

Skiljeklausuler och utomobligatoriska skadeståndsanspråk – Piercing the Contractual Veil?*

STINA BRATT**

1. Inledning

Kan en avtalspart undgå en skiljeklausul i ett kontrakt genom att rikta en utomobligatorisk skadeståndstalan mot sin egen avtalspart? I Högsta domstolens beslut i NJA 2017 s. 226 ("Avräkningsavtalet") har klargjorts att frågan ska besvaras jakande. Ibland är dock inte svaret det viktiga, utan vägen dit. HD:s behandling av parallella anspråksvägar i en skiljedomsrättslig kontext tycks ha tagit två steg fram och ett steg tillbaka. Rättsfallet kan betraktas som en syntes av denna rättsutveckling. Genom rättsfallet står det klart att påstående- och anknytningsdoktrinerna verkar på olika plan. I rättsfallet lämnar HD även ett visst utrymme för en "genomlysning" av en utomobligatorisk skadeståndstalan. Ett undantag från möjligheten att kringgå en skiljeklausul genom att föra en utomobligatorisk skadeståndstalan mot sin egen avtalspart är nämligen enligt HD om skadelidanden har "maskerat" en kontraktsgrundad talan som en utomobligatorisk skadeståndstalan. Samtidigt väcker rättsfallet även andra frågor, bl.a. avseende möjligheten att genom en utomobligatorisk skadeståndstalan rikta anspråk mot annan än den direkte avtalsparten. Innebär en sådan talan ett kringgående, eller en genombrytning, av avtalets ansvarsfördelning? Kan en skiljeklausul tillämpas vid en sådan talan? Finns det skillnader ur civilrättsligt respektive processrättsligt perspektiv vid en talan mot avtalspartens medkontrahent?

* Uppsatsen har tidigare publicerats i Juridisk Tidskrift 2017/18 nr 3 s. 702 ff.

** Doktorand i civilrätt vid Stockholms universitet. Tack till Lars Heuman, Jori Munukka och Alexander Unnersjö för synpunkter på ett tidigare utkast till artikeln.

2. Omständigheterna, käromålets utformning och underinstanserna

2.1 Omständigheterna i målet

I samband med försäljningen av samtliga aktier i ett bolag för ca 50 miljoner kr upprättade säljarna sig emellan ett avtal, benämnt ”Avräkningsavtal”. Enligt avtalet skulle en av säljarna, AB Kemisten, för samtliga säljares räkning uppbära och redovisa köpeskillingen till övriga säljare efter avdrag för transaktionskostnaderna i samband med försäljningen. I avtalet fanns en skiljeklausul som angav att tvister med anledning av tolkningen eller tillämpningen av avtalet skulle avgöras genom skiljedom. AB Kemisten utbetalade köpeskillingen till övriga säljare efter avdrag med bl.a. ett belopp om ca 2,5 miljoner kr. Det sistnämnda beloppet utbetalades istället till ett utomstående bolag.

Övriga säljare (härefter kändena) väckte talan mot AB Kemisten (svarandebolaget) och dess verkställande direktör L.M.L. (vd:n). Vd:n var även ägare av svarandebolaget. Kändena yrkade att svarandena skulle förpliktas att solidariskt betala skadestånd med vissa belopp, motsvarande de 2,5 miljoner kr som utbetalats till det utomstående bolaget. Kändena gjorde gällande att svarandebolaget och vd:n gjort sig skyldiga till förskingring alternativt trolöshet mot huvudman.¹ De yrkade beloppen motsvarade den skada som respektive aktieägare orsakats på grund av utbetalningen till det utomstående bolaget. Käromålet avsåg således ren förmögenhetsskada på grund av brott och ersättning skulle utgå på utomobligatorisk grund.

Grunderna formulerades enligt följande.

LML är verkställande direktör i Kemisten AB. Kemisten AB/LML har på grund av Avräkningsavtalet fått köpeskillingslikviden i sin besittning med skyldighet att utgiva likviden och redovisa för den till aktieägarna. LML har uppsåtligen utgett 2 469 389 kronor till UZZA AB och har därigenom åsidosatt vad han har att iaktta för att kunna fullgöra sin skyldighet. Detta har inneburit vinning för LML eller UZZA AB och motsvarande skada för [kändena].

Alternativt

Kemisten AB/LML har erhållit förtroendet av aktieägarna i Bolaget att för deras räkning motta, förvalta och redovisa köpeskillingen vid försäljning av aktierna i

¹ Se 10 kap. 1, 3 och 5 §§ brottsbalken (1962:700). I båda fallen rörde det sig enligt kändena om grova brott.

Bolaget. LML har missbrukat sin förtroendeställning genom att uppsåtligt och utan att ha varit behörig eller utan godkännande från övriga aktieägare samt utan grund ha godkänt och utbetalt ett belopp om 2 469 389 kronor till UZZA AB, ägt av Bolagets styrelseordförande LJ. Betalningen har förorsakat [kärandena] skada som motsvarar yrkat belopp.

I båda fallen är fråga om ett betydande värde och därmed synnerligen kännbar skada.

Kemisten AB har ett principalansvar alternativt ett organansvar för LML som var bolagets verkställande direktör 2008. Det medför ansvar för den skada som vållats övriga aktieägare.

Svarandena bestred kärandenas yrkanden i sak. Som grund för sitt bestridande anförde de bl.a. att ersättningen som utbetalats till det utomstående bolaget varit en sådan transaktionskostnad som svarandebolaget enligt Avräkningsavtalet haft att reglera mot avräkning på köpeskillingen. Svarandena yrkade även att käromålet skulle avvisas eftersom tvisten rörde tillämpningen av Avräkningsavtalet och därför skulle avgöras genom skiljeförfarande. Tingsrätten var därmed obehörig att ta upp frågan. Redovisningsskyldigheten och förtroendeställningen grundades på Avräkningsavtalet.

Kärandena anförde att det inte förelåg något rättegångshinder eftersom grunden för talan var att svarandena gjort sig skyldiga till brott. Talan grundade sig därför inte på Avräkningsavtalet.

2.2 Underinstanserna

Tingsrätten konstaterade att kärandena som grund för sina yrkanden åberopat ett utomobligatoriskt förhållande. Eftersom det förhöll sig på det viset ansåg tingsrätten att kärandens fordringsanspråk inte var en följd Avräkningsavtalet och lämnade avvisningsyrkandet utan bifall. Svarandens invändning att utbetalningen var en transaktionskostnad som svarandebolaget enligt avräkningsavtalet haft rätt att reglera ansågs emellertid vara en fråga om tolkning och tillämpning av avtalet, vilken omfattades av skiljeklausulen. Tingsrätten ansåg sig därför inte kunna pröva den frågan. Tingsrätten förelade därför käranden att inom viss tid visa att ett skiljeförfarande angående svarandenas invändning inletts, vid äventyr av att käromålet avvisades. Tingsrätten hänvisade här till NJA 1982 s. 738 och anförde att det av processekonomiska skäl inte var tänkbart för domstolen att meddela ett avgörande som är villkorat av vad som kan följa av en senare meddelad skiljedom. Av HD:s besluts-

skäl framgår att tingsrätten därefter vilandeförklarade målet i avvaktan på att beslutet i avvisningsdelen skulle vinna laga kraft.²

Hovrätten avvisade käromålet med motiveringen att prövningen i målet i allt väsentligt skulle innebära en prövning av om svarandebolaget, företrätt av vd:n, åsidosatt sina skyldigheter enligt avräkningsavtalet såsom kärandena påstått. Kärandenas talan ansågs därmed grundad direkt på Avräkningsavtalet. Det ansågs vidare vara utan betydelse att kärandena också gjorde gällande att svarandenas agerande var brottsligt.

3. Högsta domstolens beslut i korthet

Efter en genomgång av bakgrunden i målet och underinstansernas beslut redogjorde HD för de rättsliga utgångspunkterna vid prövning av en skiljenämnds behörighet. HD uttalade härvid att det är en etablerad grundsats att nämnden vid denna prövning ska tillämpa den s.k. påståendedoktrinen. Kärnan i påståendedoktrinen är, enligt HD, att skiljenämnden inte ska ta ställning till existensen av de rättsfakta som skiljekäranden påstår omfattas av ett rättsförhållande som täcks av skiljeavtalet och att skiljenämnden är behörig att pröva tvisten om det påstådda rättsförhållandet täcks av skiljeavtalet. Existensen och omfattningen av ett skiljeavtal måste skiljenämnden dock alltid pröva. Påståendedoktrinen ska tillämpas på motsvarande sätt när det i allmän domstol uppkommer fråga om domstolen är förhindrad att pröva en tvist på grund av ett skiljeavtal.

HD beskrev därefter hur man ska bedöma svarandens invändningar vid tillämpning av påståendedoktrinen. En domstol ska – när en svarande invänder att käromålet omfattas av skiljeavtal – utgå från de rättsfakta som käranden åberopar till grund för sin talan. Om kärandens rättsfakta är att hänföra till ett rättsförhållande som omfattas av avtalet, ska käromålet avvisas. I annat fall får käromålet inte avvisas, även om svarandens invändning grundas på ett rättsförhållande som omfattas av skiljeavtalet, exempelvis en motfordring enligt ett kontrakt som innehåller en skiljeklausul.

HD tog även upp frågan om den s.k. anknytningsdoktrinen, vilken kom i fråga efter HD:s beslut i NJA 2007 s. 475 (”Vägmaterialet”). HD uttalade här att man måste skilja mellan det fallet att åberopade omständigheter hänför sig till ett rättsförhållande som skiljeklausulen avser och det fallet att det rör sig om ett annat och inte av klausulen omfattat rättsförhållande.

² Se 32 kap. 5 § rättegångsbalken samt nyss nämnda NJA 1982 s. 738.

Skiljeklausulen är bara tillämplig i det förra fallet. HD hänvisade här till NJA 2010 s. 734 ("Tupperware") och anförde – beträffande det andra fallet – att förekomsten av ett samband inte annat än i vissa fall och under mycket speciella förhållanden kan föranleda att klausulen utsträcks till det andra rättsförhållandet.

HD gjorde därefter – efter vissa uttalanden om skiljeklausuler och utomobligatoriska skadeståndsanspråk som särskilt ska diskuteras i det följande – bedömningen att den aktuella talan inte omfattades av skiljeklausulen och fastställde därmed tingsrättens beslut. Svarandens invändning skulle således prövas av skiljenämnd.

4. Analys

4.1 Skiljeavtalets objektiva räckvidd

Twister i frågor som parterna kan träffa förlikning om får genom avtal lämnas till avgörande av en eller flera skiljemän (1 § 1 st. lagen (1999:116) om skiljeförfarande, LSF). Ett skiljeavtal (eller en skiljeklausul) kan antingen avse en uppkommen tvist eller framtida tvister som kan uppkomma i anledning av ett bestämt avtal eller något annat bestämt rättsförhållande mellan parterna. Den närmare innebörden av en skiljeklausul avgörs genom tolkning.³ Skiljeklausuler formuleras vanligtvis på ett standardiserat sätt, såsom "alla tvister som kan uppkomma i anledning av detta avtal". En skiljeklausul som är formulerad på ett sådant sätt omfattar t.ex. tolkning av avtalet och skadestånd på grund av kontraktsbrott.

Om en av avtalsparterna anser att motparten i avtalet har agerat avtalsstridigt ska talan väckas enligt den överenskomna ordningen, dvs. skiljeförfarande ska påkallas. Om talan istället väcks i domstol utgör skiljeavtalet ett processhinder och talan ska avvisas av domstolen enligt 10 kap. 17 a § rättegångsbalken (1942:740). Avvisning sker endast om svaranden gör invändning om rättegångshindret första gången denne för talan i målet.

Den civilrättsliga bedömningen av vilken typ av agerande som står i strid med parternas avtal, och därmed utgör ett kontraktsbrott, beror på hur parterna har reglerat sina mellanhavanden i avtalet. Ett agerande som är avtalsstridigt kan även stå i strid med andra rättsregler. En av avtalsparterna kan exempelvis vålla en skada som är skadeståndsgrundande alldeles oberoende av

³ Om tolkning av skiljeavtal se t.ex. Lindskog, S., *Skiljeförfarande*, 2 u., Stockholm 2012, s. 115 ff. med hänvisningar.

innehållet i avtalet. Frågan är då om förekomsten av en skiljeklausul stänger vägen för en prövning av ett utomobligatoriskt anspråk i allmän domstol.

För att en framtida tvist ska omfattas av ett skiljeavtal måste rättsförhållandet vara angivet i avtalet (1 § 1 st. 2 men. LSF). Det innebär att klausulen är överksam om den tar sikte på ett framtida obestämt rättsförhållande. Bestämmelsen är av betydelse om det föreligger flera rättsförhållanden mellan parterna. Om kåranden åberopar ett rättsförhållande som inte är angivet i avtalet, kan en sådan tvist inte prövas i skiljenämnd.⁴ Anledningen till det är att skiljeklausulen innebär en avsägelse från processuellt rättsskydd.⁵ Bestämmelsen innebär att skiljeklausulen inte gäller för ett på lag grundat utomobligatoriskt rättsförhållande som utgör något annat än det avtalsrättsliga rättsförhållande som klausulen siktar på.⁶

Mot bakgrund av kravet på att rättsförhållandet måste vara angivet i skiljeavtalet, ter sig HD:s uttalande att rättsförhållanden som inte är angivna i avtalet inte heller omfattas av skiljeavtalet som närmast självklar. Det finns dock inget hinder mot att formulera en skiljeklausul så att vissa framtida tvister eller anspråk undantas från skiljeförfarande.⁷

4.2 Påståendedoktrin eller anknytningsdoktrin – eller både och?

Ett rättsfaktum som är av betydelse för såväl domstols och skiljenämnds behörighetsprövning som för den materiella prövningen utgör ett dubbelrelevant rättsfaktum. Enligt den s.k. påståendedoktrinen behöver dubbelrelevanta rättsfakta inte styrkas av parterna vid behörighetsprövningen.⁸ En annan doktrin, vars betydelse för behörighetsprövningen kom i fråga efter NJA 2007 s. 475, är den s.k. anknytningsdoktrinen. Denna doktrin innebär att det kan vara tillräckligt med en anknytning mellan åberopade rättsfakta och det rättsförhållande som omfattas av skiljeklausulen, för att en skiljenämnd ska vara behörig.

Frågan om förhållandet mellan påståendedoktrinen och anknytningsdoktrinen har varit föremål för viss diskussion. En uppfattning som har framförts är att påståendedoktrinen och anknytningsdoktrinen är möjliga att tillämpa sida vid sida, eftersom de tar sikte på två artskilda behörighetsfrågor.⁹ En

⁴ Se vidare Lindskog, S., *Skiljeförfarande*, 2 u., Stockholm 2012, s. 246 ff.

⁵ Heuman, L., *Specialprocess*, 7 u., Stockholm 2014, s. 38.

⁶ NJA 2010 s. 734.

⁷ Heuman, L., *Specialprocess*, 7 u., Stockholm 2014, s. 29.

⁸ Heuman, L., JT 2009–10 s. 360.

⁹ Heuman, L., JT 2009–10 s. 335 f.

annan uppfattning är att de är två motstridiga principer.¹⁰ Det finns ett antal HD-fall där påståendedoktrinen respektive anknytningsdoktrinen har varit mer eller mindre framträdande.¹¹

HD har nu (återigen) klargjort att påståendedoktrinen ska tillämpas vid behörighetsprövningen och att denna doktrin tar sikte på *existensen* av åberopade rättsfakta. Beträffande skiljeklausulens objektiva räckvidd är det, enligt HD, inte tillräckligt med anknytning mellan åberopade rättsfakta och ett rättsförhållande som omfattas av skiljeklausulen. En skiljeklausul är nämligen bara tillämplig om åberopade omständigheter är att hänföra till ett rättsförhållande som skiljeklausulen avser.¹² Om åberopade omständigheter rör sig om ett annat och inte av klausulen omfattat rättsförhållande kan förekomsten av ett samband ”inte annat än i vissa särskilda fall och under mycket speciella förhållanden” föranleda att klausulen utsträcks till det andra rättsförhållandet.¹³ Genom dessa uttalanden fortsätter HD på den i NJA 2010 s. 734 (”Tupperware”) inslagna vägen att reducera anknytningsdoktrинens betydelse väsentligt; anknytningsdoktrinen ska tillämpas restriktivt.¹⁴

HD anförde att skälen mot en extensiv tolkning av ett skiljeavtal är bl.a. rätten till domstolsprövning, att en sådan tolkning skapar osäkerhet om vilka effekter ett skiljeavtal kommer att få i framtiden och att skiljeklausulen kan komma i konflikt med det krav på identifiering av framtida tvister som uppställs i 1 § 1 st. LSF. Å andra sidan kan det, enligt HD, visserligen i enskilda fall leda till problem att närliggande rättsförhållanden kommer att prövas i två skilda fora. HD hänvisade här till NJA 1982 s. 738 (”Nykvarn”) och framhöll att det inte annat än undantagsvis bör föranleda det slaget av lösning som tillämpats i NJA 2007 s. 475 (”Vägmaterialet”).¹⁵ HD uttalade: ”[E]n skiljeklausul i ett kontrakt omfattar således i princip bara det eller de rättsförhållanden som regleras i kontraktet och inte andra rättsförhållanden även om de skulle ha anknytning till något kontrakterat rättsförhållande”.¹⁶

¹⁰ Schöldström, P., JT 2007–08 s. 472 och JT 2008–09 s. 689, Madsen, F., SvJT 2013 s. 730 ff.

¹¹ Se NJA 1982 s. 738, NJA 2007 s. 475, NJA 2008 s. 120, NJA 2008 s. 406, NJA 2010 s. 734 och NJA 2012 s. 183.

¹² NJA 2017 s. 226, p. 12.

¹³ NJA 2017 s. 226, p. 12.

¹⁴ I NJA 2010 s. 734 (”Tupperware”) ansågs ett konkursbo vid talan om återvinning inte kunna grunda någon rätt på det prorogationsavtal som gällde för avtalsförhållandet mellan konkursgäldenären och återvinningssvaranden.

¹⁵ NJA 2017 s. 226, p. 13.

¹⁶ NJA 2017 s. 226, p. 13.

I NJA 1982 s. 738 ("Nykvarn") väckte ett bolag (Nykvarn) talan om skadestånd på grund av att svaranden i strid mot mönsterskyddslagen hade gjort intrång i Nykvarns mönsterrätt. Nykvarn gjorde även gällande att ett mellan parterna träffat licensavtal upphört att gälla på grund av svarandens kontraktsbrott. Svaranden bestred att avtalet upphört gälla. Parterna var ense om att frågan om avtalets giltighet skulle prövas av skiljemän. Svaranden påstod vidare att nyttjandet av mönstren, vilket utgjorde grunden för skadeståndsanspråket, omfattades av licensavtalet och att detta alltjämt var gällande. HD ansåg att talan i och för sig vilade på utomobligatorisk grund, vilket gjorde allmän domstol behörig. Invändningen om att svarandens agerande varit förenligt med licensavtalet skulle dock prövas av skiljenämnd. HD ansåg att talan inte hade bort avvisas direkt, utan att käranden skulle föreläggas att inom viss tid visa att skiljeförfarande inletts.

I NJA 2007 s. 475 ("Vägmaterialet") hade käranden i tredje hand gjort gällande att talan grundades på att en anställd hos svarandebolaget gjort sig skyldig till brott. HD uttalade att skiljeklausulen kunde läsas så att alla tvister med anknytning till avtalet skulle avgöras av skiljemän. Även om käranden påstod att ersättningsanspråket inte grundade sig på avtalet, utan avsåg ett anspråk grundat på vållande genom brott, hade de faktiska omständigheter som åberopats direkt anknytning till avtalet. Med hänsyn till det och till att de två övriga grunderna enligt lagakraftvunnet beslut skulle prövas av skiljemän ansåg HD att även den tredje grunden skulle anses omfattad av skiljeklausulen.

Anknytningsdoktrinen kan emellertid vara av fortsatt betydelse vid konkurrerande ansvarsgrunder. Enligt HD ska nämligen en skiljenämnd eller domstol inte alltid låta sin bedömning i behörighetsfrågan styras av hur käranden kvalificerat sin talan rättsligt. HD uttalade: "Vid bedömningen av hur påstådda rättsfakta förhåller sig till ett visst rättsförhållande som omfattas av skiljeavtalet måste utrönas vad som är den egentliga innebörden av talan."¹⁷ Anledningen till det är att "en part som ingått ett kontrakt med en skiljeklausul inte bör kunna undgå skiljebundenhet genom att maskera en talan, som helt bygger på kontraktet och därför rätteligen faller in under skiljeavtalet, som en talan av annat slag".¹⁸ HD betecknar denna tolkningsoperation som en "genomlysning".¹⁹

Anknytningsdoktrinen kan uppfattas som en tolkningsmaxim, vars eventuella tillämpning leder till en utvidgning av skiljeklausulens räckvidd.²⁰ Det

¹⁷ NJA 2017 s. 226, p. 17.

¹⁸ NJA 2017 s. 226, p. 17.

¹⁹ NJA 2017 s. 226, p. 17.

²⁰ Heuman, L., JT 2009–10 s. 337 och JT 2016–17 s. 200.

är här inte fråga om avtalstolkning i vanlig mening, utan en objektiv tolkning som inte utgår från vad parterna kan antas ha menat vid avtalstidpunkten (partsviljan). För att anknytningsdoktrinen ska aktualiseras måste det först klarläggas att käranden har gjort gällande ett rättsförhållande som inte omfattas av skiljeklausulen. Denna fråga torde avgöras genom vanlig avtalstolkning.²¹ Först därefter kan talans syfte och anknytning till avtalet påverka avtalets räckvidd.

Sammanfattningsvis har HD klargjort att påståendedoktrinen innebär att de rättsfakta som käranden grundar sin talan på godtas och läggs till grund för behörighetsbedömningen i ett första steg. Först därefter kan anknytningsdoktrinen, eller genomlysningsresonemang, leda fram till en annan rättslig klassificering av talan, med innebörden att den förda talan ska anses avse ett sådant rättsförhållande som omfattas av skiljeklausulen.

4.3 Betydelsen av svarandens invändningar

En särskild fråga är hur svarandens invändningar ska bedömas vid tillämpning av påståendedoktrinen och anknytningsdoktrinen. Eftersom påståendedoktrinen innebär att käranden inte behöver styrka de omständigheter som åberopas till stöd för rättens behörighet, kan man motsatsvis anta att vad svaranden invänder inte spelar någon roll. I denna del uttalade HD, ganska kategoriskt, att om kärandens påstådda rättsfakta är att hänföra till ett rättsförhållande som omfattas av avtalet ska käromålet avvisas, i annat fall får käromålet inte avvisas på grund av skiljeavtalet. Detta gäller även om svarandens invändning grundas på ett rättsförhållande som omfattas av skiljeavtalet, t.ex. en motfordring enligt ett kontrakt som innehåller en skiljeklausul.²² HD hänvisade här till NJA 2012 s. 183 ("Concorp I").

I NJA 2012 s. 183 ("Concorp I") hade käranden (Concorp) yrkat att svaranden skulle förpliktas att utge 12 miljoner kr. Grunden för yrkandet var återbetalning av en lånefordran uppgående till det yrkade beloppet. Svaranden invände att talan skulle avvisas. Som grund härför anförde svaranden att lånefordran omfattades av ett mellan parterna träffat samarbetsavtal, i vilket det fanns en skiljeklausul. HD ansåg att käranden inte hade lagt vare sig samarbets- eller tilläggsavtalet till grund för sin talan. Istället hade käranden gjort gällande att fråga var om ett återbetalningskrav på grund av en försträckning som gjordes redan innan dessa avtal ingicks. Den omständigheten att svarandens invändningar mot

²¹ Se vidare Heuman, L., *Skiljemannarätt*, Stockholm 1999, s. 71 ff.

²² NJA 2017 s. 226, p. 11.

fordringsanspråket grundades på avtalen medförde inte att allmän domstol blev obehörig att pröva ”detta” på den åberopade rättsgrunden. Det ansåg HD gälla fastän invändningarna omfattades av den skiljeklausul som gällde för det avtal som invändningen grundades på.

Vid första påseende verkar det som att svaranden inte har någon som helst möjlighet att påverka bedömningen av kärandens påstådda rättsfakta eller hur kärandens talan ska klassificeras rättsligt. När svaranden invänder att käromålet omfattas av ett skiljeavtal ska således, i överensstämmelse med påståendedoktrinen, domstolen vid sin behörighetsprövning utgå från de rättsfakta som käranden åberopar som grund för sin talan. Svaranden kan då inte ”omstöpa” kärandens talan genom att invända att talan omfattas av skiljeklausulen. Svarandens invändningar kan emellertid medföra att käromålet avvisas om svarandens motfaktum omfattas av skiljeavtalet.²³ Vid en sådan invändning ska domstolen förelägga käranden att påkalla skiljeförfarande. Om käranden underlåter att påkalla skiljeförfarande ska käromålet avvisas. Avvisning sker alltså först sedan invändningarna (motfakta) avskilts från kärandens påstådda rättsfakta, och käranden underlåtit att påkalla skiljeförfarande avseende svarandens invändning.²⁴

Svarandens invändningar får även betydelse för frågan om genomlysning och är alltså avgörande för anknytningsdoktrinen tillämplighet. En domstol får inte ex officio ta ställning till om ett (utomobligatoriskt) rättsförhållande har anknytning till avtalet. Svaranden måste göra en invändning om att anknytning föreligger i samma utsträckning som en invändning om att en skiljeklausul är tillämplig. Det följer redan av att domstolen inte självmant kan beakta rättegångshinder som följer av att det finns ett skiljeavtal mellan parterna, se 10 kap. 17 a § rättegångsbalken.

4.4 Konkurrerande ansvarsgrunder

Om en avtalspart vållar skada för motparten som kan föranleda skadeståndsansvar enligt såväl avtalet mellan parterna som utomobligatoriska rättsregler föreligger s.k. konkurrerande ansvarsgrunder. I en sådan situation uppkommer frågan om den skadelidande har rätt att välja vilka rättsregler anspråket ska grundas på. Under rubriken ”Skiljeklausul och utomobligatoriska skadeståndsanspråk” redogjorde HD för hur behörighetsprövningen ska ske när

²³ Jfr Heuman, L., JT 2016–17 s. 205.

²⁴ NJA 2017 s. 226 och NJA 1982 s. 738.

käranden väljer att grunda sin talan på ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar istället för kontraktsansvar. HD uttalade härvid i allmänna ordalag att när det gäller skadeståndsanspråk kan en kärande stödja sig på olika rättsliga regler. Utöver att anspråket kan grundas på vad som gäller kontraktuellt mellan parterna kan utomobligatoriskt ansvar aktualiseras, såväl enligt culparegeln på den allmänna skadeståndsrättens område som på grund av brott.²⁵

Den allmänna utgångspunkten vid konkurrerande ansvarsgrunder är således att käranden har valrätt. Det gäller såväl civilrättsligt som processrättsligt. Ur ett processrättsligt perspektiv är denna valrätt tämligen självklar. Käranden förfogar själv över sin talan. I 42 kap. 2 § rättegångsbalken föreskrivs exempelvis att en stämningsansökan ska innehålla ett bestämt yrkande samt en redogörelse för de omständigheter som åberopas till grund för yrkandet. Det ligger implicit i regeln att det är käranden som förfogar över vilka omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet.²⁶

HD uttalade vidare att när en skadegörare blir ansvarig för skada enligt andra rättsliga regler än sådana som är att hänföra till det kontraktuella förhållandet, rör det sig om ett rättsförhållande som ligger utanför vad som regleras i kontraktshandlingen och som därmed i princip inte omfattas av skiljeklausulen. Detta är enligt HD särskilt tydligt när handlandet skulle grunda culpaansvar eller vara brottsligt också om skadegöraren eller skadelidanden inte hade stått i något avtalsförhållande med varandra.²⁷ Vid konkurrerande ansvarsgrunder i fall där parterna har träffat ett skiljeavtal, finns således en presumtion för att utomobligatoriska anspråk inte omfattas.

Även om ett utomobligatoriskt rättsförhållande som huvudregel inte omfattas av skiljeklausulen, kan denna i vissa särskilda fall få verkan ändå. HD uttalade nämligen att det förhållandet att ett kontraktsbrott kan grunda skadeståndsansvar även på en utomobligatorisk grund inte nödvändigtvis föranleder att en tvist om ersättning på den grunden faller utanför en skiljeklausul i kontraktet.²⁸ HD öppnar alltså upp för en möjlighet att i vissa fall låta avtalsregleringen få verkan även vid konkurrerande ansvarsgrunder. HD uttalade därefter: ”När det är just åsidosättandet av kontraktet som föranleder culpaansvar eller skulle utgöra den straffbara handlingen – kontraktet förutan skulle handlandet ha varit straffritt och inte heller ha föranlett något culpaansvar – bör klausulen i vissa fall kunna omfatta också anspråk

²⁵ NJA 2017 s. 226, p. 15.

²⁶ Jfr även 17 kap. 3 § rättegångsbalken.

²⁷ NJA 2017 s. 226, p. 15.

²⁸ NJA 2017 s. 226, p. 16.

på utomobligatorisk grund med därav följande verkan som rättegångshinder”. Brasklappen är dock: ”det förutsätter emellertid att de rättsfakta som käranden åberopar för utomobligatoriskt ansvar *i allt väsentligt* svarar mot rättsfakta som kan grunda kontraktsansvar”.²⁹ Det måste således finnas en direkt anknytning till avtalet för att det utomobligatoriska ansvar som då aktualiseras ska omfattas av skiljeavtalet. Dessutom måste de rättsfakta som åberopas vara i stort sett samma rättsfakta som hade åberopats för ett kontraktuellt ansvar.

Detta resonemang förde HD sedan vidare till ställningstagandet att en skiljenämnd eller domstol inte alltid ska låta sin bedömning i behörighetsfrågan styras av hur käranden har kvalificerat sin talan rättsligt. Som nämnts ovan måste istället vid bedömningen utrönas vad som är den *egentliga innebörden* i talan. Utrymmet för genomlysning är dock enligt HD begränsat till klara fall.³⁰ Skälen till det är väsentligen desamma som de som talar mot emot en extensiv tillämpning av anknytningsdoktrinen, se ovan.

Några närmare instruktioner kring hur denna avgränsning mellan ”klara fall” och ”oklara fall” ska göras ger dock inte HD. Av intresse är emellertid HD:s metod. HD räknade upp de rättsfakta som kärandena grundat sin talan på och konstaterade att talan vilade på utomobligatorisk grund. HD jämförde därefter åberopade rättsfakta (som grundade utomobligatoriskt skadeståndsansvar) med svarandebolagets fullgörelse av avtalet och kom fram till att det avsåg ett annat rättsförhållande. Åberopade rättsfakta hade inte tillräcklig anknytning till avtalet. Det ansågs i sammanhanget inte kunna tillmätas någon avgörande vikt att syftet med talan var att åstadkomma en fullgörelse av avtalet. HD ansåg istället att det var av större betydelse ifall talan hade samma rättsliga innebörd och om den förutsatte en prövning av väsentligen samma omständigheter, vilket inte var fallet.³¹

Valet av jämförelseobjekt är intressant. HD bedömde enbart svarandebolagets primärförpliktelse enligt avtalet, dvs. betalningsskyldigheten, med de rättsfakta som åberopats av käranden. Detta kan tolkas som att det enbart är primärförpliktelsen som är av relevans vid bedömningen av om omständigheterna är ”väsentligen samma”. Möjligen kan det förklaras med hur svaranden utformade sin invändning i sak. Svaranden anförde nämligen att agerandet varit kontraktensligt, dvs. att utbetalningen avsett en trans-

²⁹ NJA 2017 s. 226, p. 16.

³⁰ NJA 2017 s. 226, p. 17.

³¹ NJA 2017 s. 226, p. 20. Jfr NJA 2016 s. 107, p. 56–58 och 70, där skadeståndet fick fullgörelseeffekt.

aktionskostnad och därmed skett enligt avtalet. Invändningen tog således sikte på *betalningsskyldighet* enligt kontraktet. Man kan fråga sig om inte en jämförelse med svarandebolagets kontraktsrättsliga skadeståndsansvar, som ju borde omfattas av skiljeklausulen, hade medfört en annan slutsats. Det är även osäkert hur HD skulle bedöma rättsförhållandena om svaranden istället hade vitsordat att agerandet utgjort ett skadeståndgrundande kontraktsbrott men att käranden t.ex. på grund av underlåten reklamation förlorat sin rätt till skadestånd.

Vid jämförelsen mellan rättsförhållandena uttalade HD att käranden mot svarandebolaget gjorde gällande principal- eller organansvar för VD:n. Talan mot svarandebolaget ansågs därigenom inte heller bygga på avräkningsavtalet. Vad som gjordes gällande mot svarandebolaget kunde enligt HD "härledas" från vad som gjordes gällande mot VD:n.³² Uttalandet ger intryck av att principal- eller organansvar enbart är ett utomobligatoriskt ansvar. Det skulle då avse enbart tillräknande av ansvar på utomobligatorisk grund. Eftersom principal- och organansvar förekommer även i avtalsförhållanden, kan det emellertid inte tolkas på detta sätt. Istället får man anta att HD syftat på att principal- eller organansvar tillräknas svarandebolaget *även* i utomobligatoriska förhållanden och att det var möjligt att rikta en utomobligatorisk talan mot svarandebolaget *oberoende av avtalsförhållandet*.

HD fortsatte därefter: "Att det rör sig om ett annat rättsförhållande än [svarandebolagets] kontraktsgrundade betalningsskyldighet *visar sig också i* (min kurs.) att frågor om preskription och ränteberäkning kan vara att bedöma enligt andra regler än de som gäller för betalningsskyldighet enligt kontraktet."³³ Det förhållandet att olika regler gäller för betalningsskyldighet och utomobligatoriska skadeståndskrav i fråga om preskription och ränteberäkning utgör enligt min mening inte ett bärkraftigt argument för att den förda talan skulle uppfattas som en utomobligatorisk talan. Vid frågan om vissa rättsfakta kan klassificeras som ett rättsförhållande av viss art, kan man inte enbart se till de rättsregler som gäller för rättsförhållandet i fråga.

Om svaranden kommer med invändningar som är hänförliga till skiljeavtalet, ska dessa invändningar prövas av skiljenämnd. Det är käranden som ska se till att en sådan prövning företas. Om käranden efter domstolens föreläggande inte påkallar skiljeförfarande i den delen ska käromålet avvisas. Svaranden har således ett inte obetydligt inflytande över den fortsatta pro-

³² NJA 2017 s. 226, p. 22.

³³ NJA 2017 s. 226, p. 22.

cessen. HD:s beslut innebär att prövningen delas upp på två skilda fora om svaranden gör en kontraktsgrundad invändning om rättegångshinder. Processekonomiska skäl talar mot en sådan uppdelning och det kan ifrågasättas om det är en rimlig ordning. Processekonomiska skäl ger dock ingen ledning i om tvisten ska prövas i sin helhet av allmän domstol eller skiljenämnd.³⁴

4.5 Hur ska konkurrerande ansvarsgrunder bedömas i sak?

Processrättsligt är förekomsten av ett skiljeavtal ingen sådan omständighet som utesluter möjligheten att väcka en utomobligatorisk skadeståndstalan mot sin avtalspart. Det är enbart undantagsvis som en anknytning eller en ”genomlysning” av käromålet medför att talan avvisas. För att en skiljeklausul ska kunna tillämpas beträffande ett utomobligatoriskt skadeståndsanspråk ställs således höga krav, vilket får till följd att skiljeklausuler ytterst sällan torde få verkan som rättegångshinder vid konkurrerande ansvarsgrunder.

En fråga som uppkommer i och med HD:s beslut är hur en utomobligatorisk skadeståndstalan mot en avtalspart ska bedömas i sak.³⁵ I rättsfallet ställs inte frågan på sin spets. Denna fråga har dock en tydlig koppling till behörighetsfrågan. En åtskillnad kan härvid göras mellan om *anspråksvägen är öppen*, dvs. om det överhuvudtaget är möjligt att rikta utomobligatoriskt skadeståndsanspråk mot sin egen avtalspart, och om ett sådant anspråk i så fall är *underkastat särskilda avtalsvillkor eller kontraktsrättsliga regler*. I det

³⁴ Jfr Heuman L., JT 2009–10 s. 355. Se vidare angående ”turordningen” vid en sådan uppdelning, Heuman L., Skiljemannarätt, Stockholm 1999, s. 188 ff., Lindskog S., Skiljeförfarande, 2 u., Stockholm 2012, s. 207 ff.

³⁵ Se angående utomobligatoriska anspråk mot avtalspart och mot avtalspartens medkontrahent (den senare frågan behandlas nedan i avsnitt 4.6) t.ex. Andersson, H., Transportavtalets exklusivitet – positiv respektive negativ argumentation vid ansvarskonkurrens, Infotorg Juridik 2014-09-12, Andersson, H., Ansvarskonkurrens – problemformuleringens betydelse, Infotorg Juridik 2014-12-22, Johansson, S.O., Direktkrav i senare tids rätts-tillämpning, Festskrift till Torgny Hästad, Uppsala 2010, s. 283 ff., Kleineman, J., Utomkontraktuellt ansvar med kontraktsrättsliga begränsningar, Utblick och inblick. Vänbok till Claes Sandgren, Uppsala 2012, s. 303 ff., Kleineman, J., Utomkontraktuellt ansvar med ytterligare kontraktsrättsliga begränsningar, Festskrift till Ronney Hagelberg, Stockholm 2016, Lindskog, S., Något om rättslig flerspårighet, Festskrift till Gertrud Lennander, Stockholm 2010, s. 191 ff., Lindskog, S., Preskription: om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid, 4 u., Stockholm 2017, s. 608 ff., Munukka, J., Ansvarsbegränsningar och anspråk mot motparts kontraktsmedhjälpare, Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok V, Stockholm 2014, s. 165 ff., Munukka, J., Utomobligatoriska anspråk mot avtalsparts kontraktsmedhjälpare och mot avtalspart, JT 2015–16, s. 410 ff. och Ullman, H., i Bengtsson B., Ullman H. & Unger S., Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden, 2 u. Stockholm 2013, s. 119 ff.

följande ska dessa aspekter behandlas för att belysa skärningspunkten mellan de processuella och materiella frågorna.

I NJA 2017 s. 226 avsåg tvistefrågan om talan skulle klassificeras som en talan om avtalsfullgörelse eller inte. Det förelåg således ingen oenighet om huruvida avtalet i sig uteslöt en utomobligatorisk anspråksväg. Som ovan redovisats kan en skadelidande, som också befinner sig i avtalsförhållande med skadevällaren, välja att rikta ett anspråk grundat på avtalet eller på utomobligatorisk skadeståndsrättslig grund. Anspråksvägen är alltså även materiellt öppen. Parterna kan dock avtala om att den utomobligatoriska anspråksvägen ska vara stängd. Om svaranden invänder att avtalet innebär att utomobligatoriska anspråk vid sidan om avtalet inte ska vara möjliga, uppkommer en fråga om tolkning av avtalet.

I en domstolsprocess där käranden krävt skadestånd på utomobligatorisk grund kan svaranden invända att den utomobligatoriska anspråksvägen är bortavtalad. Invändningen kan framställas vid yrkande om avvisning eller som en invändning i sak. Eftersom invändningen avser avtalstolkning, faller den inom ramen för en skiljenämnds behörighet. Om svaranden gör gällande att den utomobligatoriska anspråksvägen är stängd och detta utgör ett rättegångshinder ska käromålet avvisas. Avvisning ska dock ske först sedan käranden har förelagts men underlåtit att påkalla skiljeförfarande eller skiljenämnden konstaterat att avtalet ska tolkas på ett sätt som innebär att anspråksvägen är stängd. Om invändningen enbart görs i sak är ska domstolen avgöra tolkningsfrågan. Om den utomobligatoriska anspråksvägen är stängd, ska talan ogillas.

Parterna kan även ha avtalat om särskilda ansvarsbegränsningar, t.ex. att eventuell skadeståndsskyldighet ska vara begränsad till visst belopp. Om svaranden invänder att avtalet innehåller en beloppsbegränsning, uppkommer frågan om avtalsvillkoret kan tillämpas även på kärandens utomobligatoriska skadeståndsanspråk. Huruvida sådana särskilda villkor träffar även ett utomobligatoriskt anspråk torde främst vara en fråga om avtalstolkning. I denna del står två motstridiga civilrättsliga argumentationslinjer mot varandra. Å ena sidan ska den skadelidande avtalsparten inte försättas i ett sämre läge än en utomstående på grund av kontraktet. Å andra sidan ska avtalsparten inte försättas i ett bättre läge genom att rikta ett utomobligatoriskt skadeståndsanspråk mot sin egen avtalspart och på så sätt kringgå avtalets ansvarsfördelning.³⁶ Lösningarna varierar beroende på vilken typ av avtal som är aktuellt

³⁶ Hellner, J. & Radetzki, M., Skadeståndsrätt, 9 u. 2014, s. 91.

och vilken typ av avtalsvillkor som görs gällande.³⁷ Det är möjligt att t.ex. bestämmelser om korttidspreskription i avtalet kan tillämpas på talan.³⁸

Invändningar om att särskilda avtalsvillkor ska vara tillämpliga på kärandens utomobligatoriska anspråk kan även i detta avseende framställas vid avvisningsyrkande eller enbart i sak. Ett avvisningsyrkande torde medföra samma typ av lösning som nämnts ovan, dvs. avskiljande till den del det avser tolkningen av särskilda avtalsvillkor. Frågan om huruvida avtalsvillkoren är tillämpliga eller inte ska då prövas av skiljenämnd. Om invändningen tar sikte på tillämpningen av dispositiva kontraktsrättsliga regler som gäller för parternas avtal, vilka har betydelse för utgången i målet, är det emellertid osäkert om avvisning ska ske.

Om svarandens invändningar har sin grund i avtalet men enbart görs gällande i sak, uppkommer frågan om käranden kan invända att dessa ska prövas av skiljenämnd. Har käranden genom att väcka talan i domstol förlorat möjligheten att invända att domstolen inte är behörig såvitt avser t.ex. tolkningen av en ansvarsbegränsning i avtalet? Om svaranden inför domstol exempelvis framställer en kvittningsinvändning och genfordringen grundar sig på ett avtal som innehåller en skiljeklausul, kan käranden göra invändning om rättegångshinder.³⁹ Detsamma torde gälla om svaranden åberopar särskilda avtalsvillkor.

Det sagda innebär också att även om käranden kan kringgå skiljeklausulen genom att utforma talan som en utomobligatorisk skadeståndstalan, så kan avtalet ha betydelse för den materiella prövningen. Det föreligger alltså en skillnad mellan räckvidden av en skiljeklausul och andra avtalsvillkor vid utomobligatoriska skadeståndsanspråk i avtalsförhållanden. Att så är fallet såvitt gäller skiljeklausuler har sin bakgrund i kravet på angivet rättsförhållande i 1 § 1 st. andra meningen LSF. Någon motsvarande yttersta gräns för räckvidden av andra avtalsvillkor finns inte, åtminstone inte vid tolkning. En annan sak är att oskäliga villkor kan jämkas enligt 36 § avtalslagen.

³⁷ Se t.ex. NJA 1951 s. 656 (begränsat ersättningsbelopp vid järnvägstransport) och NJA 2007 s. 879 (specialpreskription vid inrikes vägtransport). Jfr beträffande utomobligatoriska förhållanden NJA 2013 s. 51 (preskriptionsreglerna i sjölagen exklusivt tillämpliga vid sammanstötning av båtar). Jfr även NJA 2013 s. 909. (bestämmelser om specialpreskription i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling inte tillämpliga vid anspråk på utomobligatorisk grund).

³⁸ Jfr NJA 2000 s. 462.

³⁹ Se Heuman, L., *Skiljemannarätt*, Stockholm 1999 s. 194 f. Se vidare Lindskog, S., *Skiljeförfarande*, 2 u., Stockholm 2012, s. 208.

4.6 Skiljeavtalets subjektiva begränsning

Ett skiljeavtal binder enbart avtalsparterna och inte tredje man. Principen om avtalets subjektiva begränsning gäller även i dessa sammanhang.⁴⁰ I beslutsskälens uttalande HD att svarandebolagets vd inte var motpart till kändena i avräkningsavtalet utan medpart. Avräkningsavtalet ansågs därmed inte grunda något rättsförhållande dem emellan, utan mellan kändena och svarandebolaget. Talan mot vd:n byggde följaktligen inte heller på att han skulle vara part i avräkningsavtalet, utan på hans ställning som företrädare för och anställd av svarandebolaget. Vd:ns invändning om rättegångshinder kunde redan på den grunden inte tillmätas någon betydelse.⁴¹ HD:s uttalande i denna del innebär även att skiljeavtalet inte heller kan utgöra ett berättigande tredjemansavtal.⁴² Tredje man kan inte grunda någon självständig rätt på avtalet. Vid en uppkommen tvist kan tredje man inte hävda att ett av kändena påstått rättsförhållande omfattas av ett skiljeavtal mellan kändena och någon annan för att åstadkomma en avvisning av käromålet.

Talan mot svarandebolaget ansågs bygga på ett ”härlett” ansvar från vd:n. Genom att talan utformades på detta sätt kunde anspråk riktas på utomobligatorisk grund mot svarandebolaget. Dessutom kunde anspråk riktas mot vd:n personligen, vars ansvar gjordes gällande solidariskt med svarandebolaget. Om talan istället hade riktats på kontraktuell grund, hade vd:ns ansvar för såväl betalningsskyldighet som kontraktuellt skadestånd varit begränsat – han var ju inte motpart i avtalet. Genom att välja bort kontraktsansvaret kunde kändena åstadkomma en form av ansvarsgenombrott, utan hinder av att vd:n agerat i egenskap av företrädare för svarandebolaget.

Liksom vid utomobligatoriska anspråk riktade mot en avtalspart, kan ett utomobligatoriskt anspråk mot avtalspartens medhjälpare utlösa ansvarskonkurrens. Det rör sig då om konkurrerande ansvarsgrunder i kombination med att det finns flera potentiella ansvarssubjekt. En utomobligatorisk skadeståndstalan mot avtalspartens medkontrahent är som utgångspunkt tillåten.⁴³ Kan en skiljeklausul få betydelse vid en utomobligatorisk skade-

⁴⁰ Det finns vissa undantag, t.ex. konkursbon NJA 2003:3, NJA 1993 s. 641, handelsbolag RH 2003:61, samt vissa fall av borgenärsbyte. Enligt HD är förvärvaren bunden av skiljeklausulen i det ursprungliga kontraktet (se NJA 1997 s. 866 och RH 2012:3). Se vidare Heuman, L., *Skiljemannarätt*, Stockholm 1999, s. 95 ff., Lindskog, S., *Skiljeförfarande*, 2 u., Stockholm 2012, s. 148 ff.

⁴¹ NJA 2017 s. 226, p. 21.

⁴² Jfr dock beträffande konkursbon, NJA 2010 s. 734, p. 11.

⁴³ Se NJA 2014 s. 760. Jfr NJA 2007 s. 758.

ståndstalan riktad mot avtalspartens anställda eller medhjälpare? Som nyss nämnts ansåg HD att en skiljeklausul inte får verkan gentemot andra än avtalsparterna. Detta gäller såväl eventuella förpliktande som berättigande tredjemansverkningar.

I NJA 2007 s. 758 ansågs en hänvisning till AB 92 i ett avtal mellan en beställare och en entreprenör medföra att beställaren inte kunde rikta en utomobligatorisk skadeståndstalan mot en underentreprenör. I entreprenadförhållanden med kopplade standardavtal kan beställaren alltså inte kringgå avtalets ansvarsfördelning genom att rikta en utomobligatorisk skadeståndstalan mot underentreprenören. I NJA 2014 s. 760 ansåg HD att det följde av allmänna kommissionsrättsliga principer att en skadelidande (kommittent) inte skulle få bättre rätt genom att talan riktades mot tredje man. Ett avtalsvillkor om korttidspreskription ansågs tillämpligt även när talan om ersättning för sakskada fördes på utomobligatorisk grund. Även om den utomobligatoriska anspråksvägen är öppen kan vissa avtalsvillkor anses tillämpliga på förhållandet mellan skadelidanden och skadevällaren, trots att de inte är parter i samma avtal.

Frågan är om en skiljeklausul kan åberopas i en avtalskedja, exempelvis vid generalentreprenad eller kommission. I AB 04 finns t.ex. en bestämmelse om att tvister ska avgöras genom skiljedom om tvisten överstiger 150 prisbasbelopp, se 9 kap. 1 § AB 04.⁴⁴ I detta avseende kan man dock anta att skiljeklausuler behandlas på ett annat sätt än olika typer av ansvarsbegränsningar, eller preklusionsbestämmelser, i kontrakt. En av anledningarna till det är att redan de argument som HD anförde för att inte heller avtalsparten skulle vara bunden av skiljeklausulen vid utomobligatoriska anspråk. Det är bl.a. med hänsyn till rätten till domstolsprövning, kravet på förutsebarhet samt kravet på angivet rättsförhållande i 1 § 1 st. andra meningen LSF inte särskilt troligt att skiljeklausulen utsträcks till någon som inte är part i avtalet.

5. Slutord

Genom HD:s beslut står det klart att en avtalspart ofta kan undvika verkningarna av en skiljeklausul i ett kontrakt genom att rikta en utomobligatorisk skadeståndstalan mot sin avtalspart. Det gäller även om talan har anknytning till avtalet och syftet med talan är att kringgå skiljeklausulen. Undantaget är

⁴⁴ Klausulen är en täckbestämmelse, vilket innebär att det är enklare för parterna att avtala om en annan reglering än den som framgår av fasta bestämmelser i AB 04, se kommentaren till 1 kap. 3 §.

fall då käromålet efter genomlysning ska tolkas som en kontraktsgrundad talan. Av betydelse för domstolens eller skiljenämndens behörighet är hur talan ska klassificeras rättsligt. Bedömningen av hur talan ska klassificeras avgörs av de rättsfakta som käranden har påstått. I denna del är det dessvärre osäkert hur en eventuell omklassificering av kärandens talan ska gå till, framför allt med avseende på tillvägagångssättet. HD lämnar föga vägledning beträffande vilka rättsfakta som ska jämföras med varandra och hur stor överensstämmelse som måste föreligga mellan de olika ansvarsgrunderna för att en genomlysning ska kunna ske. Hur många rättsfakta ska överensstämma med kontraktsansvaret för att vågskålen ska tippa över? Är det tillräckligt med *ett* rättsfaktum utöver de som sammanfaller med en viss kontraktuell rättsföljd, eller krävs det flera?

En avtalspart kan emellertid alltid rikta talan mot avtalspartens medkontrahent för att på så sätt kringgå en skiljeklausul. Det följer av att skiljeavtalets verkningar är begränsade till avtalsparterna. Medkontrahenten (tredje man) kan inte åberopa skiljeavtalet som rättegångshinder och dennes invändningar om att en utomobligatorisk talan omfattas av ett skiljeavtal är inte tillräckligt för att genomlysning ska ske. Detta öppnar upp för fler utomobligatoriska skadeståndskrav mot avtalspartens medkontrahent i syfte att kringgå avtalade skiljeklausuler. Samtidigt ska inte rättsfallets betydelse överdrivas. En sådan processföring riskerar att medföra ökade kostnader eftersom ett avgörande av behörighetsfrågan inte nödvändigtvis medför en motsvarande lösning i sak.

Det står även klart att det finns ett nära samband mellan de processuella och materiella frågorna vid bedömningen av konkurrerande ansvarsgrunder. Om talan avser utomobligatoriskt skadeståndsansvar är frågan vilka avtalsvillkor som kan tillämpas beträffande ansvaret. Invändningar som inte bara tar sikte på att talan egentligen avser kontraktsansvar (genomlysning) utan även rör tillämpning av särskilda avtalsvillkor, t.ex. ansvarsbegränsningar och korttidspreskription, torde också behöva avskiljas för prövning i skiljenämnd. Eftersom avtalsvillkoren ska prövas i annan ordning riskerar man ytterligare uppsplittring om man tillåter att utomobligatoriska anspråk underkastas kontraktuella begränsningar.

