



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG

PEDER MÜHLENBOCK

Twistinverstering – särskilt om vissa kostnadsfrågor

Särtryck ur häfte 1/2016

TVISTINVESTERING – SÄRSKILT OM VISSA KOSTNADSFÖRFRÅGOR

Av Peder Mühlenbock¹

Ett omdiskuterat ämne inom den internationella skiljemannarätten som har vuxit fram under de senaste åren är third-party funding (normalt förkortat ”TPF”). I artikeln benämns företeelsen tvistinvestering. Något vedertaget svenskt begrepp för finansieringsformen finns inte sedan tidigare. För en jurist av den gamla skolan framstår det säkerligen som märkligt, eller kanske till och med stötande, att kärandens krav gentemot svaranden i det här sammanhanget betraktas som en ekonomisk tillgång. Idag finns investerare världen över som investerar i dessa ekonomiska tillgångar. Det är en verklighet som vi, vare sig vi vill eller inte, måste förhålla oss till. Finansieringsformen figurerar redan i skiljeförfaranden med säte i Sverige. I dessa, och till skiljeförfarandena parallella domstolsförfaranden, har frågor uppkommit om hur svenska regler gällande processkostnader ska tillämpas när en av parterna finansierat sin talan med externt kapital från en investerare. I det följande ges viss teoretisk och praktisk bakgrund rörande tvistinvestering varefter vissa av de aktualiserade kostnadsfrågorna behandlas.

I. INLEDNING

I.1 TVISTINVESTERING – EN KONTEXTUELL BAKGRUND

Trots att tvistinvestering är ett omdiskuterat och tämligen omskrivet ämne i den internationella litteraturen är det svårt att finna en enhetlig definition av finansieringsformen.² Den bredaste definitionen av begreppet, som på svenska skulle kunna översättas till tvistfinansiering, innefattar alla avtal mellan part i processen och en utomstående där utbetalningar av pengar är kopplade till finansieringen av processen.³ Somliga har ansett att begreppet inte bör definieras, i vart fall inte snävt, då finansierarnas verksamhet är komplex och mångfacetterad.⁴ För att få en heltäckande bild av tvistinvestering som företeelse är

¹ Associate på Mannheimer Swartling Advokatbyrå. Artikeln speglar dock endast mina egna åsikter och ställningstaganden.

² Scherer, *Third-Party Funding in International Arbitration: Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?*, i *Third-Party Funding in International Arbitration*, Dossier X of the ICC Institute of World Business Law, 2013, s. 95.

³ Scherer, Goldsmith och Fléchet, *Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part I – Funders’ Perspectives*, *International Business Law Journal*, 2012, s. 209. Se även Bench Nieuwveld och Shannon, *Third-Party Funding in International Arbitration*, 2012, s. 3.

⁴ Burford Capital, *Third-Party Funding in International Arbitration*; www.burfordcapital.com/articles/third-party-funding-in-international-arbitration/# (2013-01-22). Samtliga internetkällor som används i artikeln besöktes senast den 11 april 2016.

det angeläget att använda sig av en bred begreppsdefinition, som inbegriper verksamhetens diversifierade former. En definition som återkommande används i litteraturen och som även används i denna artikel lyder som följer.

En investerare, som inte är part i processen eller på annat sätt nära sammankopplad med tvisten mellan parterna, finansierar en kärandes talan med det enda intresset att som ersättning för sin finansiering få en viss andel eller ett visst belopp av processutfallet.⁵

Om käranden är tappande i tvisten och processutfallet blir noll erhåller inte investeraren någon ersättning. Den använda definitionen av företeelsen är alltför snäv för att ge en heltäckande bild av investerarnas verksamhet. De arbetar givetvis inte enbart med sådana förenklade former av investeringar som ryms inom definitionen. Definitionen tjänar dock sitt syfte i sammanhanget då den aktualiserar många relevanta frågor.

För att exemplifiera vilket ekonomiskt utfall som kan erhållas ger Longstreth ett tämligen extremt exempel på en lyckad tvistinvestering.⁶

År 2009 vände sig företaget Gray Development Group ("Gray") till Burford för finansiering av en tvist. Parterna kom överens om att Burford skulle investera USD 5 000 000 i utbyte mot 33 % av beloppet från en eventuell förlikning och 40 % av ett positivt processutfall. I juni 2010 utdömde en skiljenämnd ett belopp om USD 110 000 000 till Gray. Skiljenämndens avgörande resulterade i att Burfords ersättning för investeringen uppgick till USD 44 000 000. Avkastningen på Burfords investering uppgick således till cirka 880 %.

Som investeringsform är investeringar i processer attraktiva av olika anledningar. I en förhållandevis tidig undersökning rörande tvistinvestering uppgav de intervjuade investerarna att investeringarna inte påverkades av prisförändringar på andra tillgångsklasser eller att de möjligen var något kontracykliska samt att investeringarna var riskfyllda men möjliggjorde höga avkastningar.⁷ De nackdelar som investerarna uppgav att de upplevde var bland annat följande:

⁵ Rogers, *Ethics in International Arbitration*, 2014, s. 185.

⁶ Longstreth, *Litigation Finance Firm Backs Big Winner in Arizona Dispute*, *The American Lawyer*; <http://www.newyorklawjournal.com/id=1202464037477/Litigation-Finance-Firm-Backs-Big-Winner-in-Arizona-Dispute> (2010-07-30).

⁷ Veljanovski, *Third Party Funding in Europe*, *Journal of Law, Economics & Policy*, 2012, s. 417.

- i) kändans krav utgör en finansiell produkt som kräver stora utredningar innan ett investeringsbeslut kan tas,
- ii) avkastningen är begränsad till kändans position och agerande i processen,
- iii) investeringen är riskfylld,
- iv) investeraren kan inte ensidigt påverka tidpunkten för när avkastningen ska utbetalas, samt
- v) att investeringen normalt är illikvid.⁸

Traditionella långgivare anser att investeringar i tvister innefattar ett alltför högt risktagande. Investeraren kan nämligen inte med säkerhet bedöma utgången av processen, det finns inte något på förhand bestämt datum då avkastningen på investeringen förfaller till betalning och investeringsavtalen innefattar normalt inte några löpande utbetalningar under investeringstiden.⁹ Tvistinvesterare tar således risker som traditionella kreditgivare är ovilliga att ta. Ytterligare en risk och en nackdel med att investera i tvister är att riskspridningen normalt sett är låg. Investeringarna koncentreras, bland annat på grund av de stora investeringarna och det relativt låga antalet intressanta tvister, till ett fåtal pågående processer. Investeraren påverkas därför mer av utgången av enskilda investeringar än om investeringsportföljen hade varit mer diversifierad.¹⁰

Bland de som finansierar andras talan finns även aktörer vars primära syfte inte är att tjäna pengar. Skälen bakom en erbjuden finansiering kan också vara sociala, politiska eller strategiska. Ett av de mest kända exemplen på medverkan av sociala skäl är finansieringen som gavs till svaranden i investerings-tvisten väckt av Philip Morris gentemot staten Uruguay.¹¹ The Bloomberg Foundation bidrog genom sin kampanj ”*Campaign for Tobacco-Free Kids*” med ekonomiskt stöd till den uruguayanska staten.¹² Trots att en dylik inblandning visar upp likheter med tvistinvestering är det mer rättvist att jämföra ett sådant finansiellt stöd med advokaters pro bono-verksamhet, arbete utan motsvarande krav på ersättning.¹³ Det finns också fall där politiska intressen har haft inflytande på överväganden gällande finansiering. Ett exempel är en

8 Veljanovski, *Third Party Funding in Europe*, Journal of Law, Economics & Policy, 2012, s. 417.

9 Cremades, *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, Transnational Dispute Management, 2011, s. 2.

10 Se Juridica Investments Limited, Admission Document for the Alternative Investment Market of the London Stock Exchange, s. 10; http://www.juridicainvestments.com/~media/Files/J/Juridica/pdfs/Admission_Documentation.pdf (2007-12-17).

11 *Philip Morris Brands Sàrl v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

12 Se pressmeddelande från Uruguays ombud; <http://www.foleyhoag.com/news-and-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation> (2010-10-08).

13 Rogers, *Ethics in International Arbitration*, 2014, s. 185.

talans om sexuella trakasserier som fördes av en tidigare anställd gentemot USA:s dåvarande president, Bill Clinton.¹⁴ Kärandens talan finansierades av en finansman med andra politiska intressen än den sittande presidentens.¹⁵ Skälen kan också vara strategiska, eller indirekt ekonomiska som det också kan kallas. Det ekonomiska intresset i processens utgång är indirekt då käranden inte har någon skyldighet att ersätta finansören för de nedlagda kostnaderna. Ett exempel på en sådan strategisk finansiering skedde i investeringstvisten Quasar de Valores mot Ryssland¹⁶ som avgjordes i enlighet med SCC:s regler¹⁷. I fallet finansierade Menatep, en tidigare majoritetsägare i det ryska oljebolaget Yukos, spanska investerare expropriationstalan. De spanska investerna var inte skyldiga att återbetala de investerade pengarna.¹⁸ Menatep hade ett strategiskt, indirekt ekonomiskt intresse i processens utgång som bestod i att åstadkomma ett för Menatep fördelaktigt prejudicerande avgörande. Menatep förde nämligen på egen hand en avsevärt mycket större talan gentemot ryska staten som grundades på jämförbara fakta och juridiska grunder.¹⁹ Om utgången i den första tvisten blev fördelaktig för Menatep skulle avgörandet senare kunna verka prejudicerande i Menateps egen tvist.

1.2 REGULATORISKT UNDERSKOTT

Tvistinvestering har inte behandlats inom ramen för svensk rätt.²⁰ Någon inhemsk marknad för tvistinvestering finns inte heller i Sverige idag. I en undersökning genomförd år 2010 ställdes vissa frågor rörande tvistinvestering till representanter från drygt 50 olika länder världen över.²¹ Frågorna gällde bland annat tvistinvesteringens tillgänglighet för parter i nationella processer, samt om verksamheten reglerades i inhemska regler. Den svenska representantens svar var att tvistinvestering principiellt var tillåtet i Sverige, men att finansieringsformen, om den över huvud taget existerade, var mycket ovanlig.

14 *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997); *Jones v. Clinton*, 72 F.3d 1354 (8th Cir. 1996).

15 Steinitz, *Whose Claim Is This Anyway? Third Party Litigation Funding*, Minnesota Law Review Vol. 95, Nr 4, 2011, s. 1269.

16 *Quasar de Valores SICAV S.A. et. al. v. The Russian Federation*, SCC Arbitration No. 24/2007. Skiljedom av den 20 juli 2012.

17 Skiljedomsregler för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (2010).

18 Möjligen kan det ifrågasättas om det inte fanns en sådan återbetalningsskyldighet, se avsnitt 3.2.3 angående hur kostnadsfrågan i den parallella processen i allmän domstol bedömdes.

19 von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, 2016, s. 58.

20 För ett sällsynt undantag, se Sundin och Blomkvist, *Extern finansiering av tvister – ett nytt inslag på den engelska marknaden*; <http://www.dagensjuridik.se/2009/10/extern-finansiering-av-tvister-ett-nytt-inslag-pa-den-engelska-marknaden> (2009-10-16).

21 Hogan Lovells, *At What Cost? A Lovells Multi Jurisdictional Guide to Litigation Costs*; <http://m.hoganlovells.com/at-what-cost-a-lovells-multi-jurisdictional-guide-to-litigation-costs-03-31-2010/> (2010-03-31).

Idag skulle svaret sannolikt bli detsamma. De fall där tvistinvestering förekommer i Sverige idag torde nämligen vara begränsade till skiljeförfaranden med internationella parter där det enda svenska inslaget i tvisten är att sätet är förlagt till svensk mark.

Enligt uppgift började internationella skiljeförfaranden att intressera tvstinvesteringar omkring år 2008.²² Det saknas statistik över hur vanligt förekommande tvstinvestering är i skiljeförfaranden världen över, men det har gjorts gällande att åtminstone 40 % av kändena i pågående internationella investeringstvister antingen har säkrat eller undersökt möjligheterna till finansiering genom tvstinvestering.²³ Därutöver kan nämnas att åtminstone två tredjedelar av alla kändena i mål som väcktes under ICSID-konventionen²⁴ år 2013 sökte finansiering från investerare.²⁵ Av informationen framgår det inte hur många av dessa som erhöll finansiering. Andra menar att marknaden för tvstinvestering uppskattas ha ökat med mer än 500 % sedan år 2012.²⁶ Ökningen inbegriper både antalet tvister där investerare är inblandade och antalet investerare som är aktiva på marknaden.²⁷ I nationell tvistlösning, utanför de internationella processerna, är tvstinvestering vanligast, och investeringsverksamheten mest utvecklad i; Australien, Storbritannien, USA och Tyskland.²⁸

Skälen bakom tvstinvesteringens popularitet står sannolikt att finna hos aktörerna på marknaden. En följd av den senaste finanskrisen under 2000-talet var att många företag tvingades att genomgå ekonomiska stålbad. Företagen var tvungna att maximera värdet av sina tillgångar, däribland sina tvister, och

22 Bogart, *Overview of Arbitration Finance*, i *Third-Party Funding in International Arbitration*, Dossier X of the ICC Institute of World Business Law, 2013, s. 55.

23 Brekoulakis, *The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report*; <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/> (2016-02-18).

24 The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States.

25 Park och Rogers, *Chapter 1: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, i *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015, s. 115.

26 Delaney, *Mistakes to Avoid When Approaching Third-Party Funders*, *Global Arbitration Review*, s. 9; <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/32576/mistakes-avoid-when-approaching-third-party-funders> (2014-04-15).

27 Delaney, *Mistakes to Avoid When Approaching Third-Party Funders*, *Global Arbitration Review*, s. 9; <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/32576/mistakes-avoid-when-approaching-third-party-funders> (2014-04-15).

28 Bench Nieuwveld och Shannon, *Third-Party Funding in International Arbitration*, 2012, s. 11.

samtidigt vidhålla en god likviditet.²⁹ Som ytterligare en följd av finanskrisen vände investerare i allt större utsträckning sitt intresse mot investeringsmöjligheter som inte var kopplade till den osäkra finansmarknaden.³⁰ I tider när traditionella finansmarknader visade sig osäkra skröt tvistinvesterare med hög avkastning på sina investeringar, investeringar som inte påverkades av finanskrisen.³¹

Inget land i världen har utvecklat ett bindande regelsystem för tvistinvesterare. I skrivande stund utreder skiljedomsinstitut i Hong Kong och Singapore lämpliga former för en reglering.³² I ett utkast till nya skiljedomsregler för investeringstvister adresserar SIAC³³ företeelsen tvistinvestering.³⁴ De föreslagna reglerna ger skiljemännen befogenhet att ålägga part att avslöja investerarens medverkan samt vissa detaljer i investeringsavtalet. Skiljemännen ges också möjlighet att ta hänsyn till investerarens inblandning vid bedömningen av olika kostnadsfrågor. Bland annat ska skiljemännen kunna ålägga investeraren att ersätta en vinnande svarandes kostnader för skiljeförfarandet.³⁵

I vissa bilaterala investeringsavtal regleras tvistinvesterarens medverkan i processen. Bland annat har det införts en bestämmelse avseende tvistinvestering i det senaste förslaget till frihandelsavtalet mellan EU och USA, TTIP³⁶. Regleringen innebär att den investerade parten, det vill säga parten som erhåller finansiering från investeraren, åläggs att informera om investerarens medverkan och identitet.³⁷

29 Rogers, *Ethics in International Arbitration*, 2014, s. 179.

30 Bench Nieuwveld och Shannon, *Third-Party Funding in International Arbitration*, 2012, s. 11.

31 Rogers, *Ethics in International Arbitration*, 2014, s. 179.

32 Brekoulakis, *The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report*; <http://kluwarbitrationblog.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/> (2016-02-18).

33 Singapore International Arbitration Centre.

34 Utkastet presenterades den 1 februari 2016 och ska färdigställas i maj 2016; [http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20\(rev%2020160115\).pdf](http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20(rev%2020160115).pdf) (2016-02-01).

35 För en genomgång av innehållet i utkastet till nya SIAC Investment RoA, se Lim och Prasad, *A Brief Overview of the Draft SIAC Investment Arbitration Rules 2016*; http://kluwarbitrationblog.com/2016/03/12/a-brief-overview-of-the-draft-siac-investment-arbitration-rules-2016/?_ga=1.143343094.213137343.1442747223 (2016-03-12).

36 Transatlantic Trade and Investment Partnership.

37 Se kap. 2 art. 8; http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf (2015-09-16).

Den senaste versionen av IBA Guidelines on Conflict of Interest från år 2014 innehåller regler avseende tvistinvestering. Regelverket behandlar i vilka fall jäv ska anses föreligga på grund av relationer mellan investerare och skiljeman samt i vilka fall en part ska åläggas att avslöja investerarens medverkan och identitet.

I övrigt finns ett exempel på självreglering från England och Wales. Den senaste versionen av den brittiska uppförandekoden för tvistinvesterare³⁸ ("Koden") infördes 2014 av Kodens upphovsmän, the Association of Litigation Funders of England and Wales ("ALF"). Investerares medlemskap i ALF är frivilligt men förutsätter ett åtagande att följa Kodens innehåll. I skrivande stund har organisationen sju tvistinvesterare som medlemmar.³⁹ Ett argument för att Koden är en lämplig regleringsform, trots att medlemskap i ALF och därmed även uppfyllelse av Kodens regler är frivilligt, är att investerare i stor utsträckning kommer att ansöka om medlemskap. Parter som söker finansiering kommer i första hand att vända sig till ALF:s medlemmar, bland annat med hänsyn till investerarnas åtagande att agera i enlighet med Koden. Att stå utanför organisationen, och inte tillämpa reglerna i Koden, är således inte ett klokt beslut. Koden har av somliga välkomnats som ett innovativt försök att komma till rätta med vissa av de problem som uppstår vid tvistinvestering. Av andra har Koden kritiserats för att inte vara stringent och alltför odetaljerad.⁴⁰

2. TVSTINVESTERING SOM FINANSIERINGSVERKSAMHET

2.1 AKTÖRER PÅ MARKNADEN

Det finns ett flertal aktörer vars verksamhet består i att erbjuda parter finansiering i form av tvistinvestering. Vissa aktörer ägnar sig åt tvistinvestering som en bisyssla till den ordinarie verksamheten medan andra specialiserar sig på att investera i tvister. Investerarna medverkar normalt i såväl nationella domstols- och skiljeförfaranden som internationella skiljeförfaranden. Två av de största investerarna är Juridica Capital Management ("Juridica") och Burford Capital ("Burford").⁴¹

38 Code of Conduct for Litigation Funders. För Koden i dess helhet, se <http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Code-of-conduct-Jan-2014-Final-PDFv2-2.pdf> (2014-01-14).

39 Se <http://associationoflitigationfunders.com/membership/membership-directory/>.

40 Kalicki, *Third-Party Funding in Arbitration: Innovation and Limits in Self-Regulation (Part 1 of 2)*; <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/03/13/third-party-funding-in-arbitration-innovation-and-limits-in-self-regulation-part-1-of-2/> (2012-03-13).

41 Cremades, *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, Transnational Dispute Management, 2011, s. 13. Exempel på andra tvistinvesterare inkluderar Allianz Profess Finanz, ARCA Capital Partners, BridgePoint Financial Services, Calunius Capital, Fulbrook Management LLC, Global Arbitration & Litigation Services, Harbour Litigation Funding Ltd., IM Litigation Funding, IMF Ltd.,

Juridica investerar, enligt egen utsago, endast i kommersiella tvister mellan företag där tvisteföremålet överstiger USD 25 000 000. Företaget investerar således exempelvis inte i tvister som rör personskador, produktansvar eller olika former av gruppatalan som drivs av privatpersoner. Storleken på investeringarna varierar normalt mellan USD 2 000 000 och USD 10 000 000, men större investeringar kan, enligt företagets hemsida, förekomma.⁴²

Burford delar inte med sig av lika mycket information rörande sin investeringspolicy. Vad som framgår är dock att verksamheten riktar sig till hela världen och att bolaget har ett särskilt fokus på nationella tvister i USA och Storbritannien samt internationella skiljeförfaranden.⁴³ Chris Bogart, Burfords VD, har beskrivit Burfords verksamhet som att den inte skulle vara särskilt olik mer traditionella investeringsverksamheter.

”We’re fundamentally a capital provider. We take a share of the ultimate recovery, having taken the risk of funding the case. Forget this being about the law or litigation – we’re providing risk funding for an investment in the same way as in any other sector of the market. If the investment pays off we make a return on the capital we’re investing.”⁴⁴

Utöver de två största aktörerna som specialiserar sig på tvistinvestering finns specialiserade aktörer i mindre storlek samt större aktörer som ägnar sig åt investering i tvister som en bisyssla till den normala verksamheten. Banker såsom Credit Suisse och Citigroup, samt försäkringsbolag som exempelvis Allianz, har lanserat verksamhetsgrupper som ägnar sig åt tvistinvestering och andra mer kreativa former av tvistfinansiering.⁴⁵

2.2 KRITERIER FÖR INVESTERINGSBESLUT

Tvistinvesterare tar hänsyn till vissa specifika kriterier vid bedömningen av om en investering ska göras eller inte. Det sannolikt viktigaste kriteriet för en investerare är tvisteföremålets storlek. En framgångsrik tvist kommer alltid att

The Judge Limited, Juridica Capital Management, Juris Capital, the Litigation Risk Strategies Group of Credit Suisse Group AG, Therium, samt Gerchen Keller Capital.

42 Investeringspolicyen finns tillgänglig på <http://www.juridicainvestments.com/about-juridica/investment-policy.aspx> (2010-04-06).

43 <http://www.burfordcapital.com/faqs/> (2015-01-04).

44 Byrne, 'World's largest dispute financier' targets US litigation market uptick, The Lawyer; <http://www.thelawyer.com/%E2%80%98world%E2%80%99s-largest-dispute-financier%E2%80%99-targets-us-litigation-market-uptick/1006248.article> (2010-1-28).

45 Cremades, *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, Transnational Dispute Management, 2011, s. 13 f.

vara en misslyckad investering om inte processutfallet täcker investeringen. Det innebär inte bara att det normalt sett endast är tvister rörande särskilt höga värden som är möjliga att erhålla finansiering för, utan också att tvister som utmynnar i en icke-exigibel dom⁴⁶ inte är intressanta för tvistinvesterare.⁴⁷

Ett annat viktigt kriterium är kändandens finansieringsbehov. Hur stor kostnaden är för kändandens process avgör investeringens storlek. Beräkningen av de totala kostnaderna är också central för hur investerarens avkastning ska regleras mellan parterna. Tvistinvesterare söker ofta en avkastning som innebär att kostnaderna uppgår till en tiondel av den möjliga avkastningen. Den minsta relationen mellan investering och möjlig avkastning som normalt sett accepteras ska enligt uppgift vara ett till fyra.⁴⁸ En beräkning kan exemplifiera hur stora kostnaderna för processen får vara.

Kostnaderna för en process med ett tvistemål om EUR 25 000 000 där kändanden och investeraren kommit överens om en ersättning som uppgår till 40 % av det möjliga processutfallet, det vill säga EUR 10 000 000, skulle vid ett förhållande ett till tio uppgå till EUR 1 000 000 ($0,4 \cdot 25\,000\,000/10$). I det beloppet ingår samtliga kostnader, såväl ombudskostnader som ersättning till skiljemännen och skiljedomsinstitutet. Ett sådant skiljeförfarande enligt SCC:s regler kostar på förhand EUR 279 000 och ombudskostnaderna uppgår normalt till 80 % av de totala kostnaderna förenade med drivandet av processen.⁴⁹

Vidare är ett viktigt kriterium hur lång tid det tar att återfå investeringen inklusive avkastning. Frågan är alltså hur lång tid det beräknas ta att erhålla en exigibel dom samt att få domen verkställd gentemot svaranden.⁵⁰ De bedömningar som utgår från rent juridiska överväganden är givetvis också centrala. Tvistinvesterare arbetar normalt med procentsatser vid bedömningar avseende hur stor sannolikheten är för olika utgångar i processen. Tvistinvesterare kräver ofta en sannolikhet för en positiv utgång på minst 60–70 % för att kändanden ska erhålla finansiering, ibland ännu högre.⁵¹

46 I svensk rätt, fastställsetalan enligt 13 kap. 2 § RB samt skiljedomar av motsvarande slag.

47 von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, 2016, s. 18.

48 von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, 2016, s. 19.

49 Se SCC:s kostnadskalkylator; <http://sccinstitute.se/tvistlosning/kostnadskalkylator/> (2015-01-22) och undersökning avseende parternas kostnader i förfaranden enligt SCC:s regler Costs of arbitration and the apportionment of costs under the SCC Rules, s. 6; http://sccinstitute.se/media/93440/costs-of-arbitration_scc-report_2016.pdf (2016-02-24).

50 von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, 2016, s. 19.

51 von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, 2016, s. 24.

Både Burford⁵² och Juridica nämner i sina beskrivningar av undersökningsfasen att möjligheterna till, och tidpunkten för, en eventuell förlikning är kriterier av betydelse vid undersökningen av ett mål. Juridica nämner uttryckligen att bolaget söker efter att investera i processer som sannolikt kan lösas genom förlikning på ett tidigt stadium.⁵³

En del av tvistinvesterarens undersökning består i att undersöka svarandens ekonomiska ställning och andra omständigheter som kan påverka verkställigheten av skiljedomen. När tvisten slits genom skiljeförfarande och har någon form av internationellt inslag är New York-konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar ("NYK") från 1958 avgörande för skiljedomens verkställighet. Enligt UNCITRAL⁵⁴, som ansvarar för det praktiska när nya stater ansluter sig till konventionen, är NYK gällande rätt i 156 stater.⁵⁵ De stora möjligheterna att få en skiljedom verkställd världen över framhålls ofta som en av anledningarna bakom framgången för internationella skiljeförfaranden.⁵⁶ Det är sannolikt också en av anledningarna till att tvistinvesterare intresserat sig för skiljeförfaranden. Ingen motsvarighet till NYK finns beträffande utländska domstolsavgöranden, utan verkställighet av sådana regleras på nationell eller mellanstatlig nivå, exempelvis Bryssel I-förordningen⁵⁷.

Av de tvister som utvärderas resulterar endast 5–10 % i att investeringar genomförs. Detta visar en studie vidtagen av ICC France,⁵⁸ och stöds även av andra uppgifter.⁵⁹ En anledning till att tvistinvesterarna kan vara så pass selektiva vid valet av vilka tvister som de ska engagera sig i är diskrepansen mellan tillgängligt och efterfrågat externt kapital för tvistfinansiering.⁶⁰

52 Burford Capital Limited, *Placing of 80,000,000 ordinary shares at a price of 100 pence per ordinary share and admission to trading on aim*, s. 22; <http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2014/10/burford-admission-document.pdf> (2009-10-16).

53 Juridicas investeringspolicy; <http://www.juridicainvestments.com/about-juridica/investment-policy.aspx> (2010-04-06).

54 United Nations Commission on International Trade Law.

55 För statistik rörande antalet stater som är anslutna till NYK, se; http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (2012-08-25).

56 Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, s. 77 f.

57 Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

58 Bouzols Breton m.fl., *Guide pratique sur le financement de l'arbitrage par les tiers (Third Party Funding)*, ICC France, 2014, s. 9.

59 Veljanovski, *Third Party Funding in Europe*, *Journal of Law, Economics & Policy*, 2012, s. 420, Hendl, *Third Party Funding*, *Spain Arbitration Review*, 2010, s. 77.

60 von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, 2016, s. 24.

2.3 INVESTERINGSAVTALET

De två viktigaste frågorna som regleras i avtalet mellan käranden och investeraren är investeringens storlek och olika frågor rörande avkastningen, framförallt hur den ska beräknas. Finansieringen kan kopplas till en mängd olika kostnadskategorier. I vissa fall bekostar investeraren hela kärandens processföring, i andra fall endast vissa kostnadsposter eller alla kostnader som uppgår till ett visst reglerat takbelopp. Investeringen kan formaliseras genom att käranden och investeraren överenskommer om en budget som ska gälla under hela processens gång. Med hjälp av den avtalade budgeten kan investeraren styra hur mycket pengar som används i processen och vad pengarna används till. Investeraren kan på så sätt påverka hur stora de olika kostnadskategorierna tillåts att bli. Det är en viktig uppgift för investerarna att bestämma processens budget och att påverka käranden så att den överenskomna budgeten följs.⁶¹ En fråga som påverkar den överenskomna budgeten är hur mycket skiljeförfarandet slutligen kan tänkas kosta. Ett förfarande som handläggs hos SCC är, i jämförelse med andra stora skiljedomsinstitut, förhållandevis billigt.⁶² Det skulle kunna vara en anledning till att Sverige har potential att bli ett intressant land för tvistinvesterare.

Om den investerade käranden vinner målet är tvistinvesteraren berättigad till en ersättning. Investerarens ersättning specificeras i investeringsavtalet och kan konstrueras på olika sätt. Den ersättning som ska utgå sätts ofta i relation till processutfallet och/eller storleken på investeringen. En utgångspunkt för beräkningen är vanligen en andel om 20–40 % av processutfallet.⁶³ Om investeraren gör beräkningen utifrån investeringens storlek kan den avtalade avkastningen variera från en och en halv till sex gånger det investerade beloppet.⁶⁴ Parterna föreskriver normalt att investeraren ska ha rätt till det största av de två beloppen. En annan reglering är att parterna överenskommer om ett lägsta och ett högsta belopp som kan utgå som ersättning. Det lägsta beloppet innebär att investeraren, vid ett tillräckligt stort processutfall åtminstone garanteras att få tillbaka sin investering. Ett exempel kan visa hur detta går till i praktiken.

I en tvist som rör EUR 25 000 000 döms endast ett belopp om EUR 5 000 000 ut till käranden. Investeraren har investerat EUR 3 000 000 men har enligt investeringsavtalet endast rätt till

61 Veljanovski, *Third Party Funding in Europe*, *Journal of Law, Economics & Policy*, 2012, s. 422.

62 För en jämförelse av kostnaderna för skiljeförfaranden hos olika skiljedomsinstitut, se *The Costs of Arbitration*, s. 2; <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/08/WFW-Arbitration-Newsletter1-Costs.pdf> (2015-08-18).

63 Veljanovski, *Third Party Funding in Europe*, *Journal of Law, Economics & Policy*, 2012, s. 424.

64 Veljanovski, *Third Party Funding in Europe*, *Journal of Law, Economics & Policy*, 2012, s. 424.

20 % av processutfallet. Ersättningen skulle därför endast vara EUR 1 000 000 men med tillämpning av det avtalade lägsta beloppet så ska ersättningen trots allt vara EUR 3 000 000.

Ersättningens tak kan exempelvis uppgå till 50 % av processutfallet, en högre ersättning ska i så fall inte kunna utgå. Med en sådan reglering hade endast EUR 2 500 000 utgått till investeraren i exemplet ovan. Ersättningen ska enligt investeringsavtalet endast utbetalas till investeraren om käranden i processen faktiskt erhåller pengar från sin motpart. Om så inte blir fallet, exempelvis om domen inte kan verkställas eller om svaranden saknar tillräckliga medel, förlorar investeraren hela sin investering. I vissa fall reglerar parterna i avtalet att investeraren, utöver kärandens kostnader för processen, ska ersätta käranden för de kostnader som denne kan bli skyldig att ersätta svaranden för det fall att käranden är tappande i processen. En vanlig reglering som kan främja förlikningsverksamheten, eller åtminstone öka kärandens förlikningsvilja, är att investerarna får en mindre andel av processutfallet om tvisten löses genom förlikning och inte går hela vägen till dom.⁶⁵ Anledningen till investerarens intresse av en sådan reglering är att det avgörande för investeraren är den effektiva räntan. Den effektiva räntan påverkas inte enbart av storleken på ersättningen utan också av hur lång tid det tar innan investeraren får ut sin avkastning. Ett annat skäl till varför en sådan reglering är intressant är att det finns ett mått av osäkerhet vad gäller skiljenämndens bedömningar. Osäkerheten föreligger oavsett hur noggrann eller skicklig investerarens undersökning av målet är. Osäkerheten försvinner om parterna i processen löser tvisten sinsemellan utan skiljenämndens inblandning. Eftersom käranden får behålla en större andel av beloppet än om tvisten avgörs genom dom, är regleringen ett incitament för käranden att verka för en samförståndslösning på ett tidigt stadium i processen.

3. INVESTERAD PARTS RÄTT TILL PROCESSKOSTNADER

3.1 INLEDNING

En tvistinvesterares medverkan i ett förfarande väcker ett flertal frågor kopplade till kostnaderna för förfarandet. År 2013 lanserade ICCA⁶⁶ tillsammans med Queen Mary University of London ett projekt vid namn The ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration. Projektets syfte är att studera och formulera rekommendationer avseende hur vissa rättsliga frågor som aktualiseras vid tvistinvestering bör lösas inom ramen

⁶⁵ Cremades, *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, Transnational Dispute Management, 2011, s. 34.

⁶⁶ International Council for Commercial Arbitration.

för internationella skiljeförfaranden. Den 1 november 2015 presenterade en speciellt tillsatt kommitté sin preliminära rapport avseende vissa kostnadsfrågor. Den slutliga rapporten förväntas publiceras under september 2016. De två huvudfrågorna i rapporten är vilken av parterna som slutligen ska stå för kostnaderna för förfarandet och vilka kostnader som därvid är ersättningsgilla, samt skiljenämndens möjlighet att kräva säkerhet från parterna för kostnaderna för förfarandet.

För svenskt vidkommande är frågorna rörande kostnadsersättning mest intressanta. Enligt 38 § lag (1999:116) om skiljeförfarande ("LSF") får nämligen skiljemännen begära säkerhet för sin ersättning. Enligt SCC:s regler gäller enligt 45 § att styrelsen ska bestämma ett belopp som parterna ska betala som ett förskottsbelopp. Förskottsbeloppet ska motsvara den beräknade summan av kostnaderna för skiljeförfarandet och ska som huvudregel betalas av parterna med hälften vardera. Skiljemän i svenska förfaranden är oförhindrade att begära säkerhet från parterna för kostnaderna, oberoende av investerarens medverkan. I det fortsatta läggs därför inte mer vikt vid frågan.

3.2 ALLMÄNT OM TAPPANDE PARTS KOSTNADSANSVAR

En skiljenämnd har att ta ställning till olika frågor rörande fördelningen av kostnaderna för skiljeförfarandet och parternas kostnader för detsamma. Frågorna kan delas upp i två kategorier. Den första rör frågan om hur kostnadsansvaret ska fördelas mellan parterna och den andra vilka kostnader som är ersättningsgilla.

Den första frågan är således hur kostnaderna för förfarandet ska fördelas mellan parterna och om någon av parterna ska ersätta motpartens kostnader. Enligt 42 § LSF gäller att om inte parterna har överenskommit om något annat, får skiljemännen på begäran av en part förplikta motparten att betala ersättning för partens kostnader och bestämma hur ersättningen till skiljemännen slutligt ska fördelas mellan parterna. Om förfarandet förs i enlighet med SCC:s regler gäller enligt 43 § (5) att skiljenämnden bestämmer parternas inbördes ansvar för kostnaderna för förfarandet med hänsyn till målets utgång och övriga omständigheter. Vidare föreskrivs i 44 § att detsamma ska gälla avseende parternas kostnader för förfarandet. Om parterna inte har ingått något avtal avseende hur förfarandekostnaderna ska fördelas bör skiljenämnden tillämpa samma principer som gäller för rättegångsförfaranden.⁶⁷ Möjligheten för parterna att sinsemellan avtala om fördelningen av kostnaderna finns i de allra flesta länder. Ett av få undantag är England där parterna saknar

67 Lindskog, *Skiljeförfarande*, 2012, s. 1023.

möjlighet att innan förfarandet avtala om att en av parterna ska betala alla eller en viss del av kostnaderna oavsett utgång.⁶⁸ Frånvaron av avtal mellan parterna innebär, i enlighet med huvudregeln i 18 kap. 1 § RB, att tappande part ska ersätta motpartens kostnader.⁶⁹ I regel tillämpar skiljenämnden inte bara huvudregeln i 18 kap. 1 § RB utan också reglerna om kostnadernas fördelning i 18 kap. 2–6 §§ RB.⁷⁰

I internationella skiljeförfaranden är det inte ovanligt att skiljenämnden skönmässigt tillerkänner vinnande part jämkad kostnadsersättning.⁷¹ Trenden är dock att tappande part bär fullt kostnadsansvar.⁷² I Modellagen⁷³ finns ingen motsvarighet till den svenska regeln i 42 § LSF, men ett flertal av de mer välanvända institutionella regelverken innehåller en presumtion om att kostnaderna ska fördelas efter graden av framgång i processen. Enligt art. 42(1) i UNCITRAL-RoA⁷⁴ gäller att kostnaderna normalt ska bäras av den part i förfarandet som inte är framgångsrik med sin talan. Enligt art. 28(4) LCIA-RoA⁷⁵ ska kostnaderna spegla parternas fram- och motgångar i processen om det inte med hänsyn till omständigheterna i det enskilda förfarandet är olämpligt med tillämpningen av en sådan ordning. En liknande regel finns i paragraf 35(2) DIS-RoA⁷⁶, enligt vilken huvudregeln är att tappande part ska ersätta motpartens kostnader men att skiljenämnden kan jämka ersättningen eller kvitta parternas kostnader, särskilt i fall då parterna är ömsom vinnande ömsom tappande.

Andra regelverk ger skiljenämnden en större diskretion vid beslut om vilken av parterna som ska bära kostnaderna för förfarandet. Enligt art. 61(2) i ICSID-konventionen gäller att skiljenämnden, om parterna inte har avtalat om annat, ska utreda vilka kostnader parterna har haft under förfarandet och besluta hur och av vem parternas kostnader och kostnaderna för förfarandet ska betalas.⁷⁷ SIAC-RoA⁷⁸ stadgar i art. 31(1) att skiljenämnden i skiljedomen

68 Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, s. 3087.

69 Heuman, *Skiljemannarätt*, 1999, s. 582, Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*, 2011, s. 274, SOU 1994:81 s. 200, prop. 1998/99:35 s. 166.

70 Heuman, *Skiljemannarätt*, 1999, s. 583.

71 Blackaby m.fl., *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student version*, 2015, s. 535.

72 Lew, Mistelis och Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, s. 24–82.

73 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

74 United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (2010).

75 The London Court of International Arbitration Arbitration Rules (2014).

76 Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (Eng: The German Institution of Arbitration) Arbitration Rules 98 (1998).

77 Schreuer m.fl., *The ICSID Convention – A commentary*, 2009, s. 1229 ff.

78 SIAC Arbitration Rules (2013).

ska meddela hur kostnaderna för förfarandet ska fördelas mellan parterna om inte något annat avtalats. ICC-RoA⁷⁹ ger skiljenämnden en stor diskretion men nämner vissa hänsyn som bör tas vid beslut om vilken av parterna som ska stå för kostnaderna. Enligt art. 37(5) får skiljenämnden vid fattandet av beslut avseende kostnaderna för förfarandet ta hänsyn till omständigheter som skiljemännen finner relevanta, bland annat i hur stor grad parterna i förfarandet har agerat för att förfarandet ska vara kostnadseffektivt och snabbt.⁸⁰

Sammanfattningsvis får anses att regeln om tappande parts ansvar är huvudregeln i såväl nationella som internationella skiljeförfaranden.⁸¹ Skillnaderna mellan reglerna ligger sannolikt inte i vilken huvudregeln ska anses vara utan i vad som ska gälla i olika undantagssituationer samt i hur reglerna tillämpas i praktiken och därvid hur stort utrymme skiljenämnden får för egna avväganden. Då de olika reglerna i internationella förfaranden ofta ger skiljenämnden ett stort utrymme att ta beslut efter eget fritt skön är det inte sällan svårt att förutse hur frågorna kommer bedömas i det enskilda fallet.⁸² Det är sannolikt vanligare i internationella förfaranden att skiljenämnden frångår huvudregeln om den tappandes ansvar och tar andra hänsyn vid fördelningen av kostnaderna.⁸³

Frågan som skiljenämnder därefter har att ta ställning till är vilka kostnader som ska ersättas. En investerares medverkan ger inte någon anledning att frångå huvudregeln om den tappandes ansvar. Den aktualiserade frågan är snarare vilken betydelse den externa finansieringen har för frågan om vilka kostnader som är ersättningsgilla. Frågan är om parten kan anses ha haft några kostnader då tvistinvesteringen har bekostat kändens talan, men också om den finansierade parten har rätt till ersättning för kostnader direkt kopplade till finansieringen, exempelvis kostnaden för investerarens undersökning av målet.

3.3 INVESTERAD PARTS RÄTT TILL ERSÄTTNING ENLIGT INTERNATIONELL BEST PRACTICE

Vad gäller typen och storleken av ersättningsgilla kostnader är de enligt UNCITRAL-RoA art. 40(2)(e) begränsade till kostnader som part har haft för förfarandet. Sådana kostnader ska ersättas under förutsättning att

79 International Chamber of Commerce Arbitration Rules (2012).

80 Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, s. 3094.

81 Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, s. 3096 ff.

82 ICCA-QMUL TPF Task Force, Report on Security for Costs and Costs; http://www.arbitration-icca.org/media/6/09700416080661/tpf_taskforce_security_for_costs_and_costs_draft_report_november_2015.pdf (2015-11-01), Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, s. 3097.

83 Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, s. 3099.

skiljenämnden bedömer att de till sin storlek är rimliga. Liknande regler finns även i ICC-RoA⁸⁴, LCIA-RoA⁸⁵ och CIETAC-RoA⁸⁶.

I ICSID-förfarandet Ioannis Kardassopoulos och Ron Fuchs mot Georgien⁸⁷ var investerarna framgångsrika i ett förfarande som finansierades av den tyska tvistinvesteraren Allianz Litigation Funding. Talan gällde kompensation för en obefogad hävning av ett avtal angående byggnationen och skötseln av en pipeline. Käranden yrkade ersättning för sina kostnader för förfarandet och argumenterade för att det var gällande rätt att tappande part, även i investerings-tvister, ska ersätta motpartens kostnader. Svaranden argumenterade å sin sida för att de yrkade kostnaderna var för höga samt att kostnaderna burits av investeraren och därför inte skulle ersättas. Skiljenämnden gick inte på svarandens linje utan uttalade att den inte kände till någon princip eller regel med innebörden att hänsyn skulle tas till kärandens finansiering vid avgörandet av frågan om hur stor del av kärandens kostnader som skulle ersättas av svaranden.⁸⁸ Samma uttalande återkommer i två andra skiljeförfaranden, RSM mot Grenada⁸⁹ och ATA mot Jordanien⁹⁰.

Ett annat ICSID-förfarande, Siag och Vecchi mot Egypten⁹¹, rör inte tvist-investering men är likväl relevant. Kärandens ombud arbetade i enlighet med ett riskavtal, det vill säga ersättningen reglerades som en andel av processutfallet. Trots ersättningsformen yrkade käranden ersättning för en viss specificerad ombudskostnad i enlighet med normal timersättning. Käranden presenterade inte några fakturor på de angivna beloppen för att styrka de yrkade ombudskostnaderna. Skiljenämnden godtog kärandens agerande och trots avsaknaden av fakturor och annan bevisning fick käranden sina ombudskostnader ersatta.

84 ICC-RoA art. 37(1) (2012).

85 LCIA-RoA art. 28(3) (2014).

86 China International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Rules art. 52(2) (2015).

87 *Kardassopoulos and Fuchs v. The Republic of Georgia*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 och ARB/07/15. Skiljedom meddelad den 3 mars 2010.

88 Se *Kardassopoulos and Fuchs v. Georgia*, para. 691.

89 *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14 (Annulment Proceeding), Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs of 28 April 2011, para. 68.

90 *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2 (Annulment Proceeding), Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding of 11 July 2011, para. 34.

91 *Siag and Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15. Skiljedom meddelad den 1 juni 2009.

Frågan om hur ombudets arbete enligt ett riskavtal påverkar partens rätt till ersättning prövades även i SCC-förfarandet *China Petrochemical International Company Limited mot Cypress Oilfield Holdings Limited*⁹². Svaranden gjorde gällande att kändanden inte skulle få ersättning för sina ombudskostnader, dels eftersom ersättningsformen stred mot Vägledande regler för god advokatsed ("VRGA"), dels eftersom kostnaderna inte erlagts vid tiden för yrkandet. Svaranden gjorde också gällande att kostnaden skulle sättas ned då kändanden inte enbart yrkat ersättning för den överenskomna timersättningen utan även för ett påslag om cirka 30 %. Då både kändanden och kändandens ombud var baserade i Kina utgjorde VRGA inte enligt skiljenämnden något skäl för att sätta ned ersättningen. Vad gäller betydelsen av att kostnaderna inte hade erlagts till ombudet gjorde skiljenämnden följande bedömning. Skiljenämnden tolkade art. 44 SCC:s regler som att regeln avsåg kostnader som part ådragit sig under förfarandet, inte enbart kostnader som faktiskt erlagts.⁹³ Om riskavtalet hade lett till en oskälig ombudskostnad hade ersättningen kunnat sättas ned på den grunden. Slutligen prövade skiljenämnden omständigheten att den överenskomna timkostnaden räknats upp med 30 %. Skiljenämnden fann att den totala ersättningen till ombudet var skälig med tanke på processens längd och komplexitet. Med hänsyn till skäligheten och rimligheten i förfarandet var skiljenämnden dock inte beredd att ålägga svaranden att ersätta kändandens ombudskostnader med 30 % mer än den överenskomna ersättningen, även om det var vad kändanden slutligen skulle behöva betala enligt det mellan ombudet och kändanden ingångna riskavtalet.

I det nämnda SCC-förfarandet, *Quasar de Valores mot Ryssland*⁹⁴, beslutade skiljenämnden att kändanden inte skulle få någon ersättning för sina kostnader. Detta eftersom kändandens samtliga kostnader ersatts av finansören och att denne inte hade någon kontraktuell rätt att få ersättning för finansieringen. Det gällde oavsett tvistens utgång. Skiljenämnden fäste således avgörande vikt vid att det inte fanns någon rätt att återfå pengarna. Skiljenämnden menade att kändanden i normala fall av extern finansiering ger någonting i utbyte mot det finansiella stödet, normalt sett en andel eller en viss summa av ett eventuellt positivt processutfall. I det aktuella fallet hade kändanden dock inte åtagit sig att ersätta finansören för erlagda kostnader. Som beskrivet ovan omfattades inte den externa finansieringen i fallet av denna artikels definition av tvistinvestering.

92 *China Petrochemical International Company Limited v. Cypress Oilfield Holdings Limited*, SCC Arbitration No. 47/2012. Skiljedom meddelad den 7 mars 2014.

93 *China Petrochemical International Company Limited v. Cypress Oilfield Holdings Limited*, SCC Arbitration No. 47/2012, s. 188 i skiljedomen.

94 *Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. The Russian Federation*, SCC Arbitration No. 24/2007. Skiljedom meddelad den 20 juli 2012.

Finansieringen erbjöds istället kändan med ett strategiskt, så kallat indirekt ekonomiskt syfte. Finansieringsformen får anses vara det som slutligen föll avgörandet för skiljenämndens bedömning av kostnadsfrågan.

När en kändan i ett skiljeförfarande erhåller finansiering från en tvist-investerare innefattar det, precis som skiljenämnden i det ovan refererade SCC-förfarandet poängterade, normalt ett åtagande från kändan att ersätta investeraren för den erhållna finansieringen vid den händelse att kändan skulle gå vinnande ur processen. Detta bör enligt The ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration vara tillräckligt för att skiljenämnden i ett förfarande ska anse att en vinnande kändan faktiskt har haft kostnader för förfarandet.⁹⁵ Det faktum att ombudet tillställer fakturorna till investeraren, eller direkt erlägger betalning för andra kostnader, bör enligt utredningen inte vara en amlledning att göra avsteg från en sådan regel.

Ytterligare en fråga som uppkommer är vilka kostnader som den investerade parten kan få ersätta, enbart de *traditionella* kostnaderna hänförliga till förfarandet, såsom ombudskostnader och kostnader för bevisning, eller också sådana kostnader som är direkt kopplade till investerarens medverkan i processen. Sådana kostnader kan exempelvis vara investerarens ersättning för finansieringen och vad som eventuellt erlagts för investerarens due diligence-undersökning. Utredningens slutsats var att det vore olämpligt om skiljenämnden ålägger den tappande parten att ersätta kostnader hänförliga till investeringen och/eller investeringsavtalet då dessa inte kan anses vara processkostnader som uppkommit i samband med skiljeförfarandet. I utredningen framhålls dock att investeringskostnaderna kan anses som ersättningsgilla processkostnader i fall där sådan tillämpning är tillåten enligt tillämplig materiell rätt. Utredningens författare finner det dock tveksamt om sådana kostnader i normala fall uppfyller de grundläggande krav på kausalitet och förutsebarhet som normalt gäller för att en kostnad ska vara ersättningsgill.⁹⁶

95 ICCA-QMUL TPF Task Force, Report on Security for Costs and Costs, s. 9; http://www.arbitration-ICCA.org/media/6/09700416080661/tpf_taskforce_security_for_costs_and_costs_draft_report_november_2015.pdf (2015-11-01).

96 ICCA-QMUL TPF Task Force, Report on Security for Costs and Costs, s. 10; http://www.arbitration-ICCA.org/media/6/09700416080661/tpf_taskforce_security_for_costs_and_costs_draft_report_november_2015.pdf (2015-11-01).

3.4 INVESTERAD PARTS RÄTT TILL ERSÄTTNING ENLIGT SVENSK SKILJEMANNARÄTT

Några bestämmelser om vad som ska anses vara ersättningsgilla partskostnader i ett skiljeförarandefinnsvarken i LSF eller i SCC:s regler.⁹⁷ I avsaknaden av sådana regler är den allmänna uppfattningen att skiljenämnden, även i den här frågan, bör falla tillbaka på de principer som gäller för rättegångsförfaranden, det vill säga tillämpliga regler i 18 kap. RB.⁹⁸

Enligt 18 kap. 8 § RB ska ersättningen fullt ut motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande jämte arvode till ombud och biträde, såvitt kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt. Till sådana kostnader hör bland annat utgifter för bevisningen i målet.⁹⁹ För att bevis- och ombudskostnader ska vara ersättningsgilla krävs att de anses vara skäligen. Som framgår av lagtexten är även kostnad för rättegångens förberedande ersättningsgill, vilket också omfattar kostnader för vidtagna förlikningsförhandlingar mellan parterna.¹⁰⁰ Följande kostnader, som överensstämmer väl med kostnadskategorierna i 18 kap. 8 § RB, är enligt Hobér ersättningsgilla.

- i) partens andel av ersättningen till skiljemännen,
- ii) om tillämpligt, partens andel av ersättningen till ett skiljedomsinstitut,
- iii) partens kostnader för sin bevisning (såsom ersättning till vittnen och experter),
- iv) skäligen ersättning för partens ombudskostnader, samt
- v) ersättning för parts eget arbete och tidspillan.¹⁰¹

Frågan om huruvida en part ska anses ha haft kostnader när dessa betalats av en garant, exempelvis en tvustinvesterare, regleras inte i 18 kap. RB och berörs inte heller i förarbeten eller doktrin, varken vad gäller domstolsförfaranden eller skiljeförfaranden.

⁹⁷ Lindskog, *Skiljeförfarande*, 2012, s. 1021.

⁹⁸ Se Lindskog, *Skiljeförfarande*, 2012, s. 1021 f., SOU 1994:81 s. 200, prop. 1998/99:35 s. 166.

⁹⁹ Ekelöf, *Rättegång III*, 2006, s. 277.

¹⁰⁰ Ekelöf, *Rättegång III*, 2006, s. 279.

¹⁰¹ Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*, 2011, s. 274. Fritt översatt av författaren.

En vinnande kärandes rätt till ersättning för kostnader som en extern finansär erlagt har prövats i ett tingsrättsavgörande. I anslutning till SCC-förfarandet Quasar de Valores mot Ryssland väckte nämligen den ryska staten talan vid Stockholms tingsrätt,¹⁰² med yrkandet att tingsrätten skulle fastställa att skiljenämnden inte var behörig att pröva den i skiljeförfarandet väckta talan. Tingsrätten ansåg tvärtom att skiljenämnden var behörig.¹⁰³ I domstolsförfarandet, precis som i skiljeförfarandet, gjorde den ryska staten gällande att skiljekärandenas kostnader burits av det ryska bolaget Menatep utan någon skyldighet för skiljekärandena att i slutändan ersätta Menatep för de erlagda betalningarna. Till skillnad från skiljenämnden fann tingsrätten att skiljekärandena hade rätt till ersättning för sina kostnader. Inledningsvis framstår det som att tingsrätten anser att skiljenämndens prövning av kostnadsfrågan enligt 42 § LSF och 44 § SCC:s regler är friare än tingsrättens prövning som ska ske i enlighet med reglerna i 18 kap. RB. Det skulle kunna vara en anledning till att de två instanserna bedömde samma fråga olika. Enligt tingsrätten är det inte ovanligt att någon annan än parten betalar partens kostnader för förfarandet. Två exempel på sådana situationer som tingsrätten ger avser rättshjälp och rättsskyddsförsäkringar. Svenska domstolar har i försäkrings-situationer tillämpat rättegångsbalkens regler så att parten i dessa fall ska anses ha egna kostnader och att motparten kan förpliktas att ersätta dessa om han eller hon är tappande.¹⁰⁴ Andra situationer som enligt tingsrätten kan liknas vid den aktuella är när en dödsbodelägare lovar att betala dödsboets kostnader eller när en konkursborgenär finansierar ett konkursbos talan. Tingsrätten kände inte till något fall där ersättning uteblivit på grund av att parten i dylika fall inte ska anses ha haft egna kostnader. Enligt tingsrätten är rättsläget sådant att det i dessa situationer finns en presumtion för att parten i första hand ska begära ersättning av motparten och att garantens ansvar endast är subsidiärt. Den ryska staten hade enligt tingsrätten inte lagt fram någon utredning som tydde på att garantin för rättegångskostnaderna skulle tolkas på annat sätt. Den ryska staten förpliktades därför att ersätta motparternas rättegångskostnader.

102 Mål T 15045-09.

103 Efter överklagande ändrade Svea Hovrätt genom dom den 18 januari 2016 i mål T 9128-14 tingsrättens dom på så sätt att domstolen fastställde att skiljenämnden inte hade behörighet att pröva den väckta talan. Enligt hovrätten så omfattades inte kärandens talan av de ingångna traktaten. I och med att utgången blev den motsatta än vad som var fallet i tingsrättens aktualiserades ej de kostnadsfrågor som behandlades i tingsrätten och behandlas i artikeln.

104 Tingsrättens dom i mål T 15045-09 s. 34.

En motsatsläsning av tingsrättens dom ger vid handen att skiljekärandena inte skulle tilldöms ersättning för sina kostnader om den ryska staten hade lagt fram utredning som visade att skiljekärandena inte var skyldiga att ersätta sina investerare för investerarens finansiering vid ett positivt processutfall. Oaktat reglerna om bevisbörda och vid frånvaron av någon presumtion anser alltså tingsrätten att en förutsättning för att ersättning för rättegångskostnaderna ska utgå är att parten i processen slutligen åläggs att betala kostnaderna för processen. Om investeraren ska stå kostnaderna för partens process oavsett utgången i processen ska således inte ersättning utgå vilket framstår som rimligt och i linje med innehållet i och syftena bakom reglerna i 18 kap. RB.

Tingsrätten presenterar inte några argument för sin slutsats att rättsläget skulle vara sådant att presumptionen är att parten i första hand ska begära ersättning av motparten och att garantens ansvar endast är subsidiärt. Att parterna i exempelvis ett försäkringsavtal normalt sett väljer en sådan lösning bör inte innebära att bedömningen av rättsläget ska utgå ifrån att en sådan reglering alltid är för handen mellan part och en extern finansiär. Den för frågan relevanta regeln i 18 kap. 8 § RB innebär att parten endast ska få ersättning för kostnader som parten faktiskt har haft med anledning av processen. Ett av regelns syften är att den ska verka reparativt.¹⁰⁵ Den vinnande parten ska härvid försättas i samma ekonomiska läge som innan processen inleddes. Om regelns reparativa syfte ska uppfyllas ska det inte utgå någon ersättning i de fall där investeraren oavsett utfall i processen ska stå för vinnande partens kostnader.

Man kan härvid fråga sig vilken av parterna som bör bära bevisbördan för att den vinnande parten faktiskt har haft de yrkade kostnaderna för förfarandet. Bevisbördan för att de aktuella kostnaderna faktiskt har förelegat åligger den vinnande parten. Enligt praxis gäller nämligen som huvudregel att det ex officio åligger rätten att se till att otillräckligt specificerade kostnadsräkningar kompletteras.¹⁰⁶ Om parts kostnadsräkning bestrids av motparten låter domstolen motparten yttra sig om exempelvis beräkningen av yrkat belopp.¹⁰⁷ Vore det då inte rimligt att bevisbördan, i här diskuterade situationer, inte bara avsåg kostnadernas storlek och relevans för processen utan också att parten faktiskt slutligen ska behöva erlägga kostnaderna? Enligt det tankesättet borde skiljekärandena ålagts att bevisa att det vid en framgångsrik process skulle ha ålegat dem att ersätta sin finansiär för pengarna som tillskjutits processen. Även bevissäkringsargument kan anföras emot tingsrättens bedömning av frågan, särskilt att det enligt svensk rätt ska anses föreligga en presumtion

105 Se SOU 1982:26 s. 223 ff., Ekelöf, *Rättegång III*, 2006, s. 280 ff.

106 Ekelöf, *Rättegång III*, 2006, s. 328.

107 Ekelöf, *Rättegång III*, 2006, s. 329.

till den tappande partens nackdel. Det torde vara tämligen enkelt för den vinnande parten, och närmast omöjligt för motparten, att säkra bevisning i frågan. Det enda tillgängliga bevismedlet avseende frågan om finansieringens former är investeringsavtalet mellan den finansierade parten och investeraren. Det är svårt att se hur den tappande parten härvid ska kunna presentera bevisning i frågan. Av de angivna skälen bör det inte ställas upp en presumtion likt den av tingsrätten beskrivna vid dylika situationer. Vid ett positivt processutfall, bör det istället åligga investerad part, att framlägga bevisning om kostnader hänförliga till investeraren.

En intressant detalj i sammanhanget är den svenska representantens svar i den tidigare nämnda utredningen gällande tvistinvestering från 2010.¹⁰⁸ En av frågorna som besvarades gällde huruvida kostnader som investeraren betalat var ersättningsgilla såsom rättegångskostnad. I undersökningen angav den svenska representanten att någon ersättning för sådana kostnader enligt svensk rätt inte kan erhållas från motparten då den investerade parten de facto inte har haft några egna kostnader för förfarandet.¹⁰⁹

Inte heller i svensk rätt bör en vinnande kärende som huvudregel ha rätt till ersättning för kostnader som inte är direkt kopplade till förfarandet, utan som är hänförliga till relationen med investeraren. Sådana kostnader bör dock delas upp. Att den till investeraren erlagda ersättningen för investeringen inte är en ersättningsgill kostnad får anses vara en tämligen given slutsats, som kan dras av utformningen av regeln i 18 kap. 8 § RB. Kostnaden är inte hänförlig till rättegångens förberedande eller talans utförande. Den utgör heller inte ombudsarvode eller kostnader för eget arbete och tidspillan. Det kan inte heller sägas att kostnaden bör ersättas för att den vinnande parten ska försättas i samma ekonomiska läge som om processen inte hade förts. Läget är till viss del ett annat för vissa av de andra kostnader som är hänförliga till relationen med investeraren. Den investerade parten åläggs i vissa fall att ersätta investeraren för kostnaderna för dennes undersökning av målet. Om undersökningen har använts av käranden i tvisten och inte enbart av investeraren vid investeringsbeslutet skulle det kunna argumenteras för att kostnaden

108 Se Hogan Lovells, *At What Cost? A Lovells Multi Jurisdictional Guide to Litigation Costs*; <http://m.hoganlovells.com/files/Publication/c940bb4b-a67f-4e63-a5b8-ced6198b2125/Presentation/PublicationAttachment/fff33267-29d5-4230-a140-cf2eeb7d4a05/LitigationCostsReport.pdf> (2010-03-31).

109 Hogan Lovells, *At What Cost? A Lovells Multi Jurisdictional Guide to Litigation Costs*, s. 164; <http://m.hoganlovells.com/files/Publication/c940bb4b-a67f-4e63-a5b8-ced6198b2125/Presentation/PublicationAttachment/fff33267-29d5-4230-a140-cf2eeb7d4a05/LitigationCostsReport.pdf> (2010-03-31).

är att anse som en kostnad för rättegångens förberedande, alternativt för talans utförande. Oavsett om en sådan kostnad i vissa fall skulle kunna omfattas av regeln i 18 kap. 8 § RB måste också konstateras att kostnaden varit skäligen påkallad för tillvaratagande av svarandens rätt. I många fall torde, alldeles oavsett den inledande bedömningen, en sådan kostnad uppfattas som alltför hög. Eventuellt skulle det dock vara möjligt att i ett sådant fall, få åtminstone en del av kostnaden ersatt.

En tredje fråga som uppkommer rörande kostnadernas storlek med anledning av investerarens medverkan rör vinnande parts ombudskostnader. Normalt åläggs käranden och dennes ombud att under processen samarbeta med investeraren. Även vissa andra tidskrävande åtaganden åläggs normalt ombudet, exempelvis att utge viss information och visst material till investeraren. Man kan fråga sig om det är rimligt att den tappande parten ska åläggas att ersätta käranden för kostnader som uppkommit på grund av vidlyftiga kontakter mellan ombudet och investeraren. I många fall förs sådana kontakter i investerarens intresse. Det kan argumenteras för att åtminstone vissa kostnader inte ska anses ha varit skäligen påkallade för tillvaratagande av den investerade partens rätt, vilket är ett grundläggande krav för att kostnaden ska vara ersättningsgill.

4. INVESTERARES ANSVAR FÖR MOTPARTS PROCESSKOSTNADER

4.1 INLEDNING

Utgångspunkten, såväl internationellt som nationellt, är att kostnaderna för förfarandet ska erläggas av part i förfarandet. Normalt är detta inte något problem. Problem uppstår i de fall då parten i processen av en eller annan anledning inte har möjlighet att uppfylla sina förpliktelser. Det finns då anledning för motparten att undersöka möjligheterna att rikta krav mot någon annan. Frågan som utreds nedan är om skiljenämnder kan ålägga en tvist-investerare att ersätta motpartens kostnader i de fall då käranden inte har ekonomiska resurser för att täcka kostnaderna.

4.2 INVESTERARENS KOSTNADSANSVAR ENLIGT INTERNATIONELL BEST PRACTICE

Frågan om det är möjligt att ålägga investeraren att ersätta motpartens kostnader i internationella skiljeförfaranden utreddes av The ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration. Resonemanget i frågan är kortfattat. Det konstateras att en skiljenämnd normalt inte har mandat att förplikta kärandens investerare att ersätta svarandens kostnader. Investeraren är normalt sett inte part i skiljeavtalet och har inte

någon direkt koppling till den underliggande tvisten. Trots att investeraren kan vara involverad i tvisten, exempelvis genom att ha en kontraktuell vetorätt mot vissa processtaktiska beslut, ska detta enligt utredningen inte ses som ett medgivande till att delta i skiljeförfarandet. Det finns per dags datum, såvitt jag känner till, inte någon skiljedom där skiljemännen ålagt investeraren att ersätta svarandens kostnader.

4.3 INVESTERARES KOSTNADSANSVAR ENLIGT SVENSK SKILJEMANNARÄTT

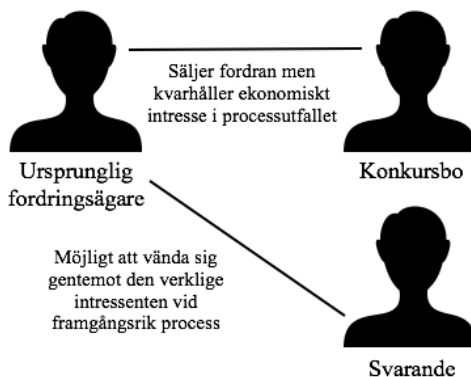
I NJA 2000 s. 144 uttalade HD att det i svensk rätt inte finns något allmänt krav på att den som är part i en rättegång ska ha förmåga att ersätta motpartens rättegångskostnader. Principen bekräftades senare i rättsfallet NJA 2006 s. 420. Frågan i målet var om en konkursförvaltare som väcker talan om bristtäckning enligt aktiebolagslagen (2005:551) ("ABL") vid skadeståndsansvar är skyldig att tillse att svaranden vid ett ogillande av talan kan få ersättning för sina utdömda rättegångskostnader. Med hänvisning till principen från 2000 års rättsfall fann HD att det endast i speciella fall kan anses föreligga en skyldighet för en konkursförvaltare att se till att motparten kan få ersättning för sina rättegångskostnader för det fall att konkursboet tappar talan. Lindskog har kommenterat rättsfallet och tror att vad majoriteten avsåg med *speciella fall* var situationer där konkursboets medellöshet utnyttjats på ett otillbörligt sätt.¹¹⁰ Någon generell skyldighet för konkursförvaltaren att vid skadeståndsansvar se till att svaranden vid ogillande av talan kan få ersättning för sina rättegångskostnader finns således inte. Frågan som dock inte uttömmande besvarades av HD var följande. Kan den som medverkar till, eller har något intresse av, en *fattigs*¹¹¹ processföring ådra sig ansvar mot en vinnande svarande?

Minoritetens resonemang i NJA 2006 s. 420 går längre än majoritetens och specificerar att det kan finnas situationer som aktualiserar ett ansvars-genombrott mot den bakomliggande intressenten eller ställföreträdaren. För ansvars-genombrott bör det krävas särskilda förhållanden. Ett sådant förhållande kan enligt minoriteten vara att ett konkursbo förvärvar ett process-

¹¹⁰ Lindskog, *Om fattig mans rätt till rättegång. Några synpunkter med anledning av NJA 2006 s. 420*, Festskrift till Lars Heuman, 2008, s. 334.

¹¹¹ Termen används av Lindskog i *Om fattig mans rätt till rättegång. Några synpunkter med anledning av NJA 2006 s. 420*, Festskrift till Lars Heuman, 2008, och betyder i sammanhanget helt enkelt kärke, fysisk eller juridisk person, som inte kan ersätta vinnande svarandes rättegångskostnader.

Tillskapad situation enligt
exemplet i NJA 2006 s. 420



föremål och driver processen enligt ett avtal med överlåtaren där denne tillförsäkras en andel av eventuell vinst. Ett ansvarsgenombrott gentemot överlåtaren skulle i sådana fall kunna vara möjligt.

Lindskog menar att ett generellt medansvar för en bakomliggande intressent eller ställföreträdare förutsätter lagstöd. Genom bestämmelsen i 18 kap. 7 § RB om ställföreträdarens ansvar för vårdslös processföring får lagstiftaren anses ha satt en gräns för ett sådant medansvar.¹¹² Precis som minoriteten i NJA 2006 s. 420 menar Lindskog att om en borgenär överlåter ett processföremål till någon som saknar ekonomiska resurser att kunna möta ett rättegångskostnadsansvar i händelse av förlust, samtidigt som borgenären bibehåller ett ekonomiskt intresse i utfallet, kan detta leda till ett medansvar för rättegångskostnaderna för borgenären som därmed kan betecknas som den verkliga intressenten.¹¹³ Även Edlund har förordat ett medansvar för rättegångskostnaderna i sådana situationer.¹¹⁴

Tillförsäkrandet av en andel av ett eventuellt positivt processutfall kan liknas vid tvustinvestering där investeraren tillförsäkras sig en viss andel av ett eventuellt positivt utfall från processen. Likt överlåtaren i det exempel som HD:s minoritet och Lindskog ger behöver investeraren heller normalt inte oroa sig

¹¹² Lindskog, *Om fattig mans rätt till rättegång. Några synpunkter med anledning av NJA 2006 s. 420*, Festskrift till Lars Heuman, 2008, s. 337.

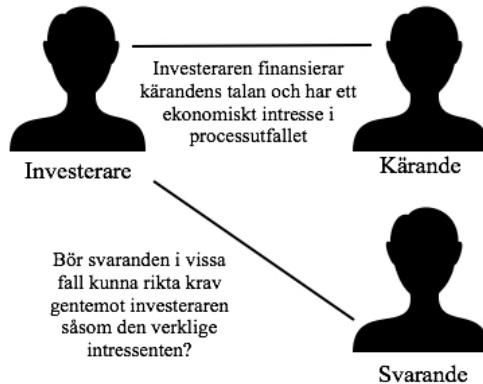
¹¹³ Lindskog, *Om fattig mans rätt till rättegång. Några synpunkter med anledning av NJA 2006 s. 420*, Festskrift till Lars Heuman, 2008, s. 327.

¹¹⁴ Edlund, *Rätt part? – Om processöverlåtelse, felskrivningar och inkassomandatarier*, Festskrift till Torkel Gregow, 2010, s. 72.

för att betala motpartens rättegångskostnader vid en misslyckad process. Det finns dock vissa skillnader mellan det återgivna exemplet och den traditionella investeringsituationen. Vid tvistinvestering har parterna normalt inte ingått investeringsavtalet för att käranden ska driva processen som en bulvan. Processföremålet har heller inte överlåtits, utan har hela tiden funnits hos käranden. Den normala investeringsituationen är således till viss del en annan än den av minoriteten i NJA 2006 s. 420 beskrivna situationen.

I vissa fall kan dock tyckas att ändamålsskäl bakom regeln om konkursboets förvärv av tvisteföremålet är desamma som skälerna bakom att en investerare bör kunna åläggas att ersätta svarandens kostnader för det fall att käranden är medellös. Om käranden i investeringsavtalet tillförsäkrats en andel om 40 % av processutfallet vid en positiv utgång av tvisten kan man resonera som så att käranden har överlåtit 40 % av tvisteföremålet mot en ersättning som uppgår till de kostnader som investeraren i investeringsavtalet överenskommit att betala.

Icke tillskapad situation vid tvistinvestering



Det kan också tänkas fall där investerare använder medellösa käranden för att närmast riskfritt kunna driva processer. Investeraren måste stå för kostnaderna för processen men det kan vara ett medvetet risktagande för det fall att tvisteföremålet är tillräckligt stort. Den överenskomna andelen av processutfallet behöver ej heller vara så pass låg som 40 %. Käranden och investeraren

kan i undantagsfall ha överenskommit att investeraren ska bekosta talan, ha en närmast total kontroll över processföringen och erhålla 75–95 % av processutfallet. I ett sådant fall är det enda som skiljer minoritetens exempel i NJA 2006 s. 420 och investeringsfallet att någon överlåtelse av fordran inte har skett. Enligt Lindskog så följer av principen om den fattiges rätt till rättegång att medansvar för rättegångskostnaderna vid icke tillskapade situationer, det vill säga när tvisteföremålet hela tiden funnits hos käranden i processen, inte bör komma ifråga.¹¹⁵ Det skulle alltså inte vara möjligt att ålägga utomstående ett medansvar ens när den medellöse är en juridisk person och det ekonomiska utfallet från processen tillfaller en bakomliggande intressent som dessutom har ett bestämmande inflytande över processföringen, vilket skulle kunna vara fallet vid en investeringssituation.

Jag har svårt att se att det förhållandet att investeraren inte har placerat sin egen tvist hos en medellös utan istället på egen hand drivit en medellös kändes talan mot att käranden får behålla en del av processutfallet, ska innebära att investeraren inte ska kunna åläggas att betala svarandens kostnader. I ett sådant fall går det tveklöst att tala om investeraren som den verkliga intressenten. För att huvudprincipen om att det inte finns något allmänt krav på att den som är part i en rättegång ska ha förmåga att ersätta motpartens rättegångskostnader ska frångås bör dock krävas vissa försvarande omständigheter. Den normala investeringssituationen torde inte omfattas av en undantagsregel som innebär att ansvaret för svarandens rättegångskostnader vid en misslyckad process ska bäras av investeraren. Det bör krävas att kärandens medellöshet av investeraren, för att använda Lindskogs terminologi, ”utnyttjas som en front”¹¹⁶.

Genom rättsfallet NJA 2014 s. 877 bekräftade HD att principen, att den som är part i rättegång får vara medellös och sakna möjlighet att betala motpartens rättegångskostnader, inte är utan undantag. Tvisten rörde ett så kallat processbolag som två advokater startade enbart med syftet att föra en skadeståndstvist mot ett revisionsbolag. Processbolaget tillfördes under processens gång medel efter ombudens behov. Bolaget förlorade processen och ålades att ersätta revisionsbolagets rättegångskostnader. Bolaget kunde inte betala och försattes i konkurs. I konkursen fick inte revisionsbolaget någon utdelning och valde därför att stämna processbolagets ägare – de två advokaterna – och yrkade att advokaterna skulle åläggas att betala de uppkomna rättegångskostnaderna. Samtliga instanser gav revisionsbolaget rätt. För en genomgång av de

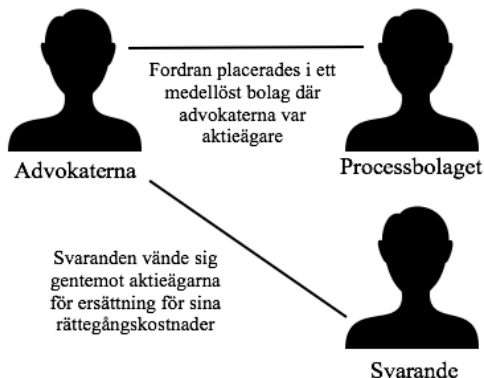
¹¹⁵ Lindskog, *Om fattig mans rätt till rättegång. Några synpunkter med anledning av NJA 2006 s. 420*, Festskrift till Lars Heuman, 2008, s. 337.

¹¹⁶ Lindskog, *Om fattig mans rätt till rättegång. Några synpunkter med anledning av NJA 2006 s. 420*, Festskrift till Lars Heuman, 2008, s. 337.

frågor i domen som rör den associationsrättsliga rättsfiguren ansvarsgenombrott hänvisas till Sandströms analys av rättsfallet.¹¹⁷ I det fortsatta fokuseras på HD:s uttalanden i målet som kan överföras på den situationen att en investerare har finansierat en kändandes talan, en kändande som vid en misslyckad process inte kan betala sina rättegångskostnader och där det inte finns möjlighet att vända sig till kändandens aktieägare eller styrelseledamöter för att utkräva pengarna.

Till skillnad från underrätterna nöjde sig HD inte i NJA 2014 s. 877 med konstaterandet att bolaget var osjälvständigt, hade utrustats med ett otillräckligt kapitalunderlag och att privatpersonerna på ett stötande sätt hade använt aktiebolagsformen för att minimera sin egen potentiella ersättningskyldighet för att grunda ansvar. Såväl tingsrätten som hovrätten fann advokaterna ansvariga med stöd i en oskriven associationsrättslig regel om ansvarsgenombrott. Avgörande för utgången i HD var istället att arrangemanget med den av processbolaget förvärvade fordringen uteslutande hade ”syftat till att kringgå rättegångsbalkens regler om ansvar för rättegångskostnader och därmed till att rubba det incitament och den balans som dessa regler avser att åstadkomma”. Processbolaget utgjorde för advokaterna ett medel för att kunna driva rättsprocessen avseende den förvärvade fordringen med en begränsad risk för negativa ekonomiska konsekvenser för egen del, men med bibehållen möjlighet att få del av de ekonomiska fördelarna vid en framgång i processen.

Tillskapad situation enligt
NJA 2014 s. 877



¹¹⁷ Sandström, *Ansvarsgenombrott och ABL – ett ordknappt prejudikat*, *Analys i Infotorg Juridik*, 9 januari 2015.

Även i NJA 2014 s. 877 rör det sig om ett arrangemang där käranden (processbolaget) förvärvat fordran och där överlåtaren (advokaterna) kvarhöll ett ekonomiskt intresse i processutfallet. Något rättsfall där man ålagt en utomstående ett medansvar för en förlorande kärandes kostnadsansvar i icke tillskapade situationer finns mig veterligen inte. Argumentet som förts fram till stöd för en sådan ordning, den fattiges rätt till rättegång, måste i min mening vägas mot det rättmätiga intresse som en svarande har vad gäller att vid en framgångsrik process få sina kostnader ersatta av käranden. Lindskog har säkerligen rätt i att ”rätt till rättegång-vågskålen” i de flesta fallen väger tyngre. Så kan dock inte vara fallet i alla tänkbara fall av icke tillskapade situationer. Det avgörande för HD i NJA 2014 s. 877 synes vara kringgåendet av rättegångsbalkens regler om ansvaret för rättegångskostnader. Ett sådant kringgående är varken *bättre* eller *sämrre* för att det görs genom att skjuta in en annan juridisk person mellan den verkliga intressenten och svaranden. Kringgåendet kan på samma sätt, och med samma syften, ske genom att den verkliga intressenten utnyttjar den ursprungliga situationen. Den enda fördelen med Lindskogs synsätt är att det ger en tydlig regel, en gräns för när medansvar inte ska kunna göras gällande.

En annan skillnad mellan NJA 2014 s. 877 och investeringssituationen är att den senare inte involverar en aktieägare. Det bör dock inte utgöra något hinder. Rättsfallet begränsar inte, i alla fall inte uttryckligen, medansvar till aktieägarsituationer. Det avgörande argumentet för HD är kringgåendet av rättegångskostnadsreglerna. Ett annat argument är att HD i NJA 2006 s. 420 diskuterar medansvar för den verkliga intressenten. De verkliga intressenterna i NJA 2014 s. 877 var advokaterna, aktieägarna. I en investeringssituation bör investeraren i många fall vara att anse som den verkliga intressenten. Det kan därför argumenteras för att en investerare, med stöd av HD:s resonemang i både NJA 2006 s. 420 och NJA 2014 s. 877, i vissa fall bör kunna åläggas ett ansvar för rättegångskostnaderna för det fall att den investerade parten inte har möjlighet att betala.

Det finns vissa frågetecken rörande den ovan nådda slutsatsen, framförallt vad gäller stringensen i systemet av rättegångskostnadsregler. Tvistinvesteringsituationen kan liknas vid att ett konkursbo driver en process och finansieras av den enda konkursborgenären med ett ekonomiskt intresse i konkursboets verksamhet. Borgenären har ett stort ekonomiskt intresse i processens utgång och har visst inflytande över konkursboet och dess processföring i och med den givna finansieringen. Det finns enligt gällande rätt inte någon möjlighet för en framgångsrik svarande att rikta krav för rättegångskostnaderna gentemot

konkursborgenären. Det skulle därför kunna framstå som märkligt om krav i enlighet med argumentationen ovan skulle kunna riktas mot en tvist-investerare men inte mot en konkursborgenär.

Slutsatsen är således att en framgångsrik svarande i vissa undantagssituationer bör kunna vända sig till en tvistinvesterare med krav om rättegångskostnader för det fall att käranden ej kan betala dessa. En följdfråga är om en skiljenämnd kan rikta ett sådant åläggande gentemot investeraren. Investeraren är inte part i skiljeavtalet och är inte, på annat sätt än som finansär av kärandens talan, involverad i skiljeförfarandet. Därför kan en skiljenämnd sannolikt inte direkt i en skiljedom rikta ett åläggande gentemot en investerare att ersätta en framgångsrik svarandes kostnader för förfarandet för det fall att käranden inte har möjlighet att ersätta svaranden. Det torde dock inte vålla några större problem för svaranden. Revisionsbolagets talan gentemot aktieägarna i NJA 2014 s. 877 väcktes efter att det framgick att revisionsbolaget inte skulle erhålla någon utdelning i processbolagets konkurs. På samma sätt är det möjligt för en svarande att, efter det framkommit att käranden inte kan erlägga det beloppet som ska utgå för kostnaderna enligt skiljedomen, väcka talan mot investeraren i allmän domstol.


5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Det kan inte med säkerhet sägas i hur hög grad tvistinvestering används i Sverige idag. I finansieringsformens natur ligger att investerarens inblandning ofta hålls hemlig. Med tanke på Sveriges – och framförallt SCC:s – popularitet i utlandet, förekommer sannolikt extern finansiering i högre grad än vad vi känner till. 57 % av de 181 skiljeförfaranden som administrerades av SCC under 2015 var internationella till sin karaktär.¹¹⁸ Tvistinvestering i internationella skiljeförfaranden, såväl i kommersiella förfaranden som i investeringsförfaranden, blir av allt att döma vanligare och vanligare. Samtliga svenska aktörer i skiljeförfaranden – skiljemän, ombud och domstolar – kommer därför inom inte alltför lång tid att ställas inför frågor som speciellt aktualiseras vid investerarens medverkan i processen.

En kategori av frågor som redan har aktualiserats i svensk domstol är de i artikeln behandlade frågorna rörande processkostnader. Mina slutsatser i dessa delar är att en investerad part mycket väl kan ha ersättningsgilla kostnader vid ett positivt processutfall. Det torde dock förutsätta att investerad part faktiskt haft de kostnader denne yrkat. Om investeraren ska stå kostnaderna för den investerade partens process oavsett utgång bör ersättning

¹¹⁸ Se <http://sccinstitute.com/statistics/> (2016-03-28).

inte utgå. Det åligger den investerade parten att visa att denne slutligen kommer stå för den av investeraren erlagda finansieringen. Vidare har jag funnit att den investerade parten bör kunna få vissa av kostnaderna hänförliga till relationen med investeraren ersatta om motparten åläggs ett ansvar för processkostnaderna. Den andra kostnadsfrågan som behandlats i artikeln rör investerarens ansvar för motpartens processkostnader. Jag har i den delen funnit att det i vissa fall, när investeraren är den verklige intressenten i processen och utnyttjar sin kärandens partsställning för att kringgå reglerna om rättegångskostnader, bör vara möjligt att ålägga investeraren ett ansvar för tappande investerad parts kostnadsansvar.

Det är svårt att sia om hur framtiden ser ut för tvistinvestering i Sverige. Processföring har beskrivits som det enda området kvar att utveckla inom corporate finance.¹¹⁹ När käranden i tvister blir mer medvetna om vilka former av finansiering som finns tillgängliga kommer efterfrågan på externt kapital att öka. Möjligen kommer det då också att etableras en investeringsverksamhet i Sverige. Oavsett hur framtiden ser ut för tvistinvestering finns det redan idag skäl att uppmärksamma finansieringsformen och de frågor som den väcker. Alla svenska aktörer som verkar inom större skiljeförfaranden kommer att, om de inte redan gjort det, stöta på förfaranden där investerare är involverade. Det finns därför skäl att fortsatt utreda hur vissa rättsliga frågor påverkas när investerare är inblandade i skiljeförfaranden. 

119 Se http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2015/01/4_Burford_Business_UK.pdf (2015-01-04).