

Juhlajulkaisu
Esko Hoppu
1935 – 15/1 – 2005

Toimittajat

Heikki Halila

Mika Hemmo

Lena Sisula-Tulokas

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2005 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen ja taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa

Esko Hopun valokuva s. VII Atelier Nyblin

ISSN 0356-7222

ISBN 951-855-239-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005

Robert Mattson

Om skiljemannens roll vid förlikning

Inledning

Skiljeförfarandet har en växande betydelse som alternativ till domstolsprocess vid avgörandet av kommersiella tvister. Detta är speciellt framträdande då tvisterna har internationella inslag. Det är allmänt känt att parterna i internationella avtal i regel föredrar skiljeförfarande framom en domstolsprocess, vilken vanligen skulle ske vid någondera partens nationella forum. Bakgrunden för denna utveckling är den generella tillväxten inom industri och handel samt näringslivets fortgående globalisering.

Under de senaste 10 åren har även en snabb utveckling ägt rum beträffande lagstiftningen inom området för skiljeförfarande i många länder samt beträffande regelverket i de viktigaste skiljedomsinstitutionerna (ICC, AAA, LCIA, Stockholm Arbitration Institute, CIETAC m.fl.). En viktig bakgrund för detta arbete föreligger i form av Uncitral-modellagen samt Uncitrals regler för skiljeförfarande.

Parallellt med utvecklingen inom skiljeförfarandet har även utvecklingen av alternativa metoder för tvistlösning (ADR) varit påtaglig. Särskilt betydelsefulla har ADR-modellerna blivit i USA och i England. ADR-förfarandena har systematiserats och erhållit sina egna regelverk, ofta inom ramen för särskilda ADR-institutioner.

Förlikning som tvistlösning har alltid spelat en viktig roll inom vår rättskultur. Detta förfarande sker i regel *inter partes* utan inblandning av domstol eller externa medlare. Under senare år har förlikningsmodellen även fått en viktig roll inom domstolsprocessen i vårt land. I samband med reformerna av civilprocessen i början av 1990-talet intogs i rättegångsbalken särskilda stadganden om domarens skyldighet att befordra förlikning (RB 5:19 och 5:26 §).¹ I den pågående beredningen av ny lagstiftning angående förlikning i samband med civilprocesser ingår en ytterligare målsättning att underlätta och reglera förlikning mellan parterna². Vår

¹ Angående utvecklingen av medling i domstol i Finland se *Laukkanen*, Tuomioistuinsovittelu ja vaihtoehtoinen riidanratkaisu, i verket *Pohjonen* (red.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät (2001) s. 123–126; *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely: empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa (2004) s. 217–265.

² Se justitieministeriets domstolsförlikningsarbetsgrupps betänkande 2003:2. Regeringens proposition till riksdagen 114/2004.

inhemska utveckling reflekterar den ökade betydelsen som förlikning erhållit även inom andra länders rättsordningar³.

Institutionell ADR har inte i Finland uppnått samma betydelse som i den anglosaksiska världen. Detsamma kan sägas om läget i de övriga skandinaviska länderna. Bakgrunden för detta ligger i det ovannämnda särdraget i vår rättskultur som innebär att parterna i regel strävar att förlika sina tvister genom interna förhandlingar, varvid en hänskjutning av avgörandet till domstol eller till skiljeförfarande gäller som undantag.

Finlands Advokatförbund utvecklade 1998 ett regelverk för frivillig förlikning av tvister⁴. Bland utländska institutioner som verkar för befordran av förlikning kan nämnas ICC, Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) samt London Court of International Arbitration (LCIA). Även Stockholms Handelskammare har regler för förlikning. Den växande betydelsen av detta tvistlösningsförfarande framgår även att det faktum att Uncitral år 2002 fastställt en modellag för förlikning⁵ samt av den s.k. gröna bok som antagits av Europakommissionen med tanke på alternativ tvistlösning⁶.

Förlikning har otvivelaktigt många fördelar som system för tvistlösning i jämförelse med s.k. tvingande förfaranden dvs. domstols- eller skiljeförfarande. En procedur under fria former med möjlighet att beakta parternas kommersiella intressen förutom de juridiska aspekterna, till uppenbart lägre kostnad, framstår ur parternas synvinkel ofta som fördelaktig. Å andra sidan blir ett resultat alltid beroende av parternas goda vilja, och leder inte till ett sådant avgörande som kan verkställas mot en tredskande parts vilja. I sämsta fall uppnår man inga som helst fördelar, utan förlikningsprocessen fördröjer enbart det slutliga avgörandet med onödiga tilläggskostnader som påföljd.

Den ovan beskrivna utvecklingen har även givit bakgrund till diskussion inom rättsvetenskapen angående förhållandet mellan förlikning och skiljeförfarande samt angående skiljemannens roll och hans möjligheter att bistå parterna vid förlikning. Det förekommer rätt ofta att parterna rentav önskar att skiljemännen skall befordra ett tvisteavgörande genom medling. Det kan även förekomma att erfarna skiljemän inser – vilket kanske undgått parterna – att vardera partens intressen skulle befordras genom en förlikning. Å andra sidan medför kravet på neutralitet och oberoende för skiljemännens del en betydande begränsning av deras möjlighet att aktivt befordra en förlikning.

I det följande granskar jag närmare skiljemännens möjligheter att delta i förlikning av tvister samt de tillvägagångssätt som kan stå till buds i denna verksamhet.

³ Om domstolsförlikning i vissa andra rättssystem se *Laukkanen* ibid. s. 131–135; *Ervasti* ibid. s. 197–215; Justitieministeriets domstolsförlikningsarbetsgrupps betänkande 2003:2 s. 18–30.

⁴ Förlikning baserad på Finlands Advokatförbunds förlikningsförfaranderegler har inte vunnit större popularitet vid lösning av tvister mellan affärsföretag. Enligt uppgift från Advokatförbundet har det hittills i Finland endast ordnats 15 förlikningsförfaranden med förbundets regler som grund och av dessa har 14 slutat i förlikning (läget i april 2002). Se *Lahtinen*, *Uusia työvälineitä sovintomenettelyyn*, *Advokaatti* 2/2004 s. 11.

⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002).

⁶ European Commission's Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law (COM (2002) 196).

Om förutsättningar för skiljemännens deltagande vid medling

Skillnader mellan skiljeförfarande och medling

I rättslitteraturen har en sammankoppling av dessa tvistlösningsmetoder ofta ansetts vara problematisk. Man har ansett att skiljemannens och medlarens uppgifter, samt de arbetsmetoder som står dessa till buds, avviker från varandra i många väsentliga avseenden⁷. Professor *Klaus Peter Berger* har sammanfattat de centrala skillnaderna på följande sätt⁸:

- Skiljeförfarandet åsyftar en tvistelösning som är bindande för parterna och som kan verkställas utan varderas medverkan. Förlikningen däremot strävar till en frivillig uppgörelse genom ömsesidiga förhandlingar, som kan ledas eller befordras av en utomstående medlare;
- Skiljeförfarandet är till sin natur juridiskt; det är fråga om parternas juridiska rättigheter och förpliktelser. Inom ramen för medlingen betonas däremot övriga, främst kommersiella, intressen;
- Skiljemännens handlingsutrymme begränsas till juridiskt möjliga och tillåtna åtgärder. Till medlarens disposition står ett vidare utbud av medel, och vid förlikning kan beaktas t.ex. en fortsättning av parternas affärsförhållande eller olika kommersiella synpunkter inom ramen för ett utvecklat samarbete;
- I skiljeförfarandet måste skiljemännen beakta den för detta förfarande gällande lagen. För medling gäller däremot inte någon nationell processordning, utan parterna kan fritt överenskomma om de tillvägagångssätt som skall följas;
- I medling kan vardera parten ensidigt dra sig ur förfarandet när som helst utan direkta påföljder. I skiljeförfarande kan svaranden i regel inte ensidigt avsluta förfarandet, eller dra sig ur detsamma;
- Skiljemännens handlingsfrihet begränsas av förfarandets allmänna krav på *due process* – såsom kravet på ett likvärdigt bemötande av parterna och principen *audiatur et altera pars*. Inom medling behöver dessa grundprinciper inte tillämpas, utan det står medlaren fritt att söka även sådana handlingsalternativ som inte kan komma ifråga vid ett skiljeförfarande.

Det kan ytterligare vara skäl att belysa det speciella förfarande då skiljemannen verkar som s.k. *amiable compositeur* (jfr. 31 § lagen om skiljeförfarande samt artikel 17:3 i ICC-reglerna). Enligt dessa normer kan skiljemän fungera i denna egenskap endast ifall parterna uttryckligen givit ett sådant bemyndigande. Enligt doktrinen⁹ innebär detta att skiljemännen inte är skyldiga

⁷ Se *Collins*, Do International Arbitral Tribunals have any Obligation to Encourage Settlement of the Disputes Before Them?, *Arbitration International* 2003 s. 334; *Berger*, Integration of Mediation Elements into Arbitration 'Hybrid' Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators, *Arbitration International* 2003 s. 391–392.

⁸ Se *Berger* *ibid.* s. 391.

⁹ Se *W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson* "International Chamber of Commerce Arbitration, III Edition, s. 110, 347.

att grunda sin dom direkt på gällande lag, utan dessa ges vidare möjligheter till skälighetsprövning. Skiljemännen kan emellertid inte åsidosätta centrala tvingande normer av typ *ordre public*. Det är dock skäl att notera att skiljemännen även som *amiable compositeur* fungerar som skiljeman med uppgift att uppgöra en sådan skiljedom som kan verkställas även mot en tredskande part. Inom den nordiska rättskulturen vinner skälighetssynpunkter allmänt tillämpning inom det normala skiljeförfarandet, varför användningen av skiljemän i rollen av *amiable compositeur* är relativt okänd.

De fundamentala skillnaderna i skiljemännens och medlarens roll gör att en förening av dessa medför stora utmaningar¹⁰. På grund av dessa grundskillnader kan man med fog ställa frågan huruvida skiljemän överhuvud har en roll som medlare, då tvivel kan uppstå angående deras neutralitet och oberoende, och då jävsinvändningar kan uppstå med påföljden att domens verkställighet ställs i fara. Som av det följande framgår har dessa frågor besvarats på avvikande sätt i olika rättssystem.

Skiljemän som medlare

Inom den inhemska doktrinen har inställningen till skiljemännens roll som medlare präglats av förbehåll. Sålunda uttalade sig *Reino Erma* år 1987 på följande sätt:

*”En skiljeman kan inte samtidigt fungera såsom medlare mellan parterna. Ifall han engagerar sig som medlare förlorar han i praktiken sin ställning som skiljeman och hamnar i en situation där han inte kan anses vara neutral och oberoende. En skiljeman kan sålunda inte ta initiativ som medlare, men ifall parterna uppnår förlikning har skiljemannen rentav skyldighet att fastställa förlikningen, ifall så önskas.”*¹¹ (Fri översättning.)

Enligt gällande lag om skiljeförfarande (967/1992) kan skiljemännen på parternas begäran genom skiljedom fastställa en förlikning som uppnåtts mellan dessa (33 §). Däremot innehåller lagen inga stadganden angående skiljemäns funktion som medlare. Med utgångspunkt i principerna för partsautonomi och avtalsfrihet torde det dock vara klart att frågan om skiljemännens möjligheter att medla faller inom ramen för avtalsfriheten. Med parternas samtycke kan skiljemännen sålunda befordra förlikning och vid behov fungera som medlare vid sidan

¹⁰ Se till exempel *Hoellering*, Comments on the Growing Inter-Action of Arbitration and Mediation, I verket *van den Berg* (red.): ICCA Congress Series No 8, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture (1998) s. 124: ”— it continues to be conventional wisdom that arbitration and mediation operate best when employed as separate processes, since each has its own purpose and ultimate morality.” Se även *Abramson*, Protocols for International Arbitrators Who Dare to Settle Cases, *American Review of International Arbitration* (1999) avsnitt VI, vari konstateras att: ”settlement efforts inherently pose the risk that either the arbitrators will be disqualified or will act so cautiously as to undermine the effectiveness of settlement efforts.”

¹¹ Se *Erma*, Välimiesmenettely ja hyvän tavan vaatimukset, *Defensor Legis* 1987 s. 241. Även *Mikkola* och *Puhakka* tycks förhålla sig kritiskt till skiljemäns roll som medlare i det att de påpekar att ”*välimiehellä on riidanratkaisijan – ei sovittelijan rooli – osapuolten kiistassa*”; se *Mikkola – Puhakka*, Välimiesmenettelyn etiikasta, *Defensor Legis* 2002 s. 88. Jämför *Möller*, Välimiesmenettelyn perusteet (1997) s. 59, i vilken parternas avtalsfrihet i detta fall ges en avgörande roll. Enligt *Möller* borde skiljemännen inte framlägga förslag om förlikning som lösning i ärendet ifall någongdera parten motsätter sig det.

om det egentliga skiljeuppdraget. I denna verksamhet är skiljemännen dock skyldiga att tillse att deras roll som medlare inte påverkar deras neutralitet och oberoende med en ökad fara för klander av skiljedomen som följd, ifall medlingen av någon orsak inte leder till förlikning.

Skiljemännens möjligheter att fungera som medlare måste bedömas enligt rättsnormerna i den jurisdiktion, under vilken skiljeförfarandet äger rum. Härvid kan konstateras att inställningen till denna fråga varierar i betydande mån i olika rättskulturer. Traditionellt har sålunda inställningen i många *common law* -länder varit negativ.¹² En motsatt uppfattning har rått i vissa kontinentaleuropeiska länder såsom Tyskland, där såväl skiljemän som domare aktivt deltar i processen genom diskussioner med parterna om för avgörandet relevanta fakta, om tillämpliga rättsnormer, samt genom ställningstaganden till bevisningen redan under processens gång. Inom denna rättskultur har skiljemännens aktiva medlingsförsök t.o.m. ansetts vara att föredra.¹³

Inom nyare rättslitteratur kan man se tecken på ett närmande mellan de olika rättskulturererna i frågan om skiljemännens roll som medlare. Man har noterat att lagstiftningen ändrats i vissa *common law*-länder under 1990-talet sålunda att skiljemännen direkt ges möjlighet att fungera som medlare.¹⁴ Vissa internationella skiljeinstitut och intresseorganisationer har under senare år antagit regler och rekommendationer, i vilka man betonat skiljemännens uppgift att befordra förlikning mellan parterna. Sålunda konstateras t.ex. i WIPO:s (World Intellectual Property Organization) regler att

"The Tribunal may suggest that the parties explore settlement at such times as the Tribunal may deem appropriate".¹⁵

Vidare konstaterar IBA (International Bar Association) följande i sina etiska regler för skiljemän:

"Where the parties have so requested, or consented to a suggestion to this effect by the arbitral tribunal, the tribunal as a whole (or the presiding arbitrator where appropriate), may make

¹² Se *Schneider*, Combining Arbitration with Conciliation, i verket *van den Berg* (red.): ICCA Congress Series No 8, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture (1998) s. 78; *Plant*, ADR and Arbitration, i verket *Newman – Hill* (red.): The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration (2004) s. 251–252; *Berger* ibid. s. 398.

¹³ I litteraturen har framförts att av länderna på den europeiska kontinenten förhåller man sig positivt till skiljemäns förlikningsverksamhet förutom i Tyskland åtminstone i Österrike, Schweiz och Holland; se *Raeschke-Kessler*, Making Arbitration More Efficient – Settlement Initiatives by the Arbitral Tribunal, International Business Lawyer (april 2002) s. 159; *Schneider* ibid. s. 61–65 och 78–80; *Plant* ibid. s. 252; *Berger* ibid. s. 398. Även i asiatiska kulturer godkänner man ett aktivt befrämjande av förlikning av skiljemännen. Till exempel enligt Hong Kongs och Singapores lagar om skiljemannaförfarande kan skiljemännen fungera som medlare utan att detta skulle ifrågasätta deras förmåga att fungera som skiljemän i samma ärende. Enligt *Collins*: "These provisions reflect Asian, and particularly Chinese culture, where there is a strong preference for a negotiated solution over the confrontational, adversarial approach which is favoured in the West." Se *Collins* ibid. s. 335–336.

¹⁴ Se *Schneider* ibid. s. 80–81 och *Berger* ibid. s. 398–399, vari hänvisas till bland andra Kanadas och Australiens lagar om skiljemannaförfarande.

¹⁵ Se WIPO Arbitration Rules, artikel 65(a). Se även *Plant* ibid. s. 250; *Berger* ibid. s. 399.

*proposals for settlement to both parties simultaneously, and preferably in the presence of each other”.*¹⁶

Vid ICCA's (International Council for Commercial Arbitration) 17. konferens i Beijing i maj 2004 diskuterades även skiljemännens roll som medlare. Vid diskussionerna kunde konstateras att medling traditionellt har en viktig funktion vid tvistlösning i de asiatiska rättskulturerna, och att denna tradition förblivit ett viktigt element också vid förnyelsen av reglerna för skiljeförfarande i denna del av världen. Den fortgående globaliseringen av handel och industri bidrar för sin del till att befordra ett närmande mellan de olika rättsliga kulturerna också på detta område.

Av det föregående framgår att det ur det internationella perspektivet sett pågår en utveckling mot en öppnare inställning beträffande skiljemännens roll som medlare i tvister. Betydande skillnader kvarstår dock ännu i frågan om vilken grad av aktivitet som kan anses vara godtagbar hos skiljemännen. I synnerhet i tvister av internationell karaktär, där skiljemän, parter och ombud kan representera olika rättskulturer, bör skiljemännen vara uppmärksamma på att frågan kan ses på olika sätt. Det kan härvid vara ändamålsenligt att redan i processens inledningsskede diskutera med parterna om önskemål beträffande processledningen och beredskapen för någon form av medling inom ramen för skiljeförfarandet.¹⁷

I det följande granskas de tillvägagångssätt som står skiljemännen till buds vid försök att bilägga tvisten genom förlikning (avsnitt ”Hur kan skiljemännen befordra förlikning?”) samt vissa praktiska synpunkter vid sådan medling (avsnitt ”Vissa praktiska synpunkter gällande förlikning”).

Tillvägagångssätt vid medling

Hur kan skiljemännen befordra förlikning?

Frågor angående förlikningsmöjligheterna

I sin enklaste form begränsas skiljemännens roll vid förlikning till en förfrågan till parterna – i ett lämpligt skede av förfarandet – om de har övervägt möjligheterna till förlikning och

¹⁶ Se IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, punkt 8. Även i American Arbitration Association (AAA):s etiska regler gällande skiljemän som trädde ikraft 1.3.2004 utgår man från att skiljemännen kan delta i befrämjandet av förlikning med parternas samtycke, men att skiljemännen skall undvika att pressa parterna till förlikning. Se AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, regel IV.F: ”Although it is not improper for an arbitrator to suggest to the parties that they discuss the possibility of settlement or the use of mediation, or other dispute resolution processes, an arbitrator should not exert pressure on any party to settle or to utilize other dispute resolution processes. An arbitrator should not be present or otherwise participate in settlement discussions or act as a mediator unless requested to do so by all parties.” Se även Plant *ibid.* s. 250–251; Schneider *ibid.* s. 81; Raeschke-Kessler *ibid.* s. 159.

¹⁷ Se Möller *ibid.* s. 59; Savola, Muut ratkaisut kuin lopulliset välitystuomiot välímiesmenettelyssä, Defensor Legis 2003 s. 403.

huruvida skiljemännen på något sätt kan bistå vid ett sådant försök. Att fästa parternas uppmärksamhet vid möjligheten till en förlikning och en uttalad beredskap att medverka genom att befordra en sådan lösning, kan inte i regel skapa problem för skiljemännen. Grundade mistankar angående skiljemännens neutralitet och oberoende kan knappast uppstå på grund av en sådan förfrågan.¹⁸

En annan fråga är hur ändamålsenlig en sådan insats från skiljemännens sida i praktiken kan vara. I de flesta skiljeförfaranden har parterna redan före anhängiggörandet förhandlat och uttömt alla möjligheter till förlikning, med den påföljd att skiljemännens förfrågan om medling kanske endast förblir en formalitet. I rättslitteraturen har det dock framförts att vissa initiativ från skiljemännens sida även i ett sådant läge kan öppna en låst situation och tjäna som utgångspunkt för en förlikning. Med *Schneiders* ord:

*” – parties are often reluctant to show willingness to settle because they may fear that this shows weakness. This is the case in particular before the arbitrator whom they want to impress by their confidence in the strength of the case. An initiative from the arbitral tribunal can be helpful to ‘break the ice’ and may bring about a settlement attempt which one or all parties secretly may desire. Thus, there are good reasons to argue that the arbitral tribunal should take the initiative when it has reasons to believe that at least one of the parties seeks a settlement”.*¹⁹

Skiljemännen har dock skäl att komma ihåg att parterna uttryckligen utsett dem att avgöra tvisten i en *slutlig och verkställbar dom*, efter det att parterna själva misslyckats i att finna en lösning. För att undvika tvivel hos parterna om skiljemännens avsikt och förmåga att avgöra tvisten genom skiljedom, bör viss försiktighet iakttas gentemot en överbetoning av fördelarna vid förlikning, i synnerhet i processens inledande skeden. En viss försiktighet är även motiverad för att undvika en felaktig uppfattning hos parterna om att skiljemännen skulle antecipera att ingendera partens krav kommer att kunna godkännas i sin helhet. Med *Collins* ord:

*” – parties (and especially their lawyers) tend closely to analyse everything an arbitrator says, in order to determine whether the omens are good or bad. A suggestion that the parties might consider settlement is often if not always going to be tantamount to an indication that neither will be completely successful if the dispute is fought to the bitter end. At times, a suggestion along these lines will be sensible; at other times it will not. Certainly, an arbitrator should always be mindful of the signals that he gives. He ought not to urge settlement on parties against their will. He also ought to be astute not to give the impression that he is keen to abdicate his role by urging upon the parties a solution that will relieve him of the need to decide the case.”*²⁰

¹⁸ Se *Collins* ibid. s. 336; *Schneider* ibid. s. 72.

¹⁹ Se *Schneider* ibid. s. 85. Se även *Schneider* ibid. s. 72 och *Berger* ibid. s. 399.

²⁰ Se *Collins* ibid. s. 334. Se även *Schneider* ibid. s. 85–86; och *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161, vari konstateras att: ”At various stage of the arbitration, the arbitral tribunal may ask whether the parties have tried to settle and whether it can be of assistance. In making this enquiry, the chairman of the tribunal should state that he asks this question in every arbitration and is not doing so because he thinks that the particular arbitration before him should be settled. The arbitral tribunal may never give rise to the suspicion that it hopes for a settlement in order to be relieved from the task of writing a reasoned award.”

I utländsk litteratur har det även framförts att skiljemännen speciellt i internationella förfaranden rentav skulle ha en skyldighet att fråga parterna angående möjligheterna till förlikning och huruvida skiljemännen kan bistå parterna därvid. T.ex. *Brown-Marriot* har uttalat sig på följande sätt:

*”Best modern practice recognises that arbitrators have an obligation to enquire of parties whether there is anything that the arbitrators can do by consent to assist the parties to achieve settlement.”*²¹

Såhär långtgående skyldigheter kan skiljemännen knappast anses ha i våra nordiska rättssystem. Skiljemännens uppgift är att avgöra parternas tvist genom en rättskraftig skiljedom, som på ett slutligt sätt reglerar parternas rättigheter och skyldigheter i den tvist som är föremål för skiljeförfarandet. Man kan inte anse att skiljemännen gör sig skyldiga till försummelse ifall de trots parternas önskemål skulle underlåta att aktivt engagera sig för en medling av tvisten.²²

Förslag till att engagera en utomstående medlare

Skiljemännen har som andra alternativ även möjlighet att föreslå för parterna att skiljeförfarandet överförs till förlikningsförfarande lett av en utomstående medlare. Eftersom skiljemännen i det fallet inte själva deltar aktivt i förlikningsförfarandet kan ett sådant förslag inte vara problematiskt med tanke på skiljemännens neutralitet och oberoende.²³

Ifall ärendet överförs till ett utomstående förlikningsförfarande kan man fråga sig huruvida det trots allt är skäl att fortsätta skiljemannaförfarandet eller om det kan avbrytas. Det torde vara klart att skiljeförfarandet kan avbrytas för den tid som förlikningsförfarandet varar ifall samtliga parter ger sitt samtycke härtill. Om någon av parterna motsätter sig att skiljeförfarandet avbryts torde det vara skiljemännens skyldighet att fortsätta behandlingen i syfte att avge en dom i normal ordning, även om det samtidigt skulle pågå ett förlikningsförfarande i samma ärende. Ett alltjämt fortsatt skiljeförfarande kan vara önskvärt även på den grunden att en klar tidsfrist för när förlikning måste åstadkommas kan underlätta framskridandet av förlikningsförhandlingarna. Samtidigt garanteras det i så fall att uppnåendet av en slutlig lösning i ärendet inte i onödan fördröjs även om förlikningsförfarandet skulle komma att misslyckas.²⁴

Problemen i samband med skiljemännens förslag till förlikning är desamma som vid en preliminär förfrågan om möjligheten till förlikning. Parterna kan tolka skiljemännens initiativ

²¹ Se *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice (2nd edition, para. 4–142); lånat från artikel *Collins* ibid. s. 335.

²² Så även *Collins* ibid. s. 343.

²³ Se *Collins* ibid. s. 337; *Schneider* ibid. s. 72–74. Se även AAA Commercial Arbitration Rules, punkt R-8 (Mediation): *”At any stage of the proceedings, the parties may agree to conduct a mediation conference under the Commercial Mediation Procedures in order to facilitate settlement. The mediator shall not be an arbitrator appointed to the case. Where the parties to a pending arbitration agree to mediate under the AAA’s rules, no additional administrative fee is required to initiate the mediation.”*

²⁴ Se *Schneider* ibid. s. 74; *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkt 11. Jmf. *Collins* ibid. s. 337, enligt vilken det rekommenderas att skiljemannaförfarandet avbryts ifall motparten önskar förlikning. *Collins* tycks likväl anse att avbrottet inte borde vara långvarigt.

som ett ställningstagande i frågan om parternas chanser till framgång i själva skiljeförfarandet. Skiljemännen bör alltså undvika att utforma sitt förslag så att detta ge en antydning om att de skulle vara ovilliga eller oförmögna att avgöra den tvistefråga som hänskjutits till dem för avgörande.²⁵

Identifiering av tvistefrågorna

Skiljemännen kan befordra en förlikning även indirekt genom att fästa parternas uppmärksamhet vid sådana omständigheter som kan vara relevanta för tvistens avgörande. Detta kan ske på ett naturligt sätt inom ramen för den normala processledningen. Denna möjlighet för skiljemännen har noterats bl.a. i IBA:s regelverk angående bevisning i internationella skiljeförfaranden på följande sätt:

*"Each Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties, as soon as it considers it to be appropriate, the issues that it may regard as relevant and material to the outcome of the case, including issues where a preliminary determination may be appropriate."*²⁶

Man kan med goda skäl förmoda att skiljemännens neutralitet och oberoende inte kan ställas under tvivel, även om de i processen identifierar vissa för avgörandet relevanta frågor och bringar dessa till parternas kännedom.²⁷

I internationell praxis har skiljemännen dock ofta gått längre än detta på så sätt att parterna delgivits preliminära synpunkter gällande tvistens substans och gällande bevisningen redan före domen.²⁸ Inom vissa rättssystem kan skiljemännen även i övrigt öppet diskutera de för avgörandet relevanta frågorna, såsom bevismaterialet och de tillämpliga rättsreglerna. Fördelarna med detta förfarande har betonats speciellt i den tyska doktrinen. T.ex. *Hafner* ger följande uttalande:

*"The insight gained during the course of discussions on rights into the opinion being formed by the arbitrator is often good for encouraging the parties' willingness to settle. If they know how the person who will decide their dispute is thinking, the scope of their hopes and fears is reduced. The parties obtain an additional and important basis for estimating their chances in the procedure, which rarely leads to an agreement. Even where the discussion of rights does not lead to a settlement, the arbitrator can succeed in achieving agreement on individual issues which are either of secondary importance to the overall result of the process, or where the effort of conducting evidentiary proceedings would be disproportionately large."*²⁹

²⁵ Se *Schneider* ibid. s. 85–86; *Collins* ibid. s. 334; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161.

²⁶ Se IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (1999) preambeln, punkt 3.

²⁷ Se *Schneider* ibid. s. 75; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161.

²⁸ Se *Schneider* ibid. s. 74–76, 88–89; *Berger* ibid. s. 400–402.

²⁹ Se *Hafner*, Gespräche zwischen Schiedsgericht und Parteien (1998), citat och översättning från artikeln *Berger* ibid. s. 401 (footnot 88). Se även *Schneider* ibid. s. 76: "– it is submitted that the most effective form for an arbitrator to promote settlement, short of engaging himself in a settlement attempt, is a discussion with the parties of their case, indicating to them the strength and weaknesses, subject of course to revision as the case proceeds."

I den internationella rättslitteraturen har man dock betonat problemen i samband med en evaluering av tvistens substans under pågående process. Förfarandet synes inte ha acceptans i flere centrala rättssystem.³⁰ Fastän skiljemännens aktivitet i denna form i vissa fall kan befordra förlikning på ett effektivt sätt, medför det samtidigt uppenbara olägenheter. Parternas förtroende till skiljemännens neutralitet och oberoende kan lätt rubbas genom ställningstaganden av dessa i sakfrågor, speciellt i situationer där alla betydelsefulla argument och bevis ännu inte framförts. Med *Collins* ord:

*” – any indication by an arbitrator that he favours one party’s case over that of the other, particularly in advance of hearing any evidence or argument on the points at issue, is likely to expose him to a challenge on the ground that he lacks impartiality. This may lead to his having to resign or (a worse alternative from the perspective of the ultimately successful party) to the losing party subsequently mounting a successful challenge to the award, or resisting its enforcement in its own jurisdiction.”*³¹

Enligt min mening kan en förtida evaluering av sakfrågor från skiljemännens sida medföra så pass betydande risker att skiljemännen i regel bör avstå från detta. Ifall parterna uttryckligen önskar sådana insatser från skiljemännen, bör dessa försöka gardera sig genom adekvata friskrivningsavtal mot senare påståenden om jäv. Skiljemännen bör kunna garantera att en slutlig och verkställbar skiljedom kan avges under alla förhållanden.³²

Presentation av förlikningsförslag

Skiljemännen har i princip rätt att framlägga konkreta förlikningsförslag om parterna så önskar. Denna möjlighet har beaktats bl.a. i IBA:s etiska regler för skiljemän.³³

Olika uppfattningar har framförts i rättslitteraturen om skiljemännens möjligheter att framföra förlikningsförslag på eget initiativ. Många är av åsikten att detta endast kan ske på uttrycklig önskan från parternas sida, eller åtminstone med deras samtycke. Olika

³⁰ Se *Bühning-Uhle – Scherer – Kirchhof*, *The Arbitrator as Mediator – Some Recent Empirical Insights*, *Journal of International Arbitration* 20(1): 2003 s. 85–86, enligt vilken det i empirisk forskning har kommit fram att en klar majoritet av skiljemän från andra länder än Tyskland anser detta tankesätt vara opassande. Det är dessutom uttryckligen förbjudet i vissa skiljedomsinstituts regler. Se till exempel LCIA Rules, artikel 5(2): ”– No arbitrator, whether before or after the appointment, shall advise any party on the merits or outcome of the dispute.”

³¹ Se *Collins* *ibid.* s. 337. – Det att skiljemän evaluerat bedömer ärendets meriter för även med sig den risken att skiljemännen (medvetet eller omedvetet) kan överdriva svagheterna i parternas argumentation, varvid denna kan komma att samtycka till en för sin egen del ofördelaktig förlikning på grund av den felaktiga eller bristfälliga information denne fått av skiljemannen. Se *Schneider* *ibid.* s. 89, vari även påpekas att: ”the arbitral tribunal must avoid any exaggerations, be it in the expected costs or duration of the arbitration, in the risk of a negative outcome or even with respect to an uncertainty of the outcome when in reality it has reached a clear view for or against a party on a certain issue”.

³² Angående tillvägagångssätt som står skiljemännen till buds se nedan i avsnitt ”Avtal om tillvägagångssätt” framförda synpunkter.

³³ Se IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, punkt 8: ”Where the parties have so requested, or consented to a suggestion to this effect by the arbitral tribunal, the tribunal as a whole (or the presiding arbitrator where appropriate), may make proposals for settlement to both parties simultaneously, and preferably in the presence of each other.”

åsikter har även framförts angående ändamålsenligheten av sådana förslag från skiljemännens sida.³⁴

Riskerna i samband med ett förlikningsförslag är uppenbara ifall medlingen inte leder till resultat och skiljeförfarandet fortsättes till en slutlig dom. Parternas förtroende för skiljemännen har kanske med goda skäl rubbats genom förlikningsförslagets innehåll. För en minimering av jävsrisken gör nog skiljemännen klokt i att avhålla sig från konkreta förlikningsförslag på eget initiativ.

Även i de fall då parterna uttryckligen önskar ett förlikningsförslag är det i regel motiverat att framlägga ett sådant först i det skedet av processen då alla relevanta argument och bevis presenterats. Endast i detta skede har skiljemännen möjlighet att skapa sig en välgrundad uppfattning om tvistens substans och dess sannolika utgång.³⁵

Ifall skiljemännen framlägger ett förslag till förlikning, bör dess upplägg och konkreta innehåll överensstämma med det av parterna givna mandatet och med omständigheterna i övrigt. Sålunda kan förslaget vara detaljerat och innehålla en slutlig reglering av tvisten, vilken parterna kan godkänna eller förkasta; alternativt kan förslaget endast ange principiella riktlinjer som en grund för parternas interna förhandling om alla detaljer. Väsentligt är att förlikningsförslaget är tillräckligt motiverat så att parterna kan förstå och acceptera skiljemännens tankar.³⁶

Separata förhandlingar med parterna ("caucusing")

Ett av de effektivaste redskap som står en extern medlare till förfogande, är möjligheten att bedriva separata och konfidentiella diskussioner med parterna angående ärendets meriter och förutsättningarna för en förlikning ("caucusing"). Som en fördel med detta förfarande har man sett möjligheterna att undvika konfrontationer på grund av motpartens närvaro samt möjligheten till öppna och förtroliga samtal om styrka och svagheter i parternas position.³⁷

Diskussioner av denna typ rimmar dock sällsynt illa ihop med skiljeförfarandets natur. På grund av neutralitetskravet bör skiljemännen undvika enskilda diskussioner utan närvaro av alla parter. Förtroendet till skiljemännens neutralitet kan med fog rubbas ifall skiljemännen diskuterar för avgörandet relevanta frågor och utsikterna för förlikning utan närvaro av övriga parter.³⁸ Även i IBA:s etiska regler har uppmärksamhet fästs vid detta problem:

³⁴ Se *Schneider* ibid. s. 90; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161–162.

³⁵ Se även *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161; *Plant* ibid. s. 256–257; *Berger* ibid. s. 401.

³⁶ Se *Schneider* ibid. s. 90; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161–162.

³⁷ Se *Schneider* ibid. s. 90–95; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 162. – I institutionellt förlikningsförfarande är medlarens rätt att hålla separata förhandlingar med part utan att motparten är närvarande ofta inskriven i reglerna över förlikningsförfarande. Se exempelvis Finlands Advokatförbunds regler över förlikningsförfarande punkt 7 (Noudatettava menettely): "Ellei toisin ole sovittu, sovittelijalla on oikeus käydä luottamuksellisia keskusteluja kummankin asianosaisen kanssa erikseen ja vastaanottaa asianosaisilta aineistoa ehdoin, ettei sitä saateta vastapuolen tietoon."

³⁸ Se *Collins* ibid. s. 338; *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkt 7. – Enligt empirisk forskning avböjer man huvudsakligen tanken på separata förhandlingar mellan skiljemän och parter även i internationellt skiljemannaförfarande. Se *Bühning-Uhle – Scherer – Kirchhof* ibid. s. 87.

"Although any procedure is possible with the agreement of the parties, the arbitral tribunal should point out to the parties that it is undesirable that any arbitrator should discuss settlement terms with a party in the absence of the other parties since this will normally have the result that any arbitrator involved in such discussions will become disqualified from any future participation in the arbitration."³⁹

I rättslitteraturen har man även noterat att "caucusing" inte inom skiljeförfarandet kan vara ett lika effektivt redskap som inom medling, eftersom parterna kan vara obenägna att diskutera sina svagheter med en sådan medlare som vid ett misslyckat medlingsförsök kommer att avgöra tvisten som skiljeman.

Fastän skiljemännen med parterna överenskommit att lämna konfidentiell information som emottagits vid "caucusing" utan beaktande vid en eventuell skiljedom, kan parterna med goda grunder förmoda att ett förtroligt avslöjande av svagheter i partens ställning ändå kan få en negativ betydelse vid uppgörande av domen. Med *Collins* ord:

"— if the parties confide in the person who, if their settlement efforts prove unsuccessful, is going to go on to decide their dispute, there is plainly a risk that he will be unable to put that information wholly out of his mind when he comes to make his decision — it is one thing not to base decision on inadmissible or confidential material; it is quite another thing not to be influenced by it, albeit perhaps only subconsciously. What, for example, if party A were to confide in the arbitrator, while he was in the role of a mediator, that it recognized that its case was weak, or that its witness was unreliable? When the argument is later presented, or the witness tendered to give evidence, is it not highly probable that the arbitrator will be influenced by the knowledge that the party putting the argument or evidence forward does not believe in its own case, or its own witness? Particularly where credibility is in issue, the task facing the arbitrator in deciding whose evidence to prefer is often not an easy one."⁴⁰

På grund av de problem som lätt kan uppstå vid separata förhandlingar utan närvaro av alla parter, kan denna arbetsmetod inte rekommenderas i samband med skiljeförfarande. Detta trots de åsikter som framförts i internationell rättslitteratur, varvid fördelarna med av parterna önskad "caucusing" betonats.⁴¹ I avsikt att säkerställa ett sakligt skiljeförfarande i en situation då parternas förlikningsförsök strandat, talar goda skäl för att skiljemännen bör avhålla sig från separata överläggningar utan närvaro av alla berörda.⁴²

³⁹ Se IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, punkt 8.

⁴⁰ Se *Collins* ibid. s. 338–339.

⁴¹ I litteraturen har exempelvis *Schneider* och *Raeschke-Kessler* förhållit sig försiktigt positiva till "caucusing" *Schneider* ibid. s. 92–95 och *Raeschke-Kessler* ibid. s. 162. *Abramson* å sin sida utgår ifrån att huvudregeln är att man borde undvika att hålla separata förhandlingar, men ifall parterna trots allt önskar att de hålls borde skiljemännen se till att parterna är medvetna om de risker som hänför sig till förfarandet. *Abramson* påpekar även att risken med separata förhandlingar varierar beroende på tvistens natur: "Caucuses are less risky when the settlement effort is focused on forward-looking solutions such as a continuing business relationship instead of backward-looking issues of the type that typically arise in arbitration... If the settlement discussions can be separated in time or subject matter from the issues in the arbitration, the arbitrator is much less likely to be infected from the settlement discussions with off-the-record information or impressions that may affect the arbitrator's view of the merits of the issues being arbitrated on the record." Se *Abramson* ibid. avsnitt IV, punkt 7 och avsnitt V.

⁴² Se även *Schneider* ibid. s. 95, som i sina slutsatser konstaterar att även om parterna kan avtala om enskilda förhandlingar så har skribenten själv "clear preference for conducting settlement discussions in the presence of all parties concerned".

Vissa praktiska synpunkter gällande förlikning

Avtal om tillvägagångssätt

När skiljemän på begäran eller med tillstånd av parterna medverkar till att förlikningen framskrider, är det viktigt att parterna och skiljemännen noggrant kommer överens om de förhållningsregler som skall iakttas under förlikningsförfarandet, med hjälp av vilka de risker som skiljeförfarandet utsätts för ifall förlikningssträvandena misslyckas minimeras.

Skiljemännens förlikningsverksamhet måste till samtliga delar grunda sig på parternas samtycke. Parterna måste uttryckligen på förhand godkänna de förhållningsregler som skiljemännen har för avsikt att iakttä i sin medling. För att säkerställa att parternas samtycke är giltigt, är det viktigt att de frågor kring jäv som förlikningen kan aktualisera i förhållande till skiljemännen noggrant redogörs för för parterna, så att parternas samtycke grundar sig på full medvetenhet om eventuella problem i förlikningen.⁴³

Ifall parterna avstår från att inlägga jäv mot skiljemännen på den grunden att skiljemännen som en följd av förlikningen skulle ha förlorat sin neutralitet och sitt oberoende, är det skäl att inhämta parternas uttryckliga förbindelse härtill innan förlikningsförfarandet inleds. Skiljeförfarandelagens regler om jäv har i Finland och i allmänhet även i andra länder ansetts som tvingande i den bemärkelsen, att parterna inte för sin egen del på ett bindande sätt kan avstå från att inlägga jäv mot skiljemännen innan de har blivit medvetna om omständigheter som ligger till grund för jävet. Trots detta har förlikning i rättslitteraturen ansetts tjäna ett så pass viktigt syfte att parterna har ansetts inneha rätten att på förhand avstå från att inlägga jäv mot skiljemännen på den grunden att dessa har deltagit i förlikningsförfarandet.⁴⁴ Min åsikt är att denna uppfattning med fog kan understödhas.

Skiljemännen skall tillse att parternas förhandsavsäggande av rätten att inlägga jäv mot skiljemännen sker bevisligen. Parternas avsäggelseförbindelse kan endera avges i en separat handling, eller intas i protokollet över skiljedomstolens sammanträde som parterna bestyrker med sina underskrifter. Förhandsavsägelsen är formfri, men parternas viljeförklaring måste framgå tillräckligt entydigt ur den. I litteraturen har *Raeschke-Kessler* rekommenderat följande engelska formulering:

*"The Parties agree, that the Arbitral Tribunal may assist them in finding a settlement by participating in settlement negotiations and/or by making a settlement proposal. Any such assistance rendered shall not give reason to challenge the Arbitral Tribunal or an Arbitrator on grounds of lack of impartiality."*⁴⁵

Det rekommenderas att skiljemännen och parterna även kommer överens om att varken parterna eller skiljedomstolen, ifall försöket till förlikning misslyckas, har rätt att använda sig

⁴³ Se *Schneider* ibid. s. 8 och 87; *Collins* ibid. s. 341; *Abramson* ibid. Avsnitt IV, punkterna 10 och 12.

⁴⁴ Se. *Savola*, Recension av verket *Heuman*: Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, Defensor Legis 2004 s. 129–130. Samma gällande svensk rätt *Heuman* ibid. s. 238.

⁴⁵ Se *Raeschke-Kessler* ibid. s. 160.

av de omständigheter, invändningar eller erbjudanden som i samband med förlikningsförfarandet framförts konfidentiellt i syfte att uppnå förlikning.⁴⁶ Ifall skiljemännen går med på parternas begäran att i förlikningssyfte separat förhandla konfidentiellt med dessa ("caucusing"), är det skäl för skiljemännen och parterna att sinsemellan detaljerat avtala om vilka förhållningsregler som skall iakttas vid sådana förhandlingar.⁴⁷

Det kan även vara ändamålsenligt för skiljemännen och parterna att komma överens om en tidsfrist för förlikningsförfarandet. Genom att sätta ut en deadline för uppnående av förlikning minskas risken för att förlikningsförfarandet skulle användas med oärliga motiv i syfte att förlänga tvisten och obstruera skiljemannaförfarandet.⁴⁸ Särskilt viktigt är detta när det endera i skiljeavtalet eller i de institutsregler som tillämpas på förfarandet avsatts en viss tid för avgivande av skiljedom. Skiljemännen och parterna borde därtill avtala om det sätt på vilket skiljemännens arvode bestäms när de verkar som medlare i saken. Det är även motiverat att separat avtala om kostnadsfördelningen mellan parterna i det fall att förlikning uppnås eller misslyckas.⁴⁹

Vilka skiljemän skall delta i förlikningen?

När skiljedomstolen består av tre medlemmar är det vanligt att endera alla skiljemän eller enbart ordföranden deltar i förlikningsförfarandet. Denna utgångspunkt ingår till exempel i IBA:s etiska regler för skiljemän.⁵⁰ Skiljemännen och parterna kan även avtala om andra förhållningsregler ifall de anser det vara ändamålsenligt.

I litteraturen har det emellanåt rekommenderats ett alternativt tillvägagångssätt, enligt vilket skiljedomstolens ordförande avstår från att delta i förlikningsförfarandet och enligt vilket endast de av parterna utsedda skiljemännen medverkar till uppnående av förlikning. Fördelen med denna metod har ansetts vara att parterna kan komma överens om att skiljedomstolens ordförande ensam kan fortsätta skiljemannaförfarandet och avge skiljedom i ärendet, ifall försöken till förlikning misslyckas och skiljemännens neutralitet och oberoende på grund av detta möjligen har äventyrats. Risken med ett omvänt förfarande – vari endast skiljedomstolens ordförande deltar i förlikningsförfarandet – anses enligt detta tänkesätt vara att de av parterna utsedda skiljemännen inte förmår avge en skiljedom i ärendet ifall de är oeniga om dess innehåll efter att ordföranden som en följd av förlikningsförfarandet blivit jävig.⁵¹

⁴⁶ Se Raesche-Kessler ibid. s. 162; Collins ibid. s. 341; Abramson ibid. avsnitt IV, punkterna 5 och 9. Så även Plant ibid. s. 260, enligt vilken på annat sätt kan avtalas ifall parterna så önskar.

⁴⁷ Se Collins ibid. s. 341; Abramson ibid. avsnitt IV, punkt 7 och 8; Schneider ibid. s. 87.

⁴⁸ Se Collins ibid. s. 341; Abramson ibid. avsnitt IV, punkt 11.

⁴⁹ Se Plant ibid. s. 261; och Collins ibid. s. 341 fotnot 13, vari konstateras: "One possibility is that the costs of the settlement process are simply treated as costs in the arbitration, which will either be catered for as part of the settlement (if there is one) or will subsequently be the subject of an award (if there is not)."

⁵⁰ Se IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, punkt 8: "— the tribunal as a whole (or the presiding arbitrator where appropriate), may make proposals for settlement to both parties —"

⁵¹ Se Collins ibid. s. 342.

Ifall skiljemännen avger ett förlikningsförslag till parterna är det med tanke på dess godkännande väsentligt att samtliga skiljemän enhälligt står bakom förslaget. För att säkerställa att förslaget accepteras skall förslaget framläggas så opartiskt som möjligt för parterna och förslaget skall motiveras för dem på ett förståeligt sätt och tillräckligt ingående.⁵² Det är oftast ändamålsenligt att anförtro skiljedomstolens ordförande att framlägga förlikningsförslaget, men vid behov kan även annorlunda avtalas angående detta. Till exempel *Raeschke-Kessler* anser att det i internationella skiljeförfaranden ibland av kulturella hänsyn kan vara förnuftigt att den skiljeman som parten själv har utsett och som åtnjuter partens förtroende skall framlägga förlikningsförslaget.⁵³

Enligt min åsikt är det skäl att förhålla sig reserverat till senast nämnda rekommenderade tillvägagångssätt. I såväl finländsk som internationell skiljeförfarandepaxis är den förhärskande uppfattningen den, att de av parterna utsedda skiljemännen i all sin verksamhet skall vara lika opartiska och oberoende som skiljedomstolens ordförande.⁵⁴ Det tillvägagångssätt som *Raeschke-Kessler* rekommenderar är ägnat att kompromettera denna utgångspunkt och därmed snarare tillspetsa än lindra de problem kring jäv som skiljemännens förlikningsförfarande kan ge upphov till. För att kunna minimera problemen, är det enligt min åsikt bättre motiverat att endera skiljedomstolens ordförande ensam, eller alternativt samtliga medlemmar av skiljedomstolen, deltar i förlikningen.⁵⁵

Tidpunkten för förlikning

Med tanke på framgångsutsikterna vid medling är det viktigt att skiljemännen skrider till sina åtgärder för uppnående av förlikning vid rätt tidpunkt.

Skiljemännen kan göra parterna uppmärksamma på möjligheten till förlikning redan i början av förfarandet, till exempel vid ett konstituerande möte.⁵⁶ Det finns dock goda skäl för skiljemännen att avstå från aktiva förlikningsinitiativ redan i början av förfarandet, emedan skiljemännen vanligtvis inte har förutsättningar att trovärdigt befrämja förlikning innan de har mottagit parternas huvudsakliga argument samt bevisningen. När så har skett har skiljemännen mer sannolikt erhållit parternas förtroende, vilket med tanke på uppnående av förlikning är av betydelse. För att låna *Raeschke-Kesslers* ord:

⁵² Se *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161.

⁵³ Se *Raeschke-Kessler* ibid. s. 161. Likaså *Schneider* ibid. s. 87–88, som anser att detta förhandlingssätt är att föredra särskilt när parterna och skiljemännen har sin bakgrund i olika rättskulturer. I dylika fall är det möjligt att parten lättare kan kommunicera med den skiljeman han själv utnämnt och som företräder samma rättskultur.

⁵⁴ Se t.ex. *Redfern – Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (3rd edition, 1999) s. 210; och för Finlands del *Mikkola – Puhakka* ibid. s. 84, vari även påpekas att den amerikanska skiljemannaförfarandepaxisen skiljer sig från den europeiska på denna punkt.

⁵⁵ Se även *Plant* ibid. s. 256, enligt vilken ”If the Tribunal serves as settlement facilitator, it is normally best if all the members of the Tribunal participate, notwithstanding that the Chair may lead the discussions”.

⁵⁶ Se *Plant* ibid. s. 256; *Raeschke-Kessler* ibid. s. 160; och det som framförts tidigare i avsnitt ”Frågor angående förlikningsmöjligheterna”.

”The right time for a settlement initiative by the arbitral tribunal will differ according to the circumstances. In any case, it has to make sure that it has received and understood the main written submissions of the parties and has given them a full chance of presenting their case at hearing – – The arbitral tribunal may not rush into settlement efforts of its own without a clear knowledge of the facts and issues of the case. Any premature attempts are doomed to fail. The parties have turned to arbitration because they have not been able to reach a settlement prior to its commencement. They need a chance to present their case to the arbitral tribunal fully and to assess their chances of success in the proceedings – – Key to the success of any settlement efforts by the arbitral tribunal is the confidence of the parties that it has mastered the file and has a clear idea of the issues in question.”⁵⁷

Möjligheterna till ett positivt slutresultat genom förlikning förbättras när förutom parternas ombud även parternas företrädare, som är förtrogna med tvistefrågan, deltar i förlikningsförhandlingarna. Med tanke på förlikning är den lämpligaste tidpunkten ofta i samband med en muntlig förhandling då personer som företräder partsföretagen är närvarande. Dessa partsrepresentanter är ofta bättre informerade om ärendets kommersiella aspekter och har ofta befogenhet att lösa tvisten på ett bindande sätt för det bolag de representerar.⁵⁸ Skiljemännen borde sträva till att presentera sina förslag för befrämjande av förlikning vid en tidpunkt då förlikning kan uppnås via medverkan av sådana företrädare för parterna som har beslutanderätt.

Avslutningsvis

Vissa empiriska forskningar under den senaste tiden har visat att nästan hälften av de undersökta internationella skiljeförfarandena har kunnat avslutas genom förlikning innan skiljedom avges.⁵⁹ Statistiken vid vissa internationella skiljedomsinstitut visar dock inte lika höga siffror. Säkerligen varierar sannolikheten för förlikning kraftigt beroende på skiljemännens person och den rättskultur i vilken skiljemännen och parterna har sin bakgrund.⁶⁰ I min kännedom

⁵⁷ Se Raeschke-Kessler ibid. s. 161. I samma riktning även Schneider ibid. s. 86; Plant ibid. s. 257; Berger ibid. s. 401 (särskilt fotnot 89). Enligt Plant kan sannolikheten för förlikning öka i takt med att kostnaderna ökar och som en följd av att ”managements of one or more parties have grown weary (or wary)”. Berger å sin sida påpekar att även parternas uppfattning om möjligheten att lyckas i sina krav har kunnat bli mer realistisk efter att bevisning framlagts, vilket å sin sida kan befrämja uppnående av förlikning i detta skede.

⁵⁸ Se Plant ibid. s. 256; Abramson ibid. avsnitt IV, punkt 4; och Schneider ibid. s. 88, enligt vilken: ” – – it is frequently underlined principle of successful conciliation that the meetings should be attended by high ranking members of the parties’ organization, with decision-making powers. Where the parties come from distant countries, there are some hesitations to engage the time and the travel costs for such meetings; but the personal appearance and direct contact of senior executives is often of critical importance and the advantages of their presence generally outweigh these costs. Care should be taken that those who were involved in the origin of the dispute do not create a negative impact on the process when their own responsibility or emotions are involved.”

⁵⁹ Se Bühring-Uhle – Scherer – Kirchhof ibid. s. 83. Berger har framlagt en ännu högre uppskattning, enligt vilken hela 60 % av samtliga skiljemannaförfaranden skulle upphöra pga. att förlikning uppnåtts; se Berger ibid. s. 398.

⁶⁰ Se Bühring-Uhle – Scherer – Kirchhof ibid. s. 83–84, i vilken enligt framlagt undersökningsresultat närmare 70 % av de skiljemannaförfaranden där skiljemännen och/eller parterna är tyska har slutat i förlikning. Däremot var motsvarande siffra endast drygt 30 % i skiljemannaförfaranden där skiljemännen och/parterna var amerikaner.

finns inga undersökningar över förlikningarnas andel av finländska skiljeförfaranden, men erfarenheten säger att förlikningar inte heller är ovanliga i inhemska processer.

Förlikning är därmed en viktig del av skiljeförfarandet och skickliga skiljemän kan om de så önskar befrämja chanserna för uppnående av förlikning. Skiljemännen måste ändå i all sin medlingsverksamhet komma ihåg sin främsta förpliktelse, nämligen att avge ett verkställbart avgörande i parternas tvistemål inom skäligen tid och till skäliga kostnader. Skiljemännen skall värna om sin neutralitet och sitt oberoende samt om skiljedomens giltighet och slutliga natur. För att uppnå denna målsättning är det nyttigt för skiljemännen att i sin verksamhet bekanta sig med de tillvägagångssätt som beskrivits ovan i denna artikel.

Enligt rådande uppfattning har skiljemännen på parternas begäran rätt, men ingalunda någon absolut skyldighet, att befrämja dessas strävanden till förlikning. En skiljeman har vanligen skäl att vidta aktiva åtgärder för att befrämja förlikning endast om skiljeförfarandets samtliga parter så önskar. Även i detta fall bör skiljemännen enligt min åsikt överväga huruvida tvisten till sin natur är sådan att möjligheterna till förlikning kan anses vara realistiska. I andra fall kan förlikningsförsök vara oändamålsenliga och endast leda till ett uppskov med den slutliga lösningen på tvisten och en onödig ökning av kostnaderna för processen.

Det är viktigt att skiljemännen inte obefogat försöker undvika befrämjande av förlikning genom att förhålla sig onödigt negativt till detta. Om parterna önskar medling och skiljemännen anser att möjligheterna till förlikning är realistiska, borde skiljemännen ha färdigheten befrämja ett förlikningsförfarande i enlighet med parternas önskemål. När omständigheterna för förlikningsförhandlingar är goda, kan en skiljeman som åtnjuter parternas förtroende och respekt vid rätt tidpunkt och med riktiga åtgärder på ett betydande sätt befrämja en förlikning. Trenderna i vår omvärld pekar mot en positivare syn på dessa möjligheter.

En genomgång av gällande regler och nyare rättslitteratur ger mig bakgrund till följande rekommendationer:

- skiljemännen bör förhålla sig positivt till möjligheterna till en förlikning av tvister
- skiljemännen kan föreslå en utomstående medlare ifall parterna så önskar
- skiljemännen kan medverka vid förlikningsförhandlingarna endast då samtliga parter så önskar
- skiljemännen bör medverka vid förlikningsförsök endast då samtliga parter är representerade
- det är att föredra att samtliga skiljemän deltar vid förlikningsförsöken
- skiljemännen bör avhålla sig från att ge preliminära utlåtanden angående substansfrågor, i alla fall före bevisningen är slutförd
- skiljemännen bör inte ge förhandsbesked om tvistens utgång
- skiljemännen har skäl att på lämpligt sätt dokumentera att medlingen inte ger anledning till jävsinvändningar från parternas sida
- skiljemännen bör medverka vid förlikningsförsök endast då realistiska möjligheter till framgång kan antas föreligga, och då onödig försening och kostnadsökning kan undvikas.