

Skiljeförfaranden under pandemin – praktiska erfarenheter, rättsliga förutsättningar, framtidsutsikter

CHRISTER DANIELSSON*

Inledning

Fram till våren 2020 gestaltade sig i princip alla slutförhandlingar i skiljeförfaranden i Sverige på väsentligen samma sätt. Skiljedomarna, partsföreträdare, ombud, vittnen och experter samlades på en konferensanläggning eller ett advokatkontor och genomförde förhandlingen med samtliga aktörer närvarande i rummet. Någon enstaka gång var ett vittne inte tillstädes, varför vittnet hördes per telefon eller – på senare år – via någon tjänst för ljud- och bildöverföring.

I början av mars 2020 förberedde jag just en sådan förhandling, där ett stort antal vittnen och experter skulle höras under flera veckor. Men den 13 mars, sista vardagen innan förhandlingen skulle börja, ställdes den in. Det som hade inträffat var givetvis att Corona-pandemin hade nått Sverige och närmast över en natt lett till att sammankomster av olika slag blåstes av.¹

I det här bidraget tänker jag redovisa några erfarenheter av hur skiljeförfaranden jag medverkat i har hanterats under pandemiperioden. Jag diskuterar också de rättsliga förutsättningarna att hålla förhandlingar som är helt eller delvis digitala. Slutligen säger jag några ord om vad jag tror att vi kommer ta med oss in i en post-pandemisk framtid.

* Advokat verksam som skiljedomare, f.d. ordförande i Advokatsamfundet.

¹ För övrigt var den sista förhandlingen jag medverkade i innan detta hände (1 januari 2020) ett skiljeförfarande där jag var ordförande och föremålet för denna festskrift var en av medskiljedomarna.

Erfarenheter från förhandlingar i helt digital form och hybridförhandlingar

Den första förhandlingen i mitt schema efter den som abrupt ställdes in den 13 mars skulle ha ägt rum i början av april. Vi skulle ha samlats i London, som var förfarandets säte, men det omöjliggjordes redan av det skälet att det rådde restriktioner för resor till Storbritannien.

En möjlighet var givetvis att ställa in, men det ville alla inblandade undvika. Skiljenämnden och ombuden kom därför överens om att slutförhandlingen skulle äga rum helt digitalt, med användning av ett verktyg som jag då för första gången hörde talas om: Zoom.²

Det blev en tvådagarsförhandling där skiljenämndens ordförande satt på sitt kontor i London, jag i min bostad i Uppsala och min medskiljedomare i sitt hem på annan ort i Sverige. Kärandeombuden medverkade från sitt kontor i ett annat nordiskt land och svarandeombuden från sitt kontor i Sverige. De vittnen som hördes fanns i olika länder, varav ett i USA.

Trots erfarenhet från många skiljeförfaranden under två decennier hade jag aldrig varit med om en förhandling där inte i vart fall skiljedomare och ombud varit samlade på en och samma plats, och jag ställde mig ganska avvaktande till hur detta skulle bli, kanske framför allt med dokumentvisning och motförhör av vittnen. Man kan nog säga att jag – konservativt lagd som jag är – var lite skeptisk.

Det visade sig emellertid fungera alldeles utmärkt. Ombuden kunde lägga upp dokument på skärmen och man kunde läsa dem lika enkelt som på papper eller i en powerpointpresentation på plats i förhandlingssalen, låt vara att man vid dokumentvisningen inte kunde se den person som talade.³ Även motförhören kunde genomföras på ett sätt som jag tyckte i allt väsentligt motsvarade motförhörssituationen i en fysisk förhandling.

Den största skillnaden jämfört med en sådan var att skiljedomarna inte kunde utbyta iakttagelser och reflexioner i pauserna, något som ju ofta är ett bra sätt att under hand bearbeta intrycken från just genomförda förhandlingsmoment.

När pandemin till synes var på väg att klinga av under sommaren och tidig höst deltog jag i ett antal slutförhandlingar som kunde genomföras på det traditionella sättet. En av dessa ägde rum på annan ort i Sverige, och i ljuset av de digitala erfarenheterna blev det tydligt hur mycket tid som går åt till resor och logistik så fort förhandlingen äger rum någon annanstans än i Stockholm (i mitt fall).

² Jag läste nyligen att VD:n i bolaget bakom Zoom till följd av bolagets exceptionella tillväxt i Corona-tiderna nu tagit sig in på Bloombergs lista över världens 100 rikaste män.

³ Se nedan om ett senare förfarande där tekniken var mer avancerad och skiljedomarna hade två skärmar, en för dokument och en som visade den som talade.

Men med hösten kom – som alla vet – pandemin tillbaka, och det blev åter svårt att samla ett större antal personer till slutförhandling. Detta gällde förstås särskilt mål där skiljedomare, ombud eller förhörspersoner tillhörde riskgrupper.

Den första förhandlingen under hösten blev vad man kan kalla en hybridförhandling. Den gick till så att skiljenämnden satt tillsammans i ett rum i Stockholm tillhandahållet av Stockholm International Hearing Centre (SIHC). Framför oss hade vi skärmar där vi kunde se kärkeombuden från deras kontor i Stockholm och svarandeombuden från deras kontor i Göteborg. Vittnena, som var ganska många, medverkade från sina kontor eller hem, i ett fall från sin bil ute i fält! Även denna hybridförhandling förlöpte alldeles utmärkt, men en förutsättning för det var nog – med tanke på det stora antalet medverkande från olika orter – att vi hade fortlöpande teknisk assistans från SIHC. Plattformen var Microsoft Teams.

Nästa höstförhandling ägde rum under ett stort antal dagar och med många ombud och förhörspersoner på bägge sidor, varav merparten i Sverige men några i andra länder, i ett fall med mycket stor tidsskillnad mot Sverige. Denna förhandling – även nu med Teams som plattform – var helt digital på det sättet att varje skiljedomare satt på sin arbetsplats, ombuden på sina kontor och förhörspersonerna på endera av dessa advokatkontor eller på sin egen arbetsplats eller hemma hos sig. På respektive advokatkontor inrättades ett vittnesrum där vittnet satt ensam när det var hans eller hennes tur att höras. Skiljedomarna försågs av SIHC med två datorer, varav den ena visade aktörerna och den andra användes för att lägga upp dokument, vilket var nödvändigt i och med att parterna visade mycket omfattande presentationer. På bilddatorn kunde man – och här fick jag lära mig ett nytt ord – ”pinna” den eller dem som man ville se i förstora bild. Det innebar att när advokaten X höll sakframställning tittade jag bara på honom, och när det var vittnesförhör delades skärmen i två lika delar med förhörspersonen och den som höll utfrågningen. Parterna kunde också alltid se samtliga skiljedomare i bild (och pinna oss om man ville studera våra reaktioner!), medan övriga deltagare som inte just då hade en aktiv roll antingen syntes i små rutor i bildens nederkant eller helt enkelt stängde av sin kamera.

Även i detta förfarande bidrog SIHC med teknisk assistans, och här var deras medverkan nog ännu viktigare för ett smidigt förlopp än i det hybridförfarande jag nyss nämnde.

Till skillnad mot förfarandet i april på Zoom var det här möjligt för skiljenämnden att i pauserna diskutera med varandra sedan teknikern från SIHC hade kopplat ner övriga deltagare (och stängt av ljudinspelningen!).

Sista dagen sade ett av huvudombuden att förhandlingen nästan hade varit bättre än en traditionell fysisk förhandling.

Den sista icke-fysiska förhandlingen under 2020 – sex förhandlingsdagar – var av hybridkaraktär. Här gick det till så att skiljenämnden och ombuden var på plats i förhandlingssalen, liksom experterna. Däremot deltog alla vittnen på video. Huvuddelen av vittnena medverkade även här i särskilda vittnesrum hos ombudens advokatbyråer. Också nu bistod SIHC med teknisk support. Även denna förhandling förlöpte utomordentligt väl, med så gott som inga problem hänförliga till vittnenas fjärrdeltagande.

Således: under en period av åtta månader, under pandemins första och andra våg, medverkade jag som skiljedomare i fyra icke-traditionella huvudförhandlingar, varav två helt digitala och två av hybridkaraktär. Samtliga avlöpte – som framgår av redogörelsen ovan – mycket väl.

Rättsliga förutsättningar för icke-fysiska förhandlingar

I de ovan beskrivna målen accepterade bägge parter att förhandlingen genomfördes helt eller delvis i digital form. Men vad gäller om ena parten, kanske typiskt sett svaranden, motsätter sig detta och kräver en fysisk förhandling?

Stefan Lindskog anför följande i sin kommentar till 24 § lagen om skiljeförfarande (Skiljeförfarande. En kommentar, 3:e uppl, 2020, s. 699):

”Med muntlig förhandling avses ett sammanträde där skiljemännen och parterna träffas... En förhandling som hålls genom en [videokonferens] är ... inte att anse som muntlig i den mening som avses i 1 st 2 m 24 §. Om part begär muntlig förhandling med stöd av den bestämmelsen behöver han således inte nöja sig med en videokonferens.”

I en fotnot (598) tillägger Lindskog att lagtexten måste anses klar och att ”en videokonferens inte på ett fullgott sätt [kan] ersätta en muntlig förhandling”. Där skriver han också:

”Rätten till slutförhandling med personlig närvaro är så väsentlig att ett avstående kräver uttrycklighet.”

Med Lindskogs tolkning blir följderna att skiljedomen, i ett mål där slutförhandlingen mot parts bestridande genomförts i form av en videokonferens, är klanderbar enligt 34 § första st 7 p lagen om skiljeförfarande (LSF).

Det bör noteras att här återgiven text i Lindskogs tredje upplaga är skriven efter det att Corona-pandemins utbrott, vilket framgår av den fortsatta texten i fotnoten, där det anförs att införandet av en undantagsregel i lagen ”kan vara motiverad” i ljuset av pandemin.

Motsvarande kategoriska uttalanden, om att digital förhandling inte kan hållas om part motsätter sig det, finns såvitt känt inte i annan svensk skiljedoms litteratur.

Bland praktiker på skiljedområdet, såväl ombud som skiljedomare, synes det vara en utbredd uppfattning att Lindskogs ståndpunkt saknar fog, dvs att det i lagtexten i 24 § 1 st 2 m LSF inte går att läsa in ett krav på att en förhandling måste hållas genom ett fysiskt möte.

Det bestämmelsen i fråga föreskriver är att det finns en ovillkorlig rätt till "muntlig förhandling" för part som kräver det. Bestämmelsen kvarstår oförändrad sedan den ursprungliga lagtexten och hade föreslagits redan i Skiljedomsutredningens betänkande 1994.⁴ Detta var i en tid när det inte fanns tillgång till en teknik motsvarande den som användes i de förhandlingar jag beskrivit i föregående avsnitt och det således inte fanns anledning att fundera över vad som låg i begreppet muntlig förhandling.

Av förarbetena framgår också att "muntlig förhandling" ska förstås som motsatsen till ett uteslutande skriftligt förfarande.⁵ Det skulle därför mycket väl kunna hävdas att en förhandling som äger rum digitalt, där alla kan se varandra på skärm och i högtalare höra vad som sägs, rymms inom begreppet muntlig förhandling. Det bör därvid noteras att LSF inte har någon legaldefinition av begreppet "muntlig förhandling". 24 § bör därför kunna tolkas med beaktande av de nya sätt till visuell och audiell kontakt som den tekniska utvecklingen skapat.

Det kan i sammanhanget noteras att Lindskog inte anför något rättskällested för sin ståndpunkt att det är en muntlig förhandling bara om aktörerna är fysiskt närvarande. Inte heller motiverar han närmare varför en videoförhandling inte på ett fullgott sätt kan ersätta en fysisk förhandling.⁶ Mina erfarenheter från de mål jag redovisat i föregående är att en digital förhandling är ett fullgott alternativ till en fysisk förhandling.

Jag känner till några mål under 2020 där förhandlingen genomförts digitalt trots att ena parten motsatt sig det. Åtminstone två domar har klandrats vid Svea hovrätt.⁷ Möjligen föreligger ett hovrättsavgörande när

⁴ SOU 1994:81, avsnitt 4.4.2.

⁵ Prop. 1998/99:35, s. 112: "Regeringen föreslår således att en part skall ha rätt till en muntlig förhandling i huvudsaken om han begär det. Parterna skall dock kunna komma överens om att förfarandet uteslutande skall vara skriftligt."

⁶ I sammanhanget kan noteras att regeringen uttalade följande i prop. 2004/05:131, som låg till grund för den s k EMR-reformen (En Modernare Rättegång), s. 89 f: "Detta innebär alltså att den som deltar i ett sammanträde genom videokonferens skall anses ha inställt sig inför rätten och att det inte med hänsyn till Europakonventionen eller tekniken som sådan bedöms finnas några hinder mot att besluta om ett sådant deltagande."

⁷ Ett sådant klanderområde, med utförlig skriftväxling i här aktuell fråga, är Svea hovrätts mål T 7158-20. Där genomfördes slutförhandlingen mot svarandens bestridande på det sättet att skiljenämnden var församlad i en förhandlingslokal, medan ombud och vittnen deltog digitalt. I ett annat fall vid samma domstol (T 7675-20) var förhållandena de att en partsutsedd skiljedomare inte kunde delta fysiskt i slutförhandlingen, varvid skiljenämnden beslutade att också den andre partsutsedda skiljedomaren skulle delta digitalt. Ena parten motsatte sig att de partsutsedda skiljedomarna inte var fysiskt närvarande och hänvisade

denna festskrift publiceras. Oavsett utgång – och särskilt om klandertalan bifalls – lär dock det slutliga ställningstagandet till Lindskogs tolkning komma att ske i Högsta domstolen, vilket torde dröja till 2022.

Det vore enligt min mening olyckligt om domstolarna skulle gå på Lindskogs linje. En sådan tolkning skulle försvåra handläggningen av skiljeförfaranden, utan att tillgodose något reellt rättssäkerhetsbehov. Det riskerar också att minska Sveriges attraktionskraft som skiljedomsland, om andra jurisdiktioner godtar digitala förhandlingar mot parts vilja. När detta skrivs har exempelvis Österrikes Högsta domstol accepterat sådana förhandlingar.⁸

Med Lindskogs lagtolkning riskerar man också att det uppkommer en normkollision. Antag att en fysisk förhandling inte kan äga rum på utsatt tid till följd av Corona-pandemin. Då återstår endast att ställa in och sätta ut ny fysisk förhandling om en part motsätter sig digital förhandling. Det är inte lätt att få ihop dagar som passar alla medverkande. Tidsutdräkten till dess att en ny fysisk förhandling kan äga rum blir lätt ett halvår, kanske mer. Hur ställer sig detta i förhållande till skiljenämndens skyldighet enligt 21 § LSF att handlägga förfarandet ”snabbt”? Måste det inte vara så att den påstått absoluta rätten till en fysisk förhandling vid någon tidpunkt får vika? Frågan ställs förstås än mer på sin spets om det inte går att förutse när pandemiläget åter är sådant att fysiska förhandlingar kan genomföras.

Om domstolarna följer Lindskogs lagtolkning uppkommer dessutom gränsdragningsfrågor. Två av de förfaranden jag beskrivit ovan var helt digitala i meningen att alla aktörer befann sig på olika platser och det således inte fanns någon förhandlingslokal. Men vad gäller i fallet där de tre skiljedomarna fanns i en lokal och ombud och förhörspersoner medverkade digitalt? Det skulle väl också sannolikt underkännas med Lindskogs tolkning.

Och vad gäller när skiljedomare och ombud är på plats i en förhandlingslokal men alla förhörspersoner enligt beslut av skiljenämnden medverkar digitalt trots att part krävt att de ska vara fysiskt närvarande? Om också det underkännas, var går då gränsen – måste alla förhörspersoner som part vill höra vara på plats för att kravet på muntlig förhandling ska vara uppfyllt? Finns det i så fall alls något utrymme – pandemi eller ej – att hålla en förhandling om en part vill att vittnet x ska höras men vittnet inte kan vara tillstädes av något skäl? Det skulle innebära en strängare bedömning än i domstolsprocess, där den som deltar i ett sammanträde genom ljudöverföring eller ljud- och bildöverföring ska anses ha inställt sig inför rätten (RB 5:10 3 st, jfr not 6).

Frågan kan givetvis lösas genom att parterna kommer överens om att en förhandling helt eller delvis kan äga rum digitalt. När jag är ordförande

till Lindskogs ståndpunkt i fråga om innebörden av ”muntlig förhandling” i 24 § LSF. Målet har avskrivits.

⁸ Oberster Gerichtshof, mål 18ONc 3/20 s, 23 juli 2020.

brukar jag numera ta in följande föreskrift i skiljenämndens första handläggningsbeslut, som är ett regelverk på toppen av LSF och, i förekommande fall, ett skiljedomsreglemente, exempelvis Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstituts skiljedomsregler:

”In light of the Covid-19 pandemic, the parties agree to the Hearing being held, in full or in part, in virtual form if that is deemed appropriate by the Arbitral Tribunal after consultation with the parties.”

Under 2020 har Internationella Handelskammaren (ICC) utarbetat nya skiljedomsregler. Där har man gjort följande tillägg till artikel 26:

”The arbitral tribunal may decide, after consulting the parties, and on the basis of the relevant facts and circumstances of the case, that any hearing will be conducted by physical attendance or remotely by videoconference, telephone or other appropriate means of communication.”

Det vore önskvärt om även Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut tog in en sådan bestämmelse i sina skiljedomsregler, även om författarna till kommentaren till de befintliga reglerna synes vara av uppfattningen att möjligheten till digital förhandling finns redan nu.⁹ I kommentaren till § 32(1), enligt vilken part har rätt till ”förhandling”, anförs följande: ”A hearing does not necessarily need to be held but can take place in various forms, including by telephone or by videoconference.”

Det kan för övrigt noteras att SCC bara ett par veckor efter att pandemin bröt ut gick ut med budskapet att ”arbitral tribunals are encouraged to use alternative means such as audio- and visual meeting facilities going forward”.¹⁰

Framtidsutsikter

Jag tror att pandemin kraftigt påskyndat en utveckling som skulle ha kommit förr eller senare i alla fall.

En aspekt som redan var på väg att påverka utvecklingen är hänsyn till miljön. Särskilt ett större internationellt skiljeförfarande gör ett betydande miljöavtryck. Många deltagare, kanske alla, reser till förhandlingsorten med flyg och väl där åker de taxi till och från flygplatsen. Allt detta försvinner – eller minskar kraftigt – om förhandlingen genomförs på något av de sätt jag diskuterat i första avsnittet.

⁹ Ragnwaldh m fl, A Guide to the SCC Arbitration Rules, s. 107 f. Boken är utgiven innan pandemin bröt ut.

¹⁰ Meddelande publicerat på SCC:s hemsida (www.sccinstitute.se) den 27 mars 2020.

Ytterligare en aspekt som nog även pandemin förutan skulle ha lett till en ökad digitalisering är kostnaderna för förfarandet. Företag och andra som använder skiljeförfarande för att lösa tvister anser inte sällan att förfarandena blir oacceptabelt dyra. Den största kostnadsposten är ombudsarvodena. De påverkas kanske inte så mycket om förhandlingen genomförs helt eller delvis digitalt, men på marginalen märks det ju om rese- och uppehållskostnader för ombuden minskar, liksom om det inte finns någon restid som tickar arvode.

Min erfarenhet efter pandemi-året är dessutom att förhandlingen genomförs effektivare när den är digital. Alla som deltagit i förhandlingar av traditionellt slag vet att en paus på fem minuter gärna blir tio minuter och en paus på tio minuter gärna blir en kvart. Men i de digitala förhandlingar där jag deltagit har pauserna tenderat att bli just så långa som skiljenämnden bestämde när skärmen släcktes ned. Håller man på i några veckor blir det sammanlagt ganska mycket tid som sparas in, med motsvarande lägre arvodeskostnad.

Ännu ett förhållande som jag tror kan driva på mot ökade digitala inslag är att våra användare, företagen, under pandemi-tiden har vant sig vid att hålla nästan alla sina interna och externa möten digitalt. För bolagsjurister och andra som ansvarar för och medverkar i skiljeförfaranden för parts räkning kommer det att vara helt naturligt, tror jag, att även denna typ av sammanträden i ökad grad genomförs på skärm.

Under alla förhållanden är jag helt övertygad om att det digitala inslaget till stor del kommer att bestå när det gäller medverkan av vittnen som finns på annan ort och som kanske bara ska höras om några begränsade sakförhållanden. Det är helt enkelt inte vettigt att en person ska ägna kanske två dagar åt att resa för att bli förhörd under tio minuter när tekniken är sådan att möjligheterna att bedöma vittnets trovärdighet är lika goda genom att se honom eller henne på bildskärmen som när vittnet är fysiskt på plats.

Tekniken kommer givetvis också att bli ännu bättre framöver, t ex med ett digitalt pausrum för skiljenämnden så att den sinsemellan kan tala avskilt (något som ibland redan förekommer).

Sammanfattningsvis tror jag att förhandlingar som helt eller till stor del genomförs digitalt kommer att bli en bestående effekt av den beteendeförändring som över en natt tvingades fram av pandemin.