



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mattias Pleiner

Förlikningsavtalet som konfliktlösningsmetod

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Professor Peter Westberg

Processrätt/Avtalsrätt

VT 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Avgränsningar	5
1.5 Disposition	6
2 FÖRUTSÄTTNINGAR	7
2.1 Konflikt	7
2.2 Avtalet	8
2.2.1 Avtalsmekanismen	9
2.2.2 Avtalsbundenhet	10
2.2.3 Sanktionering	10
2.2.4 Lojalitetsplikt	11
2.2.5 Förlikningen – en omförhandling av avtalet?	12
2.2.6 Förlikningsavtalet	13
3 FÖRHANDLINGEN	15
3.1 Förberedelser	16
3.1.1 Är tvisten distributiv eller integrativ?	16
3.1.2 Strategier	17
3.1.3 Val av strategi	21
3.1.4 Reservationsvärdet och BATNA	24
3.1.5 Första budets betydelse	25
3.1.6 Förhandlingsmiljöns betydelse	26
3.2 Faktorer som påverkar tvistlösningar	27
3.2.1 Utomrättsliga faktorer	27
3.2.2 Maktfaktorn	28
3.2.3 Tidsfaktorn	29
3.2.4 Rättvisa	30
3.2.5 Vikten av att inneha information	31
3.2.5.1 Information om reservationsvärdet	31
3.2.5.2 Information om parternas chanser	32
3.2.5.3 Påverkan av rättegångskostnader och osäkerhet kring skador och utfall	33

3.2.5.4	Hur löses problemet med asymmetrisk information?	34
3.3	När ska ett förlikningsbud accepteras?	35
3.3.1	Beslut under osäkerhet/risk	35
3.3.2	Värdet av nyttan och risken	37
3.3.3	Hur ska ett negativt svar uppfattas?	39
3.4	Förlikningshinder	40
3.4.1	Spelteoretiska	40
3.4.2	Psykologiska	42
3.4.3	Inte alla tvister går att förlika	47
3.4.4	Motparten ställer sig negativ till förhandling	47
4	AVTALSSLUTET	49
4.1	Avtalsskrivningen	49
4.1.1	Medveten otydlighet vid avtalsskrivande	49
4.1.2	Vitesklausul	50
4.1.3	Säkerhetsklausul	50
4.1.4	Bonusklausul	51
4.1.5	Sekretessklausul	51
4.1.6	Acceptfrist	51
4.2	Stadfästelse av förlikningen	52
4.2.1	Ordinär dom kontra stadfästelsedom	53
4.2.2	Stadfästelse av supplerande moment och rättskraftens betydelse	54
4.2.3	Tredje man berörs av stadfästelsen	55
4.2.4	Partiell stadfästelse	56
4.2.5	Villkorad förlikning	57
4.2.6	Rätten att styra över rätten	59
4.2.7	Stadfästelse av oklart förlikningsavtal	60
4.2.8	Vilken typ av part vill stadfästa en förlikning?	61
5	PROBLEM EFTER INGÅENDE AV FÖRLIKNINGSAVTAL	63
5.1	Tolkning av förlikningsavtal	63
5.2	Stadfästa förlikningar	66
5.2.1	Tolkning av stadfästelsedom	66
5.2.2	Ogiltigförklaring av stadfäst dom	66
5.3	Ogiltigförklaring av förlikningsavtal	68
5.4	Hävning av förlikningsavtal	69
5.5	Ingående av förlikningsavtal hinder för talan	69
5.6	Avskrivning och återkallelse av talan	70
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	72
BILAGA A		76

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	77
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	81

Sammanfattning

I dagens moderna samhälle har vi hamnat i en situation att det ordinarie rättssystemet inte hänger med utvecklingen i övrigt. Parter försöker för varje dag som går mer och mer undvika att komma i kontakt med domstolarna med deras långa och kostsamma processer. Istället försöker de finna alternativa tvistlösningsmetoder. Av dessa metoder torde förlikningsförhandlingen vara den mest använda.

Vad utvecklingen emellertid möjligen kan sägas göra är att ställa högre krav på parterna. I förlikningsförhandlingen är det nämligen de själva som styr och ställer utan någon tredje parts inblandning. För partens eget välbefinnande är det därför en självklarhet att han kommer väl förberedd till en förlikningsförhandling. Risken är annars att motparten utnyttjar situationen till sitt bästa. Sägas ska att förlikningen som sådan är helt och hållet frivillig; parten kan alltid säga nej till ett förlikningsförslag. Vad parten emellertid måste hålla i minnet är att förhoppningen med en förlikning är att skapa en lösning som är fördelaktig för båda parter. En sådan lösning nås knappast av dåligt påläst part.

Avsikten med detta arbete är att försöka beskriva hur förlikningsavtalet kan fungera som konfliktlösningsmetod i ett partperspektiv. I arbetet analyseras hur en part bör agera i framför allt tre situationer: vid förhandlingen, vid avtalsslutet och efter ingånget förlikningsavtal. Det kan i dessa tre situationer finnas vissa specifika detaljer en part speciellt bör ha i åtanke. När det gäller vad en part bör tänka på vid förhandlingen tas till exempel olika förhandlingsstrategier upp, samt vilka faktorer som i detta skede kan påverka en eventuell förlikning. Vid avtalsslutet kommer framför allt att diskuteras själva skrivandet av avtalet samt frågan om stadfästelse eller inte. Självklart förekommer det sedan förlikningsavtal ingåtts, att problem kring detsamma kan uppstå. Dessa problem och potentiella lösningar på dem diskuteras sedan i nästa avsnitt.

Arbetet avslutas med sammanfattade reflektioner på hur olika parter bör agera i förlikningsförhandlingar för att på bästa vis nå de fördelar de eftersträvar.

Förord

I och med detta arbete avslutar jag mina juridikstudier i Lund. Skulle ljuga om jag inte sa att tiden verkligen har sprungit iväg. Känns inte som allt för länge sedan jag stod i pampiga Juridicums entré för att skriva in mig som jur. stud. Att åren gått så fort kan jag bara se som ett tecken på något jag känner själv, nämligen att tiden i Lund har varit någonting verkligen speciellt och som jag sent kommer att glömma.

När jag nu färdigställt mitt arbete och har för avsikt att lämna Juridicums korridorer skulle jag vilja rikta ett stort tack till min handledare professor Peter Westberg som kan sägas vara den som fick mig att fastna för processrättens område. Inspirationen du gett mig betyder mycket. Självklart vill jag även här passa på att tacka alla andra lärare på Juridicum som förgyllt mina studier här i Lund.

Sist, men verkligen inte minst, tack till min familj för att de alltid funnits där för mig. Vet inte vad jag skulle ha gjort utan er! Tack även till alla mina vänner som stått ut med mig de här åren, och då speciellt den senaste tiden. Känns skönt att veta att det aldrig är långt till ett gott skratt. Kan verkligen behövas vid vissa tillfällen!

Mattias Pleiner
Lund, 2005-07-25

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
JT	Juridisk Tidskrift
KöpL	Köplagen (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. 1
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avd. 2
Prop.	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalken
RH	Rättsfall från hovrätterna
RU	Rättegångsutredningen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UB	Utsökningsbalken

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En huvudregel inom avtalsrätten är principen att avtal ska hållas, pacta sunt servanda. I realiteten vet de flesta av oss om att detta inte alltid blir fallet, utan vad som sker i en del fall är att parter såväl medvetet som omedvetet bryter mot olika avtal. I och med dessa avtalsbrott uppkommer situationen att parterna står inför en konflikt. En konflikt som måste lösas på något sätt.

Det ska med andra ord inte ses som en ovanlig företeelse att tvister bryter ut i dagens samhälle. Snarare är situationen tvärtom. Antalet tvister som strömmar till våra domstolar ökar för varje år som går, vilket medför att domstolarna inte hinner med i tillräcklig omfattning. Domstolsförfarandet är inte bara ett långsamt sätt att nå upprättelse, utan också ett dyrt alternativ.

På grund av detta, samt även många andra skäl som redogörs för senare i arbetet, finner parterna andra alternativ för att lösa tvisten. Och för dagens tvister har situationen blivit den att de flesta tvister finner en lösning innan de når domstolen, eller i alla fall innan de når en dom i domstol. I USA har det uppskattats att så mycket som 95 procent av alla rättstvister når en lösning genom att de förlikas.¹ Intressant för vår del i Sverige är att av målen som når tingsrätten avslutades så mycket som 70 procent utan sakprövning. I denna siffra ingår förvisso även tredskodomar, men det ger en klar indikation på förlikningens betydelse även i detta skede.²

Förlikningen är en av de viktigare tvistlösningsmetoderna. Att så är fallet är kanske heller inte så anmärkningsvärt då utgångspunkten i en framförhandlad förlikning måste, som Shell påpekar, vara att parterna ingår en win/win-lösning av tvisten, en lösning båda parter känner att de är nöjda med.³ Varför skulle de annars ingå den frivilligt? Dessutom är det ju parterna själva – eventuellt med hjälp av ombud – som styr och ställer över förlikningen, utan någon inblandning eller hjälp från en medlande eller rättsskipande tredje man. Av detta följer också att det är essentiellt att ha en god kunskap om förlikning och förlikningsavtalet för att kunna utnyttja institutet på bästa vis. Och det är det som detta arbete vill åstadkomma, nämligen att bredda kunskapen inom detta område.

Det måste redan här påpekas att ingen tvist är den andra lik. Därför går det inte heller att bestämma att vissa tvister ska lösas på ett visst sätt. Vad som emellertid kan göras är att lägga fram vissa grundläggande riktlinjer för hur en tvist möjligen kan förlikas och vad lösningen kan medföra och betyda för framtiden.

¹ Roos, JT 1994/95, s 477

² Franke, Ny Juridik 1996, s 99

³ Shell (2001) s 9

1.2 Syfte

Det övergripande syftet med denna uppsats är att undersöka på vilka sätt förlikningsavtalet kan användas av en part som tvistlösningsmetod för att nå sitt önskade mål i processen. För att finna svaret på denna fråga måste ett flertal delfrågor besvaras. Uppsatsen kommer därför att behandla bland annat vad ett förlikningsavtal är och vad det rätteligen innebär för parterna. Vidare kommer i uppsatsen att behandlas vilka strategier och förhandlingstekniker olika parter kan använda vid förhandlingsbordet för att nå ett så bra resultat som möjligt. När parten sedan nått så långt i förhandlingen att ett avtal kan skrivas, vad bör han då ha i åtanke? Frågor och problem har sedan även en tendens att uppstå efter avtalsslutet, varför jag även ämnar beröra detta område.

I arbetet ämnar jag att se på problemet från ett flertal vinklar. Självklart kommer de juridiska aspekterna att diskuteras, och då främst de civil- och processrättsliga. De juridiska spörsmålen ämnar jag sedan att försöka fläta samman med en del ekonomiska och psykologiska aspekter, vilka bland annat kommer till uttryck genom olika beslutsteorier. Förhoppningen är med detta att skapa ett arbete som ger en helhetssyn på tankegången vid framförhandling och ingående av förlikningsavtal.

Uppsatsen kan närmast ses som en deskriptiv-analytisk redogörelse för hur en part kan tänkas gå tillväga i en förlikningssituation.

1.3 Metod och material

Arbetet kommer i främsta hand att baseras på skriftliga källor, och då främst på den doktrin som går att finna på området. Eftersom lagstiftningen berör förlikningen som institut kommer även förarbeten att behandlas. Genom att undersöka och analysera dessa källor kvalitativt torde jag få en bra bild av hur en part kan tänkas hantera en avtalssituation. I de delar läget i gällande rätt förklaras är metoden traditionellt juridiskt.

Till viss del kommer även intervjuer att göras. Intervjuerna kommer då vara i den ostrukturerade formen i vilken frågorna och svaren är öppna. Anledningen till det valet är att intervjupersonen ges en ärligare och friare chans att ge sin syn på situationen. Jag minimerar därmed min påverkan på intervjun i största möjliga mån och lämnar utrymme för personen att komma in på områden som annars kanske hade förbigåtts.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen ämnar främst behandla själva förlikningsavtalets betydelse. Jag har därför inte för avsikt att nämnvärt behandla domstolens medverkan och betydelse vid förlikningsförhandlingarna. Mycket är skrivet i doktrin om

domarens roll i förlikningsverksamhet enligt 42 kap. 17 § RB, och det synes inte finnas någon anledning med en upprepning i detta arbete.

Jag kommer i arbetet att fokusera på den förlikningsverksamhet som sker mellan parterna – eventuellt med hjälp av ombud – genom förhandling. Därmed kommer jag inte i någon direkt mån behandla andra former av förlikningsverksamhet som till exempel medling. En utgångspunkt för diskussionen är att tvist utbrutit mellan parterna och att denna tvist nått domstolen. Det vill säga, alternativet till en förlikning är att lösa tvisten i domstolen, och inte genom till exempel skiljeförfarande.

I arbetet kommer även enbart att diskuteras förlikningar i dispositiva tvister. Detta kan ses som självklart eftersom dispositiva tvister är sådana i vilka saken är ”sådan att förlikning därom är tillåten”.⁴ Dock ska sägas att förlikning även i vissa fall kan ske i indispositiva tvister, men de kallas i dessa fall för till exempel överenskommelser.

1.5 Disposition

Jag ämnar disponera detta arbete i samma ordning som en part ställs inför problemen i en förlikningssituation. Arbetet inleds därför med en beskrivning av förlikningsavtalets rättsliga ställning. Vad är egentligen ett förlikningsavtal? Vad har det för rättslig ställning och verkan? I samband med detta ämnar jag ta upp en del om konflikter i allmänhet.

Efter denna genomgång kommer jag att gå över till att beskriva själva förlikningsförhandlingen. Avsikten är här att beskriva förfarandet som helhet, vilka strategier en part kan tänkas använda, olika hinder för förlikning etc.

Efter genomgången av vägen till förlikningen kommer jag gå över till att beskriva olika problem som kan uppstå efter slutna förlikning. För även om meningen med en förlikning är att reglera parternas mellanhavanden så är det inte omöjligt att nya problem uppstår mellan dem.

Sist i arbetet ämnar jag ge min bild av hur dagens förlikningsverksamhet fungerar. Förhoppningen är här även att kunna ge förslag på vad som kan utvecklas i framtiden, och då för både parternas processföring och förlikningen som institut.

⁴ Se t.ex. RB 17:3 2p

2 Förutsättningar

Den mest grundläggande förutsättningen för att en förlikning ska bli aktuell är att det uppstått en konflikt mellan två parter. Vad en konflikt är behöver därför närmare utredas.

För att förstå hur själva förlikningsprocessen och vägen till ett förlikningsavtal ser ut måste läsaren, eller den tvistande parten, även först få en förståelse för avtalet och dess rättsliga reglering. Ingenstans i lagstiftningen definieras vad ett avtal är. Närmast kommer AvtL som stadgar att ett avtal är en rättshandling, vilket inte heller det egentligen ger oss någon klar bild av vad avtalet egentligen är.

Nedan kommer att behandlas för hur AvtL anser att dessa rättshandlingar ska uppfattas. Beskrivningen av avtalet kommer i första hand att utgå ifrån de delar som blir intressant ur en förlikningssituations synvinkel. Värt att nämnas är att AvtL enbart reglerar förmögenhetsrättsliga avtalssituationer gällande så kallade konsensualavtal i vilka parterna utväxlar samstämmiga viljeförklaringar.⁵ För detta arbete spelar detta ingen roll, eftersom fokus ligger just på de dispositiva, förmögenhetsrättsliga avtalen.

2.1 Konflikt

För att förlikning ska bli aktuell krävs att konflikt utbrutit mellan parterna. Intressant, och grundläggande för arbetet, är då vad en konflikt ska definieras som. En definition, och en som Lindell och Runesson förordar, är att en konflikt existerar då en part uppfattar att hans målsättningar samtidigt inte är förenliga med andra parter målsättningar.⁶ Av definitionen följer att även icke-konflikter omfattas. Det vill säga, situationer då endast ena parten uppfattar en intressekonfliktsituation. En sådan definition har sina fördelar, eftersom de åtgärder som parten vidtar i detta skede oftast är de konfliktorienterade, även om han senare inser att någon konflikt inte var för handen. För gemene man uppfattas nog konflikt som en situation då parterna slåss om en viss sak; en situation där lösningen innebär att ena parten får mer på den andras bekostnad.

Det går sedan att klassificera konflikter på olika vis. Till exempel kan en konflikt vara binär eller polycentrisk. Av dessa är den binära konflikten den i vilken parterna inte är överens i en fråga. Parterna intar olika positioner i denna fråga och lösningen kommer att ligga någonstans på en linje dem emellan. I den polycentriska tvisten rör meningsskiljaktigheterna istället flera frågor. Dessa konflikter får sin lösning genom att de olika delfrågorna

⁵ Grönfors (1995:1) s 57, Adlercreutz (2002) s 50

⁶ Se Lindell (2000) s 44, Runesson (2003) s 217

löses, och dessa dellösningar påverkar varandra.⁷ Konflikten kan också klassificeras beroende på motsättningens art. Till exempel kan konflikten handla om att parterna har olika behov eller intressen (målsättningskonflikter), olika uppfattningar om giltigheten av olika principiella målsättningar (normkonflikt).

RU har definierat konfliktlösning som tvistlösande verksamhet som tar hänsyn till utomrättsliga aspekter medan rättskipning reserverats åt den enbart juridiskt relevanta tvistlösningen.⁸ För att följa RU:s resonemang kan begreppen konflikt och tvist definieras på delvis olika sätt. Då konflikt är det övergripande begreppet för dessa intressekonflikter kan tvist istället reserveras för konflikter som rör normtillämpningen. Runesson följer RU:s tankesätt och avgränsar i sina arbeten begreppet tvist till att omfatta de tvister som berörs av rättskipningen eller av normtillämpning. Tvisten präglas därmed av att den inte har några direkta inslag av utomrättsliga aspekter. En tvist kan till exempel gälla giltigheten av en norm (normtvist) eller tillämplighet (faktatvist).⁹

En konflikt eller tvist behöver inte nödvändigtvis stanna vid att vara ett slags konflikt genom hela processen, utan det är mycket möjligt att till exempel en normtvist omvandlas till en målsättningskonflikt beroende på att parten vill ta mer hänsyn till intressen. Klassificeringen beror helt och hållet på hur konflikten och problemet definieras, om parten anser sig ha rätt till saken eller om han anser sig ha ett intresse av saken. Till exempel, om parten hävdar att han har rätt till saken enligt ett gällande avtal är konflikten baserad på normer, medan konflikten är utomrättslig om han enbart hävdar sig ha ett intresse till den på grund av ett behov eller mål. I detta arbete kommer lösning av normtvister att diskuteras, eftersom det är just tvisterna som blir aktuella vid förlikningar.

För att en förlikningssituation ska bli aktuell torde den vanligaste typen av tvist vara den att en part påstås ha gjort sig skyldig till ett avtalsbrott. Situationen innebär att parterna nu ställs inför frågan om hur denna tvist ska regleras, om det ska lösas av dem själva eller om de måste ta hjälp av den statliga rättskipningen. Eller annorlunda sagt, frågan huruvida parterna ska förlikas eller gå till domstol.

2.2 Avtalet

Avsikten med ett avtal är ofta att uppställa olika handlingsföreskrifter eller åtaganden mellan parterna. En part kan till exempel åta sig en förpliktelse som motsvaras av en rättighet för den andra parten. Den kanske vanligaste, och viktigaste gruppen av avtal, är den ömsesidigt förpliktande. Dessa avtal

⁷ Runesson (2003) s 217

⁸ SOU 1982:26 s 138

⁹ Se Runesson (2003) s 219

är uppbyggda av utfästelser av båda parter, utfästelser som ska ses som ersättning för den andra partens prestation.¹⁰

Avtalets funktion är samtidigt att garantera att dessa åtaganden efterlevs, vilket avtalet gör genom dess partsbindning.¹¹ Genom att avtalet är rättsligt sanktionerat kan parten med hjälp av rättsmaskineriet tvinga motparten att efterleva avtalsvillkoren eller utge kompensation för avtalsbrottet.

2.2.1 Avtalsmekanismen

I 1 kap. AvtL går att utläsa hur lagstiftaren avsett att avtal ska slutas och därmed även hur parterna blir bundna av avtalet. Grundläggande för denna metod är utväxlandet av anbud och accept. Anbudet är i detta avseende en bindande offert från ena parten och accepten ett antagande svar från den andra parten. Vad som uppstår i och med accepterandet är ett avtal i vilket parterna antagit samstämmiga viljeförklaringar.

I sammanhanget ska nämnas att knappast alla avtal i realiteten sluts efter den enkla anbud-accept modellen. Till exempel är detta fallet vid utdragna förhandlingssituationer där parterna istället successivt kan tänkas bli bundna av avtalsvillkoren. I dessa situationer är nämligen de olika förhandlingsbuden inte att direkt uppfattas som bindande. Detta kan ses relativt märkligt i sammanhanget, speciellt med tanke på att det i 6 § AvtL stadgas om att så kallade orena accepter, det vill säga accepter vilka inte helt överensstämmer med anbudet, som huvudregel ska ses som avslag i förening med nytt anbud.¹² Vad som dock skiljer dessa förhandlingsbud från de bindande viljeförklaringarna är att dessa bud just är preliminära förslag i strävan att nå en kompromiss. De kan alltså inte ses som direkt slutgiltiga viljeförklaringar. Synsättet bekräftas också eftersom parterna när de nått sin kompromisslösning ofta undertecknar ett kontrakt, och ett gemensamt avtalsslut är för handen.¹³ Det normala i dessa situationer är att överenskommelsen dokumenteras i ett kontrakt, men det är i de flesta situationer inget krav.¹⁴ Fördelen med det gemensamma avtalsslutet är att det knappast uppstår några problem angående ett anbuds bindande verkan ty parterna förhandlar nämligen till sig en för dem båda acceptabel lösning. En viktig princip inom den svenska avtalsrätten är annars den så kallade löftesprincipen som slås fast i 1 § AvtL, nämligen att anbud och accept är ”bindande för den, som angivet anbudet eller svaret”. Innebörden är att ett anbud som avgetts är oåterkalleligt med undantag för vissa situationer som anges i 2-9 §§ AvtL. Skälet för denna reglering är framför allt att mottagaren ska kunna lita på anbudets bestånd och kunna undersöka om han bör acceptera det.¹⁵ Vad en part bör göra om han inte vill se att sin

¹⁰ Adlercreutz (2002) s 26f

¹¹ Adlercreutz (2002) s 22

¹² Grönfors (1995:1) s 82f

¹³ Adlercreutz (2002) s 68

¹⁴ Jfr formalavtal för vilka särskild form är föreskriven

¹⁵ Adlercreutz (2002) s 50f

viljeförklaring ska anses som för honom bindande, är att förklara det för motparten. Viljeförklaringen är då inte ett anbud, utan istället en uppmaning till motparten att ange ett anbud.¹⁶

Avslutningsvis bör nämnas att AvtL:s regler om slutande av avtal enligt 1 § 2 st. AvtL är dispositiva och parterna kan förbigå dem genom att avtala om annat.

2.2.2 Avtalsbundenhet

En av avtalets mest grundläggande funktioner är att binda parterna i ett rättsförhållande. Bundenheten vid avtalet uppstår automatiskt i och med avtalsslutet och för att göra undantag mot denna huvudregel måste parterna explicit införa villkoren för undantaget i avtalet. För parterna innebär denna bundenhet att de är skyldiga att fullgöra de förpliktelser som de åtagit sig i avtalet samt att de måste följa de villkor som upptagits i avtalet. Eller kortfattat, avtal ska hållas – pacta sunt servanda.¹⁷

I och med att avtalet blivit bindande för parterna innebär det samtidigt att avtalet får en rad olika rättsverkningar. Den mest grundläggande för själva avtalsbundenheten är nog att avtalet nu blivit rättsligt sanktionerat. Följden av detta är att en avtalsbrytande part kan tvingas till fullgörelse eller ersättning. Den lidande parten kan utnyttja den statliga rättskipningen till sin hjälp för att få avtalet fullgjort. Förhoppningsvis är detta oftast sista utvägen. Ofta kommer nämligen frågan om till exempel omförhandling eller förlikning före en rättslig process.¹⁸

2.2.3 Sanktionering

Alla ingångna avtal hålls inte. Det hör inte till ovanligheten att leveranser försenas eller varan är bristfällig, och tvist om det avtalade uppstår. Om huvudregeln är att avtal ska hållas krävs det sanktionering av brotten. Generellt kan sägas att det finns två sätt att sanktionera kontraktsbrott: genom lagstiftning och genom avtalsreglering, i såväl individuella avtal som standardavtal.¹⁹

Om den lagstiftande sanktioneringen kan sägas att dess betydelse för det enskilda fallet beror på inom vilket område avtalet är slutet. Sanktionerna är nämligen inte uppställda i AvtL som styr själva tillkomsten av avtalet, utan istället får avtalsparterna söka i lagstiftning som rör avtalets materiella rätt för att utröna vilka sanktioner som gäller för det enskilda avtalet. Till exempel kan nämnas KöpL:s regler om hävning och skadestånd som gäller som dispositiv rätt för köp av lös egendom.

¹⁶ Adlercreutz (2002) s 52

¹⁷ Adlercreutz (2002) s 22

¹⁸ Adlercreutz (2002) s 22f

¹⁹ Olsen (1997) s 43

Sanktioneringen i lag är i många fall dispositiv och låter parterna själva reglera området om de så önskar. Att så också sker är ingen ovanlighet, och speciellt vanliga kan dessa klausuler sägas vara i standardavtal rörande köp där montage ingår samt i entreprenadavtal.²⁰ Vad parterna i dessa fall framför allt avtalar om är att vite – närmast att betrakta som ett i förväg bestämt skadestånd – ska utgå till den lidande parten. Vad parterna i och med detta gör är avtalar bort den dispositiva rätten, och ersätter den med sin egen reglering.

Parterna kan i samband med detta även avtala om hur tvister dem emellan ska lösas. Vad som till exempel kan avtalas om är att parterna innan de tar tvisten till domstol själva ska försöka förlikas genom förhandling eller medling. De kan även reglera frågan på så vis att tvister ska lösas utan domstols medverkan i en skiljenämnd.

Som med alla avtalsvillkor kan dessa jämkas enligt 36 § AvtL.²¹ Det gäller därmed inte att försöka utnyttja motparten för mycket i sin strävan att roffa åt sig så mycket av kakan som möjligt.

2.2.4 Lojalitetsplikt

Något kort behöver även nämnas om en grundläggande princip i avtalsförhållanden, nämligen lojalitetsplikten. Principen innebär att kontrahenterna har en plikt att vara lojala mot varandra och till vissa gränser beakta varandras intressen. Som ett resultat av detta följer att parterna vid intressekonflikter inte helt och hållet får sätta sina intressen före den andra partens, utan vad parterna måste göra är att väga sina intressen mot varandra. Vad plikten innebär är främst att part ska se till att den andra parten inte lider skada. Detta kan ske genom till exempel vård- och omsorgsplikt eller upplysnings- och klargörandeplikt.

Vilken lojalitet som kan krävas av parten i olika fall kan till exempel bero på vilken typ av avtal det gäller, vilken bransch det är slutet inom samt andra situationsunika omständigheter. Till exempel kan parternas ställning ha betydelse, liksom om en part tar en särskilt stor risk i och med avtalet. Ofta följer även lojaliteten av det upprättade avtalet, i vilket parterna kan ha uttalat sig om syftet och förväntningar med samarbetet.

För förlikningsavtalet synes den viktigaste aspekten vara att lojalitetsplikten i vissa fall kan sägas vara begränsad. Anledningen till detta är att parterna beroende på den bakomliggande tvisten inte alltid ser förlikningsavtalet som ett verktyg för att skapa en lojal och samarbetande stämning dem emellan. På dessa parter bör därför enligt Nicander inte samma lojalitetsplikt ställas, även om pliktens omfattning sedan också beror på de specifika

²⁰ Olsen (1993) s 25

²¹ Adlercreutz (2002) s 299ff

omständigheterna för varje fall.²² Förlikningsavtalets huvudfunktion måste dock sägas vara konfliktlösande, en funktion som kan undermineras om ingen lojalitetsplikt alls uppställs mellan parterna. Av intresse kan lojalitetsplikten även ha vid avtalsbrottet och lösningen av den uppkomna tvisten, då parterna kan ha en viss skyldighet att även se till motpartens intressen. Vilket bland annat kan ske genom en för båda fördelaktig förlikning.

2.2.5 Förlikningen – en omförhandling av avtalet?

Som nämnts ovan är huvudregeln att avtal ska hållas. I vissa situationer kan emellertid förutsättningarna för upprätthållandet ha försvårats eller omöjliggjorts. Parterna kan befinna sig i en situation där ett avtalsbrott är oundvikligt eller förestående. Situationen de befinner sig i kan medföra att part eller parter känner ett behov att omförhandla avtalet. Frågan nu blir om detta är möjligt.

I detta sammanhang kan just nämnas förlikningsavtalet. För vad ska detta avtal egentligen ses som om inte en omförhandling av det tidigare avtalet? Vad som sker i och med det nya förlikningsavtalet är nämligen att parterna kommer överens om att vissa av de tidigare villkoren inte ska gälla utan de nya. Förlikningen kan därför beskrivas som ett mellanting av avtalsförhandling och tvistlösningsförhandling.

Vad part kan anses göra genom att inleda tvist är att ge sig själv en möjlighet till att omförhandla sina tidigare åtaganden, en forcerad omförhandling. Motparten tvingas nämligen välja att omförhandla det brutna avtalet eller gå till domstol för att utkräva sina rättigheter. I många situationer, speciellt i fall med en svag – främst ekonomiskt – avtalsbrytande part, torde det vara en fördel att förlikas och på så vis i alla fall komma ut med någonting ur tvisten. I sammanhanget måste nämnas att förlikningen är helt och hållet frivillig för respektive part.

En liknelse kan dras mellan förlikningsförhandlingen och omförhandlingen av avtal. Situationen i dessa fall är nämligen behovet att nå en ny uppgörelse mellan parterna. Anledningen till detta behov kan till exempel vara att olika förutsättningar som var tongivande vid ingåendet av det ursprungliga avtalet har ändrats. Som Grönfors framhåller har behovet av omförhandling vuxit fram ur det kommersiella områdets strävan att själv lösa sina tvister.²³ Och den typiska förlikningssituationen kan nog sägas vara den att olika villkor i det gamla avtalet som inte har efterlevts, har utmynnat i att konflikt utbrutit mellan parterna, och dessa villkor måste nu omförhandlas så att parterna kan lämna tvisten bakom sig. I detta arbete utgår parterna från det gamla, och för

²² Nicander, JT 1995/96, s 35

²³ Grönfors (1995:2) s 38

dem fortfarande bindande avtalet. Resultatet av förhandlingen är sedan ofta att ett nytt avtal – förlikningsavtalet – sluts mellan parterna.²⁴

2.2.6 Förlikningsavtalet

En fråga som kan diskuteras är huruvida förlikningsavtal ska ses som ett civilrättsligt avtal eller som en processhandling. Svaret på den frågan torde inte välla några direkta bekymmer. En förlikning måste ses som ett civilrättsligt avtal mellan parterna. Dock så innebär avtalet att parterna har reglerat hur olika processuella frågor ska lösas. Dessa processuella regleringar kan sedan även ha betydelse för hur avtalet ska tolkas eller om det överhuvudtaget är att ses som giltigt.²⁵

Förlikningsavtalet definieras av Lindell som ett civilrättsligt avtal genom vilket ett omtvistat rättsförhållande regleras.²⁶ Därmed följer att samma regler gäller för förlikningsavtalet som för övriga förmögenhetsrättsliga avtal när det gäller avtalsslutet. Emellertid förekommer en rad skillnader när det gäller bakgrunden till själva avtalet.

För det första kan nämnas att situationen vid förlikningsavtal ofta är en annan än vid traditionella kontraktssituationer. Situationen är nu att parterna oftast tvistar om en historisk händelse och fördelningen av en fixerad summa eller sak; vid kontraktssituationer ser parterna oftast framåt och försöker fördela så mycket mervärde mellan dem själva som möjligt.

För att nå fram till en förlikning omfattar processen ett förhandlingsstadium som kan gå tillväga på lite olika sätt. En möjlighet är att parterna till varandra ger bindande anbud som kan accepteras eller förkastas. En annan möjlighet är att parterna gemensamt genom olika icke-bindande förhandlingsbud försöker nå fram till en kompromisslösning.

Det har diskuterats i doktrinen huruvida en förlikning måste innebära att parterna till viss del ger efter på sina krav, det vill säga att förlikningen inte får helt överensstämma med endera partens yrkande. Diskussionen har kretsat kring huruvida en förlikning kräver ömsesidiga eftergifter. Saken torde vara sådan att en förlikning mycket väl kan omfatta situationer då ena parten helt ger efter för den andra partens yrkande.²⁷ Huvudsaken är att parterna kommer frivilligt överens om hur de vill reglera den uppkomna tvisten.

Buden som parterna lämnar i och med förlikningsförhandlingen kan uppfattas som avtalsrättsliga anbud som försetts med villkoret att det endast

²⁴ Om omförhandling, se Grönfors (1995:2)

²⁵ Se härom Hov (1976) s 29

²⁶ Lindell (1988) s 95

²⁷ Ekelöf, Edeltam & Boman (1998) s 63, Larsson (1958) s. 32ff., Lindell: Vänbok till Torleif Bylund, 2003, s 265. Ang. Norsk rätt, se Hov (1976) s 29f. som synes inta samma ståndpunkt.

gäller om process kan undvikas. Detta eftersom parten i en förlikning kan vara beredd att göra fler eftergifter än han skulle i en rättegång, allt för att till exempel undvika tids- och resurskrävande process eller skydda parternas relationer. I samband med förhandlingar mellan parterna är det heller inte omöjligt att parten gör förprocessuella uttalanden om vilka omständigheter han erkänner eller efterger med tanken på en eventuell framtida process. Dessa uttalanden har då till uppgift att hjälpa parten i sin förberedelse på så vis att han då till exempel vet vad han behöver samla bevisning om. Uttalandena är emellertid inte med automatik bindande, däremot kan de i en senare process få bevisverkan.²⁸

Om parten gör dessa uttalanden i samband med en förlikningsförhandling i vilken de är ämnade att skapa förutsättningar för en uppgörelse och inte för att skapa en grund för senare process torde situationen vara en annan. Uttalandet är då av civilrättslig art. Visst kan uttalandet få betydelse i rätten om det där upprepas av motparten, men då endast betydelse av att det får visst bevisvärde. Det kan emellertid inte krävas av parten som gjort uttalandet att han i rätten upprepar det och där gör till exempel ett erkännande bindande för rätten.

Vad som kan komplicera saken ytterligare är att förlikningserbjudanden enligt Vägledande regler om god advokatsed 43 § inte får åberopas i rättegång utan motpartens samtycke. Skälen till detta är att förbudet avser att underlätta förlikningsförhandlingar samt bidra till ett materiellt riktigt avgörande i tvistemålet. Frågan som kan ställas i detta skede är huruvida även förprocessuella erkännanden kan omfattas av detta förbud. Det troliga är att om erkännandet eller inställningen kan sägas vara gjort för att nå en förlikning och inte som ett generellt uttalande, dessa uttalanden ska omfattas av åberopsförbudet. Styrande för huruvida något får åberopas är om det kan härledas till förlikningen och ett förlikningserbjudande. I vissa situationer är det möjligt att det inte är helt enkelt att avgöra om förslaget är gjort förlikningsvis. Det gäller för motparten i dessa situationer att se till den konkreta situationen, och försöka tyda om uttalandet endast är avsett för en eventuell förlikning.²⁹

²⁸ Heuman, SvJT 1991, s 88

²⁹ Heuman, SvJT 1991, s 112ff

3 Förhandlingen

Centralt i en förlikning är förhandlingen mellan parterna för att nå en för dem båda acceptabel överenskommelse. Förhandlingen går i första hand ut på hur de bäst ska reglera och komma förbi den tvist som utbrutit dem emellan. Emellertid behöver inte förhandlingen enbart handla om själva tvisten. Parterna kan nämligen om möjligt som i vilken annan avtalsförhandling som helst komma överens om andra förhållanden. De behöver inte alltid låsa sin lösning kring det tvistiga förflutna, utan de kan också se framåt och skapa värde för dem båda i framtiden.

Målet med förhandlingen för en part är att få motparten att gå med på en lösning som är förmånlig för parten. En stor del av förhandlingen går därför ut på att övertyga motparten att hans lösning är underlägsen partens lösning.³⁰ Det vill säga, förhandlingen fortskrider eftersom parterna tror att de därigenom kan nå en lösning som är bättre än att acceptera motpartens förslag. Här ska dock sägas att vad som är förmånligt för parten inte med säkerhet behöver vara till nackdel för motparten. I själva verket är förlikningen något som båda parterna ingår frivilligt, och varför skulle en part ingå en sådan överenskommelse om han inte såg den bättre än ingen överenskommelse alls?

Förutom att förhandlingen ger parten fördelen att han själv får vara med och utforma lösningen vilket ger en positiv förutsebarhet, finns det även många andra fördelar gentemot en ordinär rättegångsprocess. Först kan nämnas att parterna med förhandlingen kan undvika det dröjsmål en rättegång hade kunnat innebära. Målen ligger nämligen på kö i domstolarna, och en part måste räkna med att det åtminstone tar något eller några år innan hans mål blir avgjort. Sedan föreligger alltid risken att den domen överklagas. En näraliggande aspekt till tiden är kostnaderna. En tvist som går till rättegång leder ofta till höga rättegångskostnader då till exempel advokater och bevisinsamling kostar. Kostnader som kan minskas om tvisten löses på ett tidigare stadium. En viktig aspekt är även att en förhandling oftast har en möjlighet att bevara en god relation mellan parterna genom att finna en för båda acceptabel lösning samt undvikande av den mentala press en rättegång kan innebära.³¹

Förlikningsförhandlingen är med tanke på dess positiva verkningar en del av processen som en part verkligen bör lägga ner sin tid och energi på. Nedan ämnar jag därför belysa hur en part kan agera vid en förlikningsförhandling och vad han bör tänka på när han förhandlar. Frågor som jag försöker besvara är bland annat: Hur ska en part uppträda i en förhandling? Vilka bud bör han acceptera? Vilka hinder för en överenskommelse kan han ställas inför?

³⁰ Runesson (1993) s 17

³¹ Lindell (2000) s 46

3.1 Förberedelser

Den kanske viktigaste delen i en förhandling är tiden innan själva förhandlingen ens inletts, nämligen under förberedelsen till den. En förhandling kan nämligen sägas bestå av fyra steg: förberedelse och analys, informationsutbyte, kompromissande och sista steget överenskommande.³² Av dessa steg utgör det första steget nyckeln till framgång även i de andra. Att som part gå in i en förhandling utan att vara noggrant förberedd innebär nämligen att han går in med risken att bli överrumplad med sak- och rättsfakta från motparten. Resultatet blir även att parten troligen tvingas ge efter för motpartens krav eller att ingen lösning alls går att nå. En grundläggande planering är med andra ord a och o i en förhandling.

Grundförutsättningen är att förhandlaren vet vad hans mål med förhandlingen är. Annars vet han inte vad han förhandlar för att uppnå. Men han måste även i förberedelsen fundera på ett antal andra frågor, många av vilka jag tänker redogöra för nedan.

3.1.1 Är tvisten distributiv eller integrativ?

En förutsättning för att kunna bestämma vilken strategi parten ska använda i avtalsförhandlingen är att först veta vilken typ av tvist parterna är inblandade i. Tvister kan nämligen delas in i två typer beroende på det tvistiga objektet. I den distributiva tvisten, tvistar parterna om en bestämd fråga eller sak, och om denna har parterna ofta motsatta intressen. Den ena parten vill ha så mycket som möjligt på den andres bekostnad.³³ Situationen kan här liknas med uppdelandet av en tårta. Ju mer den ena parten får, desto mindre finns kvar till den andre. Det går med andra ord inte helt att tillgodose båda parter intressen. Den distributiva tvisten blir en fråga om kompromissande mellan parterna eftersom parterna utgår från sina ytterlighetspositioner för att om möjligt jobba sig in mot mitten och en acceptabel, gemensam överenskommelse.³⁴ För en part innebär en distributiv lösning ofta att han i och med överenskommelsen avstår från något för att undvika att förlora ännu mera. Problemet med den distributiva tvisten är främst att om parterna är för hårda i sin förhandling och låser sig vid sina positioner, det nära nog blir omöjligt att nå en överenskommelse. Huvudpunkten i den distributiva tvisten är att enbart en tvistefråga, eller resurs, är uppe för förhandling.

En tvist kan också vara integrativ. Med detta menas att parterna i förhandlingen inte låser sin lösning kring en enskild tvistefråga. Istället öppnar de upp lösningen på så vis att även andra aspekter och resurser tas med i förhandlingen, vilket i slutändan kan leda till en win-win situation för parterna eftersom förhandlingen nu inte blir en uppdelning av en bestämd

³² Nolan-Haley (1992) s 27

³³ Raiffa (1982) s 33

³⁴ Nolan-Haley (1992) s 15

resurs. Istället för att konkurrera försöker de finna en för båda så fördelaktig lösning som möjligt.³⁵ Det gäller alltså för parterna att se möjligheterna med tvisten, och inte stirra sig blinda enbart på den tvistiga frågan. Istället för att enbart se betalningen av en skuld som en svart/vit fråga att gäldenären ska betala eller inte kan parterna istället samtidigt komma överens om att denna betalning ska ske i rater.³⁶ Genom att dra in andra aspekter kan parterna därmed skapa ett utrymme för mervärde. Med andra ord, om den ena parten får mer paj, kanske den andra kan få mer grädde.

Uppdelningen av en tvist som distributiv eller integrativ har stor betydelse för vilken strategi en part bör eller kan använda i en tvist. I nästan alla fall är den integrativa tvisten att föredra för parterna eftersom den kan skapa ett mervärde. För parterna gäller det därmed att i tvister undersöka möjligheterna att skapa alternativa lösningar som gör tvisten integrativ. Alltför vanligt är att förhandlare missar dessa alternativ och det attraktiva mervärdet och istället fokuserar på en klar uppdelning av kakan.³⁷

3.1.2 Strategier

Vid ingåendet av ett förlikningsavtal är det viktigt att redan innan förhandlingen börjar överväga hur parten anser sig bör gå till väga för att nå sina mål. Det gäller för parten att välja en viss strategi för sin avtalsförhandling. En viss skillnad bör här göras mellan begreppen strategi och taktik. En distinktion som till exempel Lindell använder, är att definiera strategi som det tillvägagångssätt parten använder för att nå sina mål, medan taktiken är urvalet av de medel som används för att strategin ska förverkligas.³⁸

I doktrinen brukar det talas om fem olika strategier vilka en part kan välja mellan då en tvist uppstår: konkurrens, undvikande, anpassning, kompromiss och intressebaserad förhandling. I valet mellan dessa strategier spelar även tvistens kontext in, nämligen om tvisten ska ses som en distributiv eller integrativ tvist. Valet av strategi är också ofta en kombination av de följande, och inte enbart nyttjande av en enda. Det ska heller inte ses som ovanligt att en förhandlare under förhandlingens skede byter strategi.

Den konkurrerande strategin bygger på att underminera den andra förhandlarens positionering och förtroende för sin sak.³⁹ Vad parterna i detta fall förhandlar om är en fixerad summa, kontexten är med andra ord oftast distributiv, vilket i detta fall leder till en maktkamp. En maktkamp i vilken parten oftast har fördelen av att vara ekonomiskt eller kunskapsmässigt överlägsen den andra. I denna maktkamp tar parten enbart hänsyn till sina

³⁵ Raiffa (1982) s 131

³⁶ Spiller (1999) s 26

³⁷ Fisher, Ury & Patton (1999) s 59

³⁸ Lindell (2000) s 61

³⁹ Spiller (1999) s 30

egna intressen och mål, och tar i denna kamp ingen hänsyn till motpartens intressen. Som Spiller förklarar det, det gäller för parten att minimera förlusten och maximera vinsten gentemot motparten i ett diametralt spel.⁴⁰ När det gäller hur parterna spelar denna maktkamp kan noteras att fokus ligger på faktablandningen, och inte på det känslö- eller relationsmässiga. Parterna är oftast inte villiga att utge mer information än nödvändigt, utan försöker att dölja så mycket som möjligt av sin kunskap, speciellt sådan som motparten kan ha fördel av. I spelet kan ses hur båda parter bud hålls höga och oftast relativt oförändrade utan några egentliga eftergifter, ett uppträdande som försöker skapa en osäkerhet hos motparten.

En taktik som används för att åstadkomma denna osäkerhet hos motparten är att till exempel ta kommandot över förhandlingen och styra upplägget av densamma. Förhandlingen kan vidare skötas på partens hemmaplan, och parten kan då försöka skaffa sig ett psykologiskt övertag genom att ha fler juridiska ombud än motparten. Det gäller att pressa motparten och till viss del även hota honom. Om hot används är det emellertid viktigt att dessa upplevs trovärdiga, då de annars riskerar att få parten att framstå som svag.⁴¹

Denna typ av förhandling är att anse som relativt hård och tuff. Fördelarna med den är att motparten knappast får tillgång till känslig, och möjligen skadlig, information om parten. Strategin ger även en bild av en part som inte ger med sig utan står fast vid sin position. Nackdelen med detta uppträdande blir att relationerna parterna emellan knappast förbättras, utan risken är istället att parterna inte kommer att kunna samarbeta i framtiden. Fientligheten som kan uppfattas kan också medföra att tvisten trappas upp genom att förhandlarna drar sig från att släppa sina positioner, och det blir till slut omöjligt att närma sig en lösning. Risken att ett dödläge uppstår är med andra ord stor vid användandet av en konkurrensinriktad strategi.⁴²

Den undvikande strategin innebär att parten helt försöker undvika tvisten. Orsakerna kan vara att parten saknar kunskap eller inte tror att en lösning är möjlig, samt att en tvist inte anses gagna parten beroende på till exempel ekonomiska eller relationsmässiga nackdelar.⁴³ För detta arbete blir strategin mindre intressant eftersom fokus här ligger på vägen till själva förlikningsavtalet. Dock ska sägas att parterna mycket väl i sina förlikningsförhandlingar kan isolera en fråga som de inte kan komma överens om och som inte har stor betydelse för tvisten. Genom att undvika att diskutera frågan är det sedan möjligt att parterna når en överenskommelse.

I den anpassningsinriktade förhandlingsstrategin ligger fokus på känslorna som uttryck för tvisten som uppstått och för hur parterna kan komma igenom densamma. Vad förhandlingen försöker skapa, är en mellanväg i vilken känslor och fakta blandas för att nå en konstruktiv lösning på tvisten i

⁴⁰ Spiller (1999) s 31

⁴¹ Lindell (2000) s 53f

⁴² Lindell (2000) s 53

⁴³ Lindell (2000) s 55

vilken parterna har tagit lärdom av varandra och skillnader emellan dem. Tvisten ska inte ses som något problem som söker en lösning utan som en möjlighet att utveckla en relation.⁴⁴ Vad som utmärker denna lösning är att part accepterar vissa av motpartens krav på bekostnad av sina egna. Part uppställer heller inga direkta krav på motparten för att göra dessa eftergifter, utan de görs med syftet att till exempel upprätthålla goda relationer eller att dessa eftergifter för parten inte syntes vara av nämnvärd betydelse.⁴⁵

Den kompromissinriktade förhandlingen äger oftast rum då kontexten är distributiv. Strategin bygger på mantrat att det är i parternas intresse att hitta en rättvis lösning på problemet.⁴⁶ Kännetecknade för strategin är att parterna i förhandlingen ger realistiska och objektiva bud; parterna strävar gemensamt för att hitta en lösning. Fördelarna med processen är att den bland annat ger en god möjlighet att bevara en god relation mellan parterna eftersom parterna genom att samarbeta försöker finna en för båda godtagbar lösning. Det ska dock sägas att eftersom kontexten är distributiv leder denna strategi till nackdelen att det inte alltid går att finna en för båda accepterbar lösning. För att nå en lösning måste nämligen en part ge bort lite av sin del av kakan till den andra, och i alla tvister är detta knappast en realistisk möjlighet då bakomliggande intressen sätter stopp för transaktionen. En annan nackdel är en förhandlare som utnyttjar en konkurrensinriktad strategi relativt lätt kan utnyttja en förhandlare som håller fast vid sin kompromissinriktade strategi.

Den kanske mest diskuterade strategin är den intressebaserade förhandlingsstrategin. Strategin som fokuserar på det uppkomna problemet går inte ut på att fördela en viss bestämd resurs, utan lösningsalternativen utvidgas så att parternas intressen och behov tillgodoses på bästa möjliga vis. Genom att parterna försöker finna en lösning som inte beror på en bestämd resurs är kontexten integrativ.⁴⁷

För att strategin ska fungera krävs det att parterna känner ett förtroende för varandra, har krav som är till viss del oberoende från varandra, är ungefär jämnstarka, vill undvika kostsamma olägenheter vilket en strandad förhandling kan medföra och är måna om goda relationer.⁴⁸ Strategin bygger på att parterna ska få en förståelse för problemet och för varandras behov och intressen. Vid en genomgång av dessa behov arbetar parterna för att hitta en medelväg vilken uppfyller bägge parterers behov. Avstånd tas här från de hot och tuffa bud som används vid konkurrenssituationer.⁴⁹

I själva förhandlingen går det enligt Fisher, Ury och Patton, som i sin bok *Getting to Yes* behandlar den intressebaserade förhandlingen som det enda sunda alternativet, att urskilja fyra huvuddelar: Avskilj människorna från

⁴⁴ Spiller (1999) s 41

⁴⁵ Lindell (2000) s 55f

⁴⁶ Spiller (1999) s 32

⁴⁷ Spiller (1999) s 33

⁴⁸ Lindell (2000) s 56f

⁴⁹ Spiller (1999) s 33f

problemet, fokusera på intressen och inte på positioner, kom på ett flertal förslag på lösningar innan beslut om inriktning tas samt sist att insistera på att resultatet blir baserat på en objektiv standard.⁵⁰

När det gäller att avskilja människorna från problemet menar de, att det gäller att se på problemet som om det vore delat mellan parterna, och inte att det faller på någon enstaka av dem. Det gäller att komma ifrån det faktum att en part kan uppfatta det som en attack på honom som person när frågorna diskuteras, vilket om det sker kan leda till att personen går in i en försvarsställning som motverkar möjligheten att komma överens. För att undvika detta måste parterna inse att partens ursprungliga positionering enbart är ett sätt att gå in i konflikten. Konflikten har ju uppstått eftersom parterna ser på frågorna på ett annorlunda sätt, och för att komma till en lösning gäller det därför att försöka förstå hur den andra parten tänker.⁵¹

Parterna måste dessutom försöka förstå sig på känslorna som konflikten dragit med sig. Känslorna får inte gömmas undan, utan bör istället dras in i förhandlingen.⁵² Parterna måste få en chans att ge sin syn på problemet, och i detta skede ska parten verkligen berätta hur han upplever situationen, och inte prata om någon annans fel eller misstag.⁵³

Nästa huvudpunkt är att fokusera på parternas intressen och inte på deras positioner. Skillnaden mellan dessa uttryck är att positioner är de krav som uppställs explicit, medan intressen är de bakomliggande faktorerna som motiverar denna positionering. Genom att gå ner på intressenivån är det möjligt att finna gemensamma faktorer som parterna kan använda för att nå en kompromisslösning som gagnar dem båda. I detta skede är det viktigt att parterna uppmuntras att öppet avge vilka deras intressen verkligen är, samt att när de tänker igenom dessa försöker se framåt och inte bakåt. Meningen är att finna en lösning som på bästa vis ser till båda parter bästa, och inte att argumentera över vem som har rätt juridiskt.

När intressena har luftats gäller det att tänka ut flertalet lösningsförslag som kan tänkas accepteras av båda parter. Det gäller här att inte låsa sig vid enkla, rent rättsliga lösningar, utan det gäller verkligen att arbeta fram en rättvis lösning som ser till bådas bästa.

Resultatet som arbetas fram ska även i största möjliga mån vara baserat på en objektiv standard. Det gäller här att finna en lösning som utifrån till exempel sedvana, prejudikat eller kostnadsmässiga skäl går att acceptera som objektivt godtagbart. Om lösningen ger objektivt godtagbara resultat för båda parter, blir det onekligen lättare för endera av dem att acceptera lösningen än om lösningen skulle gynna den ena parten mer än den andra.⁵⁴

⁵⁰ Fisher, Ury & Patton (1999) s 10ff

⁵¹ Fisher, Ury & Patton (1999) s 22ff

⁵² Fisher, Ury & Patton (1999) s 30ff

⁵³ Fisher, Ury & Patton (1999) s 37

⁵⁴ Fisher, Ury & Patton (1999) s 88f

Vad som måste påpekas när det gäller strategivalet, är att förlikningen helt och hållet bygger på frivillighet. Strategin som väljs måste därför övertyga medkontrahenten att lösningen som föreslås är den bästa för dem båda. Om motparten inte anser så vara fallet kan han enbart stå fast vid sitt beslut att dra tvisten till domstol. Det gäller att erbjuda en lösning som tilltalar motparten på så vis att den framstår som bättre än hans eller hennes alternativ, eller reservationsvärde. Problemet i tvisteförhandlingarna är att de ofta utmärks av att det bästa alternativet till en förlikning är att ta tvisten till rättslig prövning.⁵⁵

3.1.3 Val av strategi

Det kanske mest självklara rådet vid valet av strategi, och det rådet som de flesta författare även ger, är att en part inte ska vara låst vid någon strategi utan bör förhålla sig så flexibel som möjligt.⁵⁶ Det går oftast inte att bara använda en strategi, utan det gäller att vara vaksam i processen och anpassa sitt uppträdande efter varje uppkommen situation. Som professor Richard Perlmutter vid Suffolk University menar så beror ens strategival bland annat på motparten, styrkan av ens juridiska sak, de tvistiga frågorna och/eller beloppen. Men kanske det viktigaste anser han vara är att skapa sig en förståelse för motparten och hans strategival eller ansats i tvisten och genom denna kunskap utveckla sina svar eller strategier.⁵⁷

Den första delen i att välja strategi är att komma väl förberedd till förlikningsförhandlingen. Det gäller för parten att vara väl insatt i tvisten och dess problematik så att inte motparten kommer med fakta som överrumplar och sätter honom ur balans. En förhandlare måste förstå att han inte bara måste sätta sig in i egen sak, utan det gäller även att noggrant tänka sig in i hur motparten ser på saken. Ett sätt att göra detta på är att till exempel göra ett rollbyte. Det vill säga, sätta sig in i motpartens sak och komma på hur han ska företrädas på bästa sätt. Genom denna inblick i motpartens sak blir det lättare att förstå hans argument och hans strategi. I värsta fall kan detta rollbyte innebära att det visar sig att parterna i faktiska verket står längre ifrån varandra än vad som tidigare visats.

Viktigt genom den förberedande processen är att ha motpartens intressen i åtanke. Problemet om du inte har det, och speciellt om inte motparten heller har det, är att det blir svårt att sedan övertyga motparten om det fördelaktiga i dina förslag. Eftersom förlikningen är frivillig gäller det nämligen att linda in förslagen på ett sådant sätt att det uppfyller bådas intressen, ty varför skulle motparten annars acceptera det?

När det sedan gäller konkreta faktorer som en förhandlare bör väga in i strategivalet kan en första faktor sägas vara vilken strategi motparten kommer att välja i förhandlingen. Motpartens strategival har nämligen

⁵⁵ Runesson (1993) s 71

⁵⁶ Se bl.a. Lindell (2000) s 61 och Spiller (1999) s 45f.

⁵⁷ Email med prof. Richard Perlmutter, Suffolk University, USA, 2005-06-27

betydelse för hur tvisteförhandlingen kommer att utvecklas. Om motparten till exempel väljer att använda en konkurrensinriktad strategi gäller det att inte själv utnyttjas genom att inta en samarbetsinriktad strategi. Dessutom har undersökningar kring det så kallade fångarnas dilemma visat att en strategi som kallas "Tit for tat" är att föredra i distributiva situationer. Vid fångarnas dilemma straffas eller premieras två inblandade fångar beroende på vilket av två val de gör gentemot varandra. Fångarna måste nämligen utan att kommunicera med varandra välja huruvida de ska samarbeta eller ej. Förutsättningarna fångarna får är att erkännande från fången leder till mildare straff för honom, medan ett tigande leder till strängare. Om båda skvallrar leder det till hårda straff för dem båda, medan en tigande samverkan leder till relativt milda straff.⁵⁸ Det sista torde också betyda att fångarna båda väljer att tiga, men så är knappast fallet. Vad de båda fångarna logiskt bör välja är den dominanta strategin, vilket är den strategi som ger bäst konsekvenser oberoende av vad den andra väljer.

		Misstänkt 1	
		Tiger	Skvallrar
Misstänkt 2	Tiger	3:3 Belöning för tigande samverkan	0:5 Exploatering av Misstänkt 2
	Skvallrar	5:0 Exploatering av Misstänkt 1	1:1 Straff för brist på tigande samverkan

Figur 1. Fångarnas dilemma illustrerar hur två fångar straffas respektive belönas beroende på deras val. (Egen illustration efter exempel av Runesson (1993) s 22)

Fångarnas dilemma utgår från att fångarna behöver ta beslutet en gång. Ett experiment utfördes sedan för att se vilken strategi som var att föredra i en upprepad variant av fångarnas dilemma. Resultatet blev att det inte fanns någon ledande strategi, utan att valet av strategi bör utgå från vilken strategi motparten tillämpade. Modellen, med namnet "Tit for tat", bygger på att du i första ronden alltid ska inbjuda till samarbete. Därefter ska du i följande ronder välja den strategi som motparten utnyttjade i förra ronden. Fördelarna med modellen kan sägas vara att den är samarbetsinriktad, men samtidigt omedelbart vedergällande. Modellen är också lätt för motparten att förstå, vilket i längden kan underlätta hans strategival.⁵⁹

Men hur ska en förhandlare kunna veta vilken strategi motparten ämnar använda? Indikatorer kan här vara till exempel på hur motparten tidigare

⁵⁸ Se figur 1 för fångarnas nyttopoäng beroende på deras val.

⁵⁹ Runesson (2003) s 28ff

agerat i tvisteförhandlingar, hur motparten agerat i de inledande skedena av den nuvarande tvisten eller vilken strategi som brukar användas vid förhandlingar inom det tvistiga rättsområdet.⁶⁰

En annan viktig faktor är parternas relativa styrkeposition. En part som besitter ett maktövertag – framför allt faktiskt, men även rättsligt – har en större möjlighet att styra processen genom att få välja strategi för förhandlingen. Användandet av makt i en förhandling bör inte alltid ses som någonting fördelaktigt för att nå fram till en förlikning. Snarare kan utfallet bli att parterna drar sig längre ifrån varandra relationsmässigt och därmed ofta närmare en rättstvist.

Relationernas betydelse är även det en viktig faktor i valet av strategi.⁶¹ Om parterna har en ambition att vilja samarbeta i framtiden och bevara en god relation dem emellan har detta en stor inverkan på valet av strategi. I detta skede bör parterna till exempel inte välja en konkurrensinriktad strategi då denna kan ha förödande konsekvenser för ett fortsatt samarbete. Annorlunda blir det om parterna enbart ser tvisten som ett engångssamarbete.

En faktor som har betydelse är vad parten hoppas uppnå med tvisten.⁶² Här kommer bland annat en stor del av planeringen in, i vilken partens intressen och behov måste ha diskuterats. Det gäller att se vilket mål parten har i konflikten, det vill säga vilken typ av förlikning parten kan tänkas acceptera och även vad som inte kan accepteras.

Ett sätt att göra detta på är att fastställa partens BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement) samt WATNA (Worst Alternative To a Negotiated Agreement). Av dessa benämningar utgör BATNA den lösning som anses vara bäst för parten om förhandlingen misslyckas och WATNA den sämsta lösningen. Genom att parten vet om dessa alternativ kan han jämföra anbudet och förkasta alla som är sämre än hans WATNA och acceptera de som är bättre än hans BATNA.⁶³ Att fastställa dessa värden i en rättstvist måste emellertid ses som problematiskt då det finns flera osäkra faktorer; beslutet tas under osäkerhet.

En ytterligare faktor som spelar in är vad parterna tvistar över, det vill säga tvistens objekt.⁶⁴ Anledningen är här nämligen att tvisteobjektet bestämmer spelplanen. Ty är objektet, eller resursen, fixerad blir kontexten distributiv medan kontexten blir integrativ om det går att finna lösningar där båda parter går ut som vinnare.

En intressant sista fundering vid valet av strategi är att det finns de som anser att ingen möda bör läggas på strategier och taktiker eftersom de flesta förhandlingarna i dagens rättssamhälle är för erfarna för att gå på dessa

⁶⁰ Spiller (1999) s 44, Lindell (2000) s 61

⁶¹ Spiller (1999) s 45, Lindell (2000) s 62

⁶² Spiller (1999) s 45, Lindell (2000) s 62ff

⁶³ Fisher, Ury & Patton (1999) s 104ff, Lindell (2000) s 63

⁶⁴ Spiller (1999) s 45

psykologiska påtryckningar.⁶⁵ Tanken är naturligtvis rimlig, men även om en förhandlare är erfaren och medveten om sin motparts strategi- och taktikval så kommer det ändå att i slutändan nog få betydelse för förlikningens utgång.

3.1.4 Reservationsvärdet och BATNA

En viktig del i förlikningshandlingen är att veta sitt reservationsvärde, eller enklare, det minsta acceptabla budet.⁶⁶ Anledningen till bestämmandet av detta värde är enkel: det gäller att skydda sig från att anta ett bud som egentligen borde förkastas. En ytterligare aspekt är att reservationsvärdet kan hjälpa parten att få ut det mesta av förhandlingen. I förhandlingen är det nämligen viktigt att veta att ju bättre partens minsta acceptabla förlikningsbud är, desto maktfullare blir parten i förhandlingen. Genom att ha ett starkt alternativ behöver parten inte känna sig beroende av att förlikas.

En fråga som uppstår är om detta värde ska ses som en fixerad, lägsta gräns som inte får passeras. Fisher, Ury och Patton menar att värdet inte ska ses på detta vis. Nackdelarna om så skulle vara fallet är till exempel att flexibiliteten i förhandlingarna försvinner eftersom gränsen är satt i förväg och sedan inte får ändras. Vidare så låser ett fixerat värde tvisten till en distributiv lösning och förhindrar därmed olika alternativa lösningar som kan skapa mervärde. Det kan ju finnas andra lösningar som kan vara mer värda för parten men som ignoreras då reservationsvärdet blivit fixerat vid summor. Vanligt är också att en parts lägsta nivå är för högt satt, mycket på grund av ens subjektiva värderingar.⁶⁷

Istället för att bestämma en lägsta nivå bör parten istället bestämma sitt bästa alternativ till en förhandlad lösning, BATNA. Själva meningen med en förlikningsförhandling är att skapa en lösning som är bättre än om förhandling inte ägde rum. Det gäller därmed att bestämma vad detta oförhandlade resultat innebär och använda det som en måttstock att jämföra andra alternativ med. Detta BATNA blir ett flexibla redskap är en lägsta nivå eftersom det går att jämföra vilket alternativ som bäst uppfyller partens intressen.⁶⁸

Sitt BATNA kommer en part fram till genom följande tillvägagångssätt: det första parten måste göra är att fundera ut alternativ på vad han ska göra om ingen överenskommelse nås. Det gäller här att brainstorma fram alla olika möjliga alternativ, allt för att ge sig själv så stort förhandlingsutrymme som möjligt. Därefter är det dags för parten att vidareutveckla alternativen och konkretisera dem. Det gäller att få ut det mesta av dem samtidigt som de måste vara realistiska. Ett orealistiskt förslag har parten enbart att förlora på eftersom det ger ett felaktigt, skevt BATNA. Sist, men inte minst, måste

⁶⁵ Fogel, Risk Management, 2003, s 21

⁶⁶ Raiffa (1982) s 37

⁶⁷ Fisher, Ury & Patton (1999) s 103f

⁶⁸ Fisher, Ury & Patton (1999) s 104

parten välja det mest fördelaktiga alternativet av de uppställda. Eller rättare sagt, det alternativ som parten kan tänkas ta om en överenskommelse eller förlikning inte blir aktuell. Detta alternativ blir sedan partens BATNA som alla andra alternativ och bud ska jämföras mot.⁶⁹

Det gäller även att veta sin motparts BATNA. Detta är nödvändigt för att kunna förstå vilka alternativ de ser i förhandlingen, och vad förhandlingen i slutändan kan leda till. Genom att känna till motpartens BATNA, är det också möjligt att se om han är överoptimistisk i tvisten och måste fås att realisera förutsättningarna för en lösning. En annan aspekt av att veta hans BATNA är att det ger en bild av om en förlikning över huvudtaget är möjligt. Om motparten har ett BATNA som är klart bättre än några förhandlingslösningar kan erbjuda blir ju resultatet att ingen överenskommelse kommer att kunna nås.⁷⁰

Det bör nog dock sägas att även om Fisher, Ury och Patton förordar ett BATNA som en lägsta gräns, det nog kan vara bra att ha en konkret "trip wire" i många förhandlingar. Det är nämligen ofta mycket enklare att ha en bestämd summa att jämföra ett bud med. Detta värde bör då sättas högre än ens BATNA, för att när ett bud passerar det sedan jämföra det med sitt BATNA och se om lösningen är att se som acceptabel.⁷¹

Dock ska sägas att läget vid just förlikningsförhandlingar är att parternas BATNA oftast är att gå till domstol.⁷² Det vill säga, en parts bästa alternativ till förlikning är att gå till domstol. Innebörden av det konstaterandet ger oss att vi genom att räkna ut väntevärdet av en eventuell process och reservationsvärdet för parten med automatik får partens BATNA. Reservationsvärdet som fås genom beräkningen kan sägas vara värdet av hans BATNA. I detta arbete är det främst termen reservationsvärde, och inte BATNA, som kommer användas, även om de synes ha samma innebörd.

3.1.5 Första budets betydelse

Mycket diskussion förs i doktrinen angående betydelsen av att lägga första budet.⁷³ Vad som framför allt diskuteras och som synes ha betydelse är vem som ska lägga det samt vilket innehåll det ska. Svaret doktrinen synes komma fram till är, som så många andra gånger inom juridikens värld, att det beror på.

Först kan konstateras att frågan om vem som ska lägga det och dess innehåll i de flesta situationer är hårt sammankopplade. För en part kan det i vissa situationer vara fördelaktigt på ett närmast rationellt plan att få lägga det

⁶⁹ Fisher, Ury & Patton (1999) s 108f

⁷⁰ Fisher, Ury & Patton (1999) s 109f. Jfr här situationen vid ett icke-existerande förlikningsgap.

⁷¹ Fisher, Ury & Patton (1999) s 106

⁷² Runesson (1993) s 71

⁷³ Se bl.a. Nolan-Haley (1992) s 33ff, Lindskog (1989) s 132f och Runesson (2003) s 214f

första budet. Exempel på sådana situationer är, då parten avser använda första budet som ett medel för att sedan kunna förankra uppgörelsen internt. För stora företag kan det även vara nyttigt att i alla sina förhandlingar använda standardiserade åtaganden i sina bud för att underlätta den interna hanteringen. I dessa situationer synes inte motparten drabbas nämnvärt av att bli påtvingad det första budet.⁷⁴

Det kan emellertid tänkas finnas taktiska fördelar med att presentera första budet. Genom att lägga det första budet får parten en kontroll över förhandlingen och kan i vissa lägen försöka lura motparten. Parten måste dock vara försiktig om han använder en offensiv taktik, och till exempel inte överrumpla motparten med ett färdigt avtalsförslag. Risken vid ett sådant beteende är att motparten svarar på samma vis och förhandlingen låses. Vad parterna i dessa lägen är tvungna att göra är att försöka samarbeta och nå till exempel ett gemensamt avtalsutkast.⁷⁵

I vissa situationer synes det inte spela någon roll alls vem som lägger det första budet. Typiska sådana situationer är konkurrensinriktade förhandlingar i vilka båda parterna stormar in i förhandlingen med extrema positioner och bud.⁷⁶

Vid läggandet av ett bud är en sak viktig, att parten har tänkt igenom budet noga och kan motivera det. Första budet i förhandlingen kommer att fungera som ett ankare för parterna, och mot vilket övriga bud kommer att jämföras. För en part blir det även svårt att backa ifrån budet om han senare inser att det var ett för generöst erbjudande. Viktigt är även att budet uppfattas som trovärdigt och realistiskt. Om parten som lägger budet kan bygga upp det med bakgrundsfakta som praxis eller principer ökar budets styrka i förhandlingen. Ett bud som ska vinna gehör hos motparten ska helst byggas upp med de principer som motparten själv satt upp eller kan relatera till. Annars blir risken att förhandlingen kommer att kretsa kring varför undantag ska göras från dessa.⁷⁷ När det sedan gäller innehållet är det även viktigt att tänka på vilka signaler budet skickar till motparten. En part som till exempel avger ett bud som framstår extremt försvårar onekligen en samarbetslösning mellan parterna. Budet måste även i detta läge framstå som objektivt acceptabelt.

3.1.6 Förhandlingsmiljöns betydelse

Vad parterna bör fundera över i samband med förhandlingen är miljön i vilken förhandlingen sker. Precis som att första budet kan ha viss betydelse för förhandlingen så har även förhandlingsmiljön det. Genom att kontrollera miljön kan en part skaffa sig en taktisk fördel för att nå sina mål. Ett enkelt exempel kring detta är att en konkurrensinriktad part bör ta kontroll över

⁷⁴ Runesson (2003) s 214

⁷⁵ Runesson (2003) s 214f

⁷⁶ Nolan-Haley (1992) s 33

⁷⁷ Shell (2001) s 67

miljön och skaffa sig fördelen av att föra förhandlingarna på hemmaplan. Speciellt tydligt blir detta om motparten som kommer från landsbygden tvingas in till storstadens mäktiga advokatkontor och ett förhandlingsrum i vilket motparten samlat en stor mängd juridiska ombud. Miljön används på detta sätt närmast som ett hot.

Metoden ovan fungerar så klart inte när parterna i förhandlingen strävar efter att nå en samarbetsinriktad lösning. I detta fall gäller det att istället utnyttja principen om givande och tagande och släppa in varandra i processen. Förhandlingsmiljön får inte synas ge någon part en fördel, utan istället uppfattas som neutral mark. Parterna måste i samarbetsfallen redan i valet av miljö lära sig att komma överens.

3.2 Faktorer som påverkar tvistlösningar

3.2.1 Utomrättsliga faktorer

I förlikningar är det vanligt att det sker en kompromiss mellan de rättsliga normerna och de utomrättsliga. Även om en part ser ut att ha rätten på sin sida är det inte omöjligt att han låter sig gå med på en mindre fördelaktig överenskommelse på grund av utomrättsliga normer. Undersökningar har tydligt visat att benägenheten att förlikas ökas markant om parten tycks ha uppfattat att det varit synd om motparten. Som talesättet säger, ”Sparka inte på den som ligger ner”. Motsatt blir att färre förlikningar nås då motparten uppfattas som nonchalant eller elak; en part ingår ogärna en förlikning med en moraliskt, förkastlig motpart. Intressant är att till och med en så till synes trivial sak som att be om ursäkt påverkar förlikningsbenägenheten.⁷⁸

En annan faktor som påverkar tvistlösningen är att en parts tidigare agerande i liknande fall kan få en stark precedensverkan. Det är inte omöjligt att en tvist senare uppstår med annan part som fått reda på förlikningen och med den ser sin chans till enkla pengar. För parten gäller det här att i alla fall motivera sina beslut, vilket kan leda till en besvärlig och instängd situation. Dessa precedensfall kan vara av relevans i det aktuella fallet och därmed utgöra grunden för en naturlig förlikningspunkt.⁷⁹

I och med förlikningen kan parten också skicka ut en för honom negativ signal att det lönar sig att tvista med honom eftersom han hellre förlikar bort problemet än går till domstol. I längden kan detta ge parten problemet att hans medkontrahenter ignorerar ingångna avtal då de vet om att ett avtalsbrott i realiteten inte kostar dem något.

Negativa signaler kan även kunder och andra för parten viktiga personer få av hans tvistande. På grund av tvisten kanske en så kallad fanflykt uppstår

⁷⁸ Runesson (2003) s 223

⁷⁹ Runesson (2003) s 224

vid dessa personers övergivande av företaget. Om inte företaget varit hotat innan på grund av tvisten, kanske det blir det nu.

Att gå till domstol innebär också en mental påfrestning för många parter. Det innebär ju för parten att han tvingas leva i ovisshet kring utgången av saken under lång tid. I värsta fall är parten så beroende av utgången att hela hans existens är hotad om resultatet blir negativt. Dessutom tillkommer stressen för att behöva infinna sig i rätten för korsförhör etc. Självklart påverkar det en part i förlikningsförhandlingar.⁸⁰

3.2.2 Maktfaktorn

En parts relativa makt spelar in på hur han ska gå in i en tvisteförhandling. Det är knappast enbart på grund av en parts maktposition som han ska välja en viss strategi. Många andra faktorer kommer nämligen i slutändan att spela in i valet av strategi.

Viss diskussion bör även ägnas åt frågan vad makt egentligen innebär i en förhandling. Lätt vore det att definiera makt vid dessa förhandlingar som en storleksfråga: det större företaget kan till exempel ses som klart mäktigare än det lilla. Emellertid kan det nog förlikningsförhandlingar ofta se ut på ett litet annorlunda sätt.

Frågan är om situationen i många fall inte kan liknas med David och Goliat, där David alltså är det lilla företaget och Goliat det stora. Situationen kan nämligen vara så att det lilla företaget har någonting som det stora företaget är så beroende av att de tvingas i mångt och mycket ge efter för det lilla företags krav. Dock ska väl nämnas att situationen nog ofta kan vara det motsatta. Nämligen att det stora företaget utnyttjar sina kraftresurser för att tvinga det lilla att acceptera ett förlikningsförslag. Genom att till exempel driva en process som blir väldigt resurskrävande och kostsam för det lilla företaget kan det stora få sin vilja igenom. Det stora företaget kan även indirekt tvinga det lilla till en förlikning genom att till exempel påverka andra företag att undvika affärer med det lilla.

I detta sammanhang ska även nämnas benägenheten att väja för auktoriteter. För en part gäller det att binda sin position och sitt resonemang med auktoritativa budskap som motparten viker för. I vissa fall kan det till och med räcka med att parten är stark och väl ansedd för att motparten direkt ska ge efter. Det senare blir speciellt fallet om parterna jobbar inom samma organisation och den ena står hierarkiskt över den andra.⁸¹

⁸⁰ Runesson (2003) s 246

⁸¹ Shell (2001) s 79ff

3.2.3 Tidsfaktorn

Den första frågan som kanske uppstår är vilken tidpunkt som ska ses som den bästa för parterna att söka förlikas. Svaret på denna fråga anses av många vara vid början av tvisten eller vid slutet av den av rätten ledda förberedelsen.⁸² Varför denna senare tidpunkt har ansetts vara fördelaktig är att parterna i detta skede fått en någorlunda inblick i varandras sak. Dock bör komplicerade mål med tids- och resurskrävande förberedelser i möjligaste mån förlikas ännu tidigare. Här ska dock nämnas att dessa tidpunkter ansetts bäst framför allt för domstolsledd förlikning.

Ju tidigare en tvist förlikas, desto lägre blir normalt kostnaderna. Såväl process- som förlikningskostnaderna tenderar nämligen att hållas nere i detta skede då parterna ännu inte hunnit positionera sig för långt från varandra. En förlikning innan förberedelsen innebär dock att parterna inte har all relevant information som motparten kan tänkas besitta. Denna okunskap kan leda till förlikningar där resultatet närmast är att anse som felaktigt i såväl sakfrågan som beloppsfrågan.

Tidpunkten när förlikning blir aktuell i realiteten i en process kan infalla i tre olika skeden. Första tillfället är då parterna genom skriftväxling klargjort sin talan och de omständigheter som åberopas. Nästa tillfälle går att finna efter den muntliga förberedelsen och huvudförhandlingen. Processen har nu kommit så långt att parterna haft möjlighet att göra en bedömning av sina chanser baserat på sakomständigheter, rättsregler och bevisning. Det sista tillfället uppkommer i samband med ett överklagande till överrätten. Genom att analysera tingsrättens dom kan parterna få en klar bild av saken och sina chanser. Kostnaderna ökar med det fortsatta processandet, vilket kan medföra att möjligheterna till förlikning minskar.⁸³

Andra nackdelar med att tvisten drar ut på tiden är bland annat att bevisning går förlorad, compensationen utfås inte när den behövs som mest eller att parter till slut drar sig för att gå igenom en tvisteprocess.

I en tvist gäller det också att förstå vem som har fördel av tiden, eller vem av parterna som tjänar på en tidsutdräkt. En rad olika faktorer kan ha betydelse här, som bland annat att motparten är i ekonomiskt behov av en snabb förlikningsöverenskommelse. Kommer motparten att ha kvar några medel att betala med om fem år när en dom har vunnit laga kraft? Tiden kan här vara ett argument för att förlikas. Speciellt i konkurrenssituationer kan en part med tiden på sin sida utnyttja den till att få igenom så mycket som möjligt av sina krav.

Parterna har ofta båda att tjäna på en snabb förlikning, speciellt om de tillsammans kan skapa ett mervärde.⁸⁴

⁸² Se bl.a. Fogel, Risk Management, 2003, s 18, SOU 1982:26 s 151f. Sägas ska att utredningen i mångt och mycket utgår från domarens möjlighet att lyckas förlika parterna.

⁸³ Runesson (2003) s 250

⁸⁴ Lindskog (1989) s 51f

3.2.4 Rättvisa

En fördel som ofta tas upp för att motivera parter att förlikas är att det tack vare att förlikningen sluts utom rätten, det går att ta hänsyn till rättviseaspekter på ett helt annat sätt. Så långt låter allting bra, men hur påverkar egentligen rättviseaspekten en förlikning?

Ett sätt att visa sin vilja att förlikas rättvist är partens medgörlighet att stå för sina rättegångskostnader för att kunna godta ett förlikningsbud. Säg till exempel att en svarande i en tvist är stämd på 50 000 kronor, samt att rättegångskostnaderna på vardera sidan kan beräknas till 10 000 kronor. En svarande som inte tar hänsyn till rättvisan skulle då acceptera bud upp till 70 000 kronor, medan en svarande som tar hänsyn till rättvisan kanske bara skulle acceptera ett bud på 60 000 kronor. Det vill säga, svaranden anser det inte rättvist att behöva stå för kändens rättegångskostnader.

Hur påverkar då rättviseaspekten förlikningsbenägenheten? I en studie som Farmer och Pecorino⁸⁵ gjort undersökte de rättvisans betydelse i tre modeller. I den första modellen har svaranden privat information om hans sannolikhet att bedömas skyldig att betala, samt kändens ges möjligheten att ge ett slutbud. Nästa modell innebär att kändens vet om den riktiga skadans storlek, båda parter vet om sannolikheten att kändens vinner en rättegång. Den sista modellen de undersökte byggde på att båda parter vet om kändens sannolikhet att gå segrande ur en rättegång. Fokus för denna modell ligger på att hitta en lösning inom förlikningsgapet.

Vad kommer de då fram till i de olika modellerna? Jo, en strävan efter en rättvis lösning leder till en ökning av tvister som går till rättegång. För de två första modellerna vilka bygger på asymmetrisk information är detta ett resultat av att en ökad strävan efter rättvisa hos svaranden, minskar kändens kostnad för ett förkastat bud. För den sista modellen innebär en ökad strävan efter rättvisa att det blir svårare att nå en lösning då förlikningsgapet minskar eller elimineras på grund av svarandens höjda minsta acceptabla bud.⁸⁶

Med andra ord, vad studien visar är att en strävan efter rättvisa i realiteten minskar sannolikheten att parterna förlikas. Anledningen i detta experiment är framför allt att svaranden tror sig tjäna på att finna en rättvis, lägre förlikning trots att det innebär högre rättegångskostnader. Studien är emellertid väldigt teoretiskt, och tar inte hänsyn till andra omständigheter som till exempel vilka risker parterna är villiga att ta eller tidsaspekten. I vissa fall kan det dock vara så att rättviseaspekten är viktigare än de ekonomiska aspekterna av lösningen. Vad studien i alla fall säger är att rättviseaspekter höjer parternas rättegångskostnader, och höjda rättegångskostnader innebär minskad förlikningsbenägenhet.⁸⁷ Resultatet av

⁸⁵ Farmer & Pecorino, *Pretrial settlement with fairness*, Journal of Economic Behavior & Organization, 2004, s 287-296

⁸⁶ Farmer & Pecorino, Journal of Economic Behavior & Organization, 2004, s 295

⁸⁷ Se nedan ang spelteoretiska förlikningshinder 3.4.1

studien stöds även av en studie av Babcock, Loewenstein och Xianghong som även den ger att ett utnyttjande av rättvisestrategier fördröjer en förlikning och minskar mervärdessvinsten för parterna.⁸⁸

3.2.5 Vikten av att inneha information

För en part inblandad i förlikningsförhandlingar är det viktigt att komma väl förberedd. Med detta menas att parten har en god insikt i sin sak, men också i motpartens. För visst finns det fördelar med att även känna till motpartens chanser och hans reservationsvärde i processen? Många undersökningar har gjorts kring vikten av information i förlikningsförhandlingar. Nedan kommer ett fåtal av dem att redovisas.

3.2.5.1 Information om reservationsvärdet

Säg att våra parter båda är medvetna om varandras reservationsvärden. I ett sådant skede kan parterna också snabbt se huruvida en förlikning är möjlig, detta eftersom det endast är fallet om svaranden är beredd att betala mer än kärandens reservationsvärde. Vid motsatta förhållanden nås ingen lösning. I detta scenario är parterna även medvetna om skillnaden mellan deras respektive reservationsvärden. Det finns kanske alltså en summa som parterna kan dela.⁸⁹

Det naturliga för de flesta är att direkt säga att denna summa ska delas lika mellan parterna. Så fungerar det emellertid knappast i verkligheten. Istället kommer en rad olika faktorer att spela in här angående vem som bör få den större delen av kakan. Utgången beror här också på om tvisten ska ses som distributiv eller integrativ, för om den är integrativ kanske ena parten medvetet släpper summan om han får någonting annat i stället. Uppdelandet av detta mervärde låter sig inte helt enkelt göras. Speciellt tydligt kan detta bli då mervärdet de har att dela upp är stort, ty det är då lätt att till exempel uppfatta motparten som snål och omedgörlig på grund av ogenerösa förlikningsbud. En ökning av detta mervärde medför en ökad tid till förlikning.⁹⁰ Emellertid synes det som att det är i dessa situationer med en stor, känd mervärdespott som förhandlare kan försöka utnyttja rättvisaspekter eller att dela potten jämnt.⁹¹

Annorlunda blir fallet om den ena parten känner bådas reservationsvärden medan den andra enbart känner sitt eget, det vill säga vid asymmetrisk information om reservationsvärdet. Parten kan då utnyttja denna information vid förhandlingen, och därmed kapa åt sig så mycket av mervärdessumman

⁸⁸ Babcock, Loewenstein & Xianghong, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1995, s 484

⁸⁹ Raiffa (1982) s 51f

⁹⁰ Babcock, Loewenstein & Xianghong, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1995, s 478

⁹¹ Babcock, Loewenstein & Xianghong, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1995, s 484

som möjligt. Dock så föreligger flera hinder vid asymmetrisk information. Det största problemet är framför allt om motparten vet om, eller kommer att få reda på att du haft vetskap om hans reservationsvärde. Inte nog med att det innebär att han kommer att se skeptiskt på dina bud eftersom du besitter privat kunskap, det kan också innebära att spänningar uppstår i parternas relationer. Psykologiska hinder kan med andra ord sätta käppar i hjulet för en överenskommelse i dessa fall.

Vid situationer då parterna enbart känner till sitt eget reservationsvärde underlättas en förlikning av att förlikningsgapet, det vill säga skillnaden mellan parternas reservationsvärden, är stor. Anledningen till detta är att mervärdet i förhandlingen då är stort samt att parterna ofta är otåliga att ta del av detta, vilket leder till att båda parter kan tänkas ge efter på sina positioner snabbare för att nå en lösning.⁹² Motsatt gäller att då denna zon är liten, förlikningar är svårare att nå. Detta kan ses som ett resultat av att parterna i dessa situationer är mer strategiska för att nå ett så bra resultat som möjligt.

Inte heller när parterna avslöjar sina reservationsvärden samtidigt är det alltid möjligt att komma till en lösning. Vad det beror på är att parterna har en benägenhet att överdriva sina reservationsvärden vilket medför att förhandlingsutrymmet minskar. Metoden är emellertid fördelaktig då den är snabb och okomplicerad.⁹³

3.2.5.2 Information om parternas chanser

I tvister kan situationen vara den att ena parten är klart bättre informerad om chansen till rättslig framgång än den andra. Vad som i detta fall kan sägas föreligga är en asymmetrisk informationsfördelning om parternas chanser. För parterna innebär detta att om tvisten sedan går till rättegång kommer utfallet för ena parten bli ungefär vad han räknade med, medan det för den andra kommer att bli klart sämre. Vad denna information kan hänföras till är bland annat kärandens sannolikhet att gå segrande ur tvisten eller storleken på den tvistiga skadan.

En intressant fråga i detta sammanhang är vilken av parterna som egentligen har mest att tjäna på att inneha denna privata information. Osborne hävdar i en artikel⁹⁴ att svaranden är den som borde kunna utnyttja denna bäst. Anledningarna till detta är flera. För det första kan nämnas att det ger en strategisk fördel eftersom svaranden är den som troligen bäst kan skapa, eller snarare spara, denna information om till exempel hans skuld i tvisten. Vidare så torde mindre informerade svaranden ha en tendens att förlikas snabbare än en svarande som sitter inne på mycket information. Orsaken till detta är att det kan vara kostsamt att producera den nödvändiga

⁹² Babcock, Loewenstein & Xianghong, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1995, s 477

⁹³ Raiffa (1982) s 63

⁹⁴ Osborne, *Who Should Be Worried About Asymmetric Information in Litigation?*, *Int. Review of Law and Economics*, 1999, s 399-409

informationen för att stå emot kändens attack. Ofta så är även situationen den att svaranden i tvisten har mer som står på spel för honom än för kändens.⁹⁵

En aspekt, som dock inte blir aktuell i svenska rättssalar, är systemet som advokater i USA tillämpar för att ta betalt. Här skiljer sig nämligen metoderna att betala advokaten för kändens och svaranden. Kändens betalar oftast en så kallad contingency fee vilket innebär att han betalar en viss del av det eventuella utfallet. Svaranden å andra sidan betalar en fast eller tidsberoende avgift. Osbornes studie visar mellan dessa metoder en stor skillnad i att kunna förutse utfallet av tvisten. De advokater som tar en fast avgift har träffat rätt i dubbelt så många fall än de som tar en del av utfallet; optimismen synes tämligen överdriven i det senare fallet. Skillnaden kan enligt Osborne bero på två saker. Den första är att en advokat som jobbar efter del i utfallet kommer att jobba på fallet och producera information i en sådan utsträckning att arbetsinsatsen täcks av de förväntade intäkterna. Det finns här med andra ord en diskrepans mellan kändens och kändens advokats intressen. Den andra orsaken är att klienten sitter inne med en liten mängd dyrköpt information, och därför hellre väljer att ge bort en del av utfallet än att betala dyrt för insamlandet av ytterligare information. Risker synes med andra ord med tvisten, och det kan då kännas enkelt att proportionera kostnaderna mot utfallet. Eftersom informationen är dyrköpt blir mängden information som klienten åtkommer liten.⁹⁶ Med andra ord, vad allt handlar om är att information kostar, och den som betalar för informationen har bäst chans att lyckas i processen.

3.2.5.3 Påverkan av rättegångskostnader och osäkerhet kring skador och utfall

Många undersökningar har gjorts för att försöka klargöra varför förlikningar påskyndas eller fördröjs. En undersökning som kombinerar såväl effekterna som parternas osäkerhet angående skadorna och chanserna i en rättegång har gjorts av Fenn och Rickmann. Vad undersökningen kom fram till är framför allt att närvaron av asymmetrisk information försvårar en förlikning mellan parterna. Problemet för en svarande som ska avge eller anta ett bud är att han inte vill ge mer än vad kändens lidit i skada.

I undersökningen utgick de från tidigare studier som visar att ju högre kostnader parterna har i processen, desto mer har de att tjäna på en förlikning. Ett faktum som talar för att parterna även förlikas. Intressant är även deras antagande att en svarande som anser sig ha en dålig chans är mindre benägen att förlikas på grund av sin svaga och utsatta position. Anledningen till detta kan även ses i att risken parten tar minskar. Förlikningsbenägenheten är även mindre i tvister med höga skadestånd.⁹⁷

⁹⁵ Osborne, Int. Review of Law and Economics, 1999, s 405f

⁹⁶ Osborne, Int. Review of Law and Economics, 1999, s 406f

⁹⁷ Fenn & Rickmann, 109 The Economic Journal, 1999, s 481

Det kanske intressantaste som studien kommer fram till, och som nog inte kan ses som särskilt överraskande men som ändå går emot tidigare antaganden, är att en svarande som tror käranden ha en bra sak är mer benägen att förlikas snabbare. Av detta följer även att mål i vilka käranden ses ha en dålig chans till framgång har dåliga förutsättningar för att förlikas.⁹⁸

Slutsatserna som kan dras av studien är att förlikningar nås långsammare då rättegångskostnaderna är låga, tvistiga föremålets värde är högt och när svaranden inte anser sig skyldig att prestera.⁹⁹ En intressant aspekt som de poängterar med dessa resultat är att tvistemålsreformen mot snabbare och billigare processer kan slå bakut. Visst, att informationsutbytet ökar mellan parterna bidrar till att processerna förlikas. Däremot så innebär de låga kostnaderna i den nya snabba processen ett incitament för parterna att fortsätta tvista. Det ställs därför stora krav på domstolarna att de ständigt för anhängiggjorda mål framåt.

3.2.5.4 Hur löses problemet med asymmetrisk information?

En annan studie gjord av Babcock och Landeo undersökte hur ett institut kallat "settlement escrow" påverkade resultatet, såväl tids- som kvalitetsmässigt¹⁰⁰, i en förlikningsförhandling under osäkerhet. Modellen de använder bygger på att parterna sitter på asymmetrisk information, den ena parten vet inte vad den andra vet. Institutet de prövade, settlement escrow, innebär att en neutral tredje person mottar förlikningsbud från båda parterna. Om svaranden erbjuder mer än eller lika med vad käranden begär, så slås en förlikning fast mittemellan dessa bud. Däremot om buden inte tillåter en sådan delning så förblir buden hemliga och parterna övergår till normal förhandling eller förberedelse inför stundande rättegång. Under dessa förhandlingar pågår en normal budgivning mellan käranden och svaranden, och med det ökar kostnaderna.

Den hypotetiska fördelen med detta institut är att förlikningar borde uppmuntras eftersom det minskar kostnaden med att göra ett förnuftigt förlikningsbud genom att ta bort den negativa effekt ett sådant bud annars skulle ha eftersom det kan tänkas ge en indikation på partens styrka i saken.¹⁰¹ Asymmetrisk information torde motverka förlikningen genom att den effekt en parts bud får på den andra partens uppfattning om budgivarens privata vetande.

Vad studien sedan kommer fram till är att under förhållanden då parterna befinner sig i osäkerhet, införandet av denna neutrala tredje person i högsta grad påverkar antalet nådda förlikningar. Inte bara förliktes fler tvister tack

⁹⁸ Fenn & Rickmann, 109 The Economic Journal, 1999, s 487

⁹⁹ Fenn & Rickmann, 109 The Economic Journal, 1999, s 489

¹⁰⁰ Kvaliteten på förlikningen mätte de genom att jämföra förlikningsutfallet gentemot den riktiga skadan.

¹⁰¹ Babcock & Landeo, Journal of Economic Behavior & Organization, 2004, s 402

vare institutet, de förliktes även snabbare än andra tvister. Ytterligare en fördel med institutet är att rättegångskostnaderna sänks avsevärt för parterna. När det sedan gäller kvaliteten på förlikningen, eller hur nära förlikningen är storleken på den riktiga skadan, kommer studien fram till att en kärende synes tjäna avsevärt på att förlikningen ingås under osäkerhet. En anledning till detta synes vara att en svarande som känner till storleken på kärendens skada inte vill kompensera honom fullt ut.¹⁰²

Dock så blir resultatet annorlunda för beslut under säkerhet. Institutet har i dessa situationer ingen direkt verkan. Vad institutet istället gör är att det kompenserar för den negativa effekt som osäkerheten annars medför i förhandlingssituationer.¹⁰³

3.3 När ska ett förlikningsbud accepteras?

3.3.1 Beslut under osäkerhet/risk

Den stora frågan i en förlikningsförhandling är under vilka förutsättningar ett förlikningsbud ska accepteras. Frågan är inte enkel att besvara, men grunden måste vara att ett bud ska accepteras då det kan antas vara mer värt än det förväntade värdet av en rättegång.¹⁰⁴ Det är ingen lätt uppgift att bestämma det förväntade värdet av en rättegång på grund av till exempel det faktum att det finns flera olika modeller för att komma fram till detta värde samt att det inte går att veta säkert hur en domstol kommer att döma i det enskilda fallet. På grund av olika osäkerhetsfaktorer tvingas parten att ta ett beslut under osäkerhet eller risk.

Vid beslutsfattande under osäkerhet eller risk, kan beroende på situationen olika teorier användas som försöker förklara hur en rationell aktör skulle fatta sitt beslut. Vilken teori som kan användas beror för vår del framför allt på huruvida det går att sätta några sannolikheter för de olika utfallen. Om det inte går, det vill säga beslutet tas under total osäkerhet, synes den mest accepterade teorin vara den så kallade maximinkriteriet. Enligt detta kriterium ska en part enbart försöka minimera sina skador och inte styras av vilka vinster som kan möjligen göras; han ska maximera sin minimivinst.¹⁰⁵

För de flesta förlikningssituationer är det möjligt att till viss del beräkna sannolikheterna för olika utfall i rättegången. Vad parterna i detta läge måste göra är en bedömning av subjektiv sannolikhet. Genom att utnyttja sin erfarenhet måste de gissa hur utfallet kan bli i en eventuell rättegång. Parten befinner sig med andra ord inte längre i total osäkerhet, utan istället kan

¹⁰² Babcock & Landeo, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2004, s 409ff

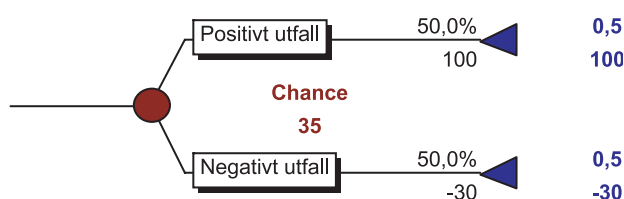
¹⁰³ Babcock & Landeo, *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2004, s 413

¹⁰⁴ Runesson (2003) s 225

¹⁰⁵ Norrgård (2002) s 201

beslutet komma att tas under risk.¹⁰⁶ I dessa lägen bör parten se till att maximera den förväntade nyttan, vilket innebär att parten ska räkna ut väntevärdet för de olika strategierna och välja det som ger störst utdelning.¹⁰⁷ Genom att beskriva olika grader av trolighet och sedan kvantifiera dessa kan dessa subjektiva sannolikheter sedan användas för att räkna ut ett värde på rättegången. Ytterligare ett problem vid bedömningen är att sannolikhetsfrågan oftast behöver delas upp i delfrågor som hur till exempel domstolen kommer att uppfatta vissa bevis eller rättsregler, var bevisbördan kommer att läggas etc. För att förenkla denna uträkning bör vägen till de olika utfallen sättas in i ett beslutsträd.¹⁰⁸ Väntevärdet av rättegången fås sedan genom att summera alla produkter av sannolikheten för att ett visst utfall i beslutsträdet inträffar och nyttan (värdet) av det aktuella utfallet.

Ett enkelt exempel för att visa hur ett väntevärde kan räknas ut är att anta det i en domstol är lika stor chans att du tilldöms 100 kronor som att du förpliktas att betala 30 kronor. Väntevärdet i detta fall blir $0,5 \times 100 \text{ kr} + 0,5 \times -30 \text{ kr} = 35 \text{ kr}$. Väntevärdet blir med andra ord 35 kronor i rättegången.¹⁰⁹



Figur 2. Exempel på beräkning av väntevärde (Egen illustration)

Mer komplicerat blir uträknandet i de fall tvisten tas till nästa instans eftersom beslutsträdet då måste utvidgas på motsvarande sätt. En annan sak är att beslutet i första instans nog kan påverka sannolikheterna i andra instans och en korrigering måste därmed göras i trädet. Vidare måste hänsyn tas rättegångskostnader.

Det svåra med att beräkna ett väntevärde för en rättsprocess är att utgången beror på ett antal delfrågor som måste besvaras. Ta till exempel bara ett mål angående hävning av köp. Denna till synes enkla fråga frambringar ett antal olika delfrågor. För att kunna bestämma väntevärdet måste frågor om bland annat undersökningsplikt, reklamationsplikt och fel i vara vid avlämnandet besvaras och ges ett sannolikhetsvärde. Beslutsträdet kommer snabbt att växa. Vid sidan av dessa sannolikhetsbedömningar måste även en bedömning göras av de förväntade utfallen för varje gren i trädet. Ett utmärkt hjälpredskap för att kunna göra dessa beslutsträd och riskanalyser är dataprogrammet PrecisionTree. Ett exempel på ett lite mer komplicerat beslutsträd skapat i detta program går att finna i bilaga A.

¹⁰⁶ Vanligt är nog att även denna situation kallas osäkerhet. Se bl.a. Runesson (2003).

¹⁰⁷ Norrgård (2002) s 202

¹⁰⁸ Runesson (2003) s 227ff

¹⁰⁹ Runesson (2003) s 229

Ett förlikningsbud måste även ta hänsyn till rättegångskostnader då ett beslutsträd ger nettovärden. Det egentliga reservationsvärdet blir då väntevärdet summerat med redan nerlagda rättegångskostnader.

En beslutsträdsmodell ska för parten inte ses som avgörande för om en förlikning ska accepteras eller inte. Modellen ignorerar till exempel den marginalnytta som varje vunnen krona har för parten samt även de följder beslutet att driva en tvist till rättegång kan ha. Vidare antar modellen att parten är risk- och tidsneutral. I verkligheten är det relativt enkelt att förstå att marginalnyttan knappast ökar konstant. För många parter kan det vara av största vikt att inte ta några förlustrisker eller dra ut tvisten tidsmässigt.¹¹⁰ För parten gäller det att väga in till exempel risk- och nyttoaspekter för att kunna bedöma vad budet är värt vid respektive tillfälle.

3.3.2 Värdet av nytta och risken

När en part överväger ett förlikningsbud räcker det inte med att enbart ta hänsyn till sitt reservationsvärde. Det värdet tar nämligen ingen som helst hänsyn till faktorer som nytta och risk. För att effektivt kunna bedöma ett bud är det av vikt att parten även väger in dessa faktorer i sin beräkning. Ett sätt att beskriva hur en part kan ta hänsyn till nyttan av ett förlikningsbud mot bakgrund av sin inställning till risk utgör det så kallade exemplet om Ebons val.¹¹¹

I detta exempel har en normal löntagare vid namn Ebon ärvt en förmögenhet på 3,5 miljoner kronor. Efter förslag från banker placeras denna förmögenhet i aktier och optioner. Till en början utfaller dessa placeringar med väldigt gott resultat, men sedan vänder det och förmögenheten krymper slutligen till noll. Ebon som investerat kapitalet efter bankens rådgivning ansöker om stämning mot banken och hävdar att de är skadeståndsskyldiga på grund av vårdslös rådgivning.

I detta skede uppskattar Ebons advokat sin parts chanser till framgång att utfå de krävda 3,5 miljoner kronorna till 50 procent. Samtidigt beräknas rättegångskostnaderna i tingsrätten uppgå till 180 000 kronor per part. Dessa siffror ger Ebon ett väntevärde på 1 570 000 kronor ($0,5 \times 3\,500\,000 - 0,5 \times 360\,000$). Banken erbjuder Ebon en förlikning på 500 000 kronor.

Som synes är den föreslagna förlikningen långt under Ebons väntevärde, och om ingen hänsyn tas till andra faktorer ska Ebon direkt förkasta budet. Men parten måste även ta hänsyn till frågan om nyttan av risk, och frågan är nu inte självklar om budets värde för Ebon. För vad Ebon måste fundera över är vad de olika alternativen betyder för hennes framtid. Vad skulle det innebära att dras med en skuld på 360 000 kronor? Och vad är nyttan av 500 000 kronor? Hur ökar marginalnyttan av större förlikningssummor?

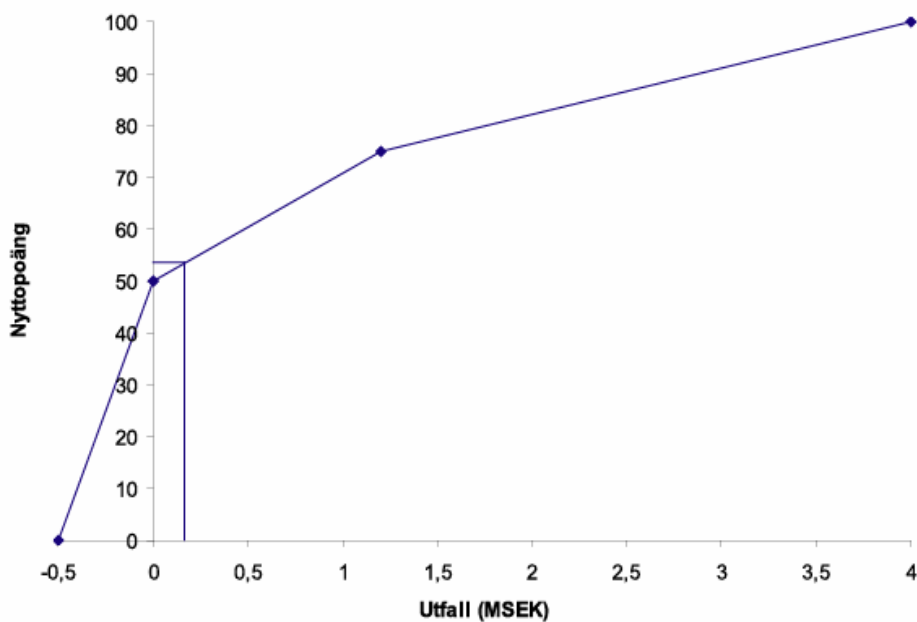
¹¹⁰ Runesson (2003) s 242

¹¹¹ Se härom, Runesson (2003) s 242ff

För att kunna bestämma olika buds marginella nytta för parten kan parten konfronteras med olika frågor. Frågorna utgår från partens deltagande i hypotetiska lotterier utan hänsyn till riskerna i den pågående rättegången. Och det är just denna frågeställning som utgör själva metoden att få fram värdet på ett bud som parten torde acceptera.

Vilka frågor är det då som parten ska besvara? Den första frågan en part ska besvara är vilket spann ett lotteri ska ha för att parten ska kunna tänka sig att delta i det. Med andra ord, hur stor måste den maximala vinsten och förlusten vara i lotteriet för att parten lika gärna ska ta lotten som att låta bli. Genom att fråga parten denna fråga fås nämligen den maximala (100) och minimala (0) nyttopoängen vid riskneutralitet. Nästa fråga parten ska besvara är hur mycket han värderar en lott till som ger 50 procents chans att vinna den maximala vinsten eller ingenting alls. Värdet av lotten ges 75 nyttopoäng, det vill säga halvvägs mellan neutralitetspunkten (50) och maximala nyttan. Värdena placeras sedan i en graf som ska användas för att räkna ut ett acceptabelt bud. Innan detta bud kan konstateras måste räknas ut vad den förväntade nyttan av rättegången är. Först måste nyttopoängen av de olika utfallen i rättegången beräknas. Detta görs genom att gå in i grafen och se hur många nyttopoäng ett utfall om X kr motsvarar. Därefter används dessa nyttopoäng i ett beslutsträd för att räkna ut nyttan av rättegången, till exempel: sannolikheten för max. utfall i rättegången $\times$ nyttan av max. utfall + sannolikheten för min. utfall i rättegången $\times$ nyttan av min. utfall. Vad beräkningen då ger är den förväntade nyttan av rättegången. Detta värde kan sedan användas i grafen för att se vilket bud som bör anses som partens reservationsvärde efter att risk och nytta tagits med i beräkningen.

För att illustrera metoden kan exemplet med Ebon användas. Det första som måste frågas är huruvida Ebon skulle vilja ha en lott som ger 50 procents chans att vinna 4 miljoner eller möjligen förlora 2 miljoner. I vårt fall avböjer Ebon detta lotteri, men kan tänka sig att ställa upp i ett lotteri där förlusten maximalt är 500 000 kronor. Detta antagande ger oss att förlusten 500 000 ges nyttopoängen 0, och en vinst på 4 miljoner ger 100 nyttopoäng. Vid utfallet 0 kronor sätts nyttopoängen till 50, eftersom parten anser sig neutral där. Nästa fråga som Ebon ställs inför är vad hon skulle vilja byta bort en lott för som ger 50 procent chans att vinna 4 miljoner eller ingenting, alltså vad hon i detta fall skulle vilja ha för lotten. I vårt fall vill Ebon ha 1,2 miljoner kronor, en summa som ges 75 nyttopoäng. Genom att sedan sätta in dessa värden i en graf kan Ebons ungefärliga nytta av olika bud beräknas.



Figur 3. Ebons val. Efter att ha räknat ut Ebons förväntade nytta ger det enligt grafen ett reservationsvärde på enbart ca 200 000 kr. (Egen illustration)

I grafen undersöker vi sedan vilka nyttopoäng de olika utfallen i rättegång har. En vinst på 3,5 miljoner ger då en nytta på cirka 95 poäng, medan en förlust på 360 000 kronor ger en nytta av 12. I rättegången blir därmed den förväntade nyttan 53,5 poäng ($0,5 \times 95 + 0,5 \times 12$). I vår graf motsvarar 53,5 nyttopoäng cirka 200 000 kronor, en summa som bör vara Ebons reservationsvärde i förhandlingen. Med andra ord, det föreligger en stor diskrepans mellan det ekonomiska väntevärdet och det egentliga reservationsvärdet. Denna diskrepans motsvarar det värde, eller riskpremie, som Ebon är beredd att betala för att undvika den risk som en rättegång medför.

Modellen visar på ett tydligt sätt att parternas reservationsvärde i en förhandling är väldigt beroende av partens riskkänslighet. För en part som Ebon som är relativt riskkänslig innebär det att reservationsvärdet sänks betydligt. Annorlunda hade fallet varit om vi hade vänt på situationen, och sett fallet ur bankens synvinkel. Banken som med all säkerhet kan sägas bära en förlust på ett helt annat sätt och inte är lika känslig för risker skulle få ett högre reservationsvärde i förhandlingen.

3.3.3 Hur ska ett negativt svar uppfattas?

En viktig fråga i förlikningsförhandlingar är hur en kärande ska uppfatta en svarandens negativa svar på förlikningsanbud. Undersökningar har visat att en svarande bör acceptera en förlikning relativt omedelbart om den förväntade förlikningen är högre än kärandens kostnader i den föregående

delen – till exempel föregående förhandlingsrunda – av processen.¹¹² Denna teori bygger emellertid på att kunskapen är symmetriskt fördelad parterna emellan, något som inte alltid kan sägas vara fallet. Modellen bygger också på att respektive part bär sina egna rättegångskostnader.

Om istället svaranden besitter privat kunskap om hans skadeståndsskyldighet kan han genom att förkasta förlikningsanbudet signalera sin oskuld till käranden.¹¹³ En kärande bör i detta läge överväga om det är värt att gå vidare till nästa steg i processen, för även om kostnaderna enligt modellen blir lägre för varje steg i processen, ökar samtidigt antalet steg och risken att få ett förkastat anbud. I längden kan därmed kostnaderna bli höga, och resultatet slutligen bli en klar förlustaffär. Käranden bör då överväga om processen verkligen är värd all möda; han måste kontinuerligt utvärdera sina chanser till framgång.

Upptäckten kanske synes särskilt anmärkningsvärd, men bör ändå uppmärksammas. En svarande kan genom att kategoriskt avvisa en kärandens förlikningsbud i fall där det slutliga skadeståndskravet kan tänkas litet få en kärande att dra tillbaks sin stämning då kostnaderna kan tänkas bli för höga. Detta har för vårt rättssamhälle, där den förlorande parten generellt står för den vinnande partens rättegångskostnader, speciellt betydelse för småmålen där parterna själva står för sina kostnader.

3.4 Förlikningshinder

Nedan kommer ett antal olika spelteoretiska och psykologiska förlikningshinder diskuteras. Vad dessa hinder utgör är faktorer som påverkar parterna att inte förlikas trots att förutsättningarna för en sådan är fördelaktiga. Parterna kan med andra ord inte komma överens om hur de ska fördela det mervärde som en förlikning kan generera. Anledningarna till detta är som kommer att visas flera, men de flesta kan härledas till felbedömningar av bud samt irrationalitet hos människan.

Avsnittet har fått rubriken förlikningshinder. I tankarna bör emellertid en part ha, att många av dessa faktorer mycket väl kan utnyttjas för att få till stånd en förmånlig förlikning. För parten gäller det att vara medveten om deras existens, så att han inte blir utnyttjad av dem eller lär sig utnyttja motparten med dem.

3.4.1 Spelteoretiska

I många förhandlingar går det att finna ett positivt utrymme för en förlikning. Detta utrymme, eller förlikningsgap, utgör det mervärde som parterna kan dela på i processen. Förlikningsgapet och dess mervärde skapar

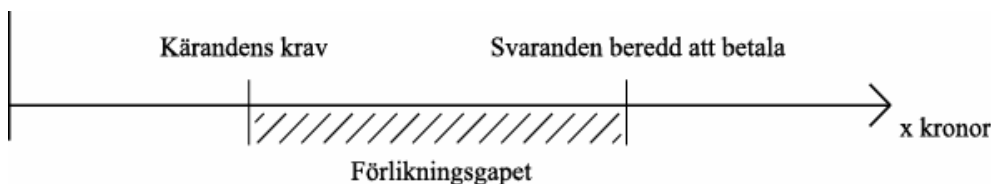
¹¹² Klemont, Int. Review of Law and Economics, 2003, s 261f

¹¹³ Klemont, Int. Review of Law and Economics, 2003, s 269

emellertid ett problem, nämligen hur parterna ska dela upp det. När det gäller spelteorin utgör dess största hinder mot att parterna förlikas av att de felbedömer det bud som i realiteten är det slutgiltiga.

Genom att använda Cooter, Marks & Mnookin-metoden, vilket är den ledande spelteoretiska analysmetoden, är det möjligt att få en bättre kunskap om förlikningssannolikheten. Enligt denna så minskar risken för dessa felbedömningar då parternas kunskap om varandra ökar. En observation som inte är särskilt överraskande. Andra faktorer metoden finner som förlikningsfrämjande är till exempel om en lösning är brådskande för den ena eller båda parterna samt om förliknings- eller processkostnaderna ökar. Däremot så minskar sannolikheten om ena partens reservationsvärde ökar eller om motsättningarna parterna emellan ökar.¹¹⁴

Resultatet från Cooter, Marks & Mnookin-metoden kan sättas samman med den så kallade teorin om förlikningsgapet. Som namnet antyder bygger även denna metod i grund och botten på uppdelningen av mervärdet, eller förlikningsgapet. Parterna kan bestämma sina reservationsvärden för tvisten, eller vad de förväntar sig av en eventuell framtida dom. Säg till exempel att vi har en kärande som tror sig få en dom på 10 000 kronor och en svarande som förväntas bli ålagd att betala 8 000 kronor. Teoretiskt sett kommer en förlikning inte kunna ske i denna situation då svaranden inte kommer att vara beredd att betala vad käranden tror sig kunna få. Dessutom tillkommer respektive parts rättegångskostnader, som i detta fall kanske är 2 000 kronor vardera. Enligt den så kallade förlikningsgapsteorin innebär detta att om kärandens krav är lika stort eller mindre än vad svaranden är beredd att betala så kommer parterna att förlikas, annars går saken till rättegång.¹¹⁵



Figur 4. Illustration av förlikningsgapet. Då svaranden är beredd att betala mer än vad käranden kräver är förlikning möjlig att nå. (Egen illustration)

Genom teorin om förlikningsgapet kan även vissa andra faktorer som påverkar förlikningsbenägenheten observeras. Bland annat ger teorin att ju högre värde på tvisteföremålet, desto större är sannolikheten att tvisten går till rättegång. En annan faktor som påverkar möjligheten att förlikas är parternas riskbenägenhet. Förlikningsgapsteorin bygger på riskneutralitet. Om parterna istället är riskbenägna, och optimistiska, ökar sannolikheten att tvisten går till rättegång, medan det omvända kan sägas vid riskaversion. Vidare kan observeras att om svaranden värderar tvisteföremålet högre än käranden så ökar sannolikheten för förlikning.¹¹⁶

¹¹⁴ Runesson (2003) s 248f

¹¹⁵ Roos, JT 1994/95, s 480

¹¹⁶ Roos, JT 1994/95, s 481

Dock ska framhållas att förlikningsgapsteorin är anpassad för situationen att part själv står för sina rättegångskostnader. Om istället den förlorande parten ska ersätta den vinnande partens kostnader innebär detta i teorin att fler tvister skulle gå till rättegång. Detta beror på att käranden oftast bedömer sina chanser till framgång större än svaranden, samt även på grund av det faktum att tvisteföremålets värde ökar med rättegångskostnaderna.¹¹⁷ Det bör noteras att flera andra modeller, till exempel den ovan nämnda Cooter, Marks & Mnookin, talar för att ökade rättegångskostnader innebär en ökad sannolikhet att tvisten förlikas eftersom parterna har mer att tjäna på en förlikning.

3.4.2 Psykologiska

Inte helt ovanligt är det i förhandlingar att en part missar att ta hänsyn till den faktor som kanske bäst kan skapa förutsättningarna för en gynnsam förlikning, nämligen parternas bedömnings- och slutsatsförmåga. Människans hjärna har nämligen med åren utvecklat omedvetna metoder för att hjälpa, eller stjälp, oss att fatta beslut under svåra förhållanden.¹¹⁸ Metoderna, som är omedvetna och osynliga, hjälper oss att klara av vardagens alla beslut. Problem uppstår emellertid på grund av att dessa metoder inte är felfria utan innefattar risk för felbedömningar, och eftersom metoderna är omedvetna blir det därför svårt att korrigera för dessa felaktigheter. Ett sätt att få viss kontroll över situationen är att bli medveten om metodernas förtjänster och brister. Genom denna medvetenhet kan till exempel en förhandlare skydda sig från att bli utnyttjad av en annan förhandlare, men även försöka lura en annan förhandlares undermedvetna genom att gillra en psykologisk fälla. Enbart medvetenheten om hindren räcker inte till, utan det krävs också ett aktivt arbete i förberedelsen för att kringgå fällorna. Det gäller att kritiskt granska alla alternativ som kommer upp i processen genom en öppen, ärlig och objektiv process i vilken såväl argument för som mot diskuteras.

En vanlig psykologisk fälla är ankringsfällan. Denna psykologiska fälla bygger på att hjärnan lägger oproportionerligt stor vikt vid den första informationen den uppfattar. Första intrycket ankrar efterföljande tankegång och ger en förhandlare förutfattade meningar.¹¹⁹ Ankare kan komma från en mängd olika källor. I förlikningssituationer torde det effektivaste ankaret vara en förhandlares första bud. Ett exempel på detta är fallet då en persons nya BMW gått sönder. Personen som köpt bilen för 240 000 kronor erbjuder kort före rättegången, i vilken chansen till framgång bedöms till 50/50, ett slutligt förlikningsbud på 120 000 kronor. Det är i detta skede som ankringsfällan kommer in. För vad parten gör med detta senare bud är att jämföra det mot ankaret, eller föregående bud. Säg nu att det första budet antingen var 20 000 kronor i det ena fallet och 100 000 kronor i det andra. Av dessa medför ökningen i det första fallet att sannolikheten att det nya

¹¹⁷ Roos, JT 1994/95, s 484f

¹¹⁸ Så kallade heuristiska metoder. Se Hammond, Keeney & Raiffa (1999) s 200f

¹¹⁹ Hammond, Keeney & Raiffa (1999) s 202

förlikningsbudet antas blir större, medan chansen för detta är klart mindre i det andra. Anledningen är enkel, det första budet fungerar som ett mentalt ankare mot vilket de nya buden jämförs.¹²⁰ Ett annat ankare kan här tänkas vara tidigare förlikningsutfall i liknande fall. För att undvika att fastna vid ett ankare är det viktigt att komma väl förberedd och påläst och ha en någorlunda klar uppfattning om vad som är att se som skäligt. Det gäller också att inte förlita sig på informationen från en eller ett fåtal källor, utan istället vara öppen för information från ett flertal källor. Därigenom tvingas förhandlaren också att tänka igenom och begrunda informationen rationellt.

I förlikningsförhandlingar har inramningen en väldigt stor betydelse, det vill säga själva beslutssituationen får stor betydelse huruvida beslutet kodas som en förlust- eller vinstsituation. Till skillnad från ankringsfällan är det här själva beslutssituationen som får betydelse, och inte partens förväntningar. Därmed skapas förutsättningar för inramningsfällan. Anledningen till detta är att det lätt kan uppfattas som en svaghet att tillmötesgå motpartens krav, vilket i slutändan kan leda till att beslut tas som inte är rationella. Vad parten gör är att kravet på grund av inramningen kodas till en förlust, en kodning som innebär en ökad benägenhet att ta risker i beslutsprocessen och samtidigt ett försvårande att nå en förlikning. För en förhandlare betyder detta att mycket ansträngning måste läggas på att rama in förhandlingen på ett sätt som skapar förutsättningar för rationellt beslutsfattande hos båda parterna.¹²¹

Inte helt oväntat har det visat sig att förslag som kommer från någon som vi ser som motpart tenderas att nervärdas, så kallad reaktiv nervärdering. Fenomenet visar sig även i fall då förslaget först uppfattats som positivt, en uppfattning som ändras då det kommer fram att det är motparten som kommit med förslaget. Anledningarna till denna nervärdering är flera. Bland annat kan sägas att det är lätt att få för sig att motparten kan ha privat information om till exempel bevisning som ger honom en strategisk fördel. I vissa fall beror det helt enkelt på en känsla av att vilja trotsa en motpart som upplevs som förkastlig. För att motverka att acceptabla bud förkastas på grund av denna nervärdering är det viktigt att motivera och förklara sina bud. Det gäller att begränsa det undermedvetnas förmåga att förvränga vår uppfattning om buden.¹²²

De flesta människor har visats ha en benägenhet att vilja upprätthålla den aktuella situationen, och finner sig därmed till rätta i status quo. I beslutssituationer innebär detta att parten väljer det alternativ som innebär minsta möjliga förändring. Experiment har även visat att denna benägenhet att hålla fast vid det gamla blir än tydligare då det finns flera olika alternativ att välja mellan.¹²³

¹²⁰ Runesson (2003) s 257f

¹²¹ Runesson (2003) s 255ff

¹²² Runesson (2003) s 258ff

¹²³ Hammond, Keeney & Raiffa (1999) s 204

I en förlikningssituation är det uppenbart att det krävs viss förändring för att tvisten ska försvinna ur världen. Att parterna ofta vill göra så små förändringar som möjligt är nog ingen ovanlighet. Emellertid gäller det här för parten att komma ihåg vad målet med förhandlingen egentligen är, och jobba utefter det och inte efter att leva i status quo. För om parten väljer det sista kan nog garanteras att tvisten inte försvinner ur världen. Det gäller att utnyttja förberedelsen till att verkligen utforska sina olika alternativ, alternativ som ofta kan vara än fördelaktigare för parten än att hålla kvar vid det gamla. Ett utmärkt redskap i detta skede är att utnyttja det BATNA eller reservationsvärde som parten bör undersöka innan förhandlingen sätter igång.

Ett psykologiskt fel som vi människor gör är att vi tar på tok för mycket hänsyn till nerlagda kostnader, eller sunk cost. I en förlikningsförhandling är det viktigt för parten att ignorera de kostnader som han redan lagt ner i processen. Om han inte gör det kommer det med tiden bara bli än svårare att inse att det bästa är att dra sig ur. Men visst kan det tyckas lockande att lägga ner lite extra kostnader för att så att säga rädda dem som redan lagts ner? Svaret är emellertid nej. Vad som en gång hänt är historia; det gäller att leva i nuet och ta beslut för framtiden.¹²⁴

Problemet är att vi oftast vet om att dessa kostnader är helt irrelevanta för det aktuella beslutet, ändock tar vi hänsyn till dem. En anledning till detta kan vara att vi har svårt att erkänna tidigare misstag. För att komma tillrätta med problemet gäller det att inse sina misstag och begränsa dem. Det gäller att krasst försöka göra det bästa av situationen genom att utnyttja den kunskapen som finns för stunden, bland annat genom att höra efter om andras åsikter. Och kanske framför allt, lära sig av historien, men inte ta beslut efter den.

Bekräftelsefällan bygger på att vi ser det vi vill se. Genom att en förhandlare till exempel söker upp sådan information som bygger upp hans ståndpunkt och undviker information som undergräver den, har han gått i bekräftelsefällan. Vad fällan är ett resultat av är vår partiska assimilering av information i samhället. Eftersom vi möts av ett överflöde av information gallrar vi bort den som inte passar oss, och denna gallring görs ofta efter våra förutfattade meningar om hur saker och ting ska fungera. Det spelar heller ofta ingen som helst roll vilken typ av information en fångad förhandlare får. Han kommer att göra det mesta för att tolka den till sin fördel. Fällan ger en överdriven positiv bild av den intagna ståndpunkten och en klart negativ bild av alternativen. Denna överoptimism beror till stor del på vilken roll som förhandlaren antar i processen.¹²⁵

Ett effektivt sätt att begränsa skadorna av fällan, och som är vanligt på advokatbyråer, är att någon spelar djävulens advokat och argumenterar mot det beslut som förhandlaren fattat tycke för. Det gäller att försöka se om detta alternativ verkligen är det som bäst uppfyller partens mål och

¹²⁴ Runesson (2003) s 253

¹²⁵ Runesson (2003) s 251

intressen. Om motargumenten medför att så inte blir fallet är det viktigt att förhandlaren inser detta och är öppen för de andra alternativen istället.

En devis inom juridiken är att aldrig ställa en fråga i rättssalen som du inte redan vet svaret på. Formuleringsfällan har nära anknytning till denna devis. Fällan bygger på att sättet du ställer en fråga på kan ha avgörande betydelse för det svar du får. För beslutsfattande innebär detta att om du formulerar ditt problem på ett dåligt sätt kommer du säkert också få en dålig lösning på problemet genom dåligt beslutsfattande.¹²⁶

En intressant observation som gjorts är att formuleringar som ställer vinster mot förluster har stor betydelse för vilket val en människa gör. Det har nämligen visats att vi i en beslutssituation är klart mer obenägna att ta risker när det gäller säkrandet av en vinst än vi är när det gäller att undvika en förlust.¹²⁷ För en förlikningsförhandling kan detta få relevans, eftersom det ofta går att se de olika lösningsalternativen som både en vinst och en förlust. Därigenom torde det också vara möjligt att genom formuleringen undermedvetet till viss del styra beslutsfattandet.

Det kan tyckas enkelt att undvika formuleringsfällan, men i realiteten är det en annan sak. För parten gäller det att i vidaste mån se neutralt på problemet och formulera det på olika sätt för att finna det alternativet som bäst passar in. Som i så många andra situationer gäller det att jämföra alternativa förslag och objektivt finna det bästa för situationen.

En vanskelig omedveten fälla hos oss människor är vår benägenhet att överdriva vår tilltro till vår förmåga att göra uppskattningar. För en förlikningsförhandling kan detta få förödande konsekvenser. Om parten, eller förhandlaren, är för överoptimistisk angående sina chanser i processen leder detta till att förhandlingen kommer att försvåras. Alternativ som hamnar utanför intervallet kommer att uteslutas; parten har hamnat i tvärsäkerhetsfällan. För en förhandlare gäller det att verkligen beakta alla olika alternativ, såväl bra som dåliga, och göra bedömningarna därefter. Även här kommer uträknandet av partens BATNA eller reservationsvärde in, eftersom det gäller att undersöka alla olika slags alternativ, och inte stirra sig blind på enbart ett fåtal. Det gäller att alltid ifrågasätta sina bedömningar!

Dramatiska händelser har en förmåga att påverka vår beslutsprocess genom att de tillmäts en oproportionerligt stor betydelse vid beslutstagandet. Minnesfällan bygger på att människans minne kan lura förhandlaren att ta hänsyn till irrelevant fakta i beslutsfattandet. Till exempel, säg att motparten har en känd advokat som förhandlare. En advokat som ofta figurerar i media och som där ofta framstår som en duktig advokat och som ofta ses gå segrande ur tvisterna. Inte helt osannolikt är att detta kommer att få betydelse för ditt beteende i förhandlingen. För att undvika att olika minnen omedvetet kommer att få betydelse i processen måste alla beslut fattas på

¹²⁶ Hammond, Keeney & Raiffa (1999) s 211

¹²⁷ Hammond, Keeney & Raiffa (1999) s 213

objektiva fakta, och inte på minnen eller egna antaganden då dessa kan vara förvrängda.

Ett vanligt fel i beslutsfattande är att vi ignorerar bakomliggande relevant information, vilket bekräftas i grundfrekvensfällan. Ett exempel som Hammond tar upp är att vid bedömningen om en tillbakadragen man i USA är försäljare eller bibliotekarie, de flesta nog skulle säga att han är det senare på grund av hans tillbakadragenhet. Felet som de flesta av oss gör är att vi ignorerar det faktum att det finns 100 säljare för varje enskild bibliotekarie. Vi ignorerar grundfrekvensen som ger oss att sannolikheten att mannen är bibliotekarie är en på hundra.¹²⁸ Vägen runt denna fälla är att i alla situationer ta hänsyn till all relevant fakta, speciellt den mest grundläggande. I alltför många fall gör vi det för enkelt för oss genom att basera besluten enbart på den framlagda och alltid kanske inte relevanta informationen, men det gäller att se bortom denna och själv ta fram relevant information.

En av hjärnans viktigaste inbyggda funktioner, nämligen försiktigheten, är även en som kan försvåra ett rationellt beslutsfattande. Försiktigheten gör att beslutstagaren överdriver sannolikheten för värsta fall-scenariot. Människan är rädd, eller obenägen, för att drabbas av förluster av olika slag.¹²⁹ Som i alla andra delar av beslutsfattandet övervinns detta problem genom en ärlig och grundlig genomgång av alternativen och vägen fram till de olika lösningarna. Visst kan det vara bra i vissa fall att inta en viss försiktig ställning, men den får inte gå till överdrift.

I många situationer försöker vi människor finna mönster i händelser som är helt och hållet slumpartade; vi försöker genomsåda slumpen trots att det inte låter sig göras. Tankefelet med viljan att hitta ett mönster är uppenbar, men nog inte alltid så lätt att ignorera. För visst kan det vara lockande att hitta ett vinnande mönster som kan hjälpa en i framtida situationer. Problemet är bara att det inte går att göras i rena slumpartade händelser.

Den sista fällan jag tänker ta upp är vad som kommit att kallas överraskad över överraskningar-fällan. Fällan har nära samband med föregående då båda bygger på vår ovilja att acceptera att verkligheten omkring oss är överraskande. Vi accepterar kanske inte att vissa människor har tur av en slump, utan tror istället att det måste finnas någonting i bakgrunden som till exempel övernaturliga fenomen som styr sannolikheten. I dessa sammanhang gäller det att vara logisk i sin tankegång och acceptera att händelser sker av en slump. Ofta går det att beräkna en viss sannolikhet för att saker sker, men det är också allt. Slumpen och överraskningar går helt enkelt inte att styra!¹³⁰

¹²⁸ Hammond, Keeney & Raiffa (1999) s 219

¹²⁹ Hammond, Keeney & Raiffa (1999) s 220f

¹³⁰ Hammond, Keeney & Raiffa (1999) s 223f

3.4.3 Inte alla tvister går att förlika

Det för en förlikning starkaste hindret torde vara att inte alla tvister lämpar sig för att förlikas.¹³¹ Det spelar för vissa tvister ingen roll alls hur förberedd en part är till förlikningsförhandlingarna, tvisten kommer ändå att gå hela vägen till domstol. Vilka dessa tvister är skiljer sig från fall till fall, men det finns några faktorer som gör att en förlikning synes avlägsen. En kategori av dessa tvister är de i vilka motparten stämt trots att anspråket är obefogat; stämningen är enbart till för att plåga eller hota. I samma kategori hamnar de stämningar då motparten stämmer enbart för att söka hämnd eller upprättelse eller att motparten är så omedgörlig att förhandlingar inte leder nånvart. Att förlikas i en tvist där motparten enbart tvistar på grund av känslomässiga skäl synes alltså inte troligt.

En annan kategori som bör gå hela vägen till dom är tvister i vilken domstolen kan hjälpa parten på något vis. Ett exempel är då skadans storlek inte lätt låter sig beräknas. Kanske vanligare är att parten vill få ett precedensfall för framtida tvister. En domstols dom kan ge en säkerhet mot framtida, spekulativa stämningar. En sådan situation då en part bör avhålla sig från att förlikas är då en förlikning skulle ge andra potentiella motparter en fingervisning om att det lönar sig att stämma in parten i en viss situation eftersom parten tidigare förlikt liknande tvister. Till exempel kanske inte en bank bör förlika bort en tvist om ansvar för en värdepappersförlust då andra värdepapperskunder kan komma att följa efter med sina krav. En annan sak blir det om banken förlorar målet. Även ett sådant utfall kan dock ge parten en viss säkerhet eftersom han lättare kan beräkna eventuella framtida skador.

3.4.4 Motparten ställer sig negativ till förhandling

Det förekommer situationer när motparten inte ställer upp på förhandlingar, utan står låst vid en bestämd position. Anledningarna till detta kan vara flera. Till exempel kan motparten vara påverkad av något psykologiskt hinder som blockerar hans vilja att finna en lösning på tvisten. En annan, kanske vanligare, anledning är att motparten inte tror att parten kan erbjuda honom någonting; förhandlingen kan med andra ord inte skapa någonting som är bättre än hans reservationsvärde. Ofta beror detta motstånd på att motparten ser tvisten som distributiv, medan parten inser dess integrativa potential.

För parten gäller det att i dessa lägen komma runt detta hinder. Det gäller att för motparten visa att förhandlingen är någonting som gynnar er båda, inte bara den ene. Fisher, Ury och Patton har beskrivit ett sätt att komma kring det här problemet, nämligen genom att utnyttja "förhandlings jujitsu".¹³²

¹³¹ Lindell (2000) s 46f

¹³² Fisher, Ury & Patton (1999) s 112ff

Tekniken de förordar bygger på att bjuda in motparten i den konstruktiva intressebaserade förhandlingen och lämna den konkurrensinriktade i vilken parterna står låsta i sina positioner. Motparten kan lockas in i förhandlingen bland annat genom att fokus inte läggs på parternas positioner, utan istället på de bakomliggande skälen till dem. Istället för att anklaga motparten för hans position som omöjliggör en överenskommelse är det för förhandlingen bättre att analysera varför han intagit den. Det gäller att analysera vilka intressen som avspeglas i valet. Utifrån dessa intressen kan sedan parterna försöka finna en väg vidare från den låsta positionen.¹³³ Vidare är det viktigt att parten inte är för självgod om sina idéer i förhandlingen, utan låter motparten kritisera dem och föreslå alternativ till dem. Anledningen är att diskussionen blir kreativare och konstruktivare om parterna diskuterar idéernas för- och nackdelar än att acceptera eller förkasta dem. Parterna måste i slutändan komma fram till en lösning som passar dem båda. En annan del av förhandlings jujitsun är att inte besvara en attack på dig som person med en attack på motparten. Istället bör parten leda om attacken mot problemet.¹³⁴ Genom att attackera kommer förhandlingen inte framåt, snarare bakåt. Dessutom är det problemet och tvisten som ska lösas, och det är kring det som diskussionerna måste kretsa. En sista del i deras teknik är att ställa frågor och ta pauser. Frågor är ett fantastiskt redskap i förhandlingen eftersom de ger svar, medan påståenden från en part oftast innebär motstånd från motparten. Genom att använda frågor kan parterna få en bättre förståelse för varandra utan att motparten behöver känna sig direkt påhoppad. Pauserna kan sedan användas för att få motparten att vändas. De flesta människor har nämligen en benägenhet att känna sig illa till mods när de inte blir tilltalade eller när det är helt tyst omkring en, och genom att utnyttja detta kan motparten fås att utveckla till exempel öärliga eller otillräckliga svar på frågor.¹³⁵

Modellen arbetar för att skapa en atmosfär av jämlikhet och samverkan i förhandlingen. Den skapades av författarna för att framför allt leda in en konkurrensinriktad förhandlare in i en intressebaserad förhandling. Modellen synes dock lämpa sig alldeles utmärkt för de flesta förhandlingar i vilka parterna vill skapa en konstruktiv dialog dem emellan. En dialog i vilken parterna kan skapa en bättre förståelse för varandra och slutligen förhoppningsvis en bättre lösning på problemen.

¹³³ Fisher, Ury & Patton (1999) s 114

¹³⁴ Fisher, Ury & Patton (1999) s 116f

¹³⁵ Fisher, Ury & Patton (1999) s 117f

4 Avtalsslutet

4.1 Avtalsskrivningen

För en part gäller det att vid avtalsslutet och skrivandet av avtalet vara uppmärksam på ett flertal faktorer. Förlikningsavtalet har ingen exekutiv verkan i sig själv. För en part kan det betyda att han genom att inte gå till rättegång och få en dom också sätter själva utfåendet av prestationen på spel. Vad förlikningen i själva verket leder till i ett sådant fall är att en ny tvist mellan parterna uppstår. Vid avtalsskrivningen gäller det för parten att säkra sina rättigheter så gott det går. Nedan beskrivs därför ett antal faktorer som parten bör ha i åtanke då han ingår ett förlikningsavtal.

4.1.1 Medveten otydlighet vid avtalsskrivande

För att i svåra förhandlingssituationer nå ett avtal är det inte helt ovanligt att parterna anser själva avtalsslutandet viktigare än klargörandet av avtalsinnehållet. Parterna prioriterar ett bristfälligt eller ofullständigt avtal före risken att inget avtal alls kommer till stånd.¹³⁶ I dessa situationer kan parterna ofta ha en förhoppning om att ett visst avtalsinnehåll ska vara gällande, men det enda som med säkerhet kan anses vara gällande är själva avtalet vilket parterna är överens om, inte det oklara avtalsinnehållet. Vad denna medvetenhet om otydligheten av förlikningsavtalet kan leda till är att parter använder den som taktik vid sina förlikningsförhandlingar. Genom att till exempel inte ta upp de oklara delarna kan nämligen en part undvika att den andra parten får sin vilja igenom.

För en ouppmärksam part kan denna taktik få förödande konsekvenser. Inte helt omöjligt är det nämligen att parterna i framtiden hamnar i ny tvist på grund av denna otydlighet. Inte helt omöjligt är det heller att parterna i denna situation har två helt olika synsätt vad som ska anses vara avtalat eller gällande mellan dem. I denna situation kan parterna närmast anses ha utnyttjat denna otydlighet för att motivera att de inte längre kan anses vara bundna. Parterna har då hamnat i situationen att de tvistar om ett bindande avtal – som ska bestå av samstämmiga viljeförklaringar – som de från början inte ens var överens om. Situationen kan tyckas närmast komisk, men är nog relativt vanligt förekommande.

Vid förlikningsavtalets skrivande är det viktigt för parterna vilka verkningar avtalet kan komma att få i framtiden. Det gäller för parterna att försöka se in i framtiden och tolka och fylla ut avtalet såsom en utomstående hade gjort. Parterna måste se hur till exempel dispositiv rätt eller sedvana kan komma att fylla ut avtalet eller huruvida resultatet av en tolkning ger partens egen version av avtalets uppbyggnad. För parten gäller det att ligga steget före,

¹³⁶ Ramberg, JT 1992/93, s 359f

annars är risken att han istället drabbas av olyckliga överraskningar i framtiden.

4.1.2 Vitesklausul

För att undvika att motparten ignorerar förlikningsavtalet och därmed gör sig skyldig till kontraktsbrott är en möjlighet att i avtalet inta en vitesklausul. Vitet, som närmast kan liknas vid ett standardiserat skadestånd, har särskilt två syften. För det första fungerar vitet som ett påtryckningsmedel mot den förpliktade parten att fullgöra sina skyldigheter. För motparten kan det innebära stora extrakostnader om löftet att fullgöra inte hålls. Klausulen motverkar att nya tvister uppstår. Vitets standardiserade skadeståndsstorlek medför dessutom att utredningen om skadans storlek undviks.¹³⁷

En vanlig invändning när tvist uppstår är att vitesklausulen är oskälig enligt 36 § AvtL och ska jämkas. Detta kan i en del fall vara sant, men vad den invändande parten måste ha i åtanke är att klausulen intagits frivilligt i avtalet. En annan aspekt i sammanhanget är vilken typ av avtal klausulen är medtagen i. I doktrinen förordas restriktivitet vid jämkning av förlikningsavtal.¹³⁸ Anledningen till detta är att den berättigade parten i avtalet modifierat och troligen inskränkt sina krav. Vidare kan det i många fall av avtalsbrott vara svårt att bevisa storleken på brottet och skadan det medfört. Parten har i och med detta ett stort intresse av att klausulen behåller sin stränga funktion som påtrycknings- och skaderegleringsmedel.

Vitesklausulen är inte alltid ett effektivt vapen. Speciellt uppenbaras detta i situationer då motparten är medellös, och inte kan betala några eventuella viten. I de lägena måste situationen regleras på annat vis.

4.1.3 Säkerhetsklausul

Förutom att parten bör överväga möjligheten att inta en vitesklausul i förlikningsavtalet bör han även överväga att begära någon form av säkerhet. Alternativ som parten bör fundera över är bland annat att begära att en tredje man går in med säkerhet eller som borgensman, eller att kräva motparten säkerställer fordran i en bankgaranti eller någon annan slags pant. Dessa alternativ är till sin form betungande för motparten, vilket medför en motvilja från motparten att gå med på dem.

För en part kan någon form av säkerhetsklausul vara avgörande för att få ut någon prestation alls. Speciellt blir det fallet i lägen då motparten är i ekonomiska bekymmer då till exempel en vitesklausul skulle vara utan verkan på grund av motpartens bristande likviditet.

¹³⁷ Adlercreutz (2002) s 304f, Olsen (1993) s 22f

¹³⁸ Olsen (1993) s 103, 123

4.1.4 Bonusklausul

Vid avtalsskrivningen kan det även vara värt att tänka över att i vissa fall uppmuntra motparten att fullgöra sin del av avtalet genom att skriva in olika slags bonusklausuler. Ett psykologiskt hinder som lätt kan uppstå i bland annat avtalssituationer är att parterna gärna vill få del av fördelarna utan att själv behöva presteras något; parten vill vara en free rider.¹³⁹ Trots att fenomenet motverkas i avtalssituationer av till exempel sanktioner, så kan det finnas ett behov att uppmuntra motparten att hålla sin del av avtalet. Ett sätt kan vara att utge en bonus för den händelse att motparten uppfyller sin del inom vissa bestämda tider eller att stärka framtida relationer genom att lägga in klausuler om fortsatta samarbeten om löftet uppfylls. Parterna måste i dessa lägen ges ett incitament för att avtalet ska respekteras.

Vikten av dessa bonusklausuler ska inte förringas, vilket nog tyvärr är fallet i många situationer. Det kan uppfattas lättare och självklarare för en part att ta med en vitesklausul i det nya avtalet då motparten kanske redan brutit mot det första avtalet. Problemet är bara att motparten kanske inte räds att bryta även det avtalet eftersom han vet att vitesklausulen inte får någon direkt verkan. Genom att istället föra in en klausul som berättigar motparten en bonus vid uppfyllt löfte ges han därmed ett incitament för att verkligen uppfylla sin del av avtalet. Det gäller att inse verkningarna av att i avtalssituationer använda piskan eller moroten.

4.1.5 Sekretessklausul

En annan fråga i samband med avtalets slutande är om en sekretessklausul bör skrivas in. För parts del kan yppandet av vad som förekommit vid förhandlingarna eller regleringen i avtalet få besvärliga konsekvenser om det kommer ut till tredje man.¹⁴⁰ Till exempel kan en tredje part se den ingångna förlikningen som ett tecken på att även han skulle ha framgång i en senare tvist. Förlikningen fungerar då som ett besvärligt precedensfall som kan skada parten. För att undvika det bör då parten i förlikningsavtalet medta en sanktionerad sekretessklausul.

4.1.6 Acceptfrist

Samma regler gäller för accepterandet av ett anbud vid förlikningsavtal som vid andra civilrättsliga avtal. Styrande i detta sammanhang blir därför reglerna i AvtL. Vid skriftliga anbud stadgar 3 § 1 st AvtL att då ingen tid angetts för svar, ett antagande svar måste inkomma inom skälig tid som anbudsgivaren kunde räkna med vid avgivandet. När det sedan gäller själva betänketidens längd beror den på omständigheterna för varje enskilt fall. Faktorer som kan påverka bedömningen är vilka parter som förhandlar,

¹³⁹ Ang begreppet, se Runesson (1993) s 89

¹⁴⁰ Lindskog (1999) s 165

värdet på det förhandlade etc. I NJA 2004 s 862 slår Högsta domstolen fast att det vid acceptandet av ett förlikningsanbud i vilket det omtvistade har ett högt värde samt parterna är privatpersoner, en skälig betänketid inte kan sättas för kort. Högsta domstolen anser emellertid att i förlikningssituationer betänketiden kan vara beroende på de ökade rättegångskostnader som kan tänkas uppstå på grund av en nära stundande huvudförhandling, och jämför denna situation med risken för prisväxlingar. Ökade rättegångskostnader kan alltså påverka förutsättningarna för en förlikning.

Summa summarum kan konstateras att en accept av ett förlikningsbud måste komma snabbare ju högre rättegångskostnaderna blir med tiden. Situationen med skriftliga förlikningsbud, och som dessutom saknar angivande av acceptfrist, är nog inte så vanlig i förlikningssituationer. Vanligt torde istället vara att parterna genom förda förhandlingar kommer fram till ett gemensamt avtalsslut, vilket innebär att acceptfristen i det fallet saknar betydelse. Om inte annat bör en part som avger ett förlikningsbud bestämma en sista tidpunkt inom vilket ett antagande svar måste ha kommit honom till handa.

4.2 Stadfästelse av förlikningen

Eftersom ett av syftena med avtalet är att parterna kan förbinda sig att utföra någon slags prestation till motparten, blir en fråga i sammanhanget hur en part kan säkerställa sig rätten till denna prestation. Frågan blir alltså hur parten kan se till att rättigheten enligt avtalet kan leda till verkställighet. I Sverige saknas möjlighet för parter att avtala om exigibilitet.¹⁴¹ Den möjlighet som står till buds är att parterna gemensamt begär stadfästelse av förlikningen. Enligt 3 kap. 13 § UB är en stadfäst förlikning en exekutionstitel och kan verkställas på samma sätt som en lagakraftvunnen dom.

För att få en processförlikning stadfäst krävs att båda parter ansöker om det gemensamt. En part som vill säkra att en förlikning ska stadfästas bör i själva förlikningsavtalet medta en klausul som förbinder parterna att ansöka om detta.

Stadfästelsen blir därmed ett verktyg för parten att få igenom det avtalade. Det ska dock framhållas att de flesta processförlikningar inte stadfästs. Anledningen synes oftast vara att käranden inte anser detta nödvändigt eftersom parterna kommit överens frivilligt.¹⁴²

Stadfästelsen är ingen garanti för att part får det han vill ha. Eftersom förlikningen är ett avtal mellan parterna kan allehanda avtalsrättsliga problem uppstå i anknytning med avtalet. Inte helt ovanligt är att

¹⁴¹ Se Heuman (2000) s 114. Undantagna från denna regel är avtal om vissa underhållsbidrag, som ges exekutionsverkan i 3:19 UB eller om det annars finns stöd i lag

¹⁴² Ekelöf, Edelstam & Boman (1998) s 72

ordalydelsen i avtalen är otydlig, kanske för att lättare nå en förlikning, eller att någon slags villfarelse eller annan ogiltighetsgrund föreligger. Vid stadfästelsen kan det då anses vara domstolens uppgift att problem som dessa minimeras.

4.2.1 Ordinär dom kontra stadfästelsedom

En fråga som uppkommer i och med stadfästelsen är om stadfästelsen är en dom i betydelsen av rättens avgörande av saken eller om den är av en egen, speciell karaktär. Enligt 17 kap. 1 § RB sker rättens avgörande av saken genom dom samt annat rättens avgörande genom beslut. Bestämmande för stadfästelsens karaktär är alltså huruvida det är ett avgörande av saken eller inte. Att stadfästelsen är ett avgörande av saken blir tydligt då det i förarbetena uttrycks att stadfästelsen är ett materiellt avgörande av det omtvistade rättsförhållandet.¹⁴³ För detta talar även det faktum att 17 kap. 6 § RB uttryckligen anger att stadfästelsen ska ske i formen av en dom.

Så långt kan detta tyckas ganska naturligt, men vad innebär det egentligen att stadfästelsen ska ses som en dom? Och uppfattas egentligen stadfästelsen som en ordinär dom? Konstateras kan att stadfästelsen måste ses som en speciell slags dom. I flera olika delar skiljer sig den nämligen från vad vi uppfattar som en ordinär dom.

En väsentlig skillnad från ordinär dom är att stadfästelsen kräver att båda parter yrkar om stadfästelse, medan det för normal dom enbart krävs en parts yrkande. Visst kan det tyckas naturligt att båda parter ska kräva detta efter att de redan kommit överens frivilligt om själva förlikningen. I realiteten ska dock sägas att lösningen är lite tveksam. Hade det till exempel varit möjligt att utkräva en vanlig dom hade det räckt med yrkande från ena parten.¹⁴⁴ Även faktumet att kravet på båda parter begäran försvårar rättsverkningarna – rättskraft och exigibilitet – som en stadfästelse skulle medföra, detta talar för att part sedan i vanlig ordning, det vill säga genom att stämma in vid tingsrätten på nytt, tvingas kräva att motparten fullgör sin del av avtalet.

Den kanske mest intressanta aspekten av att stadfästelsen är en dom är att den stadfästa förlikningen i realiteten får dubbla exekutionstitlar. 3 kap. 1 § UB upptar nämligen såväl dom som stadfäst förlikning i sin uppräknings av exekutionstitlar. Regleringen medför knappast några olägenheter, men heller inte några direkta fördelar. Detta var även något som lagrådet noterade när de föreslog att stadfästelsen skulle strykas som exekutionstitel och istället omfattas av begreppet dom i första 3 kap. 1 § 1 p. UB. Begreppet dom skulle då komma att omfatta alla slags fullgörelsedomar.¹⁴⁵ Lagrådets kritik avslogs dock utan någon konkret motivering. Vad regleringen egentligen synes innebära är en antydning på att den stadfästa förlikningen är speciell till

¹⁴³ NJA II 1943 s 202

¹⁴⁴ Se härom Larsson: Festschrift till Bertil Bengtsson, 1993, s 290f, Larsson (1958) s 112ff

¹⁴⁵ Prop. 1980/81:8 s 1076f

sin karaktär. En anledning till denna särreglering skulle kunna vara att fokus i och med stadfästelsen velat läggas på de delar av förlikningen som stadfästs, inte själva domen.

4.2.2 Stadfästelse av supplerande moment och rättskraftens betydelse

En intressant aspekt av stadfästelsen är parternas möjlighet att i förlikningen inta supplerande moment. Med supplerande moment menas andra rättsförhållanden än de i processen aktuella och som intas i förlikningen.¹⁴⁶ Vad parterna gör är att de i förlikningen reglerar andra tvistiga frågor än den i processen centrala. Anledningen till att dessa moment tas med i förlikningen kan till exempel vara att det tvistiga objektet inte går att dela mellan parterna, och för att kunna göra eftergifter krävs att andra objekt tas in i förlikningen. De supplerande momenten har ofta en förmåga att kunna underlätta att en förlikning kommer till stånd. En fråga som uppkommer i detta skede är huruvida dessa supplerande moment kan tänkas omfattas av en stadfästelse och därmed även få exigibel verkan?

Högsta domstolen har i NJA 1957 s 470 fastslagit att även dessa supplerande moment omfattas av stadfästelsen. I detta mål stadfästes en punkt i vilken svaranden förklarade sig inte ha någon skadeståndsfordran mot käranden eftersom punkten ingick som ”ett led i den uti avtalet omfattade uppgörelsen”.

Innebörden av att även dessa supplerande moment stadfästs i och med förlikningens stadfästande är att de omfattas av stadfästelsens exigibilitet. Att så även blir fallet torde även vara det naturliga, trots att 17 kap. 6 § RB i sig enbart stadgar att rätten kan stadfästa ”det varom tvistas”, eftersom parterna i och med förlikningen kan ha funnit en lösning som innefattar vida mer än bara det i processen tvistiga. Om inte hela förlikningen omfattades är det möjligt att part drabbas av att förlikningen blir exigibel mot honom medan han själv inte får någon rätt till verkställighet mot den andra parten. Förlikningens stadfästande skulle bli ganska verkningslöst om inte hela förlikningen kunde intas i stadfästelsen.

I och med stadfästelsen omfattas även de supplerande momenten av domens rättskraft. Att så är fallet idag fastslår även Högsta domstolen senast i notismålet NJA 2003 C 48.¹⁴⁷ I detta mål avvisade Högsta domstolen en talan om retentionsrätt eftersom kärandens fastställsetalan rörde samma sak som parterna tidigare reglerat i en stadfäst förlikning som innehöll supplerande moment. Den stadfästa förlikningens rättskraft utgjorde därmed hinder för ny prövning av samma sak. Målet belyser en viktig aspekt som

¹⁴⁶ Lindell (2003) s 299

¹⁴⁷ Se härom även Ekelöf, Edelstam & Boman (1998) s 74, Heuman, JT 2003/04, s 621ff, RH 1981:174. Lindell och Larsson anser emellertid att det de lege ferenda inte är så självklart att de bör omfattas av rättskraften eftersom det kan leda till att svagare parter säljer ut rättskraften, Lindell (2003) s 300 samt Larsson (1958) s 139

parterna, och domstolen, måste ha med i beräkningarna när en förlikning ingås, nämligen frågan om res judicata och litis pendens. Det vill säga, vad rättskraften gör är att den hindrar en part från att få en rättslig prövning av ett anspråk som avser en rättsföljd som är alternativ i förhållande till den som bedömts genom domen.¹⁴⁸ Rättskraften hindrar att ny talan väcks om saken är densamma i båda rättegångarna. Grunder som inte åberopats prekluderas därmed. Annars skulle inte domen medföra någon trygghet för den vinnande parten.¹⁴⁹

I realiteten betyder detta att en domstol inte direkt kan stadfästa en förlikning som avser också andra mål som inte kumulerats med det aktuella målet. Innan rätten kan göra detta krävs att dessa mål återkallats och att avskrivningsbesluten vunnit laga kraft, då det annars föreligger litis pendens. Inte heller kan domstolen stadfästa en förlikning i vilken parterna överenskommit om dessa måls återkallande, utan det krävs ett faktiskt återtagande som vunnit laga kraft. För rätten innebär detta att den i vissa fall måste företa en prövning huruvida andra måls rättskraft kan komma att göra hinder för förlikningen.¹⁵⁰

En stadfäst förliknings rättskraft kan bero på hur domen tolkas. Generellt ska framhållas att det finns belägg för att rättskraften ska tolkas restriktivt.¹⁵¹ Som Högsta domstolen slagit fast, rättskraften kan begränsas till de frågor som med säkerhet varit uppe för domstolens bedömning.¹⁵²

Finns det några gränser för vilka supplerande moment som kan tas med i förlikningen? Lindell anser i denna fråga att för att kunna få en överblick över vilka rättsförhållanden som vinner rättskraft, endast sådana yrkanden och omständigheter som hade kunnat tas med i processen genom ändring av talan eller genkärsmål bör godtas som supplerande moment. Ett resultat av detta är att heller inte rättsförhållanden som faller under exklusiv forum inte kan utgöra supplerande moment i förlikning som stadfästs hos domstol som saknar behörighet.¹⁵³

4.2.3 Tredje man berörs av stadfästelsen

En näraliggande fråga med supplerande moment är den när tredje man indragits på något vis i förlikningsavtalet. Till exempel kan en tredje man delta i förlikningen och förbinda sig att utföra en prestation gentemot någon av parterna. Träffas i ett sådant fall även denna utomstående part av en stadfästelses rättsverkningar? Eller om den stadfästa förlikningen ger tredje man rättigheter, omfattas dessa av exigibiliteten och rättskraften?

¹⁴⁸ Heuman, JT 1999/2000, s 922f

¹⁴⁹ Angående rättskraftens omfattning, se Ekelöf, Bylund & Boman (1994) s 101ff.

¹⁵⁰ Heuman, JT 2003/04, s 626f

¹⁵¹ Westberg, JT 2003/04, s 872

¹⁵² Se härom Heuman, JT 2003/04, s 624f, NJA 1975 s 577

¹⁵³ Lindell (2003) s 300

Svaret på frågorna är nej. Stadfästelsen riktar sig endast på den delen av förlikningen som gäller mellan parterna och det är endast mellan dessa domen äger rättskraft.¹⁵⁴ Således blir tredje mans förpliktelser och åtaganden mindre värda eftersom de inte träffas av stadfästelsens exigibla verkan. En annan sak är att tredje man kan vara civilrättsligt bunden vid sina åtaganden genom att han ses som kontrahent. Ingenting, förutom rättshandlingsförmåga, hindrar nämligen en tredje man från att ingå som kontrahent i ett förlikningsavtal.

Vidare kan tredje man i vissa fall vara indragen i förlikningen utan att vara kontrahent. Även här styr civilrätten tredje mans situation. Till exempel kan förlikningen innefatta ett tredjemansavtal som ger tredje man vissa rättigheter i förhållande till parterna. Avtalet kan då ge tredje man en självständig talerätt och möjligheten att utverka en exigibel dom mot den part som åtagit sig att prestera till tredje man.¹⁵⁵ En tredje man kan inte förpliktigas att prestera något utan att själv vara kontrahent, allt enligt de oskrivna reglerna om tredjemansavtal som endast kan ge tredje parten en självständig rätt, inte skyldighet.¹⁵⁶

Enligt Heuman kan det finnas en situation i vilken även tredje man omfattas av en stadfästs förliknings rättskraft, och det är genom att göra honom till part i processen. Ett sätt att göra detta på är att tredje man skriver under förlikningsavtalet och tillsammans med de ursprungliga parterna begär att det ska stadfästas av en för detta utsedd skiljeman. Eftersom samtliga skrivit under förlikningsavtalet och begärt att det ska stadfästas, ska de som parter bundna av stadfästelsens rättskraft.¹⁵⁷ Frågan är emellertid om Heumans ståndpunkt är hållbar. För att tredje part ska omfattas av rättskraften krävs att han görs till rättssubjekt i processen, och enbart en underskrift av förlikningsavtalet gör knappast honom till detta.

Slutligen, tredje mans situation vid förlikningar regleras huvudsakligen av de civilrättsliga reglerna som gäller för tredjemansavtal. Han påverkas därmed inte av förlikningar i vilka han dragits in. Detta beror på att tredje man vid den normala förlikningen inte ses som rättssubjekt, och omfattas därför inte av dess rättsliga verkningar.¹⁵⁸

4.2.4 Partiell stadfästelse

En fråga i sammanhanget blir om stadfästelse av en del av ett förlikningsavtal ska accepteras. Skulle det till exempel vara möjligt att lämna utanför villkor eller andra oklarheter i förlikningsavtalet och få en stadfästelsedom på de övriga delarna. Godtagandet av en sådan reglering skulle kunna sägas rubba den ursprungliga balansen i det överenskomna

¹⁵⁴ Ekelöf, Edelstam & Boman (1998) s 74, Heuman, JT 1999/2000, s 928

¹⁵⁵ Heuman, JT 1999/2000, s 928

¹⁵⁶ Se härom t.ex. Adlercreutz (2002) s 142ff

¹⁵⁷ Heuman, JT 1999/2000, s 928

¹⁵⁸ Larsson (1958) s 61f

förlikningsavtalet. Den principiella frågan blir huruvida förlikningsavtal är delbara eller inte.

Det troliga svaret på denna fråga är att förlikningsavtal, liksom andra civilrättsliga avtal, mycket väl kan delas upp. Anledningarna till detta konstaterande är flera. Först kan nämnas att det knappast är förenligt med avtalsfriheten och dispositionsprincipen rörande civilrättsliga avtal att begränsa förlikningsavtalet till någonting odelbart. Vidare skulle en sådan reglering leda till det faktum att en part oberoende av yrkanden eller åberopanden enbart kunde få hela avtalet prövat i ett tvistemål, inte delar däruti. Med andra ord, en klar skillnad från gällande rätt då parterna själva sätter ramen för rättens prövning.¹⁵⁹

För de fall förlikningen skulle leda till ett resultat som parterna inte hade förutsett finns samma möjlighet som för förlikningsavtal som i sin helhet stadfästas, att angripa uppgörelsen genom att väcka talan vid domstol.¹⁶⁰ Det blir då domstolen som avgör om uppgörelsen är giltig eller om den bör jämkas eller ogiltigförklaras.

Det finns emellertid kritiker som hävdar att förlikningsavtal inte ska kunna stadfästas partiellt. Heuman menar till exempel att en förlikning som stadfästas partiellt inte ska kunna leda till verkställighet. Istället måste förlikningen i sin helhet stadfästas för att verkställighet ska kunna uppnås, något som talar för att partiella stadfästningar ska undvikas helt.¹⁶¹ Varifrån Heuman hämtat denna regel nämns emellertid inte.

4.2.5 Villkorad förlikning

Inom avtalsrätten är det inte ovanligt att giltigheten gjorts beroende av framtida händelser. Det vill säga, vad kontrahenterna har gjort är att villkora avtalen.¹⁶² En svår fråga angående dessa villkorade avtal är hur de ska behandlas då tvist utbryter. Vid lösningen av tvisten blir frågan huruvida villkoret i avtalet ska fortleva.

Det egentliga problemet måste oftast anses vara att bestämma huruvida den villkorade händelsen har inträffat. Och svårigheten att göra denna bedömning kan medföra nya tvister mellan parterna och på så sätt förhindra eventuell exekution av det villkorade domslutet. Kronofogden får i dessa situationer mer uppgiften som rättskipare istället för verkställare, en uppgift som kronofogden inte är avsedd att inneha. Därför bör även ett villkorat yrkande, eller domslut, accepteras endast undantagsvis.¹⁶³ För kronofogden måste det vara av yttersta vikt att det i domslutet inte råder några tvivel om vilken förpliktelse som ska framtvingas och när detta får ske. Villkor vilkas

¹⁵⁹ Westberg, JT 2003/04, s 869f

¹⁶⁰ Angående ogiltigförklaring av stadfäst förlikning, se 5.2.2

¹⁶¹ Heuman, JT 2003/04, s 626

¹⁶² Adlercreutz (2002) s 109

¹⁶³ Westberg, JT 1991/92, s 496

uppfyllelse lätt kan konstateras är därför i undantagsfall accepterade, samt även villkor i fastställsedomar.¹⁶⁴ Om part inte anser att domslutet uppfyller hans uppfattning om den rätta domen får han utnyttja ordinarie rättsmedel för att få en rättelse i hans riktning, inte klaga hos kronofogden och hindra verkställighet.

Eftersom förlikningsavtalet är ett civilrättsligt avtal föreligger inga hinder för att i detta uppställa olika former av villkor.¹⁶⁵ Förlikningen ska nämligen ses som en disposition mellan parterna. Ett exempel på ett villkorat förlikningsavtal finns i ett avgörande från Svea hovrätt.¹⁶⁶ Målet gällde huruvida ett förlikningsavtal ingåtts mellan parterna. Hovrätten kommer i sin dom fram till att något förlikningsavtal inte kommit till stånd genom samstämmiga viljeförklaringar. Vad som förekommit är ett förlikningsförslag från ena parten med förbehåll, eller suspensiva villkor.¹⁶⁷ Dessa förbehålls existens måste motparten måste ha insett, och eftersom förbehållen inte infriades blev heller inte avtalet giltigt.

Tveksamhet får emellertid anses föreligga för huruvida villkor får medtas då en förlikning stadfästs. Problemet som uppstår är nämligen att stadfästelsedomen ger den hemställda förlikningen karaktären av exekutionstitel, och precis som villkorade domslut hade kunnat vålla bekymmer vid exekution, kan villkorade stadfästa förlikningar göra detsamma.

Skilda meningar föreligger därför inom doktrinen hur detta bryderi ska lösas. Till exempel menar Heuman att domstolen hellre bör godta oklara förlikningar vilka kan leda till problem med verkställigheten än att vägra stadfästelse. Han menar i detta sammanhang att dessa exekutionsrättsliga problem sällan uppstår, och fördelarna med att begränsa domstolarnas arbetsbörda uppväger nackdelarna.¹⁶⁸ Liknande ståndpunkt synes Larsson inta som anser att möjligheterna att bli av med tvisten berättigar accepterandet.¹⁶⁹

Westberg har emellertid en annan åsikt. Han menar att stadfästelsedomen, som vilken vanlig dom, som huvudregel inte bör förenas med villkor. Anledningen till detta är framför allt beroende på den stadfästa förlikningens karaktär av exekutionstitel. Därmed torde de exekutionsrättsliga aspekterna ha ett företräde före parternas intresse av att införa villkor i förlikningen.¹⁷⁰

I vissa situationer, samma som vid vanliga domar, finns undantag från förbudet mot villkorade stadfästelsedomar. Till exempel om stadfästelsedomen har karaktären av en fastställsedom kan villkor troligen

¹⁶⁴ Westberg, JT 2003/04, s 861

¹⁶⁵ Westberg, JT 2003/04, s 863, Larsson (1958) s 71

¹⁶⁶ Dom i mål T 6766-99 vid Svea hovrätt, meddelad 2001-03-16

¹⁶⁷ Se Adlercreutz (2002) s 109 om suspensiva och resolutiva villkor.

¹⁶⁸ Heuman, JT 1999/2000, s 930

¹⁶⁹ Larsson (1958) s 71f.

¹⁷⁰ Westberg, JT 2003/04, s 864

införas i förlikningen eftersom exekutionsrättsliga problem inte uppstår vid denna typ av dom. En annan sak är att de villkor, och andra delar av förlikningen, som inte stadfästs fortfarande är civilrättsligt bindande mellan parterna om de inte överenskommit om annat.

4.2.6 Rätten att styra över rätten

En intressant fråga i sammanhanget om parternas rätt att bestämma över förlikningsavtalets innehåll är huruvida de har en rätt att ge domstolen regel- eller tolkningsanvisningar. En möjlig situation är till exempel att parterna har misslyckats att förlikas, men i försöken kommit fram till hur oklara regler ska tolkas. De vet bara inte huruvida deras tvist är att hänföra under denna tolkning. I den utomrättsliga förlikningen är det givet att en medlare, eller domare, kan ta hänsyn till denna tolkningsregel. Men hur förhåller det sig när tvisten når rättssalen? Lindell synes mena att rätten ska beakta parternas överenskommelser. Fördelarna är bland annat att tid och resurser kan sparas om domaren enbart har att bedöma huruvida ett sakförhållande faller under en viss tolkning.¹⁷¹

Samtidigt är det lite känsligt att ge domstolen direktiv hur olika frågor ska tolkas, eftersom domstolen har att bedöma processuella frågor självständigt. Emellertid står det parterna fritt enligt dispositionsprincipen att avtala om tolkningsregler för ingångna avtal, och detta är i realiteten inte något annorlunda än en sådan disposition. Parter kan till exempel genom ett stadfäst förlikningsavtal komma överens om ena partens skadeståndsskyldighet, och sedan överlåta åt rätten att pröva skadeståndets storlek. Denna skadeståndsskyldighet behöver inte ha stöd i gällande rätt, vilket innebär att domstolen tvingas pröva ett uppenbart oriktigt förhållande. I denna situation kan parterna nå samma resultat bara genom att utnyttja ett annat förfarande.

Annorlunda synes resonemanget bli om tredje man träffas av domens rättskraft.¹⁷² Huvudregeln är att rättskraften av en stadfästelse inte når tredje man. Att det kan ske är dock inte omöjligt eftersom det i vissa fall kan vara svårt att bestämma huruvida det finns en tredje man som berörs och om rättskraften når denna. Domstolen bör i dessa fall tillse att en förlikning eller disposition över rättsanvändningen inte leder till kollusion med tredje mans intressen, till exempel på grund av ett odelbart rättsförhållande eller att en tredje man berörs av en materiellt oriktig dom. I dessa fall då rättskraften når tredje man bör dispositionsprincipen få vika för rättsskyddets.

¹⁷¹ Lindell (1988) s 99

¹⁷² Lindell (1988) s 111

4.2.7 Stadfästelse av oklart förlikningsavtal

Det är inte helt ovanligt att parterna vid en förlikningsförhandling kommer fram till ett avtal som inte reglerar vissa frågor alls eller reglerar dem på ett oklart vis. Parternas starka vilja att ingå avtal medför att de låter bli att klargöra avtalsinnehållet i vissa delar. I vissa fall kan denna underlåtenhet vara ett resultat av att ett klargörande kan vara till nackdel för parten eller att hela avtalets tillkomst kan äventyras om frågan tas upp.

Att ett upprättat civilrättsligt avtal kan vara medvetet otydligt måste accepteras, ävensom att parterna inte har gemensamma uppfattningar om alla frågor som kan uppkomma i samband med avtalets existens. En annan fråga är huruvida ett oklart formulerat förlikningsavtal ska kunna stadfästas av domstol. Svaret på denna fråga synes inte vara någon självklarhet, vilket även visar sig i doktrinen där olika uppfattningar kan skönjas.

Somliga menar att domaren vid en stadfästelse bör uppmärksamma parterna på eventuella oklarheter i förlikningen som kan leda till framtida bryderier. Domaren bör även i sin bedömning vara uppmärksam på att det inte föreligger villfarelse eller annan ogiltighetsgrund.¹⁷³ Vid situationen att parterna trots dessa påpekanden vill stadfästa hela förlikningen, och inte låta sig nöjas med en partiell stadfästelse, ska domaren troligen ogilla hemställan i dess helhet.¹⁷⁴

Heuman intar emellertid en annan ståndpunkt. Istället menar Heuman att parterna själva bär risken för förlikningens innehåll. Vidare menar han att risken för exekutionsrättsliga problem är så pass liten att den inte bör föranleda vägran av stadfästelse. Vad domaren i vissa fall kan tänkas behöva göra är att utnyttja sin materiella processledning för att försöka klargöra visst innehåll som båda parterna kan tänkas acceptera, men att helt vägra en stadfästelse har han ingen skyldighet att göra.¹⁷⁵ Heuman synes emellertid råda parterna att klargöra avtalet i största möjligaste mån. Detta menar han speciellt med tanke på förlikningens omfattning eftersom ett klargörande av vilka mellanhavanden som avses kan förhindra att nya processer uppstår angående dessa. Det vill säga, Heuman anser att stor hänsyn bör tas till en stadfäst förliknings rättskraft eftersom den påverkar parternas möjligheter att inleda vissa framtida processer.¹⁷⁶

Slutsatsen blir tydligen att olika uppfattningar råder om huruvida oklara förlikningar ska stadfästas. Det klokaste vore om domstolarna tog fasta på idén om att inte stadfästa förlikningar vilka kan leda till problem vid

¹⁷³ Ekelöf, Edelstam & Boman (1998) s 72

¹⁷⁴ Westberg, JT 2003/04, s 864

¹⁷⁵ Heuman, JT 1999/2000, s 930

¹⁷⁶ Heuman, JT 1999/2000, s 921

verkställighet. Annars kommer förlikningen troligen leda till ännu en ny tvist.¹⁷⁷

4.2.8 Vilken typ av part vill stadfästa en förlikning?

De flesta förlikningar stadfästs inte. Den troligaste anledningen till detta är att parterna, speciellt kändanden, anser att den frivilliga uppgörelsen ökar utsikterna för att tvistelösningen omsätts i realiteten. I och med att lösningen nåtts genom gemensam frivillighet tar parterna detta som ett bevis på att problem sällan kommer uppstå i samband med lösningens förverkligande. Denna godtrogenhet kan i många fall straffa sig.

Den första frågan en part ska ställa sig är hur angelägen han är att åtkomma den ifrågavarande prestationen från motparten. Vad parten måste ha med i sin beräkning är att ett förlikningsavtal som sådant kan leda till nya tvister som kan dra ännu mera ut på tiden. Förlikningen är enbart ett civilrättsligt avtal över vilket parterna sedan kan ha olika åsikter om dess innehåll. Dessa eventuella meningsskiljaktigheter kan leda till ytterligare en tvist, och parterna hamnar i en ond cirkel. För att säkerställa en möjlighet att få ut prestationen krävs att förlikningen blivit stadfäst i dessa delar så att parten erhåller en exekutionstitel.

En annan sak är att en stadfästelse kräver att båda parter begär det enligt 17 kap. 6 § RB. För en kändande är det ofta fördelaktigt att få en förlikning stadfäst, men vad har egentligen en svarande att tjäna på det? Denna diskrepans i nytta medför säkerligen att många förlikningar inte stadfästs eftersom frågan om det skulle kunna äventyra förlikningen i sin helhet. Åtminstone torde det i många fall krävas att en kändande som vill få en förlikning stadfäst för detta får ge vika för vissa andra krav.

Ett tips för en kändande som vill undersöka huruvida svaranden ämnar göra rätt för sig är att i förlikningsavtalet kräva in en klausul om stadfästelse. Om svaranden nekar denna klausul bör kändanden få sig en fingervisning om att svaranden inte har denna avsikt.¹⁷⁸

Avslutningsvis ska här nämnas att det är upp till varje enskild part att ingå en förlikning. För det fall en svarande inte uppfyller en kändandes önskan att stadfästa en förlikning är det upp till kändanden om han inte istället för en förlikning vill dra saken inför domstol och där få en vanlig dom med exekutionsverkan. Kändanden kan även i värsta fall gå till domstol och få en verkställbar dom om ett ingånget förlikningsavtal bryts av motparten. Genom dessa förfaranden påverkas emellertid bland annat tids-, kostnads-

¹⁷⁷ I sammanhanget kan nog nämnas att samma regler torde i princip gälla som för avkunnande av tredskodom. Det vill säga, ett yrkande måste i detta fall vara så klart formulerat att rätten kan meddela tredskodom.

¹⁷⁸ Larsson: Festschrift till Bertil Bengtsson, 1993, s 291

och relationsaspekterna negativt. I vissa fall kan det kanske tänkas vara värt att istället förlikas och för att tillse att motparten fullgör sin skyldighet enligt förlikningsavtalet då se till att säkerhet ställs av till exempel tredje man. Ett annat påtryckningsmedel är att ta med en vitesklausul i avtalet som faller ut vid negligerad betalning. Det senare alternativet kräver emellertid att motparten har en realistisk förmåga att betala, då klausulen annars blir verkningslös.

5 Problem efter ingående av förlikningsavtal

5.1 Tolkning av förlikningsavtal

Vid skrivandet av förlikningsavtal är det inte omöjligt att situationen uppstår att parterna, för att kunna nå en lösning, accepterar en otydlig eller bristfällig skrivelse av delar av avtalet. Problem kan sedan uppstå när oklarheterna leder till meningsskiljaktigheter.

Avtalstolkningen försvåras av den gemensamma medvetenheten om avtalets oklarhet på grund av oöverensstämmande viljeförklaringar. Vanliga tolkningsregler förlorar sin relevans eftersom de bygger på att avtalet slutits på sedvanligt vis. Möjligheten att till exempel tolka avtalet i enlighet med parts befogade uppfattning sätts ur spel eftersom de båda parterna är medvetna om deras olika åsikter i frågan.

Situationen som parterna befinner sig i när förhållandena efter avtalets ingående utvecklas på ett annat sätt än de tänkt sig är närmast den av en omförhandlingssituation. Vad som händer är att parterna kommer att tolka avtalet på ett sådant sätt att det bäst passar sina egna intressen. I situationen är det även lätt att misstänka motparten för att ha bedragits och lurats. Inte helt ovanligt är det i dessa lägen att en part som inte längre vill känna sig bunden av avtalet påverkas av partisk perception och kognitiv dissonans¹⁷⁹ för att motivera ett framtida avtalsbrott.¹⁸⁰ För parterna, eller i sista fall domstolen, gäller det nu att lösa problemet på ett konstruktivt sätt.

Problemen med medveten otydlighet vid avtalsskrivande föranleder att avtalet bör tolkas med en objektiv metod i vilken ordalydelsen får stor betydelse.¹⁸¹ I denna tolkning gäller det att tolka uttrycken och begreppen utan hänsyn till hur parterna själva uppfattat dem. Däremot är det inte helt säkert att en sådan tolkningsoperation ger något klart resultat. För även om det i tolkningen framkommer olika förpliktelser är det inte säkert att avtalet reglerar påföljds- eller sanktionsfrågan om dessa förpliktelser inte uppfylls. Innebär till exempel ett visst avtalsbrott en rätt att säga upp avtalet eller kanske en rätt till skadestånd för den lidande parten? Flertalet frågor kan vara oklara i avtal, och det gäller för konfliktlösaren att genom tolkning finna en naturlig lösning för dessa hållrum.

En metod att söka finna ett svar på vad avtalet kan säga vid oklarhet är att utnyttja systeminriktad tolkning. Denna metod fokuserar på att studera avtalet i dess helhet och genom att granska dess struktur och övriga

¹⁷⁹ Se ovan 3.4.2 om dessa psykologiska hinder.

¹⁸⁰ Runesson (1993) s 91f

¹⁸¹ Ramberg, JT 1992/93, s 364

bestämmelser komma fram till ett svar.¹⁸² Vad tolkningen kan sägas göra är att söka syftet med avtalet och tolka oklarheterna i ljuset av detta. Till stor hjälp kan den bakomliggande förhandlingen och dess kontext vara i detta skede. Om förlikningsavtalet inte ger en klar bild torde domstolen kunna tolka förlikningsavtalet i ljuset av det bakomliggande, ursprungliga avtalet. Förlikningsavtalet är skrivet som ett substitut till detta, och tolkningen torde därmed kunna utvidgas till även detta avtal. Domstolen måste ha i åtanke att det kan ha varit svårigheter att tolka detta bakomliggande avtal som medförde den ursprungliga tvisten, så försiktighet är här påkallad. Andra faktorer som kan påverka tolkningen är till exempel hur den aktuella branschen brukar avtala i motsvarande situationer, dispositiv rätt och parternas ställning. Det synes heller inte omöjligt att i dylika oklara situationer jämka allt eller inget förpliktelser.

För tolkningen av förlikningsavtalets betydelse är alltså generellt den systemorienterade tolkningsmetoden den som får störst betydelse. Anledningen till detta är att ingåendet av ett förlikningsavtal syftar till ett väldigt specifikt resultat, nämligen att reglera och förhindra tvister. Om då dessa avtal tolkas på ett syftesorienterat vis upprätthålls grundtanken med avtalstypen och möjligheten till att utnyttja medveten otydlighet vid avtalstecknandet för att skapa sig en tidsfrist synes minska. En mäktig avtalspart kan alltså inte genom oklarheter skapa sig en fördel i förlikningsavtal genom en oklar reglering. Vid tolkningen gäller nämligen att det skriftliga och objektivt observerbara presumeras vara det avtalade.

Just tolkningen av ett förlikningsavtal aktualiserades i NJA 1992 s 439. I målet hade tvist utbrutit mellan två företag i Stockholm vilka både använde namnet City vid sin försäljning av skor. Parterna hade därför tidigare i avtal, ett förlikningsavtal, reglerat att svaranden förbundit sig vid vite att inte använda ordet "city" vid marknadsföring av skor eller kläder. Svaranden fortsatte emellertid med detta beteende och sade även senare utan angivande av grund upp avtalet.

Frågan för rätten blev nu huruvida svaranden haft rätt att utan grund ensidigt säga upp avtalet eller om detta utgjorde avtalsbrott. Ingenstans i avtalet reglerades nämligen möjligheten att säga upp avtalet. Tingsrätten tolkade i detta fall förlikningsavtalet som att det skulle gälla för obestämd tid eftersom det inte uttryckligen angav att det gällde för all framtid. I detta skede hänvisade tingsrätten även till minimiregeln som ger den mest förpliktade fördelen vid oklarheter. Därefter konstaterade tingsrätten att avtal på obestämd tid som huvudregel kan sägas upp utan grund efter skälig uppsägningstid.

Hovrätten däremot gjorde en annan bedömning angående uppsägningen. Att avtalet skulle gälla tills vidare och kunde sägas upp utan grund befanns nu osannolikt eftersom parterna säkerligen skulle ha uttryckt detta i avtalet om det varit deras vilja. Fokus hamnade nu istället på att förlikningsavtalet

¹⁸² Ramberg, JT 1992/93, s 365

skulle ses som en slutlig reglering mellan parterna, det vill säga gälla för all framtid.

Slutligen kom Högsta domstolen fram till ytterligare en annan lösning, låt vara att den är relativt lik hovrättens. Vad Högsta domstolen sökte var en naturlig tolkning på vad parterna avsett angående uppsägningen. Högsta domstolen konstaterade då att parterna med avtalet avsett att reglera förhållandet dem emellan så länge som svarandens användande av uttrycket skulle föranleda tvist. Slutsatsen blev därför att avtalet inte skulle anses gälla tills vidare, och att uppsägningen av avtalet vid närvarande förhållande därmed inte var berättigat.

Det första de olika instanserna gör i sin bedömning är att fastställa avtalstypen, det vill säga förlikningsavtalet i vårt fall. Typen av avtal har betydelse vid analysen av parternas olika förpliktelser. Vidare tas hänsyn till att tvisten rör ett eventuellt varumärkesintrång, och detta medför att avtalet blir att betrakta som varaktigt för att avvärja fortsatta tvister rörande varumärket. Men medan underrätten väljer att använda en avtalsrättslig tolkningsregel, minimiregeln, och dispositiva rättsprinciper väljer överrätterna istället att tolka avtalet efter dess syfte. Med andra ord avstår överrätterna från att angripa avtalet med en avtalsrättslig tolkningsregel, och utgår istället från avtalets övergripande syfte. Metoden som Högsta domstolen valt att använda är den av systeminriktad karaktär i vilken hänsyn tas till avtalet som helhet.

Just en objektiv och systemorienterad tolkning användes i ett mål vid Göta hovrätt rörande tolkningen av ett förlikningsavtal.¹⁸³ I detta mål gjorde hovrätten en tolkning av förlikningsavtalet genom att objektivt studera dess ordalydelse. Av förlikningsavtalet framgick bland annat att parternas mellanhavanden var slutligt reglerade såvitt gällde fel och brister som är upptagna i ett protokoll. Hovrätten skrev sedan i sina domskäl att ”det är svårt att tolka förlikningsavtalet på annat sätt än att de åtgärder som är nödvändiga för att avhjälpa de i protokollet angivna bristerna omfattas av förlikningen”. Vad hovrätten måste sägas ha gjort är att genom en systemorienterad tolkning beaktat avtalets syfte som var att slutligt reglera de upptagna felen och bristerna.

Slutsatsen synes heller inte särskilt anmärkningsvärd. Syftet med ett förlikningsavtal är att reglera uppkomna och motverka framtida tvister, och att då tolka in en uppsägningsrätt är som Kleinemann nämner närmast att säga att förlikningsavtalet inte är bindande.¹⁸⁴ Vidare synes Högsta domstolens tolkning i NJA 1992 s 439 vara huvudsakligen objektiv till sitt sätt, och inte huvudsakligen utgå ifrån vad parterna har haft för avsikt med avtalet. Domstolen har även gått över mer mot att använda tolkningsmetoder istället för tolkningsregler. Av rättsfallet kan därför utläsas att ett förlikningsavtal ska tolkas objektivt med en systemorienterad metod i vilken syftet med avtalet får stor betydelse.

¹⁸³ Dom i mål T 1285-04 vid Göta hovrätt, meddelad 2005-06-01

¹⁸⁴ Kleinemann, JT 1992/93, s 526

5.2 Stadfästa förlikningar

5.2.1 Tolkning av stadfästelse

Vid tolkning av stadfäst förlikning är det inte själva domen som är exekutionstitel, utan istället den stadfästa förlikningen.¹⁸⁵ Detta antagande har dock inte lett till att den stadfästa förlikningen ska tolkas enligt avtalstolkning, utan förlikningen ska tolkas som en vanlig dom.¹⁸⁶ Detta medför också att stadfästelsedom ska tolkas objektivt. Som Westberg påpekar är detta även det naturliga, eftersom det motsatta hade medfört att kronofogden hade riskerats att blivit påfordrad en rättsskipningsuppgift då den tolkade avtalet. Vidare hade en avtalstolkning lett till en klart mer komplicerad och kostsam process hos kronofogden.

Att den stadfästa förlikningen ska tolkas objektivt betyder också att kronofogden vid sin tolkning enbart har att utgå ifrån den stadfästa förlikningen. Kronofogden får därför inte fylla ut domslutet med moment från förlikningsavtalet som inte tagits med i stadfästelsen. Kronofogden får ofta ingen lätt uppgift eftersom en stadfästelse sällan innehåller några domskäl som motiverar domslutet. De tolkningsdata som finns tillgängliga är därför enbart den stadfästa förlikningen. Vad kronofogden kan göra är att försöka utnyttja de moment som parterna gemensamt velat stadfästa men som domstolen inte funnit möjligt. Dessa moment kan möjligen ge en bättre innebörd till de ord och uttryck som används i stadfästelsedom. Det gäller här för myndigheten att inte fylla ut domen, utan att förstå den bättre.¹⁸⁷

Annorlunda är läget vid tolkningen av ett förlikningsavtal som inte stadfästs. Detta avtal ska ses som vilket ordinärt civilrättsligt avtal som helst, och även tolkas därefter. Hänsyn ska tas till att tvisten gäller ett förlikningsavtal mellan parterna som ska reglera en tvist.

5.2.2 Ogiltigförklaring av stadfäst dom

I många fall kan det efter att en förlikning har blivit stadfäst framstå för endera parten att förlikningen på någon grund är att se som ogiltig. Frågan nu blir hur part ska gå tillväga för att få avtalet ogiltigförklarat. Problem uppstår nämligen på grund av stadfästelsens karaktär av dom med rättskraft. Det går inte att som mot ett ordinärt civilrättsligt avtal väcka talan vid tingsrätt för att få förlikningen ogiltigförklarat.

Rättsmedlen mot en stadfäst förlikning är annorlunda än de mot en dom. En part som vill ogiltigförklara en stadfäst förlikning har två alternativ, att väcka talan om ogiltigförklaring¹⁸⁸ av den stadfästa förlikningen eller att

¹⁸⁵ Se 3:13 UB

¹⁸⁶ Ekelöf, Edelstam & Boman (1998) s 73, Westberg, JT 2003/04, s 874

¹⁸⁷ Westberg, JT 2003/04, s 874f

¹⁸⁸ NJA 1975 s 507, RH 1995:110

begära resning^{189, 190}. Att Högsta domstolen godkänner båda dessa lösningar kan synas ganska märkligt, eftersom det innebär att om part söker resning, saken ses som res judicata, medan om han väcker ny talan saken inte ses som res judicata. Det vill säga, i det förra fallet innehar stadfästelsedomen rättskraft medan den i det senare saknar detsamma.

Vilken väg en part ska välja beror på olika faktorer. Om part väljer att begära resning enligt 58 kap. 1 § RB och denna begäran vinner bifall, så får en domstol möjlighet att pröva förlikningens giltighet. Eftersom processen angående förlikningens giltighet kan bli komplicerad och gå genom flera instanser synes det inte troligt att domstolen i samma process kan pröva den bakomliggande tvisten. Istället krävs i realiteten en lagakraftvunnen dom innan den ursprungliga tvisten kan bedömas.¹⁹¹

En part kan även väcka talan vid tingsrätt angående ett stadfästs förlikningsavtals ogiltighet. En av anledningarna till varför Högsta domstolen accepterar även denna väg synes vara att rättsskyddet ansetts för begränsat för en part om han tvingas gå den skriftliga vägen genom resning. Högsta domstolen har velat öppna upp möjligheten att föra muntlig bevisning. Detta argument är också det som talar för varför en part ska välja att gå denna väg. Förfarandet i processen är ganska likt den andra vägens. Processen inleds med att frågan om förlikningsavtalet är att se som giltigt eller ogiltigt. När väl ogiltigheten konstaterats kan sedan den bakomliggande tvisten prövas. Denna tvist bör kunna prövas utan att stadfästelsedomen undanröjs genom klagan på domvilla på den grunden att domen om ogiltighet ses som ett factum superveniens.¹⁹²

Varför Högsta domstolen accepterat möjligheten att föra ogiltighetstalan mot en förlikning som stadfästs beror på behovet av att föra muntlig bevisning. Resningsvägen är nämligen ett skriftligt förfarande. Valmöjligheten har därför tillkommit på grund av rättssäkerhetsskäl.

En annan sak är om domstolen i och med stadfästelsen begått ett rättegångsfel. För att få stadfästelsen upphävd kan parten i dessa fall klaga över domvilla enligt reglerna i 59 kap. 1 § RB.

Om part upptäcker redan innan stadfästelsedomen vunnit laga kraft att förlikningen är att anse som ogiltig har han möjligheten att överklaga domen och behöver inte bekymra sig om vilket rättsmedel han ska välja. Parten som vill ha stadfästelsedomen undanröjd ska i detta fall visa att domstolen inte bort stadfästa förlikningen. Liknelser görs här med vad som krävs för

¹⁸⁹ NJA 1974 s 295, NJA 1981 s 269

¹⁹⁰ Lindell: Vänbok till Torleif Bylund, 2003, s 265, Larsson: Festskrift till Bertil Bengtsson, 1993, s 296

¹⁹¹ Heuman, JT 1999/2000, s 916. Jfr Ekelöf, Edelstam & Boman (1998) s 73 som istället synes mena att domstolen i samma process kan bedöma de bägge frågorna vilket skulle leda till en kortare process.

¹⁹² Heuman, JT 1999/2000, s 918. Jfr även här Ekelöf, Edelstam & Boman (1998) s 73 som tycks anse att stadfästelsdomens rättskraft hindrar att den bakomliggande tvisten tas upp innan stadfästelsen blivit undanröjd.

att få en resning beviljad, det vill säga att det görs sannolikt att förlikningen är ogiltig. Vid överklagandet är det inte möjligt för överrätten att undanröja själva förlikningen, utan bara stadfästelsedomen.¹⁹³

Ett resultat av att en stadfäst förlikning förklaras ogiltig är att stadfästelsedomen förlorar sin exigibilitet. Det krävs inte att stadfästelsedomen är undanröjd för att exekutionsverkan ska upphöra, utan tillräckligt är att själva förlikningen förklaras ogiltig.¹⁹⁴ Något som även det gör stadfästelsedomen speciell, eftersom det normalt krävs att en ordinarie dom undanröjs för att dess exekutionsverkan ska upphöra.

5.3 Ogiltigförklaring av förlikningsavtal

Som för vilket annat civilrättsligt avtal som helst, är ensidig uppsägning av ett förlikningsavtal inte möjlig. Däremot kan avtalet vara att bedöma som ogiltigt på grund av att någon ogiltighetsgrund föreligger.¹⁹⁵ Vad part kan göra är att bestrida dess giltighet enligt allmänna avtalsrättsliga ogiltighetsgrunder som till exempel svek. Innebörden av att ett avtal förklaras ogiltigt blir att det kan förklaras antingen helt eller partiellt overksam. I det senare fallet är inte hela avtalet att ses som ogiltigt, utan enbart vissa delar ut av det. Vanligt är även att klausuler kan jämkas, till exempel på grund av oskälighet enligt 36 § AvtL, så att avtalet får en lydelse som utjämnar intressebeträffningarna mellan parterna.

Ogiltigheten kan bero på ett flertal olika grunder. De flesta av dessa ogiltighetsgrunder härrör sig till uppkomsten av avtalet såsom avtalets innehåll eller omständigheterna kring uppkomsten. Men det finns även situationer då omständigheter som inträffat efter avtalsslutet kan innebära att avtalet är ogiltigt.¹⁹⁶

Något ska i detta sammanhang sägas om den så kallade förutsättningsläran. Läran som kortfattat innebär ett avtal kan förklaras ogiltigt om en väsentlig förutsättning för den rättshandlande brister. Denna förutsättnings närvaro och betydelse måste ha varit synbar för medkontrahenten. Dessutom måste en relevansprövning göras huruvida risken för förutsättningen ska läggas på medkontrahenten eftersom huvudregeln är att en avtalspart själv får stå risken för sina förutsättningsgiltighet.¹⁹⁷

Angående giltigheten av ett förlikningsavtal kan denna lära ha stor betydelse, vilket bland annat visar sig i NJA 1981 s 269. Situationen i målet var att en kommun genom ett förlikningsavtal förvärvat tillbaka visst arrendeställe från B eftersom marken skulle ändra användning från jordbruk

¹⁹³ RH 1998:3

¹⁹⁴ NJA 1964 s 396. Se även Larsson: Festskrift till Bertil Bengtsson, 1993, s 295f

¹⁹⁵ Lindell (1988) s 95

¹⁹⁶ För en utförlig diskussion om dessa ogiltighetsgrunder, se t.ex. Adlercreutz (2002) kap. 7-13

¹⁹⁷ Adlercreutz (2002) s 279ff

till bebyggelse. B yrkade att avtalet skulle förklaras ogiltigt antingen på grund av svek eller i vart fall eftersom förutsättningarna brustit. I sin utredning kommer Högsta domstolen fram till att en väsentlig förutsättning för att B skulle ingå avtalet var den ändrade användningen av marken och att kommunen måste ha insett detta förhållande. Kommunen var dessutom den part som bäst kunde överblicka den framtida användningen av marken, och får därför bära risken för B:s bristande förutsättning.

5.4 Hävning av förlikningsavtal

En näraliggande fråga till talan om ogiltighet är den om möjligheten att häva ett förlikningsavtal på grund av avtalsbrott. Påföljderna är snarliggande, men den stora skillnaden är att ogiltigheten beror på omständigheter före, samt även i vissa fall efter, avtalsslutet medan hävningen beror på grund av förhållanden som utgör brott mot avtalet. Vidare har de olika påföljderna en del olika praktiska följder. För att en part ska ha en möjlighet att häva avtalet så krävs det som huvudregel ett väsentligt avtalsstridande handlande – avtalsbrott – från motpartens sida.¹⁹⁸ En part i ett förlikningsavtal bör kunna häva detta avtal om motparten inte uppfyller sina åtaganden. En annan fråga är om denna möjlighet även föreligger då förlikningen är stadfäst i dom?

Part i ett stadfäst förlikningsavtal kan i dagens system inte sägas ha samma möjlighet att häva avtalet som om förlikningen inte vore stadfäst. Vad en part kan göra är att väcka talan vid domstol för att få förlikningen ogiltigförklarad på grund av att förlikningen aldrig borde ha stadfästs, men under detta faller inte en talan om hävning på grund av kontraktsbrott. I och med att förlikningen stadfästs får den rättskraft som inte går att bryta genom med en vanlig tvistemålstalan. För en part som befinner sig i denna situation blir möjligheten att med stadfästelsedom som exekutionstitel framtvinga verkställighet genom utmätning. Däremot kan han inte häva eller ogiltigförklara avtalet med hänvisning till att till exempel förutsättningarna för förlikningsavtalet brustit.¹⁹⁹

5.5 Ingående av förlikningsavtal hinder för talan

En situation som kan uppstå sedan tvisten nått rättegång är att parterna når en förlikning men ändå vill att målet ska vara anhängigt tills alla punkter i avtalet är uppfyllda. Detta var scenariot i RH 1994:73. I målet hade parterna sedan tvist utbrutit om rätten till vissa fastigheter reglerat denna tvist samt övriga mellanhavanden genom ett överenskommet förlikningsavtal. Parterna

¹⁹⁸ Angående förutsättningar för hävning, se Rodhe (1986) s 192ff

¹⁹⁹ Heuman, JT 1999/2000, s 919

ville emellertid därefter att hovrätten skulle avvakta med att avgöra målet och låta det vara anhängigt ända tills förlikningsavtalet var till fullo uppfyllt.

Vad parterna ville disponera över var de processrättsliga reglerna rörande rättegångens fortskyndande. Dessa regler är emellertid inte dispositiva, utan det är istället domstolens skyldighet att fortlöpande avgöra tillåtligheten av en fastställsetalan samt utan onödigt dröjsmål avgöra de upptagna målen. Parterna kan inte få rätten att vilandeförklara eller avstå från handläggningen av ett mål tills förlikningen fullföljts.²⁰⁰

Det ingångna förlikningsavtalet innebar för parterna att även om det fortfarande rådde viss ovisshet om vem som hade bättre rätt till fastigheterna, hade de uttömmande reglerat hur tvisten dem emellan skulle lösas. Därmed kunde inte heller sådan ovisshet råda om rättsförhållandet som lända käranden till förfång, och en talan om fastställelse ska därför inte längre upptas till prövning. Eventuell tvist i anledning av förlikningsavtalet får istället lösas i ny rättegång.

För en part som ingår en förlikning innebär stadgandet i 13 kap. 2 § RB och RH 1994:73 egentligen bara en sak, att då en förlikning ingås om det omtvistade rättsförhållandet, det inte längre anses möjligt att föra en fastställsetalan därom. Resultatet är knappast överraskande, för varför ska domstolen besvärmas med en tvist som parterna själva löst. Vad det måste ses som är ett incitament för parterna att i förlikningsavtalet noggrant och uttömmande reglera deras mellanhavanden. Om parterna inte gör det lär en ny tvist uppstå med potential att hamna i domstolen.

5.6 Avskrivning och återkallelse av talan

En annan fråga är vad som ska gälla då part begär att rätten ska avskriva målet. Larsson anser i denna fråga att avskrivning alltid kan ske för det fall giltig förlikning ingåtts och ena parten begär avskrivning. Det enda rätten i dessa fall kan ha att pröva är huruvida en giltig förlikning ingåtts.²⁰¹ Denna uppgift behöver emellertid inte vara trivial, något Göta hovrätt fick erfara i mål Ö 1388-04.²⁰² I målet hade rätten att avgöra huruvida en ny överenskommelse angående ett hyresförhållande som träffats mellan parterna skulle innebära att parterna därmed förlikts. Om det skulle anses vara fallet hade rätten att avskriva målet på kärandens begäran, annars skulle dom meddelas. Både tingsrätt och hovrätt kommer i sina bedömningar fram till att käranden inte visat att förlikningsavtal träffats. Käranden har inte kunnat visa att parternas gemensamma avsikt var att det bakomliggande tvistemålet skulle anses förlikts genom en ny överenskommelse om hyresförhållandet. Målet skulle därför inte avskrivas på endast kärandens begäran, utan dom skulle istället meddelas i enlighet med 13 kap. 5 § RB.

²⁰⁰ Brolin, Rehnström & Widebäck (2001) s 169

²⁰¹ Larsson (1958) 116f, RH 1986:10

²⁰² Beslut i mål Ö 1388-04 vid Göta hovrätt, meddelat 2005-06-02

En näraliggande fråga är om en återkallelse av talan i överrätt innebär en återkallelse av hela talan eller enbart själva överklagandet. Ett avgörande av Högsta domstolen antyder för dessa fall en presumtion att en återkallelse av talan av kändanden i överrätt på grund av förlikningsavtal innebär att talan i sin helhet återkallas och inte bara överklagandet.²⁰³

²⁰³ NJA 1974 s 273. Se även NJA 1968 s 46 som handlar om återkallelse av talan på grund av ingången förlikningsavtal.

6 Avslutande kommentarer

Förlikningen är inte någonting helt enkelt att få ett grepp om. Vid första anblick av institutet kan det tyckas att en förlikning inte torde vålla så stora bekymmer, men realiteten är väldigt annorlunda. Problemet med en förlikning är dess komplexitet och många beståndsdelar. Delar som en part måste kunna behärska för att i förlikningen få ut ett så gott resultat som möjligt. Jag har i detta arbete ingalunda haft möjlighet att beskriva och analysera samtliga delar av vägen till en förlikning, och jag tror heller inte att det skulle vara möjligt eller överskådligt att göra detta. För vad som måste hållas i åtanke är att alla tvister och, kanske framför allt, alla förhandlare är olika för varje specifik situation. Det går därför inte generellt att beskriva den rätta vägen till ett förlikningsavtal, utan vad som krävs är flexibilitet och uppmärksamhet i varje specifikt fall. Så här avslutningsvis skulle jag vilja poängtera vissa aspekter av förlikningen som jag anser förtjänar lite extra uppmärksamhet.

I förlikningsförhandlingar är det enligt min åsikt viktigt att en part försöker kvantifiera sina alternativa förlikningsbud. Några sätt att göra detta är genom att räkna ut sitt reservationsvärde med hjälp av till exempel teorierna om väntevärdet och Ebons val. Parten får genom detta fördelen att alternativen lätt kan jämföras. Jag vill emellertid resa ett varningens finger. Parten bör genom hela processen se till att utvärdera sin position kontinuerligt. Han måste för varje specifik tidpunkt fundera över och bestämma sina olika jämförbara värden, och inte låta sig låsas vid de han satt i början av processen. Med tiden kan saker och ting hända som påverkar alternativens värde nämnvärt, och det gäller att vara vaksam för dessa förändringar. Nyttan av alternativ kan med tiden skifta markant, och vad som var ett dåligt alternativ igår kan nästa dag framstå som en skänk från ovan. Dessutom menar jag att det är svårt att bestämma dessa alternativa värden på objektiva kriterier. Det troliga är nog att partens förvrängda urval av fakta och andra psykologiska fällor kommer att påverka bestämmandet av värdena, vilket leder till att parten hämmas från att undersöka och/eller acceptera andra för honom fördelaktiga beslut. Vad som krävs i dessa situationer är istället att parterna har någon typ av måttstock att gå efter, någonting som de konkret kan jämföra sina bud med. Att hitta en sådan måttstock och låta sig styras av den är inte alltid det lättaste.

I förhandlingarna måste parten alltid hålla sitt eget mål i främsta rummet. Dessutom måste parten hela tiden ha motpartens intressen och mål i åtanke. För att nå en överenskommelse måste båda parter se att de har någonting att tjäna, och inte bara en av dem. Därför måste förslag och bud formuleras på ett sådant sätt att de faller väl in i motpartens tankesätt och principer. Metoden kan nästan jämföras med den, då en chef får sina anställda att utföra en viss uppgift och känna sig stolta därvid, nämligen genom att lägga upp uppdragets formulering på ett sådant sätt att det för de anställda

framstår som att de kom med förslaget själva. Kort och gott, det gäller att förankra förslaget hos motparten.

Parten måste i sin väg till en eventuell förlikning också fundera över vilken typ av relation han vill ha med motparten i framtiden. Svaret på den frågan kan i stor utsträckning styra strategival och andra beslut i förlikningsförhandlingen. Det gäller att inse att en av förlikningens fördelar är att det viktiga inte är att se bakåt och vem som genom reglerna har rätt, utan att se framåt och se hur konsekvenserna blir i framtiden och försöka minimera eventuell framtida skada. Meningen kan i de flesta fall – med undantag för den konkurrensinriktade strategin – sägas vara att istället för att bryta ner relationen mellan parterna, stärka densamma genom att ta ner processen på båda parter villkor och fokusera på parterna och deras framtida förbindelser. Parterna får genom detta förfarande alltså fördelen att de inte blint behöver följa tillämpliga lagregler och fördela det juridiska ansvaret utifrån dessa, vilket en domstol hade varit tvungen att göra. Därigenom undgår parterna en stor del av det skuldläggande som kan infektera en tvist.

Flera olika teorier finns som visar hur olika faktorer talar för och emot, att en förlikning ska uppnås. Det gäller här att inte stirra sig blind på dem. Verkligheten och händelserna däri skiljer sig ofta markant från teorins rationalitet. Vad dessa teorier dock kan fungera som är värdefulla instrument att använda för att bedöma sina chanser till förlikning. För visst kan kunskapen om faktorer som minskar sannolikheten till en förlikning påverka partens förberedelser. Om käranden till exempel inser att tvisteföremålets höga värde, parternas höga reservationsvärden eller kanske svarandens privata kunskap arbetar mot en förlikning, bör han förbereda sig på att tvisten kan gå till domstol. Genom att få en viss fingervisning kan parten sedan bestämma hur mycket krut det är värt att satsa på förlikningsförhandlingarna.

Något som inte nog kan poängteras är vikten av att sitta inne med information när tvist bryter ut. Genom att vara väl insatt i en tvist och ha dokumentation om till exempel skador och ansvarsfrågor har parten en klar processuell fördel gentemot motparten. Det visas även teoretiskt att en part med privat kunskap kan utnyttja denna för att få igenom en för honom så positiv utgång på tvisten som möjligt, antingen genom förlikning eller även senare genom dom. Motparten som då tvingas insamla information höjer samtidigt sina rättegångskostnader, något som kan innebära en ökad benägenhet att förlikas.

Vid själva avtalsskrivandet är det viktigt att den prestationsberättigade parten behåller fokus på att avtalet reglerar tvisten på det viset parterna har kommit överens. Genom förhandlingarna har parterna kommit överens om en lösning som är fördelaktig för parten, annars skulle han inte ha godkänt den. Vid avtalsskrivandet gäller det då för parten att sätta detta på pränt så att partens uppfattning om vad lösningen innebär är den innebörden avtalet objektivt visar upp. Det är dock inte helt ovanligt att avtalet formuleras

ofullständigt. För en part kan detta i vissa situationer vara att föredra. Dock måste han i dessa fall överväga vad denna ofullständighet innebär för en eventuell framtida dispyt. Vilka regler kan tänkas fylla ut denna ofullständighet? Hur kan det ofullständiga avtalet komma att tolkas?

Om parterna kommit överens om att svaranden ska utge visst belopp till käranden måste de fundera över hur detta ska regleras i avtalet. Meningen med förlikningsavtalet är att det ska respekteras fullt ut, men verkligheten kan i själva verket bli en annan. Som för andra avtal gäller det i dessa situationer att i avtalet noggrant reglera för dessa situationer. Parterna kan genom själva avtalet inte komma överens om att det ska ges exekutionsverkan. Frågan för parterna blir om och hur de ska komma överens om att avtalet helt eller delvis ska stadfästas och på så vis bli en exekutionstitel. Eller ska prestationsskyldigheten kanske istället sanktioneras på något vis? Valet av lösning beror på flera faktorer såsom till exempel svarandens likviditet. Till exempel, i ett fall då motpartens likviditet är dålig kan en lösning vara att införa en bonusklausul som en slags morot för uppfyllelse. Att i ett dylikt läge använda vitesklausulen som en piska lär knappast ha särskilt stor effekt. För den prestationsberättigade parten är det därför viktigt att han funderar på frågan hur han ska få motparten att prestera och ser till att reglera den på något vis.

Det finns anledning att närmare beakta vissa aspekter på regleringen av stadfästelse av förlikning. Stadfästelsen är en speciell slags dom som ger parterna en möjlighet att knyta exekutionsrättsliga verkningar till det civilrättsliga förlikningsavtalet. En näraliggande fråga som därmed dyker upp är varför inte parterna ges möjligheten att själva reglera om avtalets exigibilitet, såsom de är fria att göra med avtal om underhållsbidrag till barn. Svaret på den frågan torde enligt min mening vara att om parterna var fria att avtala om detta, exekutionsrättsliga problem lätt kunde komma att uppstå. Dagens system i vilket domstolen har rätt att vägra stadfästa oklara förlikningar eller förlikningar vars rättskraft skulle komma att kollidera med andra processer innebär för såväl parterna och rättssystemet som sådant en säkerhet. I och med detta förfarande kan stadfästelsens exekutiva verkningar i det närmaste garanteras eftersom problemen vid verkställigheten minimeras. Vad som däremot kan diskuteras är regleringen i 3 kap. UB där den stadfästa förlikningen i dom ses som en speciell exekutionstitel. Varför inte låta begreppet dom i 3 kap. 1 § UB även omfatta stadfästelsedomar?

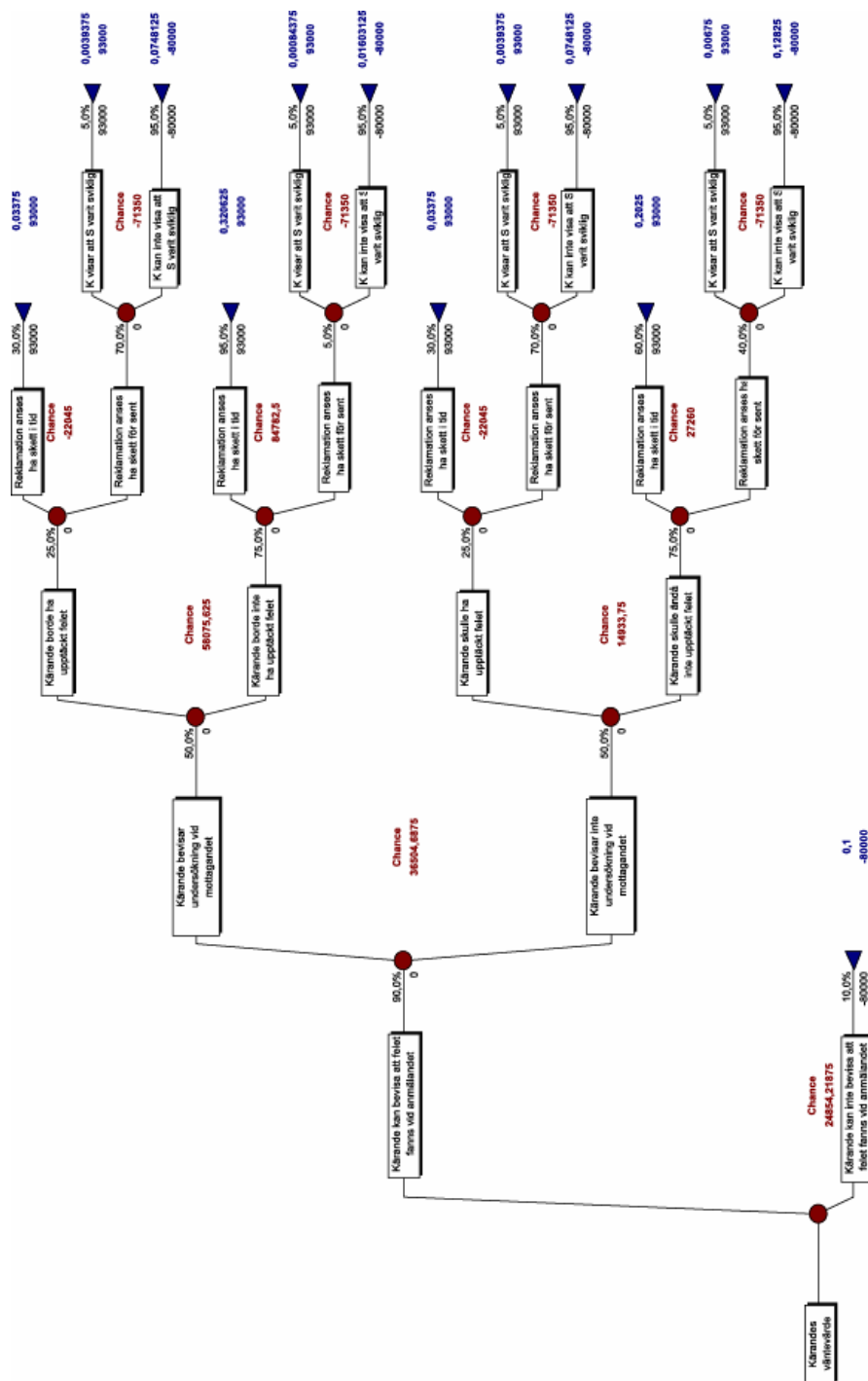
Hur kan då utvecklingen tänkas se ut i framtiden? Att en stor del av tvisterna även i framtiden kommer att lösas utanför rätten ser jag både som något självklart och positivt. En tvist som löses av parterna själva på ett för dem båda acceptabelt sätt innebär att resultatet redan är förankrat och på så vis möjligen kommer att respekteras bättre. Parterna når genom deras samförståndslösning en för dem båda snabbare och billigare lösning, och domstolen besparas att lägga ner resurser på tvisten. Resurser som istället då kan läggas på uppgifter som behöver dem.

Den utökade privata rättskipningen kommer även att innebära att större krav ställs på de juridiska ombuden som kan vara inblandade. Att så sker är väl heller inte så konstigt eftersom mer makt läggs i deras händer. Vad detta innebär för den juridiskt skolade kåren torde vara att den påbörjade specialiseringen inom branschen fortsätter, och att den allmänt kunniga advokaten försvinner mer och mer från marknaden. För ett ombud gäller det att ha den spetskunskap som krävs för att nå ett så bra förlikningsavtal som möjligt för parten.

Domstolarnas roll får emellertid inte glömmas bort i denna privatisering av rättskipningen. I framtiden är det viktigt att tillgängligheten till domstolen blir bättre. Det får inte ta allt för lång tid innan en tvist tas upp till prövning och verkligen inte för en förlikning att stadfästas. Att domstolen måste anpassa sig till rådande klimat uppmärksammas även på senare tid i lagstiftningsarbetet²⁰⁴, i vilket just domstolens ökande roll att låta parterna komma överens genom förlikningar diskuteras. Vad domstolen inte får göra är att se denna utveckling som en besparingsåtgärd, utan istället som en anpassning till rådande klimat; en utveckling mot ett ökat användande av alternativa tvistlösningsmetoder som förlikningen innebär inte att domstolen kan förringa sin roll i rättssystemet. I själva verket blir dess betydelse än viktigare. Till exempel anser jag inte att frågor om ett avtals exekutionsverkan bör släppas till parternas förfogande. Dessutom är det viktigt att domstolen finns där för att besvara frågor och lösa tvister som parter inte själva klarar av. Fortfarande måste domstolen se det som sin primära skyldighet att finnas tillgänglig som rättsskipande organ.

²⁰⁴ Se härom SOU 2001:103 och prop. 2004/05:131

Bilaga A



Bilaga A. Exempel på beslutsträd för fråga om fel i vara med angivandet av väntevärdet för varje punkt. (Egen illustration efter exempel av Runesson (2003) s 238)

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1982:26	Översyn av Rättegångsbalken: Processen i tingsrätt, del B
SOU 2001:103	En modernare rättegång
Prop. 1980/81:8	Förslag till utsökningsbalk
Prop. 2004/05:131	En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol
NJA II 1943 nr 1	Den nya rättegångsbalken

Litteratur

Adlercreutz, Axel	<i>Avtalsrätt I</i> , 12 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2002
Brolin, Thore, Rehnström, Åke & Widebäck, Magnus	<i>Twistemålsprocessen I: En handledning för förberedelsen</i> , 3 uppl., Norstedts juridik AB, Stockholm, 2001
Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif & Boman, Robert	<i>Rättegång</i> , Tredje häftet, 6 uppl., Norstedts juridik AB, Stockholm, 1994
Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Boman, Robert	<i>Rättegång</i> , Femte häftet, 7 uppl., Norstedts juridik AB, Stockholm, 1998
Fisher, Roger, Ury, William & Patton, Bruce	<i>Getting to Yes: Negotiating an agreement without giving in</i> , Random house business books, London, 1999
Grönfors, Kurt	<i>Avtalslagen</i> , 3 uppl., Fritzes, Stockholm, 1995 (cit: 1995:1)
Grönfors, Kurt	<i>Avtal och omförhandling</i> , Nerenius & Santérus förlag, Stockholm, 1995 (cit: 1995:2)

Hammond, John S., Keeney, Ralph L. & Raiffa, Howard	<i>Fatta smarta beslut: En praktisk guide till bättre beslutsfattande</i> , Richter, Malmö, 1999
Heuman, Lars	<i>Specialprocess: Utsökning och konkurs</i> , 5 uppl., Norstedts juridik AB, Stockholm, 2000
Hov, Jo	<i>Rettsforlik</i> , Universitetsforlaget, Oslo, 1976
Larsson, Sven	<i>Förlikning i tvistemål</i> , Almqvist & Wiksell Boktryckeri AB, Uppsala, 1958
Lindell, Bengt	<i>Alternativ tvistlösning</i> , Iustus förlag, Uppsala, 2000
Lindell, Bengt	<i>Civilprocessen</i> , 2 uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2003
Lindell, Bengt	<i>Partsautonomins gränser</i> , Iustus förlag, Uppsala, 1988
Lindskog, Stefan	<i>Förhandlingsspelet</i> , Norstedts förlag, Stockholm, 1999
Norrgård, Marcus	<i>Interimistiska förbud i immaterialrätten</i> , Juristförbundet, Helsingfors, 2002
Olsen, Lena	<i>Borgenärens val vid kontraktsbrott</i> , Norstedts juridik AB, Stockholm, 1997
Olsen, Lena	<i>Ersättningsklausuler: Vite och andra ersättningar vid kontraktsbrott</i> , Nerenius & Santérus förlag, Stockholm, 1993
Raiffa, Howard	<i>The art and science of negotiation</i> , Cambridge, Harvard University Press, 1982
Rodhe, Knut	<i>Lärobok i obligationsrätt</i> , 6 uppl., Norstedts förlag, Stockholm, 1986
Runesson, Eric M.	<i>Avtals- och tvistlösningsförhandling</i> , Glossator, Stockholm, 2003
Runesson, Eric M.	<i>Förhandling: För furstar, småfisk och deras ombud</i> , Juristförlaget, Stockholm, 1993
Shell, Richard G.	<i>Vinnande förhandling</i> , Richter, Malmö, 2001

Spiller, Peter *Dispute Resolution in New Zealand*, Oxford University Press, Auckland, 1999

Samlingsverk

Larsson, Sven *Stadfästelse av förlikning*, Festschrift till Bertil Bengtsson, Nerenius & Santérus förlag, Stockholm, 1993, s 285-300

Lindell, Bengt *Förlikning och medling*, Vänbok till Torleif Bylund, Iustus förlag, Uppsala, 2003, s 261-278

Artiklar

Babcock, Linda &
Landeo, Claudia M. *Settlement escrows: an experimental study of a bilateral bargaining game*, Journal of Economic Behavior & Organization, 2004, s 401-417

Babcock, Linda,
Loewenstein, George &
Xianghong, Wang *The relationship between uncertainty, the contract zone, and efficiency in a bargaining experiment*, Journal of Economic Behavior & Organization, 1995, s 475-485

Farmer, Amy &
Pecorino, Paul *Pretrial settlement with fairness*, Journal of Economic Behavior & Organization, 2004, s 287-296

Fenn, Paul &
Rickmann, Neil *Delay and settlement in litigation*, 109 The Economic Journal, 1999, s 476-491

Fogel, Richard A. *Settlement Negotiations and Strategy*, Risk Management, 2003, s 18-21

Franke, Ulf *ADR – svaret på ett amerikanskt dilemma eller framtidens tvistlösningsmodell?*, Ny Juridik 1996, s 90-105

Heuman, Lars *Förbudet att åberopa förlikningserbjudanden inför rätta*, SvJT 1991, s 87-127

Heuman, Lars *Kan parter få en förlikning stadfäst då denna omfattar frågor som är föremål för prövning i en annan rättegång?*, JT 2003/04, s 621-627

Heuman, Lars *Kan parter göra en förlikning exigibel genom att låta en skiljeman stadfästa den i en dom?*, JT 1999/2000, s 912-933

- Kleinemann, Jan *Avtalsbundenhet som avtalstolkningsproblem?*, JT 1992/93, s 523-529
- Klemont, Alan *Threats to sue and cost divisibility under asymmetric information*, Int. Review of Law and Economics, 2003, s 261-272
- Nicander, Hans *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995/96, s 31-49
- Osborne, Evan *Who Should Be Worried About Asymmetric Information in Litigation?*, Int. Review of Law and Economics, 1999, s 399-409
- Ramberg, Jan *Medveten otydlighet som avtalsrättsligt problem*, JT 1992/93, s 358-368
- Roos, Carl Martin *Förlikningsgapet – om rättsekonomi och processrätt*, JT 1994/95, s 476-498
- Westberg, Peter *Tolkning och verkställighet av dom som bara stadfäster delar av en förlikningsuppgörelse*, JT 2003/04, s 859-877
- Westberg, Peter *Yrkanden med motprestationsvillkor och tvistemålsprövningens yttre ram (NJA 1991 s 173)*, JT 1991/92, s 495-502

Övrigt material

Email med prof. Richard Perlmutter, Suffolk University, USA, 2005-06-27

Rättsfallsförteckning

Nytt Juridiskt Arkiv

NJA 1957 s 470
NJÄ 1964 s 396
NJÄ 1968 s 46
NJÄ 1974 s 273
NJÄ 1974 s 295
NJÄ 1975 s 507
NJÄ 1975 s 577
NJÄ 1981 s 269
NJÄ 1992 s 439
NJÄ 2004 s 862

NJÄ 2003 C 48

Mål från hovrätterna

RH 1981:174
RH 1986:10
RH 1994:73
RH 1995:110
RH 1998:3

Beslut i mål Ö 1388-04 vid Göta hovrätt, meddelat 2005-06-02

Dom i mål T 6766-99 vid Svea hovrätt, meddelad 2001-03-16

Dom i mål T 1285-04 vid Göta hovrätt, meddelad 2005-06-01