

Risk för ökad tvistebenägenhet i kölvattnet av en hastigt uppseglande lågkonjunktur

– Törngren Magnell om framgångsrik tvistelösning och vinnande bevishantering

Inledning

Den senaste tidens spridning av sjukdomen covid-19, orsakat av det s.k. coronaviruset (SARS-CoV-2), drabbar ett alltmer påtagligt antal människor i världen och samhället i stort. Osäkerheten kring smittspridningens framfart och de statliga åtgärder som vidtas för att stävja utbrottet har besvärliga konsekvenser för näringsliv och företag. Det kan leda till att parter som ingått avtal upplever det som svårare, eller till och med omöjligt, att fullgöra sina åtaganden. Risken för betalningsoförmåga och allmän minskad betalningsvilja kommer därtill att öka. Precis som i tidigare kriser kommer den allmänna tvistebenägenheten med stor sannolikhet att tillta.

I det följande har Viktor Magnell och Kristoffer Stråth, som tillsammans leder Törngren Magnells tvistelösningssgrupp, satt samman en sorts *guidelines* eller verktygslåda för att skapa så goda förutsättningar som möjligt att försvara sin rätt i en situation då motpartens agerande signalerar ökad risk för tvist. Det följande skulle lika gärna kunna ha benämnts *Bevishantering – eller hur man vinner tvister*.

Vem vinner vid tvist?

I de flesta kommersiella tvister (bortsett från de som följer betalningsoförmåga) som vi hanterar finns kompetenta avtalsparter. Dessa avtalsparter har generellt sett dessutom rättsliga ombud. Oftast även vid den föregående avtalsförhandlingen. Detta gör att parterna typiskt sett har goda möjligheter att bedöma och värdera eventuella rättsliga frågor på förhand. Det gör att tvister som till stor del bygger på juridiska frågeställningar är relativt ovanliga och ofta kan lösas utan hjälp av domstol/skiljenämnd. Finns osäkerhet i bedömningarna så kan den inte sällan prisas in i en uppgörelse.

För de flesta företag är tvister inte en normal eller vanligt återkommande del i kärnverksamheten. Tvister driver inte företagets vinst och är ofta förknippade med obehag och osäkerhet. Därtill innebär tvister till sin natur att en affärsuppgörelse ändras eller bibehålls med en tillkommande transaktionskostnad (rättegångskostnader) för parterna, utan att den underliggande affärens värde nödvändigtvis växer. Oaktat detta finns all anledning för företag att betrakta en tvist som vilket betydelsefullt projekt som helst och agera professionellt.

Ett antal punkter som alltid är relevanta för en part i samband med tvist är:

- Kontroll av avtalets lagvals- och tvistelösningsmodell. I vilken kontext befinner man sig rättsligt och hur ska en eventuell tvist slitas (offentlighet, kostnad, tid etc.).
- Reklamationsregler och tydlighet i kommunikation med motpart
- Intern projekthantering när tvist uppstår (med projektägare). Involvering av personer som inte är direkt engagerade av saken för en saklig analys.
- Anlitande av extern hjälp (tidpunkt) – ju tidigare desto bättre
- Bevishantering

Något som ofta är svårt att avgöra på förhand och det som inte sällan leder till att en tvist inte kan förlikas är osäkerhet kring bevisfrågor. Vem har bevisbördan och vad för bevisning finns tillgänglig? Därtill är det svårt att förutse hur den muntliga bevisningen framstår när den utsätts för motpartens tryck vid slutförhandlingens bevisupptagning. Det är bevisningen som avgör en tvist. Därför inriktar den här framställan sig på bevishantering.

Bevisfrågor kan delas upp på många sätt. Här gör vi det enkelt i tre fack. (i) Placering av bevisbörda. Den som har att styrka något. Om den som har bevisbördan för en omständighet inte kan styrka denna, så faller påståendet därom. (ii) Tillgänglig bevisning. Helt enkelt den bevisning som kan tas fram. (iii) Styrkan i den tillgängliga bevisningen.

Bevisbördans placering kan ofta utläsas ur ett avtalsförhållande och det påståenden som görs av en part. När en tvist sedan är igång kan bevisbördan skifta sida (ibland talar man då om falsk bevisbörda). Vad gäller krav på bevisningsstyrka finns mängder med hyllmeter skrivet. Det finns massvis med regler och bestämmelser, men i grunden står klart att odling av relevant stödande bevisning, eller bevishantering, är nyckeln till vinst vid tvist.

Vinnande bevishantering

Bevisning kommer att föras av bägge sidor i en tvist oaktat bevisbördans placering. Därför måste bevishantering alltid diskuteras ur två perspektiv. Bevisning som stödjer den egna saken och/eller motsäger motpartens ståndpunkt. Bevisning som stödjer motpartens ståndpunkt och/eller motsäger den egna saken. Enkelt uttryckt gäller det inför tvist att skapa, underbygga och konservera bevis som stödjer den egna saken och undvika att bevis som stödjer motpartens uppfattning uppstår och blir tillgänglig i onödig utsträckning.

Den egna bevisningen ger i bästa fall ett sammanhållet och naturligt intryck till stöd för den historiebereskrivning som framförs konsekvent genom hela tvisten och, i den mån det så krävs, vederlägger bevisningen motpartens felaktiga historiebereskrivning.

Med att skapa, underbygga och konservera bevis som stödjer den egna saken menar vi inte att skapa falsk bevisning. Dels är det olagligt, dels riskerar ens sak att försämrans av ett bevis som inte stämmer in i den större bilden eftersom det är fabricerat eller som avslöjas/misstänks som falskt och därför "smittar" en domstols/skiljenämnds uppfattning om all annan bevisning i målet. Däremot ska man nogsamt systematisera sin kontraktshantering genom att säkerställa att viktig information för den egna saken dokumenteras och bevaras. Följande lista kan tjäna som lathund.

- Följ upp möten och samtal med mejl. Om inte annat internt.
- Protokollför möten. Interna och externa. Håll debriefing-möten om vad som uppfattats i viktiga avseenden.
- Versionshantering av avtalshandlingar. Skapa versioner som kan nyttjas för att stödja påståenden om parternas vilja och överväganden vid förhandling.
- Skapa minnesanteckningar som sparas fysiskt eller digitalt.

- Skapa tydliga och effektiva arkiveringsrutiner för viktiga projekt. Gör sparad e-post sökbar. Ett praktiskt råd kan vara att ha en bcc-adress eller projektmapp för all korrespondens i ett projekt. Säkerställ att personer som lämnar projektet lämnar över sin historik till den som tar över eller till ett arkiv.

I tillägg till att skriftliga bevis skapas och bevaras genom åtgärderna ovan så bidrar hanteringen till att säkerställa bättre möjligheter till sammanhållen och konsekvent muntlig bevisning i form av vittnesutsagor, eftersom uppföljning skapar samsyn i organisationen.

På samma tema som ovan är det viktigt att ur ett ekonomiskt perspektiv överväga personalpolitiska beslut. Vi ser att en allt högre personalomsättningshastighet påverkar den tillgängliga bevisningen i våra tvister. Om en anställd kan få en roll som nyckelvittne i en stor tvist, så finns anledning försöka hålla denne kvar i företaget. Alternativt att i vart fall inte låta den anställde lämna företaget missnöjd. Det kan i vissa fall vara bra att direkt i samband med uppsägning enas om ersättning och arbetsinsats vid en eventuell framtida tvist och skapa möjlighet att få detta accepterat av en ny arbetsgivare. Även om det finns vittnesplikt i Sverige, så är ett förhör med ett vittne som inte är berett eller motiverat att lägga tid på förberedande möten och uppgiftslämnande oerhört riskfyllt. Vi avråder i de flesta fall helt från att nyttja ett sådant ovilligt " eget " vittne.

Vidare finns bevisning inte sällan att tillgå hos annan. Det kan vara en utomstående eller direkt hos motparten. Det finns möjlighet att genom s.k. processuell edition få del av betydelsefulla handlingar genom domstols (och i yttersta fall Kronofogdens) försorg. Vidare kan avtal och lag (såsom exempelvis aktiebolagslagens insynsregler i fåmansbolag och offentlighets- och sekretesslagens regler) ge rätt till information och skriftliga underlag (s.k. materiell edition).

Det föregående stycket om edition är ett tveeggat svärd, eftersom motsvarande rätt kan tillfalla en motpart i jakt på för den egna saken ofördelaktig bevisning. I syfte att undvika att ofördelaktiga bevis framkommer kan vissa konkreta åtgärder övervägas. Det är värt att känna till begränsningar i motpartens rätt till processuell edition, exempelvis är vissa minnesanteckningar och korrespondens med advokat fredade.

Dessutom finns alltid en risk att anställda eller andra med insyn agerar som s.k. *whistle blowers* och förser en motpart med information inifrån organisationen. När en tvist är under uppsegling bör man även utgå från att telefonsamtal och möten kan spelas in av motparten, varför särskild tydlighet och försiktighet i uttalanden kan vara påkallad.

Hur kan man då förhindra läckage av ofördelaktig bevisning? Ofördelaktig bevisning behöver inte nödvändigtvis vara en handling som direkt motsäger ens ståndpunkt. Det finns ofta handlingar som är tvetydiga eller som ur sin omedelbara kontext kan tillåta en tolkning som stödjer motpartens uppfattning. Till att börja med bör man emellertid vara varsam med att rensa ut dokument som talar till ens nackdel eller är svåra att förklara. Urkunder (d.v.s. handling som upprättats till bevis, såsom kontrakt, protokoll eller intyg) kan vara brottsligt att förstöra enligt svensk lag. Men trots att det som huvudregel inte är brottsligt att förstöra annan presumtiv bevisning i tvistemål bör noteras att det sannolikt kommer att medföra att domstolen/skiljenämnden drar för den egna saken negativa slutsatser om innehållet i det förstörda materialet om det framkommer att detta förstörts. Därtill riskerar man att skapa märkliga luckor i en annars så fint sammanhållen beviskedja med risk för motsvarande slutsats hos en domstol/skiljenämnd.

Detta sagt så kan det vara effektivt att hålla sig med policier för gallring av handlingar i projekt. Gallring bör då helst ske före det att tvist inletts. Det kan vara ett bra sätt att minimera risken

att underordnade handlingar påverkar tolkningen samtidigt som en god förklaring till luckan i dokumentationen kan lämnas till en eventuellt frågande domstol/skiljenämnd. Sammanhållna projektgrupper och begränsat läckage utanför organisationen kan även ha stor betydelse i syfte att förhindra att ofördelaktiga handlingar dyker upp vid tvist.

Ett exempel på handlingar som kan vara relevanta att gallra är versioner av förhandlade kontrakt som inte kommunicerats med motparten samt interna avtalsanalyser. Sådana handlingar har ofta ett långt bättre bevisvärde för motparten (om denne kan finna stöd för sin ståndpunkt i något avseende) än det potentiella bevisvärdet för den egna saken.

Vidare kan noteras att god personalpolitik kan minska risken för att en tidigare anställd blir en benägen uppgiftslämnare och villigt vittne för motparten vid ett senare tillfälle. Vidare kan frivilligt uppgiftslämnande utanför själva vittnesförhöret begränsas genom välskrivna sekretessåtaganden (med vitessanktioner) i anställningsavtal och/eller avslutsavtal samt krav på återlämnande av datorer, telefoner och fysiska handlingar kopplade till tjänsten.

Törngren Magnell bistår gärna

Vi står mitt i en samhällskris och det är naturligt att många oroar sig över situationen, gällande egen och andras hälsa men också avseende konsekvenserna för verksamheter och samhället i stort. En lågkonjunktur står sannolikt för dörren. Törngren Magnell känner ett mycket stort ansvar för de tjänster vi levererar och vår rådgivning. Inte minst i krissituationer som denna har våra klienter behov av vår närvaro. Vi upprätthåller därför samma tillgänglighet som alltid. Vi finns tillgängliga genom alla våra normala kanaler och vårt kontor är öppet, även om vi så långt möjligt arbetar på distans enligt Folkhälsomyndighetens rekommendation, i syfte att hjälpa till att begränsa smittspridningen i samhället.

Törngren Magnell hjälper er gärna med analyser, nya avtal, omförhandling eller, i värsta fall, tvist kopplad till den pågående krisen. Vår erfarenhet är att ju tidigare ett ombud kopplas in vid tvist eller risk för tvist desto bättre är det. Med en tidig analys av det rättsliga läget skapas en möjlighet till proaktivitet och en snabb och gynnsam förlikning samtidigt som, om tvist inte kan undvikas, processföringen blir effektiv och slagkraftig. Vårt råd vid en uppseglande tvist är att inte anta eller kommunicera någon rättslig position innan juridisk expertis konsulterats.

Vi är omkring 60 jurister på Törngren Magnell och har som firma gedigen expertis i flertalet branscher med särskild rättslig specialisering mot rådgivning inom områdena företagsöverlåtelser, bank- och finans, publika transaktioner och aktiemarknad, fastighetsöverlåtelser, hyresrätt, entreprenad, arbetsrätt, IT/Tech och tvistelösning.

Advokatfirman Törngren Magnell KB