade avtalsvillkoren är också sådana att de på grund av sin civilrättsliga status, det vill säga att de har tillkommit efter en gemensam viljeförklaring mellan parterna, kan påverka domstolens *bevisvärdering*.[1693] På så sätt har villkoren en form av indirekt processuell rättsverkan. Ett exempel är när en part i strid med ett avtalsvillkor som innehåller ett bevisföringsförbud, åberopar ett bevismedel som omfattas av förbudet. Det är då möjligt att bevisvärdet av de bevisfakta som bevismedlet ger uttryck för skulle påverkas av att parterna faktiskt har ingått ett avtal som inte tillåter åberopandet av bevismedlet. Men det kan också i ett enskilt fall vara så att bevisvärdet inte alls påverkas av detta.[1694] Här finns det inte något säkert svar på när och hur ett avtalsvillkor som innehåller ett bevisföringsförbud av något slag får betydelse vid domstolens bevisvärdering.

Avslutningsvis kan konstateras att det finns flera överenskommelser som innefattar både process- och civilrättsliga moment.[1695] Sådana avtalsvillkor kan få stor betydelse för utgången av målet även om de inte ges processuell rättsverkan i tvistens inledningsskede. Vilken rättslig verkan villkoren erhåller avgörs av vilken fråga som regleras genom avtalsvillkoret. Här får avtalsformuleringen stor betydelse och domstolen måste bedöma vilken betydelse avtalsvillkoret ska ha för målets utgång. Detta aktualiseras framför allt för sådana processuella överenskommelser som presenterats ovan under rubriken ”Att utforma och föra sin talan”.[1696] Som visats är dessa överenskommelser som regel ogiltiga i de processuella delarna. Trots detta kan överenskommelserna komma att ge upphov till en sakprövningsspärr.[1697] Genom att en part åberopar avtalsvillkorets innehåll, rättsfakta, är domstolen tvungen att avgöra villkorets civilrättsliga verkan för tvistens utgång. Är avtalsvillkoret giltigt ska domstolen vid sakprövningen avgöra tvisten mot bakgrund av det materiella innehållet i villkoret. Avtalsvillkoret får därmed en indirekt processuell rättsverkan då det påverkar domstolens handläggning och sakprövning av tvisten.

1691. Se diskussionen ovan avsnitt 16.4.2.
1692. Se diskussionen ovan avsnitt 16.4.2.2.
1693. Se ovan kapitel 15.
1694. Jfr diskussionen ovan under framför allt avsnitt 13.4.6.2 och 15.3.
1695. Se ovan kapitel 7 när det gäller klassificering av processuella överenskommelser.
1696. Se ovan kapitel 13.
1697. Innebörden av en sakprövningsspärr framgår ovan av avsnitt 1.6.4, 7.3, 13.2 och 13.3.

19.5.2 *Indirekt processuell rättsverkan*

Ett avtalsvillkors indirekta processuell rättsverkan avgörs av själva avtalsformuleringarna.[1698] Skillnaderna mellan de båda fallen att ett avtalsvillkor ger upphov till en processuell rättsverkan respektive indirekt processuell rättsverkan är stora när det kommer till handläggningen av tvisten. Hade villkoret accepterats som en processuell överenskommelse skulle domstolen kunna avvisa en talan eller den del av en talan som förs i strid med avtalsvillkoret, utan att sakpröva talan i den delen eller utan att parterna behövt åberopa bevismedel till styrkande av rättsfakta som omfattas av avtalsvillkoret. På så sätt skulle förfarandet inför domstol kunnat effektiviseras och kostnaderna för processen skulle kunna hållas nere för både domstolen och parterna. Genom att avtalsvillkoren också innehåller materiella regleringar måste tvisten handläggas enligt den ordning som gäller för civilprocessen med en förberedelsefas och genomförd huvudförhandling, innan det kan avgöras om avtalsvillkoret kommer att få någon civilrättslig verkan. Avtalsvillkorets civilrättsliga verkan avgörs först när domstolen har fått hela tvisten presenterad för sig och övergått till enskild överläggningen, det vill säga vid sakprövningen.

Det kan framstå som onödigt omständligt och inte processekonomiskt försvarbart att först genomföra hela processen bara för att sedan vid överläggningen komma fram till att ett avtalsvillkor har en civilrättslig betydelse som gör att käromålet inte kan bifallas. I vissa fall skulle det kunna tänkas att det redan från början står klart att innehållet i avtalsvillkoret kommer att medföra att käromålet inte ska bifallas. Vore det då inte rimligt om det fanns en möjlighet att redan på ett tidigare stadium pröva vilken rättsverkan avtalsvillkoret har för kärandens talan? I vad mån detta är möjligt avgörs av om domstolen är bunden vid en särskild prövningsordning vid sakprövningen av tvisten.[1699] Nedan ska denna problematik belysas med utgångspunkt från ett exempel.[1700]

Käranden yrkar skadestånd på grund av fel i en köpt vara och svaranden invänder att det finns ett avtalsvillkor som visar att parterna har varit överens om att enbart funktionsfel ersätts av säljaren.[1701] Käranden menar att den köpta varan, en större produktionsmaskin, är felaktig eftersom den inte kan tillverka produkter i ett visst specifikt material. Svaranden invänder att det

1698. Se ovan den diskussion som för under avsnitt 13.2 och 13.3. Se även avsnitt 1.5.4. Avtalsformuleringens betydelse för hur en överenskommelse klassificeras har diskuterats ovan i kapitel 7.

1699. Se ovan under avsnitt 13.2.2.

1700. Som nämndes ovan under avsnitt 13.2.2. får domstolen om det är lämpligt ge mellandom över ett rättsfaktum. Ett exempel skulle vara ett motfaktum som framgår av ett avtalsvillkor och som har åberopats av svaranden, 17 kap. 5 § 2 st. RB. Jfr *Ekelöf, Per Olof m.fl.*, Rättegång V s. 232 ff. och *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 5 §.

1701. Se exempelklausulen och diskussionen under avsnitt 13.2.2. Jfr även klausul 4 och den diskussion som förs angående klausulens processuella rättsverkningar under avsnitt 13.3.4 och 13.3.5.

följer av det åberopade avtalsvillkoret att enbart funktionsfel ersätts och det av käranden åberopade felet är inte ett funktionsfel. Det är inget fel på maskinens funktion eftersom den kan tillverka de överenskomna produkterna i enlighet med avtalet.

I exemplet har käranden åberopat en form av abstrakt fel, den köpta varan är sämre än vad köparen har haft fog att vänta sig.[1702] Om man utgår från att den successiva relevansens princip är bindande för domstolens prövningsordning ska domstolen först pröva kärandens grund; är den köpta varan sämre än vad köparen har haft fog att vänta sig? Svarar domaren nej på den frågan ska käromålet ogillas. Svarandens motfaktum kommer då aldrig att prövas. Om däremot domaren kommer fram till att det föreligger ett sådant fel ska domaren övergå till att pröva svarandens motfaktum. Finns det stöd i det åberopade avtalet för kärandens talan? Stämmer det att enbart funktionsfel ersätts? Om svaret på den sista frågan är ja betyder det att käromålet ska ogillas. Käranden har då inte lyckats styrka att det rör sig om ett ersättningsbart fel.[1703]

Om man däremot menar att domaren inte är bunden av en särskild prövningsordning skulle svarandens motfaktum kunna prövas före kärandens grund.[1704] I detta fall utgår man från att den successiva relevansens princip har som funktion att skapa ordning under processen och fokusera denna till det som är tvistigt mellan parterna genom att de lägger fram sin respektive talan och agerar växelvis på varandras argumentation, men denna ordning är inte bindande för domstolen vid sakprövningen.[1705] I exemplet ovan skulle det betyda att domaren börjar med att pröva svarandens motfaktum; stämmer det att enbart funktionsfel ersätts och är det åberopade felet ett funktionsfel? Det blir då aldrig aktuellt att först konstatera om den köpta varan är felaktig i enlighet med kärandens talan. Kommer domstolen fram till att endast funktionsfel ersätts och det av käranden åberopade felet inte är ett funktionsfel, ska käromålet ogillas. Kommer domstolen däremot fram till att även andra fel kan åberopas, ska den pröva om den köpta maskinen är felaktig i enlighet med kärandens åberopade rättsfakta. I detta senare fall har knappast några processekonomiska vinster uppkommit, varken för parterna eller domstolen.

1702. Jfr 17 § KöpL.

1703. Jfr *Olivecrona, Karl*, Rätt och dom, s. 208 f., och *Westberg, Peter*, Civilrättskipning, s. 332 ff. Dessa författare menar att domstolen är bunden av denna prövningsordning.

1704. Som nämndes ovan saknas det bestämmelser i rättegångsbalken och i förarbetena rörande överläggningens utformning och domstolen har stor friheten att utforma överläggningen efter omständigheterna i målet och efter vad som kan anses praktiskt, SOU 1938:44 s. 208 f. Även *Fitger, Peter m.fl.*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 16 kap. 2 §.

1705. Jfr *Ekelöf, Per-Olof m.fl.*, Rättegång V, s. 30 f. och 84. Det ska också sägas att domstolar ofta prövar saken i enlighet med den argumentationsordning som följer av den successiva relevansens princip.

Det kan inte sägas att den ena eller andra ordningen alltid ger upphov till processekonomiska eller praktiska fördelar. Allt avgörs naturligtvis av avtalsinnehållet, vad som är tvistigt mellan parterna, hur parterna har formulerat sin talan och vilka åberopanden som aktualiseras i tvisten. Det kan tänkas att det i vissa fall skulle vara tids- och kostnadseffektivt för parterna och domstolen att den väljer att först pröva svarandens motfaktum innan kärandens grund. Men det kan också vara så att kärandens talan kan ogillas redan på grund av att käranden inte anses ha förmått styrka åberopade rättsfakta och svarandens motfaktum behöver därmed aldrig prövas. Dessutom är det inte så att varje enskilt åberopande prövas och avgörs för sig i separata förfaranden. Även om man menar att domstolen inte är bunden av en särskild prövningsordning måste parterna förbereda och lägga fram sin talan inför domstolen samt delta i och genomföra en huvudförhandling. Om inte domstolen beslutar att avgöra ett rättsfaktum genom mellandom, vet inte parterna på förhand i vilken ordning domstolen kommer att sakpröva parternas åberopade rättsfakta. Därmed måste parterna vara väl förberedda när huvudförhandlingen ska genomföras. Det kan diskuteras om det i dessa fall verkligen uppkommit några processekonomiska fördelar för parterna genom att domstolen väljer att pröva svarandens motfaktum före kärandens grund. Däremot kan det ibland vara praktiskt för domstolen att frångå den prövningsordning som följer av den successiva relevansens princip.

Som exempel kan nämnas att det vid en köprättslig tvist där käranden åberopat fel och svaranden invänt för sen reklamation kan vara praktiskt att först pröva frågan om reklamation. Kommer domstolen fram till att reklamation har skett för sent, behöver den aldrig pröva frågan om fel. Parterna däremot måste ha förberett och lagt fram sin talan på ett sådant sätt att det också finns ett beslutsunderlag för domstolen om den skulle komma fram till att reklamationen inte har skett för sent och därmed ska pröva frågan om fel. För parterna är det därmed knappast några praktiska och processekonomiska vinster i ett sådant fall.

För att en reell tids- och kostnadsvinst ska uppnås skulle det finnas en möjlighet för domstolen att redan i inledningsskedet av tvisten kunna avvisa en talan som väckts i strid med ett tydligt avtalsvillkor. Som visats ovan är dock inte en sådan ordning förenlig med civilprocessen.[1706] Domstolen får inte *ex officio* beakta ett sådant avtalsvillkor. Det krävs att svaranden åberopar innehållet i avtalsvillkoret för att domstolen ska få beakta detsamma, även om det för domstolen framstår som självklart att käranden inte kan få bifall till sitt käromål.[1707] För processhinder gäller den allmänna regeln att dessa bara får leda till avvisning före stämningens utfärdande om processhindret är

1706. Detta framgår av den analys som genomförts ovan i framför allt avsnitt 13.2 och 13.3.
1707. 17 kap. 3 § RB, se också den diskussion som förs ovan under avsnitt 13.2.2.

uppenbart.[1708] En domstol får inte på förhand avgöra avtalsvillkorets betydelse för kärandens talan.[1709] Det faller inte inom domarens officialprövning att sakpröva avtalsvillkoret innan det har gjorts gällande av svaranden. Det är ju inte ens säkert att svaranden kommer att åberopa innehållet i avtalsvillkoret. Det är parterna som sätter ramen för tvisten.[1710]

Inte heller bör domstolen avgöra tvisten som en talerättsfråga om svaranden redan i sitt svaromål har åberopat innehållet i avtalsvillkoret och hävdat att detta ska ha processuell rättsverkan. Att neka käranden prövning av käromålet under dessa omständigheter strider mot rätten till domstolsprövning. Genom påståendedoktrinen har käranden rätt att få sin talan prövad inför domstol. Utgångspunkten är att käranden genom att framställa sitt yrkande och åberopa grunder för detta är talerättsberättigad.[1711] Om domstolen avgör tvisten som en talerättsfråga skulle detta dessutom strida mot förbudet mot förhandsuppskattningar.[1712] Hur skulle domstolen kunna avgöra om talan strider mot avtalsvillkoret utan att beakta de rättsfakta som har åberopats till stöd för saken? Som konstaterats ovan sker processhinderprövningen som regel i inledningsskedet av tvisten inom ramen för en förhållandevis enkel och skriftlig handläggning, medan sakprövningen sker inom ramen för en muntlig och från rättssäkerhetssynpunkt tryggare handläggningsform. Om domstolen gavs möjlighet att avgöra kärandens talerätt inom ramen för en processhindersprövning när svaranden invänder att det finns ett avtalsvillkor som begränsar kärandens talerätt, finns det en risk för att domstolen avgör en materiell fråga i ett förhållandevis rättsotryggt förfarande.[1713]

Möjligen skulle en parallell kunna dras till den situation när domstolen ska avgöra om den är behörig att pröva en instämd tvist och för att avgöra denna fråga måste domstolen beakta rättsfakta som åberopats till stöd för själva saken. I detta fall föreligger så kallade dubbelrelevanta rättsfakta, det vill säga rättsfakta som har betydelse dels för behörighetsfrågan, dels för frågan om materiellrättsligt ansvar. En allmän uppfattning är att tolkningen av dubbelrelevanta rättsfakta ska ske med stor försiktighet och att domstolen bör undvika att göra en noggrann prövning av dylika rättsfakta innan själva sakprövningen. Samtidigt har det ansetts oundvikligt att viss prövning måste

1708. 42 kap. 4 § 2 st. RB.

1709. Jfr NJA 1982 s. 175 (I), där det framhölls att till de grundläggande principerna för rättegången hör att domstolen inte ska fatta ståndpunkt i sakfrågan förrän hela materialet har förebragts i målet och att ståndpunktstagandet då ska ske genom det slutliga avgörandet av saken, s. 177 f. Jfr även diskussionen ovan under avsnitt 13.4.2.

1710. 17 kap. 3 § RB.

1711. Se diskussionen ovan under avsnitt 11.5.3 och 13.3.2.

1712. Jfr NJA 1982 s. 175 (I), se vidare den diskussion som förs om detta under avsnitt 13.4.2.

1713. Jfr *Heuman, Lars* och *Westberg, Peter*, Argumentationsformer inom processrätten, s. 27 f.

göras för att kunna identifiera de konkreta omständigheter som ligger till grund för domstolens behörighet.[1714]

Överfört på den ovan exemplifierade situationen skulle det betyda att domstolen initialt, för att fastställa om käranden får lov att föra den instämda talan, ska börja med att pröva avtalsvillkorets betydelse för käromålet. Detta kan liknas vid att domstolen tar ställning till sin behörighet att pröva den instämda tvisten. Kommer domstolen fram till att avtalsvillkoret är giltigt skulle därmed kärandens talan avvisas. I detta fall ges avtalsvillkoret en processuell rättsverkan. Avvisningsbeslutet är ett slutligt beslut som i detta fall ger upphov till rättskraft.[1715]

Vissa former av behörighetsfrågor är det nödvändigt att pröva i tvistens inledningsskede och det finns en väl etablerad praxis om att dessa frågor ska prövas tidigt, exempelvis när det gäller domsrättsfrågor. En sådan praxis saknas när det gäller de nu aktuella talerättsfrågornas betydelse för domstolens behörighet. Tvärtom är praxis att talerättsfrågor ska prövas som en del av saken.[1716] Kärandens påstående om att denne har den materiella rätt som framgår av käromålet är tillräckligt för att grunda talerätt.[1717]

I den exemplifierade situationen ovan är det också troligt att käranden i sin tur invänder att avtalsvillkoret är oskäligt. Därmed skulle domstolen vara tvungen att pröva även denna fråga och att då fortsätta att pröva tvisten som en talerättsfråga framstår inte som försvarbart. Istället ska domstolen handlägga tvisten med förberedelse och huvudförhandling och sedan avgöra tvisten genom sakprövning. Det rimliga är trots allt att i de nu exemplifierade fallen hålla fast vid den ordning som gäller inom civilprocessen vad avser talerätt och påståendedoktrinen. Det finns därmed en tydlig och förutsebar processordning där parterna får tillgång till en process som uppfyller de grundläggande kraven på att alla ska ha tillgång till domstolsprövning i ett rättvist rättegångsförfarande.

När det gäller olika varianter av avtal som begränsar den fria bevisföringen skulle det kunna argumenteras för att det borde finnas en tydlig möjlighet i 35 kap. 7 § RB att avvisa bevisning som på ett uttryckligt sätt har avtalats bort eller begränsats mellan parterna.[1718] Det är knappast rimligt att ha en ordning som innebär att ett sådant avtal per automatik leder till att den bort-

1714. Jfr *Pålsson, Lennart*, SvJT 1999 s. 315–328 och *Lars, Heuman*, JT 2009–10 s. 335 (336). Även JustR Lindskogs tillägg i NJA 2008 s. 406. Jfr även NJA 1999 s. 673.

1715. Se ovan under avsnitt 13.2.3.

1716. Se NJA 1992 s. 859, JustR Muncks tillägg s. 861. Angående denna praxis jfr också NJA 1960 s. 23, NJA 1973 s. 1 fall I och III, se särskild JustR Ulvesons tillägg p. 3 i fall I, NJA 1994 s. 751 och NJA 2003 C 17. Jfr också *Fitger, Peter*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo), kommentaren till 13 kap. inledning.

1717. *Ekelöf, Per Olof*, Rättegång II, s. 71, *Lindblom, Per Henrik*, Processhinder, s. 192 ff. och *Westberg, Peter*, Domstols officialprövning, s. 575. Jfr den diskussion som förs ovan i kapitel 9 och avsnitt 13.3.2.

1718. Se ovan under avsnitt 13.4.

avtalade bevisningen alltid ska avvisas. Vid avtalstillfället kan det vara mycket svårt att förutse vad en framtida tvist kan komma att omfatta. Att då vara absolut bunden av ett avtalsvillkor som begränsar partens framtida möjligheter att ta tillvara sin rätt är inte förenligt med grundläggande processuella rättssäkerhetsgarantier.

Argumentet skulle istället vara att det fanns en möjlighet för domstolen att i vissa fall ge gehör åt avtalsvillkor om bevisföringsförbud. Frågan är vilka kriterier som ska avgöra om ett bevismedel som åberopas i strid med ett uttryckligt avtalsvillkor ska avvisas eller inte. Problemet är att oavsett vilka kriterierna än är kommer domstolens beslut även här att i många fall kräva förhandsuppskattningar av sakfrågorna för att den ska kunna besluta om den åberopade bevisning ska tillåtas eller inte, vilket inte är förenligt med domarens roll som beslutsfattare i civilprocessen.[1719] Även i dessa fall skulle frågan om dubbelrelevanta rättsfakta kunna aktualiseras. De rättsfakta som har åberopats till stöd för en parts talan får då betydelse även för beslutet om viss åberopad bevisning ska avvisas eller inte. I det nu aktuella fallet nekas inte en part rätten till domstolsprövning utan denna begränsas endast genom att parten inte ges rätt att helt fritt åberopa bevisning. Skulle en part genom ett tydligt avtalsvillkor ha frånsagt sig rätten att göra gällande vissa rättsfakta, exempelvis som i exemplet ovan där köparen endast får göra gällande funktionsfel i den köpta varan, skulle också rätten att åberopa bevisning för detta kunna begränsas. Ett sätt att avgöra frågan om bevisningen ska avvisas är då att bedöma åberopade rättsfakta som dubbelrelevanta. I så fall skulle svarandens åberopade motfaktum ges den effekt att kärandens rätt att åberopa bevisning för rättsfakta som är oförenliga med svarandens motfaktum begränsas.

Problemet är att ett sådant agerande inte bara strider mot förbudet mot förhandsuppskattningar utan även mot den fria bevisföringen som gäller i civilprocessen. Lagstiftaren har dock öppnat upp för möjligheten att avvisa bevisning i vissa fall.[1720] Dessutom har Europakonventionen uttalat att även om en part nekas att åberopa viss bevisning innebär inte detta nödvändigtvis att domstolens agerande står i konflikt med artikel 6 (1) EKMR. Avgörande är att en part efter en *helhetsbedömning* har fått rätten till domstolsprövning i enlighet med artikeln uppfylld.[1721] Om käranden i exemplet ovan nekades att åberopa bevisning till styrkande av ett påstått fel i en köpt vara av den anledningen att svaranden har åberopat ett motfaktum om att endast funktionsfel ger upphov till rättsföljder och till stöd för detta har åberopat avtals-

1719. Se diskussionen ovan under avsnitt 13.4.2.

1720. 35 kap. 7 § RB.

1721. Jfr *Kreuz* mot *Polen*, dom den 19 juni 1991, p. 56–57 och 60. Även *Harris, David m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 402 ff. och 418 samt *Van Dijk, Pieter m.fl.*, Theory and Practice of the European Convention om Human Rights, s. 569 f. och 572 f. Se vidare avsnitt 6.5.1 och 11.5.3.

villkoret, skulle det ju indirekt betyda att käranden nekades rätten till domstolsprövning av sin förda talan. Parten har visserligen rätt att åberopa felet, men inte rätt att åberopa bevisning till stöd för detta. En sådan ordning är inte förenlig med tankarna bakom rätten till domstolsprövning och principen om fri bevisföring.

19.5.3 *Den alternativa bedömningsmodellen*

I detta avsnitt ska den ovan presenterade alternativa bedömningsmodellen prövas på en processuell överenskommelse där parterna har frånsagt sig en del av civilprocessen.[1722] Jag har valt att pröva modellen i förhållande till en integrationsklausul.[1723] Som presenterats tidigare utgår den alternativa modellen från att processuella överenskommelser *per se är giltiga* och bör ge upphov till den processuella rättsverkan att en talan alternativt en invändning som framställs i strid med ett avtalsvillkor som reglerar en processuell fråga ska avvisas om inte skäl av nämnvärd styrka talar för att de är overksamma.[1724]

Ovan konstaterades att innebörden av en integrationsklausul inte är självklar.[1725] En första fråga är om en integrationsklausul ska tolkas så att en part är förhindrad att åberopa bevisfakta till styrkande av att *andra* rättsfakta än de som innefattas i det skriftliga huvudavtalet också utgör avtalsinnehåll mellan parterna. Tolkad på detta vis skulle klausulen innebära att en part är förhindrad att göra gällande andra rättigheter än de som uttryckligen innefattas i huvudavtalet. En andra fråga är om en integrationsklausul ska tolkas så att en part även är förhindrad att åberopa avtalspreliminärer som tolkningsdata, bevisfakta, för att kunna tydliggöra och förklara innebörden av rättsfakta som *framgår* av huvudavtalet.[1726] Redan det förhållandet att innebörden av en integrationsklausul är osäker gör att det kan ifrågasättas om det är lämpligt att ge en sådan klausul processuella rättsverkan. Diskussionen nedan utgår från klausul 5 ovan:[1727]

> ”Detta avtal utgör parternas fullständiga reglering av de frågor som avtalet berör. Alla muntliga och skriftliga åtaganden och utfästelser som föregått avtalet ersätts av detta avtal med bilagor.”

Anta att käranden åberopar att denne har en specifik rättighet som *inte* framgår uttryckligen av huvudavtalet. Käranden menar dock att denna rättighet ska tolkas in i huvudavtalet, vilket framgår av ett skriftligt protokoll från ett

1722. Modellen behandlas ovan under avsnitt 7.3 och 19.4.4.

1723. Integrationsklausuler analyseras ovan under avsnitt 13.4.3 och 15.3.

1724. Se ovan under avsnitt 7.3 och 19.4.4.

1725. Angående integrationsklausulers processuella rättsverkan i civilprocessen, se ovan avsnitt 13.4.3 och 15.3.

1726. Se vidare analysen under avsnitt 13.4.3.2.

1727. Se avsnitt 13.4.3.1.

sammanträde under de avtalsförhandlingar som har föregått huvudavtalet. Svaranden invänder att med hänsyn till att det finns en integrationsklausul i parternas huvudavtal är käranden förhindrad att åberopa dessa rättsfakta samt bevismedel som ska styrka deras existens.

Skulle det komplicera handläggningen av målet, rättstillämpningen och bevisvärderingen om integrationsklausulen gavs den processuella rättsverkan att käranden nekades att föra den instämda talan? Ett enkelt svar skulle vara nej. Eftersom det tydligt framgår av integrationsklausulen och utformningen av det skriftliga huvudavtalet att den av käranden påstådda rättigheten inte omfattas av huvudavtalet, försvåras inte handläggningen, rättstillämpningen och bevisvärderingen. Så enkelt är det dock inte. Redan det faktum att ett avtalsvillkor som har sitt ursprung i en annan rättsordning och är systemfrämmande för civilprocessen komplicerar handläggningen och rättstillämpningen enligt min mening. Domstolen måste överväga i vad mån ett sådant avtalsvillkor överensstämmer med övriga processuella regler och principer i civilprocessen och sätta dessa i relation till möjligheten att ge avtalsvillkoret den processuella rättsverkan att käranden nekas att föra den instämda talan. Det framstår också som komplicerat för domstolen att redan i tvistens inledningsskede slå fast om den påstådda rättigheten verkligen inte kan tolkas in i huvudavtalet.

Om domstolen avvisade kärandens talan med hänsyn till integrationsklausulen skulle käranden nekas rätt till domstolsprövning utan att ha fått en chans att argumentera för och bevisa sin sak. Ett sådant beslut skulle strida mot både principen om talerätt och påståendedoktrinen, men också mot den grundläggande rätten till domstolsprövning. Käranden skulle då vara fråntagen en grundläggande processuell rättighet. Civilprocessen saknar en motsvarighet till "*the parol evidence rule*" och det finns inte några regler om att viss bevisning är otillåten att åberopa.[1728] Istället utgår civilprocessen från fri process- och bevisföring.

Högsta domstolen har framhållit att till de grundläggande principerna för rättegången hör att domstolen inte ska fatta ståndpunkt i sakfrågan förrän hela materialet har lagts fram inför domstolen. Ståndpunktstagandet ska då ske genom det slutliga avgörandet i saken.[1729] Mot bakgrund av denna princip skulle det också kunna argumenteras för att det vore olämpligt att ge integrationsklausulen den processuell rättsverkan att käranden nekades att föra den instämda talan. En lämpligare lösning är att pröva vid sakprövningen om käromålet ska bifallas eller inte. Det kan också argumenteras för att det vore olämpligt att ge ett avtalsvillkor som är systemfrämmande för civilprocessen processuell rättsverkan.

1728. Se diskussionen ovan under avsnitt 13.4.3.2.
1729. NJA 1982 s. 175 I. Se även ovan under avsnitt 13.4.2 och 19.5.2.

Däremot skulle processekonomiska skäl kunna tala för att integrationsklausulen skulle ges processuell rättsverkan. Särskilt om det finns mycket som talar för att kärandens talan faktiskt, på grund av huvudavtalets formulering och integrationsklausulens indirekta processuella rättsverkan, kommer att ogillas. Varför belasta rättsordningen och svaranden med en tillsynes onödig process?

Det kan dock konstateras att den alternativa bedömningsmodellen är svårtillämpad i praktiken. Det går alltid att föra en argumentation om att de i denna avhandling aktuella processuella överenskommelserna uppfyller något av eller flera av de kriterier som skulle utgöra undantag för att acceptera den processuella överenskommelsen i ett enskilt fall. Den alternativa bedömningsmodellen medför en stor osäkerhet om hur en processuell överenskommelse kommer att bedömas i ett enskilt fall. Det finns också alltid en risk för, kanske till och med en sannolikhet för, att en part som inte anser att avtalsvillkoret ska gälla när tvisten väl är ett faktum, gör gällande att villkoret är oskäligt och ska jämkas. På så sätt skapas ytterligare tvister i tvisten och risken är att processen faktiskt blir både mer långdragen och kostsam för både parterna och domstolen med ett sådant synsätt. De processrättsliga regler och principer som omgärdar civilprocessen utgår från att parter har en rätt till domstolsprövning i ett förfarande som uppfyller vissa grundläggande rättssäkerhetsgarantier.

Mot bakgrund av de rättsstatliga och demokratiska grunderna för rättskipningen som framgått av denna studie är den rimligaste lösningen när det gäller hur processuella överenskommelser ska bedömas trots allt att hålla fast vid den processuella ogiltighetsprincipen och låta lagstiftaren slå fast när det är tillåtet att frångå densamma. Om parterna vill välja bort domstolsprocessen till förmån för ett förfarande där de har möjlighet att styra över förfarandet, beslutsfattandet och beslutsunderlaget, i vart fall till viss del, står skiljeförfarandet till buds. Väljer parterna domstolsprövning får de finna sig i det ”tvistlösningspaket” som rättsordningen tillhandahåller genom domstolsprövningen samt den rollfördelning som gäller vid denna.

19.6 Till slut

Det finns två tvistlösningsformer i svensk rätt som ger upphov till likvärdiga processuella rättsverkningar; civilprocessen och skiljeförfarandet. Det hindrar inte att parter ingår tvistlösningsavtal om andra former av tvistlösning, men det är inte möjligt för en av parterna att ”tvinga” igenom en sådan tvistlösningsform mot den andra partens vilja. Önskar parterna ett slutligt rättsligt avgörande som är verkställbart och förenat med rättskraft måste den alternativa tvistlösningsformen kombineras med antingen domstolsprövning eller skiljeförfarande.

När parterna har valt domstolsproceduren som tvistlösningsform har det dock visat sig att parternas rätt att styra över förfarandet, beslutsfattandet och beslutsunderlaget genom avtal är begränsat. Sådana avtalsvillkor ger sällan upphov till den processuella rättsverkan att en talan, eller en del av en talan, som förs i strid med ett sådant villkor ska avvisas på grund av bristande talerätt. Däremot kan många av de analyserade avtalsvillkoren få en indirekt processuell rättsverkan genom sin effekt på domstolens sakprövning; avtalsvillkoret ger upphov till en sakprövningsspärr, med följden att käromålet ogillas. Effekten är densamma för käranden; inte i något av fallen får denne gehör för sin talan. Den stora skillnaden är vid vilken tidpunkt under processen som avtalsvillkorets effekt uppkommer. Avvisas talan sker detta i inledningsskedet av processen medan sakprövningsspärren uppkommer först under sakprövningen i slutet av processen.

Avhandlingen visar dock att parter som noga överväger vilka effekter de avser med ett avtalsvillkor också kan uppnå dessa med ett välformulerat villkor. Ett avtalsvillkor som är formulerat i typiskt processrättsliga termer riskerar att bedömas som processuellt overksamt med den följden att domstolen helt bortser från detsamma. Om en part däremot formulerar ett avtalsvillkor i typiskt civilrättsliga termer har denne betydligt större möjligheter att få gehör för innehållet i villkoret genom att argumentera för att avtalsvillkoret innehåller materiella regleringar. Det kan naturligtvis ifrågasättas att denna ”lek” med ord ska ges sådana effekter, men i en rättegångsordning som tydligt skiljer mellan processuellt rättsskydd och materiellt rättsskydd har det visat sig att det ofta är just orden som blir avgörande för utgången av tvisten.

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 466 2015-03-31 14:36:05

Contracts regarding Access to Court

– The Validity of Contractual Litigation Agreements in Swedish Law

One of the most fundamental rights in any democratic state is the right of access to court. Every individual shall have the right to bring legal disputes before a court, in a proceeding with specifically defined characteristics, a fair trial, and the state is responsible for supplying the conditions and prerequisites to carry out this dispute resolution process in a court of law. However, this right of access to court does not specify whether the parties also have the right to waive, voluntarily and with binding effect, the right of access to court and a fair trial. This is the question explored in this doctoral thesis.

The purpose of this study is to examine and analyse the extent to which it is possible under Swedish law for private parties to agree, with binding effect, to waive access to court, either partially or fully. This investigation analyses situations in which contracts can be used to abstain from procedural rights. One aspect covered in this thesis is the waiving of the right to access to court in its entirety, and another is the waiving of some *parts* of this access. The investigation examines whether a previously concluded agreement is binding when it is referred to before a court, and the procedural legal effects that the contract produces between the parties and in relation to the court.

The study has as its starting point in a situation in which two commercial parties have agreed through a contract to waive their right of access to court, in part or in full – a form of contractual *litigation agreement, CLA*. A dispute does indeed arise, and one of these parties no longer wishes to be bound by the agreement. This party brings an action before the district court in a manner which conflicts with the agreement.

Another point of departure for this thesis is that the court proceedings is structured in accordance with what is termed here as the *adversarial model*. This model of justice encompasses a *right of access to a court of law*, as well as a *right to a trial comprising certain fundamental elements* that make the trial fair. This is a matter of *distribution of tasks and power* between the parties and the judge, and how the *general procedure* shall be designed to create the best possible conditions for the parties' actions and the judge's judicial decision-making. The procedure shall be *negotiation-based*, *oral*, and *public*, and shall take place before an *independent* and *impartial court* designed to decide in the matter of disputes through *a determination of the parties´ legal positions.*

To answer the question of whether the parties, with binding effect, are able to waive the right of access to court, either in part or in full, several steps of analysis are required based on the following concepts. The adversarial

model is used to identify the basic elements in Swedish civil procedure in the case of access to court. The first step of the analysis is to define and clarify how these elements are expressed in *nationally established rules and principles* in Sweden. The second step of the analysis is to compare Swedish law with the right of access to court as expressed in *Article 6 (1) of the ECHR*. The purpose of this latter step is to clarify the extent to which the Swedish rules and principles in consonance with the right of access to court as expressed in Article 6 (1) of the ECHR. Once this relationship is established, the degree to which parties have the right to waive access to court can be explored in more detail. The third and final step in the analysis is to compare the variants of CLA described in this thesis with the civil procedure as it has been defined by the first two steps of the analysis. In other words, it must be made clear exactly what rights a party is waiving before it will be possible to make statements about which abstentions are acceptable.

The thesis is organised in five parts. *Part I* is the introduction provided in *Chapter 1*. *Part II* presents various general points of departure that are important when examining parties' rights to waive access to court. *Part II* begins with a short introduction describing how this part of the thesis is structured, in *Chapter 2*. *Chapter 3* presents the various functions of Swedish civil procedure: *conflict resolution*, *administrative sanctions*, *establishment of precedents*, *legal development* and *legal protection*. These functions are related to the CLAs examined in the thesis, and it is established that discussion of the various functions of civil procedure does not provide an answer to the question of parties' rights to waive access to court. It is rather the case that the various functions of civil procedure have significance for how Swedish law approaches a party's right to waive access to court. The fact that the law in this field looks like it does today is explained in part by the underlying functions of civil procedure.

Chapter 4 discusses the fact that the idea of individuals right of access to court is not a new one; in fact, for many years it has profoundly influenced most states under the rule of law. Legal systems differ in both content and expression of their principles for access to court. Nevertheless, the starting-point is the same: all individuals shall have the right of *access to* a court of law. With respect to Sweden, this right has become part of the statutory law through the inclusion of a provision on fair trial in the Swedish Constitution, and through the fact that the ECHR, including its article 6 (1), has the force as law in Sweden. The Court of Justice of the EU has also upheld that the principle of the right to effective legal protection is a general principle which applies in EU law. This principle has been enshrined in Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights. This Charter also contains the basic rights as expressed in Article 6 (1) of the ECHR.

Chapter 5 contains a discussion of the state's duty through the courts to provide administration of justice. This chapter explores the question of

whether the contents of this obligation can be found on a constitutional level. Is it only the legal determination of the parties´ claims that is included in this obligation, or does administration of justice also encompass deciding disputes on ground other than purely legal ones? Is the state allowed to transfer the task of ensuring proper administration of justice to private dispute resolution? Is it even so that the state, under certain circumstances, is allowed to equate such private dispute resolution with the state's own courts? The results of this study show that there are no straightforward answers to these questions.

Chapter 6 presents the conclusion that Swedish civil procedural law is not formulated in terms of allowing parties to enter into agreements according to which they waive their rights of access to court. Only a few rules contained in the Code of Judicial Procedure are expressed in terms of allowing parties freely to enter into agreements with binding effect, in which the right of access to court is limited in different ways. The chapter contains an analysis of whether any general barriers exist, which prevent parties from entering into a CLA in which the right of access to court is waived, with or without the stipulation of an alternative for dispute resolution, or which prevent parties from entering into agreements regulating part of the judicial procedure. In this chapter, the legal protection function of civil procedure is revisited, and it may be asserted that the concept of legal protection has had great significance for the restrictive nature of parties' control over procedural matters. It can be established that Swedish civil procedure is shaped by the so-called *procedural principle of invalidity*, which the legislator has expressed in connection with the passage of the rules contained in the Swedish Code of Judicial Procedure. According to this principle CLAs are invalid *per se* if support for the agreements cannot be found in Swedish law. Individual parties do not have the right, through the conclusion of agreements, to create procedural barriers in general. The only possibility for parties to create a procedural legal effect leading to the dismissal of a petition or a portion of the petition brought before the court in conflict with an express CLA, is if basis for such an action exists in legislation. This chapter of the thesis also discusses the general conditions stipulated by the ECtHR under which it can be acceptable for a party to choose to waive the right of access to court, but without this action resulting in a conflict with Article 6 (1) of the ECHR. The waiving of the right must be *voluntary* and *unequivocal*; it must be completely clear that the party has truly waived this right of access to court, in part or in full. In addition, the acceptance of such an agreement must not conflict with any *public interest*. A *legitimate reason* for acceptance of the agreement must exist, and the acceptance must be in *reasonable proportion* to the purposes underlying Article 6 (1) of the ECHR.

The investigation presented in this thesis is based on CLAs. These agreements are distinct from agreements on substantive matters. A CLA is cha-

racterised by the meaning it acquires in judicial proceedings. Through their agreement, the parties wish to select the forum for dispute resolution, and control the proceedings before the court, the decision-making process and/or the basis for decision-making. However, it is not always easy to classify an agreement as either procedural or substantial. This problem is explored in *Chapter 7*. An agreement may appear to be purely "procedural" in that it regulates matters relating only to the procedure itself; however, the condition of the agreement can also seek to regulate substantial matters. An example is a condition stipulating both a limitation on locus standi and a statutory limitation with respect to the penalties that can imposed as a result of a defect in a purchased product. The content of a condition in the agreement gives rise to different legal effects, depending on whether the condition is classified as procedural or substantive. If the contractual clause limiting locus standi is valid, the resulting procedural legal effect is that action brought before the court in conflict with the contractual clause shall be *dismissed on formal grounds* by the court in a final decision. A contractual clause containing a statutory limitation, for example that a purchaser of a product must bring action within three months of the purchase in order to petition for compensation for a defect in the product, can have a substantive effect on the plaintiff´s claim: if the action is brought after the stated date of expiry of the right to bring action, and the respondent refers to the content of the agreement, the court shall include this contractual clause as the subject of the review on substantive matters, on the condition that the contractual clause is valid. The court rejects the plaintiff's action on substantive matters in a final decision. In the latter case, the court examines the matter, but the contractual clause creates a substantive barrier to the review of substantive matters. The real problem, however, is the classification of the agreement as either procedural or substantive. CLA and agreements on substantive matters create different legal effects. The chapter also presents a possible solution to the problem of classification. If an agreement can be interpreted as both procedural and substantive, and it cannot be generate the legal effect in which the court on formal grounds must dismiss an action brought in conflict with the agreements, there is nothing that prevents the agreement from becoming the subject of a review of substantive matters and being given legal effects from a civil-law perspective.

After this general part, *Parts III* and *IV* of the thesis present the steps of the analysis described above. Part III explores agreements in which the parties choose to waive the rights of access to court completely, and Part IV describes the situation in which parties waive their right to some part of the right of access to court (so-called partial waiver of access to court).

Part III begins with *Chapter 8* by describing how this part of the thesis is organised. *Chapter 9* examines the extent to which it is possible to waive the right of access to court completely without providing any alternative dispute

resolution for disputes that may arise between the parties. This chapter demonstrates that such a CLA cannot be given any procedural legal effect. A party to the agreement always has the right to bring action in a court of law against any such agreement, and to have a dispute heard.

Thereafter, *Chapters 10* and *11* describe three different types of alternative dispute resolutions. The first alternative is *arbitration proceedings*; the second is proceedings by a *private judge* and the third is *proceedings where the parties make the decision themselves*.

Arbitration is a form of private dispute resolution. It is accepted by the legal system as an alternative to court proceedings. This is most common when a valid arbitration agreement creates procedural barriers to proceedings in a general court. An arbitral award carries the same legal effects as the decision by a court. There are many similarities between arbitration and civil court proceedings. In order for the arbitration to be considered legitimate, while also serving as an attractive alternative to court proceedings, the arbitration proceedings must be designed so that the requirements of the rule of law regarding dispute resolution are satisfied, and the parties' requirement for fair proceedings are fulfilled. A reasonable assumption is that arbitration can be considered to fulfil the requirements found in the basic elements of the adversarial model, at least to a reasonable degree. The question is whether the parties, by appealing to party autonomy, would be able to find additional forms for dispute resolution, which would be acceptable as alternatives to court proceedings. If this is not possible, the question arises how these alternative forms of dispute resolution distinguishes from arbitration proceedings. Against the background of the purpose and questions raised in this research, arbitration must first be analysed in relation to the basic elements found in the adversarial model.

Private judging involves situations in which the parties have agreed to allow a third party to settle disputes, but this third party does not act as an arbitrator. This type of resolution includes *proceedings carried out by a private judge in general*, *Dispute Board proceedings* and *valuation*. The category in which the parties "act as decision-makers" includes dispute resolution agreements in which the parties do not transfer decision-making rights to a third party. Instead the parties have chosen in different ways to transfer to themselves the task of resolving the dispute. This category includes *mediation* and *negotiations*, with the purpose of bringing the parties to mutual agreement regarding the dispute, with or without the assistance of a third party. It also includes situations in which one of the parties has assumed the right to act as the sole decision-maker and resolve the dispute, or when one of the parties exerts a dominant influence over the decision-maker in the dispute, so-called *self-administered justice*.

The study undertaken for this thesis is not intended to develop an exhaustive description of every form of dispute resolution, or to take a particular

point of view with respect to choosing one form over another. However, in light of the purpose and questions raised by the thesis, some of the defining characteristics of different forms of alternative dispute resolution must be described; this is found in *Chapter 10*. This chapter also contains an analysis of the possible procedural legal effects created by the dispute resolution agreement itself, if this agreement is referred to before a court. Here it can be seen that only the arbitration agreement generates procedural legal effects and creates procedural barriers; all other alternative dispute resolution agreements at most can be considered some form of *gentlemen's agreement*, but they can never prevent a party from exercising the right to have a dispute heard before a court.

In *Chapter 11*, selected forms of alternative dispute resolution are analysed in relation to the basic elements included in the adversarial model. The chapter begins with an analysis of how a specific element is expressed in the civil procedure, which encompasses nationally established rules and principles and Article 6 (1) of the ECHR. Then the selected alternative forms for dispute resolution are analysed and compared with the civil procedure. This is about finding an answer to the question whether, by appealing to party autonomy, the parties can create alternative dispute resolutions that adequately meet the requirements of the basic elements found in the adversarial model and are expressed in civil procedure. If that were possible, the alternative in question would be structured in the same way as the civil procedure. A reasonable conclusion would then be that the alternative dispute procedure would also be able to serve as an alternative to court proceedings, which the legal system could consider as acceptable.

However, this research has shown that in principle, no barriers exist that will prevent the parties from entering into an agreement in order to create a form of alternative dispute resolution and meet at least some of the conditions of the adversarial model. The problem is that the adversarial model contains some requirements, which the parties cannot satisfy through an agreement. This is likely to be the reason why the legal system cannot accept the idea of parties rejecting the civil procedure in favour of alternative dispute resolutions other than arbitration. In this case, the lack of appropriate legislation regarding alternative dispute resolutions plays a decisive role.

An arbitral award has the same procedural legal effects as a court judgment. The award is associated with both positive and negative legal force, and it creates an enforcement title that makes it enforceable. The state has also reserved the right to a certain degree of control over arbitration proceedings, through rules regarding invalidity of and challenges to an arbitral award. In this way, through the court system, the state has ensured the possibility to ensure that arbitration is conducted so that basic legal security is preserved and that the arbitral award has come about in a formally acceptable manner.

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 472 2015-03-31 14:36:05

The adversarial model is based on proceedings in which the organ for dispute resolution is established by law. Arbitral tribunals are not established by law, but on the basis of agreements; nevertheless there is a legal framework that is applicable in this case – the Swedish Arbitration Act. There is no counterpart to this legislation for private judging or proceedings where the parties make the decision themselves. Nor has the legislator created control mechanisms for other forms of dispute resolution. Parties are not allowed to create their own agreement stipulating that a court shall be able to exert such control over proceedings. For example, a party who is dissatisfied with the decision of a private judge always has the right to bring action before a district court, and request that the underlying dispute be adjudicated by the district court within the framework for civil procedure. Neither the alternative dispute resolution agreement of the parties nor the decision made by a private judge can prevent such a review, and the review is not limited to disputes regarding formal matters. However, the result of a private judgment can gain significance as a binding agreement on substantial matters between the parties, if they have agreed that the private judge's decision shall be binding and final between them. This may affect the results of the civil proceedings.

The parties are not allowed to conclude an agreement in order to create legally binding decisions and enforcement titles with legal force. If, for example, the parties have agreed that adjudication by a private judge would meet any requirements posed by the elements in the adversarial model, and this form of resolution does indeed fulfil these requirements, it would not be possible to agree by contract that the decision of the private judge would have legal force or serve as a title of execution. Legislation is required in this case. Neither the procedural principle of invalidity nor existing legislation permits this.

However, in principle there is nothing to prevent the use of private judging or proceedings in which the parties make the decision themselves, primarily through mediation, being given the status of "dispute resolution provider", which can be equated with a court in the same way as with arbitration. It is quite possible that a form of private judging and/or mediation law (or some other form of regulation of such proceedings) could be established, so that these other types of proceedings would be considered acceptable as an alternative to civil procedure. However, proceedings in which the parties make the decision themselves could never be accepted by the legal system as an alternative to civil procedure. Even if in principle no barriers exist to legislation of proceedings in which the parties make the decision themselves, dispute resolution in which one party has influence over the other in the decision-making process could never be accepted as a binding alternative to civil procedure. However, Sweden has chosen not to create legislation with respect to other forms of dispute resolution and parties

must be satisfied with a single private alternative – that of arbitration. Other forms of alternative dispute resolution are available as long as the parties agree on using them, but if one party does not wish to participate, the counterparty cannot prevent this. Parties can only be compelled to use arbitration.

Part IV presents various forms of CLAs in which the parties waive some part of their rights of access to court. This part of the thesis is the third step of the analysis as described in Chapter 1. Part IV begins with *Chapter 12* by describing how this part of the thesis is organised. The CLAs in question here have been divided into groups under different headers: formulating and bringing action, *Chapter 13*; proceedings, *Chapter 14*; evaluation of evidence, *Chapter 15*; application of law, *Chapter 16*; appeal prohibitions, *Chapter 17*; and content of the confirmation judgment, *Chapter 18*.

Chapter 13 discusses agreements, which limit the right to *locus standi*, the *right to present one's case* and the *right to produce evidence*. As can be seen in this chapter, the parties have very limited opportunities to regulate locus standi through agreement. A contractual clause in an agreement stipulating limitations on proceedings or a party's right to refer to a certain legal fact does not represent a barrier to procedure. This condition would be considered a barrier to procedure only if it follows by law. Without a basis in law, the court – relying on the doctrine of assertion – shall allow the action or reference presented. According to Article 6 (1) of the ECHR, a party has the right to scrutiny of his or her civil rights by a court, as long as the action contains a real and serious dispute. Rejecting such an action or reference made in conflict with such a contractual clause would in turn conflict with the principle of the right to present one's case.

However, according to the principle of freedom of contracts, parties can under certain circumstances enter into a contract, which limits the freedom to present one's case; such a contract will also affect the decision-making basis to which the judge will have access during the review of substantial matters. If the parties have formulated a contractual clause containing a prohibition against referring to certain legal facts, and have thereby replaced, changed or added to dispositive law, the judge shall review the content of the contractual clause to determine whether it prevents the claim from being accepted. The review of substantive matters shall examine whether the legal facts referred to by the plaintiff are also supported by the agreement. If this is not so, and the agreement is valid, then the claim shall be rejected. Thus the contractual clause creates a barrier to the review of substantive matters in relation to the claim.

The barrier to the review of substantive matters has only a marginal effect on the scope of this review. The judge, in accordance with the principle of successive relevance, shall first scrutinise the legal facts produced by the plaintiff and then any countering legal facts produced by the respondent. The barrier to the review of substantive matters emerges only after the

respondent has referred to a countering legal fact during the process. The dispute must be prepared and must progress through the preparatory proceedings and the main hearing in court and the parties must prepare their respective claims, taking into account all relevant facts and evidence. In other words, the contractual clause can have significance for the outcome of the case, but it cannot completely stop a substantive review of the right regulated by the contractual clause. The main advantage in terms of costs and time for the parties and the courts would be created if the court could reject a claim on formal grounds at the very beginning of the process. However, this is seldom feasible, because there is usually no basis in law to give a contractual clause such procedural legal effect.

The principle of the right to produce evidence is fundamental in Swedish civil procedure; there are few legal grounds for dismissing evidence produced by the parties. In this study, four different types of contractual prohibitions on production of evidence have been analysed: *merger clauses, confidentiality clauses*, *agreements on exclusive and prioritised evidence* and *agreements on written witness testimony.*

Merger clauses do not prevent a party from referring to other forms of evidence in the proceedings then those stipulated in the written main agreement. A party may refer to any pre-contractual conditions that may exist, both as evidence to prove the claim that the written main agreement does not express the mutual wishes of the parties, and as evidence of how the written main agreement shall be understood and interpreted. However, it is possible that the evidentiary value of pre-contractual conditions can be affected by the parties' inclusion of a merger clause in the main agreement.

Confidentiality clauses cannot prevent a party from bringing a claim or referring to oral or written evidence, which is in conflict with the content of the contractual clause. It does not matter whether the confidentiality clause contains an explicit prohibition against disclosing or referring to evidence specified in this clause before a court. Nor does it matter what types of information the parties have stipulated as confidential through the confidentiality clause. This information can be of a very sensitive nature for the parties. There is no basis in law for prohibition against producing or disclosing information before a court, when this information is covered by a confidentiality clause. However, an exception is made for mediators. It follows from law that mediators have a legal duty to maintain secrecy, and a legal duty to refrain from revealing any information that derives from the mediation.

The court is not allowed to refuse a party the right to produce evidence, merely because the evidence lacks value as a result of the counterparty having presented evidence of an exclusive or prioritised nature. The judge has few possibilities to dismiss evidence. Nor is it suitable for the judge, prior to the review of substantive matters, to form his or her own opinion regarding the probative value of a specific form of evidence. Such advance evaluations are

not included in the framework of the court's application of law. Instead the court should allow the evidence to which the parties have referred. The court's task is to evaluate all the evidence of the case, and this takes place through the judge's free evaluation of the evidence.

Under certain conditions the Code of Judicial Procedure permits parties to agree on presentation of witnesses' testimony in the form of written depositions. However it is not possible, before a dispute has arisen between the parties, for the parties to agree on presentation of testimony in a manner which will be binding for the court. The principles of free production of evidence and the best form of evidence mean that a party may always refer to oral testimony by witnesses, even if this conflicts with explicit contractual clauses requiring written witness testimony. Written witness testimony can be presented only if, during the proceedings, a party expresses the wish to present such evidence and the counterparty agrees with this request.

When the parties have presented their claims for the court, proceedings begin regarding the dispute. The court has the ultimate responsibility for managing the way in which the case is heard. Agreements made with the intention of steering the form and performance of the proceedings are discussed in *Chapter 14*. This chapter contains an analysis of agreements in which the parties have waived *oral presentation*, *public proceedings* and *presentation of certain procedural materials* before the court.

The parties' ability to steer practical aspects of the proceedings, such as the form of proceedings and acceptable procedural materials, is very limited. There is no legal basis for making such conditions binding for a court. Nevertheless, after the action has been brought, the parties do have the possibility to request certain procedures and approaches for the proceedings. This can be done through the presentation of unilateral procedural actions to the court. The wishes of the parties may coincide, but they can also request different approaches and procedures.

The court determines the form of proceedings to be used. Often, such decisions are made after consultation with the parties, and with due consideration for each party's requests, as well as consideration for rules which are applicable to the right to an oral hearing. The general approach is that as soon as a party requests an oral hearing, this request shall be granted as a rule. In addition, in accordance with the public's right to transparency, the parties are not allowed to come to an agreement regarding the public's access to documents or proceedings before a court. The court's possibility to limit public access to a court event or to certain court documents, in part or in whole, is determined by regulations in the Swedish Code of Judicial Procedure and the Public Access to Information and Secrecy Act. The parties cannot steer this through agreement. The court decides whether information involved shall qualify for any limitation of public access.

For arbitration, the parties can agree that any future disputes shall be submitted to expedited arbitration, and that the parties are allowed to present only a limited number of procedural documents before the tribunal. There is no corresponding feature in civil procedure. However, parties can request before the court that the number of procedural documents presented during the proceedings shall be limited. In this case it does not matter whether or not the parties have agreed in advance to such a condition. Instead, the parties' requests will be interpreted as unilateral procedural actions, and any contractual clause regarding this limitation will not be considered binding in relation to the judge's decision regarding the proceedings.

After the parties have presented their claim and the preparatory proceedings are complete, the main hearing begins. The judge's role is to decide the case by applying law and judicial principles to the unique facts referred to by the parties. To determine whether the legal facts referred to by the plaintiff are proved to satisfaction, the judge must evaluate the evidentiary facts that emerge from the specific form of evidence referred to by the parties. Agreements made with the purpose of steering evaluation of evidence are discussed in *Chapter 15* and agreements made with the intent of controlling the application of law are discussed in *Chapter 16*.

Chapter 15 demonstrates that the judge's task is to evaluate the evidence presented by the parties. The evaluation is free and is not restricted by any legal rules in terms of assigning value to various evidentiary facts, or how the evaluation process shall be carried out. Any contractual clauses attempting to deprive the judge of this authority are invalid. However, the content of a contractual clause can have some evidentiary effect. Documents brought before the court to constitute evidence of certain facts – so-called evidence of intent – are normally accorded great probative value, but otherwise it is difficult to say with any certainty how a specific contractual clause will affect the judge's evaluation of the evidence. Everything will depend on the unique situation at hand. The principal task of the judge is to determine the content of the agreement between the parties. If the judge assesses that this is proven by evidentiary facts referred to before the court, in conflict with an explicit contractual clause, nothing can prevent the judge from attributing to this evidence great probative value. The idea behind free evaluation of evidence is that the judge shall determine the value of each specific evidentiary fact referred to by the parties. The probative value depends upon the importance of a specific contractual clause, e.g. a merger clause, in a certain dispute. This in turn is determined by (among other things) how the contractual clause was originally formed, the other evidence brought before the court and the evidentiary facts stemming from them, and the perceived reliability of the evidentiary facts.

Chapter 16 states that the parties' capacity to steer application of law is limited. The principle of *jura novit curia* is strongly established in the Swe-

dish judicial system. The court decides whether the unique facts referred to by the parties can be categorised as necessary prerequisites for a legal rule. However, in certain cases, the parties can replace the legal norm with a contractual clause. The degree to which this is possible is determined by (among other things) the type of rule the parties choose to replace and how the contractual clause is formulated. It is not possible for the parties to replace, with binding effect, a mandatory rule with a contractual clause. However, it is possible for the parties to replace non-mandatory legal rules with contractual clauses. In this case the contractual clause will not result in a legal effect of dismissal of an action because the action is based on a legal rule which the parties have disabled through contractual clauses. Instead, in the same way as described in Chapter 13, the contractual clause gains significance in the judge's review of substantive matters – that is, a barrier effect in this case.

The task of the court in the application of law includes deciding about issues of law. The court is aided by sources of law, and the responsibility of the judge is to interpret these sources of law in order to decide the legal issues of the case. In general the parties are not allowed to steer this interpretation through agreements that instruct the court to interpret a specific source of law in a certain way with respect to the case. Nor may the parties use an agreement to limit the judge's basis for application of the law or decide that the judge shall be barred from using a certain source of law. However, when formulating a contractual clause, the parties are free to use an expression taken from a specific fact of a source of law, and thereby make this expression a part of the main agreement.

It is clear that any agreement stipulating that a judge shall decide in a dispute *ex aequo et bono* must never be accorded procedural legal effect. Norms for fairness pose a problem because they do not have concrete contents against which the judge shall decide in the dispute. The purpose of *jura novit curia* is that the court is expected to know the legal rules that are applicable in the legal system and how these rules shall be applied and interpreted in a given situation. This is the task of the court in terms of the roles applied in civil procedure. It is not possible to extend *jura novit curia* to include various norms of fairness and suitability, when the parties have not "filled" the norm of fairness with the content upon which the court shall base its evaluation of fairness. It is not the court's judicial task to invent, on the instruction of the parties, diverse norms of fairness specifically adapted to the unique situation of the parties.

Chapter 17 discusses agreements made regarding prohibitions of appeal in civil proceedings. The parties can agree that future disputes about their main agreement can be adjudicated only in one instance. Such agreements can be entered into even before any dispute has arisen between the parties. In this case, the legislator has noted a clear exception to the procedural principle of invalidity. The agreement comprises a dispositive barrier to procedure, and

after protest by the counterparty the court will reject an action which conflicts with the agreement, when this action has been brought before a higher court.

Agreements on the contents of a confirmation judgement are covered in *Chapter 18*. Civil procedure is characterised by the judge's attempt to convince the parties to find a voluntary solution to the dispute raised before the court. If the parties reach a settlement, this will result in an agreement between the parties. Upon the request of the parties, this agreement shall be confirmed in a judgment. The agreement will then be identical to the judgment and it is the agreement itself which is enforceable. In connection with a settlement agreement, it is also conceivable that the parties could be interested in letting the settlement extend to matters other than those, which have been the subject of the dispute. The parties may want to regulate all their dealings through the confirmation judgement. Under certain conditions, when a settlement agreement is confirmed in a judgement, so-called supplementary parts may be added to the agreement, and thus be included in the judgement without being included in the plaintiff's action. A prerequisite is that the supplementary parts are clearly defined and that they are clearly associated with the current legal matter. In any other case it would not be possible to determine the scope of the legal force; nor would it be possible, in the case of a performance judgment, to enforce the judgement. In addition, acceptance of broadly expressed supplementary parts with respect to all the dealings of the parties would have other consequences: through the confirmation judgement, the parties would already have waived the right of access to court with regard to legal dealings that are not yet defined. This could never be procedurally binding in any way.

The overall results of the research are presented in *Chapter 19*. In summary, against the background of the procedural principle of invalidity, the possibilities for parties to enter into CLAs are limited. When parties waive their right of access to court completely, only arbitration agreements are accorded procedural legal effect if they are referred to before a court. In the case of CLAs in which the parties waive only parts of the right of access to court, the conclusion is that proceedings, application of law and evaluation of evidence are a task of the court; thus they are not components over which the parties have any influence. With the exception of prohibitions of appeal, the legislator has not deemed it justifiable to give the parties the right to regulate procedural matters before a dispute has arisen between these parties. However, the views of the parties regarding how the court shall handle a dispute have been given certain significance, even if the court makes all final decisions in this regard. When the court is to decide on a dispute, the parties steer the basis for the decision. Through their own reference to legal facts and evidence, the parties determine the procedural materials to which the court shall have access. However, parties are not allowed to enter into agre-

ements in advance to regulate these questions on procedural materials and a reference to such materials cannot be rejected by the court. If a party refers to a specific legal fact or evidence, the court shall allow it, but the content of the contractual clause can create a substantive barrier to the review of substantive matters. In this way, the right of an individual to enter into a contract – which is a cornerstone of civil law – has the desired effect in the proceedings. Through adjudication, the court determines the effect of the contents of a contractual clause on the outcome of a dispute. This is determined by the value attributed by the court to the evidentiary facts, which are intended to support legal facts. Probative value can thus be affected when one party refers to a legal fact, which conflicts with an express contractual clause agreed upon by the parties.

Litteratur och källor

Litteratur

Adlercreutz, Axel och *Gorton, Lars*, Avtalsrätt I, uppl. 13, Juristförlaget, 2011,
– Avtalsrätt II, uppl. 6, Juristförlaget 2010.
Alexander, Nadja, International and Comparative Mediation: Legal Perspectives, Wolters Kluwer, 2009.
Algotsson, Karl-Göran, Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet, Norstedts Juridik, 1993.
Andersson, Magnus, Knutson, Tom och *Kvarntorp, Kamilla*, Så ska skiljeförfarandelagen anpassas till dagens tvister, Advokaten nr 9, 2014.
Andersson, Torbjörn, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrens regler. En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten, Iustus, 1999,
– Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv, Iustus, 1997.
Ask, *Beatrice,* Sverige måste vässa reglerna om skiljeförfarande och effektivisera klanderprocessen i domstol, Dagens Juridik, den 6 februari 2014.
Azelius, Krister och *Kjellander, Jerker*, Processrättslig skälighetsuppskattning av skada, JT 2011–12, s. 584.
Bell, John, Judiciaries within Europe – A Comparative Review, Cambridge University Press, 2006.
Berger, Klaus Peter, Law and Practice of Escalation Clauses, Arbitration International, vol. 22, no. 1, s. 1–17, 2006.
Berglund, Hadar, Skiljemän eller ”gode män”?, SvJT 1931 s. 125.
Bergman, Linn, Sverige behöver en ny lag om skiljeförfarande, Dagens Juridik, den 21 april 2009.
Bergström, Carl-Fredrik och *Hettne, Jörgen,* Lissabonfördraget: en grundlag för EU?, Norstedts Juridik, 2010.
Blackaby, Nigel och *Partasides, Constantine* med *Redfern, Allan* och *Hunter, Martin*, Redfern and Hunter on International Arbitration, uppl. 5, Oxford University Press, 2009.
Bogdan, Michael, Svensk internationell privat- och processrätt, uppl. 8, Norstedts Juridik, 2014.
Bohlin, Alf, Offentlighetsprincipen, uppl. 8, Norstedts Juridik, 2010.
Bolding, Per Olof, Skiljedom: Studier i rättspraxis beträffande svensk skiljedoms giltighet och verkställbarhet, P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1962,
– Skiljeförfarande och rättegång: En studie i processuell organisation och rättstillämpningsmetodik, P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1956,
– Bevisbördan och den juridiska tekniken, Uppsala, 1951.
Boman, Robert, Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål, Norstedts, 1964.
Brown, Henry J. och *Marriott, Arthur L.*, ADR, Principles and Practice, uppl. 2, Sweet & Maxwell, 2005.
Bull, Thomas, Om domstolarnas roll i demokratin – fågel, fisk eller mittemellan – del I, JT 1999–00, s. 794,
– Om domstolarnas roll i demokratin – fågel, fisk eller mittemellan – del II, JT 2000–01, s. 26.
Bull, Thomas och *Sterzel, Fredrik*, Regeringsformen en kommentar, SNS Förlag, 2010.
Bühring- Uhle, Christian, Kirchhoff, Lars och *Scherer, Gabriele*, Arbitration and mediation in International Business, Kluwer law International, 2006.
Bylander, Erik, Muntlighetsprincipen: En rättsvetenskaplig studie av processuella handläggningsformer i svensk rätt, Iustus, 2006.

Cairns, David J.A., The ICC Dispute Board Rules, International Arbitration Law Review, 2005, 8(2), 41–44.
Cars, Thorsten, Lagen om skiljeförfarande: En kommentar, uppl. 3, Fakta Info Direkt, 2001.
Chern Cyril, Chern on Dispute Boards, uppl. 2, Wiley-Blackwell, 2011.
Christou, Richard, Boilerplate: Practical Clauses, uppl. 5, Thomson Reuter, 2010.
Cole, Tony, The Parol Evidence Rule: a Comparative Analysis and Proposal, University of New South Wales Law Journal, vol. 26, 680, 2003.
Corbin, Arthur L., The Parol Evidence Rule, 53 Yale Law Journal, 603 (1944).
Cordero-Moss, Giuditta, (red), Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law, Cambridge University Press, 2011.
Damaska, Mirjan R., The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, Yale University Press, 1986.
Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, uppl. 4, Norstedts Juridik, 2012.
Dennemark, Sigurd, Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål, P.A. Norstedt & söners Förlag, 1961.
Dijk, Pieter van, Hoof, Fried van, Rijn Arjen van och *Zwaak, Leo,* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, uppl. 4, Oxford 2006.
Dillén, Nils, Några anmärkningar om gode män för värdering, SvJT 1934 s. 230.
Domeij, Bengt, Know-howlicenser efter ett offentliggörande, I: Festskrift till Marianne Levin (red. Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, Bernitz, Ulf, Domeij, Bengt, Kur, Annette och Nordell, Per Jonas.), Norstedts juridik, 2008.
Dundas, Hew R., Expert determination: another retrograde step? Homepace Ltd v SITA South East Ltd, Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, vol. 74 no. 2, 2008, s. 188–193.
Dworkin, *Ronald*, Taking rights seriously, Duckworth, 2009 (first published 1977).
Eckhoff, Torstein, Rettskildelaere, uppl. 4, Universitetsforlaget, 1985.
Edelstam, Henrik, Offentlighet och sekretess i rättegång, Norstedts Juridik, 2001,
– Sakkunnigbeviset – en studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet, Iustus, 1991.
Edlund, Lars, Värderingsklausuler och tillträdesbokslut, SvJT 2007 s. 311.
Ekelöf, Per-Olof, Rättegång II, uppl. 8:7, Norstedts Juridik, 2010,
– Rätt och Moral, I: Vänbok till Robert Boman (red. Per Henrik Lindblom), Iustus, 1990,
– Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper några problem inom den allmänna processrättsläran, Stockholm, P.A. Norstedt & Söner, 1956.
Ekelöf, Per-Olof och *Edelstam, Henrik*, Rättegång I, uppl. 8:1, Norstedts Juridik, 2002,
Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif och *Edelstam, Henrik*, Rättegång III, uppl. 7, Norstedts Juridik, 2006,
Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och *Heuman, Lars*, Rättegång IV, uppl. 7:1, Norstedts Juridik, 2009,
Ekelöf, Per-Olof, Edelstam, Henrik och *Pauli, Mikael*, Rättegång V, uppl. 8:1, Norstedts Juridik, 2011.
Ekelöf, Per-Olof, Edelstam, Henrik och *Boman, Robert*, Rättegång V, uppl. 7:4, Norstedts Juridik, 2004. (När denna upplaga används framgår det uttryckligen av fotnoten. I övrigt avses upplaga 8:1 när fotnoten refererar till Rättegång V.)
Engström, Dan, Medling som tvistlösningsmetod, Jure, 2009.
Fahlbeck, Reinhold, Lagen om skydd för företagshemligheter: En kommentar och rättsöversikt, uppl. 3, Norstedts Juridik, 2013.
Farnsworth, Allan E., On Contracts, vol. II, uppl. 3, Aspen Publishers, 2004.
Fischer, Roger, Ury, William och *Patton, Bruce*, Vägen till ja – En nyckel till framgångsrika förhandlingar, uppl. 2:10, Liber, 2009.
Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson Tobias, Hall Per, Palmkvist, Ragnar och *Renfors, Cecilia*, Rättegångsbalken (oktober 2014, Zeteo).
Frändberg, Åke, Begreppet rättsstat, I: Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära (red. Nils Jareborg), Iustus, 2005,

– Om rättssäkerhet, I: Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära (red. Nils Jareborg), Iustus, 2005,
– Rättsstatens organisation, I: Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära (red. Nils Jareborg), Iustus, 2005.
Fuller, Lon L., The Forms and Limits of Adjudication, 92 Harvard Law Review 353, 1978–1979.
Gellner, Lars och *Sydolf, Lars*, Tvistelösning i arbetsrätten: förhandling och process, Norstedts Juridik, 2005.
Gemmel, Hugo, Om återkallande af instämd talan i civila mål, Norrköping, 1908.
Genton, Pierre M., ICC Promotes Dispute Board Rules Worldwide, Construction Law Journal, 2005, 21(2), 102–109,
– The Role of the DRB in Long Term Contracts, Construction Law Journal, 2002 18(1), s. 8–19.
Gorton, Lars, Boilerplateklausuler, Erhvervsjuridisk Tidsskrift, nr 2, 2009, s. 170.
Gräns, Minna, Om hjälpvetenskapens betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen, JT 2006–07 s. 782.
Grönfors, Kurt och *Dotevall, Rolf*, Avtalslagen (1 maj 2014, Zeteo).
Gärde, Natanael, Samhället och lagarna. Några reflexioner, I: Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg den 11 maj 1931 av nordiska jurister, 1931.
Gärde, Natanael, *Engströmer, Thore*, *Strandberg, Tore* och *Söderlund, Erik*, Nya rättegångsbalken, faksimilupplaga, Norstedts Juridik, 1994.
Harris, David, O´Boyle, Michael, Bates, Ed och *Buckley, Carla*, Harris, O´Boyle & Warbrick – Law of the European Convention on Human Rights, uppl. 3, Oxford University Press, 2014.
Hartsfield, Jr. James L., The "Merger Clause" and the Parol Evidence Rule, 27 Texas Law Review, 361, 1946.
Held, David, Demokratimodeller – Från klassisk demokrati till demokratisk autonomi, uppl. 2:3, Daidalos, 2005.
Hellner, Jan, The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal, I: Festskrift till Bertil Bengtsson (red. Anders Agell, Bill W. Dufwa, Torgny Håstad, Olle Höglund och Anders Knutsson), Nerenius & Santérus, 1993,
– Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt, Jure, 2001.
Heuman, Lars, Översyn av lagen om skiljeförfarande, JT 2014–15 s. 439,
– Kan parterna träffa avtal om hur civilrättsliga och processuella regler skall tillämpas?, JT 2011–12 s. 336,
– Vilken beviskravsbetydelse har separabilitetsprincipen, påståendedoktrinen och anknytningsdoktrinen för bedömningen av behörighetsfrågor inom skiljedomsrätten?, JT 2009–10 s. 335,
– Officialprövning eller åberopsskyldighet vid tillämpningen av preklusionsregler, JT 2006–07 s. 57,
– Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Norstedts Juridik, 2005,
– Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om bevisomedelbarhet, I: Festskrift till Per Henrik Lindblom (red. Torbjörn Andersson och Bengt Lindell), Iustus, 2004,
– Kan parter göra en förlikning exigibel genom att låta en skiljeman stadfästa den i en dom?, JT 1999–00 s. 912,
– Skiljemannarätt, Norstedts Juridik, 1999,
– Skiljemäns rätt att komplettera avtal, I: Festskrift till Ulf K. Nordenson (red. Jan Hellner), Jure, 1999,
– Singularsuccessor bunden av skiljeklausul enligt nytt HD-fall, JT 1997–98 s. 533,
– Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder, P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1980.
Heuman, Lars och *Jarvin, Sigvard*, The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years on: A Critical Review of Strengths and Weaknesses, JurisNet, 2006.
Heuman, Lars och *Westberg, Peter*, Argumentationsformer inom processrätten – En studiebok, uppl. 2, Juristförlaget, 1995.

Heuman, Sigurd och *Tansjö Anna*, Sekretess m.m. hos allmän domstol – En handbok, uppl. 2, Lunds Domarakademi, 2007.
Hobér, Kaj, International Commercial Arbitration in Sweden, Oxford University Press, 2011.
Holmberg Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason Marianne och *Regner, Göran*, Grundlagarna, uppl. 3, Norstedts Juridik, 2012.
Holmström, Barry, Domstolar och demokrati – Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland, Uppsala, 1998.
Holtzmann, Howard M. och *Neuhaus, Joseph E.*, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Kluwer Law, 1994.
Hultmark, Christina, Reklamation vid kontraktsbrott, Juristförlaget, 1996.
Håstad, Torgny, En europeisk civillag och den nordiska kontraktsrätten, 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 2002 (red. Gisela Knuts), De nordiske juristmøter, 2003.
Jacobsson, Ulla, Argumentation i civilprocessen, I: Festskrift till Lars Welamson (red. Höglund, Olle, Bengtsson, Bertil, Heuman, Lars och Ragnemalm, Hans), Norstedts Juridik, 1988.
Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s. 1,
– Vad är en princip?, I: Festskrift till Åke Frändberg, (red. Anders Fogelklou och Torben Spaak), Iustus, 2003,
– Straffrättsideologins fragment, Iustus, 1992.
Jolowicz, J.A., The Woolf Report and the adversary system, 15 Civil Justice Quarterly 198, 1996.
Kallenberg, Ernst, Svensk civilprocess, band II, Lund 1927,
– Svensk civilprocessrätt, Föreläsningar, häfte V, Lund, 1926,
– Svensk civilprocessrätt, Föreläsningar, häfte IV, Lund 1924
– De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen, uppl. 2, Gleerupska Universitetsbokhandeln, 1922,
Kansmark, Jan, Några anteckningar om Dispute Review Boards, JT 1995–96 s. 958.
Kim, Anne S., Rent-a-judges and the cost of selling justice, 44 Duke Law Journal s. 166, 1994.
Kirby, Jennifer, With Arbitrators, Less Can be More: Why the Conventional Wisdom on the Benefits of having Three Arbitrators may be Overrated, Journal of International Arbitration 26 (3) s. 337, 2009.
Knuts, Gisela, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, Helsingfors, 2006.
Landrove, Juan Carlos, European Convention on Human Rights´ Impact on Consensual Arbitration, Besson/Hottelier/Werro, Human Rights at the Center, Basel, Geneva, Schulthess, 2006.
Landsman, Stephan, The Decline of the Adversary system: How the Rhetoric of Swift and Certain Justice has Affected Adjudication in American Courts, 29 Buffalo Law Review, 487, 1980.
Larsson, Sven, Dispositionsprincipen och dispositiva regler, SvJT 1980 s. 577,
– Studier rörande partshandlingar, Almqvist & Wiksell, 1970,
– Förlikning i tvistemål, Uppsala, 1958.
Lavin, Rune, Är förvaltningsrättslig forskning rättsdogmatisk?, FT 1989 s. 115.
Lehrberg, Bert, Avtalstolkning, uppl. 5, Institutet för Bank- och Affärsjuridik, 2009,
– Praktisk juridisk metod, uppl. 3, Iustus, 1996.
Lenberg, Eva, *Geijer, Ulrika* och *Tansjö Anna*, Offentlighets- och sekretsslagen, (1 juli 2014, Zeteo).
Lindblom, Per-Henrik, ADR – Opium för rättsväsendet? Synpunkter på alternativ tvistlösning och valfri civilprocess, I: Sena uppsatser, Norstedts Juridik, 2006,
– Domstolens växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?, I: Sena uppsatser, Norstedts Juridik, 2006,
– Processens arkitektur. Jakten på det slutliga bevistemat i ett funkishus med flera våningar, I: Sena uppsatser, Norstedts Juridik, 2006,
– Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda, SvJT 2000 s. 105,

– Finprocesser, barfotaprocesser och grupptalan, I: Progressiv Process, Iustus, 2000,
– Processens funktioner – en resa i gränslandet, I: Progressiv Process, Iustus, 2000,
– Tvekamp eller inkvisition? Reflektioner om straffprocessens samhällsfunktioner och grundstruktur, I: Progressiv Process, Iustus, 2000,
– Processhinder: Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt, P.A. Norstedt & Söner, 1974.
Lindell, Bengt, Civilprocessen, uppl. 3, Iustus, 2012,
– Notorietet och kontradiktion, Iustus, 2007,
– Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning, Iustus, 2006.
– Alternativ tvistlösning – särskilt medling och skiljeförfarande, Iustus, 2000.
– Partsautonomins gränser – i dispositiva tvistemål och med inriktning på rättsanvändningen, Iustus, 1988,
– Sakfrågor och rättsfrågor – En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt, Iustus, 1987.
Linderfalk, Ulf, Om tolkningen av traktater, Lunds universitet, 2001.
Lindskog, Stefan, Skiljeförfarande: En kommentar, uppl. 2, Norsteds Juridik, 2012.
Mackie, Karl, The Future for ADR Clauses After *Cable & Wireless* v. *IBM*, Arbitration International, vol. 19 nr 3 s. 345, 2003.
Madsen, Finn, Om principen jura novit curia vid skiljeförfarande, JT 2010–11 s. 485,
– Skiljeförfarande i Sverige, uppl. 2, Jure, 2009.
Matz, Henrik, Begreppet domstol i EU-rätten – en studie av domstolsbegreppet i bestämmelserna om förhandsavgörande, Iustus, 2010.
Mehren, George M. von, och *Salomon, Claudia*, Submitting Evidence in an International Arbitration, The Common Lawyers Guide, Journal of International Arbitration, vol. 20 nr 3, 2003.
Mellqvist, Mikael, Ett krumbuktande rättsfall med lyckligt slut, JT 2012–13 s. 148.
Morrissey, Joseph F., Graves, Jack M., International Sales Law and Arbitration, Kluwer Law International, 2008.
Mulcahy, Leigh-Ann, Human Rights and Civil Practice, Sweet & Maxwell, 2001.
Mårsäter, Olle, Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning, Uppsala, 2005.
Nordh, Robert, Praktisk Process I. Processens ramar i tvistemål. Om yrkanden och grunder, ändring av talan m.m., uppl. 3, Iustus, 2012,
– Om skälighet och bevisprövning, Blendow Lexnova Expertkommentar, processrätt oktober 2011,
– Praktisk process V. Rättegångshinder. Om forum, talerätt, åtalsrätt m.m., Iustus, 2008,
– Förlikningsdom och supplerande moment, I: Spridda tankar: reflektioner kring talerätt, rättskraft, bevisfrågor m.m., Iustus, 2008.
Norman, Jan och *Öhman, Lina*, Medling och andra former av konflikthantering, Iustus, 2011.
Nyström, Birgitta, Medling i arbetstvister en rättslig studie av det svenska systemet i jämförande nordiskt perspektiv, Norstedts, 1990.
Olivecrona. Karl, Rättsordningen, idéer och fakta, Gleerups, 1966,
– Rätt och dom, P.A. Norstedt & Söners förlag, 1960
– Talerätt och materiell rätt. En relik från naturrätten, SvJT 1925 s. 177.
Peczenik, Aleksander, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005 s. 249,
– Vad är rätt?, Norstedts Juridik, 1995.
Petrochilos, Georgios, Procedural Law in International Arbitration, Oxford University press, 2004.
Phillips, Gerald F., Same-Neutral Med-Arb: What does the Future Hold?, Dispute Resolutions Journal, May/July 2005 s. 24.
Pålsson, Lennart, Dubbelrelevanta rättsfakta vid prövning av domstols behörighet, SvJT 1999 s. 315.
Radetzki, Markus, I vad mån beaktas ålder och bruk vid beräkning av skadestånd för totalskada på egendom?, JT 2011–12 s. 634.

Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och *Ovey, Clare*, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, uppl. 6, Oxford University Press, 2014.
Ramberg, Anne, Förändringar i omvärlden och deras betydelse för advokatrollen, SvJT 2004 s. 315.
Ramberg, Christina, Uppsägning vid långvariga samarbetsavtal, SvJT 2010 s. 94,
– ”Give me the law” Avskaffa Jura Novit Curia!, Advokaten nr 8, 2006.
Ramberg, Jan och *Ramberg, Christina*, Allmän avtalsrätt, uppl. 8, Norstedts Juridik, 2010.
Runesson, Erik M., Handbok för medling i affärstvister, Liber, 2010,
– Byråjäv och skiljemannauppdrag prövat av HD, JT 2007–08 s. 947.
Röhl, Klaus F. och *Machura, Stefan*, Procedural Justice, Achgate, 1997
Samuelsson, Joel, Avtalstolkning på europeiska. del I: Systemet, SvJT 2012 s. 962.
Sandgren, Claes, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004–05 s. 297.
Santens, Ank A., Expert determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration. What happens when the expert's Decision is not Final and Binding?, Arbitration International, vol. 23, nr 4, 2007.
Schäfer Erik, Verbist Herman och *Imhoos, Christophe*, ICC Arbitration in Practie, Kluwer Law international, 2005.
Shapiro, Martin, Courts: A Comparative and Political Analysis, The University of Chicago Press, 1981.
Sjöman, Erik, Integrationsklausuler och dispositiv rätt, JT 2002–03 s. 935.
Smith, Henry E., Modularity in Contracts: Boilerplate and Information Flow, Yale Law & Economics Research Paper nr 328, 2006.
Smith, Stephen A., Contract Theory, Oxford University Press, 2004.
Spiermann, Ole, Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties, Arbitration International, vol. 20 nr 2, 2004.
Stitt, Allan J., Mediation: a practical guide, Cavendish Publishing, 2004.
Ställvik, Olof, Domarrollen: Rättsregler, yrkeskultur och ideal, Uppsala universitet, 2009.
Sundberg, Jacob W. F., fr. Eddan t. Ekelöf – Repetitorium om rättskällor i Norden, Juristförlaget, 1990 (nytryck från 1978).
Sunnqvist, Martin, Domarens oavhängighet och domarens känsla av oavhängighet, Tidsskrift för Sveriges Domarförbund, 2011 s. 35,
– Allmän domstols officialprövning, materiella processledning och upplysande verksamhet i konsumenttvister, JT 2010–11 s. 162.
Söderlund, Christer, Multimodala tvistlösningsklausuler, JT 2005–06 s. 187.
Tamanaha, Brian Z., On the Rule of Law History, Politics, Theory, Cambridge University Press, 2004.
To, Van-Hoa, Judicial Independence: A Legal Research on Its Theoretical Aspects, Practices from Germany, the United States of America, France, Vietnam, and Recommendations for Vietnam, Juristförlaget, 2006.
Tonell, Magnus, Sekretessavtal och det rättsliga skyddet för företagshemligheter, Jure, 2012.
Tiby, Eva, Domarjäv, Iustus, 1993.
Tuori, Karlo, Rättsstatsbegreppet: polemik och paradox, I: Festskrift till Åke Frändberg (red. Anders Fogelklou och Torben Spaak), Iustus, 2003.
Walin, Gösta, Skuldebrevslagen, (1 oktober 2011, Zeteo).
Welamson, Lars, Svensk rättspraxis: Civil- och straffprocessrätt 1963–1967, SvJT 1969 s. 918,
– Svensk rättspraxis i civil och straffprocessrätt mellan åren 1948 och 1952, SvJT 1953 s. 686,
– Rättsfall från hovrätterna. Fråga om fastighetsägares rätt till skadestånd, då fastigheten frångått honom till följd av utmätning för förre ägarens gäld, SvJT 1950 s. 277.
Westberg, Peter, Civilrättskipning, uppl. 2, Norstedts Juridik, 2013,
– Parts förfoganderätt och domarens rättsanvändning, JT 2011–12 s. 168,
– Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, Norstedts Juridik, 2010,
– Kontrakterad privatdomare, I: Festskrift till Lars Heuman (red. Jan Kleineman, Peter Westberg och Stephan Carlsson), Jure, 2008,

– Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning, I: Festskrift till Hans Ragnemalm (red. Göran Regner, Marianne Eliason och Hans-Heinrich Vogel), Juristförlaget, 2005,
– Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder, Bok 2, Juristförlaget, 2004,
– Processtaktik och bevisbörda i dispositiva tvistemål, I: Festskrift till Per Henrik Lindblom (red. Torbjörn Andersson och Bengt Lindell), Iustus, 2004,
– Tolkning och verkställighet av en dom som bara stadfäster delar av en förlikningsuppgörelse, JT 2003–04 s. 859,
– Domstols officialprövning: En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p. 1, Juristförlaget, 1988.

Zahle, Henrik, Om at forske i retten og dømme i retten, I: Festskrift till Aage Michelsen (red. Paul Krüger-Andersen), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

Öhrström, Marie, Stockholms Handelskammares Skiljedomsinstitut en handbok och regelkommentar för skiljeförfarande, Norstedts Juridik, 2009.

Övrig litteratur

– Notes; Private Judging in California: Ethical Concerns and Constitutional Considerations, 23 New England Law Review s. 363 (1988–1989)
– Notes; The California Rent-A-Judge Experiment: Constitutional and Policy Considerations of Pay-As-You-Go Courts, 94 Harvard Law Review s. 1592 (1980–81)
– Tvistemålsprocessen tar intryck av skiljeförfarande, Advokaten nr 9, 2012.

Offentligt tryck

Sverige

UTREDNINGSBETÄNKANDEN

– SOU 2011:42 En reformerad domstolslagstiftning.
– SOU 2010:44 Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol.
– Ds 2010:39 Medling i vissa privaträttsliga tvister.
– SOU 2008:125 En reformerad grundlag, del I och II.
– SOU 2008:123 Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen.
– SOU 2008:93 Partsinsyn och ny teknik i domstol m.m.
– SOU 2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter.
– SOU 2007:26 Alternativ tvistlösning.
– SOU 2001:103 En modernare rättegång.
– SOU 2000:99 Domarutnämningar och domstolsledning, del A.
– SOU 1998:135 Domstolsorganisationen – sammanställning av grundmaterial från 1995 års Domstolskommitté.
– SOU 1995:65 Näringslivets tvistlösning.
– SOU 1994:99 Domaren i Sverige inför framtiden – utgångspunkter för fortsatt utredningsarbete, del A och B.
– SOU 1994:81 Ny lag om skiljeförfarande.
– SOU 1986:1 Översyn av rättegångsbalken II.
– SOU 1983:52 Företagshemligheter.
– SOU 1982:26 Översyn av rättegångsbalken I, del B.
– SOU 1982:25 Översyn av rättegångsbalken I, del A.
– SOU 1972:15 Ny regeringsform – ny riksdagsordning.
– SOU 1969:41 Domstolsväsendet III Fullföljd av talan m.m.
– SOU 1938:44 Förslag till rättegångsbalk II. Motiv m.m.

PROPOSITIONER

- Prop. 2010/11:128 Medling och förlikning – ökade möjligheter att komma överens.
- Prop. 2009/10:80 En reformerad grundlag.
- Prop. 2004/05:131 En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol.
- Prop. 2003/04:87 Rättshjälp i gränsöverskridande rättsliga angelägenheter.
- Prop. 1998/99: 35 Ny lag om skiljeförfarande.
- Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.
- Prop. 1988/89:78 om högsta domstolen och rättsbildningen.
- Prop. 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter.
- Prop. 1987/88:1 om ändring i rättegångsbalken (enskilt anspråk vid förundersökning och rättegång).
- Prop. 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande.
- Prop. 1984/85:32 om riktlinjer för det framtida arbetet mot ekonomisk brottslighet m.m.
- Prop. 1979/80:2 med förslag till sekretesslag m.m.
- Prop. 1975/76:209 om ändring i regeringsformen.
- Prop. 1975/76:160 om nya grundlagsbestämmelser angående allmänna handlingars offentlighet
- Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.
- Prop. 1973:90 Ny regeringsform och ny riksdagsordning, m.m.
- Prop. 1972:4 med förslag till rättshjälpslag m.m.
- Prop. 1971:45 med förslag till lag om ändring i rättegångsbalken m.m.
- Prop. 1942 nr 5 med förslag till rättegångsbalk; given Stockholms slott den 28 november 1941.
- Prop. 1931 nr 80 angående huvudgrunderna för en rättegångsreform.
- Prop. 1929 nr 226 med förslag till lag om skiljemän och lag om ändrad lydelse av 46 § utsökningslagen; given Stockholms slott den 22 mars 1929.

ÖVRIGT RIKSDAGSTRYCK

- Dir. 2014:16 – Kommittédirektiv – En översyn av lagen om skiljeförfarande.
- Lagrådsremiss (Justitiedepartementet) om medling och förlikning, den 4 april 2011.
- Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m., avgivna den 31 jan. 1914.

EU

- Protokoll (nr 3) om stadgan för Europeiska unionens domstol, EGT C 83/210. (2010).
- Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, 2007/C 303/02.
- Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa aspekter på medling i civilrättsliga tvister, COM(2004)718 av den 22 oktober 2004.
- Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt COM(2002)196 av den 19 april 2002.

Privata regelverk

- AB04, Allmänna Bestämmelser för byggnads-, anläggnings, och installationsentreprenader.
- Center for Effective Dispute Resolution, CEDR, Model Expert Determination Agreement including Guidance Notes, http://www.cedr.com/library/documents/expert_determination.pdf

- Center for Effective Dispute Resolution, CEDR, Model Early Neutral Evaluation Agreement including guidance Notes, http://www.cedr.com/about_us/modeldocs/?id=9.
- China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC Arbitration Rules (2015), http://www.cietac.org/index/rules.cms.
- Dispute Resolution Board Foundation, DRBF, DRBF Practice and Procedures, Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards (2007), http://www.drb.org/manual.htm.
- Draft Common Frame of Reference, DCFR, Principles Definitions and Model Rules of European Private Law, http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf
- Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils, FIDIC, (Yellow Book) Conditions of Contract for Plant and Design-Build.
- Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils, FIDIC, (Red Book) Conditions of Contract for Construction.
- Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils, FIDIC, (Silver Book) Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects.
- Göteborgsklausulerna, Västsvenska handelskammarens förtroenderåds regler om medling och skiljeförfarande (2009), http://handelskammaren.net/Documents/Affärsjuridik/Skiljeregler/Göteborgsklausulerna%20-%20svensk%20version%20(2).pdf.
- International Centre for Dispute Resolution, International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules) (2014), https://www.icdr.org/icdr/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTAGE2020868&revision=latestreleased.
- International Chamber of Commerce, ICC Arbitration Rules (2012), http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/.
- International Chamber of Commerce, ICC Dispute Board Rules (2004), http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/.
- International Chamber of Commerce, Standard ICC Dispute Boards Clauses, http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Dispute-Boards/Standard-ICC-Dispute-Boards-Clauses/.
- International Chamber of Commerce, ICC Mediation Rules (2014), http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/.
- International Chamber of Commerce, ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings (2015), http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Experts/Administration-of-Expert-Proceedings/ICC-Rules-for-the-Administration-of-Expert-Proceedings/.
- Kontor 2003, Allmänna bestämmelser för flyttning av kontorsinventarier. Fastställda av Svenska Åkeriförbundet (SÅ) och Sveriges Möbeltransportörers Förbund (SMF), http://orebrotransporttjanst.se/kontor_2003.pdf.
- London Court of International Arbitration, LCIA Arbitration Rules (2014), http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.
- NL 09, Allmänna leveransbestämmelser för leverans av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige.
- The Principles of European Contract Law, PECL, http://www.jus.uio.no/lm/en/manifest/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002.html.
- Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut, Procedures for the Administration of Cases under the UNCITRAL Rules (2015), http://www.sccinstitute.se/tvistlosning/regler/.
- Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut, Skiljedomsregler (2010), http://sccinstitute.se/media/40117/skiljedomsregler_sv_webbversion.pdf.
- Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut, Regler för förenklat skiljeförfarande (2010), http://sccinstitute.se/media/49816/forenkl-skiljedomsregler_sv_web.pdf.

– Stockholms handelskammares skiljedomsinstitut, Medlingsregler (2014), http://sccinstitute.se/tvistlosning/modellklausuler/svenska/.
– Stockholms handelskammares skiljedomsinstituts modellklausul för skiljeförfarande, http://sccinstitute.se/tvistlosning/modellklausuler/svenska/.
– Stockholms handelskammares skiljedomsinstituts modellklausul för medling, http://www.sccinstitute.se/medling/modellklausul-2.aspx.
– Svenska institutet för medling, Förfaranderegler för medling, http://sim-medling.org/wp-content/uploads/2014/06/Förfaranderegler_SIM1.pdf.
– UNCITRAL Arbitration Rules (2010), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.
– UNCITRAL Arbitration Rules (1976), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.
– UNCITRAL Conciliation Rules (1980), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html.
– UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, Modellagen, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.
– UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html.
– The World Bank, Standard Bidding Documents Procurement of Works (2000), http://web.worldbank.org/archive/website01291/WEB/IMAGES/W_7.PDF.

Övrigt

– Advokatsamfundets etiska regler – Vägledande regler om god advokatsed, http://www.advokatsamfundet.se/Advokatetik/.
– Allmän domarstadga (ADSt), Internationella domarunionens centralråd, 1999.
– Domarens självständighet – några internationella dokument, skrift utgiven av Sveriges Domareförbund och Domstolsverket 2003.
– Europeisk stadga om regler för domarnas rättsställning (EstDR), Europarådet, 1998.
– Europeiska uppförandekoder för medlare, European Code of Conduct for Mediators, http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_sv.pdf.
– God domarsed om etik och ansvarstagande, Domstolsverket, http://www.hogstadomstolen.se/Publikationer/Rapporter/god_domarsed-om_etik_och_ansvarstagande_webb.pdf.
– Grundprinciper för domstolsväsendets oberoende (FN-GDO), FN:s sjunde kongress om brottsförebyggande och behandling av lagöverträdare, 1985.
– Magna Carta of Judges (MCJ), Europarådet, 2010.
– Nationalencyklopedin, nätupplaga, http://www.ne.se.
– Regler om god advokatsed för europeiska advokater (CCBE), https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_sv/Advokatetik/Regler_om_god_advokatsed_for_europeiska_advokater_med_kommentar_2006.pdf.
– Rekommendation R(2010)12 av Europarådets ministerkommitté till medlemsstaterna om domare: oberoende, effektivitet och ansvar.
– Resolution 35/52, Conciliation Rules of the United nations Commission on International Trade Law, 1980.
– Resolution 57/18, Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law, http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/538/98/PDF/N0253898.pdf?OpenElement.
– UNCITRAL, förteckning över vilka länder som infört Modellagen som nationell lagstiftning, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html.
– UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1995.

Rättsfall

Sverige

Högsta domstolen

REFERAT

NJA 2013 s. 1017 105, 119, 120, 417
NJA 2013 s. 271 404
NJA 2012 s. 1038 (fall I) 53
NJA 2012 s. 597 404
NJA 2012 s. 289 38, 343
NJA 2012 s. 211 (fall I) 92, 282
NJA 2011 s. 600 49, 400, 404
NJA 2011 s. 576 126, 406, 407, 410, 447
NJA 2011 s. 241 38
NJA 2010 s. 734 105
NJA 2010 s. 643 391
NJA 2010 s. 629 49, 400, 404
NJA 2010 s. 448 416
NJA 2010 s. 274 212, 220, 221, 225
NJA 2010 s. 151 331
NJA 2009 s. 738 297
NJA 2009 s. 672 49, 394, 400, 404
NJA 2008 s. 406 330, 460
NJA 2007 s. 862 258
NJA 2007 s. 841 230, 231
NJA 2007 s. 547 330, 331
NJA 2006 s. 367 408, 411
NJA 2005 s. 385 131
NJA 2003 s. 523 243
NJA 2002 s. 288 190
NJA 2001 s. 731 330
NJA 2001 s. 511 141
NJA 2001 s. 31 258
NJA 1999 s. 673 460
NJA 1999 s. 629 258
NJA 1999 s. 602 243
NJA 1998 s. 590 38
NJA 1998 s. 364 349
NJA 1998 s. 278 325
NJA 1998 s. 232 239
NJA 1998 s. 189 290, 292, 439
NJA 1997 s. 825 258
NJA 1997 s. 121 363
NJA 1996 s. 52 319
NJA 1995 s. 347 343
NJA 1994 s. 751 317, 460
NJA 1994 s. 712 (fall I–III) 128, 130, 131, 172
NJA 1994 s. 290 239, 242, 363
NJA 1994 s. 256 262, 391
NJA 1994 s. 194 79
NJA 1993 s. 597 205
NJA 1993 s. 566 227
NJA 1993 s. 436 160, 299
NJA 1993 s. 111 258, 259
NJA 1993 s. 13 48, 279
NJA 1992 s. 859 317, 460
NJA 1992 s. 513 239, 243
NJA 1992 s. 403 42
NJA 1992 s. 363 239, 363
NJA 1992 s. 143 120, 215, 233
NJA 1991 s. 188 363
NJA 1990 s. 687 141
NJA 1990 s. 286 351
NJA 1989 s. 614 48, 279
NJA 1989 s. 189 290
NJA 1989 s. 143 234
NJA 1987 s. 979 258
NJA 1986 s. 470 349
NJA 1986 s. 205 391
NJA 1985 s. 464 258
NJA 1985 s. 106 258
NJA 1984 s. 229 290, 297, 299
NJA 1984 s. 215 141, 142
NJA 1983 s. 3 262, 391
NJA 1982 s. 853 120, 172, 177, 183, 184, 185, 215, 233
NJA 1982 s. 376 142, 317
NJA 1982 s. 210 314
NJA 1982 s. 175 (fall I) 223, 330, 331, 459, 463
NJA 1981 s. 1205 177, 197, 230
NJA 1980 s. 352 319
NJA 1980 s. 56 62
NJA 1979 s. 666 182
NJA 1978 s. 327 418
NJA 1978 s. 35 383
NJA 1975 s. 577 353
NJA 1975 s. 507 427

NJA 1974 s. 573 171, 177, 179, 215, 233
NJA 1973 s. 1 (fall I och III) 317, 460
NJA 1972 s. 329 62
NJA 1971 s. 453 86, 102, 140, 141
NJA 1969 s. 105 142
NJA 1964 s. 471 205
NJA 1960 s. 23 317, 460
NJA 1958 s. 654 86, 102, 140
NJA 1957 s. 470 422, 424, 427, 453
NJA 1953 s. 751 290, 292, 439
NJA 1949 s. 724 101, 102
NJA 1902 s. 401 178

NOTISFALL

NJA 2010 N 42 416
NJA 2008 N 1 363
NJA 2003 C 48 422, 424, 427, 453
NJA 2003 C 17 142, 317, 460
NJA 1982 C 67 425, 427

Övriga domar från Högsta domstolen

T 1418-02, av den 22 november 2007 258

Regeringsrätten

RÅ 2002 ref. 104 190

Arbetsdomstolen

AD 2013 nr 24 369
AD 1974 nr 36 153

Underrätter

RH 2003:43 353
RH 1998:28 240
RH 1998:3 428
RH 1995:123 179
RH 1995:110 427, 428
RH 1994:100 239, 240
RH 1987:32 153
RH 1980:48 179

Hovrätten för övre Norrland, T 555-12, dom den 26 maj 2014 410
Svea hovrätt, T 3565-13, dom den 2 april 2014 410
Svea hovrätt, T 6047-12, dom den 16 september 2013 425, 427
Svea hovrätt, T 735-10, dom den 28 mars 2013 410
Svea hovrätt, T 4050-10, dom den 31 augusti 2011 270
Hovrätten över Skåne och Blekinge, T 1520-08, dom den 16 december 2009 424
Svea hovrätt, T 5453-08, dom den 24 februari 2009 428
Svea hovrätt, T 4968-07, dom den 14 november 2008 154, 156, 294
Svea hovrätt, T-5043-04, dom den 15 mars 2005 167, 172
Svea hovrätt, T 948-02, dom den 10 mars 2004 273
Svea hovrätt, T 1114-97, slutligt beslut den 22 februari 1999 369
Stockholms tingsrätt, T 7-1112-96, slutligt beslut den 30 september 1997 320
Hovrätten för övre Norrland, dom av den 8 juli 1947. Fallet refereras i SvJT 1950 s. 277 86, 140

Riksdagens justitieombudsman

JO beslut den 14 december 2010 Dnr 2700-2010 206, 225
JO beslut den 24 januari 2008 Dnr 1677-2006 206, 207
JO 1971 s. 348 367

Praxis – Europa och Internationellt

EU

C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA* mot *Autoridade Tributária e Aduaneira* 191, 194, 199
C-394/11, *Valeri Hariev Belov* mot *CHEZ Elektro Balgaria AD m.fl.* 191, 194
C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH* mot *Tyskland* 56, 86,
C-393/92, *Gemeente Almelo m.fl.* mot *Energiebedrijf IJsselmij NV* 191, 194, 197, 289
C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark* mot *Dansk Arbejdsgiverforening*, som för talan för *Danfoss* 199
C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerai GmbH* mot *Reederei Mond Hochseefisherai Nordstern AG & Co. KG* och *Reederei Friedrich Busse Hochseefisherei Nordstern AG & Co. KG* 199, 200
36/75, *Rutili* mot *inrikesministern* 56
4/73, *Nold* mot *kommissionen* 56
29/69, *Stauder* mot *Ulm* 56
Förslag till avgörande av generealadvokat Lenz, mål C-109/88 (*Danfoss*) 199
Förslag till avgörande av generaladvokat Reischl, mål C-102/81 (*Nordsee*) 200

Europadomstolen

Mikhaylenko mot *Ukraina*, dom den 30 maj 2013 107
Oleynikov mot *Ryssland*, dom den 14 mars 2013 108
Momčilović mot *Serbien*, dom den 2 april 2013 193, 198
Oleksandr Volkov mot *Ukraina*, dom den 9 januari 2013 211
DMD Group A.S mot *Slovakien*, dom den 5 oktober 2011 194, 211, 228, 229
Shabanov och *Tren* mot *Ryssland*, dom den 14 december 2006 194
Sokurenko och *Strygun* mot *Ukraina*, dom den 20 juli 2006 191, 193, 194, 198
Gurov mot *Moldavien*, dom den 11 juli 2006 193, 194
Martinie mot *Frankrike*, dom den 12 april 2006 252
Mihailov mot *Bulgarien*, dom den 21 juli 2005 189, 191, 212
Miller mot *Sverige*, dom den 8 februari 2005 115, 241, 242
Juha Hämäläinen m.fl. mot *Finland*, beslut den 26 oktober 2004 228
Thompson mot *Förenade Konungariket*, dom den 15 juni 2004 115
Transado-Transportes Fluviais do Sado mot *Portugal*, dom den 16 december 2003 94, 109, 195
Walstone (nr 1) mot *Norge*, dom den 3 juni 2003 259
Posokhov mot *Ryssland*, dom den 4 mars 2003 193, 198
Döry mot *Sverige*, dom den 12 november 2002 242
Lundevall mot *Sverige*, dom den 12 november 2002 241, 242
Salomonsson mot *Sverige*, dom den 12 november 2002 242
Komanický mot *Slovakien*, dom den 4 juni 2002 227, 228

Fogarty mot *Förenade konungariket*, dom den 21 november 2001 107
Werner mot *Polen*, dom den 15 november 2001 226
Kreuz mot *Polen*, dom den 19 juni 2001 191
Kress mot *Frankrike,* dom den 7 juni 2001 227, 259, 266
Cypern mot *Turkiet*, dom den 10 maj 2001 189
Beer mot *Österrike*, dom den 6 februari 2001 227, 259
Cöeme mot *Belgien*, dom den 22 juni 2000 193
Camilleri mot *Malta*, beslut den 16 mars 2000 266
McGonnell mot *Förenade Konungariket*, dom den 8 februari 2000 113, 245
Souvaniemi mot *Finland*, beslut den 23 februari 1999 112, 115, 199
Osman mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 oktober 1998 85
Schenk mot *Schweiz*, dom den 12 juli 1998 228
Richard mot *Frankrike*, dom den 22 april 1998 112
K.D.B mot *Nederländerna*, dom den 27 mars 1998 234, 259
Allan Jacobsson (nr 2) mot *Sverige*, dom den 19 februari 1998 241, 242
Gomez de la Torre mot *Spanien*, dom den 19 december 1997 418
Werner mot *Österrike*, dom den 24 november 1997 112
Rolf Gustafson mot *Sverige*, dom den 1 juli 1997 85, 112, 115, 190, 245
Pauger mot *Österrike,* dom den 28 maj 1997 114, 252
Findlay mot *Förenade Konungariket*, dom den 25 februari 1997 203, 211, 226
Nideröst-Huber mot *Schweiz*, dom den 18 februari 1997 259
Bulut mot *Österrike*, dom den 22 februari 1996 112
Lobo Machado mot *Portugal*, dom den 20 februari 1996 259, 266
Vermeulen mot *Belgien*, dom av den 20 februari 1996 259
Beaumartin mot *Frankrike*, dom den 24 november 1994 280
Debled mot *Belgien*, dom 22 september 1994 233
Fayed mot *Förenade konungariket,* dom den 21 september 1994 107, 114
Fredin (nr 2) mot *Sverige*, dom den 23 februari 1994 241, 242
Dombo Beheer B.V. mot *Nederländerna*, dom den 27 oktober 1993 227, 228
Schuler-Zgraggen mot *Schweiz,* dom den 24 juni 1993 252
Pfeifer och *Plankl* mot *Österrike*, dom den 25 februari 1992 53, 65, 107, 115
Helmers mot *Sverige*, dom den 29 oktober 1991 242
Kreuz mot *Polen*, dom den 19 juni 1991 107, 461
Håkansson och *Sturesson* mot *Sverige*, dom den 21 februari 1990 109, 112, 113, 245, 252
H mot *Frankrike*, dom den 24 oktober 1989 86
Langborger mot *Sverige*, dom den 22 juni 1989 211
Hauschildt mot *Danmark*, dom den 24 maj 1989 226, 228
Schenk mot *Schweiz*, dom den 12 juli 1988 266
Belilos mot *Schweiz*, dom den 29 april 1988 92, 189, 191, 280, 282
H mot *Belgien*, dom den 30 november 1987 92, 191, 280, 282
Pudas mot *Sverige*, dom den 27 oktober 1987 85
Lithgow m.fl. mot *Förenade Konungariket*, dom den 8 juli 1986 115, 189, 191, 216
Benthem mot *Nederländerna*, dom den 23 oktober 1985 282
Ashingdane mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 maj 1985 107, 114
Colozza mot *Italien*, dom den 12 februari 1985 191
Sramek mot *Österrike*, dom den 22 oktober 1984 212
Campbell och *Fell* mot *Förenade Konungariket*, dom den 28 juni 1984 189, 190, 211, 212
Pretto m.fl. mot *Italien*, dom den 8 december 1983 242, 252

Piersack mot *Belgien,* dom den 1 oktober 1982 198, 226, 228
Le Compte, *Van Leuven* och *De Meyere* mot *Belgien*, dom den 23 juni 1981 110, 226
Van Leuven och *De Meyer* mot *Belgien*, dom av den 23 juni 1981 85
Deweer mot *Belgien*, dom den 27 februari 1980 109, 112
Winterwerp mot *Nederländerna*, dom den 24 oktober 1979 85
Golder mot *Förenade Konungariket*, dom den 21 februari 1975 54, 85, 108, 190
Neumeister mot *Österrike*, dom den 7 maj 1974 111
Ringeisen mot *Österrike*, dom den 16 juli 1971 211
Delcourt mot *Belgien*, dom den 17 januari 1970 211, 234

Europakommisionen

Nordström-Janzon och *Nordström Lehtinen* mot *Nederländerna*, beslut den 27 november 1996 109, 199, 216
Lundgren mot *Sverige,* beslut den 17 maj 1995 111
Boss Söhne KG mot *Tyskland*, beslut den 2 december 1991 199
Jon Axelsson m.fl. mot *Sverige*, beslut den 13 juli 1990 113, 114, 115, 245
Bramelid och *Malmström m.fl.* mot *Sverige*, beslut den 12 oktober 1982 110
Crociani, *Palmiotti*, *Tanassi*, *Lefebvre D'Ovidio* mot *Italien*, beslut den 18 december 1980 211
Zand mot *Österrike*, Europakommissionens rapport den 12 oktober 1978 212
Zand mot *Österrike*, beslut den 16 maj 1977 198
X mot *Federala republiken Tyskland*, beslut den 5 mars 1962 94, 109, 195

Danmark

Højesterets dom av den 17 juni 2009, i mål 424/2007, U.2009.2387H, UfR 2009 s. 2387 183

England

Cable & Wireless Plc mot *IBM United kingdom Ltd*, [2002] E.W.H.C. 2059 (comm.) 2 All ER (Comm)1041 183
Inntrepreneur Pub Co (GL) mot *East Crown Ltd.*, 2000 WL 1151484 335, 336

Frankrike

Poiré mot *Tripier*, Cour de Cassation, den 14 februari 2003 106

USA

Gianni mot *Russel & Co.* 126 A. 791 (1924) 336

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 496 2015-03-31 14:36:05

Sakregister

AB04 297
abstrakt fel 457
abstrakta rättsfakta 61, 278
access to court 108
ad hoc medling 170
ad hoc skiljeförfaranden 146
affärs- och driftsförhållanden 248
affärshemligheter 365, 367
allmänna erfarenhetssatser 283
allmänna handlingar 250, 367
allmänna kontraktsrättsliga principer 394
alternativt tvistlösningsavgörande
– rättsverkan 445
alternativt tvistlösningsavtal 178, 440, 445
avsiktsbevis 339, 354, 359, 385
avtal om exklusiva och prioriterade bevismedel 377
avtal om förlikningsförhandling 167
avtalsfrihet 294, 296, 327, 354, 363, 409, 436
avtalsförhandling 347
avtalskomplettering 286
avtalspreliminärer 333, 334, 335, 337, 339, 341, 359, 378, 380, 381
avtalstolkning 262, 333, 338, 381, 386, 455
avtalsutfyllnad 286, 296
avvisa bevisning 329, 350, 351, 379, 434, 460, 461
avvisning 121, 153, 184, 282, 308, 310, 313, 314, 315, 317, 319, 322, 324, 392, 398
avvisningsbeslut 314
avvisningseffekt 45

beslutsorgan 216
bevisavtal 273, 328
bevisbörda 264, 311, 338, 349, 407, 408, 411
bevisbörderegel 394
bevisfakta 264, 335, 338, 340, 343, 351, 373, 376, 378, 380, 386, 411, 455
bevisfråga 296, 387
bevisföring 313
bevisföringsförbud 328, 333, 335, 347, 351, 434, 455, 461
beviskrav 349, 376
bevislättnadsregel 405
bevismedel 257, 264, 328, 331, 334, 338, 342, 346, 347, 358, 373, 376, 386, 455
bevisomedelbarhet 264, 356
bevispresumtion 351, 352
bevissäkringsskäl 417
bevissäkringstanke 451
bevistema 264, 330
bevisvärde 319, 338, 344, 348, 351, 352, 356, 373, 376, 379, 380, 386, 455
bevisvärdering 277, 283, 289, 300, 308, 334, 339, 346, 348, 350, 377, 379, 385, 436, 443, 444, 455
bevisvärderingsöverenskommelse 348
bifallsförutsättning 393
boilerplateklausul 333, 354, 382
bokstavstolkning 338
branschorganisation 206
byråjäv 231
bästa bevismaterialet 264
bästa bevismedlet 356, 360

civilprocessens funktion 74, 436
Combined Dispute Board 158
cooling-off klausul 176
culpa in contrahendo 312

DCFR 48, 404
den kontradiktoriska modellen 28, 207
den kontradiktoriska principen 29, 255
deni de justice 85, 108, 177
derogation 143
derogationsavtal 104
diskretionär prövning 49, 94, 214, 287, 288, 401, 405, 444, 454
dispositionsprincipen 255, 260, 270, 275, 371, 408

dispositivt processhinder 104, 106, 152, 195, 317, 418
Dispute Adjudication Board 157, 158
Dispute Board 154, 157
– DAB-klausul 159
– DRB-klausul 158
– ledamöter 157
– regelverk 157
– regler 161
– rättsverkan 158
Dispute Board-avtal
– rättsverkningar 184
– tolkning 184
Dispute Board-förfarande 157, 184, 218, 235, 291
– former 157
Dispute Review Board 157, 158
dom
– stadfästelse 280, 420
– verkställbar 282
domare
– behörighetsvillkor 209
– beslutsfattande 251
– kvalifikationer 209, 211
– opartiskhet 220, 221, 224
– roll 221, 228, 283
– uppdraget 209, 211, 221
domarjäv 209, 225
domstol
– beslutsfattare 191, 192, 193, 208, 211
– förlikningsverksamheten 222
– oavhängighet 191, 203, 205, 206, 208, 210, 216, 226
– offentlighet 247
– opartisk 203, 207, 226
– permanent 191, 192, 199, 210, 211
– rollfördelning 207
– rättslig prövning 444
– rättstillämpning 387, 388, 395, 402, 405
– sammansättning 191, 193, 208
– självständighet 204, 207, 208
– upprättat med stöd av lag 191, 442
domstolsanknuten medling 169
domstolsbegreppet 189, 201
domstolsorganisationen 210
dubbelrelevanta rättsfakta 330, 459
Early Neutral Evaluation 154
efterhandstvingande 150
eninstansförfarande 230, 415
ensambeslutanderätt 128, 133, 171, 277, 301
ensidiga processhandlingar 61, 103, 176, 241, 257, 260, 261, 262, 270, 279, 281, 332, 338, 357, 363, 364, 371, 374, 390, 406, 436, 443, 451
equality of arms 227
erkännande 279, 390
europeiska uppförandekoder 173, 220, 237
ex aequo et bono 50, 284, 287
ex parte-möten 219, 237, 258
exekutionstitel 173, 201, 280, 282, 292, 300, 421, 439, 441
exklusiva bevismedel 346, 350, 377, 378, 383
exklusiva eller prioriterade bevismedel 328, 348, 359
extraordinära domstolar 193
extraordinära rättsmedel 235, 282

fakultativa regler 262
falsk bevisbörda 352
fastställelsetalan 317
flerstegsförfarande 184
flerstegsklausul 155, 158, 164, 167, 182
fri bevisföring 239, 263, 276, 282, 328, 329, 337, 343, 348, 350, 352, 362, 370, 371, 460, 461
fri bevisprövning 239, 282
fri bevisvärdering 263, 282, 289, 291, 301, 328, 359, 376, 380, 386
fri processföring 263, 268, 276, 308, 315, 318, 321, 326, 327, 343, 370, 371
fria bevisföringens princip 263, 275, 345, 358, 360, 365
fria bevisprövningens princip 263
frågeförbud 265, 344
fullgörelsetalan 317
förbud mot förhandsuppskattning 330
förbud mot sidolöpare 334
förenklat skiljeförfarande 267, 298, 374
företagshemlighet 249, 342, 343, 365, 366, 368

förfarande där parterna agerar beslutsfattare 254, 300, 440
– muntlighet 246
förhandling 166, 248
förhandlingsmaximen 260
förhandlingsoffentlighet 247, 252, 254, 367, 374, 444
förhandlingsprincipen 29, 255
förhandlingstanken 274, 443
förhandsbedömning 350
förhandstvingande 150
– regler 232
förlikning
– muntlighet 246
förlikningsförhandlingar 167, 218, 222, 228, 237, 246, 250, 254, 258, 259, 275, 276, 285, 300, 341, 343, 385
– avtal, rättslig verkan 175
– reglering 172
förlikningsförhandlingsklausul 167, 168
– processuella rättsverkningar 168
förlikningsöverenskommelse 93, 279, 285, 294, 300, 341, 419, 420, 421, 426, 427, 429
– rättsverkan 300
– stadfästelse 279, 285, 288, 301, 453
– verkställighet 424
– villkorad 425, 429, 453
försäkringsavtal 171, 262
förtroendeskadligt förhållande 230
förutsebarhet 193, 409

gentlemen's agreement 74, 118, 177
godmansförfarande 178
grovt rättegångsfel 258
gränsdragningsproblem
– mellan olika tvistlösningsformer 178
Göteborgsklausulerna 174

handlingsdirigering 76, 77, 439
handlingsoffentlighet 249, 252, 366, 374, 444
handlingsplan 375
handläggningsform 240, 243, 246, 361, 372, 374, 452
handläggningsplan 372
handläggningstid 313

icke ordinarie domare 208
indirekt processuell rättsverkan 46, 397, 399, 405, 410, 451, 455, 456
inhibition 289
inkvisitoriskt förfarande 255
institutionell medling 170
institutionella reglementen 218
institutionella skiljeförfaranden 146
institutionellt förfarande 155, 156, 235
insyns- och kontrollfunktioner 234
integrationsklausul 328, 333, 334, 341, 347, 354, 358, 377, 380, 386, 462

judiciella uppgifter 191
jura novit curia 46, 48, 130, 133, 262, 277, 286, 287, 387, 390, 394, 397, 402, 406, 410, 412, 444, 454
jäv 220, 230, 294
jävsinvändningar 233

klandertalan 234
klassiska synsättet 87
kommunikationsprincipen 251, 258, 259, 267, 276, 373, 443
koncentrationsprincipen 240, 243
konfliktlösning 76, 77, 91, 438
konkreta rättsfakta 61
kontradiktionsprincipen 29, 227, 251, 260, 266, 275, 276, 284, 295, 326, 364, 443
kontradiktoriska modellen 28, 434, 440, 442, 445, 449
kontradiktoriskt förfarande 191, 229, 255, 372
konventionellt skiljeförfarande 146

laga kraft 282, 314, 415, 419, 421, 424
lagfaren domare 209
legala bevisteorin 263, 282
legalitetsprincipen 192
legalt skiljeförfarande 36, 146
lex arbitri 148, 149, 150
likabehandlingsprincipen 223, 227, 229, 237, 256, 267, 275, 284, 295

materiell processledning 221, 240, 261, 265, 319, 409, 427

materiell rättssäkerhet 59
materiellt rättsskydd 81, 99
med-arb-förfaranden 219, 238
med-arb-klausul 186
– rättsverkan 186
– tolkning 187
medgivande 92, 279, 390
medlare 169, 173, 187, 342
– konstituerande 201, 219
– oavhängighet 219
– opartiskhet 187
– skifta roll 185
– tystnadsplikt 344, 359
– uppdraget 219, 301
medling 166, 186, 237, 276, 300, 344, 385, 441
– avtal, rättslig verkan 175
– muntlighet 246
– offentlighet 254
– strukturerat förfarande 202, 301
medlingsavtal
– processuella rättsverkningar 173
medlingsförfarande 183
– former 170
– reglering 172
medlingsförhandlingar 169, 218, 237, 246, 254, 275, 300, 319, 342, 344
– former, evaluerande medling 169
– former, faciliterande medling 169
medlingsinstitutet 170, 174, 219
medlingsklausul 167, 170, 237, 448
– processuella rättsverkningar 168
medlingsöverenskommelse 173, 219, 300, 342, 441
– rättsverkan 174, 201, 300
– stadfästelse 219, 301
– stadfästelse, i en skiljedom 187
mini-trial 154
modellklausuler 147
modernt synsätt 87
motfakta 311, 315, 327
muntlig bevisning 346
muntlig förhandling 363, 364, 367, 374, 443
muntliga bevismedel 378
muntlighetsprincipen 238, 243, 356, 363
muntligt förberedelsesammanträde 239
muntligt sammanträde 361, 362, 365
myndigheter 204
målfördelning 206

negativ rättskraft 282, 290, 314, 439
New York-konventionen 150, 269, 290, 451
notoriska fakta 411

oavhängighet 187, 203, 204, 206, 210, 212, 443
objektiv oavhängighet 210, 217, 219
objektiv opartiskhet 220, 225, 226, 230, 235
offentlig funktionär 249
offentlig förhandling 368
offentlighetsprincipen 243, 247, 253, 365, 366, 374, 444, 452
– begränsningar 248
officialfaktum 258
officialprincipen 255, 260, 271, 277, 283, 318
officialprövning 318, 386, 426
ogilla 309, 311, 313, 324, 325, 327
omedelbarhetsprincipen 240, 243
opartisk domare 221
opartiskhet 203, 220, 443
ordinarie domare 208
ordre public 251, 269, 426

pactum turpe 426
parterna agerar beslutsfattare 218, 237
– oavhängighet 218
– opartiskhet 237
partsautonomi 143, 197, 214, 216, 244, 268, 284, 286, 291, 300, 345, 437, 440, 442, 443
partsinstruktion 243
partsinsyn 251, 257
partssakkunnig 345
PECL 48, 401, 403
personliga anknytningar 224, 228
positiv rättskraft 282, 290, 439
prejudikat 131
prejudikatbildning 79, 253, 439
prejudikattrots 79
preklusion 257, 265, 268

preklusionsföreläggande 373, 375
principen om partsautonomi 270
prioriterat bevismedel 346, 347, 351, 354, 383
privat medling 169, 172
privata aktörer 206
privata normer 46, 48, 49, 145, 319, 400, 402, 411, 413, 454
privatdomaravgörande 200, 440
– avtalsbundenhet 292
– rekommendation 292
– rättsverkningar 291
– tolkning 295
privatdomaravtal 162, 171, 178, 200, 440
– allmänna 156
– former 156
– klassificera 297
– processuell rättsverkan 163
– rättsverkningar 179
– tolkning 162, 298
privatdomaravtalet
– civilrättsliga verkningar 293
– tolkning 297
privatdomare 153, 217
– beslutsfattande 291
– beslutsfattare 217
– konstituerande 200, 218
– oavhängighet 217, 295
– opartiskhet 235, 295
– uppdrag 217, 291, 295
privatdomarförfarande 154, 155, 183, 200, 217, 236, 254, 274, 291, 300, 440
– former, ad-hoc förfarande 155
– muntlighet 246
– reglerat 161
privatdomarorgan 172
processföring 265
processförutsättning 104, 316, 320, 321, 322, 326, 391
processhandlingar 255
processhinder 104, 175, 177, 179, 182, 183, 235, 290, 293, 294, 324, 326, 342, 398, 418, 428, 433, 439
processinvändning 428
processmaterial 259, 263, 267, 276, 337, 341, 346, 365, 370, 371, 374, 390, 404, 452
processuell rättvisa 60, 239
processuell överenskommelse 62, 118, 123, 124, 134, 293, 329, 349, 361, 363, 366, 376, 380, 388, 397, 399, 405, 416, 419, 421, 433, 438, 447, 450, 456
processuella ogiltighetsprincipen 100, 119, 121, 124, 128, 133, 293, 324, 326, 327, 329, 338, 343, 352, 363, 366, 372, 380, 399, 416, 418, 436, 438, 441, 447, 450
processuellt rättsskydd 81, 85, 99, 101, 436
proportionalitet 437
prorogation 143
prorogationsavtal 104, 119, 193, 225, 434
prövningsordning 311, 312, 456
prövningstillstånd 230, 415, 417
påståendedoktrinen 142, 316, 323, 324, 327, 331, 392, 438, 459

reell och seriös tvist 325, 327
rent-a-judge 154
res judicata 282, 290, 314
resning 258, 427
rättegångskostnader 373
rättighetsprövning 89, 291, 300, 301
rättsfakta 239, 257, 261, 264, 278, 308, 314, 315, 318, 321, 326, 331, 334, 342, 380, 391, 403, 404, 408, 411, 413, 414
rättsfråga 387, 408, 411, 413, 414
rättsföljd 278, 315
rättskipning 87, 88, 89, 91, 192, 251, 436
rättskipningsuppgift 87, 89, 92, 93, 126, 206, 410, 414, 447
rättskraft 282, 290, 291, 300, 314, 316, 419, 421, 422, 424, 426, 428, 441, 453
rättskällefakta 395
rättslig prövning 87, 92, 183, 184
rättsliga principer 46, 47
rättsligt beslutsfattande 192, 205
rättsordning 60
rättsregler 46, 388, 390
rättsskydd 140, 315, 436, 437, 438
rättsskyddsprincipen 81, 96, 98, 436
rättsstat 60
rättssystem 61
rättssäkerhet 59, 192, 244, 267

rättssäkerhetsaspekter 125
rättssäkerhetsgarantier 59, 107, 191, 193, 227, 234, 241, 247, 259, 270, 273, 274, 284, 295, 439, 442, 449, 461
rättssäkerhetskrav 224
rättstillgänglighet 83, 85, 190, 224, 322
rättstillämpning 277, 282, 284, 291, 349, 387, 405, 436, 443, 444, 454
rättstillämpningsavtal 387, 388, 390, 405, 410
rättstillämpningsfakta 47, 279, 395, 397, 399, 413, 454
– tolkning 395
rättstillämpningsunderlag 390
rättstillämpningsuppgift 318, 397, 413
rättsutveckling 79, 439
rättvis rättegång 58, 83, 84, 239, 247, 256, 259, 263, 266, 326, 332, 373, 438, 442, 444

sakfråga 408
sakinvändning 261
saklegitimation 307, 326
sakprövning 279, 293, 308, 310, 313, 315, 318, 325, 326, 327, 330, 392, 398, 403, 410, 413, 455, 459
– prövningsordning 456
sakprövningsspärr 45, 46, 121, 122, 293, 308, 312, 314, 315, 321, 324, 326, 327, 455
sekretess 248, 366, 377, 444, 452
– för medlare 173
sekretessavtal 328, 339, 342, 365, 377
sekretessklausul 340, 359, 365, 366, 378, 384
självbestämmanderätt 172
självdom 167
självdomare
– beslutsfattande 302
– konstituerande 201, 202
självrättskipning 123, 134, 167, 171, 218, 233, 237, 276, 301, 441
– muntlighet 246
– reglering 174
självrättskipningsavtal
– processuell rättsverkan 177
självrättskipningsförfarande 171
självrättskipningsklausul 171
skiljeavtal 146, 153, 171, 178, 253, 270, 292, 417, 439, 442, 451
– rättsverkan 153, 179, 195
– tolkning 180, 184
– tolkningsregel 179, 181
skiljedom 219, 253, 285, 292, 442, 444
– exekutionstitel 200
– klander 195, 197, 215, 230, 253, 268, 288, 439
– klanderprocess 245
– ogiltighet 195, 197, 215, 230, 245, 268, 288, 439
– rättsverkan 213, 288
– verkställighet 195, 197, 199, 253, 269, 288, 289
– överprövning 195, 199, 230, 234, 288, 292
skiljedomsinstitut 146, 151, 174, 213, 229, 231
skiljedomsreglemente 213
skiljeförfarande 183, 229, 243, 252, 267, 284
– ad-hoc 267
– former 146
– fri bevisföring 273
– institutionellt förfarande 267
– muntlighet 243, 443
– oavhängighet 443
– rättssäkerhetskrav 213
– rättstillämpning 284
skiljeklausul 146, 180, 299
skiljeman
– kvalifikationer 215
skiljenämnd 229
– avtalskomplettering 286, 299
– avtalsutfyllnad 286, 299, 444
– beslutsfattande 214, 270, 286
– handläggningsfel 268
– komplettera avtal 444
– konstituerande 195, 214, 217
– oavhängighet 212
– opartiskhet 212, 229, 232, 443
– roll 229
– rättslig prövning 444
– uppdrag 212, 214, 215, 230, 286
skriftlig handläggning 364

skriftlig handläggningsform 362
skriftliga bevismedel 346, 362, 378
skriftliga vittnesattester 328, 355, 356, 360
skriftligt förfarande 240, 249
skriftligt processmaterial 370
skälighetsbedömning 286, 405, 412, 414
skälighetsnorm 46, 49, 286, 400, 405, 410, 413, 454
skälighetsprövning 407
skälighetsuppskattning 405, 409
slutligt beslut 310, 314
soft law 400, 411
specialdomstolar 192
stadfästelse 93
stadfästelsedom 419, 420, 421, 422, 452
– innehåll 419, 429
– ogiltigförklarad 427
– upphävd 427
– verkställighet 426
standardavtal 235
statliga rättskipningen 193
stilleståndsavtal 176
stängda dörrar 248, 367, 452
subjektiv opartiskhet 220, 226, 230
successiva relevansens princip 311, 457
supplerande moment 422, 424, 429, 453
särskild medling 94, 254

talan
– avvisning 458
talerätt 125, 141, 307, 310, 315, 316, 320, 321, 324, 325, 326, 438, 453, 459
talerättsbegränsning 122, 315, 322, 324, 394
talerättsförbud 307, 315
talerättsinvändning 313
talerättsprincipen 255, 266
talerättsprövning 310, 313, 316
taleändring 423
temporärt processhinder 175, 184
the parol evidence rule 335, 463
tidsplan 371
tolkningsfakta 395
tolkningsföreträde 348
tolkningsunderlag 334, 348, 403
tredskodom 93, 279
tvingande processhinder 104, 106, 141, 282, 310, 317
tvistlösningsinstitut 145
tystnadsplikt 249, 254, 344

undantagsavtal 234
undersökningsprincipen 260

valrätt 225
valrättsklausul 180
verkställbarhetsförklaring 173, 201, 300, 441
verkställbart avgörande 180
vilandeförklaring 175, 448
vittnesattester 357
värderingsförfarande 275
värderingsklausul 160, 236, 296, 299
– rättslig verkan 164
värderingsman 154, 159, 246, 291, 295
– opartiskhet 236
värderingsuppdrag 159, 164, 236, 246
– beslutsfattande 159
– form 159
– processuell rättsverkan 160
– regler 162

yppandeförbud 250, 254, 340, 343, 359
yrkeshemlighet 343

åberopa 318, 404, 408, 414
åberopandeförbud 121, 307, 311, 315, 319, 321, 325, 327, 340, 342, 344, 385
åberopsbördan 319, 320, 407

äkta bevisbörda 352

överprövningsförbud 415, 416, 418, 434, 451
överprövningsordning 183

Domstolsprovning_inlaga_tryck-160x240.pdf 504 2015-03-31 14:36:05