

# Extern finansiering av tvister och riskavtal

– en möjlighet att stärka Sverige som säte för internationella skiljeförfaranden?

av Rasmus Josefsson och John Neway Herrman\*

*Extern finansiering av tvister blir vanligare, särskilt inom ramen för internationella skiljeförfaranden. Vid sådan finansiering är det vanligt att ombuden ingår särskilda former av riskavtal. Enligt Advokatsamfundets vägledande regler anses riskavtal som utgångspunkt strida mot god advokatsed. Vi menar att det vid vissa kommersiella tvister finns skäl att överväga att i större utsträckning tillåta riskavtal som innebär att ombud erhåller ersättning i form av en del av processutfallet. Detta skulle kunna resultera i att externa finansörer i större utsträckning väljer att investera i skiljeförfaranden med säte i Sverige, vilket skulle bidra till att stärka Sveriges position som skiljeförfarandesäte i den internationella konkurrensen.*

## 1. Inledning

Under de senaste åren har det blivit vanligare att externa finansörer helt eller delvis finansierar en parts processföring trots att finansören saknar egentligt intresse i själva tvisten. Som ersättning erhåller finansören en andel av processutfallet vid en framgångsrik talan. Om den finansierade partens talan inte vinner bifall, uppbär emellertid finansören normalt ingen ersättning alls. Detta upplägg benämns interna-

---

\* Verksamma som biträdande jurister vid Sandart & Partners Advokatbyrå respektive Advokatfirman Delphi.

tionellt för *third party funding* ("TPF").<sup>1</sup> TPF har historiskt uppfattats som kontroversiellt i vissa delar av världen, och fortfarande idag är TPF förbjudet i vissa jurisdiktioner.<sup>2</sup> I t.ex. Singapore och Hong Kong har TPF nyligen tillåtits genom särskild lagstiftning, dock endast inom ramen för internationella skiljeförfaranden.<sup>3</sup>

I Sverige finns det inget uttryckligt förbud mot TPF men för närvarande inte heller någon utvecklad marknad för finansieringsformen.<sup>4</sup> Det finns emellertid exempel på att TPF har förekommit i internationella skiljeförfaranden med säte i Sverige.<sup>5</sup> I TPF-upplägg kräver normalt finansören att även de processande ombuden på samma sätt som finansören tar en ekonomisk risk genom att, i vart fall delvis, arvoderas i förhållande till processutfallet.<sup>6</sup> Enligt de svenska vägledande reglerna om god advokatsed ("VRGA") anses sådana avtal, i reglerna benämnda riskavtal, som olämpliga. En typ av riskavtal, så kallade kvotavtal, som innebär att ombudet får betalt med en kvotdel av processutfallet, anses

<sup>1</sup> Finansieringsformen har hittills inte blivit särskilt uppmärksammas i svensk juridisk litteratur. Undantagen består i huvudsak av en artikel av Christer Söderlund, Tredjepartsfinansiering av skiljeförfaranden, Juridisk Tidskrift 2015/16, s. 959–964 samt en artikel av Peder Mülenbock, Tvisteinvestering – särskilt om vissa kostnadsfrågor, Juridisk Publikation, 2016, s. 113–143. Finansieringsformen behandlas även till viss del i Henrik Bellanders avhandling, Rättegångskostnader, 2017.

<sup>2</sup> I t.ex. Irland förklarade Supreme Court i ett avgörande nyligen att TPF historiskt varit, och alltså är, förbjudet, se [2017] IESC 27, dom meddelad den 23 maj 2017.

<sup>3</sup> Se Bill No: 38/2016 som antogs den 10 januari 2017 (Singapore) och Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016, som antogs den 14 juni 2017 (Hong Kong).

<sup>4</sup> På senare tid har det dock skett en viss etablering av TPF aktörer i Norden. Ett exempel är Therium Nordic som är baserat i Norge och som i juli 2017 meddelade att de har finansierat en tvist avseende köp av solparker i Italien. Finansieringen uppgick till 50 miljoner NOK, se <http://www.therium.no/wp-content/uploads/2017/06/FA-280617-Finansierer-rettsmarathon.pdf>, hämtat den 21 juli 2017.

<sup>5</sup> Se t.ex. dom från Stockholms tingsrätt, meddelad den 11 september 2014, i mål T 5045-09. Målet avsåg tvist om skiljenämnds behörighet. Av utredningen i målet framgick att i det bakomliggande skiljeförfarandet finansierades kärandens talan av en extern finansör.

<sup>6</sup> Jan von Goeler, Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, 2016, s. 33 f.

inte vara tillåtna överhuvudtaget om inte särskilda skäl föreligger.<sup>7</sup> Enligt kommentaren till VRGA kan särskilda skäl föreligga vid biträde i mål där lag om gruppptalan tillämpas eller biträde i gränsöverskridande uppdrag där ett sådant avtal är bestämt för handläggning utanför Sverige och utgör en förutsättning för uppdraget, samt fall där klienten utan kvotdelsavtal har svårt att få sin sak rättsligt prövad (access to justice).

Riskavtal som regelmässigt förekommer i TPF-upplägg är så kallade ”Conditional Fee Agreements”, som innebär att ombudet vid vinst i målet får sitt arvode med ett visst procentpåslag, samt ”Contingency Fee Agreements” som är en motsvarighet till kvotavtal.<sup>8</sup> Andra varianter av dessa riskavtal förekommer också.<sup>9</sup>

När det år 2014 beslutades att lagen om skiljeförfarande skulle ses över uttalade regeringen att det är särskilt angeläget att slå vakt om och främja Sveriges starka ställning som internationellt forum för handlings tvister och att Sverige fortsatt ska vara ett modernt, effektivt och attraktivt tvistlösningssäte för utländska investerare.<sup>10</sup> Vid en internationell utblick kan det konstateras att flera nya skiljedomssäten på senare tid har vunnit mark och att konkurrensen har ökat. Att åtgärder behöver vidtas för att bibehålla Sveriges position på den internationella skiljedomssäten har dessutom nyligen framhållits av flera personer i den skiljerättsliga debatten.<sup>11</sup>

I denna artikel avser författarna att översiktligt beskriva hur TPF typiskt sett fungerar och dess koppling till riskavtal. Vidare kommer argument presenteras för att det skulle kunna få positiva effekter på Sveriges attraktivitet som skiljeförfarandesäte om riskavtal tilläts i

<sup>7</sup> VRGA p. 4.2.1–4.2.2. I VRGA används begreppet ”uppdragets resultat” istället för begreppet ”processutfall”. Vi har i denna artikel valt att använda oss av ”processutfall” i syfte att tydliggöra att kvotavtal i regel förutsätter att kändanden vill initiera en process avseende ett monetärt krav.

<sup>8</sup> Peter Westberg, *Civilrättskipning*, 2 u., 2013, s. 110 och Nick Rowles-Davies, *Third Party Litigation Funding*, 2014, s. 17.

<sup>9</sup> Rowles-Davies, a.a., s. 17.

<sup>10</sup> Dir. 2014:6, s. 2.

<sup>11</sup> Se t.ex. Ulrika Östers reportage i *Advokaten*, nr 4, 2017 och Sigvard Jarvins artikel, *Att göra Sverige konkurrenskraftigare som säte för internationella skiljeförfaranden*, *Juridisk Tidskrift* 2015/16, s. 709–716.

större utsträckning. Detta eftersom TPF-aktörer sannolikt då i större utsträckning skulle välja att investera i tvister med säte i Sverige.

## 2. TPF – finansieringsformens huvuddrag

TPF är en relativt ny företeelse, i synnerhet i Europa. Det land där TPF anses ha sitt ursprung är Australien, där marknaden växte fram under 1990-talet i syfte att finansiera konkursprocesser.<sup>12</sup> På senare år har det på internationell nivå skett en tydlig liberalisering i synen på TPF, från både domstolar och lagstiftare. Detta motiveras ofta med att många käranden inte har haft ekonomiska förutsättningar för att driva en välgrundad talan utan en extern finansjär.<sup>13</sup>

TPF grundar sig i regel på ett låneavtal med tre parter: finansjären, klienten och dennes ombud.<sup>14</sup> Avtalet innebär att finansjären utfäster sig att betala för partens processkostnader utan att samtidigt fordra någon rätt till återbetalning av lånet om talan ogillas. Återbetalning av lånet sker om och i den utsträckning talan bifalls.<sup>15</sup> Avkastning på sin investering erhåller finansjären genom en andel av processutfallet, normalt mellan 15 och 40 procent. Finansjären kan, om det ger ett högre utfall, också ersättas genom en multipel, vanligen tre gånger investeringen.<sup>16</sup> I regel är det också en förutsättning att käranden har en lämplig försäkring som täcker motpartens rättegångskostnader.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Rowles-Davies, a.a., s. 5–6 och 79.

<sup>13</sup> Right Honorable Lord Justice Jackson, Review of Civil Litigation Costs – Preliminary Report, volume one, 2009, s. 160.

<sup>14</sup> TPF är väldigt ovanligt för en svarandepart. Att så är fallet ligger i finansieringsformens natur eftersom finansjären, vid bifallen talan, erhåller en andel av det belopp som kärandeparten tillerkänns. Bortsett från den situation att ett genkärsmål är för handen, innebär svarandens position följaktligen att det inte finns något monetärt krav ur vilket ersättning kan betalas till en finansjär vid en framgångsrik process, se Rowles-Davies, a.a., s. 64.

<sup>15</sup> Rowles-Davies, a.a., s. 6.

<sup>16</sup> Rowles-Davies, a.a., s. 63 samt Söderlund, a.a., s. 961.

<sup>17</sup> Rowles-Davies, a.a., s. 122. I England används i regel en s.k. after the event legal expenses insurance policy (ATE insurance policy), se Rowles-Davies, a.a., s. 128.

Det finns en rad aktörer på den internationella marknaden vars huvudsakliga verksamhet består av finansiering av tvister.<sup>18</sup> Det varierar vilka typer av tvister en finansör väljer att investera i och det styrs bl.a. av hur finansören vill fördela sin investeringsrisk.<sup>19</sup>

För att en finansör ska välja att finansiera en talan ska normalt sannolikheten för framgång bedömas till minst 60–70 procent.<sup>20</sup> Denna bedömning gör finansören baserat på en due diligence där fakta och omständigheter kring tvisten granskas. Ofta träffar och intervjuar finansören också ombud, parten och eventuella nyckelvittnen.<sup>21</sup> Frågor som är av stor betydelse för finansören är t.ex. lagval och jurisdiktion för tvisten. Vidare bedöms motpartens betalningsförmåga och tidigare betalningsvilja vid liknande situationer. Vid t.ex. investerings-skyddstvister granskas således hur villig den aktuella staten historiskt sett har varit att betala ersättningar som har dömts ut.<sup>22</sup>

Tvisteföremålets värde är också relevant för en finansörs beslut att investera. Hur stora tvister finansören söker beror på den enskilda finansörens strategi och affärsmodell. Bland de mer namnkunniga finansörerna som är verksamma i England är minimivärdet på tvisteföremålet för att en investering ska övervägas mellan tre och fem miljoner GBP. För vissa internationella aktörer måste tvisteföremålets värde överstiga 25 miljoner USD för att en investering ska vara av intresse.<sup>23</sup> Vilket minimivärde som finansören kräver i det enskilda fallet beräknas på ration mellan sannolikheten för att ersättning erhålls genom skiljedomen och storleken på finansieringsbudgeten. Många finansörer kräver ration om minst 4:1, medan andra kräver upp till 10:1.<sup>24</sup> Om en finansör t.ex. kräver ration 4:1 och maximalt processutfall upp-

---

<sup>18</sup> Exempel på verksamma aktörer på marknaden är Burford Capital, Allianz Litigation Funding, IM Litigation Funding, Juridica Investments och Therium Capital.

<sup>19</sup> Rowles-Davies, a.a., s. 66.

<sup>20</sup> Right Honorable Lord Justice Jackson, a.a., s. 161 och Jan von Goeler, a.a., s. 25.

<sup>21</sup> Rowles – Davies, a.a., s. 67 och s. 116.

<sup>22</sup> Jan von Goeler, a.a., s. 20 f.

<sup>23</sup> Rowles-Davies, a.a., s. 68 och <http://www.juridicainvestments.com/about-juridica/investment-policy.aspx>.

<sup>24</sup> Rowles-Davies, a.a., s. 68.

går till tre miljoner GBP, kan finansärens investeringsbudget inte vara större än 750 000 GBP.

Ytterligare en fråga som en potentiell finansär beaktar är i vilken utsträckning denne kan behöva stå ansvar för motpartens rättegångskostnader om talan inte vinner bifall. I vissa jurisdiktioner är det fastslaget att finansären i vart fall delvis svarar för motpartens kostnader, medan finansären i andra jurisdiktioner inte svarar alls för sådana kostnader.<sup>25</sup> I Sverige är det möjligen oklart hur det förhåller sig med den saken.<sup>26</sup>

### 3. Allmänt om riskavtal och om the Jackson reform i England

I Sverige finns det inget explicit förbud mot att ombud ingår riskavtal med klient. Det anses emellertid olämpligt ur ett advokatetiskt perspektiv, framförallt då det görs gällande att sådana avtal riskerar medföra att advokatens arvode blir oskäligt och att advokatens engagemang blir en direkt ekonomisk del av klientens sak.<sup>27</sup> De former av riskavtal som vanligen förekommer i TPF-upplägg, dvs. Conditional Fee Agreements och Contingency Fee Agreements, är enligt Peter Westberg, professor i processrätt vid Lunds universitet, inte tillåtna enligt VRGA.<sup>28</sup>

Ur en klients perspektiv finns det emellertid många gånger stora fördelar med att träffa ett riskavtal med sitt ombud. En sådan fördel är att processrisken helt eller delvis förskjuts från klienten till ombudet och finansären. Härigenom ökar förutsägbarheten för klienten. Detta kan t.ex. innebära att det mer sällan blir nödvändigt för klienten att överväga en avsättning i balansräkningen med anledning av framtida

<sup>25</sup> I England framgår det av rättsfallet *Arkin v Borchard Lines Ltd & Ors* [2005] EWCA Civ 655 att en finansär delvis svarar för motpartens kostnader, medan det i t.ex. Australien framgår av rättsfallet *Jeffrey & Katauskas Pty Limited v SST Consulting Pty Ltd* (2009) 239 CLR 75 att finansären inte har något sådant ansvar alls.

<sup>26</sup> Se bl.a. Westberg, a.a., s. 110 och Bellander a.a., s. 266 f. Det motsatta förhållandet, dvs. huruvida en finansierad part ska ha rätt till ersättning för rättegångskostnader av motparten enligt 18 kap. 8 § rättegångsbalken har berörts i not 5 angiven dom från Stockholms tingsrätt. För en närmare analys av domen, se Mülenbock, a.a., s. 113 ff.

<sup>27</sup> VRGA, p. 4.2.1–p. 4.2.2.

<sup>28</sup> Se Westberg, a.a., s. 109.

kostnader. Därtill kan en klient genom riskavtal undvika den likviditetspåfrestning som löpande betalningar av ombudskostnader innebär. Sammantaget kan detta skapa förutsättningar för en klient att tillvarata sin rätt genom att driva en process som den i annat fall hade saknat ekonomiska möjligheter att göra (access to justice).<sup>29</sup>

Frågan om och under vilka omständigheter kvotavtal ska anses vara tillåtna har varit föremål för prövning av Sveriges advokatsamfunds disciplinnämnd. I ett avgörande från år 2015 hade en advokat tillfrågats av sin klient om han kunde arbeta mot ett arvode om 25 procent av indrivna belopp, samtidigt som advokaten skulle stå för samtliga kostnader. En oenig nämnd fann att de omständigheter som var för handen inte var sådana att de utgjorde särskilda skäl. Betalningsmodellen ansågs därför inte tillåten. Nämndens minoritet ansåg emellertid att det förelåg särskilda skäl då arvodet ansågs vara skäligt, advokatens egenintresse i saken inte var oproportionerligt, samt att betalningsmodellen var nödvändig för att klienten skulle ha möjlighet att få sin sak prövad eftersom klienten inte hade ekonomiska förutsättningar för att anlita en advokat arvoderad på löpande räkning.<sup>30</sup> I ett annat avgörande från år 2009 var nämnden emellertid enig om att ett kvotavtal som en advokat hade ingått med en klient i anledning av en process gällande ersättning för s.k. whiplash-skador inte var tillåtet.<sup>31</sup>

Frågan om huruvida Contingency Fee Agreements ska vara tillåtna i England granskades år 2009 som en del av Lord Justice Rupert Jacksons utredning ”Review of Civil Litigation Costs”. Utredningen presenterades i form av en omfattande rapport av vilken det framgår att ombud under vissa förutsättningar skulle tillåtas att ingå sådana avtal med klient. I rapporten redogörs grundligt för vilka för- respektive nackdelar sådana avtal kan innebära. De centrala argumenten kan sammanfattas enligt nedan.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Se VRGA, kommentaren till p. 4.2.1.

<sup>30</sup> Disciplinnämndens beslut av den 10 december 2015 (D-2014/1967).

<sup>31</sup> Beslutet har refererats i Advokaten, nr 3, 2009. Frågan om kvotavtal bör vara tillåtna har också diskuterats av bl.a. Stefan Lindskog, se Stefan Lindskog, Om fattig mans rätt till rättegång, Festskrift till Lars Heuman, 2008, s. 328 f.

<sup>32</sup> Right Honorable Lord Justice Jackson, a.a., s. 192 f.

För:

- Contingency Fee Agreements ger ombudet ett direkt incitament att maximera ersättningsbeloppet för klienten;
- Contingency Fee Agreements ger en ökad möjlighet för ”access to justice”, samt;
- om klienten är en sofistikerad kommersiell aktör är risken mycket låg för att ett ombud som har ingått ett Contingency Fee Agreement med sin klient agerar på ett sätt som skadar klientens intresse i syfte att nå egen ekonomisk vinning, exempelvis genom att ingå tidiga förlikningar.

Mot:

- om ombudets ersättning tas från inprocessade medel kommer klientens ersättning vid en framgångsrik talan att minska;
- Contingency Fee Agreements kan skapa ett incitament för ombudet att förlika ett mål i förtid, samt;
- det finns en risk för att Contingency Fee Agreements medför att utländska parter avtalar om att förlägga tvister till England, vilket kommer att belasta landets allmänna domstolar.

Lord Justice Rupert Jackson konstaterar att argumenten för Contingency Fee Agreements väger tyngre än argumenten mot. Han anser att det finns en fördel med att tillhandahålla så många finansieringsalternativ som möjligt för parter som vill initiera en tvist samt att avtalsfriheten är central i detta avseende, särskilt avseende kommersiella parter. Vidare konstaterar han att ombud har en skyldighet att objektivt informera sin klient om de ersättningsmodeller som finns och skillnaden dem emellan, vilket begränsar risken för att ett ombud förhandlar ett avtal med en klient som innehåller villkor som skulle vara oskäligen i förhållande till klienten. För att säkerställa att ombud inte erhåller oskäligt höga arvoden bör vidare den tillåtna kvotdelen av inprocessade medel begränsas.<sup>33</sup> Den erhållna ersättningen föreslogs variera beroende på typ av tvist. Den skulle dock uppgå till högst 50 procent. Förslaget

---

<sup>33</sup> Right Honorable Lord Justice Jackson, Review of Civil Litigation Costs – Final Report, 2009, s. 131 ff. Det kan noteras att Lord Justice Jackson föreslog att ersättningen till karendens ombud ska bäras av den förlorade parten, vilket inte blev fallet i den slutliga lagstiftningen.



antogs som lag utan några större ändringar och den tillåtna formen av kvotavtal benämns ”Damages Based Agreements” (”DBA”).<sup>34</sup>

#### 4. Slutsatser

Som nämnts inledningsvis går det att se en tydlig trend i att TPF blir en allt vanligare metod för parter att finansiera sina tvister. Detta gäller särskilt inom ramen för internationella skiljeförfaranden. Som beskrivits är det ofta en förutsättning att ombuden ingår riskavtal i TPF-upplägg. VRGA anger uttryckligen att Contingency Fee Agreements inte är tillåtna om inte särskilda skäl föreligger. Advokatsamfundets disciplinbeslut från år 2015 visar emellertid att vad som utgör särskilda skäl inte är helt tydligt. När det gäller Conditional Fee Agreements är det enligt vår uppfattning inte lika klart om utgångspunkten är att även sådana avtal inte är tillåtna, men enligt vad som tidigare anförts är detta i vart fall Peter Westbergs uppfattning.

De traditionella argumenten som ligger bakom den generella restriktiviteten mot riskavtal i Sverige, vilka har redogjorts för ovan, är enligt vår mening inte tillämpliga i förhållande till sofistikerade kommersiella aktörer. Risken för att ett ombud till en sådan aktör tar processuella beslut som innebär en ekonomisk fördel för ombudet och nackdel för klienten får anses vara mycket liten eftersom en sådan klient normalt ser till att ha kontroll över processen och ombudets agerande. Detta gäller förmodligen i ännu större utsträckning vid TPF då det även finns en finansiär inblandad med ett ekonomiskt intresse i processutfallet. Vidare anser vi att flera av de argument som framfördes som skäl för att Contingency Fee Agreements skulle tillåtas i England är relevanta även ur ett svenskt perspektiv. Att Contingency Fee Agreements medför att en part får möjlighet att tillvara sin rätt i högre utsträckning är ett beaktansvärt argument även inom ramen för t.ex. internationella skiljeförfaranden med kommersiella parter. Sådana processer kan vara mycket ekonomiskt betungande att driva även för större

<sup>34</sup> Förslagen antogs av parlamentet under år 2012 och lagändringarna trädde i kraft år 2013. Se The Courts and Legal Services Act 1990, articles 58 AA samt the Damages-Based Agreement Regulations 2013 No. 609, article 4 and 7, explanatory note. Det kan noteras, vilket framgår av article 7 i the Damages-Based Agreement Regulations 2013 No. 609, att avseende arbetsrelaterade tvister får kvotdelen sättas till högst 35 procent av inprocessade medel.

bolag. Det kan tänkas att TPF, och möjligheten att ingå riskavtal med ombud, ger sådana aktörer förutsättningar att processa i fler situationer och därmed tillvarata ta sin rätt i större utsträckning.

Enligt vår uppfattning skulle det dessutom ha positiva effekter på Sveriges attraktivitet som skiljeförarandesäte om det fanns större möjligheter för ombud att ingå riskavtal med klient.<sup>35</sup> För det första är det tänkbart att internationella parter i större utsträckning skulle välja att förlägga skiljeförfaranden i Sverige eftersom det är fördelaktigt för en part att ha möjlighet att förskjuta en del av den ekonomiska risken till sitt ombud och därigenom också bättre kunna förutse denna risk. För det andra är det också tänkbart att TPF-aktörer skulle finna det fördelaktigt att investera i tvister förlagda i Sverige om det fanns förutsättningar för att dela den ekonomiska risken med ombudet.<sup>36</sup> Den omständigheten skulle i sig kunna medföra att parter förlägger sina tvister Sverige i större utsträckning.

En liberalisering av ombuds möjligheter att under vissa förutsättningar ingå riskavtal med klient är en åtgärd som, tillsammans med andra, skulle kunna bidra till att Sverige inte hamnar på efterkälken i den tydliga internationella utveckling där TPF blir alltmer vanligt förekommande. Enligt vår mening finns det mot bakgrund av detta skäl att överväga om Contingency Fee Agreements bör tillåtas i större utsträckning. Som beskrivits ovan är kvotavtal inte tillåtna enligt VRGA med mindre än att det föreligger särskilda skäl. Vi menar att det vid t.ex. större kommersiella skiljeförfaranden och investeringsskyddstvister, kan föreligga sådana särskilda skäl. I syfte att undvika att ombud erhåller oskälig ersättning skulle en förutsättning kunna vara att ombudets andel av processutfallet, på samma sätt som i England, begränsas procentuellt.

---

<sup>35</sup> Som beskrivits ovan anfördes denna konsekvens som ett skäl *mot* att tillåta Contingency Fee Agreements när frågan utreddes i England år 2009. Detta då det riskerade att öka belastningen för de allmänna domstolarna.

<sup>36</sup> Att en öppnare inställning till TPF kan stärka en stats attraktivitet som skiljeförarandesäte var ett argument som särskilt framhölls när Hongkong beslutade att tillåta TPF inom ramen för internationella skiljeförfaranden. Se The Law Reform Commission of Hong Kong (Third Party Funding Sub-committee) Consultation Paper, October 2015, s. 114.