

ISBN9789139311591

Twistlösning inom affärsrätten

Tryckt upplaga : 1

Publiceringsdatum : 2020-03-06

Publiceringsdatum : 2020, 6:e mars

Uppdateringsfrekvens : Detta är en e-bok.

Författare : Niklas Arvidsson, Birgitta Nyström,
Peter Westberg

ISBN för det tryckta verket : 9789139022213

Digitalt ISBN : 9789139311591

Senaste uppdatering : Detta är den digitala versionen av den tryckta bok som gavs ut 2020.

Utgivare : Norstedts Juridik

Adjudication – något för den konfliktbenägna svenska byggbranschen?

95

Anders Ingvarson och Daniel Holmdahl ^[Not 1]

1. Inledning

1.1. Betalningsflöden som entreprenadprojektens blodomlopp

I entreprenadprojekt uppstår ofta redan tidigt i projekten konflikter om ändringar ^[Not 2] av entreprenadens ursprungliga kontraktssamfattning. Att enas om vad som rent tekniskt ska göras för att hantera något oförutsett kan vara nog så komplicerat, men löses ofta i samförstånd mellan entreprenör och beställare. Värre är det med de ekonomiska och tidsmässiga konsekvenserna av ändringar. Lösningar i dessa frågor riskerar att påverka parternas likviditet och kassaflöden negativt.

Visserligen innehåller standardavtalen AB 04 och ABT 06, som i princip alltid används i svenska kommersiella bygg- och anläggningsprojekt, bestämmelser som föreskriver hur ändringar ska regleras. Men hur dessa bestämmelser ska tillämpas i det enskilda fallet, på de konkreta omständigheter som är för handen, kräver i regel tolkning och rättslig analys. Det finns sällan juridisk kompetens på plats i projekten. I praktiken innebär det inte sällan att ingenjörer får ge sig i kast med förhållandevis komplex kontraktstolkning. Det kan leda till vitt skilda resultat.

Den ömsesidiga osäkerheten om vad som är rätt och riktigt leder ofta till lösningar. Parterna kan inte enas. Entreprenören fakturerar till slut det denne

ser som rätt ersättning för en ändring (men som kan vara fel ur ett kontraktuellt perspektiv). Beställaren är osäker på om entreprenören har rätt till den begärda ersättningen och vill inte riskera att betala för något som kanske redan ingår i kontraktet. Beställaren bestrider således fakturan. Där "fryses" konflikten. Fler oreglerade ändringar eller andra frågor läggs på hög. Relationen mellan parterna försämras. Entreprenaden riskerar att försenas.

Många som någon gång kommit i kontakt med tvister och konflikter i entreprenadbranschen känner nog igen sig i det ovan skisserade scenariot. Visst är det en fungerande modell att *"bygga först och bråka senare"* när parterna är rimligt finansiellt starka.

När en eller flera aktörer är finansiellt svaga uppstår emellertid svårare frågor, och projektets rättidiga färdigställande äventyras vid låsningar av den typ som skisseras ovan. Obeståndssituationer lurar runt hörnet, vilket i sin tur kan leda till utpressningsliknande försök att tvinga fram betalning för ändringar eller forcering genom hot om att avbryta arbetena eller rentav överge entreprenaden. Omvänt kan beställaren (oavsett om beställaren är generalentreprenör i förhållande till en underentreprenör, eller om beställaren är en beställare i förhållande till generalentreprenören) utnyttja entreprenörens bristande likviditet. Så kan ske genom att beställaren försöker träffa överenskommelser som innebär att beställaren betalar "för lite" för ändringar (kanske under en nivå som ger kostnadstäckning) men som ändå accepteras från entreprenörsledet som en sista utväg för att få in tillräckligt med medel för att undvika obestånd. "Bygga först och bråka senare" är alltså en modell som kan vara mindre lämplig när finansiellt svaga aktörer är involverade i entreprenadprojekt. På den svenska marknaden för entreprenader är det ofta underentreprenörer som är de finansiellt sett svagaste aktörerna i projekten. [Not 3] Problematiken är därför mest frekvent i ledet generalentreprenör – underentreprenör. Men det förekommer också att generalentreprenörer eller beställare är mindre finansiellt starka. Frågan är om *"betala först, bygg sedan och bråka sist"* är en bättre modell i dessa fall.

1.2. Kassaflodes- och finansieringsproblem och tillgången till en rättvis prövning

Det är inte ovanligt att t.ex. en mindre installatör har åtagit sig att på underentreprenadbasis utföra vissa arbeten åt en generalentreprenör. På

den svenska entreprenadmarknaden är generalentreprenören ofta ett större företag som ingår i en koncern med miljardomsättning på årsbasis. Om underentreprenörens erhållande av betalning från generalentreprenören i ett sådant fall görs beroende av huruvida generalentreprenören får betalt från sin beställare riskerar betalningsflödet i hela entreprenaden att stanna av i det fall någon av parterna i kedjan håller inne betalning. Det kan bli förödande för den aktör som inte har några reserver och som är beroende av löpande betalningar för att vidmakthålla ett positivt kassaflöde och finansiera sin verksamhet.

När en entreprenör eller underentreprenör hanterar ändringar utan att få betalt – oavsett vem av parterna som enligt entreprenadkontraktet ansvarar för sådana ändrade förhållanden – kan det medföra likviditetsproblem. Om det handlar om stora belopp kan en konkurs vänta bakom hörnet.

Samma problematik kan uppstå för den finansiellt sett svaga beställaren som inte kan bära konsekvenserna av en försening och därför tvingas betala för ändringar och/eller forcering (oavsett om det är rätt eller inte ur ett kontraktuellt perspektiv) till en entreprenör som annars hotar att avbryta arbetena. En beställare som är mindre finansiellt stark, och för vars överlevnad t.ex. ett köpcentrum måste öppna till julhandeln eller lägenheter måste

vara inflyttningsklara vid ett visst datum, kan alltså hamna i en omvänd "utpressningssituation", dvs. att entreprenören hotar med att stoppa arbetena eller till och med lämna arbetsplatsen och därigenom försena entreprenaden, om beställaren inte betalar vad entreprenören anser vara rätt för t.ex. en ändring.

I dessa situationer kan underentreprenören, entreprenören eller beställaren ställas inför valet att träffa en dålig förlikning eller förmås till andra eftergifter för att rädda företaget från konkurs. Alternativet är att finna finansiella lösningar både för att finansiera ändringarna (eller, om det är beställaren som är illa ute; att finansiera kostnaden för att häva och fullfölja med annan entreprenör i avvaktan på en prövning) och en långvarig rättsprocess för att på så vis kunna hävda sin rätt i domstol eller skiljenämnd.

Att den som är finansiellt starkast kan skaffa sig orättmätiga fördelar i sådana situationer kan ses som orättvist. I vissa fall kan det bli fråga om något som i praktiken kan betecknas som allvarliga brister i *access to justice*. Problemet är inte att det saknas rätt till en rättvis prövning. Snarare saknas förutsättningar för den svagare parten att finansiera en sådan rättvis prövning som entreprenadkontraktet i och för sig medger, och inte minst

98

att "hålla ut" och hålla företaget flytande i väntan på betalning. Om sedan konsekvenserna av ändringar ändå når rättslig prövning, kan det innebära flera års kostsam process och väntan på dom.

Snabb hjälp i form av att interimistiskt slita en tvistefråga inför en opartisk person kan i dessa fall vara en attraktiv lösning. I bästa fall innebär en sådan lösning av modellen "*betala först, bygg sedan och bråka sist*" att den part som har ett berättigat betalningsanspråk men svag finansiell ställning kan leva vidare och så småningom hävda sin rätt i en full prövning av saken.

1.3. Summarisk tvistlösning i överljudsfart - Storbritannien visar vägen

De nu skisserade problemställningarna är inte unika för Sverige, utan förmodligen globala. Olika lösningar på problemen har prövats. I Storbritannien valde man redan 1996 en tämligen radikal lösning att genom *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* (nedan "HGCR") göra det obligatoriskt för parter i kommersiella entreprenader att avtala om att tvister i första hand ska slitas genom det förenklade och mycket snabba tvistlösningsförfarandet *adjudication*. HGCR samspelar med *The Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998*, kort kallat *The Scheme*, i vilket det mer detaljerade förfarandet regleras.

Tvistlösningens formen har sitt ursprung i den s.k. *Latham Report*, framtagen på uppdrag av brittiska underhuset för att stävja nedgången av antalet entreprenader i Storbritannien till följd av 90-talets lågkonjunktur och det omfattande antalet entreprenadtvister som fördrade branschen, relativt till övriga Europa. ^[Not 4] HGCR arbetades fram i nära samarbete med de centrala brittiska entreprenadorganisationerna, liksom utvecklingen av Allmänna Bestämmelser, som i Sverige sker i samråd med BKK:s ^[Not 5] medlemmar. Även om rapporten behandlade flera olika frågor relaterade till entreprenadområdets utveckling så avsattes hela kapitel 9 till att utveckla en ny form av tvistlösningsförfarande som skulle förhindra att entreprenader stannar av p.g.a. utdragna hinder i kassaflödet.

I den följande framställningen, som inte i något avseende gör anspråk på att vara fullständig eller komplett och som väl närmast får betraktas

99

som en grov skiss, presenterar vi hur adjudication fungerar i praktiken och diskuterar de erfarenheter som har gjorts hitintills. Avslutningsvis reflekterar vi över om det djärva brittiska greppet med adjudication kan vara något även för den svenska byggbranschen. Kanske finns det anledning att överväga att överge "bygg först, bråka senare" till förmån för modellen "betala först, bygg sedan och bråka sist"?

2. Adjudication - så fungerar det

2.1. Allmänt

Adjudication innebär att en tvist mellan entreprenör och beställare får ett mycket snabbt och interimistiskt men verkställbart avgörande. Därmed minskar risken för obeståndssituationer då det finns berättigade betalningskrav. Även risken för stillestånd och försening p.g.a. att entreprenören hotar med att lägga ner arbetet som påtryckningsmedel för att få betalt minskar. Förfarandet kan sammanfattas med "betala först, bygg sedan och bråka sist". Den förlorande parten kan nämligen, efter entreprenadens färdigställande, väcka talan om en full rättslig prövning av samma sak som redan prövats summariskt och interimistiskt i adjudication, i domstol eller skiljenämnd. ^[Not 6]

Bestämmelsen i artikel 108 HGCR anger att alla entreprenadavtal ska föreskriva adjudicationförfarande vid oenigheter mellan parterna. Om så inte sker gäller ändå adjudication som ett tvingande första tvistlösningsskritt. Av bestämmelsen följer att det är öppet för standardavtalen inom entreprenadbranschen att i större detalj bestämma reglerna för förfarandet, i den utsträckning sådana bestämmelser uppfyller de relativt omfattande och detaljerade indispositiva reglerna i HGCR och The Scheme. De indispositiva reglerna får alltid företräde i det fall avtalet inskränker dessa regler eller på annat sätt avviker från tvingande rätt. ^[Not 7]

2.2. Förfarandet

Adjudication förutsätter att det har uppstått en tvist mellan parterna. Förfarandet inleds med att motparten delges en påkallelse (eng. *notice of*

100

intention to refer). Påkallelsen ska vara skriftlig och innehålla en kort sammanfattning av omständigheterna, uppgifter om när och var tvisten uppstod, vilka parterna är samt vad som yrkas. ^[Not 8] Påkallelsen sätter ramarna för tvisten. Adjudikatoren (eng. *the adjudicator*), den person som avgör tvisten, kan inte gå utanför dessa ramar. Den påkallande parten har heller inte möjlighet att senare justera påkallelsen. ^[Not 9]

Inom de ramar som parterna sätter för adjudikatoren har denne ett omfattande inkvisitoriskt mandat att bl.a. efterfråga bevisning, använda sin egen expertis, kräva ytterligare inlagor eller anlita experter av olika slag så länge parterna informeras om det. Det är dock inte obligatoriskt för adjudikatoren att tillämpa ett inkvisitoriskt förfarande.

Adjudikatoren ska väljas inom sju dagar från delgivningen och i 90–95 procent av fallen utses adjudikatoren av så kallade *adjudicator nominating bodies* (ANB), liknande skiljedomsinstitut med expertis inom administration av adjudicationförfaranden. ^[Not 10] Oftast innehåller parternas avtal en tvistlösningssklausul som stipulerar vilken ANB som ska utse adjudikatoren.

Den part som påkallar adjudication ska inom sju dagar från den inledande delgivningen sända sin första inlaga till såväl adjudikatoren som sin motpart. Av inlagan ska det framgå vad som yrkas samt vilka grunder som åberopas. Bevisning ska bifogas.

Det är upp till varje part om parten vill företräda sig själv eller anlita ombud. Det är dock absolut vanligast att parterna använder sig av ombud. ^[Not 11]

Efter mottagandet av påkallelsen upprättar adjudikatoren en tidsplan som anger när svaromål ska inges, samt typiskt sett även datum för ingivande av ytterligare ett yttrande av varje part. Det är dock upp till adjudikatoren att bestämma hur många yttranden som krävs innan tvisten kan avgöras. Tillkommer ny bevisning kan det vara en anledning att tillåta fler yttranden. De mycket snäva tidsramarna för förfarandet innebär onekligen en tydlig praktisk restriktion för antalet möjliga yttranden.

101

Förfarandet sker liksom skiljeförfaranden utan allmän insyn. Med undantag för information om att ett förfarande pågår omfattas allt övrigt av sekretess.

2.3. Avgörandet

Adjudikatorns mandat är begränsat till de frågor som ryms inom påkallelsen och parternas avtal. Avgörandet ska presenteras inom 28 dagar från det att motparten delgavs den inledande skriften. Parterna har dock möjlighet att enas om tidsförlängning för avgörandet efter egna önskemål, och adjudikatoren kan begära förlängning av den part som har inlett förfarandet med upp till 14 dagar. ^[Not 12] En begäran om tidsförlängning bör ges in redan när adjudikatoren mottagit påkallelsen, då parterna troligtvis är mer villiga att tillåta en förlängning redan vid start än enstaka dagar innan beslutet är planerat att delges dem. ^[Not 13]

Av de tvister som avgörs "institutionellt", dvs. av en adjudikator utsedd av en ANB, ^[Not 14] leder 60–70 procent av målen till ett faktiskt avgörande. I övriga fall får det antas att förlikning träffas under förfarandets gång.

Avgörandet kan utgöra ett betalningsföreläggande i det fall det rör sig om en fullgörelsetalan, men kan också ange vad som ska gälla mellan parterna om det rör sig om en fastställsetalan.

Huvudregeln är att respektive part ska bära sina egna rättegångskostnader, oavsett utfall. Det enda undantaget är om parterna träffar en särskild överenskommelse om att adjudikatoren ska fördela rättegångskostnaderna på visst sätt. En sådan överenskommelse får inte finnas med i entreprenadavtalet eller i tvistlösningsklausulen, utan får träffas först efter att kallelsen till förfarandet har delgetts motparten. ^[Not 15]

Adjudikatorns beslut innefattar enligt huvudregeln inga domskäl. Beslutet motiveras endast om en eller båda parter särskilt begär det. ^[Not 16]

102

Givet förfarandets snabba karaktär ställs det inga krav på att domskälen ska vara särskilt omfattande eller ge ett uttryckligt resonemang kring varje delfråga eller invändning som har behandlats under förfarandet. Det är tillräckligt om domskälen visar att adjudikatoren har beaktat de frågor som ställts till denne och vad slutsatserna är i förhållande till varje fråga. ^[Not 17]

Artikel 108 HGCR anger att det av parternas avtal ska följa att adjudikatoren har möjlighet att rätta sitt beslut i den utsträckning det innehåller stavfel eller liknande. Adjudikatoren har inte något ansvar för materiellt felaktiga beslut eller för att något utelämnas i beslutet, såvida inte felet har begåtts i ond tro. Adjudikatoren kan således sägas vara

fri från ansvar för beslutets innehåll och riktighet, vilket ter sig fullt rimligt givet (i) de extremt korta tidsfristerna och (ii) bägge parter rätt att få saken fullt prövad i efterhand, utan påverkan av adjudikatorns beslut.

Motsätter sig den förlorande parten att följa avgörandet frivilligt, kan den vinnande parten begära verkställighet i domstol. Den förlorande parten kan i sin tur invända mot verkställighetstalan på två olika grunder: att adjudikatorn gått utanför sin behörighet i målet eller att avgörandet är i strid mot *natural justice*. Dessa grunder förklaras närmare nedan.

Adjudikatorns avgörande samt verkställighet av avgörandet är bindande till dess frågan prövas av domstol eller skiljenämnd eller tills en bindande förlikning träffas.

Skulle talan om samma sak som prövats i en adjudication väckas på nytt blir det inte fråga om ett överklagande av adjudikatorns beslut, utan tvisten tas i stället om från början. Möjligheten att inleda en ny prövning av samma sak och att adjudikatorns avgörande inte träffas av principen om *res judicata* är en av de egenskaper som skiljer adjudication från domstols- och skiljeförfaranden. Det vanligaste är dock att adjudikatorns beslut förblir bindande och att parterna inte inleder en ny tvist om samma sak. ^[Not 18]

2.4. Särregleringar

Det är möjligt att närmare definiera adjudicationförfarandet såväl i individuellt utformade avtal som i standardavtal. Likaså har olika institut som

103

tillhandahåller administration av adjudicationförfarande utvecklat egna regler för förfarandets detaljer, på samma sätt som skiljedomsinstitut likt Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (SCC) tillhandahåller regelverk för skiljeförfaranden. Liksom den reglering som är möjlig att göra i standardavtal får inte heller dessa regelverk avvika från de indispositiva reglerna i HGCR.

Adjudication har även kommit att tillämpas *ad hoc* av parter vars avtal inte rör entreprenad men där förhållandena är så pass snarlika att förfarandet ändå har ansetts lämpligt. ^[Not 19] Då en grundförutsättning för adjudication enligt HGCR är att tvisten grundas i ett entreprenadavtal innebär det att adjudikatorn i andra fall inte har något lagligt stöd för sitt mandat. I stället krävs en överenskommelse mellan parterna. Utgångspunkten är att om den svarande parten inte uttryckligen protesterar mot en påkallelse av adjudication har svaranden accepterat förfarandet. Svarandeparten förlorar då även rätten att föra en klandertalan gällande bristande behörighet efter att adjudikatorn har meddelat sitt beslut.

3. Klander

3.1. Allmänt

Även om möjligheten finns att såväl klandra adjudikatorns beslut som ompröva hela tvisten anser 80 procent av de tillfrågade i en studie att adjudikatorns avgörande upplevs som bindande, även om så alltså inte är fallet. ^[Not 20] En förklaring till denna inställning tycks vara de brittiska domstolarnas tendens att i de allra flesta fall döma till fördel för verkställighet. Endast undantagsvis vinner en klandertalan mot ett adjudicationbeslut framgång. ^[Not 21]

Antalet klanderförfaranden som vinner framgång i Storbritannien är försvinnande få. Även om adjudikatorns beslut är materiellt fel hindrar det inte verkställighet så länge adjudikatorn i sitt beslut har hållit sig inom sitt mandat. ^[Not 22] Skälet för att utrymmet för klander är mycket begränsat är

(i) att en missnöjd part kan pröva hela saken på nytt i domstol eller skiljeförfarande och (ii) att syftet med adjudication – att förhindra låsningar i entreprenaders kassaflöden – är överordnat. Att ventilen för klander är mycket begränsad ligger i linje med lagstiftarens prioritering av snabbhet framför materiell rätt.

En klandertalan väcks som en invändning till den vinnande partens talan om verkställighet. Frågorna behandlas med andra ord parallellt. ^[Not 23] Då klandertalan mycket sällan vinner framgång riskerar den part som motsätter sig verkställighet att med stor sannolikhet få betala samtliga rättegångskostnader för verkställighetsförfarandet. ^[Not 24] Den vinnande parten ska normalt inte behöva besvärmas med att gå till domstol för verkställighet av adjudicationavgörandet. ^[Not 25] Betalning ska i stället ske frivilligt efter delgivning av adjudicationavgörandet:

In short, in the overwhelming majority of cases, the proper course for the party who is unsuccessful in an adjudication under the scheme must be to pay the amount that he has been ordered to pay by the adjudicator. If he does not accept the adjudicator's decision as correct (whether on the facts or in law), he can take legal or arbitration proceedings in order to establish the true position. To seek to challenge the adjudicator's decision on the ground that he has exceeded his jurisdiction or breached the rules of natural justice (save in the plainest cases) is likely to lead to a substantial waste of time and expense [...] ^[Not 26]

Som framgår av citatet är möjligheten att nå framgång med en klandertalan begränsad. Endast i fall då adjudikatorn har agerat utanför sin behörighet eller om avgörandet kommit till stånd utan en rättvis prövning (*in breach of natural justice*) kan det bli aktuellt. En förlorande part som anser sig ha rätt i sak gör därför klokt i att acceptera adjudikatorns beslut, betala och sedan påkalla full materiell prövning av saken snarare än att klandra beslutet. Oaktat detta kommenteras de två typiskt sett möjliga klandergrunderna nedan.

3.2. Behörighetsfrågan

Invändningar mot adjudikatorns behörighet ska alltid föras fram under förfarandets gång för att i ett tidigt skede förtydliga att den invändande parten inte anser sig bunden av adjudikatorns avgörande. Adjudikatorns bristande behörighet kan grunda sig i ett flertal omständigheter så som bristande förutsättningar för att en tvist över huvud taget är hänförlig till adjudication, t.ex. avsaknaden av entreprenadavtal mellan parterna, eller att adjudikatorn i sitt avgörande har gått utanför de ramar för uppdraget som följer av påkallelsen. ^[Not 27] Det avgörande för frågan om behörighet är inte så mycket att adjudikatorn har besvarat frågan rätt som att denne har besvarat rätt fråga. ^[Not 28]

3.3. Kravet på "natural justice"

Invändningar gällande *breach of the rules of natural justice* rör frågan om adjudikatorn under förfarandet har nekat någon av parterna en rättvis prövning. Med anledning av att adjudicationavgöranden kan omprövas vid senare tillfälle och avgörandena i sig inte utgör en exekutionstitel, anses inte förfarandet motsvara en rättegång. Därmed har EKMR artikel 6 gällande rätten till en rättvis rättegång inte ansetts tillämplig på adjudicationförfarandet. ^[Not 29] Men eftersom den stora majoriteten av adjudicationavgöranden i slutänden ändå står fast anses det viktigt att det trots allt finns vissa möjligheter för parterna att ställa krav på förfarandets rättssäkerhet. De mest grundläggande kraven på ett rättvist förfarande, som inte kan frånfallas ens i så snabba förfaranden som adjudication, betecknas i Storbritannien som *natural justice*.

Tre huvudsakliga aspekter av natural justice har belysts genom klander av adjudicationavgöranden i Storbritannien, nämligen partiskhet, parts bristande möjlighet till förberedelse och adjudikatorns bristande övervägande av omständigheterna. [Not 30]

106

Gällande partiskhet ansågs i målet *Discaim Project Services Limited v Opecprime Developments Limited (No. 2)* [Not 31] att det utgjort ett brott mot natural justice att adjudikatoren hade diskuterat materiella omständigheter med en av parterna på telefon utan att därefter informera motparten om omständigheterna. Avgörandet kunde därför inte verkställas. Sir Peter Coulson understryker vikten av uttrycket *justice must be seen to be done* i ett förfarande likt adjudication. När alltsammans går mycket snabbt är det viktigt att parterna kan känna tillit till och förtroende för adjudikatoren. [Not 32]

I *Balfour Beatty Construction Limited v The Mayor Burgesses Of The London Borough Of Lambeth* [Not 33] hade parterna inte fått möjlighet att kommentera adjudikatorns bedömning av den kritiska linjen för projektet, på vilket avgörandet grundades. Med anledning av detta verkställdes inte avgörandet.

I *Buxton Building Contractors Limited v Governors of Durand Primary School* [Not 34] verkställdes inte avgörandet med anledning av att adjudikatoren inte hade beaktat allt material som parterna hade presenterat. Inte heller hade alla väckta frågor prövats.

Även i svensk rätt har kravet på generella processuella rättigheter vid tvistlösning belysts, om än i begränsad utsträckning. I avgörandet T 4968-07 från Svea hovrätt mellan Vägverket och Skanska Sverige AB har ett resonemang liknande frågan om natural justice anlagts. Målet rörde frågan om huruvida det var en bristande väsentlig förutsättning eller ej att en i avtalet utsedd tvistlösare var opartisk. Hovrätten fann att det var en bristande och väsentlig förutsättning att tvistlösarens opartiskhet kunde ifrågasättas med anledning av att "det får anses vara en grundläggande förutsättning för två tvistande parter som överlämnar till annan att med bindande verkan för dem slutligt avgöra tvisten, att denne är opartisk".

3.4. The Technology and Construction Court

Klandertalan och talan om verkställighet förs i de flesta fall i specialdomstolen för entreprenadmål m.m. *Technology and Construction Court* (TCC). TCC har en omfattande praxis för verkställighetsfrågor av adjudicationavgöranden. Vid hantering av verkställighetsmål försöker domstolen spegla

107

adjudicationförfarandets prioritering av snabbhet. Svaranden får vanligtvis 14 dagar på sig att inge sitt svar och käranden får därefter runt fyra dagar för eventuella kompletteringar, om nödvändigt. Ett förhandlingsdatum sätts därefter, oftast inom tio till 14 dagar. I de flesta fall kan domstolen tillhandahålla ett avgörande direkt efter huvudförhandling (i praktiken ofta inom 28 dagar från det att talan om verkställighet väckts), men beroende på om ny bevisning eller nya argument förs fram kan avgörandet dröja några dagar ytterligare. [Not 35]

4. Förfarandets utmaningar

4.1. Allmänt

Det finns flera tänkbara fördelar med adjudicationförfarandet. Liksom med skiljeavtal är en av de möjliga fördelarna med adjudication att parterna fritt kan välja vem som ska avgöra tvisten. Parterna kan därmed välja någon som är kunnig inom området och som parterna känner förtroende för. Därtill är det ett mycket snabbt och privat förfarande som tar maximalt 28 dagar, om förlängning inte begärs. Det snabba förfarandet, och det faktum att tvisten avgörs av en ensam "domare", oftast utan muntliga huvudförhandlingar, innebär också väsentligt lägre processkostnader. Som utvecklats ovan är en viktig fördel att obeståndssituationer eller olika former av utpressningsliknande situationer kan stävjas. Dock kan adjudicationbeslut som går den finansiellt sett svagare parten emot snarare accentuera än stävja risken för obestånd.

Att adjudikatorns beslut kan behöva verkställas omgående, utan möjlighet att ompröva beslutet innan entreprenadens slutförande, kan drabba den förlorande parten mycket hårt. Ett interimistiskt avgörande kan få mycket negativa konsekvenser – t.ex. obestånd – innan det prövas på nytt.

Styrkan som ligger i förfarandets effektivitet kan i vissa situationer också vara förfarandets svaghet och en påtaglig utmaning för parterna. Några av dessa utmaningar redovisas nedan.

4.2. Överrumplingsrisker

Givet de snäva tidsramarna har adjudication en inneboende maktobalans. Käranden har möjlighet att förbereda sitt mål i lugn och ro innan förfarandet

108

påkallas. Svaranden får däremot endast ett par dagar, kanske några veckor, på sig att förbereda sitt försvar mot kärandens "bakhåll". Svaranden saknar dessutom, till skillnad från vid ett sedvanligt svenskt domstolsförfarande, möjlighet att begära anstånd för att utveckla sina argument.

Taktiken kan vara än mer graverande för svaranden vid ett "kollektivt bakhåll", dvs. när flera underentreprenörer samtidigt inleder adjudicationförfaranden mot en och samma generalentreprenör. Att det krävs båda parter medgivande för att förlänga tiden för avgörandet ger käranden än större möjligheter att diktera tvistens villkor. [Not 36] Det har invänts mot dessa överraskningsstrategier och anförts att ett avgörande under förhållanden där den svarande inte hinner förbereda sig skulle utgöra ett brott mot natural justice och att en adjudikator som inte tillåts mer tid av parterna bör avstå från att åta sig uppdraget om tvisten inte kan genomlysas tillräckligt. [Not 37]

4.3. Risker för bristande genomlysning

Det snabba och kostnadseffektiva förfarandet innebär att man kompromissar med genomlysningen av ärendet. Den part som skulle dra fördel av en mer utförlig redovisning av bevisning eller förhör förlorar på att förfarandet premierar snabbhet framför noggrannhet. Detta särskilt med tanke på att avgörandena i de allra flesta fall verkställs. [Not 38] Två typer av tvister som, med anledning av deras komplexitet, ansetts särskilt olämpliga för adjudication är frågor om professionsansvar och tvister kring ett projekts slutliga kostnader. [Not 39] Ett sätt att undgå att prövningen blir alltför summarisk kan vara att dela upp förfarandet i flera mindre tvister eller att parterna enas om mer tid för adjudikatorn att handlägga tvisten. [Not 40] Parterna kan dessutom enas om att undantagsvis tillåta adjudikatorn att handlägga

109

mer än en sak samtidigt om sakerna rör samma avtal eller går att koppla till det omstridda avtalet. ^[Not 41] Givetvis till priset av ökade processkostnader. ^[Not 42]

Invändningen att tvisten har varit alltför komplex för att handläggas under 28 dagar och därför inte uppfyller kravet på en rättvis rättegång (*breach of natural justice*) har sällan vunnit framgång. I ett fall av en sådan invändning bedömde rätten dessutom huruvida påkallandet hade utgjort ett försök att överlasta motparten med så stort material att det inte går att bemöta inom de korta frister som gäller för förfarandet. Klagan vann inte framgång, med motiveringen att varken klaganden eller adjudikatoren under förfarandet hade antytt att tiden för förfarandet varit otillräcklig. ^[Not 43] Vid protester under förfarandet hade emellertid utgången kanske blivit en annan.

Bristande tillgång till kompetenta och ojäviga adjudikatorer är en potentiell tydlig nackdel. För att framgångsrikt hantera ett adjudicationförfarande på ett rättssäkert sätt krävs i regel juridisk utbildning och erfarenhet av tvistlösning. Det är utmanande att hantera parter i konflikt. Det finns åtskilliga exempel på att i sig mycket kompetenta ingenjörer inte är lämpade att hantera parter i tvist på ett rättssäkert sätt. Därtill är det starkt önskvärt att adjudikatoren har särskild erfarenhet från entreprenadbranschen och helst från den typ av entreprenad som tvisten gäller. I en mindre jurisdiktion med många jävsproblem kan bristen på lämpliga adjudikatorer rentav vara ett förhållande som innebär att adjudication inte är en ändamålsenlig modell. Möjligheten att inrätta institut som utser adjudikatorer likt ANB torde vara en praktisk förutsättning för att utseendeprocessen ska gå att hantera.

4.4. Risken för alltför "grov" rättvisa

Den grundläggande idén bakom adjudication är att tillåta ett grovt och snabbt förfarande för en tillfällig lösning på tvisten, men med möjlighet till full prövning av samma sak i ett senare skede. Den rättvisa som administreras blir därmed approximativ. Vikten av att besluten skulle kunna omprövas, givet den något kantiga rättsprocessen, påpekades redan

110

under utformandet av adjudicationförfarandet. ^[Not 44] Men då möjligheten till omprövning och klander sällan nyttjas, och avgörandena i många fall därmed står sig, väcker det frågan om adjudication kanske inte är ett så rättssäkert instrument som dess förespråkare vill ge sken av.

Om utfallet av adjudication går den svagare parten emot kan verkställande av beslutet bli förödande för den svagare parten, som inte har möjlighet att finansiera en senare fullständig prövning av saken. Adjudication tycks utifrån det perspektivet främst gagna den part som snabbast kan upprätta övertygande inlagor och anskaffa och strukturera bevisning. Detta kan mycket väl tänkas vara den ekonomiskt starkare parten.

Om adjudicationförfarandet med anledning av detta är för grovt för att vara rättssäkert kan diskuteras. ^[Not 45] Men som redogörs för nedan och som framgår av årliga rapporter från Adjudication Society fortsätter förfarandet, trots dess eventuella kantighet, vara en uppskattad form för tvistlösning avseende entreprenader i Storbritannien.

5. Utvecklingstendenser

5.1. Storbritannien

Antalet adjudicationförfaranden i Storbritannien har varierat sedan lagen infördes 1998. Siffror från ANBs, som tillhandahåller adjudikatorer i cirka 90 procent av tvisterna, pekar på att antalet tvister ökade explosionsartat till 2 000 per år under de första tre åren, för att under början av 00-talet sjunka till 1 000 förfaranden år 2011. Antalet har sedan dess ökat till cirka 1 500 förfaranden per år. Antalet förfaranden spås ligga kvar däromkring inom en

överskådlig framtid. ^[Not 46] Orsakerna till variationerna är inte helt tydliga, men över lag innebär en större mängd entreprenader också ett större antal adjudicationförfaranden.

En annan förändring som har iakttagits är att de frågor som typiskt sett hänskjuts till adjudication har förändrats. Syftet med lagen var att undvika strypning av kassaflödet i entreprenader och att effektivisera byggprocessen. Undersökningar tyder på att syftet också har uppnåtts i och med att

111

allt färre entreprenadvister i domstol rör frågor om betalningar. Antalet tvister är dock på det stora hela oförändrat, vilket kan bero på att tvister om betalningar har ersatts av mer komplexa frågor gällande entreprenadens tekniska och juridiska aspekter. En rapport från Adjudication Society beskriver detta fenomen som en glidning (eng. *mission drift*), att adjudication i dag har fått en annan funktion än det var ämnat. I New South Wales, Australien, där adjudication också tillämpas, har denna glidning hanterats genom att motsvarigheten till HGCR har justerats så att adjudication endast kan omfatta vissa typer av tvister. ^[Not 47]

5.2. Bör ett motsvarande förfarande införas i svensk rätt?

Mot bakgrund av den brittiska implementeringen av adjudication och de för- och nackdelar som uppdragats med förfarandet sedan dess tillkomst blir en relevant följdfråga om detta radikalt förenklade tvistlösningsförfarande kan vara något för den svenska byggbranschen. Liksom det konstaterades i Storbritannien under 80- och 90-talet tycks också den absoluta majoriteten av svenska entreprenadvister röra utebliven ersättning. ^[Not 48]

Efter ändringen i AB 04 och ABT 06 avseende vid vilken gräns tvister ska lösas av skiljedomstol – från tio till 150 prisbasbelopp – har det blivit allt fler entreprenadvister i allmän domstol. ^[Not 49] Offentliga myndigheter lägger numera i princip alla sina tvister i allmän domstol. Detta har inneburit och innebär fortsättningsvis att de allmänna domstolarna får hantera allt fler entreprenadvister av vitt skild omfattning. Det finns flera exempel på att handläggningen av sådana tvister ofta är långsam, och bara en tingsrättsprocess kan ta flera år. Om utvecklingen fortsätter ter sig möjligheten till mycket snabba interimistiska avgöranden, i avvaktan på en full prövning, som attraktiv.

På samma sätt som i Storbritannien präglas entreprenadprojekt i Sverige av konflikter och även här finns flera exempel på förseningar som kan ha sitt ursprung i att konflikter om betalning inte får sin rätta lösning. Inte sällan uppstår långdragna konflikter som innefattar avtalstolkningsfrågor

112

rörande tekniska handlingar, t.ex. när det ska fastställas om ett visst arbete är kontraktsarbete eller tilläggsarbete.

Sammantaget tycks ungefär samma skäl som motiverade införandet av adjudication i Storbritannien äga giltighet även i den svenska byggbranschen. Givet motviljan från lagstiftaren att blanda sig i kommersiella entreprenader och lagstiftarens mycket traditionella hållning gentemot nyare former av alternativ tvistlösning, vore dock det naturliga första steget att BKK inrättar något som liknar adjudication i nästa version av AB 04 och ABT 06. BKK har redan varit inne på liknande modeller i form av det förenklade tvistlösningsförfarande som i dag föreskrivs i kap. 9 i AB 04 och ABT 06. Detta förfarande har dock inte fått något genomslag. Skälen till det tycks inte minst vara att förfarandet bygger på frivillighet i fråga om både genomförande och efterlevnad av avgöranden. Reglerna har också ansetts mindre väl genomtänkta.

Även besiktningsförfaranden enligt AB 04 och ABT 06 har vissa likheter med adjudication i det att en oberoende person avgör frågor om fel, färdigställande m.m. Besiktningsinstitutet får dock sägas ha tydliga inkvisitoriska drag, en mindre utvecklad kontradiktion och utan möjlighet till verkställighet. ^[Not 50]

En särskild utmaning för idén om att införa något som liknar adjudication i Sverige är behovet av en tillräckligt stor pool med lämpliga och kompetenta personer för adjudicationuppdrag. Inte minst jävsfrågan kan ställa till med särskilda problem på den svenska marknaden, som domineras av ett knappt tiotal stora entreprenörer. Även på beställarsidan domineras marknaden av ett begränsat antal större aktörer. I Sverige finns inte många som har såväl juridisk utbildning som erfarenhet av entreprenader. Frågan är om antalet lämpliga personer är tillräckligt. Någon form av ANB skulle också krävas, men här kan finnas möjligheter för SCC att bredda sin verksamhet. Adjudication har flera likheter med interimistiskt skiljeförfarande, som redan i dag administreras av SCC.

En alternativ lösning på att parter med berättigade krav, men svag finansiell ställning, hamnar i trångmål under pågående entreprenader är att i nästa version av AB 04 och ABT 06 införa regler om tillfälliga betalningar vid t.ex. tvist om huruvida visst arbete utgör en ändring eller ett kontraktsarbete. Betalningar av detta slag kan förenas med krav på säkerhet och kan återregleras efter prövning i domstol eller skiljeförfarande.

Denna modell är således ännu en variant på *”betala först, bygg sedan och bråka sist”*, som inte tar vägen genom interimistisk tvistlösning.

Det återstår att se om BKK nu eller längre fram väljer att inspireras av Storbritanniens adjudicationmodell, eller om tiden ännu inte är mogen. Kanske föredrar BKK en modell med tillfälliga betalningar mot säkerhet. Om så inte sker är det inte otänkbart att ett allt större inflöde av entreprenadvister till allmän domstol kan komma att innebära att lagstiftaren, likt i Storbritannien, så småningom griper in för att rädda domstolarna från att översvämmas med entreprenadvister. Skulle så bli fallet kan en adjudicationliknande modell, med stöd i lag, vara ett attraktivt och beprövat alternativ.

Fotnoter

[1] Vi vill rikta ett varmt tack till doktoranden Joel Eriksson, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, och docenten Niklas Arvidsson, Institutionen för handelsrätt vid Lunds universitet, för värdefulla synpunkter och kommentarer.

[2] Med ”ändringar” avses här s.k. ÄTA-arbeten enligt AB 04/ABT 06 kap. 2 §§ 3–4, men även andra förhållanden som enligt AB 04/ABT 06 kan ge rätt till särskild ersättning. Hit hör t.ex. hinder enligt AB 04/ABT 06 kap. 4 § 3 p. 1, väsentlig rubbning enligt AB 04/ABT 06 kap. 6 § 5 och skadestånd enligt AB 04/ABT 06 kap. 5 § 11.

[3] Det är inte ovanligt att även de största generalentreprenörerna anlitar lokalt verksamma underentreprenörer av mindre storlek, ibland rentav enmansfirmor.

[4] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 4.

[5] Byggandets kontraktskommitté.

[6] Om domstol eller skiljenämnd är rätt forum för en full prövning bestäms av entreprenadkontraktet.

[7] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 173–174.

- [8] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 573.
- [9] *Adjudication using the Scheme for Construction Contracts 1998* i Thomson Reuters *Practical Law Construction*, uk.practicallaw.thomsonreuters.com.
- [10] Milligan, J.L. och Cattanach, L.H., *Report No. 14 – Adjudication Statistics*, Adjudication Society, april 2016, <http://cdr.uk.com>.
- [11] McCluskey, m.fl. *The Development of UK Statutory Adjudications; its relationship with construction workload and the costs*, september 2010, Adjudication Society, adjudication.org, s. 14.
- [12] Construction Industry Council, *Users' guide to adjudication*, 26 juli 2017, <http://cic.org.uk/>, s. 16.
- [13] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 586.
- [14] Milligan, J.L., och Cattanach, L.H., *Report No. 14 – Adjudication Statistics*, Adjudication Society, April 2016, <http://cdr.uk.com>.
- [15] Burr, A., *International Contractual and Statutory Adjudication*, Informa Law from Routledge, 2017, s. 30–31.
- [16] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 591; Construction Industry Council, *Users' guide to adjudication*, 26 juli 2017, <http://cic.org.uk/>, s. 21; Drummond, I., *Construction Adjudication – The Giving of Reasons by Adjudicators*, 2003, Adjudication Society, adjudication.org.
- [17] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 591 med hänvisning till *Carillion v Royal Devonport Dockyard Ltd*, första instans i [2005] BLR 310.
- [18] Construction Industry Council, *Users' Guide to Adjudication*, 26 juli 2017, <http://cic.org.uk/>, s. 6; Burr, A., *International Contractual and Statutory Adjudication*, Informa Law from Routledge, 2017, s. 27.
- [19] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 217.
- [20] Edwin, H.W., m.fl., *Construction Industry Adjudication – A comparative study of international practice*, *Journal of International Arbitration*, 22(5), 2005, s. 373.
- [21] Edwin, H.W., m.fl., *Construction Industry Adjudication – A comparative study of international practice*, *Journal of International Arbitration*, 22(5), 2005, s. 372.
- [22] McCafferty, L., *Adjudication – Enforcing the decision*, 2019, Thomson Reuters, uk.practicallaw.thomsonreuters.com, s. 3.
- [23] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 498–499.
- [24] McCafferty, L., *Adjudication: Challenging Enforcement of the Adjudicator's Decision*, 2019, Thomson Reuters, uk.practicallaw.thomsonreuters.com, s. 1–2.
- [25] McCredie, Fionnuala, och Bury, Paul, *Indemnity Costs in Adjudication Enforcement Hearings*, 16 mars 2015, *Practical Law Construction Blog*, constructionblog.practicallaw.com.
- [26] *Carillion Construction Ltd v Devonport Royal Dockyard Ltd* [2005] EWCA Civ 1358, punkt 87.

- [27] Construction Industry Council, *Users' Guide to Adjudication*, 26 juli 2017, <http://cic.org.uk/>, s. 6; Burr, A., *International Contractual and Statutory Adjudication*, Informa Law from Routledge, 2017, s. 25–27.
- [28] Bouygues UK Ltd v. Dahl-Jenson UK Ltd [1999] EWHC Technology 182, punkt 25.
- [29] Se *Elanay Contracts Limited v The Vestry* [2001] BLR 33 och *Austin Hall Buildings Ltd v Buckland Securities Ltd*, [2001] BLR 274.
- [30] Burr, A. *International contractual and statutory adjudication*, Informa law from Routledge, 2017, s. 27.
- [31] *Discaim Project Services Ltd. v Opecprime Developments Ltd* [2001] BLR 285.
- [32] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 587.
- [33] [2002] EWHC 597 (TCC).
- [34] [2004] BLR 374.
- [35] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 520.
- [36] Construction Industry Council, *Users' Guide to Adjudication*, 26 juli 2017, <http://cic.org.uk/>, s. 6; Burr, A., *International Contractual and Statutory Adjudication*, Informa Law from Routledge, 2017, s. 24.
- [37] His Honour Judge Humphrey Lloyd QC, *Balfour Beatty Construction Limited v The Mayor and Burgesses of the London Borough of Lambeth*, [2002] BLR 288, punkt 36.
- [38] Construction Industry Council, *Users' Guide to Adjudication*, 26 juli 2017, <http://cic.org.uk/>, s. 6; Burr, A., *International Contractual and Statutory Adjudication*, Informa Law from Routledge, 2017, s. 25.
- [39] McCafferty, L., *Adjudication: Pros and Cons of Adjudication*, 2019, Thomson Reuters, uk.practicallaw.thomsonreuters.com.
- [40] McCafferty, L., *Adjudication: Pros and Cons of Adjudication*, 2019, Thomson Reuters, uk.practicallaw.thomsonreuters.com.
- [41] *Adjudication using the Scheme for Construction Contracts 1998* i Thomson Reuters *Practical Law Construction*, uk.practicallaw.thomsonreuters.com.
- [42] McCafferty, L., *Adjudication: Pros and Cons of Adjudication*, 2019, Thomson Reuters, uk.practicallaw.thomsonreuters.com.
- [43] *Bovis Lend Lease Ltd v Trustees of the London Clinic* [2009] EWHC 64 (TCC).
- [44] Coulson, Sir P., *Coulson on Construction Adjudication*, 4 uppl. 2018, s. 12.
- [45] Se bl.a. Cope, J., *Has the "Rough Justice" Principle of Adjudication Been Extended Too Far?* i Thomson Reuters *Practical Law Construction*, 6 februari 2018, uk.practicallaw.thomsonreuters.com.
- [46] Milligan, J.L., och Jackson, A.L., *Report No. 17 – Adjudication Statistics*, Adjudication Society, januari 2019, <http://adjudication.org>.

[47] Kennedy, Peter, och Milligan, Janey, *Mission Drift in Statutory Adjudication*, 2007, RICS COBRA Research Conference.

[48] En enkel sökning i JUNO ger vid handen att de flesta entreprenadvister gäller just fordringar.

[49] *Rättsfallsguiden: 173 viktiga avgöranden inom entreprenadrätten*, 2018, Svensk Byggtjänst, s. 3.

[50] Jfr AB 04 och ABT 06, kap. 7. Besiktningsinstitutet diskuteras även av Arvidsson och Samuelsson i denna bok.