



5. DECEMBER 2018

MEDIATION I BYGGEBRANCHEN

KANDIDATSPECIALE

JURIDISK INSTITUT, AALBORG UNIVERSITET

AF TIM LUND KLITGAARD

Ordoptælling ? X

Statistik:

Sider	76
Ord	20.216
Tegn (uden mellemrum)	121.610
Tegn (med mellemrum)	141.700
Afsnit	743
Linjer	2.123

Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter

Luk

Titelblad

Kandidatspeciale

Dansk titel:	Mediation i byggebranchen
Engelsk titel:	Mediation in the construction industry
Fag:	Mediation
Vejleder:	Åse Gahner Klemmensen
Forfatter:	Tim Lund Klitgaard
Studienummer:	20114005
Omfang:	59 normalsider
Antal anslag:	141.700
Uddannelse:	Cand.jur., Aalborg Universitet
Afleveringsdato:	05. december 2018

Abstract

The purpose of this master thesis is to examine why mediation as a conflict resolution method is not more common in the construction industry, when everything indicates that mediation will benefit the industry both in time and cost.

The theoretical method used in this master thesis is the legal dogmatic method. This method describes, interprets, analyze and systematizes relevant legal sources in this area to illustrate applicable law.

Mediation is an out-of-court conflict resolution method which is not bound by any legal requirements and therefore allows the conflicting parties to discuss, find and agree on the best possible solutions. The *best* solution for the parties does not always have to be the most legal correct solution. The essential principles of mediation are voluntariness, confidentiality, neutrality and impartiality.

In mediation the parties' most important binder is their goodwill as there is no immediate sanctions if a party no longer wishes to comply with the agreement. To maintain the goodwill of the parties' mediation must always be voluntary. The new mediation-provisions in AB 18 § 65 have led to several discussions about voluntary and forced mediation. Some parties believe that the determination of mediation in AB 18 was an act of coercion and therefore contrary to the principle of voluntariness.

Due to the importance of voluntariness this thesis uses a lot of energy discussing the provisions of section 65 and why mediation should never be compulsory. By removing the voluntariness, you'll remove the DNA of mediation. By removing the voluntariness, the parties will no longer feel like experts in their own lives. As a result, the parties will no longer feel responsible for the process and outcome and will have no incentive to comply herewith.

It is very important to emphasize that the AB-provisions and especially the new AB 18-provisions containing the mediation rules is voluntary. As stated by case law these standard terms must always be adopted voluntarily and actively to become a part of the agreement between the parties.

This thesis tries to examine whether there is a general lack of interest, or even specific conflicting interests, among different parties of the construction industry.

Attention was quickly turned in the direction of lawyers as mediation is a radical break with everything they know and trust. However, law-organizations gladly welcomes mediation meaning the resistance must be found among individual lawyers. It is difficult to conclude whether this resistance is due to the lack of understanding of the mediation process, the desire to give the client the best possible (legal) result or the result of the lawyers own financial considerations. In this thesis, however, it is concluded that the lawyer's financial interest and considerations play a very important role.

Furthermore, it was found that the risk of wasted money caused by an attempt to reach an agreement by mediation could be a significant factor for not choosing mediation. The choice stands between the known and trusted trial and arbitration or mediation. For most constructing companies this is not a risk worth taking.

As concluded compulsory mediation is not the right initiative. Therefore, this thesis examines different political and sectoral initiatives which may help spread the general knowledge and use of mediation. The examined initiatives are: changing the law of court fee and the calculation of fees and services in arbitration as well as free trial and legal aid, teaching, training, information and orientation about mediation.

Changing the law of court fee and the calculation of fees and services in arbitration as well as giving free trial and legal aid would help eliminate the companies' risk of wasted expenses. It would still not help spread the knowledge about mediation which is why teaching, training, information and forced orientation are necessary. To create a paradigm shift regarding mediation it is very important to teach students and lawyers about the advances.

Another, and so far, untouched – issue of statutory and compulsory mediation is the legal considerations. If mediation is no longer a voluntary process it becomes extremely important to consider the legal requirements of the process.

This thesis' main conclusion, however, is that the companies lack knowledge of mediation and the process. They do not completely know and trust the process. With the lack of knowledge

and trust follows a natural lack of use. The lack of knowledge and the lack of use is thus a self-reinforcing cycle which becomes very difficult to break.

Indholdsfortegnelse

1. Indledende afsnit	8
1.1. Indledning.....	8
1.2. Afgrænsning	9
1.3. Problemformulering.....	11
1.4. Metode og retskilder.....	11
1.5. Fremstillingens opbygning	13
2. Introduktion til mediation	14
2.1. Mediation som begreb	14
2.2. Mæglingens centrale begreber	16
2.2.1. Frivillighed	16
2.2.2. Fortrolighed.....	16
2.2.3. Neutralitet og upartiskhed	17
2.2. Hvad kan mediation?.....	18
2.3. Aftalens gyldighed	20
3. Mediation i byggebranchen	22
3.1. Den historiske baggrund	22
3.2. Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed	22
3.3. Baggrunden for revisionsarbejdet.....	23
3.4. Udviklingen.....	24
3.4.1. AB 92 – Afsnit J	24
3.4.2. AB 18 – Afsnit J	25
3.5. Vurdering af AB 18 § 65.....	26
3.5.1. Kendskab og brug af mediation	27
3.5.2. AB 18 § 65 – Mediation ved lov	32
3.5.2. Parternes frie valg af mediator	38
3.5.3. Hurtig afgørelse	40
3.6. Besparelser og frivillighed	44
4. Modstridende interesser og manglende initiativ	49
4.1. Manglende politisk- og branchemæssig initiativ	49
4.2. Manglende juridisk interesse	52
4.3. Manglende viden.....	56

4.4. Økonomiske overvejelser	57
5. Andre initiativer	59
5.1. Ændring af retsafgiftsloven samt honorar og serviceafgift i voldgiftssager	59
5.2. Fri proces og retshjælpsdækning	63
5.3. Undervisning og uddannelse	63
5.4. Oplysning og orientering om mediation	65
6. Tvungen mediation – retssikkerhedsmæssige krav	66
7. Konklusion	67
8. Litteraturliste	72

1. Indledende afsnit

1.1. Indledning

Konflikter er en uundgåelig del af livet både privat og erhvervmæssigt. Lige gyldigt hvor hårdt man end prøver, er det således ikke muligt – eller ønskeligt – at undgå konflikter igennem et helt liv.¹

Konflikter er i Danmark utrolig omkostnings- og tidskrævende, og koster årligt erhvervsdrivende milliarder af kroner.² Undersøgelser foretaget af Danmarks Statistik anslår:

at de samlede udgifter til løsning af juridiske konflikter inden for byggeri, transport og IT/kommunikation er 3,5 mia. kr. om året. Dette svarer til 0,50 % af virksomhedernes samlede omsætning og 14,1 % af deres resultat efter skat.³

For virksomheder engageret i byggebranchen er tvister og udgifter i forbindelse med konfliktløsning nærmest eksistenstruende, da indtjeningen på dette område i forvejen er forholdsvis beskedent. Undersøgelser foretaget af Danmarks Statistik viser, at byggebranchens *overskud, målt som resultat efter skat, i forhold til deres omsætning var 3,5 % i perioden 2008-2012.*⁴

Selvom adskillige undersøgelser de seneste år har belyst og demonstreret, at mediation med stor sandsynlighed vil kunne spare danske byggevirksomheder for betydelige udgifter til konfliktløsning⁵, er den juridiske litteratur forblevet tavs heromkring. Hvorvidt dette bunder i en manglende politisk vilje, en juridisk modvilje eller blot en generel uvidenhed, berøres senere i denne fremstilling.

I år var det dog fra politisk side besluttet, at der skulle ske en gennemgående fornyelse af de forældede AB 92-bestemmelser.⁶ I den forbindelse skete der et brud med "Mediations-tavs-heden", hvorfor de nye AB 18-bestemmelser nu oplister mediation som en anbefalet

¹ Vibeke Vindeløv, Konflikt mægling, En refleksiv model, 3. reviderede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, år 2013, s. 57-60

² Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv 2016, s. 4-14: <http://mediationsinstituttet.dk/wp-content/uploads/2014/05/Mediation-i-et-samfundsøkonomisk-perspektiv-udarbejdet-for-Mediationsinstituttet.pdf> (13-09-2018)

³ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 13.

⁴ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 26

⁵ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 56-58

⁶ Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, 1992

konfliktløsningsmetode, jf. AB 18, afsnit J, § 65. En konfliktløsningsmetode som endda synes opprioriteret ved, at muligheden for voldgift udelukkes, såfremt mediation er iværksat, jf. AB 18 § 69, stk. 2.⁷

Denne fremstilling ønsker hovedsageligt at belyse, hvorfor mediation ikke har været mere udbredt i byggebranchen, når undersøgelser og erfaringer løbende viser, hvor effektiv mediation kan være, hvis blot det anvendes regelmæssigt. I forbindelse med denne undersøgelse, vil fremstillingen komme med en række bud på, hvad der med fordel kan udbrede kendskabet til mediation.

1.2. Afgrænsning

Denne fremstilling vedrører alene mediation i den danske byggebranche. Fremstillingen afgrænser sig således fra at tage stilling til sammenlignelige byggebrancher fra rundt omkring i Europa og verdenen.

Fra udlandet findes der en større mængde juridisk litteratur på området, hvor politiske tiltag enten har haft en større eller mindre effekt på udbredelsen af mediation. Principperne bag mæglingsdirektivet⁸ kunne f.eks. med fordel have været gennemgået.⁹ Selvom erfaringer og konklusioner fra udlandet med stor fordel kunne have været inddraget i denne fremstilling, berøres dette grundet en omfangsmæssig begrænsning kun i et yderst begrænset omfang.

Selvom den i afgrænsningen ofte refererede Hvidbog¹⁰ – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv¹¹ – behandler bygge-, transport-, og it-branchen sammen, afgrænser nærværende fremstilling sig fra at tage stilling til andre brancher end byggeriet.

⁷ Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, vejledning nr. 9632 af 10/08/2018

⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/52/EF af 21. maj 2008 om visse aspekter af mægling på det civil- og handelsretlige område

⁹ Også selvom mæglingsdirektivet ikke er implementeret i Danmark, grundet det danske retsforbehold

¹⁰ En hvidbog er en dokumentsamling, der indeholder en regerings redegørelse for et omfattende politisk emne, jf. Bo von Eyben, Juridisk ordbog, 14. udgave, Karnov Group, 2016, s. 221

¹¹ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv 2016

Selvom AB 18 § 65 både omhandler mediation og mægling, fokuserer nærværende fremstilling udelukkende på mediation. Forskellen i processen og anvendelsesområdet af hhv. mediation og mægling defineres på voldgiftsnævnets hjemmeside som følger:

Mægling bør anvendes, hvis man ønsker, at en mægler, der er en upartisk og neutral person med faglig ekspertviden, skal kunne både mægle og efter anmodning komme med mæglingsforslag. Omvendt anvendes mediation, hvis man ønsker en upartisk og neutral forhandlingsleder, der hverken giver juridisk eller teknisk rådgivning eller kommer med forligsforslag. Gennem mediationens teknikker hjælpes parterne til selv at finde den rette løsning.¹²

Begrebet mægling kunne dog med fordel have været inddraget i opgaven, idet det kunne give et grundlag for at undersøge og vurdere, hvorvidt konfliktende parter ønsker en forhandlingsleder, der fremkommer med løsningsforslag. Grundet den omfangsmæssige afgrænsning, har det dog været nødvendigt at fravælge en videre vurdering af mæglingsbegrebet.

I forlængelse af ovenstående fravalg, skal det desuden nævnes, at for mange – både teoretikere og praktikere – kommer mediation og konfliktmægling ud på et, og begreberne bruges derfor ofte i litteraturen i et flæng uden skelen til begrebernes forskelligheder. I denne fremstilling anvendes begrebet konfliktmægling dog kun, hvis det er af betydning for fremstillingens citationer. Dette er f.eks. tilfældet i nedenstående afsnit om mediation, hvor Vibeke Vindeløv anvender begrebet konfliktmægling.

Mediation og konfliktmægling adskiller sig videre fra begrebet forligsmægling, der tilbydes i retsplejelovens kapitel 26. Forligsmægling har som sit direkte formål at forlige parterne, og er således mindre opmærksom på processen.¹³

Fremstillingen afgrænser sig yderligere fra at tage stilling til retsmægling efter retsplejelovens kapitel 27. Dette skyldes, at mediation og retsmægling er to forskellige processer. Mediation

¹² Mægling og mediation - <https://voldgift.dk/maegling-og-mediation/> (09.09.2018)

¹³ Juridisk ordbog, s. 174

er en udenretlig proces, hvorimod retsmægling er en indenretlig proces med afsæt i retsplejelovens regler og Domstolsstyrelsens etiske retningslinjer herfor.¹⁴

I fremstillingen er der desuden foretaget en tidsmæssig begrænsning. Af juridisk litteratur er der således hovedsageligt anvendt litteratur og bøger udgivet efter år 2000. Dog har det været nødvendigt at fastsætte den tidsmæssige afgrænsning til materiale fra 1992 og frem, da fremstillingen sammenligner tvistløsning i hhv. AB 92 og AB 18.

1.3. Problemformulering

Som følge af ovenstående indledning samt emneafgrænsning, vil nærværende fremstilling belyse og besvare følgende problemformulering og hertil hørende underspørgsmål:

Hvorfor er mediation som konfliktløsningsmetode ikke mere udbredt i byggebranchen, når alt tyder på, at mediation både tids- og omkostningsmæssigt, vil være til gavn for branchen?

Vil indførelsen af mediation i AB 18 afsnit J, § 65, fremadrettet få betydning for udbredelsen af mediation?

Hvordan forholder byggeriets aktører, herunder specielt politikere, brancheorganisationer og advokater, sig til mediation? Findes der konkrete modstridende interesser hos visse parter?

Hvis ikke tvungen mediation er vejen frem, hvilke politiske- og branchemæssige initiativer kan så med fordel udbrede kendskabet og brugen af mediation?

1.4. Metode og retskilder

Til besvarelsen af ovenstående problemformulering er den retsdogmatiske metode anvendt. Fremstillingen beskriver, fortolker, analyserer og systematiserer således relevante retskilder på området for at belyse gældende ret.^{15 16} Fremstillingen beskriver og analyserer udviklingen

¹⁴ Etiske retningslinjer: <https://www.domstol.dk/saadangoerdu/retsmaegling/Pages/Etiskeretningslinjerforretsmaegling.aspx> (02-10-2018)

¹⁵ Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller, Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retsskildelære, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 212-213

¹⁶ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, år 2014, s. 86

på retsområdet ved bl.a. at sammenholde AB 92 med AB 18. Fremstillingen tager som tidligere nævnt udelukkende udgangspunkt i dansk ret.

Selvom retskilder generelt indgår i et essentielt samspil med hinanden, fastsætter inddelingen af primære og subsidiære retskilder dog stadig, at der eksisterer et hierarki, hvori lovgivning har forrang ift. andre retskilder.¹⁷ Denne fremstilling beskæftiger sig primært med subsidiære retskilder i form af vejledninger og betænkninger, idet der principielt ikke eksisterer nogen lov, der regulerer entrepriserelationer i Danmark. Den manglende lovgivning betyder desuden, at der heller ikke findes lovforarbejder på området.¹⁸ Dette er dog en sandhed med væsentlige modifikationer. Hvad angår AB 92 og AB 18, er der tale om såkaldte *agreed documents*, hvilket betyder, at det er en række standardvilkår, som baseres på forhandlinger mellem byggebranchens centrale aktører.¹⁹ ²⁰ Idet AB-bestemmelserne netop kun er en aftale, kan det således diskuteres, hvorvidt der i formel forstand er tale om en retskilde. Ovenstående diskussion mangler dog mening, idet AB-bestemmelserne er den juridisk vigtigste retskilde på det entrepriseretlige område i Danmark.²¹ ²² ²³ Og netop fordi AB-bestemmelserne er så væsentlige på det entrepriseretlige område, betragtes betænkningerne hertil endvidere som forarbejder.²⁴

VEJ nr. 9632 af 10/08/2018 med tilhørende forarbejder (Betænkning nr. 1570) er således de vigtigste retskilder i specialet, da de er udtryk for en politisk og branchemæssig udvikling vedrørende mediation i byggebranchen.

I fremstillingen inddrages desuden juridisk litteratur. Generelt i den juridiske litteratur eksisterer der enighed om, at litteratur ikke er en retskilde, idet forfatteren ikke har beføjelser til

¹⁷ Morten Wegener, *Juridisk metode*, 3. reviderede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, s. 15

¹⁸ Torsten Iversen, *Entrepriseretten*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 2016, s. 50-51

¹⁹ AB 18, fastlægger i sin indledning, at: "AB 18 er udfærdiget af et udvalg, nedsat af klima-, energi- og bygningsministeren, jf. betænkning nr. 1570 afgivet den 21. juni 2018, med repræsentation for: BL Danmarks Almene Boliger, Bygherreforeningen, Bygningsstyrelsen, Danske Arkitektvirksomheder, Dansk Byggeri, Danske Regioner, Dansk Industri, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, kommunernes Landsforening, Kooperationen, SMVDanmark (tidl. Håndværksrådet), TEKNIQ, Vejdirektoratet, Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed", jf. VEJ nr. 9632 af 10/08/2018

²⁰ Iversen, s. 50-51

²¹ Iversen, s. 51

²² Hvad sker der med de nye AB-aftaler? <http://www.bechbruun.com/da/Videncenter/Artikler/Fast+ejendom/2018/Hvad-sker-der-med-de-nye-ab-aftaler-> (13-09-2018)

²³ AB 92: <http://ab-92.dk/> (13-09-2018)

²⁴ Iversen, s. 50-51

at fastlægge gældende dansk ret.²⁵ Med forbehold for at retslitteratur således ikke udgør en retskilde, er litteraturen medtaget i specialet med det formål at give en bred forståelse af emnet.

Fremstillingens problemformulering vil videre blive besvaret i forening med retspolitiske overvejelser. Det er en naturlig følge, at når der foretages en deskriptiv systematisering og fortolkning af gældende ret, åbnes der op for juridiske problemstillinger, som giver anledning til retspolitiske overvejelser. Der vil således igennem nærværende fremstilling antages et retspolitisk perspektiv, hvilket betyder, at der vil blive foretaget juridiske vurderinger og diskussioner af, hvordan gældende ret bør være og udvikle sig.²⁶

1.5. Fremstillingens opbygning

Fremstillingen indledes i afsnit 1, hvori emne og problemformulering afgrænses og fastlægges. Dette efterfølges af en redegørelse af de anvendte metoder og retskilder.

Foruden specialets indledning, er fremstillingen opdelt i 7 afsnit.

Fastlæggelse af mediation som begreb samt en redegørelse for mediationens væsentligste principper er af essentiel betydning for fremstillingens videre forløb, og gennemgås derfor i fremstillingens afsnit 2. I forlængelse heraf berøres det kort, hvad mediation som udenretlig konfliktløsningsmetode kan samt gyldigheden af en eventuel indgået aftale.

I fremstillingens afsnit 3 følger en gennemgang og redegørelse for byggebranchens anvendelse af mediation. Dette indbefatter en historisk gennemgang af AB-bestemmelserne samt en redegørelse af udviklingen og baggrunden for AB 92-revisionen. I samme afsnit rettes et særligt fokus på en eventuel frivillighedskonflikt i AB 18 § 65, idet tvungen mediation, udpegning af mediator samt hurtig afgørelse gennemgås. Dette medfører en afsluttende diskussion af frivillighedsbegrebet og betydningen heraf.

²⁵ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, år 2014, s. 346

²⁶ Morten Wegener, Juridisk Metode, 3. reviderede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, år 2000, s. 51-52

Fremstillingens afsnit 4 vurderer, hvorfor mediation ikke er mere udbredt i byggebranchen. Fokus vil her være på eventuelle modstridende interesser, idet det undersøges, hvorvidt der eksisterer en politisk og/eller juridisk modvilje. Det undersøges yderligere, hvorvidt der eksisterer en generel uvidenhed overfor mediation. Økonomiske hensyn anføres altid som et af de altovervejende argumenter for at tilvælge mediation, men afsnit 4 vil afsluttende undersøge og diskutere, hvorvidt økonomiske hensyn ligeledes kan få parterne til at fravælge mediation.

I forlængelse af analysen og dertilhørende diskussion i afsnit 4, vil afsnit 5 komme med en række politiske og branchemæssige initiativer, der med fordel kunne hjælpe med at udbrede kendskabet og brugen af mediation, uden at gå på kompromis med de grundlæggende principper. Afsnittet vil gennemgå muligheden for at ændre retsafgiftsloven, muligheden for at ændre beregningen af honorar og serviceafgift i voldgiftssager samt muligheden for at få fri proces og retshjælpsdækning til udenretlig mediation. Slutteligt vil afsnittet diskutere betydningen af undervisning, uddannelse samt oplysning og orientering om mediation.

Ud fra redegørelserne i afsnit 2 og 3 samt analysen med tilhørende diskussioner i afsnit 3, 4 og 5 vil konsekvensen af tvungen mediation i byggebranchen blive diskuteret i afsnit 6. Her vil fokus være på de retssikkerhedsmæssige overvejelser, som pludselig bliver yderst relevante, såfremt mediation pålægges ved lov.

I afsnit 7 anføres fremstillingens konklusioner på ovenstående, og af afsnit 8 fremgår litteraturlisten.

2. Introduktion til mediation

2.1. Mediation som begreb

Som kort berørt ovenfor i afgrænsningen differentierer langt de fleste teoretikere og praktikere ikke imellem mediation og konfliktmægling. Det betyder således, at når der nedenfor tales om konfliktmægling, er der tale om mediation i denne fremstillings forstand.

Der findes en række kendte mediationsmodeller²⁷, men i Danmark er der generelt stor enighed om den refleksive tilgang. Den refleksive tilgang er karakteriseret ved at være eklektisk, hvilket vil sige, at det her er tilladt at lade sig inspirere af de allerede kendte mæglingsmodeller.²⁸

Vibeke Vindeløb definerer konfliktmægling (mediation), som:

En frivillig og fortrolig konfliktløsningsmetode, hvor en eller flere upartiske tredjepersoner hjælper parterne med selv at finde og forhandle sig frem til en for dem tilfredsstillende løsning gennem en struktureret proces. Mægler rammesætter og leder mæglingen, men træffer ingen afgørelse i sagen.²⁹

Den refleksive tilgang har et værdigrundlag, som bygger på:

- *En forståelse for konflikter som livsvilkår. Hvorvidt konflikter er konstruktive eller destruktive, afhænger af måden, de bliver mødt på.*
- *En tillid til, at parterne bedst ved, hvad der er godt for dem, dvs. at de er "eksperter på deres eget liv".*
- *En accept af, at der er flere virkeligheder.*
- *At dialog er ønskelig i enhver konflikt og midlet til at nå målet.*
- *En tillid til, at det er muligt at nå frem til gensidigt tilfredsstillende løsninger, hvis parterne vil.*
- *At individualitet og relation hænger sammen,*
- *At gensidig afhængighed indebærer et gensidigt ansvar.³⁰*

I det følgende tilsluttes således ovenstående definition af mediation. Det bemærkes videre, at værdigrundlaget ikke er en beskrivelse af mediationen, men et grundlæggende tankesæt, som mediator altid bør have med sig under en mediation.

²⁷ 1) Den problemløsende, aftalefokuserede model, 2) Den kognitive model, 3) Den transformativ model, 4) Den narrative model, 5) Den humanistiske model, og 6) Den organiske model

²⁸ Vindeløb, s. 19

²⁹ Vindeløb, s. 50-51

³⁰ Vindeløb, s. 31-37

2.2. Mæglingens centrale begreber

2.2.1. Frivillighed

Mediation i Danmark er altid frivillig. Det betyder, at parterne selv beslutter, hvorvidt de vil deltage i mediation, hvorvidt de vil forblive i mediation, og hvorvidt de vil indgå en aftale. Såfremt der ønskes indgået en aftale, bestemmes det selv, hvad indholdet af denne aftale skal være.³¹ Frivilligheden er således kernen i mediationen – Dens DNA.³²

Frivillighedsprincippet betyder, at det selv er op til parterne at bestemme sagens gang, hvilke emner og problemer, der skal berøres samt hvorvidt mediationen skal fortsættes eller afsluttes. Det er desuden vigtigt at understrege, at parterne ikke er forpligtet af noget, førend der er underskrevet en endelig aftale.³³

Frivilligheden er ydermere med til at give parterne deres autonomi tilbage, hvilket langt ofte resulterer i et større incitament til aktiv deltagelse og overholdelse af en evt. aftale.³⁴

2.2.2. Fortrolighed

Et andet grundlæggende begreb i mediation er fortrolighed. Fortrolighed er todelt, og indebærer, at:

- 1) Mediatoren har tavshedspligt ift. det, som erfares under mægling.
- 2) Parterne har pligt til ikke at udtale sig om konflikten til udenforstående, medmindre andet aftales.³⁵

Formålet med fortrolighed er at danne trygge rammer, hvori parterne kan komme med indrømmelser og give udtryk for deres ønsker. Det er vigtigt at skabe et trygt rum, hvori parterne kan arbejde med deres konflikt uden bekymring for, at det, der siges under mediationen,

³¹ Vindeløv, s. 51 og 145-146

³² Lin Adrian og Vibeke Vindeløv, Angreb på mæglingens DNA – ansatser til en diskussion om tvungen mægling, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2014, s. 13 ff.

³³ Vindeløv, s. 51

³⁴ Vindeløv, s. 50-55

³⁵ Vindeløv, s. 51

senere vil blive brugt imod dem. Fortroligheden vedrører som udgangspunkt parternes identitet og indholdet af mediationen.³⁶

Men hvad nytter fortroligheden, hvis parterne efterfølgende kan indkalde mediator som vidne i en voldgifts- eller retssag? Hvorvidt mediator kan indkaldes som vidne, er ifølge Vibeke Vindeløv uafklaret, og mediator skal derfor på forhånd vurdere, hvorvidt konflikten har mulighed for at udvikle sig. Hvis dette er tilfældet, bør mediator allerede inden mediationen påbegyndes sikre sig, at parterne ikke vil indkalde ham/hende som vidne i tilfælde af sagsanlæg.³⁷

2.2.3. Neutralitet og upartiskhed

Neutralitet og upartiskhed er to essentielle krav, som stilles til mediator både før, under og efter mediationen. Begreberne er tæt forbundne, men alligevel forskellige.

Neutralitet defineres af Vibeke Vindeløv som: *hverken at tage stilling til, hvordan konflikten skal løses, eller at have interesse i at opnå et bestemt resultat.*³⁸

Upartiskhed defineres omvendt som: *ikke at favorisere en part frem for den anden, men behandle begge parter med respekt.*³⁹

Det er derfor essentielt for mediationsprocessen, at mediator hverken favoriserer et bestemt resultat og/eller en bestemt part. Men som med alt andet, der omhandler omgang og arbejde med mennesker, er ovenstående ifølge Vindeløv ikke realistisk. Dette skyldes, at begreberne indeholder et krav om værdifrihed, hvilket aldrig er muligt. Mediator vil altid, ligesom alle andre mennesker, have en række grundlæggende værdier med sig i bagagen, som former holdninger og overbevisninger.⁴⁰

Vibeke Vindeløv anser dog ikke ovenstående for et problem, så længe mediator er bevidst om sine værdipræmisser, og formår at holde sin opfattelse adskilt fra parternes interesser og behov. Så længe mediator udviser lige respekt for parterne, og alene fokuserer på måder, hvorpå

³⁶ Vindeløv, s. 51 & 146

³⁷ Vindeløv, s. 149

³⁸ Vindeløv, s. 151

³⁹ Vindeløv, s. 151

⁴⁰ Vindeløv, s. 151

parterne kan hjælpes til at nå frem til deres egne beslutninger, hæmmes processen ikke af mediators værdier.⁴¹

Hvorvidt mediator formår at holde sin opfattelse adskilt fra parternes interesser og behov, er op til parterne selv at vurdere, idet de grundet frivillighedsprincippet kan afbryde mediationen når som helst.⁴²

2.2. Hvad kan mediation?

Da mediation er en udenretlig konfliktløsningsmetode, er den juridisk korrekte løsning således irrelevant, idet parterne ikke er bundet heraf.⁴³ Dermed er der mulighed for at løse sagen på en ganske anden måde, end hvis den skulle have været løst ved domstolene eller voldgiftsretten.

Parterne får herved mulighed for at finde frem til den, for dem, bedst mulige løsning – ikke blot den juridisk mest korrekte løsning. Ved en retssag eller voldgiftsret negligeres det ofte, at parterne i en erhvervskonflikt har et gensidigt afhængighedsforhold. Her fokuseres alene på den juridisk mest korrekte løsning, hvilket stort set altid vil resultere i en vindende og tabende part. Ved anvendelsen af mediation er det således muligt at bibeholde parternes erhvervs-mæssige relationer og samhandelsforhold.⁴⁴

Netop den førnævnte frivillighed og tilvalget af mediation gør, at parterne allerede fra starten engagerer sig væsentligt mere i mediationsprocessen end i voldgifts- og retssager. Den grundlæggende tanke om, at parterne er *eksperter i eget liv*, er afgørende for parternes følelse af ansvar og ejerskab over mediationens resultat. En ansvars- og ejerskabsfølelse som på ingen måde opnås i voldgifts- og retssager.

Mediation giver mulighed for at få en dybere indsigt i parternes eksisterende problemer og konflikter. Således vil parterne selv i de tilfælde, hvor en afsluttende aftale ikke opnås, opleve at mediationsprocessen har mindsket konfliktpunkterne og skåret sagen til.⁴⁵ Dette medfører,

⁴¹ Vindeløv, s. 151-152

⁴² Vindeløv, s. 152

⁴³ Med undtagelse af præceptive regler, som naturligvis ikke kan fraviges.

⁴⁴ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 43

⁴⁵ Mægling og mediation

at en efterfølgende voldgifts- eller retssag, alt andet lige, bliver enklere at løse, idet sagen allerede er skåret væsentligt til.

Herudover er det for mange virksomheder af afgørende betydning, at processen i modsætning til traditionelle retssager ikke er offentlig. På denne måde undgår man, at erhvervshemmeligheder og andre for virksomheden skadelige oplysninger kommer til konkurrenters og offentlige mediers kundskab. I nutidens teknologiske verden kan der ikke længere være tvivl om, at såkaldte *shitstorms* kan være utroligt skadelige, og én kan kun tænke sig til, hvilke fordele mediation kunne have haft for Jensens Bøfhus.⁴⁶

Som nævnt i indledningen har mediation et enormt økonomisk- og tidsbesparende potentiale. Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv viser igennem case 2: ”Byggeri i Danmark”, at tiden og omkostningerne i forbindelse med mediation var omkring en tiendedel af tiden og omkostningerne til en voldgiftssag. Desuden var aftalen i denne sag, modsat voldgiftsavgørelser, støttet af begge konfliktens parter, hvilket som nævnt tidligere, er med til at sikre de fremtidige forretnings- og handelsrelationer.⁴⁷

Hvidbogen fremlægger ydermere en tabel, hvor eventuelle omkostningsreduceringer vises. Se nedenstående tabel. Resultatet er gjort afhængig af anvendelsesgraden samt den eventuelle omkostningsbesparelse:⁴⁸

⁴⁶ Shitstorm rammer Jensen's bøfhus efter navnestrid: <https://politiken.dk/oekonomi/virksomheder/art5537954/Shitstorm-rammer-Jensens-Bøfhus-efter-navnestrid> (20-10-2018)

⁴⁷ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 46-47 & 56-58

⁴⁸ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 46-47 & 56-58

Mediation		Omkostninger		Omsætning		Værditilvækst		Beskæftigelse
<ul style="list-style-type: none"> ○ 90% lavere omkostninger ○ 1:5 konflikter v. mediation ○ 70% succes v. mediation 	➔	12,6% lavere omkostninger til konfliktløsning	➔	Ca. 5,7 mia. kr. mere i omsætning hos virksomhederne	➔	Ca. 2,5 mia. kr. mere i værditilvækst fra virksomheder	➔	Ca. 4.200 flere fuldtidsjobs i virksomhederne
<ul style="list-style-type: none"> ○ 45% lavere omkostninger ○ 1:5 konflikter v. mediation ○ 70% succes v. mediation 	➔	6,3% lavere omkostninger til konfliktløsning	➔	Ca. 2,9 mia. kr. mere i omsætning hos virksomheder	➔	Ca. 1,3 mia. kr. mere i værditilvækst fra virksomhederne	➔	Ca. 2.100 flere fuldtidsjobs i virksomhederne
<ul style="list-style-type: none"> ○ 45% lavere omkostninger ○ 1:10 konflikter v. mediation ○ 70% succes v. mediation 	➔	3,2% lavere omkostninger til konfliktløsning	➔	Ca. 1,4 mia. kr. mere i omsætning hos virksomheder	➔	Ca. 0,6 mia. kr. mere i værditilvækst fra virksomhederne	➔	Ca. 1.000 flere fuldtidsjobs i virksomhederne

Figur 1: Oversigt over forventet reduktion af omkostninger⁴⁹

Ovenstående illustrerer således, at mediation vil reducere de samlede omkostninger væsentligt for danske virksomheder,⁵⁰ også selvom det kun vælges i én ud af hver tiende konflikt.⁵¹

I forlængelse heraf forklares det yderligere, at en mediation i gennemsnit varer 8 timer i effektiv mødetid. Omregnet til kalendertid varierer dette mellem alt fra to uger til 3 måneder.⁵² Sammenlignes dette med voldgifts- og retssager, er der således tale om en væsentlig tidsbesparelse, idet sagsbehandlingen her i gennemsnit varer hhv. 18,8 og 16,2 måneder.⁵³

Således er der ved øget brug af mediation både en personlig gevinst i form af øget ejerskab og ansvar over processen – en følelse af stadig at være *herre i eget hus* – samt en væsentlig økonomisk gevinst i form af sparet tid og sagsomkostninger.

2.3. Aftalens gyldighed

Da parterne under mediationsprocessen tildes et sådant ansvar og ejerskab over aftalens tilblivelse, føler de sig i langt højere grad forpligtet og villige til at efterleve denne. I form af

⁴⁹ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 57

⁵⁰ Hvidbogen behandler bygge-, transport-, og it-branchen sammen, hvorfor ovenstående ikke er udtryk for byggebranchens besparelser alene

⁵¹ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 46-47 & 56-58

⁵² Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 43-44

⁵³ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 6

parternes aktive deltagelse i processen, er der således opstået et naturligt incitament til at overholde aftalen, hvilket gør, at *parternes væsentligste bindemiddel er parternes goodwill*.⁵⁴

Men hvordan forholder det sig, når en part omvendt ikke ønsker at overholde aftalen? I Danmark er mundtlige aftaler ligeså bindende som skriftlige, jf. Aftalelovens § 1. Men såfremt parterne ikke ønsker at overholde aftalen, er der ingen umiddelbare sanktionsmuligheder, medmindre parterne på forhånd er nået til enighed om, at aftalen skal kunne gennemtvinges ved fogedens hjælp.⁵⁵ Såfremt parterne ønsker fogedens hjælp til at gennemtvinge aftalen, må den for det første være skriftlig. Dernæst må den indeholde en bestemmelse om tvangsfuldbyrdelse, der opfylder følgende betingelser, jf. retsplejelovens⁵⁶ § 478, stk. 1, nr. 4:

- Det skal klart fremgå af aftalen, at den skal kunne gennemtvinges.
- Det skal klart fremgå af aftalen, hvem den berettigede og forpligtede er.
- Det skal klart fremgå af aftalen, at det vedrører et pengekrav, der var forfaldent til betaling på tidspunktet for aftalens indgåelse.⁵⁷

Den sidste bestemmelse i rpl § 478, stk. 1, nr. 4 betyder således, at kun pengekrav kan gennemtvinges ved fogedens hjælp. Krav på arbejdsydelser, rene hensigtserklæringer osv., kan dermed ikke gennemtvinges med hjælp fra fogeden.

Konklusionen på ovenstående er, at aftalens efterlevelse næsten udelukkende bygger på parternes vilje. Dette giver i sidste ende konflikten parter en lang række muligheder for at undvige, såfremt de ikke efterfølgende ønsker at efterleve det aftalte. Hvorvidt dette er ønskeligt, kan altid diskuteres, men i sidste ende ændrer det dog intet ift. mediationsprocessen. Hvis parterne ikke ønsker at efterleve aftalen, har de formentlig aldrig været rede hertil, og sagen vil stadig kunne fortsættes ved domstolene eller voldgiftsretten.

⁵⁴ Vindeløv, s. 263, jf. også Hans Boserup og Susanne Humle, Mediationsprocessen, s. 75, samt kapitel 14, note 2.

⁵⁵ Vindeløv, s. 264

⁵⁶ Fremover bruges forkortelsen rpl

⁵⁷ Vindeløv, s. 264-265

3. Mediation i byggebranchen

3.1. Den historiske baggrund

Det frivillige AB-system er en gammel opfindelse. De oprindelige *Almindelige Betingelser* for arbejder og leverancer udkom i 1889 og var i altovervejende grad fokuseret på anvendelse i forbindelse med jernbane- og vandbygningsanlæg og leverancer af materialer dertil. Formålet var også dengang at sikre ensartede konkurrencevilkår.⁵⁸

Betingelserne er siden blev opdateret og revideret løbende. Nærværende fremstilling vil indledningsvist forklare og redegøre for betydningen og anvendelsesomfanget af AB-bestemmelserne. Herefter vil udviklingen fra AB 92 til AB 18 blive gennemgået.

Opgavens vurderende og analyserende del vil herefter påbegyndes. Hvad der præcist vil blive gennemgået videre i dette afsnit, fastlægges kort i pkt. 3.5.

3.2. Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed

Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, bedre kendt under betegnelsen AB (førhen AB 92 og nu AB 18), er, som tidligere nævnt i denne fremstilling, ikke egentlig lovgivning. Det er et såkaldt *agreed document*, hvilket betyder, at repræsentanter for både entreprenører og bygherrer i fællesskab er blevet enige om reglerne. Ved indgåelse af AB-bestemmelserne er det således på bedst mulig vis forsøgt sikret, at bestemmelserne afbalancerer parternes rettigheder og forpligtelser over for hinanden.^{59 60}

AB-bestemmelserne er således et sæt retningslinjer, forhandlet mellem branchens parter, der frivilligt kan tilvælges ved en entrepriseaftale mellem entreprenører og bygherrer. Bestemmelserne skal som nævnt tilvælges aktivt, og finder som sådan ikke automatisk anvendelse mellem parterne. AB-bestemmelserne er alene et regulerende supplement af retsstillingen

⁵⁸ Almindelige betingelser i bygge- og anlægsvirksomhed, Betænkning nr. 1570, 2018 s. 5

⁵⁹ AB 92: <http://ab-92.dk/> (13-09-2018)

⁶⁰ Iversen, s. 51

mellem parterne.⁶¹ I mere end 90 % af alle entrepriserforhold bliver AB-bestemmelserne dog vedtaget som en del af entreprisekontrakten.⁶²

AB-bestemmelserne søger at tage stilling til de forhold, der normalt giver anledning til konflikter mellem parterne som f.eks. sikkerhedsstillelse, mangler, tvister og tvisteløsning.⁶³

3.3. Baggrunden for revisionsarbejdet

Baggrunden for revisionsarbejdet af AB 92 er kommissorium⁶⁴ for revision af AB-systemet af 22. september 2014, der som oftest, når det vedrører entrepriseområdet, er udarbejdet af byggeriets parter og godkendt af ministeren.⁶⁵

Kommissoriet fastlægger hovedformålet med AB-revisionen således:

*Hovedformålet med revisionen af AB-systemet er at skabe et aftalegrundlag, som kan håndtere den udvikling såvel teknisk, kompetencefordelingsmæssigt som procesmæssigt, som finder sted i byggebranchen. Samtidig skal aftalegrundlaget være fremtidssikret til imødekommelse af branchens udvikling også i fremtiden. Herudover skal revisionen medvirke til at fremme produktivitet og konkurrence i byggebranchen, herunder også konkurrence med udenlandske parter, **samt mindske tvister og konflikter**⁶⁶ for herved at fremme en generel effektivisering og produktivitetstigning i Danmark. Revisionsarbejdet skal tillige tilgodese anvendelse af principper om totaløkonomi i byggeopgaver og – projekter.⁶⁷*

Vigtigheden af at forny måden hvorpå konflikter håndteres, understreges således allerede i 2014 som et af hovedformålene bag kommissoriets arbejde og deres revision af AB 92. Det

⁶¹ AB 92: <http://ab-92.dk/> (13-09-2018)

⁶² Iversen, s. 51

⁶³ AB 92: <http://ab-92.dk/> (13-09-2018)

⁶⁴ Kommissorium er en forvaltningsakt, hvorved en kommission nedsættes med angivelse af dens opgave, jf., Juridisk ordbog, s. 258

⁶⁵ Betænkning nr. 1570

⁶⁶ Denne fremstillings forfatters fremhævelse

⁶⁷ Kommissorium for revision af AB-systemet af 22. september 2014: <https://www.trafikstyrelsen.dk/~media/Dokumenter/09%20Byggeri/Revision/kommissorium.pdf> (11-10-2018), jf. også Betænkning nr. 1570 s. 6

politiske og branchemæssige fokus på bedre – og dermed billigere – konflikthåndtering har derfor sat sit tydelige aftryk på AB 18.

3.4. Udviklingen

3.4.1. AB 92 – Afsnit J

Tilbage i 1986 da Boligministeriet og Byggestyrelsen i forening med byggeriets parter begyndte at drøfte og vurdere spørgsmålet om en revision af AB 72-bestemmelserne⁶⁸, var mediation på ingen måde et relevant emne. Baggrunden for ønsket om en revision af AB-systemet var bl.a., at parterne mente, at reglerne i overvejende grad var for upræcise, forældede og overflødige. Dette betød, at en stor del af AB 72-bestemmelserne var blevet ændret igennem retspraksis, og fravigelser var således blevet mere og mere almindelige.^{69 70}

Den primære ændring af AB 72 blev tilføjelsen af sagkyndig beslutning om stillet sikkerhed m.v., jf. AB 92 afsnit J, § 46.⁷¹ Denne bestemmelse vil dog ikke blive berørt yderligere, da den findes irrelevant for fremstillingens undersøgelse.

Det der for nærværende fremstilling er relevant at vurdere, er hvorfor mediation ikke var et berørt emne ved revisionen af AB 72.

En konklusion, hvorpå det udledes, at det manglende fokus på mediation i revisionen af AB 72, skyldes politisk og branchemæssig modvilje, ville være en fejlagtig og tilnærmelsesvis løgnagtig konklusion. Vi bliver derimod nødt til at kigge på tidspunktet for revisionen. Interessen for mediation kom relativt sent til Danmark og først i 1991 indførte Københavns Universitet, som det første universitet i landet, kurser i konfliktmægling. Herefter gik der en rum tid førend det private fulgte med ved oprettelse af Center for Konfliktløsning i 1994, og først i 2003 stiftede Advokatsamfundet foreningen Danske Mediatoradvokater.⁷²

⁶⁸ Betænkning nr. 4000 af 29. november 1972

⁶⁹ Betænkning nr. 1246 af 1993 (AB 92)

⁷⁰ Betænkning nr. 4040 af 10/12/1992 (AB 92)

⁷¹ AB 72 fremgår også af betænkning nr. 1246 s. 189-199

⁷² Vindeløv, s. 377-378

Mediation som konfliktløsningsmetode begyndte således først langsomt at brede sig efter revisionen og ikrafttrædelsen af de nye AB 92-bestemmelser.

Konklusionen på ovenstående må således være, at mediation i Danmark, på ingen måde var udbredt og anvendt i tilstrækkeligt omfang. Af denne simple årsag var det således meget naturligt, at mediation ikke var berørt i revisionen af AB 72. Tiden var på daværende tidspunkt ikke inde til at indføre mediation i AB-bestemmelserne.

3.4.2. AB 18 – Afsnit J

Samfundsudviklingen og de politiske initiativer er under konstant udvikling, og her godt 26 år senere er tiden nu en anden. Mediation er nu blevet en almindelig kendt og udbredt konfliktløsningsmetode i Danmark. Som nævnt tidligere i denne fremstilling, har forskellige undersøgelser og forsøg løbende vist, hvor effektiv mediation kan være. Derfor har fokus længe været på at udbrede kendskabet til mediation, da der er et enormt tids- og omkostningsbesparende potentiale.

Som en del af en række initiativer der skulle fremme en generel effektivisering og produktivitet i Danmark foreslog, som tidligere nævnt, kommissorium for revision af AB-systemet af 22. september 2014, at der skulle ske en ændring af måden, hvorpå konflikter og tvister blev løst.

De nye regler om tvisteløsning indeholder en række væsentlige ændringer, hvoraf mediation, hurtig afgørelse og den såkaldte løsningstrappe er værd at berøre nærmere nedenfor.

Det følger af AB 18 § 65, stk. 1, at mediation kan påbegyndes enten ved anmodning fra en part eller efter anmodning fra voldgiftsretten, som behandler den pågældende tvist. Adgangen til mediation er dog i et vist omfang begrænset, idet mediation ikke kan iværksættes, hvis en part ønsker tvisten afgjort efter reglerne om hurtig afgørelse. Dette kræver, at parten senest 10 arbejdsdage efter anmodning om mediation, indgiver anmodning om hurtig afgørelse, jf. AB 18 § 65, stk. 2.

Mediationsmødet skal afholdes senest 10 arbejdsdage efter, at voldgiftsnævnet har udpeget mediatoren, og valg af mediator sker efter høring af parterne, jf. AB 18 § 65, stk. 3-4.

Det følger videre af mediationsafsnittet, at voldgift ikke kan iværksættes eller fortsættes før end mediationsproceduren er afsluttet, jf. AB 18 § 65, stk. 5. Af samme bestemmelse fastlægges det, at parterne er forpligtet til at medvirke til at gennemføre mediationsproceduren.

For at afslutte mediationsproceduren skal tvisten enten være forliget eller den udvalgte mediator skal konstatere, at der ikke er udsigt til at opnå et forlig, jf. AB 18 § 65, stk. 6, a-b.

Mediation kan dog ikke frit iværksættes, idet forhandlingsproceduren i AB 18 § 64, stk. 1-2 skal være gennemført forinden, jf. stk. 4. Parterne skal efter denne procedure søge at afklare og forlige tvisten ved forhandling på to niveauer. Dette kaldes nærmere for løsningsstrappen, og indbefatter, at der enten forhandles mellem parternes projektledere eller deres ledelsesrepræsentanter, jf. AB 18 § 64, stk. 1-2. Mislykkes forhandlingen kan parterne efterfølgende gå til mediation, mægling eller hurtig afgørelse. Adgangen til voldgift er derimod spærret i fire uger efter en resultatløs forhandling.⁷³

Med nærværende ændringer af AB-bestemmelserne, ses politikernes og brancheorganisationernes øget fokus på bedre og billigere konflikthåndtering tydeligt. Alternativerne til voldgift- og retssager synes således væsentligt opprioriteret, idet voldgift ikke længere kan iværksættes med det samme. Voldgift kan nu først iværksættes, når alle forudgående procedurer er udtømt. Denne løsning splitter den juridiske verden. Mange støtter forsøget på at udbrede mediation og andre, mindre omkostningstunge, procedurer. Omvendt er modstanderne af de nye AB-bestemmelser meget højrøstet, og anser blot mediationsbestemmelserne som et unødvendigt og tidsforlængende onde.

3.5. Vurdering af AB 18 § 65

Nærværende afsnit vil videre vurdere og analysere, hvorvidt AB 18 § 65 vil medføre en signifikant stigning i brugen af mediation, og hvorvidt mediation ved lov er den rigtige vej at gå. For ordentligt at belyse den mulige problematik, som lovbestemt mediation kan medføre, vil de to bestemmelser i AB 18 § 65, stk. 1 efterfølgende blive gennemgået separat.

⁷³ Betænkning nr. 1570, s. 10

I forlængelse af ovenstående vil fokus efterfølgende blive rettet mod parternes frie valg af mediator og betydningen heraf.

Herefter vil nærværende afsnit fokusere på bestemmelsen om hurtig afgørelse og vurdere, hvorvidt denne kan være med til at mindske brugen af mediation uhensigtsmæssigt.

Det vil yderligere blive berørt, hvorvidt mediationens grundlæggende principper fortsat skal fastholdes, når samfundsmæssige hensyn taler for at udbrede kendskabet og brugen hertil.

Slutteligt vil ovenstående vurderinger blive analyseret og diskuteret i forhold til mediationens frivillighedsprincip. Denne analyserende diskussion vil hovedsageligt omhandle det faktum, at AB-bestemmelserne er vedtaget frivilligt, og dermed principielt ikke er udtryk for tvang.

3.5.1. Kendskab og brug af mediation


Mediation medfører ved blot nogenlunde regelmæssig brug enorme tidsmæssige- og økonomiske besparelser. Besparelser for både samfundet og erhvervslivet. Hvor meget der rent faktisk er potentiale for at spare fremadrettet, afhænger af, hvor ofte mediation anvendes, og hvor meget lavere omkostningerne forbundet med mediation er ift. retssager og voldgift. Hvad der mere præcist kan forventes sparet, fremgår mere konkret af denne fremstillings pkt. 2.2 og 3.6, og vil således ikke blive gennemgået yderligere i dette afsnit.

Denne fremstillings forfatter nærer ingen tvivl om at indførelsen af mediation i AB 18 § 65, vil have en enorm betydning for kendskabet, udbredelsen og brugen heraf. Jo mere kendskab og tillid parterne har til processen og dens virkning, desto mere anvendt vil mediation meget naturligt blive. Det skal dog endnu engang fremhæves, at mediation ikke er en ny opfindelse, idet mediation eksisterede allerede før revisionen af AB 92 – Dog kun i nævntes katalog.⁷⁴ Mediation var således tidligere – bevidst eller ubevidst – gemt væk, og var blot en del af en række tvistløsningsværktøjer, som blev stillet yderligere til rådighed for parterne. Med indførelsen af § 65 og dens bestemmelser om mediation, bliver mediation nu en fast del af entrepriserettens standardbestemmelser, såfremt disse tilvælges. Det synes utænkeligt, at

⁷⁴ TBB2018.411

kendskabet til mediation, og det faktum, at mediation nu er en fast og synlig del af AB-bestemmelserne, ikke vil have afgørende betydning for den fremtidige brug heraf.

Som berørt ovenfor er mediation dog relativt ukendt i erhvervstvister, og bruges derfor meget sjældent. Som det fremgår af nedenstående statistik fra voldgiftsnævnet for perioden 2000-2016⁷⁵, er antallet af byggetvister for nævnet, som løses ved mediaton næsten ikke eksisterende.



Oversigt over indgåede og afsluttede sager 2000-2016

Indgåede sager	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Sager om syn & skøn	236	225	250	263	260	354	361	420	428	301	259	312	297	271	192	196	231
Skønsmand i forslag til civile retter	788	837	818	837	862	952	1.071	1.315	1.328	1.241	1.014	1.021	896	784	835	836	816
Voldgiftssager	413	445	495	482	472	467	541	606	671	625	444	464	362	382	337	308	297
Sagkyndig beslutning	74	58	74	82	88	126	159	198	215	234	161	191	184	156	120	101	93
Uformel bedømmelse	1	2		2	4	2	3		2		2		3		1	1	2
Mediation							1				1			1		4	2
Mægling						3	1	1	1	3	4	2		5	4	1	1

Afsluttede sager	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Sager om syn & skøn	210	231	274	243	221	279	376	370	446	382	274	328	252	271	304	221	273
Voldgiftssager	390	439	454	464	439	404	576	565	634	632	556	592	411	370	415	352	333

Figur 2: Oversigt over indgåede og afsluttede sager 2000-2016⁷⁶

Således er der i perioden 2000-2016 alene blevet løst 9 tvister ved mediation ud af de 10.185 indgået sager til tvisteløsning for nævnet.

Udfordringen er, at mennesket i pressede situationer handler rent instinktivt, og vælger det *traditionelle og velkendte i følelsesmæssigt påvirkede situationer*.⁷⁷ Det velkendte vil for parterne, stort set uden undtagelse, altid være igangsættelse af retssag eller voldgift. Advokat Claus Kaare Pedersen beskriver hans erfaringer med parternes instinktive reaktioner på følgende måde:

⁷⁵ Oversigt over indgåede og afsluttede sager 2000-2016: <https://voldgift.dk/wordpress/wp-content/uploads/2014/08/Indgåede-og-afsluttede-sager-2000-2016.pdf> (04-10-2018)

⁷⁶ Oversigt over indgåede og afsluttede sager 2000-2016

⁷⁷ Claus Kaare Pedersen – Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister, Advokatsamfundet, 2013

Selvom jeg virkelige søgte at overtale dem til at prøve, var det karakteristisk, at svaret meget ofte var, at det var helt fint med mediation, men at det bare ikke lige var muligt i den konkrete sag – som regel fordi modparten var urimelig og ikke til at have med at gøre. Dette gjaldt endog for virksomheder, der havde som deres erklærede politik at forsøge at løse tvister gennem mediation.⁷⁸

Om end det kan synes meget lidt konstruktivt, altid at vælge det kendte, er det ifølge advokat Claus Kaare Pedersen meget naturligt for virksomhederne og de involverede parter. Når parterne føler sig presset af udestående aktører, vil de næsten altid handle og reagere, som de plejer. Det er her, parterne føler sig trygge. De har tillid til processen, og har prøvet det et utal af gange før.

Som Claus Kaare Pedersen så godt udtrykker det i *Advokaten 1- Mediation i kommercielle tvister*, er mediation meget fint. Parterne har et generelt ønske, måske endda et erklæret mål om, som udgangspunkt, at anvende mediation i tilfælde af konflikter. Men lige i denne konkrete situation vil mediation ikke kunne fungere, idet modparten er yderst ufornuftig og på ingen måde i stand til at forhandle.⁷⁹ Parterne personificerer⁸⁰ konflikten, og kan på ingen måde forstå, at modparten kunne stå med samme følelser og rådvildhed som parten selv.

I forlængelse heraf forventes den omstændighed, at muligheden for voldgift nu er spærret i fire uger efter en resultatløs forhandling at kunne få en enorm og afgørende betydning for kendskabet og brugen af mediation. Som ovenfor nævnt falder parterne i pressede situationer, instinktivt tilbage til det de kender. Parterne har altid været vant til at iværksætte og anvende retssager og voldgift. Det er her, de er bekendte og trygge ved processen. Selvom processen er betydeligt mere omkostnings- og tidskrævende sammenlignet med mediation, er det for parterne af afgørende betydning, at de nærer tillid til processen og resultatet. Det kan dog synes paradoksalt, at parterne foretrækker det velkendte, på trods af at mediation i langt højere grad, vil styrke parternes ejerskab over processen og dets resultat.

⁷⁸ Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister

⁷⁹ Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister

⁸⁰ Vindeløv, s. 82

Den obligatoriske karenperiode på fire uger førend voldgift kan iværksættes, gør pludselig at parterne bliver nødsaget til aktivt at tage stilling til mediation, idet parternes umiddelbare og instinktive valg er fjernet. Efter en resultatløs forhandling bliver parterne således nødt til at tage stilling til, hvorvidt de vil:

- 1) vente fire uger førend voldgift kan iværksættes,
- 2) iværksætte mediation, eller
- 3) anmode om hurtig afgørelse

Ved at fjerne den automatiske iværksættelse af øjeblikkelig voldgift, synes mediation således som værende et åbenlyst mere attraktivt alternativt end blot at lade stå til i fire uger. For hvad er det værste egentlig der kan ske ved at gennemføre mediation i mellemtiden? At parterne mødes i øjenhøjde med mulighed for en personlig gennemgang og drøftelse af tingene? Selv hvis parterne ikke opnår en afsluttende aftale, vil de som tidligere nævnt, stadig opleve at mediationsprocessen har mindsket konfliktpunkterne og skåret sagen til.

Ved at fjerne muligheden for iværksættelse af øjeblikkelig voldgift, tvinges parterne til at vurdere fordele og ulemper, idet muligheden for det instinktive valg fjernes for en kort periode. Instinkter er som oftest gode, men nogle gange er udvikling nødvendigt, hvorfor parterne må evolutionære sig selv og sin tankegang. Dette er ikke altid en automatisk proces, og det kan således være nødvendigt at gøre oprør med den hidtidige fremgangsmåde for at føre parterne i retning af den ønskede udvikling.

Selv i de tilfælde hvor parterne ønsker at iværksætte hurtig afgørelse eller vente fire uger førend voldgift kan iværksættes, tvinges parterne til aktivt at tage stilling til mediation. Enten skal mediation til- eller fravælges, men ligegyldigt hvad der vælges, skal der foretages et aktivt valg.

Hvor denne fremstillings forfatter er overbevist om at den fire ugers obligatoriske karenperiode, vil have en enorm betydning for udbredelsen og brugen af mediation, argumenterer modstanderne af mediation omvendt for, at konflikten blot trækkes i unødvendig langdrag. Parterne skal nu pludselig vente mindst fire uger, førend voldgift kan iværksættes. Fire uger som blot udsætter en løsning og afslutning på konflikten yderligere.

Blandt modstanderne af mediation – og en af fortalere for, helt at fjerne mediationsafsnittet i AB-bestemmelserne – finder vi professor dr.jur. Torsten Iversen, som i TBB⁸¹2018.310 skriver følgende:

(...) ønsker jeg at understrege, at regler om løsningstrapper, mægling osv. slet ikke er nødvendigt, når der på begge (alle) sider er tale om nogenlunde fornuftige, ræsonnable og pragmatiske parter, der repræsenteres af advokater med tilsvarende egenskaber. Sådanne parter undersøger naturligvis af sig selv forligsmuligheder osv., og de er fuldt ud på det rene med de betydelige omkostninger – direkte og indirekte – der er forbundet med at føre langvarige voldgiftssager.⁸²

Denne holdning stemmer dårligt overens med Claus Kaare Pedersens vurdering af at: *når vi påvirkes følelsesmæssigt, påvirkes vores evne til at tænke og handle rationelt. I stedet griber vi til det traditionelle og velkendte.*⁸³ Hvem har så ret? Ved et hurtigt blik på historien, nærer denne fremstillings forfatter ingen tvivl om, at parter i konflikter stort set aldrig styres af rationalitet og fornuft. Dette ligegyldigt, hvor *fornuftige, ræsonnable og pragmatiske*⁸⁴ parterne – eller deres advokater – hver især er.

Paradoksalt nok ville retssager og voldgift heller ikke være nødvendigt, hvis parterne – og deres advokater – var så fornuftige, ræsonnable og pragmatiske, som Torsten Iversen giver udtryk for i TBB2018.310. Selvom byggebranchen er en milliardindustri og præget af en enorm professionalisme, reagerer mennesker sjældent fornuftigt og pragmatisk i konfliktfyldte situationer. Der kræves kun et meget begrænset kendskab til juridiske konflikter for at konkludere, at selv de mindste – og objektivt set ligegyldige – tvister, kan resultere i enorme uoverensstemmelser.

Ifølge Torsten Iversen er mægling desuden dødfødt i en lang række situationer. Dette er bl.a., tilfældet:

⁸¹ Tidsskrift for Bolig- og Byggeret – Indeholder alle relevante bolig- og byggeretlige domme, og forefindes på Karnovs hjemmeside

⁸² Torsten Iversen, TBB2018.310 – Strejftog i AB-udkastet – forbedringer eller forringelser? – forenklinger eller forviklinger, 2018

⁸³ Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister

⁸⁴ TBB2018.310

Hvis den ene part hæver kontrakten over for den anden, er der ikke nødvendigvis meget at mødes om, hvis den anden part anser ophævelsen for uberettiget. De kan ikke begge have ret, og en retlig afklaring vil kun sjældent kunne opnås ved forhandling. Hvis den kan, skyldes det i øvrigt helt sikkert andre omstændigheder end mere eller mindre omfattende regler om løsningstrapper, tvungen mægling og lignende.⁸⁵

For det første ville fornuftige, ræsonnable og pragmatiske parter med ligeså fornuftige advokater og rådgivere aldrig havne i en sådan situation, at de ophævede en kontrakt uberettiget. Bare det at havne i en ikke-gunstig situation ville være utænkeligt. Men som diskuteret ovenfor er mennesket sjældent præget af fornuft i pressede situationer og konflikter.

Ydermere må ovenstående udmelding anses som et udtryk for, at Torsten Iversen ikke har forstået processen og meningen med mediation. Mediation giver netop mulighed for, at parterne kan mødes personligt og diskutere konflikten. Samtidig øges sandsynligheden betragteligt for, at parterne kan bibeholde deres fortsatte forretningsmæssige relationer og samarbejde. Dette er en ofte meget overset gevinst ved mediation. Når en sag afgøres ved domstolene eller voldgiftsretten, vil der altid opstå et vinder-taber forhold. Dette er dog ikke nødvendigvis tilfældet ved mediation, idet begge parter behøver tilgodeses. Det er her muligt at give de involverede parter en følelse af, at de begge har ret, hvorfor de således får en nyvunden forståelse for hinanden samt en indbyrdes tilfredshed med resultatet.

Ligegyldigt om man er modstander eller tilhænger af mediation, forelægger der nok næppe nogen tvivl om, at fastlagte bestemmelser om mediation, vil være med til at øge kendskabet og brugen væsentligt. Dette er måske også en af årsagerne til, at Torsten Iversen er så kritisk overfor de nye AB-bestemmelser, idet det kunne tænkes, at han ikke ønsker en udbredelse af mediation på bekostning af voldgift.

3.5.2. AB 18 § 65 – Mediation ved lov

I forlængelse af ovenstående konklusion, skal det videre diskuteres, hvorvidt lovbestemt mediation er den principielt korrekte fremgangsmåde til at udbrede kendskabet og brugen af

⁸⁵ TBB2018.310

mediation. Som pointeret adskillige gange i nærværende fremstilling, er frivillighed et af de mest grundlæggende principper i mediation. Fjernes frivilligheden, fjernes mediationens DNA. Fjernes frivilligheden, fjernes ligeledes ideen om, at parterne er eksperter i eget liv. Fjernes ideen om, at parterne er eksperter i eget liv, fjernes parternes følelse af ansvar og ejerskab over mediationens resultat og overholdelse heraf.⁸⁶ Ved at fjerne mediationens grundlæggende elementer igangsættes en dominoeffekt, hvorved fordelene ved mediation langsomt forsvinder. Som akkurat illustreret bevægede vi os hurtigt fra manglende frivillighed til, at parterne ikke længere besad ansvarlighed og ejerskab over processen og det fremkomne resultat. Dette vil videre betyde, at parternes vilje og initiativ til at overholde og respektere aftalen forsvinder.

Det er et ofte diskuteret emne, hvorvidt aftaler fremkommet under mediation kan tvangsfuldbyrdes. I overensstemmelse med ovenstående pkt. 2.3, må det dog konkluderes, at der ingen umiddelbare sanktionsmuligheder findes, medmindre parterne på forhånd har aftalt, at aftalen skal kunne gennemtvinges ved fogedens hjælp, og såfremt det vedrører et pengekrav.⁸⁷ *Parternes væsentligste bindemiddel er parternes goodwill⁸⁸*, og så snart vi fjerner dette element fra processen, begynder mediation langsomt ikke længere at give mening. Hele meningen med, og fordelene ved mediation, ligger netop i det faktum, at parterne ønsker at overholde aftalen. I forlængelse heraf, skal det understreges, at langt de fleste konflikter grundlæggende vedrører andet og mere end blot simple pengekrav.

Med de væsentlige samfundsmæssige besparelser og gevinster in mente, kan lovgiver og byggeriets parter ikke bebrejdes, når de forsøger at indføre og fastlægge mediation i AB-bestemmelserne. Med tanke på de, i denne fremstilling, tidligere nævnte besparelser, er det meget forståeligt og tillokkende at fastlægge mediation ved lov. Dette også selvom parterne herved bliver tvunget til at gå på kompromis med de grundlæggende mediationsretlige principper. I sidste ende helliger målet jo midlet, hvis de mulige milliardbesparelser kan opnås.

⁸⁶ Adrian og Vindeløv, s. 13-18 & 29-31

⁸⁷ Vindeløv, s. 264

⁸⁸ Vindeløv, s. 263 & Boserup og Humle, s. 75

Denne fristelse til at indføre mediation, forstås også af Linn Adrian og Vibeke Vindeløv, som i deres "Angreb på mæglingens DNA – ansatser til en diskussion om tvungen mægling" bemærker at:

det kan være fristende at bruge tvungen mægling som den medicin, der skal til for at få konfliktende parter og deres advokater til at få øjnene op for, hvad mægling kan tilbyde (...). Det kan ligeledes være en vej til at sikre, at parternes advokater ikke vælger mægling fra på parternes vegne ud fra egne (økonomiske) hensyn.⁸⁹

Ovenstående synspunkter er videre et af de grundlæggende stridspunkter bag en af de længstvarende diskussioner vedrørende mediation. Hvordan udbredes kendskabet og brugen af mediation bedst muligt? Skal mediation fastlægges ved lovgivning, eller skal det fortsat ske ved parternes frivillige initiativ? Argumenterne er mange, og besidder alle meget relevante synspunkter. En mellemvej kunne være, at tvungen mediation blev anvendt som en midlertidig – og kun midlertidig – foranstaltning, der alene skulle hjælpe med at udbrede kendskabet og brugen af mediation.

Det følger dog af erfaringer fra USA, at så snart midlertidig tvungen mediation er indført, er det nærmest umuligt at skille sig af med. Tvungen mediation blev i USA indført som en midlertidig foranstaltning der med tiden skulle blive overflødig. På nuværende tidspunkt er der dog gået tre årtier, og der er umiddelbart ingen udsigt til en udvikling væk fra tvungen mediation.⁹⁰

Adrian og Vindeløv er derfor også meget klare i mæglet, når det drejer sig om tvungen mediation. Det er for dem et helt afgørende element, at tvungen mediation, som ovenfor beskrevet, strider imod mediationens DNA. Det faktum at tvungen mediation med fordel kunne føre hesten til truget, betyder intet.⁹¹ Mediation skal være frivillig, og kun ved absolut frivillighed, opnås parternes fremtidige goodwill til at respektere processen og arbejde for en overholdelse af den efterfølgende aftale.

⁸⁹ Adrian og Vindeløv, s. 29-31

⁹⁰ Adrian og Vindeløv, s. 29

⁹¹ Adrian og Vindeløv, s. 29-31

I overensstemmelse med ovenstående har der i hørings svarene til betænkning nr. 1570, således været en række forslag om at fjerne alle elementer af tvang. Dette følger bl.a. af lektor, ph.d. Sylvie Cécilie Cavaleri i TBB2018.411:

Konklusionen må blive, at enhver form for tvang, der pålægges parterne vedrørende mægling og mediation, bør fjernes fra udkastet. Mediation og mægling bør være til rådighed for de parter, der ønsker det.⁹²

Der er således stor enighed om, at mediation på ingen måde burde pålægges parterne ved tvang, og at enhver form for tvangspålagte formuleringer, burde fjernes fra AB-bestemmelserne. Det faktum, at AB-bestemmelserne i sin helhed faktisk er vedtaget aktivt og frivilligt mellem parterne, diskuteres senere i denne fremstillings pkt. 3.6.

Frivillighedsproblematikken vedrørende lovbestemt mediation er todelt i de nye bestemmelser, idet AB 18 § 65, stk. 1, fastlægger følgende: *Voldgiftsnævnet udpeger efter anmodning fra en part en mediator med henblik på at løse en tvist ved forlig. Anmodning kan tillige indgives af en voldgiftsret, der behandler den pågældende tvist.*

For virkelig at belyse den mulige problematik vedrørende AB 18 § 65 vil bestemmelsens indhold og betydning blive gennemgået og analyseret nærmere nedenfor.

3.5.1.1. Anmodning fra en part

AB 18 § 65, stk. 1, 1. pkt., har følgende indhold:

Voldgiftsnævnet udpeger efter anmodning fra en part en mediator med henblik på at løse en tvist ved forlig.

Det er således muligt for én part alene at anmode om og iværksætte mediation. Dette også selvom den anden part som udgangspunkt ikke har interesse i at deltage heri.

I forbindelse med ovenstående diskussion om tvungen mediation og betydningen heraf, er indholdet af nærværende bestemmelse selvfølgelig problematisk. Nærværende afsnit

⁹² Sylvie Cécilie Cavaleri, TBB2018.411 – Parterne ved bedst – nogle kommentarer om tvisteløsningsbestemmelserne i udkastet til AB 18, 2018

forholder sig dog kun til det problematiske i, at én part kan anmode om og iværksætte mediation med virkning for modparten.

Det kan helt generelt diskuteres, hvorvidt en part alene skal kunne gennemtvunge mediation på vegne af – og med virkning for – modparten. Men når det drejer sig om byggebranchen, er sagen kompliceret yderligere, idet der ofte er flere parter involveret. Problematikken heri berøres af Torsten Iversen i hans høringsvar til betænkning nr. 1570⁹³:

Forslaget om tvungen mægling, når blot én part forlanger det (...) er i strid med al sund menneskeforstand, da mægling kun har en rimelig udsigt til succes, hvis begge parter i det mindste er enige om at gøre forsøget. Hertil kommer, at det jo ikke virker rigtig gennemtænkt, når der er tale om byggeriets retsforhold, hvor der ofte er flere parter. Hvis der er f.eks. 4-5 (mulige) parter, skal én af disse så virkelig kunnet tvinge alle de andre ud i meningsløse mæglingsforsøg?! En enkelt anmodning vil jo helt naturligt starte en dominoeffekt.⁹⁴

Der foreligger så absolut ingen tvivl om, at Torsten Iversen ikke er den store fortaler for mediation, men det betyder omvendt ikke, at der ikke er nogle særdeles ræsonnable pointer gemt blandt hans udmeldinger.

Torsten Iversen forholder sig til grundprincipperne bag mediation, og pointerer ligeledes, at mæglingens (mediationens) bedste chance for at blive bare nogenlunde succesfuld er parternes positive indstilling til at gennemføre processen. Det skaber anledning til forundring, når selv den største modstander af mediation kan se problematikken i tvungen mediation.

Situationen er dog en anelse mere kompleks i de tilfælde hvor én part alene anmoder om mediation, end i de tilfælde hvor voldgiftsretten har mulighed for på eget initiativ at anmode om mediation. Faktum er, at parterne kan (og meget ofte gør det) aftale, at mediation skal være gældende i deres indbyrdes kontraktforhold og iværksættes, hvis der skulle opstå en fremtidig tvist mellem parterne. Den gængse opfattelse blandt eksperterne er, at aftaler om mediation indgået i entrepriseaftaler ikke kan håndhæves, hvis en af parterne efterfølgende

⁹³ TBB2018.310

⁹⁴ TBB2018.310

ændrer mening, og ikke ønsker at gennemføre mediationen, når tvisten først er opstået.⁹⁵ Sylvie Cécilie Cavaleri mener omvendt, at *en part burde kunne holdes fast på sit løfte og tvinges til i det mindste at prøve at indlede og deltage i mediation/mægling.*⁹⁶

I en sådan situation forstås det bedre, hvorfor det giver mening, at én part skal have mulighed for at anmode om mediation og hermed binde modparten. Afslutningsvis, skal det dog bemærkes, at med bestemmelserne om hurtig afgørelse, findes ovenstående uproblematisk, idet modparten altid har mulighed for at afslutte den uønskede mediation.⁹⁷

3.5.1.2. Anmodning fra voldgiftsretten

Det kan som illustreret ovenfor diskuteres, hvorvidt én part skal kunne gennemtvinge en mediationsproces, men det faktum, at voldgiftsretten – på trods af, at ingen af parterne ønsker at iværksætte mediation – kan anmode herom, er som udgangspunkt dybt mærkværdigt. Dette strider ikke blot imod frivilligheden i mediation, men er et direkte angreb på alle mediationens principper, og kan på ingen måde lede til en konstruktiv proces. Incitamentet for at overholde aftalen ligger netop i parternes goodwill og interesse heri, og hvis ikke én af parterne, ønsker at deltage i mediationen, må dette incitament være nærmest ikke eksisterende.

Som modstander af mediation, falder ovenstående mulighed Torsten Iversen for brystet. I TBB2018.310, skriver han bl.a. følgende:

AB-udkastets § 65, stk. 1, 2. pkt., er også stygt. Man må knibe sig selv i armen og spørge, hvorfor dog en voldgiftsret skal kunne anmode om gennemførelse af et mæglingsforløb. Det er parterne, der disponerer over sagen. Hvis ikke engang én af parterne (evt. på opfordring af voldgiftsretten) vil anmode om mægling, hvad i alverden skal det så til for?

En sådan proces, hvor ingen af parterne er villige til at samarbejde synes at være spild af penge, jf. TBB2018.411, og burde af ren og skær respekt for parternes tid og selvbestemmelse

⁹⁵ TBB2018.411

⁹⁶ TBB2018.411

⁹⁷ Det faktum, at AB 18 tilvælges aktivt og frivilligt af parterne berøres i pkt. 3.6.

være afskaffet. Det kan på ingen måde være ønskeligt, at andre instanser end parterne selv kan iværksætte en mediation.

Det foreslås derfor, at en voldgiftsrets ret til at indgive en tvist til mediation eller mægling mod parternes vilje, jf. § 65, stk. 1, sidste sætning bør fjernes fra udkastet.⁹⁸

I forbindelse med tidligere diskussioner, hvor fokus har været på samfundets og parternes økonomiske interesser, skal det hurtigt bemærkes, at der med rette kan findes adskillige væsentlige argumenter, som taler for ovenstående anmodningsmulighed for voldgiftsretten. Som nævnt tidligere i fremstillingen, styres parter i konflikter sjældent af fornuften, hvorfor det kan synes yderst rationelt, rent samfundsmæssigt, at voldgiftsretten har denne mulighed. Nærværende synspunkter vil blive gennemgået yderligere nedenfor i pkt. 3.6.⁹⁹

3.5.2. Parternes frie valg af mediator

Af AB-vilkårene fremgår, at Voldgiftsnævnet udpeger mediatoren, mægleren mv. efter høring af parterne. Det medfører, at parterne heller ikke, når det kommer til udpegning af mediatorer, mæglere mv., kan bestemme, hvem der skal udpeges.¹⁰⁰

Ikke nok med at parterne nu synes at have mistet deres autonomi til selv at beslutte, hvorvidt de ønsker at indlede mediation, så har de også mistet retten til selv at udpege mediator – Endnu et væsentligt element i mediationsprocessen. Dette fastlægges nærmere i AB 18 § 65, stk. 1 & 3:

Voldgiftsnævnet udpeger efter anmodning fra en part en mediator (...), og

Voldgiftsnævnet udpeger mediatoren efter høring af parterne med en frist på 5 arbejdsdage.

Ovenstående er overordnet imod de gældende procedurer for udpegning af mediatorer fastlagt af henholdsvis danske mediatoradvokater og voldgiftsinstituttet.

⁹⁸ TBB2018.411

⁹⁹ Det faktum, at AB 18 tilvælges aktivt og frivilligt af parterne berøres i pkt. 3.6.

¹⁰⁰ TBB2018.420

Af mediationsinstituttets hjemmeside følger det, at mediationsinstituttet *udpeger mediatoradvokater med den rette ekspertise, der matcher problemstillingen og jeres ønsker.*¹⁰¹ Mediatoradvokaten vælges således på baggrund af fagområde, kompetencer og andet, som parterne måtte føle er relevant for dem. Det er her vigtigt at bemærke, at alt kan være relevant for parternes valg af mediator.

Parternes frihed til af egen drift at udpege mediator, fastlægges videre af Voldgiftsinstituttets "Regler for mediation 2015" § 5, stk. 1, 1-2. pkt., hvori det fastlægges, at: *Parterne kan i fællesskab udpege mediator. Der udpeges kun én mediator, medmindre parterne har aftalt andet.*¹⁰²

Denne fremstillings forfatter nærer ingen tvivl om, at Voldgiftsnævnet, når de skal udpege mediatorer, vil udpege yderst kompetente personer. Men som med alt andet, når det drejer sig om mediation, kan det ikke understreges nok, at processen tilhører parterne, hvorfor det er af afgørende betydning, at parterne har tillid til processen og i særdeleshed til den mediator, som skal hjælpe dem igennem konflikten. Som nævnt kan alt have betydning for parterne, når mediator skal udpeges.¹⁰³

Vigtigheden af parternes selvbestemmelse, når det kommer til valget af mediator deles af Sylvie Cécilie Cavaleri i TBB2018.411, hvori hun skriver følgende:

*Det er et velkendt faktum, at eftersom mediation og mægling ikke er underlagt strenge procedureregler som f.eks. voldgift, spiller mæglerens personlige kompetencer en meget vigtig rolle for mæglingens succes. Parterne bør derfor som udgangspunkt være fri til at blive enige om en mægler eller mediator, og institutionen bør validere dette valg, uanset om denne person er nævnt på officielle lister.*¹⁰⁴

Vigtigheden heraf understreges videre af Jesper Lett og Steffen Pihlblad¹⁰⁵ i TBB2018.420, hvori de skriver følgende:

¹⁰¹ Vi finder den rette mediator til sagen: <http://mediationsinstituttet.dk/udpegning/> (21-09-2018)

¹⁰² Regler for mediation 2015: <https://voldgiftsinstituttet.dk/mediation/regler/> (25-09-2018)

¹⁰³ Det er vigtigt, at parterne ikke føler, at mediatoren på forhånd har taget modpartens side i konflikten. Selv helt små, og objektivt set, ligegyldige ting, kan personligt have stor betydning for parterne.

¹⁰⁴ TBB2018.411

¹⁰⁵ Formand og generalsekretær for Voldgiftsinstituttet

Det er efter Voldgiftsinstituttets erfaring meget vigtigt, at parterne har frit valg med hensyn til udpegningen af mediatorer, mæglere mv. At parterne mener, at den rette mediator mv. er udpeget, er nemlig af afgørende betydning for, om parterne er i stand til at nå et positivt resultat via mediationen mv.¹⁰⁶

Den psykologiske værdi ved et succesfuldt valg af mediator bør således ikke negligeres. Valget betyder ofte, at parterne allerede på dette tidlige tidspunkt kan se, at de faktisk kan enes om noget, hvilket danner grobund for den videre forhandlingsproces.¹⁰⁷

3.5.3. Hurtig afgørelse

Som tidligere nævnt, kan mediation ikke frit iværksættes, hvis *en part ønsker tvisten afgjort under en sag om hurtig afgørelse og indgiver anmodning herom senest 10 arbejdsdage efter, at der er anmodet om mediation*, jf. AB 18 § 65, stk. 2.

Modstandere af mediation anser mediationsprocessen som et instrument, hvorved parterne har mulighed for at trække en sag i unødvendigt langdrag. Mediation bliver således blot en unødigt forlængelse af tvisten, førend voldgift kan iværksættes. Denne holdning kommer bl.a. til udtryk i TBB2018.310, hvori Torsten Iversen skriver følgende:

(...) Sikkert er det, at alle, der har en tvist, nu risikerer at blive trukket op ad løsnings-trapper og igennem mægling, før de omsider kan få en afgørelse. Dette sker vel at mærke for at "indfange" de (sikkert) ganske få parter, der ikke af sig selv kan finde ud af at forlige sager, der er egnede til forlig.

Selvsamme holdning kommer videre til udtryk i TBB2018.299, hvori advokat, dr. jur.h.c. Erik Hørlyck skriver, at med indførelsen af det nye tvistløsningsssystem: *får De parter, som har urealistiske forestillinger om deres processuelle muligheder og/eller ser en interesse i at trække sagen i langdrag, hidtil usete muligheder for at folde sig ud.*¹⁰⁸

¹⁰⁶ Jesper Lett & Steffen Pihlblad, TBB2018.420 – Høringssvar fra Voldgiftsinstituttet, 2018

¹⁰⁷ Det faktum, at AB 18 tilvælges aktivt og frivilligt af parterne berøres i pkt. 3.6.

¹⁰⁸ Erik Hørlyck, TBB2018.299 – En reform med respekt for fortiden, 2018

Muligheden for at iværksætte mediation, er således blot et unødvendigt onde, der giver parterne mulighed for at trække sagen i langdrag. Mediation bliver en unødvendig¹⁰⁹ forlængelse af tvisten førend voldgift kan iværksættes. Understregningen af unødvendig er i denne sammenhæng yderst relevant, da modstandere af mediation virkelig ser dette som et unødvendigt og tidsforlængende værktøj, der intet løser. Dette kan dog synes paradoksalt, idet voldgift i gennemsnit varer 18,8 måneder.¹¹⁰

Ifølge Torsten Iversen er mediation yderst irrelevant, idet fornuftige parter selv ville have fundet frem til selvsamme resultat. De parter, som forliger ved mediation, ville således også have forlignet ved en forudgående forhandling på egen hånd.¹¹¹

For nogle parter kan hurtig afgørelse således anses for værende det mindste onde af to urimelige tidsforlængende foranstaltninger. For dem, der tror, at mediation er en tidskrævende og til tider alt for venstreorienteret "sidde-i-rundkreds-proces", fremstår hurtig afgørelse langt mere tillokkende. Faktisk er hurtig afgørelse ifølge Torsten Iversen det eneste fornuftige forslag i AB-bestemmelsernes alt for omfattende nyskabelser.¹¹²

Ovenstående diskussion leder os tilbage til nærværende afsnits indledning og spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelsen om hurtig afgørelse ufordelagtigt kan være med til at afskærme for brugen af mediation.

Der er ingen tvivl om, at modstandere af mediation højst sandsynligt vil bruge muligheden for hurtig afgørelse som et alternativ og en mulighed for at fravælge mediation.

Ovenstående er en helt generel – og velbegrundet – frygt blandt fortalere for mediation. I høringsvar nr. 40 af 12. marts 2018, skriver Thomas Samsø Bloch¹¹³ og Finn Lænkholm¹¹⁴ bl.a. følgende:

¹⁰⁹ Forfatterens understregning

¹¹⁰ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 6

¹¹¹ TBB2018.299

¹¹² TBB2018.310

¹¹³ Direktør for Mediationsinstituttet

¹¹⁴ Formand for Danske Mediatoradvokater

DMA/MI¹¹⁵ bifalder ligeledes muligheden for en hurtigere proces ved hurtig afgørelse. Det er imidlertid væsentligt, at hurtig afgørelse ikke anvendes til at undgå, at begæringer om mediation eller mægling imødekommes. Dette ville efter DMA/MI's opfattelse stride mod AB systemets intentioner og ønskerne fra byggeriets parter.

Thomas Samsø Bloch og Finn Lænkholm understreger videre vigtigheden af, at *der i AB systemet ikke åbnes mulighed for at afskære en begæring om mediation eller mægling ved en efterfølgende begæring om hurtig afgørelse*. Det er efter deres vurdering yderst vigtig, at parterne ikke gives mulighed for at afskære mediation, når nu det så tydeligt har været et ønske fra byggeriets parter.

I forlængelse heraf, kan det synes en anelse mærkværdigt, at mediation først pålægges ved AB-bestemmelserne, hvorefter parterne efterfølgende gives mulighed for at afskære mediationsprocessen ved hurtig afgørelse. Denne mulighed for at afslutte mediationsprocessen, har dog en væsentlig betydning ift. mediationens grundlæggende principper, og berøres senere i dette afsnit.

Samsø Bloch og Lænkholm frygter videre, at det ringe kendskab til mediation i byggebranchen samt den begrænsede rådgivning herom, vil betyde, at mindst én af parterne i langt de fleste tilfælde:

vil anmode om hurtig afgørelse, da dette umiddelbart forekommer som "den nemme løsning". Det er således en risiko, at en adgang til at afskære begæringer om mediation eller mægling ved "afværgebegæringer" om hurtig afgørelse blot vil føre til en øgning i antallet af voldgiftsafgørelser frem for at fremme udbredelsen af dialogbaserede forligsmæssige løsninger.¹¹⁶

Med Claus Kaare Pedersens udmelding om, at parterne og virksomhederne reagerer instinktivt, og vælger de kendte løsninger, er der en begrundet risiko for at parterne og virksomhederne vil vælge hurtig afgørelse, da denne blot fremstår som en hurtigere voldgiftsafgørelse.

¹¹⁵ Høringssvarets forkortelse for Danske Mediator Advokater og Mediationsinstituttet

¹¹⁶ Høringssvar nr. 40 af 12. marts 2018

Der er ingen tvivl om, at hurtig afgørelse kan mindske udbredelsen og brugen af mediation. Det store spørgsmål er således, hvordan denne ufordelagtige afskæring af mediation kan løses? Danske Mediatoradvokater og Mediationsinstituttet foreslår i deres høringssvar, at:

For at undgå risiko for misbrug af processen hurtig afgørelse til afværgelse af mediation eller mægling foreslås, at mediation eller mægling kan initieres sideløbende med begæring om hurtig afgørelse, på samme vis som domstolssystemets retsmæglingsproces.¹¹⁷

Ovenstående forslag skal bevirke, at en begæring om mediation ikke kan "by-passes" ved en efterfølgende anmodning om hurtig afgørelse.¹¹⁸

Slutteligt skal det dog bemærkes, at det altid er en vurdering, hvorvidt noget findes at være ufordelagtigt. Når man som tilhænger af mediation anskuer bestemmelserne om hurtig afgørelse, kunne disse med fordel have været udformet anderledes, således at de ikke afskærer igangsættelse af mediation.

Men som nævnt så ofte før i denne fremstilling, er frivillighed et af mediationens grundlæggende principper. Frivillig deltagelse betyder bl.a., at parterne frit kan forlade mediationen.¹¹⁹ Muligheden for at igangsætte hurtig afgørelse, kan derfor anses for værende tæt forbundet med mediationens frivillighedsbegreb. Hvorvidt dette har været hensigten med bestemmelsen, er principielt ligegyldigt, idet muligheden eksisterer.

Ønsker én part således at anmode om hurtig proces i stedet for mediation, er det partens absolut frie valg, og en grundlæggende mediationsmæssig rettighed. Frivilligheden til at afslutte mediationprocessen er et vigtigt redskab, idet intet konstruktivt, som udgangspunkt, kan komme ud af en forhandling mellem to modvillige parter. Parterne ville i så fald blot passivt afvente en afslutning af mediationsprocessen, så tvisten efterfølgende kunne fortsættes andetsteds.

Godt nok vil hurtig afgørelse bevirke en mindre udbredelse og brug af mediation, men som Adrian og Vindeløv pointerer i deres "Angreb på mæglingens DNA – ansatser til en diskussion

¹¹⁷ Høringssvar nr. 40 af 12. marts 2018

¹¹⁸ Høringssvar nr. 40 af 12. marts 2018

¹¹⁹ Vindeløv, s. 145

om tvungen mægling”, er kompromisser med mediationens grundlæggende principper ikke den rigtige retning at bevæge sig i.¹²⁰

3.6. Besparelser og frivillighed

Som berørt tidligere i denne fremstilling, er de bagvedliggende interesser i at indføre og pålægge parterne mediation forståelige. Med så væsentlige tidsmæssige og økonomiske gevinster for alle involverede parter, vil andet næsten være utilgiveligt. Om muligheden for mediation så fortsat skal forblive frivillig eller pålægges igennem AB-bestemmelserne eller anden lovgivning, er mere underordnet. Som så oftest før *helliger målet midlet* – og når byggeriets parter og samfundet står til at spare milliarder, er det så ikke underordnet, at mediation pålægges parterne?

I 2012 var prisniveauet for bygge- og anlægsarbejde i Danmark 30 % højere end gennemsnittet for EU15-landene.¹²¹ Ydermere var de danske byggeomkostninger *højere end i de fleste sammenlignelige lande og er steget med 40 % i perioden 2000-2012, kun overgået af Sverige og Norge.*¹²² Ikke nok med, at byggeomkostningerne er langt højere end i de fleste af vores europæiske nabolande, så er Danmark også et af de dyreste steder i Europa at føre rets- og voldgiftssager i. Det følger af Hvidbogen s. 4 at:

Ifølge verdensbankens Doing Business Survey fra 2016 rangerer Danmark som nr. 37 målt på tid og omkostninger til at håndhæve erhvervmæssige kontrakter, hvilket er lavere end vores nærmeste naboer Norge, Sverige, Tyskland og England. På stort set alle andre parametre end løsning af juridiske konflikter rangerer Danmark markant højere, og overordnet set ligger vi på en 3. plads i Verdensbankens måling. Verdensbankens måling vurderer, at det gennemsnitligt tager 410 dage at få løst en typisk erhvervmæssig konflikt og gennemsnitligt koster 23,3% af salgsgenstanden.

I dag er det sådan, at parterne i retssager alene betaler 23 % af udgifterne forbundet hertil, imens de resterende 77 % betales af samfundet. Årsagen hertil er, at parternes egenbetaling

¹²⁰ Det faktum, at AB 18 tilvælges aktivt og frivilligt af parterne berøres i pkt. 3.6.

¹²¹ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 27

¹²² Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 27

på nuværende tidspunkt alene består i betaling af retsafgiften. De resterende udgifter til f.eks. generel ledelse, administration og hjælpefunktioner dækkes af samfundet. I 2014 var de samlede udgifter til civile retssager 585 mio. kr., hvoraf parterne så kun betalte de 23 % selv.¹²³

I 2014 stod samfundet således til at kunne spare op imod 450 mio. kr., hvis alle tvister blev overflyttet til udenretlig mediation.¹²⁴ Et tal, som på ingen måde forventes reduceret henover de seneste år. For god ordens skyld, skal det dog bemærkes at en forventning om at overflytte alle civile sager til udenretlig mediation på ingen måde er en realistisk mulighed, hvorfor den reelle besparelse vil være betydeligt lavere end den oplistede maksimumsbesparelse.

Men når ovenstående besparelser vurderes i sammenhæng med de gevinster, som byggeriet opnår ved bedre konflikthåndtering, er der tale om yderst signifikante besparelser og indtjening. Besparelser og indtjening som kommer både samfundet og byggeriets parter til gode, og som kan bruges mere fordelagtigt andre steder.

Som nævnt i indledningen bruger byggeriet ca. 0,50 % af deres omsætning på tvistløsning- og konflikthåndtering.¹²⁵ I et moderne og konkurrencepræget marked er dette omkostninger, som enten forplanter sig i lavere indtjening eller højere priser. Begge udfald har betydelige konsekvenser på virksomhedernes og Danmarks generelle konkurrenceevne.

For at dække ovenstående udgifter foretrækker byggeriet meget naturligt at overvælte omkostningerne til prisen på deres ydelser. Hvidbogen vurderer ved brug af Danmarks Statistiks input-outputmodeller, *at effekten af denne overvæltning vil give en samlet prisstigning svarende til ca. 0,5 % i byggeriet.*¹²⁶ Umiddelbart en beskeden prisstigning, men i et i forvejen presset marked vurderes dette at have:

vidtrækkende konsekvenser for efterspørgslen efter varer og ydelser fra byggeriet (...), og derigennem omkostningerne i de sektorer, der benytter byggeri (...) som input, hvilket igen vil påvirke efterspørgslen efter varer fra disse sektorer. Endelig vil

¹²³ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 56

¹²⁴ Det skal her bemærkes, at der er tale om alle civile retssager, hvorfor det ikke er muligt at udlede, hvad omkostningerne alene forbundet med byggebranchen ville udgøre.

¹²⁵ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 29

¹²⁶ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 29

prisstigningerne medføre en omkostningsstigning ved bygge- og anlægsinvesteringer, som vil reducere efterspørgslen efter sådanne investeringer.¹²⁷

Hvidbogen vurderer at denne kædereaktion, grundet juridiske konflikter, koster byggeriet *ca. 1,6 mia. kr. i reduceret omsætning, ca. 0,7 mia. kr. i reduceret værditilvækst og ca. 1.200 færre beskæftigede personer.¹²⁸*

Mediation besidder således et enormt – og hidtil uudnyttet – potentiale for væsentlige besparelser i form af bedre og billigere konflikthåndtering. Et uudnyttet potentiale, som igennem de nye bestemmelser i AB 18, nu ønskes udnyttet. Hvis man kan øge brugen af mediation, og dermed mindske udgifterne til konflikthåndtering, vil det være muligt at starte en omvendt kædereaktion, hvorved virksomhedernes konkurrenceevne og indtjening stiger, hvilket samtidig vil resultere i en øget indtjening til staten i form af flere beskæftigede og dermed flere skatter.

Hvorvidt AB 18 § 65 strider imod mediationens grundlæggende principper, kan som nævnt ovenfor i dette afsnit, diskuteres. Grundlæggende er indskrænkningen i parternes ret til i forening at udpege mediator samt voldgiftsrettens mulighed for at indlede mediation, selvom ingen af parterne ønsker det, væsentlige indgreb i parternes rettigheder i henhold til mediationens grundlæggende principper. Omvendt betyder muligheden for hurtig afgørelse, at parterne i et vist omfang, fortsat råder over mediationsprocessen, idet de frit har mulighed for at afslutte processen, såfremt de ikke længere ønsker at deltage.

Slutteligt følger det måske vigtigste aspekt af hele diskussionen: det faktum, at parterne frivilligt skal tilvælge AB 18 og dens bestemmelser. Der er som tidligere forklaret tale om en frivillig proces, som giver parterne fuldstændig selvbestemmelse over til- og fravalget. Parterne kan og skal således selv beslutte, hvorvidt de vil aftale og fastlægge andre gældende regler for det indbyrdes retsforhold, heriblandt andre regler om konfliktløsning og mediation.

I denne fremstillings forudgående diskussioner om, hvorvidt AB 18 § 65 er forenelig med mediationens grundlæggende principper, er vedtagelsen og anvendelsen af AB-bestemmelserne med vilje blevet undladt. Dette skyldes først og fremmest, at nærværende fremstilling har

¹²⁷ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 29

¹²⁸ Hvidbogen – Mediation I et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 29

ønsket først at belyse problematikken ved lovbestemt mediation, heriblandt betydningen af de forskellige bestemmelser i AB 18 § 65, såfremt bestemmelserne havde været præceptive, og dermed obligatorisk regulerede retsstillingen mellem byggeriets parter.

Som tidligere nævnt er AB-bestemmelserne et sæt frivillige regler, som aktiv skal tilvælges mellem parterne i en entrepriseaftale. Bestemmelserne finder således ikke automatisk anvendelse mellem parterne, og fungerer alene som et regulerende supplement af retsstillingen mellem parterne.¹²⁹ Der er her tale om et sæt frivilligt aftalte bestemmelser, som bedst muligt forsøger at afveje de indbyrdes bebyrdende interesser i et entrepriseforhold. Ved udfærdigelsen af AB-bestemmelserne har parterne i forening med hinanden og lovgiver aftalt de nye retningslinjer. Bestemmelserne pålægges ikke parterne obligatorisk, men er blot et udtryk for, hvad branchens interesseorganisationer fremadrettet ønsker inden for entrepriseområdet. AB-bestemmelserne er alene supplerende retningslinjer, og det er således op til de individuelle aktører selv at fastlægge og tilvælge de bestemmelser, de finder anvendelige i kontraktforholdet.¹³⁰

Denne fremstillings forfatter er til dels enig med Torsten Iversen i TBB2018.310, når han skriver, at:

Forslaget om tvungen mægling, når blot én part forlanger det (...) er i strid med al sund menneskeforstand, da mægling kun har en rimelig udsigt til succes, hvis begge parter i det mindste er enige om at gøre forsøget.

Det er netop altafgørende for mediationens udsigt til succes, at det er noget, som begge parter har ønsket at deltage i og aktivt har tilvalgt. Faktum er dog, at AB-bestemmelserne er frivillige bestemmelser, som parterne selv har tilvalgt, som værende retningsgivende for deres indbyrdes retsstilling. Parterne har haft alle muligheder for, forud for indgåelse af den indbyrdes entreprisekontrakt, at fastsætte egne bestemmelser i henhold til tvisteløsning. Dermed har parterne selv fravalgt muligheden for øjeblikkelig voldgift. Mediation er således ikke blevet påtvunget parterne, som flere forfattere ellers giver udtryk for i deres høringsvar.

¹²⁹ AB 92: <http://ab-92.dk/> (13-09-2018)

¹³⁰ Entrepriseretten, s. 50-55

Torsten Iversen fremskildrer flere gange AB-bestemmelserne som værende præceptive, idet det næsten virker som om, at parterne på ingen måde kan fravige AB-bestemmelserne. Dette er, som forklaret tidligere, på ingen måde tilfældet, idet parterne frivilligt og aktivt skal tilvælge AB-bestemmelserne. Dette understøttes faktisk af Torsten Iversen selv, der på side 55 i hans bog "Entrepriseretten" skriver, at standardvilkårene skal vedtages for at blive en del af aftalegrundlaget mellem parterne.¹³¹ Det er endda blevet fastlagt ved retspraksis, at der skal være indgået en aftale for, at AB-bestemmelserne kan anses for vedtaget, jf. T:BB 2000.176 VBA.¹³² Selvom kravet til vedtagelse mellem professionelle parter er uhyre beskedent, jf. T:BB 2000.450 VBA¹³³, er det dog stadig et krav, at der skal indgås en aftale.

Der er således enten tale om, at parterne meget *fornuftigt, ræsonnabelt og pragmatisk*¹³⁴ tilvælger AB-bestemmelserne, eller at parterne af ren dovenskab blot lader AB-bestemmelserne være gældende. Det faktum, at AB-bestemmelserne anvendes i 90 % af alle entreprisekontrakter, kunne tyde på at visse parter pr. automatik blot lader AB-bestemmelserne være gældende. Ligegyldigt om valget skyldes fornuft eller dovenskab, er det dog stadig nødvendigt, at parterne aktivt tilvælger bestemmelserne.

Med udgangspunkt i Sylvie Cécilie Cavaleri's konklusion om, at *enhver form for tvang, der pålægges parterne vedrørende mægling og mediation, bør fjernes fra udkastet*¹³⁵, kan det således konkluderes, at alt tvang er fjernet, idet den faktisk aldrig har eksisteret. Parterne har, som flere gange pointeret, frivilligt tilvalgt AB 18 og de tilhørende mediationsbestemmelser, hvorfor parterne aldrig har været pålagt tvang vedrørende valget af mediation.

Slutteligt skal det bemærkes, at det kan synes noget forunderligt, at så mange juridiske aktører, har misforstået vedtagelsen og anvendelsen af AB-bestemmelserne og opfattet dem som påtvunget. Som forsvar herfor, skal det bemærkes, at mange nok – om end fejlagtigt – opfatter AB-bestemmelserne som fastlagte regler, der automatisk påtvinges parterne, idet AB-bestemmelserne vedtages i mere end 90 % af alle entrepriseforhold.¹³⁶ Den store anvendelsesprocent

¹³¹ Entrepriseretten, s. 55

¹³² AB 92 blev ikke anset for at være vedtaget, idet der ikke blev ført tilstrækkeligt bevis for aftaleindgåelsen

¹³³ Der var her tale om stiltiende samtykke

¹³⁴ TBB2018.310

¹³⁵ TBB2018.411

¹³⁶ Entrepriseretten, s. 51

er alene en mulig forklaring på misforståelsen, og på ingen måde udtryk for en holdning denne fremstillings forfatter kan tilslutte sig.

Udfordringen ved mediation fastlagt i AB-bestemmelserne er dog, at parternes følelse af at blive pålagt mediation – ligegyldigt hvor fejlagtig denne følelse reelt er – i sidste ende, kan have samme skadelige virkning på mediationsprocessen, som den faktiske tvang. Det skal derfor fremhæves, at der er andre initiativer, hvorved mediation med fordel kunne have været udbredt uden, at parterne skulle føle sig påtvunget brugen af mediation. Disse muligheder vil kort blive berørt nedenfor i fremstillingens afsnit 5.

4. Modstridende interesser og manglende initiativ

Fremstillingen vil i nærværende afsnit komme med en række forklarende bud på, hvorfor mediation som konfliktløsningsmetode ikke har været, og stadigvæk ikke er, mere udbredt mellem byggeriets parter ved indgåelse af entrepriseaftaler. Nærværende afsnit vil primært fokusere på, hvorvidt der eksisterer bagvedliggende hensyn samt modstridende interesser hos byggeriets forskellige aktører, der medfører at forskellige parter aktivt forsøger at modarbejde implementeringen af mediation i byggebranchen. Nedenfor vil det primære fokus således være på at undersøge og vurdere, hvorvidt der hos de politiske, branchemæssige og juridiske aktører findes en modvilje mod mediation. I forlængelse heraf gennemgås parternes manglende kendskab til mediation, og det vurderes hvad årsagen til det manglende kendskab skyldes. Slutteligt vil de bagvedliggende økonomiske hensyn for ikke at vælge mediation blive gennemgået.

4.1. Manglende politisk- og branchemæssig initiativ

Som kort diskuteret ovenfor i pkt. 3.4.1, kan det konkluderes, at den manglende eksistens af mediation i AB 92, på ingen måde skyldes politisk og branchemæssig modvilje. Den simple begrundelse var, at mediation på tidspunktet forud for revisionen af AB 72 ikke var en velkendt og almindelig anvendt konfliktløsningsmetode i Danmark, hvorfor det ikke kunne forventes, at parterne på daværende tidspunkt havde fokus herpå.

Men med udviklingen af mediation og oprettelsen af hertil hørende interesseorganisationer, kunne det berettiget forventes, at mediation langt tidligere var taget under politisk og branchemæssig behandling. Som beskrevet tidligere medfører mediation ved blot nogenlunde regelmæssig brug enorme tidsmæssige- og økonomiske besparelser. Besparelser som både er politisk- og branchemæssigt interessante. Med tanke på de væsentlige besparelser og økonomiske fordele mediation kan medføre, har der nok aldrig været tale om en decideret politisk- og branchemæssig modvilje – Der har nok nærmere været tale om en generel ligegyldighed og manglende interesse overfor mediation.

Men hvad er årsagen til denne manglende politiske- og branchemæssige interesse for mediation? Det vurderes, at en af de væsentligste årsager hertil, må være den manglende belysning af de økonomiske og samfundsmæssige fordele for de involverede parter. Som tidligere beskrevet blev kommissorium for revision af AB-systemet af 22. september 2014 først nedsat i 2014, hvilket medførte, at der først rigtig kom fokus på de væsentlige økonomiske- og tidsmæssige besparelser mediation kunne medføre i perioden op til nedsættelsen af kommissoriummet og herefter. I 2016 udkom Hvidbogen¹³⁷, der for første gang gik i dybden med forskellige cases fra erhvervslivet og byggebranchen, og belyste de mulige besparelser ved mediation. Det findes derfor meget naturligt, at der fra branchemæssig- og politisk side, har været et manglende fokus herpå, når fordelene ved mediation aldrig rigtig er blevet belyst og dokumenteret.

I forbindelse med ovenstående, frygter Claus Kaare Pedersen, at den manglende politiske interesse for mediation, vil begrænse os ift. vores europæiske naboer. Han udtaler bl.a., at:

Den manglende interesse hos danske offentlige myndigheder er særlig ærgerlig, fordi der netop i disse år i en række andre europæiske lande er et stort engagement i udviklingen og udbredelsen af mediation i erkendelse af, at øget anvendelse af mediation ikke blot giver besparelser til virksomhederne, men også indebærer betydelige samfundsmæssige besparelser.¹³⁸

¹³⁷ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv

¹³⁸ Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister

Som beskrevet adskillige gange i denne fremstilling, kan der meget ofte sættes lighedstegn mellem en øget anvendelse af mediation og betydelige samfundsmæssige besparelser. Claus Kaare Pedersen skriver videre, at den manglende politiske interesse samt specielt Danmarks retsforbehold har haft uheldig betydning for mediationens udbredelse i Danmark, idet det har medført, at mæglingsdirektivet ikke finder anvendelse i danske tvister. Problemet er dog, at den politiske udvikling og engagement, som i disse år finder sted i en lang række europæiske lande, meget ofte er fastlagt ved lov (heriblandt mæglingsdirektivet). Ovenstående citat fra Claus Kaare Pedersen er derfor endnu engang udtryk for den altid eksisterende diskussion om, hvorvidt mediation skal indføres på bekostning af mediationens frivillighedsprincip. Som tidligere beskrevet i denne fremstilling, forstås baggrunden for, hvorfor lovbestemt mediation ønskes indført, men det kan dog ikke tilsluttes som den rigtige vej at gå.

I forlængelse af ovenstående nævner Hvidbogen flere gange, at der har eksisteret en branchemæssig ligegyldighed overfor mediation. Det noteres her, at AB 92 *er en del af forklaringen på den begrænsede brug af mediation*.¹³⁹ Men samtidig fastslås det videre, at AB-bestemmelserne ligeledes rummer muligheden for at fremme brugen af mediation *ved at implementere mediation i disse branchevilkår som et formaliseret led i konfliktløsningsprocessen, vil virksomhederne i højere grad få gavn af fordelene ved mediation*.¹⁴⁰

Dette kan kun tilsluttes, idet indførelsen af mediation i AB-bestemmelserne får implementeret mediation som en del af de formelle konfliktløsningsprocesser. Herved føres mediation frem i lyset, uden dog at tvinge parterne til at bruge mediation.

Udviklingen har måske været langsom, og der har måske været en manglende interesse for mediation, men indførelsen af de nye mediationsbestemmelser i AB 18 § 65, er et tydeligt bevis på at politikkerne og brancheorganisationerne har fået øjnene op for de væsentlige fordele ved mediation.

Det er således ikke længere muligt at sige, at der skulle eksistere en politisk modvilje mod mediation, idet et af hovedformålene bag kommissorium for revision af AB-systemet af 22.

¹³⁹ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 66

¹⁴⁰ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 66

september 2014 ligefrem var at finde og fremme mere produktive og konkurrencemæssige muligheder for tvisteløsning, herunder mediation og mægling.

Det behøves dog ikke at stoppe her, og politikkerne og brancheorganisationerne har stadig en betydelig rolle at spille. Godt nok kan det på ingen måde anbefales, at mediation pålægges ved lov, men politikkerne og brancheorganisationerne har fortsat en lang række værktøjer og initiativer, som med fordel kunne iværksættes for at udbrede kendskabet til mediation i byggebranchen. En række af disse værktøjer og initiativer gennemgås nedenfor i fremstillingens afsnit 5.

4.2. Manglende juridisk interesse

For advokater og andre parter med juridisk uddannelse, er mediation et radikalt brud med alt vi kender og har tillid til. Dette beskrives glimrende af advokat Claus Kaare Pedersen i "Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister", hvori han skriver følgende:

Navnlig for os med juridisk baggrund er mediation derfor et opgør med alt, hvad vi har lært og erfaret, fordi der ikke er nogen formelle spilleregler, der fastlægger, hvordan mediation skal gennemføres, og fordi sagen ikke bliver 'afgjort' af nogen instans. Parterne hjælpes i stedet til at finde frem til den løsning, der passer dem begge bedst, hvad enten det er en juridisk korrekt løsning eller ej.

Hvorvidt, der hos visse advokater foreligger en generel modvilje mod mediation eller blot en manglende forståelse for den bagvedliggende proces, er svært at sige. Måske er der oftest tale om en blanding af både modvilje og manglende forståelse. Det må dog konkluderes, at ligegyldigt om der er tale om modvilje eller en manglende forståelse, så er der tale om en modvilje og en manglende forståelse hos den enkelte advokat¹⁴¹, idet advokaternes brancheorganisationer i stor stil bifalder indførelsen af § 65 i AB 18-bestemmelserne. Det fremgår således først af høringsvar nr. 36 af 12. marts 2018¹⁴², at *Advokatrådet bifalder, at der i AB § 65 er indsat bestemmelser om mægling og mediation*, og videre af høringsvar nr. 44 af 15. marts

¹⁴¹ Den fremstillings forfatters understregning

¹⁴² Advokatsamfundets høringsvar

2018¹⁴³, at *Danske Advokater bifalder, at der i udkastets § 65 er indsat en bestemmelse om mægling og mediation.*

Det synes ganske simpelt at forstå, hvorfor advokater – og andre juridisk uddannede – kan have svært ved at forstå mediationsprocessen, når den strider imod enhver juridisk forståelse, som de har tillært sig. Forskellen er dog stor på ikke at forstå processen, og så direkte at modarbejde udbredelsen af mediation, hvorfor fokus videre vil være på, hvad der kan ligge bag visse advokaters direkte og åbenlyse modvilje mod mediation.

Ifølge Sylvie Cécilie Cavaleri, er en af årsagerne til den begrænset succes med mediation i Danmark, at *advokater ikke foreslår mægling til deres kunder for ikke at risikere at miste den betydelige indkomst, der for dem er forbundet med at føre tvister.*¹⁴⁴ Dette understøttes af Adrian og Vindeløv, som nævner, at tvungen mægling kan være fristende at anvende som en måde, hvorpå det kan sikres, at mediation ikke fravælges af parternes advokat ud fra egne økonomiske hensyn.¹⁴⁵

Kan det virkelig være så simpelt, at advokaters manglende interesse og direkte modvilje mod mediation skyldes egne økonomiske interesser?

Tidligere i denne fremstilling blev det gennemgået og vurderet, at mennesker involveret i konflikter sjældent reagerer særligt rationelt. Det vurderes, at det samme gør sig gældende, når forholdet vedrører økonomiske interesser, hvorfor det er meget sandsynligt, at advokater grundet egne økonomiske hensyn, ikke ønsker at udbrede kendskabet til mediation.

Helt generelt vurderes advokaters modvilje mod mediation, således at være en af de væsentligste årsager til den manglende udbredelse og anvendelse af mediation. Advokatens modvilje mod mediation fører til en manglende rådgivning herom. Manglende rådgivning medfører naturligvis et manglende kendskab til mediationsprocessen. Nedenstående figur viser, at blot 23

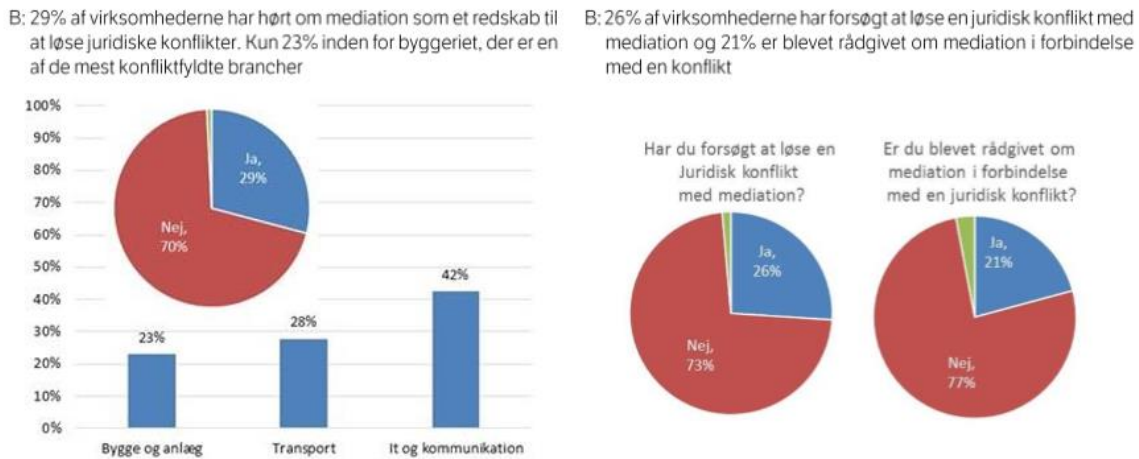
¹⁴³ Danske Advokaters høringsvar

¹⁴⁴ TBB2018.411

¹⁴⁵ Adrian og Vindeløv, s. 29

% af virksomhederne indenfor byggeriet har hørt om mediation som et redskab til at løse juridiske konflikter.¹⁴⁶

Figur 5.2: Virksomhedernes kendskab til mediation



Kilde: Spørgeskema- og interviewundersøgelse blandt virksomheder inden for byggeri, IT/kommunikation og transport.

Figur 3: Virksomhedernes kendskab til mediation¹⁴⁷

Ovenstående figur viser videre at kendskabet til mediation er lavest i byggebranchen, hvilket er paradoksalt, idet byggebranchen er præget af et forholdsvis højt konfliktniveau.¹⁴⁸

Der synes generelt at være enighed om, at den manglende oplysning om mediation som konfliktløsningsmetode skyldes advokaterne. Dette understøttes af en undersøgelse foretaget af organisationen "The International Mediation Institute (IMI)", hvor 47 % af virksomhedsjuristerne mente, at brugen af mediation blev hindret af advokaterne.^{149 150} Ud fra denne undersøgelse kan det videre udledes, at det måske ikke så meget er juristers manglende forståelse for mediationsprocessen, som det er advokaternes modvilje mod mediation, der er årsag til den manglende udbredelse af mediation.

Som en mulig årsag til advokaternes modvilje fremhæver Hvidbogen, at det kunne skyldes, at advokaterne vurderer, at en voldgift eller en retssag tjener deres klienter bedre end forlig, i

¹⁴⁶ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 60

¹⁴⁷ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 60

¹⁴⁸ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 4

¹⁴⁹ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 61

¹⁵⁰ Undersøgelsen vedrører virksomheder generelt, og ikke kun virksomheder involveret i byggebranchen

*hvert fald vurderet ud fra juraen.*¹⁵¹ Denne vurdering er tæt forbundet med det faktum, at mediation strider imod alt, man som advokat, har lært og erfaret. Faktum er at en retssag eller voldgift stort set altid dømmer til fordel for den ene part. Det synes derfor som et meget naturligt juridisk rationale, at hvis en part har ret juridisk, skal sagen afgøres ved domstolene eller voldgiftsretten, så sagen kan vindes og afgøres endeligt.

Problemet er dog, at den juridiske korrekte løsning ikke altid vil være den *rigtige* løsning for parterne. Som tidligere nævnt er et væsentligt element ved mediation, at de tvistende parter væsentligt forbedrer muligheden for at bevare den forretningsmæssige relation. Denne mulighed elimineres meget ofte, når konflikten alene afgøres ud fra det *juridisk korrekte*. Det ligger dog ikke i advokaternes normale forståelse af konflikter, at begge parter har mulighed for at afslutte konflikten uden at føle sig som tabere. Det er måske ikke altid muligt at skabe to vindere, men for den fortsatte forretningsmæssige relation, er det yderst vigtigt, at den ene part ikke er blevet ydmyget og dømt som taber.

Overordnet må det anses for stærkt kritisabelt og direkte modstridende med de advokatetiske regler, at visse advokater fravælger mediation og rådgivning heraf grundet egne økonomiske hensyn.¹⁵² Advokater skal repræsentere deres klienter bedst muligt, og dette indebærer blandt andet at kunne forstå, at den juridisk korrekte løsning ikke altid er den bedste for klientens fortsatte forretning. Hvidbogen konkluderer kort, at det er *vigtigt, at advokater varetager deres klienters interesse ud fra en helhedsvurdering og ikke kun ud fra en juridisk vurdering.*¹⁵³ Konsekvensen bliver omvendt, at advokater fortsat vil være en væsentlig forhindring for anvendelsen af mediation.

Det skal videre bemærkes, at modviljen mod mediation ikke alene er begrænset til advokater, men også andre juridiske aktører. I den forbindelse er der i denne fremstilling adskillige gange blevet henvist til Torsten Iversens høringssvar, hvorfor dette ikke vil blive gennemgået yderligere her.

¹⁵¹ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 61

¹⁵² De advokatetiske regler – fra 1. oktober 2018: [file:///C:/Users/Tim/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/AERoktober2018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Tim/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/AERoktober2018%20(1).pdf) (11-10-2018)

¹⁵³ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 61

For at ændre denne tilgang og modvilje mod mediation, er det denne fremstillings forfatters overbevisning, at der må ske et paradigmeskifte i forståelsen af konflikter og tvisteløsning.

4.3. Manglende viden

Manglende viden og kendskab er uden tvivl den væsentligste årsag til mediationens manglende udbredelse og anvendelse. Men hvorvidt det manglende kendskab skyldes den tidligere manglende politiske og branchemæssige interesse eller juridisk modvilje, som diskuteret ovenfor, er svært entydigt at fastlægge. Denne fremstillings forfatter hælder mest til visse advokaters direkte modvilje, men konklusionen må nok være, at det er en kombination af det hele.

Hvad angår den juridiske modvilje, må det dog endnu engang bemærkes, at denne modvilje findes hos de enkelte advokater, og ikke overordnet hos branchen. Dette fremgår som tidligere nævnt af høringssvar nr. 36 af 12. marts 2018 og høringssvar nr. 44 af 15. marts 2018, hvor både advokatrådet og Danske Advokater bifalder bestemmelserne om mediation i § 65. Hvorvidt visse advokaters modvilje så skyldes egne økonomiske hensyn, hensyn til deres klienter eller noget helt tredje, er svært endegyldigt at konkludere. Dog vil de modvillige advokater nok aldrig indrømme, at mediation fravælges grundet egne økonomiske interesser og hensyn, idet dette ville strid imod de førnævnte advokatetiske regler.¹⁵⁴

Udfordringen med det manglende kendskab til mediation er, at der skabes en selvforstærkende effekt. Manglende kendskab genererer manglende anvendelse. Manglende anvendelse betyder manglende kendskab. Virksomhederne har generelt intet kendskab til mediation, og er sjældent særligt motiverede til at vide mere herom, så længe der ikke foreligger en konkret tvist. Tid er penge, og for virksomhederne vil det koste dyrt at tillære sig viden om mediation, førend det er nødvendigt. Virksomhedens fokus er fuldt forståeligt på at fastholde og udvikle forretningen, og så længe der ikke foreligger et konkret problem eller behov, koncentrerer de sig ikke om konfliktløsning. Problemet er dog, at *når der så endelig opstår en tvist, som har en vis betydning for virksomheden, ved virksomheden ikke rigtig noget om mediation, og der er i*

¹⁵⁴ De advokatetiske regler – fra 1. oktober 2018: [file:///C:/Users/Tim/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/AERoktober2018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Tim/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/AERoktober2018%20(1).pdf) (11-10-2018)

*den situation ikke lyst til eksperimenter.*¹⁵⁵ Dette stemmer utrolig godt overens med det af Claus Kaare Pedersen tidligere diskuteret om, at virksomhederne instinktivt reagerer, som de plejer, når de presses af udestående parter, der modarbejder virksomhedens interesser.

Ydermere har virksomhederne ofte tilknyttet betroede advokater og andre juridiske rådgivere, og hvis de ikke oplyser om mediation eller ligefrem fraråder det, ønsker virksomhederne meget naturligt ikke at kaste sig ud i processen.

Politikkerne og brancheorganisationerne – herunder specielt advokatorganisationerne – spiller som nævnt ovenfor en afgørende rolle, og har stadig mulighed for at gøre langt mere. Ifølge Claus Kaare Pedersen er det af helt afgørende betydning for mediationens udbredelse, at virksomhederne konstant suppleres med saglig information om mediation samt de væsentlige fordele, som mediation kan have.¹⁵⁶ Men hvad skal der helt præcist gøres, hvis det fortsat fastholdes, at tvungen mediation (mediation ved lov) ikke er den rigtige vej at gå? Nedenfor i afsnit 5 gennemgås en række initiativer og muligheder, der ikke bygger på tvang, og som med fordel kunne iværksættes for at udbrede kendskabet til mediation.

4.4. Økonomiske overvejelser

Som nævnt adskillige gange i nærværende fremstilling, har mediation et enormt besparelspotentiale for virksomhederne og samfundet. Succesraten ligger relativt højt, og befinder sig højst sandsynligt et sted mellem 70-90 %, alt efter de forskellige mediatorer og parterne.¹⁵⁷ Problemet for virksomhederne er dog, at de i modsætning til domstolene og voldgiftsretten ikke er garanteret en aftale og et resultat. Vælger virksomhederne således at søge en tvist løst ved mediation, vil en mislykket mediation blot indebære yderligere omkostninger for virksomhederne. Claus Kaare Pedersen udtrykker det således:

Vi kan nok så meget fremvise imponerende statistikker med høje succesrater, men for den enkelte virksomhed vil det i den konkrete sag være en afvejning, om man

¹⁵⁵ Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister

¹⁵⁶ Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister

¹⁵⁷ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 55-59

skal ofre den ekstra udgift for måske¹⁵⁸ at få sagen løst forligsmæssigt – med risiko for, at pengene er spildt.¹⁵⁹

Vigtigt er ordet måske. Der er således en reel risiko for at pengene blot er spildte i forsøget på at opnå enighed om en mindelig løsning. For virksomhederne i byggebranchen, som i forvejen er presset økonomisk, er dette en væsentlig risiko at tage. Valget står således mellem det kendte og sikre og muligheden for en eventuel besparelse.

Hvis der altid var sikkerhed for en konkret løsning og afgørelse på tvisten ved mediation, var der nok ingen tvivl om, at alle – dem der i hvert fald kendte til mediation – ville tilvælge dette. Men sådan er det ikke. Der er faktisk en væsentlig risiko for, at mediation ikke lykkes, hvilket vil betyde at parterne blot har spildt pengene på ingenting. Beskues den estimeret succesrate omvendt, er der en risiko for, at 10-30 % af de indgåede mediationer vil resultere i en ekstra omkostning.

Af "Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister" følger det således, at der, som ovenfor nævnt, er en risiko for, at parterne ikke kommer frem til en aftale, og netop når de står midt i en tvist, er de ofte tilbøjelige til at fokusere på de negative sider og tillægge modparten negative motiver etc.

Når parterne står foran, eller midt i en tvist, er det ikke unaturligt at de udelukkende fokuserer på de mulige negative konsekvenser ved et valg. Det fremgår af Hvidbogen, at byggebranchen er en af de mest pressede brancher på indtjening¹⁶⁰, hvorfor branchens aktører ikke altid har råd til at satse. Retssager og voldgift bliver således det instinktive og sikre valg. Parterne ved her, hvad de har at gøre med. Det er således bedre at have en fugl i hånden end ti fugle på taget.

Det økonomiske aspekt af mediation er således et væsentligt incitament både ift. tilvalget og fravalget af mediation. Økonomien burde dog ikke være årsag til at mediation fravælges, og nedenfor i pkt. 5.1 og 5.2, gennemgås derfor en række politiske initiativer, som med fordel kunne fjerne – i hvert fald en del – af de økonomiske udfordringer for virksomhederne.

¹⁵⁸ Denne fremstillings forfatters understregning

¹⁵⁹ Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister

¹⁶⁰ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 4-14

5. Andre initiativer

Som nævnt ovenfor vil fokus i dette afsnit være på at gennemgå og vurdere en række initiativer, som uden anvendelse af tvang med fordel kunne udbrede kendskabet og brugen af mediation. Gennemgående er der tale om initiativer, der øger bevidstheden og brugen af mediation – Det være sig igennem både politiske og branchemæssige tiltag.

5.1. Ændring af retsafgiftsloven samt honorar og serviceafgift i voldgiftssager

Ovenfor blev det beskrevet, hvordan årsagen til parternes fravalg af mediation ofte skyldes risikoen for ekstra og spildte omkostninger. Et fravalg som for den enkelte virksomhed kan give umiddelbar mening i øjeblikket, men som overordnet set for byggebranchen og samfundet ikke er ønskelig.

Som en mulig løsning på ovenstående, forslår Hvidbogen derfor, at retsafgiften nedsættes forholdsmæssigt, svarende til udgifterne til udenretlig mediation.¹⁶¹ Dette initiativ skulle således skabe et incitament hos konfliktende virksomheder til at søge tvisten løst ved mediation, idet de hermed ville opnå en efterfølgende besparelse på retsafgiften ved indgåelse af retssager.

Retsafgiften fastlægges af retsafgiftslovens §§ 1 og 2. Ifølge disse, skal der betales 500 kr. ved anlæggelse af retssagen. Hvis sagsgenstanden overstiger 50.000 kr., tillægges yderligere 250 kr. samt et tillæg på 1,2 % af den del af værdien der overstiger 50.000 kr.¹⁶² Opererer vi med en sagsgenstand på 6.000.000 kr., bliver retsafgiften således 72.150 kr. Afsluttende skal det dog bemærkes, at retsafgiften ved sagens anlæg maksimalt kan udgøre 75.000 kr.¹⁶³

Ovenstående initiativ vurderes som værende enormt fordelagtigt, idet det hermed ville være muligt at udligne de ekstra omkostninger forbundet med en "mislykket" mediation. Virksomhederne ville således ikke længere være nødsaget til at skulle foretage en konkret afvejning af, hvorvidt mediation ville kunne svare sig ud fra økonomiske betragtninger. Da virksomhederne betaler 250 kr. samt 1,2 % af den del af værdien, der overstiger 50.000 kr. vurderes

¹⁶¹ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 65

¹⁶² Retsafgifter: <https://www.domstol.dk/KobenhavnsByret/Rådgivning/Retsafgifter/Pages/default.aspx> (24-10-2018)

¹⁶³ Retsafgifter

ovenstående forslag at være særlig relevant ved tvister i byggebranchen, idet sagsgenstanden her ofte er meget stor.

Idet en stor del af byggeriets tvister løses ved voldgift, vil en samtidig ændring af beregningen for honorar og serviceafgift i voldgiftssager være nødvendig. Beregningen af udgifter forbundet med en voldgiftssag følger af "Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager".¹⁶⁴ Med udgangspunkt i 3 medvirkende voldgiftsdommere, beregnes det samlede honorar til voldgiftsretten ud fra følgende tabel:¹⁶⁵

Sagsgenstand		Honorar	
		Nedre	Øvre
0	100.000	0	15.000
100.001	200.000	15.001	30.000
200.001	500.000	30.001	45.000
500.001	1.000.000	45.001	75.000
100.001	2.000.000	75.001	125.000
2.000.001	6.000.000	125.001	300.000

Tabel 1: Voldgiftsrettens honorar (sagsgenstand til og med 6. mio. kr.)¹⁶⁶

For sager indkommet før den 1. januar 2015 tager voldgiftsnævnet som udgangspunkt en afgift på 38,5 % af voldgiftsrettens honorar (dog minimum 7.000 kr.).¹⁶⁷ Er sagsgenstanden således 6.000.0000 kr., vil det samlede honorar til voldgiftsretten forventeligt udgøre 300.000 kr., hvortil afgiften på 38,5 % til nævnet pålægges, dvs. 115.500 kr. Hertil kommer så udgifter til mødelokaler mv.¹⁶⁸

Beregningen for sager indkommet efter den 1. januar 2015 er en anelse anderledes. Udover det fastsatte honorar til voldgiftsretten betales ved opstart et gebyr på 5.000 kr., samt en

¹⁶⁴ Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager: <https://voldgift.dk/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/Endelig-vejledning-for-beregning-af-honorar-og-serviceafgift-1.1.-2016.pdf> (24-10-2018)

¹⁶⁵ Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager

¹⁶⁶ Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager

¹⁶⁷ Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager

¹⁶⁸ Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager

serviceafgift for administration af sagen, der udgør en fast procentsats af den samlede sagsgenstand. Serviceafgiften beregnes ud fra følgende tabel:¹⁶⁹

Serviceafgiften	
Sagsgenstand – kr.	Procentsats
Op til og med 500.000	0,5 (dog minimum 2.000 kr.)
500.001 – 1.000.000	2,0
1.000.001 – 3.000.000	2,3
3.000.001 – 6.000.000	2,5
6.000.001 – 10.000.000	2,3
10.000.001 – 30.000.000	0,5

Tabel 2: Beregning af serviceafgiften¹⁷⁰

Med udgangspunkt i en fortsat sagsgenstand på 6.000.000 kr., beregnes sagsomkostningerne som følger:

Sagsgenstand	6.000.000 kr.		
Fast opstartsgebyr	5.000 kr.		
Fast honorar	300.000 kr.		
Servicegebyr	Sagsgenstand	Procentsats	Beløb
	0 – 500.000	0,5	2.500 kr.
	500.001 – 1.000.000	2,0	10.000 kr.
	1.000.001 – 3.000.000	2,3	46.000 kr.

¹⁶⁹ Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager

¹⁷⁰ Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager

	3.000.001 – 6.000.000	2,5	75.000 kr.
Servicegebyr total:			133.500 kr.
Omkostninger total:			438.500 kr.

Tabel 3: Beregning af sagsomkostninger ved en sagsgenstand på 6 mio. kr.¹⁷¹

Ovenstående beregninger vil variere alt efter antallet af deltagende voldgiftsdommere, omfanget af sagerne samt sagsgenstandens størrelse. Ved større sager med en sagsgenstand på over 6.000.000 kr., kan honoraret til voldgiftsrettens medlemmer sagtens overstige 300.000 kr. Dette kræver dog, at der fremsendes en begrundet indstilling til Voldgiftsnævnet til godkendelse.¹⁷² På trods af at sagsgenstanden i byggetvister let kan overstige 6.000.000 kr., vil en yderligere beregning heraf ikke blive foretaget, idet ovenstående udregning blot er skabt for at give et kvalificeret billede af omkostningerne forbundet med voldgiftssager.

Det vurderes således, at en ændring af både retsafgiftsloven og beregningen for honorar og serviceafgift i voldgiftssager er nødvendig. Idet en stor del af alle byggetvister afgøres ved voldgiftsretten, vil det ikke være tilstrækkeligt kun at ændre retsafgiftsloven.

Pointen er, i overensstemmelse med denne fremstillings pkt. 2.2, at selvom mediation ikke nødvendigvis fører til en endelig aftale, vil mediationsprocessen højst sandsynligt mindske konfliktpunkterne og skære sagen til. Dette betyder videre, at en efterfølgende voldgifts- eller retssag bliver enklere, kortere og dermed billigere at løse, hvorfor en besparelse i omkostningerne hertil med rimelighed kunne indføres.

¹⁷¹ Egen tabeloversigt

¹⁷² Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager

5.2. Fri proces og retshjælpsdækning

I overensstemmelse med ovenstående, hvor fokus er på at udligne den økonomiske risiko ved forudgående mediation, foreslår Hvidbogen videre, at konfliktende virksomheder skal gives bedre adgang til at få retshjælp og fri proces til udenretlig mediation.¹⁷³

Det er i dag muligt at få retshjælp og fri proces til at føre retssager ved de danske domstole, jf. retsplejelovens kapitel 31. I forbindelse med anlæggelse af retssagen tilbydes parterne retsmægling, jf. kapitel 27. Ifølge Hvidbogen er det dog: *Imidlertid uhensigtsmæssigt, at parterne er nødsaget til at anlægge en retssag og dermed belaste domstolene samt forlænge konflikten for at få fri proces.*¹⁷⁴

Det ville derfor være yderst hensigtsmæssigt, såfremt der var mulighed for fri proces, og dermed dækning af udgifterne til udenretlig mediation.¹⁷⁵ Dette initiativ ville sammen med en ændring af retsafgiftsloven og beregningen for honorar og serviceafgift i voldgiftssager skabe et incitament hos konfliktende virksomheder til at søge tvisten løst ved mediation, idet parterne ikke længere risikerer spildte omkostninger forbundet med en udenretlig mediation.

Ovenstående løsning ville ydermere være særlig fordelagtig for samfundet, idet parterne ikke længere ville være nødsaget til at anlægge en retssag for at få adgang til retsmægling. Ved at give mulighed for fri proces til udenretlig mediation, vil domstolene blive udsat for en mindre belastning, hvilket videre vil spare samfundet for både tid og penge.

5.3. Undervisning og uddannelse

En anden måde hvorpå kendskabet til mediation med fordel kan udbredes er ved undervisning og uddannelse. Undervisning af juridisk studerende og andre fagpersoner, som fremadrettet vil kunne spille en rolle i konflikter, samt ekstrauddannelse af advokater.

Ved at indføre obligatorisk mediationsundervisning på universiteterne sikres det, at fremtidens aktører er bevidste om mediation og fordelene herved. Uddannelse vil således gøre det muligt at forme og ændre den fremtidige holdning ift. mediation. Langsomt, men sikkert, ville

¹⁷³ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 65

¹⁷⁴ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 65

¹⁷⁵ Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, s. 65

det være muligt at skabe et paradigmeskifte i holdningen til mediation. Det er vigtigt at forstå, at nutidens studerende er fremtidens advokater og juridiske aktører, hvorfor en større forståelse hos disse parter fremadrettet vil have en enorm betydning.

Herudover vil det være af afgørende betydning, at de eksisterende advokater og mediatorer pålægges tilstrækkelig undervisning.

Som tidligere nævnt står parterne overfor en konkret afvejning af, hvorvidt de ønsker at indlede mediation. Skal de vælge sikkert og anlægge en retssag, eller skal de anmode om iværksættelse af mediation med risiko for ekstra udgifter, såfremt mediationen "mislykkes". Med denne risiko in mente, vil virksomhederne typisk gøre mest muligt for at sikre sig, at pengene der anvendes på mediation, ikke spildes, såfremt de beslutter sig for at prøve mediation.¹⁷⁶ Claus Kaare Pedersen mener derfor, *at virksomhederne vil være tilbøjelige til at vælge en mediator, som efter deres vurdering med størst sandsynlighed kan føre parterne frem til en løsning i form af en aftale, jf. "Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister"*. I praksis vil virksomhederne således fokusere på mediatorer, som de allerede har stiftet erfaring med fra tidligere sager.

Claus Kaare Pedersen mener, *at forudsætningerne for en øget anvendelse af mediation i erhvervslivet er en konstant forbedring af mediatorernes faglige færdigheder*. Problemet er dog, at de danske uddannelser i mediation, herunder uddannelsen som tilbydes af Danske Advokater, langt fra er tilstrækkelige i sig selv. De skal suppleres af noget ekstra – noget ekstra, som kun opnås ved *konstant videreudvikling i form af videreuddannelse, artikelskrivning, foredragsaktivitet osv.*¹⁷⁷

Uddannelse af alle involverede parter vil derfor skabe den nødvendige bevidsthed om mediation og virkningerne heraf. Hvis holdningen til mediation blandt de studerende og praktiserende advokater kan ændres, har man taget et godt skridt på vejen til at udbrede anvendelsen af mediation.

¹⁷⁶ Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister

¹⁷⁷ Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister

5.4. Oplysning og orientering om mediation

Adrian og Vindeløv foreslår videre, at man med fordel kunne:

Stille krav om, at parter modtager information fra en mægler om, hvad en mægling indebærer. Man kunne også kræve, at advokater skulle dokumentere, at de har informeret deres klienter om muligheden for mæglingen og denne muligheds fordele og ulemper.¹⁷⁸

Både kravet om information fra mediator samt advokaters dokumentationspligt af, at parterne er blevet orienteret om mediation, vurderes at kunne have væsentlig indflydelse ift. at udbrede kendskabet til mediation. I overensstemmelse med ovenstående pkt. 4.2, om manglende juridisk interesse, vurderes det, at advokaternes dokumentationspligt vil kunne have væsentlig betydning for udbredelsen af mediation. For det første bliver parterne her gjort opmærksomme på, at mediation eksisterer, og ydermere er det deres betroet advokat, der informerer dem om fordelene og ulemperne ved mediation.

Hvordan det så helt generelt forhindres, at advokaten kun fremhæver risikoen for ekstra omkostninger samt andre mindre tiltrækkende elementer, er dog ikke helt afklaret, og vil nok aldrig kunne forhindres helt.

I forlængelse af ovenstående anbefales det, at brancheorganisationerne og byggeriets parter i langt højere grad bliver nødt til at skilte med succeshistorierne. Det er selvfølgelig forståeligt, at parterne i visse situationer ønsker fuldstændig fortrolighed. Dette skal også accepteres, idet fortrolighed er et mediationsretligt grundprincip.¹⁷⁹ Men for at udbrede kendskabet og specielt tilliden til mediation og processen har byggeriet og dets aktører brug for at høre nærmere omkring andres erfaringer med mediation.

Det er derfor utrolig gavnligt for udbredelsen af mediation, når Politikken Byrum bringer en artikel om, hvordan Region Hovedstaden og NCC ved brug af mediation løste en millionvist vedrørende byggeriet af Nyt Herlev Hospital.¹⁸⁰ Når så store aktører på entrepriserettens

¹⁷⁸ Adrian og Vindeløv, s. 30

¹⁷⁹ Vindeløv, s. 51

¹⁸⁰ Marie Kraul, Region H og NCC løste millionvist med alternativ metode, Politikken Byrum, 2018

område offentligt står frem og fortæller om fordelene ved mediation, heriblandt de væsentlige tids- og økonomiske besparelser, er det noget branchen bider mærke i.

Specielt i denne opstartsfasen vurderes det, at offentlige bygherrer og myndigheder med fordel kunne anvende mediation og efterfølgende offentliggøre sine erfaringer hermed. På denne måde vil myndighederne skabe præcedens for den fremtidige brug af mediation.

6. Tvungen mediation – retssikkerhedsmæssige krav

Som nævnt ovenfor er der mange argumenter, der både taler for og imod lovbestemt mediation. Økonomiske og samfundsmæssige hensyn samt midlertidig anvendelse blot for at udvide kendskabet og anvendelsen af mediation er alle meget relevante og let forståelige argumenter, som denne fremstilling ovenfor har berørt.

En anden – og hidtil uberørt – problemstilling ved lovbestemt og tvungen mediation er de retssikkerhedsmæssige overvejelser. Er mediation ikke længere en frivillig proces, er det yderst vigtigt, at de retssikkerhedsmæssige krav overvejes.

Der skelnes traditionelt mellem *materiel* og *formel* retssikkerhed. Den *materielle* retssikkerhed er møntet på den trufne afgørelse¹⁸¹, og er udtryk for, at der handles i overensstemmelse med generelle normer og regler.¹⁸² Den *formelle* retssikkerhed, også kaldes procesretssikkerheden, er udtryk for, at myndighedernes beslutninger træffes under former, der frembyder størst mulig garanti for en lovlig og korrekt behandling af borgerne.¹⁸³ Offentlighed, mundtlighed, begrundelse, kontradiktion, appel mv., hører alle til de processuelle retssikkerhedskrav.¹⁸⁴ Normalt vil det ikke være nødvendigt at overholde de retssikkerhedsmæssige krav, idet beslutningen om at indlede og afslutte mediation altid har været frivillig, ligesom det i selve mediationen er op til virksomhederne, hvorvidt de ønsker at indgå en aftale og hvilket indhold aftalen i så fald skal have.¹⁸⁵ Endvidere er det juridiske kun relevant såfremt

¹⁸¹ Adrian og Vindeløv, s. 27

¹⁸² Juridisk ordbog, s. 393

¹⁸³ Juridisk ordbog, s. 393

¹⁸⁴ Adrian og Vindeløv, s. 27

¹⁸⁵ Adrian og Vindeløv, s. 27

virksomhederne ønsker det. Dette følger bl.a. af Adrian og Vindeløv, der i "Angreb på mæglingens DNA – ansatser til en diskussion om tvungen mægling" skriver følgende:

Hvilken rolle juraen skal spille heri er også op til parterne. Det betyder, at også i retlige tvister er det op til parterne at bestemme, hvilken rolle juraen skal have. Den kan indgå i deres overvejelser, og deres aftale kan følge gældende ret, men parterne kan lige så vel indgå en aftale, der følger parternes egne normer og ikke nødvendigvis er i overensstemmelse med en juridisk vurdering af sagen.¹⁸⁶

Dette er en af mediationens væsentligste forcer, idet parterne har mulighed for at deltage i en uformel proces, hvor fokus er på parternes problemer og ønsker. Som nævnt adskillige gange tidligere i denne fremstilling er det ikke altid den juridisk mest korrekte løsning, der er den rigtige løsning for parterne.

For at undgå retssikkerhedsmæssige problemer vedrørende mediation, er det således af afgørende betydning, at parterne fortsat bibeholder det fulde ansvar over processen, og ikke pålægges mediation ved tvang.

7. Konklusion

På baggrund af fremstillingens forudgående afsnit vil der nedenfor foretages en konklusion af fremstillingens problemformulering og hertil hørende underspørgsmål:

Hvorfor er mediation som konfliktløsningsmetode ikke mere udbredt i byggebranchen, når alt tyder på, at mediation både tids- og omkostningsmæssigt, vil være til gavn for branchen?

Vil indførelsen af mediation i AB 18 afsnit J, § 65, fremadrettet få betydning for udbredelsen af mediation?

Hvordan forholder byggeriets aktører, herunder specielt politikere, brancheorganisationer og advokater, sig til mediation? Findes der konkrete modstridende interesser hos visse parter?

¹⁸⁶ Adrian og Vindeløv, s. 27

Hvis ikke tvungen mediation er vejen frem, hvilke politiske- og branchemæssige initiativer kan så med fordel udbrede kendskabet og brugen af mediation?

Konklusionen på problemformuleringens underspørgsmål gennemgås først, hvorefter afsnittet afsluttes med en overordnet konklusion på selve problemformuleringen.

I pkt. 3.5, konkluderes det at indførelsen af mediation i AB 18 § 65, vil få en enorm betydning for kendskabet og brugen af mediation. Mediation er nu blevet en fast del af entrepriserettens standardbestemmelser, hvilket betyder, at byggeriets parter nu har 'blåstemplet' mediation som konfliktløsningsmetode. Med denne blåstempling får virksomhederne automatisk kendskab og forventeligt en større tillid til processen.

Mediation som konfliktløsningsværktøj er nu kommet frem i lyset, og er ikke længere gemt væk i nævnets katalog. Det konkluderes i pkt. 4.2 og 4.3, at det manglende kendskab til mediation er en af de væsentligste årsager til den manglende anvendelse. Ved at udbrede kendskabet til mediation i AB-bestemmelserne er man således med til at udbrede kendskabet til mediation helt generelt.

Punkt 3.5 førte til en længere diskussion og analyse af problematikken vedrørende lovbestemt og tvungen mediation, idet flere af høringssvarene indeholdte indvendinger imod lovbestemt og tvungen mediation i AB-bestemmelserne. Konklusionen blev, at det på ingen måde kan anbefales at indføre tvungen eller lovbestemt mediation, idet hele mediationsprocessen og fordelene herved langsomt ville falde fra hinanden. Som beskrevet tidligere medfører tvungen mediation, at mediationens DNA fjernes. Ved at fjerne frivillighedselementet, fjernes ligeledes ideen om, at parterne er eksperter i eget liv. Er parterne ikke længere eksperter i eget liv, mister de deres følelse af ansvar og ejerskab over mediationens resultat, og så er der intet, der fastholder parterne i at overholde og respektere aftalen, idet *parternes væsentligste bindemiddel er parternes goodwill*.

I pkt. 3.6 blev baggrunden for AB-bestemmelserne efterfølgende gennemgået, og det blev konkluderet, at AB-bestemmelserne er frivillige, idet de altid skal vedtages aktivt for at blive en del af aftalegrundlaget mellem parterne. Dette er konkret blevet fastslået ved to afgørelser, jf. T:BB 2000.176 VBA og T:BB 2000.450 VBA. Der er således på ingen måde tale om tvang ved indførelsen af mediation i AB 18 § 65.

I afsnit 4 blev det gennemgået, hvorvidt der blandt byggebranchens parter forelå en manglende interesse eller ligefrem en direkte modvilje mod mediation og implementeringen heraf. Konklusionen var, at der blandt politikere og brancheorganisationer nok tidligere har foreligget en manglende interesse for mediation. Men med de væsentlige tidsmæssige- og økonomiske besparelser som kan opnås ved hjælp af mediation, er det i hvert fald ikke længere tilfældet. Udfordringen er dog, at selvom interessen for mediation eksisterer, kunne parterne med fordel gøre endnu mere for at udbrede kendskabet og brugen af mediation.

I pkt. 4.2 blev det vurderet, hvorvidt der findes en manglende juridisk interesse eller direkte modvilje mod implementeringen af mediation. Det blev her konkluderet, at der i hvert fald fra advokaternes brancheorganisationer findes stor tilknytning til indførelsen af § 65, hvorfor modviljen mod mediation måtte findes blandt visse advokater personligt. I afsnittet blev det generelt konkluderet, at advokaternes modvilje skyldtes to ting, nemlig det faktum, at mediation strider imod alt de som jurister kender og har tillid til, samt at mange advokater har væsentlige økonomiske interesser på spil, der gør, at de ikke ønsker at anbefale mediation. Advokaters modvilje mod mediation blev understøttet af en undersøgelse fra "The International Mediation Institute IMI", der fastlagde, at 47 % af virksomhedsjuristerne mente, at brugen af mediation blev hindret af advokaterne.

De økonomiske besparelser har altid været et af mediationens væsentligste argumenter, men pkt. 4.4 konkluderede, at der faktisk kan ligge økonomiske hensyn bag fravalget af mediation. Det blev her fastslået, at hvis virksomhederne ønsker at løse en tvist ved mediation, risikerer de ekstra omkostninger, såfremt mediationen mislykkes. Parterne står således overfor en konkret afvejning, hvor det skal vurderes, hvorvidt *man skal ofre den ekstra udgift for måske at få sagen løst forligsmæssigt – med risiko for, at pengene er spildt.*¹⁸⁷

Idet tvungen mediation ikke er vejen frem, gennemgik afsnit 5 en række initiativer, som uden tvang, kunne hjælpe med at udbrede kendskabet og brugen af mediation. I forbindelse med konklusionen i pkt. 4.4, konkluderede pkt. 5.1 og 5.2, at en ændring af retsafgiftsloven, en ændring af beregningen for honorar og serviceafgift i voldgiftssager samt muligheden for fri proces og retshjælpsdækning ville have en enorm betydning for virksomhedernes brug af

¹⁸⁷ Advokaten 1- Mediation i kommercielle tvister

mediation, idet risikoen for spildte udgifter hermed elimineres. Punkt 5.3 fandt desuden frem til, at politikkerne og brancheorganisationerne med fordel kunne udbrede kendskabet til mediation og fordelene herved ved at undervise og uddanne studerende og advokater. Ved at indføre mediationsundervisning på universiteterne kunne der skabes et paradigmeskift i forståelsen hos fremtidens advokater og juridisk uddannede. Desuden fastslog pkt. 5.4, at et generelt krav om oplysning og orientering om mediation ligeledes ville være gavnligt. I forlængelse heraf konkluderes det, at parterne i langt højere grad skal offentliggøre og dokumentere succesen ved mediation, ligesom Region Hovedstaden og NCC gør i artiklen "Region H og NCC løste millionvist med alternativ metode".¹⁸⁸

Fremstillingens afsnit 6 vurderede og diskuterede en, i fremstillingen hidtil, uberørt problemstilling ved tvungen mediation. Det blev her konkluderet, at såfremt mediation gennemføres ved tvang og lovgivning, er der pludselig en lang række retssikkerhedsmæssige krav til processen. Krav som alle betyder, at fordelene ved mediationsprocessen falder yderligere fra hinanden.

Ovenstående leder mig således til konklusionen på fremstillingens overordnede problemformulering: *Hvorfor er mediation som konfliktløsningsmetode ikke mere udbredt i byggebranchen, når alt tyder på, at mediation både tids- og omkostningsmæssigt, vil være til gavn for branchen?*

Svaret er en blanding af de forskellige underspørgsmåls konklusioner, og er således ikke et entydigt og simpelt svar. Den væsentligste konklusion er dog, at virksomhederne mangler kendskab til mediation og mediationsprocessen. De kender ikke processen og har ikke tillid hertil. Med manglende kendskab og tillid følger meget naturligt en manglende anvendelse. Det manglende kendskab og anvendelse er således en selvforstærkende cyklus, der er meget svær at bryde.

Når det konkluderes, at den manglende udbredelse og anvendelse skyldes manglende kendskab til mediation, er det interessant at kigge på, hvad dette skyldes. Her må den væsentligste konklusion være, at advokaters modvilje mod mediation medfører en manglende vejledning

¹⁸⁸ Marie Kraul

herom. Hvorvidt denne modvilje så skyldes den manglende forståelse for mediation, ønsket om at give sin klient det bedst mulige resultat eller advokaternes egne økonomiske hensyn, er generelt svært at konkludere. I denne fremstilling vurderes det dog, at advokaternes økonomiske interesser og hensyn spiller en meget væsentlig rolle, jf. også Sylvie Cécilie Cavaleri¹⁸⁹ samt Adrian og Vindeløv.

Afsluttende må det konkluderes, at politikkerne og brancheorganisationerne har lang vej igen. Så længe virksomhederne ikke kender mediationsprocessen og samtidig pålægges en væsentlig risiko for ekstra udgifter i forbindelse med mislykkede mediationer, vil mediation ofte blive fravalgt. At udbrede kendskabet til en ny konfliktløsningsmetode tager lang tid, og det er således en løbende proces.

De økonomiske udfordringer behøver dog ikke at være en begrænsning, idet disse relativt hurtigt kan afskaffes. Det er således af afgørende betydning, at politikkerne samt voldgiftsinstituttet træder i karakter og ændrer retsafgiftsloven, beregningen for honorar og serviceafgifter i voldgiftssager samt tillader fri proces til udenretlig mediation hurtigst muligt.

¹⁸⁹ TBB2018.411

8. Litteraturliste

Afgørelser:

T:BB2000.450 VBA

T:BB2005.176 VBA

Artikler:

Cavaleri, lektor, ph.d. Sylvie Cécile, Parterne ved bedst – nogle kommentarer om tvisteløsningsbestemmelserne i udkastet til AB 18, TBB2018.411 (høringssvar nr. 20 af 09. marts 2018)

Hørlyck, Erik, En reform med respekt for fortiden, TBB2018.299 (høringssvar nr. 4 af 19. februar 2018)

Iversen, Torsten, Streftog i AB-udkastet – forbedringer eller forringelser? Forenklinger eller forviklinger?, TBB2018.320 (høringssvar nr. 24 af 11. marts 2018)

Kraul, Maria, Region H og NCC løste milliontvist med alternativ metode, Politikken Byrum, 2018

Lett, Jesper og Steffen Pihlblad, Høringssvar fra voldgiftsinstituttet, TBB2018.420 (høringssvar nr. 8. af 7. marts 2018)

Pedersen, Claus Kaare, Advokaten 1 – Mediation i kommercielle tvister, Advokatsamfundet, 2013

Høringssvar¹⁹⁰:

Advokatsamfundet, Høringssvar nr. 36 af 12. marts 2018

Danske advokater, Høringssvar nr. 44 af 15. marts 2018

Mediationsinstituttet, Høringssvar nr. 40 af 12. marts 2018

¹⁹⁰ Høringssvar fremsendt i form af artikler til tidsskrift for bygge- og boligret er placeret under punktet "artikler"

Litteratur:

Adrian, Lin og Vibeke Vindeløv, Angreb på mæglingens DNA – ansatser til en diskussion om tvungen mægling, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

Boserup, Hans og Susse Humle, Mediationsprocessen, nyt juridisk forlag, 2012

Evald, Jens & Sten Schamburg-Müller, Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retskildelære, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004

Eyben, Bo von, Juridisk ordbog, 14. udgave, Karnov Group, 2016

Iversen, Torsten, Entrepriseretten, 1. udgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2016

Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

Vindeløv, Vibeke, Konfliktmægling, En reflektiv model, 3. reviderede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013

Wegener, Morten, Juridisk Metode, 3. reviderede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000

Links:

AB 92: <http://ab-92.dk/> (13-09-2018)

De advokatetiske regler – fra 1. oktober 2018: [file:///C:/Users/Tim/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/AERoktober2018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Tim/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/AERoktober2018%20(1).pdf) (11-10-2018)

Etiske retningslinjer: <https://www.domstol.dk/saadangoerdu/retsmaeqling/Pages/Etiskeretningslinjerforretsmaeqling.aspx> (02-10-2018)

Hvad sker der med de nye AB-aftaler?: <http://www.bechbruun.com/da/Videncenter/Artikler/Fast+ejendom/2018/Hvad-sker-der-med-de-nye-ab-aftaler-> (13-09-2018)

Hvidbogen – Mediation i et samfundsøkonomisk perspektiv, Mediationsinstituttet, 2016: <http://mediationsinstituttet.dk/wp-content/uploads/2014/05/Mediation-i-et-samfundsøkonomisk-perspektiv-udarbejdet-for-Mediationsinstituttet.pdf> (13-09-2018)

Kommissorium for revision af AB-systemet af 22. september 2014: <https://www.trafikstyrelsen.dk/~media/Dokumenter/09%20Byggeri/Revision/kommissorium.pdf> (11-10-2018)

Mægling og mediation: <https://voldgift.dk/mægling-og-mediation/> (09-09-2018)

Oversigt over indgåede og afsluttede sager 2000-2016: <https://voldgift.dk/wordpress/wp-content/uploads/2014/08/Indgåede-og-afsluttede-sager-2000-2016.pdf> (04-10-2018)

Regler for mediation 2015: <https://voldgiftsinstituttet.dk/mediation/regler/> (25-09-2018)

Retsafgifter: <https://www.domstol.dk/KobenhavnsByret/Rådgivning/Retsafgifter/Pages/default.aspx> (24-10-2018)

Shitstorm rammer Jensen's bøfhus efter navnestrid: <https://politiken.dk/oekonomi/virksomheder/art5537954/Shitstorm-rammer-Jensens-Bøfhus-efter-navnestrid> (20-10-2018)

Vejledning for beregning af honorar og serviceafgift i voldgiftssager: <https://voldgift.dk/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/Endelig-vejledning-for-beregning-af-honorar-og-serviceafgift-1.1.-2016.pdf> (24-10-2018)

Vi finder den rette mediator til sagen: <http://mediationsinstituttet.dk/udpegning/> (21-09-2018)

Betænkninger:

Betænkning nr. 4000 af 29/11/1972 (AB 72)

Betænkning nr. 4040 af 10/12/1992 (AB 92)

Betænkning nr. 1246, 1993 (AB 92)

Betænkning nr. 1570 af 21/06/2018 (AB 18)

Retskilder:

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/52/EF af 21. maj 2008 om visse aspekter af mægling på det civil- og handelsretlige område (Mæglingsdirektivet)

Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (Aftaleloven)

Lovbekendtgørelse 2018-11-14 nr. 1284 (Retsplejeloven)

Lovbekendtgørelse 2014-11-27 nr. 1252 om retsafgifter (Retsafgiftsloven)

Vejledninger:

Vejledning nr. 9632 af 10/08/2018 (AB 18)