



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska Institutionen
Programmet för juris kandidatexamen
Tillämpade studier
Höstterminen 2009

FACKMÄSSIG MEDLING

**– VAD KAN PARTERNA I ETT MEDLINGSFÖRFARANDE
KRÄVA AV MEDLAREN?**

Författare: Anna Uhr

Handledare: Christina Ramberg

Sammanfattning

Uppsatsen syftar till att fastställa vilket ansvar medlaren har med utgångspunkt i vad som är fackmässig medling.

Inledningsvis redogörs för regler och standarder som en medlare bör efterfölja. Dessa regler utgör grunden för en analys av rättsläget. Analysen ska ge svar på följande frågeställningar.

1. Vilka krav på fackmässighet kan ställas på en medlare?
2. Vart går gränsen mellan hur en medlare *bör* handla och hur en medlare *måste* handla?
3. När har parterna i medlingsprocessen framgång med att göra rättsliga anspråk gällande mot medlaren?

Medlare tillhör den rättsliga kategorin uppdragstagare och rådgivare. Genom att tillämpa principer som gäller för dessa yrkesgrupper på medlare så har en utredning av medlarens ansvar kunnat ske.

Analysen leder fram till att rättsläget för vad som är fackmässig medling är osäkert. Ännu har ingen domstol prövat frågan.

Medlare är enligt branschregler och standarder mycket fria i att utforma sitt uppdrag. Varje medlingsprocess är unik och anpassad efter parterna i en konflikt. Det blir därför inte möjligt att formulera fackmässiga krav på medlaren utifrån ett "normaluppdrag".

Dock leder slutsatsen till att vissa krav kan ställas på medlare oavsett medlingsförfarande. Dessa krav är att medlaren inte är jävig, inte bryter mot tystnadsplikten och inte bryter mot frivilligheten i förfarandet.

Abstract

The essay aims to establish the responsibilities of the mediator based on what is professional mediation.

To begin with, the essay describes rules and standards that a mediator should follow. These rules form the basis of an analysis of the legal situation which leads to answers of the following questions.

1. What is professional mediation?
2. Where draws the line between how a mediator should act and how a mediator must act?
3. When do the parties of the mediation have success with making legal claims in force?

Mediators belong to the legal category of contractors and consultants. By applying the principles that concern those professionals on mediators, an analysis of the mediator's responsibility could be performed.

The analysis of the legal situation for professional mediation gives an uncertain answer. Yet no court has considered the question.

Mediators have by custom and standards much freedom in designing their mission. Any mediation process is unique and tailored to the parties in the conflict. Because of that it's not possible to formulate professional standards for mediators on the basis of a "normal" procedure.

Nevertheless the conclusion is that the parties can always demand that a mediator is not biased, does not violate confidentiality and does not violate the voluntary nature of the procedure.

IINNEHÅLLSFÖRTECKNING

1 INLEDNING.....	5
1.1 AVGRÄNSNING	5
2 GOD MEDLARSED	6
3 MEDLING SOM RÄTTSLIG KATEGORI.....	8
4 ANSVAR.....	8
4.1 PÅFÖLJDER.....	9
4.2 PRISAVDRAG	9
4.3 SKADESTÅND	9
4.4 VILKA BÖR LEDER TILL ANSVAR?.....	10
5 FAILURE TO FUNCTION ETHICALLY AND PROFESSIONALLY DOES HARM TO THE PERCEPTION OF THE PROCESS ITSELF, AS WELL AS THE AGENCY FOR WHOM THE MEDIATOR WORK.....	10
5.1 SAMMANFATTANDE ANALYS.....	11
6 THE PRIMARY RESPONSIBILITY FOR THE RESOLUTION OF A DISPUTE LIES WITH THE PARTIES THEMSELVES. THEY MUST VOLUNTARILY REACH AGREEMENT. ALTHOUGH THE MEDIATOR MAY MAKE SUGGESTIONS OF ALTERNATIVES, THE DECISIONS MUST BE MADE JOINTLY BY THE PARTIES TO THE DISPUTE.	
THE MEDIATOR SHOULD NOT REGULATE NOR CONTROL THE CONTENT OF AN AGREEMENT OR SETTLEMENT BETWEEN THE PARTIES... THE AREAS OF AGREEMENT AND THEIR CONTENT ARE NOT THE RESPONSIBILITY OF THE MEDIATOR.....	11
6.1 SAMMANFATTANDE ANALYS.....	12
7 THE MEDIATOR SHOULD BE ABLE TO PROVIDE THE PARTIES WITH PROCEDURAL AND SUBSTANTIVE SUGGESTIONS AND ALTERNATIVES WHICH WILL ASSIST THEM IN FORGING A SOLUTION TO THEIR MUTUAL PROBLEMS. THIS MEANS THAT THE MEDIATOR HAS DONE THE "HOMEWORK" NECESSARY TO UNDERSTAND THE ISSUE AT POINT.....	13
7.1 SAMMANFATTANDE ANALYS.....	13
8 THE MEDIATOR IS TO ASSIST THE PARTIES IN REACHING AGREEMENT. THIS ASSISTANCE CAN BE HELPING THEM TO COMMUNICATE, TO EXPLORE ALTERNATIVES, TO GATHER INFORMATION, AND OTHER PROCESSES FACILITATING SUCH AN AGREEMENT.....	14
8.1 SAMMANFATTANDE ANALYS.....	14
9 INTERVENTION SHOULD BE DETERMINED PRIMARILY BY THE DESIRES AND INITIATIONS OF THE PARTIES TO THE DISPUTE... WHEN MEDIATORS INTERVENE AT THEIR OWN OPTION OR BY MANDATE, THEY HAVE AN ADDED AND VERY IMPORTANT RESPONSIBILITY TO ORIENT THE PARTIES TO THE PROCESS AND TO LEAD THEM TO MAKE THE DECISION TO BECOME INVOLVED IN MEDIATION.....	15
9.1 SAMMANFATTANDE ANALYS:.....	15
10 MEDIATORS ARE NOT TO BRING PRESSURE TO BEAR THAT JEOPARDIZES VOLUNTARY DECISION MAKING BY THE PARTIES.	
THE MEDIATOR HAS NO POWER TO ENFORCE LAW NOR ACT IN ANY WAY AS AN AGENT OF LAW ENFORCEMENT OR INVESTIGATIVE AGENCIES.	16
10.1 SAMMANFATTANDE ANALYS.....	16
11 SUGGESTIONS AND RECOMMENDATIONS FOR SETTLEMENT MADE BY THE MEDIATOR SHOULD BE EVALUATED CAREFULLY FOR THEIR EFFECT ON THE PARTIES AND HE OR SHE SHOULD ACCEPT FULL RESPONSIBILITY FOR THEIR HONESTY AND MERIT.	17
11.1 SAMMANFATTANDE ANALYS.....	18
12 ACCEPTABILITY OF MEDIATORS BY THE PARTIES IS ESSENTIAL.	18
12.1 SAMMANFATTNING	19

13 THE MEDIATOR SHOULD DEMONSTRATE INTEGRITY, OBJECTIVITY, FAIRNESS, INTELLIGENCE, KNOWLEDGE OF THE AREAS IN DISPUTE, EMOTIONAL BALANCE, SOCIAL PERCEPTIVENESS, AND SKILL IN SPOKEN AND WRITTEN COMMUNICATION.	19
13.1 SAMMANFATTANDE ANALYS.....	20
14 MEDIATOR SHOULD NOT USE THEIR POSITION FOR PRIVATE GAIN OR ADVANTAGE, NOR SHOULD THEY ENGAGE IN ANY EMPLOYMENT OR ENTERPRISE THAT CONFLICTS WITH THEIR FUNCTION AS MEDIATOR IN RELATION TO ANY GIVEN CASE.	
PUBLICITY IN A GIVEN DISPUTE SITUATION SHALL NOT BE USED BY MEDIATOR TO ENHANCE HIS OR HER POSITION OR THAT OF THE AGENCY.	
MEDIATORS SHOULD NOT ACCEPT MONEY OR THINGS OF VALUE OTHER THAN PREVIOUSLY AGREED-UPON FEES, EXPENSES, AND/OR SALARY.	
SUGGESTIONS TO THE PARTIES THAT IMPLY THAT THEY SHOULD TRANSFER FROM ONE MEDIATION "FORUM" OR PERSON TO ANOTHER MEDIATION PERSON OR FORUM IN ORDER TO PRODUCE BETTER RESULTS ARE UNPROFESSIONAL AND ARE TO BE CONDEMNED.	20
14.1 SAMMANFATTANDE ANALYS.....	23
15 NEGOTIATION POSITIONS, PROPOSALS, SUGGESTIONS, AND OTHER INFORMATION GIVEN TO THE MEDIATOR IN CONFIDENCE DURING THE COURSE OF NEGOTIATIONS MUST NOT BE DISCLOSED TO THE OTHER PARTY WITHOUT FIRST SECURING PERMISSION FROM THE PERSON OR PERSONS INITIATING THE INFORMATION.	
CONFIDENTIAL INFORMATION ACQUIRED BY THE MEDIATOR SHALL NOT BE DISCLOSED FOR ANY PURPOSE NOR BE USED DIRECTLY OR INDIRECTLY FOR THE PERSONAL BENEFIT OR PROFIT OF THE MEDIATOR, OR IN LEGAL PROCEEDING.	23
15.1 SAMMANFATTANDE ANALYS:.....	24
16 MEDIATORS HAVE FULL AND CONTINUING RESPONSIBILITY TO STUDY THE AREAS INVOLVED IN THE DISPUTES WHICH THEY MEDIATE AND TO IMPROVE THEIR SKILLS AND UPGRADE THEIR ABILITIES.....	24
16.1 SAMMANFATTANDE ANALYS.....	25
17 A MEDIATOR SHOULD NOT ENTER ANY DISPUTE BEING MEDIATED BY OTHER MEDIATORS WITHOUT THEIR APPROVAL AND WITHOUT FULLY CONFERRING WITH THEM ABOUT THE MATTER.	
MEDIATORS SHOULD AVOID ANY APPEARANCE OF DISAGREEMENT OR CRITICISM OF FELLOW MEDIATORS IN A GIVEN CASE SITUATION.....	25
18 SLUTSATS	26
19 KÄLLFÖRTECKNING	27

1 Inledning

Medling får ett allt större utrymme som konflikthanteringsmetod vid affärstvister överallt i världen. I USA finns idag speciella utbildningar för medlare. 1999 bildade Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut ett medlingsinstitut i Sverige och Västsvenska Industri- och Handelskammaren utför sedan 2009 ackrediteringar av medlare. Fördelarna med medling belyses i media och på utbildningar och förutspås bli ett effektivt och kostnadsbesparande alternativ till traditionella tvistlösningsförfaranden.

Även om teorier kring vad som är effektiv medling och vad det innebär att vara en bra medlare är många, så finns inga lagstadgade kvalitetskrav på en medlares arbete. Denna uppsats har som mål att försöka klargöra vad som ingår i en medlares ansvaruppgifter och vad parterna kan kräva av en medlare.

Syftet med uppsatsen är att öka kunskapen om medlarens roll i medlingsprocessen. Det är idag oklart vilka ramar en medlare har att hålla sig inom och detta vill jag utreda. Jag vill väcka frågor och skapa diskussion om det ansvar som en medlare innehar.

De frågeställningar som jag har arbetet utifrån är följande.

1. Vilka krav på fackmässighet kan ställas på en medlare?
2. Vart går gränsen mellan hur en medlare *bör* handla och hur en medlare *måste* handla?
3. När har parterna i medlingsprocessen framgång med att göra rättsliga anspråk gällande mot medlaren?

Jag utgår i uppsatsen från hur en god medlare bör agera för att undersöka om dessa *bör* regler kan leda till rättsligt ansvar. Jag använder mig av allmän rättsvetenskaplig metod för att nå min slutsats och undersöker lagar, förarbeten, praxis, sedvana och doktrin. Inför arbetet har jag utfört en empirisk undersökning för att få en bild av hur utbildade medlare ser på sitt ansvar. Resultatet av denna undersökning kommer att lyftas upp på några ställen i uppsatsen men någon genomgående redovisning sker inte.

1.1 Avgränsning

Uppsatsen är avgränsad till att behandla medling vid tvistemål, framförallt kommersiella förhållanden. Konsumentaspekter kommer inte att beröras i framställningen. Dessutom kommer ingen ingående analys av påföljder samt skadebestämmande regler att göras då detta går utöver syftet med uppsatsen.

Det finns en problematik kring ansvar när annan inträder i uppdragstagares ställe samt ansvarsbegränsningar genom friskrivningar mm som inte kommer utredas.

En avgränsning kommer även att ske mot medlarens ansvar för fackmässigt uppträdande gentemot utomstående och andra medlare. Istället ligger fokus på medlarens ansvar gentemot parterna.

2 God medlarsed

En medlare tillkallas till en tvist för att verka för att parterna finner en lösning. Detta gör medlaren genom att informera, ge synpunkter och bistå med kreativa förslag.¹

Medling innebär.

Ett strukturerat förfarande, oavsett beteckning, genom vilket två eller flera parter i en tvist på egen hand frivilligt försöker nå en överenskommelse om lösning av tvisten med hjälp av en medlare. Förfarandet kan inledas av parterna, eller föreslås eller beslutas av domstol eller föreskrivas enligt en medlemsstats lagstiftning.

Det omfattar sådan medling som utförs av en domare som inte ansvarar för handläggningen i domstol av tvisten i fråga. Det omfattar inte de försök att lösa en tvist som under handläggningen i domstol av tvisten i fråga görs av den eller de domare som har tilldelats målet.

(EU direktivet 2008/52/EG art 3)

Ofta besitter medlaren någon sakkunskap utöver den kunskap medlaren har av konflikthantering. Medlaren kan t.ex. vara jurist, domare eller värderingsman.²

Etiska regler och standarder för medlare har sammanställts av den amerikanska medlaren John W. Keltner. Han har tagit utgångspunkt i amerikanska källor såsom the American Bar Association, the Colorado Council of Mediation, American Academy of Family Mediators med mera.

De principer han lyfter fram för hur en medlare bör agera kan tillämpas på alla slags medlingsprocesser.³

- 1.The primary responsibility for the resolution of a dispute lies with the parties themselves. They must voluntarily reach agreement. Although the mediator may make suggestions of alternatives, the decisions must be made jointly by the parties to the dispute.
- 2.The mediator is to assist the parties in reaching agreement. This assistance can be helping them to communicate, to explore alternatives, to gather information, and other processes facilitating such an agreement.
- 3.Intervention should be determined primarily by the desires and initiations of the parties to the dispute...When mediators intervene at their own option or by mandate, they have an added and very important responsibility to orient the parties to the process and to lead them to make the decision to become involved in mediation.
- 4.The mediator should be able to provide the parties with procedural and substantive suggestions and alternatives which will assist them in forging a solution to their mutual problems. This means that the mediator has done the "homework" necessary to understand the issue at point.
- 5.Acceptability of mediators by the parties is essential.

¹ Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut, s 3

² Se Prop 1986/87: 89 s 209 om ett reformerat tingsrättsförfarande

³ Keltner, The Management of Struggle s 112

6. The mediator should demonstrate integrity, objectivity, fairness, intelligence, knowledge of the areas in dispute, emotional balance, social perceptiveness, and skill in spoken and written communication.
7. A mediator should not enter any dispute being mediated by other mediators without their approval and without fully conferring with them about the matter.
8. Mediators should avoid any appearance of disagreement or criticism of fellow mediators in a given case situation.
9. Failure to function ethically and professionally does harm to the perception of the process itself, as well as the agency for whom the mediator work.
10. Mediator should not use their position for private gain or advantage, nor should they engage in any employment or enterprise that conflicts with their function as mediator in relation to any given case.
11. Mediators should not accept money or things of value other than previously agreed-upon fees, expenses, and/or salary.
12. The mediator should not regulate nor control the content of an agreement or settlement between the parties...The areas of agreement and their content are not the responsibility of the mediator.
13. When the mediator is a representative of a public agency and the parties are moving toward an agreement that is contrary to public policy or in violation of the law, it may be necessary to withdraw from negotiations. The mediator has no right to impose standards of behaviour on the parties...If the parties continue to insist that the known violation remain in the agreement, the mediator should withdraw from the case.
14. Publicity in a given dispute situation shall not be used by mediator to enhance his or her position or that of the agency.
15. Mediators are not to bring pressure to bear that jeopardize voluntary decision making by the parties.
16. Suggestions and recommendations for settlement made by the mediator should be evaluated carefully for their effect on the parties and he or she should accept full responsibility for their honesty and merit.
17. Mediators have full and continuing responsibility to study the areas involved in the disputes witch they mediate and to improve their skills and upgrade their abilities.
18. Suggestions to the parties that imply that they should transfer from one mediation "forum" or person to another mediation person or forum in order to produce better results are unprofessional and are to be condemned.
19. Negotiation positions, proposals, suggestions, and other information given to the mediator in confidence during the course of negotiations must not be disclosed to the other party without first securing permission from the person or persons initiating the information.
20. Confidential information acquired by the mediator shall not be disclosed for any purpose nor be used directly or indirectly for the personal benefit or profit of the mediator, or in legal proceeding.
21. The mediator has no power to enforce law nor act in any way as an agent of law enforcement or investigative agencies.

(Keltner, The management of struggle, s 112-115)

3 Medling som rättslig kategori

Medlarens uppdrag är inte knutet till ett fysiskt föremål utan medlarens uppdrag ”består i att som opartisk och oberoende person verka för att parterna finner en lösning.”(Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut s 3)

Medlaren är en person som genom sin speciella sakkunskap ska hjälpa sina uppdragsgivare, parterna, att på bästa sätt lösa sin tvist. Det är ”bättre att utse en person med speciella sakkunskaper på det område tvisten rör. I ett mål om fel i fastighet kan t. ex. en byggnadsingenjör vara en lämplig medlare.”(Prop. 1986/87: 89 s209 om ett reformerat tingsrättsförfarande.)

Immateriella tjänster är ”uppdrag som inte är knutna till fysiska föremål, såsom uppdrag till läkare, advokater, revisorer, konsulter av olika slag men även uppdrag till banker, undervisnings- och utbildningsinstitut mm hör hit.”(Hellner, Speciell avtalsrätt II s 174.) Parterna i ett immateriellt uppdragsförhållande kallas för uppdragsgivare och uppdragstagare.⁴

Ett annat namn för en immateriell uppdragstagare är rådgivare. Rådgivare är ”någon som förutsätts ha särskilda insikter på ett visst ämnesområde... ställer dessa till förfogande för att beställaren på bästa sätt skall kunna ta tillvara sina intressen, antingen fortlöpande eller, vanligare, i en bestämd situation.” (SOU 1979:36 s 100)

Medlare kan omfattas av definitionen både för uppdragstagare och rådgivare vilket gör att principer och regler som tillämpas på dessa grupper även kan tillämpas på medlare.

Medlars handlande omfattas inte av någon lagreglering och när lagstiftningen är tunn på ett område så kan det bli aktuellt att använda sig av analogier för att bilda sig en uppfattning om vad som gäller för medling. Vid rådgivning används kommissionslagen, försäkringsmäklarlagen, konsumenttjänstlagen och fastighetsmäklarlagen för vägledning.⁵ Det förordas ofta en användning av dessa lagar för jämförelser i rådgivarsammanhang.⁶Konsumenttjänstlagen (KtjL) är inte direkt tillämplig på rådgivning men i förarbetena uttalas att reglerna kan användas som ledning vid bedömning av närliggande tjänster.⁷

Eftersom kriterierna för fackmässig medling inte fastställts i Sverige så kommer uppsatsen att bygga på en tolkning av rättsläget, till stor del utifrån analogier och principer som gäller för rådgivare och uppdragstagare.

4 Ansvar

Som utgångspunkt måste vårdslöst handlande, culpa, vara för handen för att uppdragsgivare och rådgivare ska bli rättsligt ansvariga. Ett metodansvar stadgas som kännetecknas av att fackmässighet är den standard som utgör aktsamt beteende i bedömningen av vårdslöshet.⁸ Fackmässigt handlande anses avtalat om inte kontraktet mellan uppdragstagare och uppdragsgivare stadgar något annat.⁹

⁴ Hellner, Speciell avtalsrätt II, s 175

⁵ Ramberg, Kontraktstyper s 123, Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 20

⁶ Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 21

⁷ SOU 1979:36 s 113

⁸ Bengtsson, Särskilda avtalstyper I s 157 ff, Kleineman, SvJT 1998 s 187, Kleineman, ren förmögenhetsskada s 533, se även Ramberg, Kontraktstyper s 126-127, Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 24, 70

⁹ Se Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 25

Medlarens ansvar inför parterna blir att utföra sitt uppdrag fackmässigt. Anser någon eller båda parter att medlaren brister i sin fackmässighet kan de göra medlaren rättsligt ansvarig för kontraktsbrott.

4.1 Påföljder

Om medlaren inte handlar fackmässigt i samband med ett medlingsförfarande så har den parten, eller båda parter, som blivit drabbade av oaktsamheten rätt att välja vilken påföljd de vill göra gällande.¹⁰

Fullgörelse och hävning är påföljder som förmodligen inte blir aktuella vid medling. Fullgörelse innebär att tvinga medlaren att fullgöra sitt uppdrag och hävning innebär att prestationerna ska gå tillbaka. Har en medlare redan orsakat skada genom vårdslöst handlande så vill troligen inte parterna att medlaren fortsätter sitt arbete och det går inte att låta prestationerna gå tillbaka när det handlar om medling som är en immateriell tjänst.

Parterna har enligt branschregler alltid rätt att avbryta en medlingsprocess utan att någon skada eller vårdslöshet är för handen vilket gör att hävning för framtiden inte ger någon utökad rätt för parterna.¹¹ Prisavdrag och skadestånd är de påföljder som blir aktuella att diskutera vid vårdslös medling.

4.2 Prisavdrag

Prisavdrag är en påföljd som kan bli aktuell om medlaren handlat oaktsamt. Prisavdrag kan göras gällande även om parterna inte drabbats av någon skada av medlarens vårdslösa beteende.¹²

Prisavdrag kan kombineras med skadestånd.¹³

4.3 Skadestånd

En förutsättning för skadestånd är att det finns en skada och att det finns ett orsakssamband mellan den skada en part eller båda parter lidit och medlarens vårdslösa handlande.¹⁴

Den skada som kan uppstå vid medling är t.ex. att parten/parterna förlorar sin talan i domstol på grund av att tidsfrister går ut under den tid som medlingen pågår, preklusion¹⁵. Parten/parterna kan också förlora pengar i form av nedlagt arbete under ett medlingsförfarande. Om medlaren formulerat ett avtal mellan parterna som leder till nackdelar för en eller båda parter så kan det bli tal

¹⁰ Ramberg, Allmän avtalsrätt s 222, PECL 8:101-102

¹¹ Kommissionens rekommendation 2001/310/EG av den 4 april 2001 om principer som ska tillämpas på extrajudiciella organ som deltar i reglering av konsumenttvister som görs upp i godo (EGT L 109, 19.4.2001, s. 56) del II Principer D, Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut § 11, Göteborgsklausulerna 9§ Se även Ramberg, Allmän avtalsrätt s 228-229

¹² Ramberg, Allmän avtalsrätt s 228, NJA 2009 s 99, se även kommentar till § 23 fastighetsmäklarlagen i Hellner, Speciell avtalsrätt, I häftet, s 231

¹³ Ramberg, Allmän avtalsrätt s 228

¹⁴ Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 142, Ramberg, Kontraktstyper s 130

¹⁵ Se Lindblom SvJT 2006 s 116 om förhalning, preklusion mm vid ADR.

om utebliven vinst eller andra ekonomiska förluster.¹⁶Förmögenhetsskada kan också uppkomma av att medlaren är jävig och förhandlingen mellan parterna leder till ett sämre avtal för ena parten än vad som skulle ha varit resultatet om medlaren inte varit jävig.

Uppsatsen är avgränsad till att behandla vad som är fackmässig medling och därför kommer ingen ytterligare diskussion att föras kring skadeståndsberäkning.¹⁷

4.4 Vilka bör leder till ansvar?

De principer om hur en god medlare utför sitt uppdrag, som formulerats av Keltner och hänvisats till i första kapitlet, är regler för hur en medlare *bör* agera men inte nödvändigtvis hur en medlare *måste* agera.

Nedan kommer Keltners principer att undersökas utifrån det rådande svenska rättsläget och tanken är att få fram vilka av hans principer som är krav på fackmässighet för en medlare i Sverige.

5 Failure to function ethically and professionally does harm to the perception of the process itself, as well as the agency for whom the mediator work.

Fackmässighet är, som tidigare uttryckts, den måttstock som oaktsamt handlande bedöms utifrån när det gäller yrkesgrupper som utför tjänster.¹⁸

I RH 1998:60 uttalar domstolen att en uppdragstagare har skyldighet att handla fackmässigt. ”Enligt allmänna rättsgrundsatser har bolaget därvid i sin egenskap av uppdragstagare haft skyldighet att handla fackmässigt och att med tillbörlig omsorg ta till vara sina uppdragsgivares intressen.”

Dessutom stadgas i 4 § KtjL att en näringsidkare ska utföra en tjänst fackmässigt. KtjL kan tillämpas analogvist på rådgivare i konsumentförhållanden.¹⁹

Vad som ska ingå i en bedömning av fackmässighet kan delas upp i tre delar. Den första skyldigheten är att ta reda på uppdragsgivarens behov och skaffa sig en bakgrundförståelse till uppdraget. Den andra skyldigheten är att använda de metoder som kan förväntas vid utförandet av uppdraget. Dessa metoder ska vara fackmässiga. Följande åtta bedömningsgrunder kan användas för att fastställa vad som ska anses vara fackmässigt utförande.²⁰

- 1) Uppdragsavtalets omfattning²¹
- 2) Särskilda lagregler och riktlinjer i branschen²²

¹⁶ Se Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 72, Se om utebliven vinst i Ramberg, Allmän avtalsrätt s 238

¹⁷ Mer om skadeståndsberäkning finns att läsa i Ramberg, Allmän avtalsrätt s 237 ff, se även Hellner, Skadeståndsrätt s 88 ff

¹⁸ Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 70, se även Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 534, Ramberg, Kontraktstyper s 126

¹⁹ SOU 1979:36 s 121

²⁰ Ramberg, Kontraktstyper s 125-127, Elfström, Rådgivarens professionsansvar kap 5, DCFR IV.C. 2:105

²¹ Uppdragets omfattning bestäms till stor del av parterna i ett medlingsförfarande, Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 26-27, Regler för Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut s 3

²² Vid bedömningen av vad som är fackmässigt handlande har yrkesetiska regler en särskild betydelse, Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 25

- 3) Om uppdragstagaren marknadsfört sig som särskilt skicklig t.ex. genom att hänvisa till att han tillhör en särskild professionell grupp²³
 - 4) Priset²⁴
 - 5) Uppdragsgivarens behov och kompetens²⁵
 - 6) Felaktiga uppgifter som lämnats av uppdragsgivaren och som legat till grund för uppdraget²⁶
 - 7) Storleken på de risker som felaktig information eller rådgivning kan medföra²⁷
 - 8) Den tid som uppdragstagaren har till sitt förfogande.²⁸
- (Ramberg, Kontraktstyper, s 127-128)

Den sista skyldigheten är att förmedla information och råd på ett för uppdragsgivaren anpassat och klart sätt.²⁹ Detta kallas för den pedagogiska plikten.³⁰

5.1 Sammanfattande analys

Om medlaren misslyckas med att handla fackmässigt så kan mycket väl medlingsprocessen skadas, såsom Keltner uttrycker i rubriken, men något utrymme för att presumera skada för parterna på grund av vårdslöst handlande anser jag inte finnas utrymme för i dagens rättsläge. Skada krävs för att skadestånd ska utgå till parterna.

Prisavdrag kan dock bli aktuellt som påföljd, om medlaren inte uppträder fackmässigt, men ingen skada kan påvisas hos parterna.

6 The primary responsibility for the resolution of a dispute lies with the parties themselves. They must voluntarily reach agreement. Although the mediator may make suggestions of alternatives, the decisions must be made jointly by the parties to the dispute.

The mediator should not regulate nor control the content of an agreement or settlement between the parties...The areas of agreement and their content are not the responsibility of the mediator.

²³ Medlare kan genom att vara ackrediterad ge en bild av att vara specialist. Se Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 122

²⁴ Genom att ta ut ett högre pris än standard så ger medlaren en bild av att vara specialist med förhöjt krav på fackmässighet som resultat. Se Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 122

²⁵ Det är viktigt i medlings-sammanhang att kommunikationen och språket är anpassat till parternas kunskap så att de förstår vad som avhandlas, detta även om parterna företräds av jurister eller advokater, Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 62

²⁶ Även om en felaktig uppgift kommer från en part så talar SOU 1984/85:110 s 214 för ett visst ansvar att kontrollera uppgifter för medlare.

²⁷ Ju högre risken för skada är, den sannolika skadans storlek och möjligheterna att förekomma skadan desto strängare blir bedömningen av vad som är fackmässigt handlande. Se Hellner, Skadeståndsrätt s 131

²⁸ DCFR IV.C – 2:105 pt 4 hänvisar till att den tid som en rådgivare har till sitt förfogande påverkar vilka krav som kan ställas på rådgivarens fackmässighet. Se å andra sidan Heuman, Advokatens rättsutredningar s 100-101 om att tidsbrist inte är någon ursäkt för dåligt utförande.

²⁹ Ramberg, Kontraktstyper s 125 - 129

³⁰ Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 93

Medlaren har rätt att komma med vilket lösningsförslag denne finner lämpligt, men medlaren har ingen rätt att tvinga på parterna en lösning.³¹

I en medlingsprocess är det upp till de tvistande parterna att utforma processen och dess omfattning. I vilken mån medlaren ska vara aktiv i förfarandet beslutas av det uppdrag medlaren får av parterna.³²

Medlingsprocessen har som mål att nå en ”*effektiv och för parterna acceptabel förhandlingslösning av tvisten*” (Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut s 3) En fråga som uppkommer är om det är medlarens ansvar att få parterna att nå en lösning på tvisten och om medlaren har ett ansvar för vad som blir lösningens innehåll?

I DCFR IV.C 2:106 stadgas att rådgivaren har ansvar för ett specifikt resultat ,om resultatet inte är avtalat, men klienten har förväntat sig det. Detta gäller endast om resultatet är något som klienten skäligen kunnat förvänta sig. Det krävs också att klienten inte hade någon orsak att tro att det fanns risk för att resultatet inte skulle uppnås.

2:106

- 1)The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated:
 - (a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and
 - (b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service.

Rådgivare har endast ett metodansvar om inte annat är avtalat.³³ Detta framgår i handelsagenturlagen §34 och kommissionslagen §17 som kräver försumlighet för att ansvar ska kunna utkrävas.

I Rättsfall NJA 1947 s 21 uttalar HD att en bank som inte visat försumlighet heller inte kan ställas till ansvar för de upplysningar de gett som lett till att hästförsäljaren i målet inte fått sin betalning. Rådgivaren har, enligt den princip som formuleras i rättsfallet, inte ansvar för uteblivet eller felaktigt resultat om inte rådgivaren handlat försumligt.

6.1 Sammanfattande analys

Medlaren har inte handlat vårdslöst bara för att parterna inte når en lösning på sin konflikt. Det är upp till parterna att frivilligt nå en lösning på sin tvist och det är upp till parterna att godta eller förkasta medlarens förslag på lösning.

³¹ WIPO mediation rules, publicering nummer 446, art 9-13

³² Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 26-27, WIPO mediation rules, publicering nummer 446, art 9-13, Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut s 3, se däremot Göteborgsklausulerna 4§ om att medlaren beslutar om förfarandet.

³³ Ramberg, Kontraktstyper, s 126

7 The mediator should be able to provide the parties with procedural and substantive suggestions and alternatives which will assist them in forging a solution to their mutual problems. This means that the mediator has done the "homework" necessary to understand the issue at point.

En bakgrundsförståelse för hur uppdragsgivaren tänker och hur denne kommer att handla är nödvändigt för att i möjligaste mån undvika rättsligt ansvar som rådgivare.³⁴

Bakgrundsförståelse innebär att innan arbetet kan påbörjas så ska rådgivaren ha uppdragsgivarens situation klar för sig och veta vilka behov som ska mötas. Denna bakgrundsförståelse ska uppnås på eget initiativ av en rådgivare. Detta följer av den allmänna principen omsorgsplikt.³⁵

I dom från Svea Hovrätt den 11 april 2001 mål T 2717-00 ges uttryck för hur bakgrundsförhållanden kan påverka ansvaret för en rådgivare. I detta fall var rådgivaren en bank som föreslagit en transaktion för en kund. Denna transaktion underkändes av skattemyndigheten. Domstolen uttalar att då kunden inte hade ekonomisk eller skatterättslig utbildning så ställs kraven högre på att banken informerar om osäkerheten i de förslag den kommer med.

Allmänt sett är det påkallat att den som lämnar rådgivning i komplicerade rättsfrågor fäster uppdragsgivarens uppmärksamhet på om prejudikat saknas och om rättsläget av denna eller någon annan anledning kan vara osäkert. Behovet av att sådan information lämnas måste emellertid vara beroende av vem uppdragsgivaren är, vilka kvalifikationer han har och om han redan känner problematiken.

(Svea hovrätt, mål T 2717-00, 2001-04-11)

En medlare som t.ex. använder ett språk som en part inte förstår har inte tagit reda på tillräckligt om partens kompetens för att kunna göra sitt jobb fackmässigt.³⁶

7.1 Sammanfattande analys

Det är inte tillräckligt för att rättsliga sanktioner ska aktualiseras att medlaren inte skaffat sig en tillfredsställande bakgrundsförståelse, eller inte gjort sin "hemläxa". Det krävs åtminstone att medlaren handlar utifrån sin brist på kunskap om parternas behov och kompetens för att rättsligt ansvar ska vara för handen. Ett exempel kan vara att medlaren ger råd till part/parterna men medlaren upplyser inte parterna om att detta råd kan vara förknippat med risker vilket parterna själva inte har kompetens att känna till.

Om medlaren ger råd och rekommendationer som leder till skada för parten/parterna på grund av medlarens brist på bakgrundsförståelse så torde rättsläget innebära att påföljder kan göras gällande av parterna.

³⁴ Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 83-84

³⁵ Ramberg, Kontraktstyper s 125

³⁶ Se Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 62

8 The mediator is to assist the parties in reaching agreement. This assistance can be helping them to communicate, to explore alternatives, to gather information, and other processes facilitating such an agreement.

Beroende på vad medlingsuppdraget omfattar så kommer medlarens ansvarsområde att variera.³⁷

Medlaruppdragets typiska omfattning är svår att fastställa. I Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut så står det att läsa att ”*medlarens roll och medverkan bestäms efter en inledande diskussion mellan medlaren och parterna.*”(Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut s 1)

I UNCITRALs regler för medling så är det medlaren som fritt ska utforma sitt uppdrag till skillnad mot vad Engström skriver om att det är de tvistande parterna som styr medlingsförfarandet.³⁸

Lagstiftaren har uttryckt en vilja om att medlare ska vara friare än domaren i sitt uppdrag och inte behöva tveka i att uttrycka sin åsikt eller bistå med sin kompetens. På instruktioner av parterna så ska medlaren kunna undersöka bygglov och liknande för att nå en effektiv lösning på tvisten.³⁹

Av min empiriska undersökning⁴⁰ framkom att medlarens uppdrag omfattar de instruktioner medlaren får av parterna. Att gå utanför dessa instruktioner ansågs vårdslöst.

Det minsta tänkbara som kan fodras av en medlare är att denne tar första kontakten mellan parterna, bistår med en lokal, underhåller kontakten mellan parterna och är en neutral person till stöd för parterna menar Engström.⁴¹ Skulle medlaren underlåta att göra detta så har medlaren inte gjort det som ingår i omfattningen av medlarens uppdrag. För att medlaren ska gå skadefri krävs att medlaren kan visa att uppdraget inte omfattat det som medlingsuppdrag normalt omfattar.⁴²

8.1 Sammanfattande analys

Utan en uttrycklig beskrivning av vad som ska ingå i medlarens uppdrag blir det svårt för parterna att hålla medlaren rättsligt ansvarig när medlaren inte gör det parterna förväntar sig av denne. Vad som normalt ska anses utgöra medlingsuppdragets omfattning är inte klarlagt utan omfattningen bestäms på individuell basis av parterna och medlaren, därför blir bedömningen av vårdslöshet beroenden av vad som avtalas. Medlaren ska ändå noga klargöra för parterna vad som ska ingå i uppdraget om medlaren vill vara säker på att undgå rättsligt ansvar

³⁷ Se Bengtsson, Särskilda avtalstyper I, s 157 ff

³⁸ UNCITRAL, conciliation rules, art 7, Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 26

³⁹ Prop. 1986/87:89 s 208

⁴⁰ Empirisk undersökning utfördes under hösten 2009. 15 ackrediterade medlare blev tillfrågade om sina åsikter om medlaransvar och 8 svarade. Resultatet redovisas på lämpliga ställen i uppsatsen.

⁴¹ Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 26-27

⁴² Konsultansvarnämndens utlåtande 3A/1978

9 Intervention should be determined primarily by the desires and initiations of the parties to the dispute...When mediators intervene at their own option or by mandate, they have an added and very important responsibility to orient the parties to the process and to lead them to make the decision to become involved in mediation.

Konsultansvarnämnden skriver i sitt utlåtande 3A/1978 att en konsult som föreslår en konstruktion är skyldig att fästa uppdragsgivarens uppmärksamhet på risker med konstruktionen.

När medlaren är initiativtagande till ett förslag så uppstår ansvar för att förslaget är och framförs fackmässigt. I ABK 96 §4.1 står att konsulten ska utföra uppdraget fackmässigt. Detta innebär enligt kommentaren att förslag som konsulten ger måste förenas med information om fördelar och nackdelar med förslaget samt alternativ som kan finnas.⁴³

Medlaren har en skyldighet att försäkra sig om att parterna är fullt införstådda med vad som diskuteras under förfarandet och att parterna förstår den överenskommelse som de kanske når.⁴⁴

The mediator shall take all appropriate measures to ensure that any understanding is reached by all parties through knowing and informed consent, and that all parties understand the terms of the agreement.

(European Code of Conduct for Mediators pt 3.3)

Medlaren kan genom att ingripa i tvisten och komma med egna förslag orsaka skada på en eller båda parter. Exempelvis så kan en medlare utforma ett avtal så att det leder till skattenackdelar för den ena parten, som hade kunnat undvikas med en annan utformning.⁴⁵

9.1 Sammanfattande analys:

Medlaren kan orsaka skada genom att ingripa i förfarandet mellan parterna. När medlaren kommer med egna förslag så ökar risken för att medlaren påverkar parterna så att skada uppstår. Genom att komma med förslag och råd för att påverka parternas handlande så utökas medlarens ansvar för att även råden och förslagen är fackmässiga. Medlaren har också en pedagogisk plikt att framföra råd och förslag på ett sätt som parterna kan förstå. Det går dock inte att finna en allmän princip som innebär ett större ansvar för medlaren om denne ingriper i medlingsprocessen.

Ansvar för förslag och råd behandlas nedan under kapitel 10 och 11.

⁴³ Allmänna Bestämmelser för Konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvetenskap av år 1996 4.1§ samt kommentar 4.1

⁴⁴ Läs mer om den pedagogiska plikten i SOU 2002:41 s 39, NJA 1997 s 65, NJA 1995 s 69

⁴⁵ Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 72

10 Mediators are not to bring pressure to bear that jeopardizes voluntary decision making by the parties.

The mediator has no power to enforce law nor act in any way as an agent of law enforcement or investigative agencies.

Medlaren har aldrig någon rätt att tvinga på parterna ett beslut utan förfarandet bygger helt på frivillighet.⁴⁶ Medlingsprocessen ska pågå effektivt men inte stressas på av medlaren.⁴⁷

For the purposes of this Law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.

(UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation art 1 pt 3)

De principer som kan anas kring begreppet tid är att rådgivarens ansvar kan påverkas av tidsfaktorn.⁴⁸ Heuman menar dock att tidsbrist inte kan vara en ursäkt för dåligt utförd prestation.⁴⁹ Med tanke på att medlingsförfaranden enligt svenska branschregler ska få pågå under ett visst antal dagar⁵⁰ så har medlaren ingen möjlighet att använda tidsbrist som ursäkt för att inte utföra sitt arbete fackmässigt.

10.1 Sammanfattande analys

Det finns ingen ansvarsfrihetsgrund för medlaren med hänvisning till tidsbrist.

Skulle en medlare frångå principen om frivillighet för parterna i förfarandet och pressa en part till ett beslut eller tvinga på parterna rättsregler, så kan parterna göra medlaren rättsligt ansvarig för vårdslöst beteende. Det finns klara riktlinjer om att ett medlingsförfarande ska vara frivilligt och ett brott mot detta är att gå utanför ramarna för vad som är fackmässig medling. Prisavdrag kan aktualiseras och om skada har uppstått på grund av brott mot frivilligheten så blir även skadestånd en aktuell påföljd.

En svårighet blir för parterna att bevisa att ett beslut blivit frampressat och att parterna inte hävdar detta i en efterhandskonstruktion för att undgå konsekvenserna av ett dåligt beslut.

⁴⁶ Se WIPO mediation rules, publicering nummer 446, art 9-13, Kommissionens rekommendation 2001/310/EG av den 4 april 2001 om principer som ska tillämpas på extrajudiciella organ som deltar i reglering av konsumenttvister som görs upp i godo (EGT L 109, 19.4.2001, s. 56), Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut s 3

⁴⁷ Prop 1986/87:89 s 208-209

⁴⁸ DCFR IV.C 2:105 pt 4

⁴⁹ Heuman, Advokatens rättsutredningar s 100-101

⁵⁰ Göteborgsklausulerna §7, Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut s 4, §11

11 Suggestions and recommendations for settlement made by the mediator should be evaluated carefully for their effect on the parties and he or she should accept full responsibility for their honesty and merit.

När medlaren kommer med förslag på lösning av tvisten så finns krav på medlaren att förslaget är fackmässigt uppfört och ansvaret att informera om för och nackdelar med förslaget utökas enligt de principer som framkommer i ABK 96 § 4 med kommentarer.

Det sätt som information framförs på kan ge grund för befogad tillit hos mottagaren till informationen. Att framföra information i en skriftlig handling med en viss beteckning ger typiskt sett upphov till tillit hos mottagaren.⁵¹

Har en värderingsman upprättat ett värderingsintyg så ska mottagaren kunna förlita sig på att värderingsmannen använt sig av de i branschen rådande normerna för hur man upprättar dessa intyg.⁵²

Den information som medlaren får under en medlingsprocess ska förhoppningsvis leda fram till ett avtal mellan parterna som löser tvisten.

Usually, the mediator keeps track of areas of agreement as the mediation progresses, so that eventually she or he has a rough draft of all points of consensus. Mediators learn early on in their training that wording these commonalities is important.

(Cahn, Abigail, Managing conflict through communication, s 261)

De rekommendationer och förslag som medlaren kommer med kan ibland bygga på felaktiga uppgifter. Som huvudregel är parten själv ansvarig för skada som uppkommer på grund av felaktiga uppgifter som denne lämnat till medlaren.⁵³

Det finns undantag från denna huvudregel och ett sådant finns i §16 KtjL som stadgar att om en tjänst är felaktig, utan att det beror på ett förhållande från konsumentens sida, så får konsumenten göra påföljder gällande. Detta innebär inte att en näringsidkare går utan ansvar ifall ett fel beror på den information som konsumenten lämnat. Istället kan näringsidkaren bli ansvarig för fel som uppkommer på grund av den information som konsumenten lämnat ifall näringsidkaren har, eller borde ha insett att informationen var bristfällig eller felaktig.⁵⁴

Även i fastighetsmäklarlagen finns undantag från huvudregeln. I fastighetsmäklarlagen §17 står att fastighetsmäklaren ska kontrollera vissa uppgifter såsom vilka rättigheter som belastar en fastighet. I övrigt så ska kontroll ske när det råder osäkerhet kring en lämnad uppgift.⁵⁵

I den empiriska undersökningen⁵⁶ framkom det att vårdslöshet ansågs föreligga när medlaren vidarebefordrar felaktiga uppgifter mellan parterna. Medlaren ansågs också vårdslös om denne skriver felaktiga uppgifter i avtalet mellan parterna.

⁵¹ Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 534

⁵² Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 535

⁵³ Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 109

⁵⁴ SOU 1984/85:110 s 214

⁵⁵ Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 110

⁵⁶ Läs mer under fotnot 40

Konsekvenserna för en mäklare som inte kontrollerat en säljares uppgifter blev i NJA 1991 s 725 utredda. Säljaren hade i målet inte klart kunnat uttala sig om storleken på köpeobjektet vilket borde föranlett att mäklaren enkelt kontrollerade denna uppgift, vilket inte gjordes. HD uttalar att en mäklare ska kontrollera osäkra uppgifter. Mäklaren blev skadeståndskyldig.

En jurist som bevakat ett testamente i fel tingsrätt på grund av felaktiga uppgifter juristen fått av sin uppdragsgivare ansåg inte ha handlat fackmässigt. HD uttalar i NJA 1939 s 374 att en jurist har skyldighet att kontrollera vissa uppgifter som kommer från klienten.. HD ansåg att juristen hade skyldighet att kontrollera att uppgiften om mantalsskrivningsort stämde.

11.1 Sammanfattande analys

Om medlaren framför råd och lösningsförslag i skriftlig form så kan det ge upphov till att parterna känner tillit till informationen. Medlaren måste kunna visa att hon kommit fram till informationen på ett fackmässigt sätt. För medlare finns inte, till skillnad från t.ex. värderingsmän, en allmän metod för hur information ska upprättas och därför går det inte att fastställa en norm medlaren måste hålla sig till.

Medlaren kan dock vara skyldig att kontrollera information som hon använder sig av. När det inte finns någon kontrollplikt enligt lag så torde rättsläget innebära att felaktiga uppgifter som en medlare enkelt kan kontrollera och som medlaren grundar sitt arbete på leder till ansvar för medlaren om dessa uppgifter används och skadar parterna.

Parterna kan göra en medlare rättsligt ansvarig för att ha använt sig av felaktiga uppgifter som borde ha kontrollerats av medlaren. Det är dock oklart hur långt denna skyldighet sträcker sig och vilka uppgifter som omfattas av kontrollplikten.

12 Acceptability of mediators by the parties is essential.

Medlaren ska inte ge upphov till upplevd eller faktisk intressekonflikt med någon part. Innan förfarandet ska medlaren ge information om sin opartiskhet och kompetens till båda parter.⁵⁷

Medlingsförfarandet ska vara rättvist vilket ska säkerställas genom att parterna vet om att de när som helst kan avbryta förfarandet⁵⁸

Även om det inte direkt sägs i den föreslagna lagtexten, bör vidare en förutsättning för att medlare skall förordnas liksom för närvarande praktiskt taget alltid vara att inte parterna, eller någon av dem, motsätter sig att särskild medling äger rum.

(Prop. 1986/87:89 s 207 om ett reformerat tingsrättsförfarande.)

⁵⁷ Kommissionens rekommendation 2001/310/EG av den 4 april 2001 om principer som ska tillämpas på extrajudiciella organ som deltar i reglering av konsumenttvister som görs upp i godo (EGT L 109,19.4.2001, s. 56)del II Principer A samt Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut s 3

⁵⁸ Kommissionens rekommendation 2001/310/EG av den 4 april 2001 om principer som ska tillämpas på extrajudiciella organ som deltar i reglering av konsumenttvister som görs upp i godo (EGT L 109, 19.4.2001, s. 56) del II Principer D, Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut s 3, §11, Göteborgsklausulerna 9§

I svenska branschregler har parterna möjlighet att själva välja vem som ska vara medlare. Medlingen är helt frivillig vilket demonstreras av att parterna när som helst kan avsluta förfarandet.⁵⁹

12.1 Sammanfattning

Det är upp till parterna att frivilligt genomföra ett medlingsförfarande. Parterna kan när som helst avbryta processen vilket gör att om medlaren inte accepteras av någon part så har den parten möjligheten avsluta medlingsförsöken. Att medlaren inte blir accepterad av parterna leder inte till något rättsligt ansvar.

Om medlaren inte accepteras för att denne uppträder opartiskt eller orättvist så kan regler kring jäv som avhandlas i kapitel 14 bli aktuella.

13 The mediator should demonstrate integrity, objectivity, fairness, intelligence, knowledge of the areas in dispute, emotional balance, social perceptiveness, and skill in spoken and written communication.

En klient ska kunna kräva att medlaren är ” trovärdig, pålitlig, ärlig, rättvis, opartisk, konsekvent, kompetent och engagerad.” (Norman, Medling s 118)

Det finns ett medlingsdirektiv, 2008/52/EG,⁶⁰ som är tillämpligt på gränsöverskridande tvister. I Art 3b i detta direktiv så ska en medlare vara effektiv, opartisk och kompetent. Medlemsstaterna bör, enligt Art 4, uppmuntra medlare att vidareutbilda sig och att ansluta sig till uppförande koder och andra mekanismer för kvalitetssäkring.

Under 2004 arbetades European Code of Conduct for Mediators fram. Denna uppförandekod slår fast principer som individuella medlare kan välja att iaktta. Tanken är att European Code of Conduct for Mediators ska kunna utnyttjas för medling i civilmål.⁶¹

Även denna uppförande kod trycker på att medlaren ska inneha kompetens, oberoende och neutralitet.⁶²

The United Nations Commission on International Trade Law arbetar för att harmonisera lagar inom området för internationell handel.⁶³ Detta har de gjort även på området medling. I UNICITRAL, conciliation rules, art 7 stadgas regler för medlaren roll.

ROLE OF CONCILIATOR

Article 7

(2) The conciliator will be guided by principles of objectivity, fairness and justice, giving consideration to, among other things, the rights and obligations of the parties...

⁵⁹ Se Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut s3, 6§, 11§ samt Göteborgsklausulerna 2§, 9§

⁶⁰ <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2008:136:SOM:sv:HTML> 2009-10-17 kl 14.10

⁶¹ Engström, Medling en tvistlösningsmetod s 157

⁶² European Code of Conduct for Mediators pt 2.1, 2.2

⁶³ <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html> 2009-10-08 kl 13.10

Dessa regler kan jämföras med regler som stadgas för revisorer i revisorslagen §20. ”En revisor skall i revisionsverksamheten utföra sina uppdrag med opartiskhet och självständighet samt vara objektiv i sina ställningstaganden.” I kommentarerna till lagen finns att läsa att i kraven på opartiskhet, självständighet och objektivitet ligger ett krav på revisorn att vara fri från förhållanden som kan påverka uppdraget och revisorns handlingsutrymme.⁶⁴

Neutralitet syftar till förhållandet mellan parterna och medlaren så till vida att medlaren inte får ha ekonomiska eller andra kopplingar av väsentligt slag till någon part menar Engström. Opertiskhet avser istället det förhållandet att medlaren inte får, genom ord eller på andra sätt, ta ställning för eller gynna den ena parten på bekostnad av den andre.⁶⁵

Oberoende är att inte ha några ”ekonomiska intressen i vilka alternativ den rådsökande väljer.”(Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 26)

13.1 Sammanfattande analys

Om medlaren innehar eller inte innehar egenskaper som emotionell balans eller trovärdighet är inte tillräckligt för att grunda rättsligt ansvar. Dessa egenskaper är önskvärda hos medlaren men egenskaperna i sig leder inte till någon skada för parterna eller vårdslöshet.

Däremot kan bristen på neutralitet eller oberoende leda till att medlaren är jävig eller handlar på ett sätt som inte kan anses fackmässigt. Som kommentarerna till revisorslagen uttrycker så är opartiskhet, objektivitet och självständighet inte uttryck för egenskaper utan handlingsregler som innebär att revisorn måste handla utan påverkan av egna intressen eller andras. Även för medlare torde kraven på oberoende och neutralitet innebära principer för hur medlaren ska handla och inte egenskaper som medlaren måste inneha. Jäv och andra vårdslösa beteenden som kan vara resultatet av brist på neutralitet och oberoende behandlas mer under kapitlet nedan.

14 Mediators should not use their position for private gain or advantage, nor should they engage in any employment or enterprise that conflicts with their function as mediator in relation to any given case.

Publicity in a given dispute situation shall not be used by mediators to enhance his or her position or that of the agency.

Mediators should not accept money or things of value other than previously agreed-upon fees, expenses, and/or salary.

Suggestions to the parties that imply that they should transfer from one mediation ”forum” or person to another mediation person or forum in order to produce better results are unprofessional and are to be condemned.

Många yrkesgrupper har regler som förbjuder jäv.

⁶⁴ Prop. 2000/01:146 s 100

⁶⁵ Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 51

De jävsregler som återfinns 13-15§§ RB omfattar domare men inte medlare. Dessa bestämmelser gäller dock för domare som utses som medlare.⁶⁶

Advokater och revisorer med flera har sina jävsregler som finns uttryckta i respektive yrkesetiska standarder.

I Branschregler för medlare stadgas om oberoende och opartiskhet samt om att medlaren måste upplysa om förhållanden som kan minska dennes opartiskhet.⁶⁷

I European Code of Conduct for Mediators, som antagits i Sverige, finns jävsregler för medlare formulerade.

2. INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY

2.1 Independence and neutrality

The mediator must not act, or, having started to do so, continue to act, before having disclosed any circumstances that may, or may be seen to, affect his or her independence or conflict of interests. The duty to disclose is a continuing obligation throughout the process.

Such circumstances shall include

- any personal or business relationship with one of the parties,
- any financial or other interest, direct or indirect, in the outcome of the mediation, or
- the mediator, or a member of his or her firm, having acted in any capacity other than mediator for one of the parties.

In such cases the mediator may only accept or continue the mediation provided that he/she is certain of being able to carry out the mediation with full independence and

neutrality in order to guarantee full impartiality and that the parties explicitly consent.

(European Code of Conduct for Mediators art 2.1)

The Council of the International Bar Association, antog 2004, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Dessa regler gäller för skiljemän men i dessa rekommendationer finns klart uttryckt situationer som alltid ska grunda jäv och situationer som aldrig är jävsgrundande.

Alltid Jävsgrundande

1. Non-Waivable Red List

⁶⁶ Engström, Medling som tvistlösningsmetod s 84

⁶⁷ Regler för Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut §1, §2, Göteborgsklausulerna 3§

- 1.1. There is an identity between a party and the arbitrator, or the arbitrator is a legal representative of an entity that is a party in the arbitration.
- 1.2. The arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence in one of the parties.
- 1.3. The arbitrator has a significant financial interest in one of the parties or the outcome of the case.
- 1.4. The arbitrator regularly advises the appointing party or an affiliate of the appointing party, and the arbitrator or his or her firm derives a significant financial income therefrom.

(IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Part II art. 1)

Aldrig Jävsgrundande

4. Green List

4.1. Previously expressed legal opinions

4.1.1 The arbitrator has previously published a general opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue which also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case that is being arbitrated).

4.2. Previous services against one party

4.2.1 The arbitrator's law firm has acted against one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter without the involvement of the arbitrator.

4.3. Current services for one of the parties

4.3.1 A firm in association or in alliance with the arbitrator's law firm, but which does not share fees or other revenues with the arbitrator's law firm, renders services to one of the parties or an affiliate of one of the parties in an unrelated matter.

4.4. Contacts with another arbitrator or with counsel for one of the parties

4.4.1 The arbitrator has a relationship with another arbitrator or with the counsel for one of the parties through membership in the same professional association or social organization.

4.4.2 The arbitrator and counsel for one of the parties or another arbitrator have previously served together as arbitrators or as co-counsel.

4.5. Contacts between the arbitrator and one of the parties

4.5.1 The arbitrator has had an initial contact with the appointing party or an affiliate of the appointing party (or the respective counsels) prior to appointment, if this contact is limited to the arbitrator's availability and qualifications to serve or to the names of possible candidates for a chairperson and did not address the merits or procedural aspects of the dispute.

4.5.2 The arbitrator holds an insignificant amount of shares in one of the parties or an affiliate of one of the parties, which is publicly listed.

4.5.3 The arbitrator and a manager, director or member of the supervisory board, or any person having a similar controlling influence, in one of the parties or an affiliate of one of the parties, have worked together as joint experts or in another professional capacity, including as arbitrators in the same case.

14.1 Sammanfattande analys

För att handla fackmässigt som medlare så får inte medlaren vara jävig utan att upplysa parterna om förhållandena för handen.

De situationer, som Keltner formulerat och som återfinns i rubriken, är förmodligen alla jävsgrundande för en medlare och kan leda till rättsligt ansvar. Situationerna innebär alla att medlaren har ett ekonomiskt intresse i konflikten och det ska alltid grunda jäv enligt IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Även i European Code of Conduct for Mediators är ekonomiskt eller annat intresse i tvisten i konflikt med ett fackmässigt arbetssätt.

Parterna har alltid rätt att avbryta en medlingsprocess enligt principen om frivillighet vid medling. Därför uppstår inga problem med att avsätta en jävig medlare.

Är medlaren jävig, utan att upplysa parterna om detta, så kan part/parterna dessutom kräva prisavdrag på grund av brott mot fackmässigheten och skadestånd för eventuell skada.⁶⁸

15 Negotiation positions, proposals, suggestions, and other information given to the mediator in confidence during the course of negotiations must not be disclosed to the other party without first securing permission from the person or persons initiating the information.

Confidential information acquired by the mediator shall not be disclosed for any purpose nor be used directly or indirectly for the personal benefit or profit of the mediator, or in legal proceeding.

WIPO mediation rules, Kommissionens rekommendation 2001/310/EG, Regler för Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut med flera⁶⁹ ger alla uttryck för att sekretess ska råda i ett medlingsförfarande mellan medlaren och parterna samt gentemot utomstående.

4. CONFIDENTIALITY

The mediator shall keep confidential all information, arising out of or in connection with the mediation, including the fact that the mediation is to take place or has taken place, unless compelled by law or public policy grounds. Any information disclosed in confidence to mediators by one of the parties shall not be disclosed to the other parties without permission or unless compelled by law.

(The European Code of Conduct for Mediators art 4)

⁶⁸ Se mer om jävsgrunder, allmän bedömning och sanktioner i Prop 1998/99:35 s 83 ff

⁶⁹ WIPO mediation rules art 11, Kommissionens rekommendation 2001/310/EG av den 4 april 2001 om principer som ska tillämpas på extrajudiciella organ som deltar i reglering av konsumenttvister som görs upp i godo (EGT L 109,19.4.2001, s. 56) del II princip D, Regler för Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut 3§, Göteborgsklausulerna §7

I den empiriska undersökning⁷⁰ som jag utfört så var alla de tillfrågade medlarna överens om att det är vårdslöst av en medlare att avslöja information som parterna ger medlaren utan att medlaren först får tillåtelse av parten att avslöja informationen.

Även advokater, som enligt vägledande regler för god advokatsed måste följa advokatförbundets stadgar även i uppdrag så som domare eller skiljeman,⁷¹ är bundna av en stark sekretess och tystnadsplikt gentemot klienten.⁷²

Revisorer, är likaså bundna av sina branschregler då de utför närliggande revisorsuppdrag så som rådgivning, och ska enligt god revisorssed inneha tystnadsplikt.⁷³

Brott mot sekretess som stadgats i yrkesetiska regler leder framförallt till disciplinära åtgärder men kan även leda till prisavdrag och skadestånd.⁷⁴

15.1 Sammanfattande analys:

Av de riktlinjer och regler som tillämpas på medlare är principen om sekretess, i förhållandet till utomstående och inom processen mellan parterna, tydlig. Medlaren har ett ansvar att se till att den information som framkommer under medlingsförfarandet behandlas konfidentiellt.

Att behandla information konfidentiellt är en så pass stark och klar princip att brytandet av den måste leda till rättsligt ansvar för medlaren. När medlaren bryter mot sekretessen kan långtgående skador drabba parterna. Det kan handla om goodwill-skada för ett företag om allmänheten får reda på hemlig information. Mellan parterna i tvisten så kan avslöjandet av information leda till att en part hamnar i underläge och förlorar sin sak i domstol.

Prisavdrag är en påföljd som parterna kan göra gällande när medlaren går utanför fackmässigt handlande och avslöjar information som ska hållas hemlig. Skadestånd blir aktuellt när skada har uppstått på grund av medlarens handlande.

16 Mediators have full and continuing responsibility to study the areas involved in the disputes which they mediate and to improve their skills and upgrade their abilities.

I branschregler för medlare finns uttryckt att medlaren ska inneha kunskap inom området konflikthantering. Sin kunskap ska medlaren fortgående uppdatera och utveckla.⁷⁵

⁷⁰ Se mer under fotnot 40

⁷¹ Vägledande regler om god advokatsed pt 3,8 s 46

⁷² Se RB 8:4, Vägledande regler om god advokatsed pt 3,8 s 1-2,46

⁷³ FAR SRS EtikR 1 Yrkesetiska regler 2008 Regel 2,5 sid 6-10,

http://www.farsrs.se/portal/page?_pageid=33.38328&_dad=portal&_schema=PORTAL 2009-09-08 kl 10:00

⁷⁴ Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 107

⁷⁵ Kommissionens rekommendation 2001/310/EG av den 4 april 2001 om principer som ska tillämpas på extrajudiciella organ som deltar i reglering av konsumenttvister som görs upp i godo (EGT L 109,19.4.2001, s. 56) art 4, European Code of Conduct for Mediators art 1, se även Prop. 1986/87: 89 s 209

1.1 Competence

Mediators shall be competent and knowledgeable in the process of mediation. Relevant factors shall include proper training and continuous updating of their education and practice in mediation skills, having regard to any relevant standards or accreditation schemes.

(European Code of Conduct for Mediators art 1)

I NJA 1981 s 1091 hade en jurist, som arbetade på ett företag som specialiserat sig på naturvårdsärenden, missat att yrka indexuppräknung i domstolen. HD ansåg att ett juridiskt ombud, med specialistkunskaper inom det område tvisten gällde, måste inneha kännedom om rättstillämpningen. Ombudet blev skadeståndsskyldig.

Medlare kan komma från olika professionella grupper. Lagstiftaren uppmanar till att använda sig av en medlare som har expertkunskaper inom det område tvisten rör.⁷⁶

Expertkompetens har via rättsfall och doktrin visats sig medföra ett förhöjt ansvar. Att vara ackrediterad medlare ger en bild av att vara expert inom området medling. Det fackmässiga handlande som vanligen kan förväntas av en medlare kan genom expertansvaret utökas.⁷⁷

16.1 Sammanfattande analys

För att bedöma fackmässigt handlande så är branschregler viktiga att ta i beaktande, vilket anförts tidigare. Medlare ska enligt branschregler hålla sin kunskap uppdaterad inom det område tvisten mellan parterna rör samt fortgående utveckla sin kompetens. Att inneha specialistkompetens innebär utökat ansvar att använda sig av sin kunskap fackmässigt.

Att göra en medlare ansvarig, för att inte inneha den kompetens som parten/parterna förväntar sig, är svårt, oavsett om medlaren marknadsfört sig som specialist eller inte. Det finns inga standarder för vilken kompetens en medlare ska ha och branschregler säger bara att medlaren ska ha kompetens inom sitt yrkesfält men inget om vad den kompetensen ska innebära.

17 A mediator should not enter any dispute being mediated by other mediators without their approval and without fully conferring with them about the matter.

Mediators should avoid any appearance of disagreement or criticism of fellow mediators in a given case situation.

Rubriken refererar till regler för hur medlare bör förhålla sig till varandra. Detta område har jag valt att inte beröra i min uppsats. Istället ligger fokus på hur medlaren bör handla i förhållande till sina uppdragsgivare, parterna.

⁷⁶ Prop 1986/87:89 s 208-209

⁷⁷ NJA 1974 s 99, Heuman, Advokatens rättsutredningar s 92, Elfström, Rådgivarens professionsansvar s 122, SOU 1979:36 s 193, DCFR IV.C. 2:105 pt.2

18 Slutsats

Sammanfattande så har den perfekta medlaren följande egenskaper.

- The patience of Job
- The sincerity and bulldog characteristics of the English
- The wit of the Irish
- The physical endurance of the marathon runner
- The broken-field dodging abilities of a halfback
- The guile of Machiavelli
- The personality-probing skills of a good psychiatrist
- The confidence-retaining characteristics of a mute
- The hide of a rhinoceros
- The wisdom of Solomon

(Keltner, the Management of Struggle, s 107)

Även om de ovan citerade egenskaperna är svår vunna så bör medlaren alltid eftersträva att göra sitt bästa och hantera konflikter mellan parter så att en konfliktlösning nås. Hur en medlare *bör* agera och hur en medlare *måste* agera är dock två skilda saker vilket har framkommit i utredningen ovan. Parterna, som är medlarens uppdragsgivare, har få möjligheter att ställa krav på medlaren som kan sanktioneras rättsligt, om inte kraven stadgas i ett avtal.

Parterna bör dock kunna göra framgångsrika anspråk gällande mot medlaren vid medlarens brott mot opartiskheten, jäv, brott mot tystnadsplikten och brott mot frivillighet i förfarandet.

Dessa områden är jämförelsevis klart reglerade. Tydliga principer om medlars opartiskhet och tystnadsplikt och parternas rätt till självbestämmande och vad detta ska innebära går att utläsa ur branschregler, lagar och riktlinjer.

Utöver dessa områden så kan inga klara principer formuleras för vad som är fackmässig medling.

En medlare som vill vara säker på att undgå rättsliga anspråk bör vara försiktig i utformandet av avtalsförslag och i sina råd. Framförallt bör medlaren tänka på att informera och formulera sig så att parterna förstår. Medlaren bör även kontrollera uppgifter som enkelt kan kontrolleras om de är avgörande i ett avtal eller i ett råd.

Avslutningsvis vill jag trycka på vikten för parter, i ett medlingsförfarande, att formulera sina förväntningar och krav i ett avtal med medlaren för att säkerställa dessa krav i en rättslig process.

19 Källförteckning

Litteratur

Bengtsson, Bertil, Särskilda avtalstyper I, 2:a upplagan, PA Norstedt & Söner förlag Stockholm, 1976

Danowsky, Peter, Från Advokatens verkstad, Norstedts Tryckeri AB, 1987

Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law

<http://webh01.ua.ac.be/storme/DCFRInterim.html>

Cahn, D. Dudley, Abigail, Ruth Anna, Managing conflicts through communication, third edition, Pearson Education Inc., 2007

Elfström, Jan, Rådgivarens professionsansvar, AB Svensk Byggtjänst, 2003

Engström, Dan, Medling som tvistlösningsmetod, Jure förlag AB, 2009

Hellner, Jan, Johansson, Svante, Skadeståndsrätt, Upplaga 6, Norstedts Juridik, 2006

Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II kontraktsrätt, Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms Universitet 1984

Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt, 1 häftet särskilda avtal, Upplaga 4, Juristförlaget, 2005

Heuman, Advokatens rättsutredningar – metod och ansvar, Juristförlaget, 1987

Keltner, John W, The Management of Struggle, Hampton Press Inc. 1994

Kleineman, Jan, Ren förmögenhetsskada - särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Juristförlaget 1987

Kleineman, Jan, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, SvJT 1998, s 185 ff

Lindblom, Per Henrik, ADR - opium för rättsväsendet? SvJT 2006 s 101 ff

Norman, Jan, Medling – och andra typer av alternativ konfliktlösning, IUSTUS förlag AB, 1999

Ramberg, Christina, Kontraktstyper, Norstedts Juridik AB, 2005

Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, upplaga 7, Norstedts Juridik AB, 2007

Proposition

Prop 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande

Prop 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande

Prop. 2000/01:146 Oberoende, ägande och tillsyn i revisionsverksamhet

Kommittébetänkanden

SOU 1979:36 Konsumenttjänstlag

SOU 1984/85:110 om konsumenttjänstlag

SOU 2002:41 Konsumentskydd vid finansiell rådgivning

EU direktiv

Kommissionens rekommendation 2001/310/EG av den 4 april 2001 om principer som ska tillämpas på extrajudiciella organ som deltar i reglering av konsumenttvister som görs upp i godo (EGT L109, 19.4.2001, s. 56)

EU direktivet 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område

NJA

NJA 1939 s 374

NJA 1947 s 21

NJA 1974 s 99

NJA 1991 s 725

NJA 1995 s 69

NJA 1997:65

Hovrätt

RH 1998:60

Svea hovrätt, mål T 2717-00, 2001-04-11

Utlåtanden

Konsultansvarsnämndens utlåtande 3A/1978

Branschregler

Allmänna Bestämmelser för Konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvksamhet av år 1996

European Code of Conduct for Mediators

FAR SRS EtikR 1 Yrkesetiska regler 2008

Göteborgsklausulerna, Västsvenska Industri- och Handelskammarens Förtroenderådsregler om Medling och Skiljeförfarande

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2004

Regler för Stockholms Handelskammarens Medlingsinstitut, i kraft 1 april 1999

The United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL, Model Law on International Commercial Conciliation

Vägledande regler om god advokatsed, Antagna av Advokatsamfundets styrelse den 29 augusti 2008

WIPO mediation rules, publicering nummer 446

Internet referenser

FAR SRS hemsida

http://www.farsrs.se/portal/page?_pageid=33,38328&_dad=portal&_schema=PORTAL

Hemsida för UNCITRAL

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html> 2009-10-08

Europeiska Unionens officiella tidning

<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2008:136:SOM:sv:HTML>