

FRONT ADVOKATER

Finansdepartementet

(Per e-post till fi.remissvar@regeringskansliet.se)

Göteborg den 1 februari 2019

REMISSYTTRANDE ÖVER SOU 2018:44 MÖJLIGT, TILLÅTET OCH TILLGÄNGLIGT

Front Advokater AB får lämna följande synpunkter över SOU 2018:44 ("Utredningen"). Front Advokater – som vill applådera Utredningen för ett mycket gediget arbete i samtliga delar – lämnar endast synpunkter på Utredningens förslag om införande av processkostnadsansvar i överprövningsmål (avsnitt 21).

1 UTREDNINGENS AVSNITT 21

Front Advokater avstyrker förslaget om införande av processkostnadsansvar i överprövningsmål. Front Advokater anser att nackdelarna av den föreslagna regleringen överväger fördelarna. Front Advokater väljer i denna punkt 1 att fokusera på de tre invändningar mot ett införande av processkostnadsansvar i överprövningsmål som advokatbyrån uppfattar som viktigast.

I punkt 2 lämnas vissa reflektioner kring den föreslagna utformningen av processkostnadsansvaret.

A. Totalnyttan av ett processkostnadsansvar är kraftigt beskuren av att parterna i överprövningsmål saknar möjlighet att förlikas

Ett processkostnadsansvars handlingsdirigerande verkan blir som mest effektiv om berörda parter disponerar över processen och har möjlighet att förlikas. Den positiva nyttan i denna del för överprövningsmålen – där förlikning i princip inte är möjlig – blir därmed kraftigt

beskuren. Vissa positiva handlingsdirigerande effekter kommer förvisso att uppstå, framförallt som en påtryckning på leverantörssidan, men totalnyttan framstår som klart lägre jämfört med en fullt reciprok ordning där båda parterna kontinuerligt måste väga av processkostnadsansvaret mot övriga hänsyn som talar för respektive emot en domstolsprocess kontra att förlikas.

B. Att införa ett processkostnadsansvar inom ett regelverk med låg mognadsgrad får effekten att övervältra kostnaderna för grundläggande rättsbildning på enskilda parter

Ett processkostnadsansvars positiva handlingsdirigerande verkan förutsätter att de materiella och processuella regler som tillämpas på tvisten har en tillräcklig mognadsgrad. Ju svårare det är att göra en träffsaker prognos över vem av parterna som kan förväntas gå vinnande ur tvisten, desto större skäl har i regel parterna att löpa linan ut och låta domstol döma i saken. Ett processkostnadsansvar ska typiskt sett söka styra bort vissa mål från domstolarna, men inte nödvändigtvis de mål där utgången av juridiska skäl framstår som helt oviss (50/50-mål).

Front Advokater anser att det *processuella regelverk* som styr överprövningsmål har en mycket låg mognadsgrad, särskilt i jämförelse med rättegångsbalken och tillhörande rättspraxis. Medan rättegångsbalken är ett koherent system av processregler övervägda i ett sammanhang, kan den förvaltningsprocessrätt som reglerar överprövningsmål i många avseenden beskrivas som ett lapptäcke där Högsta förvaltningsdomstolen, med små, långsamma steg och ad hoc, svarar för att fylla i luckorna. Tredje mans ställning i processen och talerätsfrågor är ett exempel på processuella frågeställningar av avgörande vikt för tillämpningen av ett processkostnadsansvar där betydande rättsosäkerhet råder. Högsta förvaltningsdomstolens prejudikatbildande verksamhet i dessa frågor utgör snarare grundläggande rättsbildning än rättsutveckling.

Även den materiella upphandlingsrätten får generellt sägas inrymma en förhållandevis ”stor andel” oklara rättsfrågor, även om skillnaderna i materiell mognadsgrad relativt andra rättsområden (där tvister idag slits under processkostnadsansvar) inte kan sägas vara lika dramatiska som inom den processuella delen av regelverket. Ett exempel på en viktig fråga där en tydlig och enhetlig rättspraxis saknas är utifrån vilka utgångspunkter, och med vilken ”intensitet”, det s.k. skaderekvisitet ska tillämpas i olika situationer.

FRONT ADVOKATER

Front Advokater anser mot ovanstående bakgrund att införandet av ett processkostnadsansvar inom överprövningsmål för närvarande *till för stor del* skulle få effekten att övervältra kostnaderna för grundläggande rättsbildning på enskilda parter.

Ett tänkbart alternativ vore att begränsa rätten till processkostnadsersättning till endast vissa situationer, genom någon form av rekvisit som avgränsar ersättningsrätten till mål där utgången redan vid första anblick framstår som tydlig för domstolen eller likvärdigt. Det står dock klart att en sådan ordning, oavsett utformning, skulle riskera att bli mycket svårtillämpad och tynga processerna.

Särskilt om valet av en fakultativ reglering

Utredningen betonar att den föreslagna bestämmelsen är utformad som en fakultativ regel med ärendelagen som förebild, dvs. att rätten *får* bestämma att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i målet. Detta väcker frågan om den fakultativa regleringen innebär att domstolen, trots att en part i sig bedöms förlorande och motparten begärt ersättning för processkostnader, utifrån eget skön ska kunna avstå från att ålägga förlorande part ett kostnadsansvar. Utredningens medvetna val av en fakultativ ordning antyder att ett sådant utrymme inte utesluts, även om något entydigt ställningstagande är svårt att utläsa. Front Advokater anser att det finns betydande nackdelar med att öppna för ett sådant skönsmässigt utrymme utan att ge tydliga riktlinjer för vilka hänsyn som ska vara styrande. För en vinnande part riskerar ett eventuellt beslut att förvägras kostnadsersättning att framstå som fattat på godtyckliga grunder, och det finns en risk att jämförbara fall – där det i sig inte råder någon tvekan om att det finns en part som är förlorande – behandlas olika.

C. Nuvarande asymmetrisk ordning har fått en något bättre balans genom HD:s dom den 28 december 2018 i mål T 1055-18 (Spinator ./ FMV)

Ett av huvudargumenten till förmån för införandet av ett processkostnadsansvar är intresset av att åtgärda den rådande obalansen mellan a) leverantörers rätt att få ersättning för processkostnader som skadestånd och b) frånvaron av motsvarande rätt för upphandlande myndigheter. Front Advokater bedömer att den obalansen ser ut att ha justerats något genom HD:s nyligen meddelade dom i Spinator ./ FMV. Uttalandena i domen ger vid handen att leverantörers rätt till ersättning för processkostnader som skadestånd är starkt undantagsbetonad. Domen medför – vid den tolkningen – att ett av de avgörande problemen

med nuvarande ordning har mildrats. Ett bärande argument för införandet av ett processkostnadsansvar har därmed något försvagats.

Vidare framstår det som olämpligt att genom den föreslagna regleringen riskera att faktiskt *utöka* de upphandlande myndigheternas ansvar för att ersätta leverantörers processkostnader jämfört med nuvarande ordning. Ett "strikt" processkostnadsansvar för upphandlande myndigheter skulle riskera att leda till ökad försiktighet och en ovilja att använda sig av det "stora handlingsutrymme" som upphandlingsregelverket i många avseenden ger upphandlande myndigheter. Att utnyttja ett handlingsutrymme är ofta synonymt med att beträda juridiska gråzoner.

2 REFLEKTIONER OM POTENTIELLA DRIVKRAFTER AV ETT PROCESSKOSTNADSANSVAR MED FÖRESLAGEN UTFORMNING

Om ett processkostnadsansvar ska införas i överprövningsmål är det enligt Front Advokater av vikt att de drivkrafter som processkostnadsansvaret kan förväntas medföra analyseras ytterligare i det fortsatta lagstiftningsarbetet. I synnerhet bör övervägas om den föreslagna regleringen kan skapa incitament för leverantörer att föredra en överprövning som ett alternativ till att först, genom en direktkontakt med myndigheten, begära självrettelse.

Dylika incitament vore förmodligen negativa för överprövningssystemet som helhet, och skulle motverka den pågående utvecklingen mot att upphandlande myndigheter och leverantörer i allt större utsträckning reder ut överprövningsfrågeställningar genom en "dialog före överprövning" utan att domstol behöver blandas in. En stor fördel med dagens reglering – som stimulerar sagda utveckling – är att varken upphandlande myndigheter eller leverantörer i princip har något att vinna på att föredra överprövning framför dialog och självrettelse. Det bör därför nog övervägas om detta neutralläge skulle riskera att rubbas av den föreslagna processkostnadsregleringen.

För dispositiva tvistemål råder, ur rättsgångskostnadssynpunkt, ett välbalanserat samspel mellan bl.a. 18 kap. 3 § första stycket RB, 18 kap. 5 § andra stycket RB och parternas möjlighet att förlikas (både i sak och om rättegångskostnaderna). Regleringen i 18 kap. 5 § andra stycket RB, beträffande att kostnadsansvaret i vissa fall ska bestämmas utifrån hur utgången *kan antas ha* blivit vid en sakprövning, blir därmed väldigt sällan aktuell att tillämpa i tvistemål. Eftersom käranden normalt sett vill undvika att komma med "övertaskningar" i

FRONT ADVOKATER

stämningsansökan (risk för onödig rättegång enligt 18 kap. 3 § första stycket RB) är det relativt ovanligt att svarandens replik på stämningsansökan är att frivilligt fullgöra vad som yrkas eller att vidta någon åtgärd som gör att käromålet förlorar sitt ändamål. Och även om svaranden grovt skulle ha felvärderat sin juridiska position inledningsvis, finns i regel goda möjligheter att parera en tillämpning av 18 kap. 5 § andra stycket RB genom att förhandla fram en förlikning som omfattar även rättegångskostnaderna.

Två omständigheter hänförliga till överprövningsmål gör att det framstår som osäkert om balansen i regleringen kommer att kvarstå oförändrad inom överprövningsmålen. Parterna kan inte förlikas och avtalsspärrens korta längd medför att det ur ett leverantörsperspektiv alltid i någon mening föreligger fara i dröjsmål med att inge en ansökan om överprövning. En central fråga är därför vilka aktsamhetskrav som 18 kap. 3 § första stycket RB kan anses uppställa på leverantörer i överprövningssammanhang. Om svaret på den frågan är att det normalt sett inte är "försumligt" att vända sig till direkt till förvaltningsdomstol – eftersom det förelegat fara i dröjsmål – kommer 18 kap. 3 § första stycket RB inte vara den "motvikt" (i svarandens intresse) i överprövningsmål som bestämmelsen är i tvistemål. En leverantör skulle därmed, utan risk för konsekvenser i processkostnadshänseende, kunna vända sig direkt till förvaltningsdomstol istället för att försöka uppnå en självrättelse. En drivkraft uppstår därmed för leverantörer att, av processkostnadsskäl, aktivt välja överprövning framför dialog före överprövning.

En naturlig motvikt, som stimulerar dialog, är förvisso att leverantören har ett eget intresse av att redan före överprövning trycktesta sina felpåståenden i kontakter med myndigheten. Möjligen kan denna mekanism anses tillräcklig. Att notera är dock att sagda motvikt tappar tyngd i situationer där leverantören redan på förhand känner sig faktamässigt och juridiskt trygg i sin talan. Incitamenten att söka dialog kan således vara svaga i just de situationer där en självrättelse utan domstolsinblandning vore mest effektiv.

En annan tänkbar konsekvens av det ovan anförda är att 18 kap. 5 § andra stycket RB – som alltså lever en förhållandevis undanskymd tillvaro i tvistemål till följd av andra samverkande regler – eventuellt kommer att kunna bli aktuell att tillämpa i mycket stort antal upphandlingsmål. Detta riskerar att bli mycket resurskrävande, eftersom en sorts enklare sakprövning möjligen skulle kunna bli aktuell i alla överprövningsmål som resulterar i någon form av självrättelse som inte fullt ut motsvarar vad sökanden begärt. Utredningen adresserar

FRONT ADVOKATER

kortfattat hur denna situation kan hanteras (s. 439, andra stycket). Det framstår som angeläget att det i lagstiftningsarbetet på ett ännu tydligare sätt klargörs *om* och *när* förvaltningsdomstol ska låta avgöra processkostnadsfördelningen genom att företa en "hypotetisk" sakprövning i samband med avskrivningsbeslut.

En ytterligare aspekt som kommer att påverka vilka drivkrafter det föreslagna processkostnadsansvaret ger upphov till, är hur domstolarna närmare ska avgöra i vad mån en part är vinnande eller tappande i alla för upphandlingar tänkbara scenarion som kan följa på en inledd överprövning (dom, återkallat tilldelningsbeslut, nytt tilldelningsbeslut eller avbrytande). Front Advokaters farhåga är att sagda frågeställningar till sakförutsättningarna kommer att skilja sig så drastiskt från motsvarande typsituationer inom tvistemål att det kan ifrågasättas vilken egentlig ledning kommer kunna hämtas från befintlig praxis om 18 kap. RB. Det kan därför förväntas ta väldigt lång tid för att en enhetlig rättspraxis i frågeställningarna att växa fram. Att överlämna frågorna till rättstillämpningen i så stor utsträckning som Utredningen föreslår framstår som potentiellt mycket kostnadsdrivande.

Beträffande utformningen av det föreslagna processkostnadsansvaret är Front Advokaters synpunkter således sammanfattningsvis följande:

- Det bör i det fortsatta lagstiftningsarbetet analyseras om införandet av ett processkostnadsansvar ger upphov till incitament för leverantörer att föredra en överprövning som ett alternativ till att först, genom en direktkontakt med myndigheten, begära självrättelse. Är sådana incitament önskvärda?
- Det bör i det fortsatta lagstiftningsarbetet klargöras utifrån vilka utgångspunkter 18 kap. 3 § första stycket RB bör tillämpas i överprövningsmål. Att det i någon mening alltid föreligger fara i dröjsmål inför överprövningar gör att bestämmelsen kan komma att bli "betydelselös" i överprövningsmål. Bör *även processkostnadsreglerna* uppmuntra till dialog före överprövning, eller utgör respektive parts rädsla för att bli förlorande part en tillräcklig mekanism för att stimulera sådan dialog?
- Det bör i det fortsatta lagstiftningsarbetet klargöras om och när förvaltningsdomstol ska avgöra processkostnadsfördelningen genom att företa en enklare "hypotetisk" sakprövning (18 kap. 5 § andra stycket RB) i samband med avskrivningsbeslut.

- Det bör i det fortsatta lagstiftningsarbetet övervägas att mejsla ut ännu tydligare riktlinjer för hur domstolarna ska avgöra i vad mån en part är vinnande eller tappande i de tänkbara scenarion som kan följa på en inledd överprövning (dom, återkallat tilldelningsbeslut, nytt tilldelningsbeslut eller avbrytande).

3 SAMMANFATTNING

Front Advokater avstyrker förslaget om införande av processkostnadsansvar i överprövningsmål, eftersom nackdelarna av den föreslagna regleringen bedöms överväga fördelarna.

Om ett processkostnadsansvar ska införas i överprövningsmål är det enligt Front Advokater av vikt att de drivkrafter som processkostnadsansvaret kan förväntas medföra analyseras ytterligare i det fortsatta lagstiftningsarbetet. I synnerhet bör övervägas om den föreslagna regleringen kan ge upphov till incitament för leverantörer att föredra en överprövning som ett alternativ till att först, genom en direktkontakt med myndigheten, begära självrättelse.

Kaisa Adlercreutz, advokat

Roland Adrell, advokat

Amir Daneshpip, bitr. jurist

Beata Fahlvik, bitr. jurist

Sara Fogelberg, advokat

Svante Hjertén, advokat

Johan Lidén, advokat

Marwa Mian, paralegal

Christian Martinsson, advokat

Robert Moldén, EU-advokat och jur.lic.

Erik Sjöberg, bitr. jurist