

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Karin M Bruzelius

Offentlig eierskap
i transportselskap

Det 26. nordiske sjørettsseminar

Voldgift i shipping og offshore

Stockholm august 2014



Marlus nr. 450
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2015

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
Universitetet i Oslo
Nordisk institutt for sjørett
Postboks 6706 St. Olavs plass
N-0130 Oslo

Telefon: 22 85 96 00
Telefaks: 22 85 97 50
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internett: www.jus.uio.no/nifs

Redaktør: Professor dr. juris Trond Solvang
Bidrag sendes til trond.solvang@jus.uio.no

Abonnement og løssalg:
Den norske bokbyen <http://bokbyen.no/butikk> - post@bokbyen.no

Trykk: 07 Xpress as

Forord

Dette heftet av MarLus inneholder foredragene som ble holdt på det 26. Nordiske sjørettsseminar, arrangert av Nordisk institutt for sjørett. Seminaret fant sted 25.- 27. august 2014 på Elite Hotel Marina Tower i Stockholm, og samlet nesten 100 sjø- og energirettsjurister fra alle de nordiske land.

Temaet for seminaret var voldgift i shipping og offshore. Perspektivet ble utvidet til også å omfatte meglingsalternativer. Foredragsholdere var praktikere, dommere og akademikere fra de nordiske land.

Voldgift er mangfoldig. Temaet ble behandlet i seks sesjoner over tilsammen to fulle dager. Foredragsholderne dekket dels hvert sitt tema, dels betraktet de samme tema fra forskjellige synsvinkler.

Først ble temaet plassert: I hvilke situasjoner er voldgift aktuelt, hvilke alternativer foreligger, og hvordan bør disse avveies? Er det grunnleggende forskjeller mellom shipping og offshore? Dette ble belyst av advokatene Gunnar Sørli og Johan Stridsklev.

Den andre sesjonen tok opp de klassiske spørsmål om oppnevning og etablering av voldgift: Formumvalg, preferanser mht. dommere, habilitetsspørsmål og «terms of reference». Dette ble behandlet av universitetslektor Kristina Siig og advokatene Jens V. Mathiasen og Stefan Brocker.

I den tredje sesjonen undersøkte man om det er nordiske forskjeller mht. voldgiftsprosessen: Samspillet med domstolene, edisjonsplikten og utforming og fullbyrdelse av voldgiftdommen. Foredragsholdere var visepræsident Mette Christensen, professor Lasse Gorton, førsteamanuensis Ivar Alvik og advokat Niklas Lagenskiöld.

Voldgift reiser en rekke praktiske og taktiske utfordringer – mange mener det er noe av charmen. Dette ble behandlet i den fjerde sesjonen: Bør man ha muntlig forhandling, og i tilfelle hvordan, bør man bruke eksperter, og hvordan kan man best håndtere de flerleddede konflikter – «Janus-problemet». Veivisere i denne materien var tre advokater: Henrik Gahmberg, Andreas Meidell og Lars Rosenberg Overby.

I femte sesjon så man på meglingsformer som forberedelse, alternativ eller supplement til voldgift: Hvilke meglingsformer kan man tenke seg i forskjellige typer tvister, og har de en mulig rolle? Vice president Stig Gregersen og advokatene Trond Eilertsen, Jonas Rosengren og Christian Fr. Michelet belyste spørsmålene fra ulike vinkler med ulik erfaringsbakgrunn.

I den sjette og siste sesjonen var spørsmålet – lett provoserende – «hvor går voldgiftsinstituttet, og hvor vil vi at det skal gå?» Et sentralt tema var her Norden og verden: Er det et marked for nordisk voldgift i et internasjonalt perspektiv? Foredragsholdere var advokat Geir Gustavsson, adm. dir. Georg Scheel og generalsekretære Anette Magnusson.

Foredragene utgjorde kjernen i seminaret, men det ble denne gang også lagt stor vekt på paneldebatter mellom foredragsholderne etter deres respektive foredrag – hvilket viste seg å engasjere også deltagerne forøvrig. Med så innsiktsfulle og reflekterte deltagere som dette seminaret hadde, ble disse debattene perspektivrike og samtidig praktiske. Dette lar seg ikke gjenskape i Marlus. Men grunnlaget for diskusjonene var foredragene. Det er vårt håp at publiseringen av dem kan virke inspirerende også utenfor den krets som hadde anledning til å delta på den 26. Nordiske sjørettsseminar.

De fleste av disse innleggene publiseres her som artikler. Vi takker foredragsholderne. Og vi takker lederne av de seks sesjonene, som la til rette for at foredragene sto til hverandre og at diskusjonene ble fruktbare. Ikke minst takker vi advokat Jörgen Almelöv, Setterwalls i Stockholm, som la til rette for at seminaret i Stockholm ble en suksess faglig, sosialt og – nordisk.

Knut Kaasen
fung. instituttleder

Innholdsoversikt

Nordic maritime and offshore arbitration.....	11
<i>Geir Gustavsson, partner, Advokatfirmaet BA-HR, Norge</i>	
Hvor går voldgiftsinstituttet og hvor vil vi at det skal gå?	25
<i>Georg Scheel, adm. dir., Nordisk Skipsrederforening, Norge</i>	
Megling som alternativ tvisteløsning hvor partene har avtalt og iverksatt voldgift.....	35
<i>Trond Eilertsen, advokat, Wikborg Rein, Norge</i>	
Mæglingsformer som forberedelse, alternativ eller supplement til voldgift	45
<i>Jes Anker Mikkelsen, advokat og partner, Bech-Bruun, Danmark</i>	
Brug af eksperter i voldgiftssager eller “wild parties and tame experts”	55
<i>Lars Rosenberg Overby, advokat, Hafnia Advokatfirma , Danmark</i>	
Samspil med de ordinære domstole	59
<i>Mette Christensen, visepræsident, Sø- og Handelsretten, Danmark</i>	
Brug af voldgift som konfliktløsningsmodel i shippingtvister.....	71
<i>Kristina Siig, lektor, dr. juris, Syddansk Universitet, Danmark</i>	
Terms of Reference – fra et nordisk (shipping) perspektiv	91
<i>Jens V. Mathiasen, partner og Ditte Rust, advokatfuldmæktig Advokatfirmaet Gorrissen Federspiel, Danmark</i>	
Sjørettsfondets utgivelser	111



Det 26. Nordiske Sjørettsseminar



25.- 27. august 2014
Elite Hotel Marina Tower, Stockholm

Mandag 25. august

10.00-13.00	Registrering / innsjekk / lett lunch	
13.00-13.05	Åpning	PROFESSOR TRINE-LISE WILHELMSSEN (NIFS) ADVOKAT JÖRGEN ALMELÖV (Setterwalls)
1. Plassering av temaet		Professor Knut Kaasen (NIFS)
13.05-14.05	1.1. Situasjonen 1.2. Alternativene 1.3. Momenter ved avveining av alternativene 1.4. Er det forskjeller sjø / offshore? Eller er det viktigere forskjeller f.eks. bygging/tjenester?	I panelet: ADVOKAT GUNNAR SØRLIE (BA-HR) ADVOKAT JOHAN SIDKLEV (Roschier)
14.05-14.30	Pause	
2. Oppnevne/ etablering av voldgift		Justitieråd Svante Johansson (Högsta domstolen)
14.30-16.30	2.1. Forum - <i>valgfrihet; konsekvenser av valg</i> - <i>institusjonell / ad hoc voldgift</i> - <i>lovvalg</i> - <i>prosessvalg</i> - <i>Pro / con typiske internasjonale fora</i> 2.2. Oppnevne av voldgiftsrett - <i>Oppnevne/måter</i>	I panelet: UNI.LEKTOR KRISTINA SIG (Syddanske uni.) ADVOKAT JENS V. MATHIASSEN (Gorissen Federspiel) ADVOKAT STEFAN BROCKER (Mannheimer Swartling)

	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Partsperspektiv/dommerperspektiv på kriterier og metoder ved oppnevningen («beauty contest»?)</i> - <i>Habilitet: Kriterier, fremgangsmåter</i> - <i>Oppnevning av formann: Partenes innflytelse</i> - <i>Strid om voldgiftsrettens habilitet / kompetanse</i> - <i>Et internasjonal «travelling circus»?</i> <p>2.3. Terms of reference</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Funksjon, form, pitfalls</i> - <i>Rolle i nordisk voldgift?</i> 	
18.00	Båttur i Stocholms skjærgård med middag ombord	

Tirsdag 26. august

08.00-09.00	Frokost	
3. Prosessuelle utfordringer/ nordiske forskjeller		Advokat Jörgen Almelöv (Setterwalls)
09.00-10.45	<p>3.1. Samspill med</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>ordinære domstoler (jurisdiksjons-avklaring, bevisopptak)</i> - <i>oppnevne institusjon (ICC, SHK osv)</i> <p>3.2. Midlertidig forføyning i voldgift?</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>behov, muligheter, motforestillinger</i> <p>3.3. Edisjonsplikt i voldgift</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>prosessuelle og materielle utfordringer for retten</i> <p>3.4. Voldgiftsdommen: Utfordringer</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>angrep på dommen</i> - <i>tvangsfullbyrdelse</i> 	I panelet: VISEPRÆSIDENT METTE CHRISTENSEN (Sø- og Handelsretten) PROFESSOR LASSE GORTON (Stockholms uni.) FØRSTEAMANUENSIS IVAR ALVIK (NIFS) ADVOKAT NIKLAS LANGENSKIÖLD (Castrén & Snellman)

10.45-11.15	Pause	
4. Praktiske/taktiske utfordringer		Advokat Eva Storskrubb (Roschier)
11.15-13.00	<p>4.1. Muntlig forhandling - <i>voldgiftsretten aktiv eller passiv, court reporter, sluttprosedyre eller post-hearing submissions, kontradiksjon, reassumering</i></p> <p>4.2. «Janus-problemet» i voldgift - <i>partsforholdene i flerleddede konflikter, praktisk håndtering av flerparts-voldgift</i></p> <p>4.3. Bruk av eksperter i voldgift - <i>alternative oppnevnelsermåter/roller, pro/con</i></p> <p>4.4. Forskjeller i nordisk voldgift og mellom nordisk og internasjonal voldgift?</p>	<p>I panelet: ADVOKAT HENRIK GAHMBERG (Hammarström Puhakka Partners) ADVOKAT ANDREAS MEIDELL (Thommessen) ADVOKAT LARS ROSENBERG OVERBY (Kromann Reumert)</p>
13.00-14.00	Lunch	
5. Meglingsformer som forberedelse, alternativ eller supplement til voldgift		Advokat Jes Anker Mikkelsen (Bech-Bruun)
14.00-16.00	<p>5.1. Tvistetyper og meglingsformer - <i>institusjonalisert megling, ad hoc, Prosjektintegret megling</i> - <i>PRIME; pro / con ved forskjellige typer tvister/partner</i></p> <p>5.2. Har megling en rolle i kommersielle forhold med profesjonelle aktører?</p> <p>5.3. I hvilke situasjoner kan det være aktuelt å starte megling under en voldgiftsprosess?</p>	<p>I panelet: ADVOKAT TROND EILERTSEN (Wikborg Rein) ADVOKAT JONAS ROSENGREN (Vinge) ADVOKAT CHRISTIAN F. MICHELET (Arntzen de Besche) VICE PRESIDENT STIG GREGERSEN (Skuld)</p>
18.15	Avgang festmiddag – Grand Hotel Saltsjöbaden	

Onsdag 27. august

08.00-10.00	Frokost	
6. Hvor går voldgiftsinstituttet, og hvor vil vi at det skal gå?		Professor Ola Mestad (NIFS)
10.00-12.00	6.1. i Norden <i>- internasjonalt</i> 6.2. Markedet for nordisk voldgift i et internasjonalt perspektiv <i>- utviklingstrekk</i> <i>- hva kan vi påvirke gjennom utvikling av voldgiftsklausuler i standardavtaler</i>	I panelet: ADM.DIR. GEORG SCHEEL (Nordisk) GENERALSEKRETERARE ANETTE MAGNUSSON (Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut)
12.00	Avslutning/lunch	

Nordic maritime and offshore arbitration

Geir Gustavsson
partner, Advokatfirmaet BA-HR DA, Norge

1 Background

This article is based on a presentation held at the 26th Nordic Maritime Law seminar hosted by the Nordic Institute of Maritime Law. The topic for the seminar was arbitration in shipping and offshore. My message at the seminar was that any discussion about shipping and offshore arbitration in the Nordic countries should address the fact that the majority of the disputes are referred to arbitration in London and that this is not necessarily something we should accept as inevitable.

Maritime arbitration on the Nordic countries is mainly conducted by way of ad hoc arbitration in each country and there exists no arbitration institute to which maritime arbitration is generally referred.¹ Each Nordic country has an Arbitration Act, some based on the UNICTRAL model law.² There are no full-time arbitrators in the Nordic countries and arbitrators are nominated among experienced commercial lawyers, judges and legal academics in the Nordic countries.

¹ The Stockholm Chamber of Commerce has an arbitration institute (“SCC”) established in 1917 which are widely used in international disputes, but the institute does not see many shipping and offshore disputes.

² UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

For more than 110 years (first edition 1900) it is published a series of law reports under the title *Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender* (ND), which translates as *Nordic Maritime Judgments*. The publication contains arbitration awards and judgments from Denmark, Finland, Norway, Sweden and Iceland. It covers maritime law, transportation law and connected areas.³

The maritime industry in the Nordic countries has very strong traditions and since late 1960ties development of offshore oil fields has also resulted in a strong oil-service and technology sector with a very international approach.

Despite the long traditions of the maritime and offshore industry in the Nordic countries, the industries have seen an increasing trend towards election of English law governing their contracts and an election of London as the venue for dispute resolution. With increasing complaints about the costs and complexity of resolving disputes in London, the question is whether the Nordic maritime and offshore law community may offer the international shipping and offshore industries an attractive alternative.

2 Nordic law in international maritime business

To become an alternative to London and English law it is necessary that the international shipping and offshore communities can accept that their contractual relationships are governed by the law of the Nordic countries. The answer to this question is in my opinion clearly affirmative for the following reasons:

Choice of law in a contract in the shipping and offshore industries should be most important within the area of insurance contracts. Any shipowner, cargo owner and financier is dependent on a reliable insu-

³ Publisher is Nordisk Skibsrederforening

rance contract, not least because payment under insurance is not necessarily made to the assured himself but to third party interests such as mortgagees. The Nordic market for insurance is the single most important market outside of United Kingdom. According to the latest fact sheets from CEFOR⁴, 22% of the World Fleet is covered partly or wholly for H&M insurance with a Nordic insurance company and the Nordic insurers' share of the World Fleet covered with P&I insurance as part of the P&I Clubs International Group is 29 %.

All the Nordic insurance companies offer insurance based on their respective national law governing the terms of the insurance contract.⁵ It must therefore be a fair statement to say that owners and financiers to the World Fleet generally accept Nordic law. It cannot be choice of law provisions, but other terms which makes the UK insurance market world leading (the corresponding figure for P&I in the UK is 61%).

In addition to insurance, another very important area to the shipping and offshore communities is finance. Also in this market we see that almost all leading international financial institutions accept Nordic law and an increasing number of international syndicated bank loans are documented on the basis of Nordic law. We have also come across Nordic documentation and Nordic choice of law where the parties otherwise have no Nordic connection. The Nordic documentation style is of course today inspired by English and American contracts but often drafted in a more pragmatic and simple style. This style may have gained confidence as the parties sometimes may feel that the English and American styles result in too complicated contracts being difficult to manage for non-legal commercial professionals. In some segments the Nordic style documentation is aspiring to be a preferred choice.

The Nordic banks continue to have a leading position as bookrunners and agents in the international shipping and offshore market. The Nordic banks have from 2010 had an impressive world market share of 25 – 30%

⁴ The Nordic Association of Marine Insurers having 13 members in the Nordic countries

⁵ Nordiske Insuranceplan cl 1-4, Skuld Rules cl 47, Gard Rules Article 19 and Swedish Club Rules 18

according to the League Tables for Marine Finance (Bookrunner).⁶ In syndicated loans a variety of international banks participate and accept that the financing is documented under the laws of one of the Nordic countries.

In recent years we have seen an enormous increase in volume and transactions for so-called “Norwegian style bonds” which generally have a loan agreement governed by Norwegian law. This re-confirms that the market (including US and EU bond investors) accept a governing law clause of a Nordic country and reference to dispute resolution in a Nordic country.

On the Norwegian Continental Shelf there was in the spring of 2014 33 oil-companies with licence to produce oil and another 22 with licence merely to explore.⁷ There is a requirement from the government that the contracts in the licences are based on Norwegian contract traditions and all operations at the fields shall be governed by Norwegian law.⁸ All the international oil companies must for this purpose thereby accept Norwegian law.

The strong traditions in the maritime and offshore industry have also the effect that there are other strong industry professions such as ship-brokers, equipment suppliers and shipyards. The general terms and conditions for these entities and the assignments of these professionals are generally contracted by Nordic law as the governing law with jurisdiction in a Nordic country. In the Nordic countries we have also the headquarter of a leading classification society (DNV GL) and Oslo Stock Exchange is Europe’s largest shipping stock exchange and the world’s second largest stock exchange for oil-service.⁹ Any listed entity will therefore also be somewhat involved with Norwegian law.

⁶ Dealogic Marine Money (The Nordic banks regularly accept also finance under other choice of law)

⁷ <http://factpages.npd.no/factpages/>

⁸ Section 1-5 of Act 29 November 1996 No. 72 relating to petroleum activities and Clause 7 of the standard Production Licence (Norw: *Utvinningstillatelse*); https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/oed/pdf_filer_2/og/utvinningstillatelse.pdf

⁹ http://www.oslobors.no/ob_eng/

Despite this apparent general acceptance of Nordic law we do not see the same trend when the parties elect law in their standard contracts in the shipping industry. Several of the most commonly used standard contracts are originally developed with Nordic law as background law and later adopted by BIMCO.¹⁰ The most beloved document throughout the various segments in shipping and offshore is probably the Norwegian Saleform widely used in second-hand ships sale and purchase transactions. In this document you can still find the pragmatic and simplicity offered by what I refer to as “Nordic style”. Despite its origin as a Nordic document, its recent editions, including the NSF 2012-form, only explicitly mentions London and New York as venues for arbitration.

The above clearly shows that Nordic law is widely accepted internationally and there is no reason why Nordic law shall not be actively promoted and dispute resolution in the Nordic countries should not be widely accepted internationally.

3 Acceptable vs preferable

We have now seen that Nordic law and dispute resolution should be acceptable internationally. Whilst this is of course encouraging, it is not very helpful if English law and dispute resolution in London are seen more attractive.

We can of course simply “wait out” London. Bruce Harris a former president of the London Maritime Arbitration Association, in his article about London Maritime Arbitration¹¹ refers to London as an “empire” of maritime dispute resolution. This is in my view a fair description of London’s position today. Mr Harris emphasises with reference to history

¹⁰ The Baltic and International Maritime Council is the world’s largest international shipping association, with 2,300 members in around 130 countries with core objective to facilitate the commercial operations of their members by developing standard contracts and clauses, and providing quality information, advice and education.

¹¹ <http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/London%20Maritime%20Arbitration%20by%20B%20Harris.pdf>

that all empires at some point will decent. That may of course also happen to London as the empire of dispute resolution in the maritime market. Empires such as the Roman Empire and the Ottoman Empire were however powerful for centuries. In that perspective it is probably not a good idea merely to adopt a wait and see attitude although it may be true that also the popularity of London as an arbitration centre will decline by itself.

In an increasingly competitive world, international industries such as the shipping and offshore industries should make sure they have competitive alternatives. This is so even in a niche area such as centres for international dispute resolution. Competition is generally recognised necessary for innovation and cost efficiencies and the industries should therefore for this reason strongly promote the development of an alternative to London maritime arbitration.

To form a preferable or a widely used alternative to London, a centre will probably need to be of a reasonable size itself. Some facts may therefore be of interest. The Nordic region forms the 7th-largest area in the world and the estimated combined GDP of the Nordic countries was USD 1,117 billion¹² which would be the 17th top world economy. The Nordic countries had a combined population of around 26 million people. Probably more encouraging is that a study by Mercedes Delgado at Temple University, Christian Ketels and Michael E. Porter at Harvard and Scott Stern at MIT concludes that “*the Nordic countries have the most productive businesses of all and are best-equipped to compete in the global economy*”.¹³

The Nordic countries shipping and offshore traditions with their industries continuing strong position in terms of local support should give the Nordic alternative strong local support. Another observation is the fact that all the Nordic countries have a variety of industries and service providers and therefore will not be expected to favoring one industry position in a dispute. Shipowners, insurers, financiers, brokers, classification societies, shipbuilders and equipment manufacturers can

¹² http://en.wikipedia.org/wiki/Nordic_countries

¹³ <http://www.businessinsider.com/why-nordic-countries-are-more-competitive-than-everyone-else-2012-7>

all be mentioned and thus the Nordic alternative should have every reason to be perceived as neutral. The cargo owners strong position in the US have been said to favoring them in a New York arbitration and may be a reason why we today see less clauses referring disputes to New York.

All the above may appear promising, but will likely not by itself persuade the industry that the Nordic alternative is preferable. In my view, the strongest arguments are the fact that a Nordic alternative is well positioned to offer a simplified and more cost efficient resolution process. This may be my subjective opinion and the Nordic academic profession should make further research which may support these arguments. The general shipping professional will also have his or her separate view on the weight of those arguments based on personal experience.

In shipping and offshore it is recognized that disputes will regularly occur. Lawyers may think that a client is willing to pay ridiculously high fees and associated costs as long as the client eventually win and is entitled to full costs recovery. Writing as a lawyer it is of course disappointing, but the truth is that a shipping professional has a different approach and a competitive dispute resolution alternative will have to accommodate that thinking.

Industry players who are in the industry to stay will accept that they necessarily will win some and lose some of their inevitable disputes. Even looking at its own economic, a shipowner or charterers will have a preference for cost efficiency. The fact that your opponent is either a customer, a service provider to yourself and in arbitrations always a party with whom you have elected to contract give no reason to celebrate a full victory with full recovery cost as there is always a losing party picking up those costs. For the industry itself cost efficient dispute resolutions will also save overall costs. Therefore to become a preferable alternative a Nordic alternative will have to persuade the industries that they can offer a more cost efficient alternative.

Historically London maritime arbitrations were conducted, often informally, before members of the shipbroking fraternities.¹⁴ Whilst you

¹⁴ <http://www.lmaa.org.uk/>

will of course still find from time to time a former shipbroker in the tribunal it is an increasing trend to appoint arbitrators with legal qualifications. The formal qualification of the arbitrators is not necessarily of relevance. One criticism towards London arbitration is that the system has become too complex and thereby far too expensive. It may be said that this development is necessary because of the increasing complexity in the disputes. It is however not necessarily correct that ordinary chartering disputes should be more complex today and it may be that the legal community in London has taken some advantage of its “empire position” and thereby increased its own earnings at the costs of the industries it has been confided to serve.

The question is whether the Nordic legal community can offer a better alternative. It is fair to say that also the costs of litigating in the Nordic countries are increasing. Documentary evidence increases partly because of access to electronic files and hearings are stretched for more days. The reason may be that the Nordic community look towards “the empire” and expects that this deliver what the industries require. Nevertheless, it is some major differences between the English approach and the Nordic approach which in my view makes the latter more cost efficient.

A major part of the cost incurred in a London arbitration is a result of production of written evidence by way of witness statements and expert reports which are often reviewed in draft forms by both solicitors and barristers. Experts are appointed and witnesses are of course heard also in a Nordic litigation, but it is less use of produced written evidence in the preparation for and in the trials themselves. Production of evidence may result in shorter hearings but I believe that the production of written evidence has increased substantially the preparation costs in London and thereby the overall cost. The Nordic approach with the hearing being most important and witness statements and expert reports seldom exchanged, the time and costs invested in preparation should be far less and thereby substantially reduce the overall costs. Industry players having experience with both systems will hopefully confirm that the Nordic approach is substantially more cost efficient.

The Nordic alternative will also offer an alternative based on a civil

law legal system which may be both preferable and more recognizable for many. The survival of the simplicity of the aforementioned Saleform clearly demonstrates that this approach is preferred in the market. Whilst a Nordic alternative will adopt a different approach to contract interpretations it should be said that it is seldom that the final outcome of a dispute will differ as a result of the choice of law and overall I do not think that possible differences will cause difficulties promoting a Nordic alternative.

The Nordic maritime legal professions have also long traditions and you will find firms with equivalent history as you find in the London market. The Nordic alternative should therefore be able to offer the required infrastructure and efficiency to be a preferred alternative to London should the industry decide to look for an alternative.

4 Nordic vs Norwegian alternative

The readers will have seen that I above have mostly referred merely to “Nordic Law” without disclosing the fact that “Nordic Law” is non-existing. The truth is that there are similarities between the laws of the four Nordic countries, mainly as a consequence of co-operation in certain areas of private law including insurance, but each country has its own completely independent legislature and court system.¹⁵

It is of course a challenge that there is not one legal system, but the challenge should be possible to overcome. One possibility is that we identify the possible differences and in the general rules applicable to the arbitration expressly stipulate the solution to prevail. This requires of course some research, but given the historical position with cross border cooperation within the relevant areas of law, there should be few differences and a group of academics should be in a position to identify the most important differences.

There are several good reasons for promoting a Nordic alternative as

¹⁵ <http://www.nordicplan.org/Commentary/>

opposed to for example a Norwegian alternative. First of all I do not think that any of the countries on its own have sufficient standing to be a true alternative to London. The infrastructure which is required to be a true alternative requires a higher population with a variety of lawfirms, experts and independent arbitrators. A very interesting observation is that we already see arbitrators from one Nordic country being appointed in an arbitration held in another country.

Another reason is of course that the Nordic alternative will be much stronger if the legal professions of all the countries join forces. Whilst that is not necessarily important for the shipping and offshore industries, we have to be realistic and the work required to become a preferred alternative require wide enthusiasm within the Nordic countries. In my opinion it must therefore be “something in it for all of us”; i.e. the legal professions of all the Nordic countries.

A side benefit of the Nordic approach is that in international disputes the rules of a Nordic arbitration association may include provision stating that the place of arbitration shall not (unless otherwise agreed) be in the country of either of the parties to the dispute in question. This may give a further perception of integrity and independence. The seat of the arbitration could be the city of the “third” arbitrator appointed; the arbitrator usually referred to as the chairman of the tribunal. That will also be the city for the hearing of the arbitration and whilst being referred to as a Nordic arbitration, for the purpose of enforcement (the Nordic is not a party to the New York Convention, but each Nordic country is a party) and intervention with court any Nordic arbitration will also have to be an arbitration in the country of the deemed place of arbitration. It is from time to time necessary with court intervention also when a dispute is referred to arbitration and there is a necessity that also the Nordic arbitration rules can accommodate jurisdiction of a designated national court for the individual arbitration.

By the Nordic Institute of Maritime law which in 2013 celebrated its 50th anniversary the Nordic legal society also already have a highly regarded common body with a Nordic legal academic approach. The development of a Nordic maritime and offshore arbitration will offer many

possibilities for further research and wider interest for academic publications. The institute has also some administrative staff and may also take the necessary administrative coordinating role should the industry be able to provide finance for such. With the institute together with the Nordic Maritime Judgments (the law report) celebrating its 115th anniversary the Nordic approach should have all tools at hand to become an attractive alternative to London arbitration.

The Nordic maritime legal profession has good skills in the English language because that is the working language of their clients. It will probably be a need for the most relevant historic case law to be translated and published. All proceedings and publicity of arbitration awards will of course be in the English language. There should be no need to change the clauses of any of the commonly used standard contracts in the industry. They are already reasonably well tested also with a choice of law provision of any Nordic country. A wider use of Nordic choice of law clauses may however result in a wider interest for the background law position of the Nordic countries in the various documentary committees reviewing these standard contracts from time to time.

At the discussion after the presentation at the seminar from which this article is based, a BIMCO representative emphasized that they are approached by a lot of single countries who promote their alternative. The representative indicated that they could not accommodate all, but a joint Nordic approach could give the necessary strength to actually become an alternative to which the BIMCO standard arbitration clause can expressly refer should the Nordic alternative gain acceptance within the shipping and offshore industry.

Interestingly there are also other forces moving towards a joint Nordic approach. The historic and well accepted Norwegian Plan for H&M insurance (being the terms of coverage for H&M insurance) have been replaced by a Nordic plan and there are today discussions about a possible Nordic Bond-loan Agreement which if it is developed will replace the widely used Norwegian Bond-loan Agreement recommended by the Nordic Trustee (who incidentally recently changed its name from the Norwegian Trustee).

Within the Nordic countries the industries will find more than 20 lawfirms with an active maritime practice being capable of providing independent representation to parties to maritime disputes and independent arbitrators supplied by academics, judges and relevant commercial men and women with all relevant experience required by the industry.

Providing relevant rules for the arbitration and recommended arbitration clauses should overcome any difficulties in relation to the fact that there currently is no true Nordic background law. Already today we often see references to case law of other Nordic countries in local awards and judgments. It is the same main principles in the background law and most of the relevant legislature are based on the same models. A carefully drafted rule requiring the arbitrators to base their finding of the relevant rules of all the Nordic countries should therefore not cause difficulties incapable to overcome.

5 Structure of the alternative

With the exception of the well-recognised Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), arbitrations in the Nordic countries are so-called ad-hoc arbitrations. The maritime industry has however been hesitant to accept SCC, probably because institute arbitrations are not commonly used in the international maritime and offshore industries. In Denmark and Norway there are few arbitrations referred to local arbitration institutes.

It will take some efforts to promote a Nordic alternative and it will not assist if at the same time the industries will need to be persuaded for a shift towards institutional arbitrations. As emphasised by Bruce Harris; *“the IMO, an organisation set up some years ago between the ICC and the CMI to provide an international court of maritime arbitration, has been a singular failure. It is plain that the shipping parties do not want administered arbitration. I can understand why, because it tends to be slow, expensive and*

*burdened with unnecessary bureaucracy.*¹⁶ It is believed that part of the popularity of London maritime arbitration is caused by the fact that LMAA is not an administering body or (with some exceptions) an appointing authority.¹⁷ This is entirely the same concept we see in maritime arbitration in the Nordic countries where administration of arbitration is done by the individual tribunal involved. Any Nordic alternative should in my opinion build on this generally accepted tradition.

Whilst we do not need an institute we need a coordinating body and an association promoting the Nordic alternative. Nordic Institute of Maritime law is in my view ideally positioned to take a coordinating role, but an association should be established to form relevant standard terms and finance the promotion.

Being a new venture it is of course necessary to adopt terms reasonably similar to terms already used by other generally accepted associations and institutions. However, it may also be necessary to be innovative. It is not for this article to introduce innovative ideas as many of the readers are much better placed for this. Simplicity, cost efficiency and speed are however keys to any success. Providing a small claims procedure with for example a maximum of two days hearings and cap on costs for claims lower than for example two million dollars may be one way of forcing the parties (and more importantly perhaps their advisors) to simplify their disputes and thereby achieving the industries requirement for speed and cost efficiency. For other disputes a right to appeal a question of law (not facts) may be considered appropriate.

I should also emphasise that we have already good traditions for mediations and “semi-mediation” in the Nordic countries. By semi-mediation I refer to a mediation process where the mediator is expressly instructed to recommend a settlement proposal based on his determination of the parties legal and commercial positions. Whilst this approach is not recognised as appropriate for a true mediator, we see that the parties to a dispute which are offered this alternative either at the time of agreeing to mediation or during mediation often applaud this alternative. I have

¹⁶ Harris page 122

¹⁷ Harris page 121

personally never heard any negative experience in hindsight with this approach because the parties remain free to accept the settlement proposal and such proposal may be necessary for the parties to find the right level for their amicable solution. The time and cost invested in a good mediation process may appear wasted if not a proposal from the independent mediator is offered should the parties not otherwise find agreeable terms to settle. These services may of course be attractive “add-ons” to the Nordic alternative. It must however be recognised that not all disputes are appropriate to mediate. In my view making mediation mandatory will therefore be counter-productive to the promotion of the Nordic alternative.

6 Conclusion

This article is written as an entire promotion of a possible Nordic alternative to London as centre for maritime arbitration and dispute resolutions. I have identified some challenges but the list is not exhaustive. Subsequent of the presentation from which this article is based, I have received an overwhelmingly enthusiasm for taking this further. It is of course fully recognised that there is a lot of work to be done before the Nordic maritime community can possibly launch the “Nordic Maritime and Offshore Arbitration” and actively promote it towards the international shipping and offshore industries. Nevertheless, I do hope that this article will inspire those appropriately positioned to take part in the development of a Nordic alternative. This alternative needs every ambassador available for it to become a reality and not merely a fiction.

Hvor går voldgiftsinstituttet og hvor vil vi at det skal gå?

Georg Scheel, adm. dir.
Nordisk Skibsrederforening, Norge

Paneldebatt på det 26. Nordiske Sjørettsseminar i Stockholm i august 2014, ledet av professor Ola Mestad. Paneldeltagere var advokat Geir Gustavsson, BA-HR, generalsekretærene Annette Magnusson, Stockholms Handelskammare och Skiljedomsinstitut og Georg Scheel, Nordisk Skibsrederforening.

Denne artikkelen tar for seg noen av de punkter som ble diskutert i ovennevnte paneldebatt. Artikkelen er ikke koordinert med artikler fra de øvrige paneldeltagerne, og det kan derfor være en del overlapp. Min artikkel konsentrerer seg primært om de delene av paneldebatten som jeg tok opp i min innledning, men jeg går noe ut over dette.

Jeg har vært tilknyttet Nordisk Institutt for Sjørett fra 1972-1975, og har arbeidet i Nordisk Skibsrederforening fra 1980 til dags dato. Nordisk håndterer et stort antall sjørettsaker, og mine betraktninger om utviklingen av voldgiftsinstituttet er primært basert på egen erfaring, og uten at jeg har søkt å underbygge mine betraktninger mer vitenskapelig.

1 Internasjonale voldgiftssentra

Avtalt tvisteløsning i shipping har stort sett vist til voldgift i London eller New York. Det er disse to stedene som tradisjonelt har vært de interna-

sjonale sentra for denne type tvister. Det er også andre sentra som aspirerer til å bli internasjonale voldgiftssentra for shipping, hvorav særlig Singapore de senere år har vært meget aktive med å fremheve sitt kandidatur (oftest med voldgift i Singapore etter engelsk rett.) Det er også andre steder som ser seg selv som internasjonale voldgiftssentra innenfor shipping, men i praksis blir disse stedene stort sett brukt når det er nasjonale parter eller i hvert fall at en av partene er fra det land hvor voldgiftssenteret er. Et eksempel på dette er Paris. Som jeg skal komme tilbake til nedenfor har utviklingen vært i retning av at disse sentraene har fått mindre betydning, og at London har blitt mer dominerende.

Både London og New York har egne institusjoner som er sentrale i maritime voldgifter. I London er dette London Maritime Arbitrators Association (LMAA) og i New York Society of Maritime Arbitrators (SMA). Begge disse organisasjonene har et regelsett om hvorledes voldgiftene skal drives, men i all hovedsak er dette regler som kun i en viss grad utfyller de vanlige reglene for voldgift som ellers følger av lokal lovgivning om voldgift og Uncitral Model Law. Dette innebærer at voldgift under SMA eller LMAA reglene langt på vei følger tilsvarende regler som en ad hoc voldgift ellers ville gjøre. Ingen av disse organisasjonene har et sekretariat som overvåker prosessen, fastsetter honorarer, eller for øvrig blander seg inn i voldgiftsprosessen. Det betales heller ikke noe honorar til SMA eller LMAA for voldgiftene. Disse forhold innebærer at voldgift etter SMA eller LMAAs regler derfor har store likheter med vanlige ad hoc voldgifter, i motsetning til voldgift i henhold til Stockholm Handelskammers regler, Danske Voldgiftsinstitutt eller ICC.

Jeg vil likevel peke på at etter LMAAs regler har man egne bestemmelser for såkalt small claims procedure. Dette er i realiteten skriftlig håndtering av «mindre» krav, i praksis krav på under USD 100,000, hvor det kun er én voldgiftsdommer, ingen muntlig høring og derfor heller ikke bruk av kryssseksaminasjon, sjelden ekspertuttalelser m.v. Det er mange av LMAAs voldgiftssaker som går etter reglene om small claims procedure.

2 Utviklingen fra 1960/70 årene og fremover

Selv om New York og London også for 50 år siden var dominerende sentra for maritim voldgift, var de på langt nær enerådende. Det var den gang mer vanlig med kontrakter både på lokalt språk og med lokalt lovvalg, dvs. kontraktsspråk som ikke var engelsk. Etter hvert har engelsk blitt det dominerende språket i maritime kontrakter. Dette gjelder ikke bare certepartier, men også andre kontrakter. Alle kontraktene som publiseres av BIMCO (og stort sett lages av BIMCO) er på engelsk.

Vi ser at også tradisjonelt norske dokumenter nå oversettes til engelsk, eller kommer i ny original på engelsk. Dette gjelder ikke minst Saleform som er verdens mest brukte kontraktsformular for kjøp og salg av skip, og Standard Norsk Byggekontrakt som i dag er engelskspråklig. Vi ser også at engelsk brukes som kontraktsspråk mellom parter som alle er hjemmehørende i de nordiske landene.

Konsekvensen av at engelsk språk brukes medfører at det er lettere å godta engelsk (eventuelt amerikansk) rett også når det gjelder lovvalg og verneting. Dette forsterkes av at de engelske kontraktene bruker engelske rettsbegreper som typisk er utviklet og presisert i engelske dommer, og som egentlig ikke direkte kan oversettes til skandinavisk fordi begrepene ikke har en helt parallell betydning i vårt rettssystem.

I samme retning trekker BIMCOs standardkontrakter hvor voldgiftsklausulene har London og engelsk rett hvis ikke noe annet uttrykkelig er sagt. BIMCOs voldgiftsklausul inneholder dessuten også et valg av New York som et alternativ, i tillegg kommer Singapore etter den nyeste revisjonen. Riktignok inneholder BIMCOs voldgiftsklausul også et alternativ for andre steder men dette går ikke lengre enn å presisere at partene har frihet til å velge hvor og eventuelt etter hvilken rett et tvist skal avgjøres.

Det er på det rene at London har styrket seg som det viktigste internasjonale senteret for maritime voldgifter. LMAA opererer med et tall opp mot 5000 nye voldgiftssaker i året, noe som ligger vesentlig over alle «konkurrentene». Veksten har særlig gått på bekostning av New York.

Dette henger nok delvis sammen med at New York i en periode ble ansett som lite attraktivt. Det var flere forhold som spilte inn her, bl.a. kostnadene, at de muntlige høringene ikke var sammenhengende og ofte ettermiddagshøringer, og det var ikke uvanlig med flere dager mellom hver høring (voldgiftsdommerne hadde andre arbeidsoppgaver). Den vinnende part fikk ikke tilkjent saksomkostninger og dessuten dannet det seg et inntrykk av at noen av de amerikanske voldgiftsdommerne var enten reder- eller befraktervennlige. Utfallet av voldgiftssaken avhang dermed av hvem de to voldgiftsdommerne valgte som leder av panelet. Det var derfor ikke uvanlig at voldgiftsdommene hadde et 2-1 resultat. SMA offentliggjør voldgiftsdommene og det var derfor enkelt for partene å «kartlegge» om en voldgiftsdommer var reder- eller befraktervennlig. Mange av disse forholdene er nå endret, men disse forhold bidro etter min oppfatning til at Londons forsprang økte.

Dette hadde en selvforsterkende effekt. I certepartiforhold er det vanlig at en befrakter viderebefrakter skipet enten på sub-timecharter eller sub-voyagecharter, noe som kan gjøre det ønskelig å ha mest mulig back-to-back bestemmelser hvis det oppstår problemer. For en befrakter som tar skipet på timecharter fra en eier, kan det derfor fremstå som en fordel at engelsk rett brukes fordi det er sannsynlig at en underbefrakter vil ønske å bruke engelsk rett.

I tillegg til dette har London en del andre sterke sider. Den, riktignok begrensede, mulighet til å anke voldgiftsdommer har medført at det i England er en rekke saker hvor prinsipielle rettsspørsmål er løst av domstolene. De engelske domstolene har meget høy kompetanse innenfor de maritime næringer, har dyktige dommere, og dommere som er upartiske. Dertil har London god tilgjengelighet på eksperter, erfarne sjørettsjurister og annen kompetanse som kan være nødvendig i forbindelse med sjørettssaker.

På denne måten har London vært inne i en «god spiral». Flere saker medfører større mangfold, flere erfarne sjørettsjurister og generelt bedre og bredere kompetanse.

3 Utviklingen i den praktiske håndteringen av voldgiftssaker

Voldgift skulle være en kvikk og relativt rimelig prosess for å løse kommersielle problemer. Voldgiftsretten skulle avgjøre saken i henhold til de rettslige regler som var relevante men voldgiftsdommerne selv trengte ikke være jurister. Både i London og New York var voldgiftsdommerne først og fremst kommersielle shippingfolk, «commercial men». Etter SMAs regler var dette et vilkår, men også i London var dette vanlig. Dette innebar ikke nødvendigvis at jurister var ekskludert, men det ble i mindre grad brukt praktiserende advokater eller dommere som medlemmer av voldgiftspanelet. Poenget var at voldgiftsretten skulle ha god bransjekunnskap, og skulle kunne fortolke kontrakter med bakgrunn i bransjepraksis for å forstå hva partenes felles oppfatning av kontrakten skulle være. Voldgiftsdommernes bransjekunnskap, og en mindre formell prosessform enn for domstolene skulle sikre en rask og billig avgjørelsesmetode. Jussen var likevel viktig, men hadde kanskje ikke samme dominerende plass som i dag.

I Norge var det mer vanlig å ha jurister som voldgiftsdommere, særlig vanlig var det at voldgiftsrettens leder var en jurist.

Utviklingen har helt klart gått i retning av at voldgiftsprosessene er blitt mye mer lik den behandlingen som finner sted ved domstolene. For det første brukes jurister i mye større grad som voldgiftsdommere i dag enn tidligere, og selve prosessen følger langt på vei de reglene som gjelder for domstolsbehandling i de ulike jurisdiksjonene. Det er selvfølgelig en del forskjeller, bl.a. fordi voldgiftsdommernes kompetanse er mer begrenset enn dommernes, f.eks. retten til å pålegge partene å fremlegge bevis m.v. I praksis er imidlertid forskjellen ikke stor.

Som eksempel kan nevnes fremleggelsesplikten av dokumenter i England (og USA), «disclosure». Denne plikten til å stille all dokumentasjon en part har til gjennomsyn for motparten var (er) en meget omfattende prosess som nok var noe enklere i voldgiftssaker enn for domstolene. Denne plikten omfattet all dokumentasjon som kunne tenkes å

være relevant. I England har denne plikten blitt noe modifisert de senere årene, bl.a. ved at partene skal fremlegge sentral dokumentasjon også i forbindelse med stevning og tilsvar. Plikten til å fremlegge dokumenter som har tilknytning til saken, men er lite relevant for tvistes spørsmålet er nå (vesentlig) modifisert. Forskjellen mellom domstolsbehandling og voldgiftsbehandling er nå mindre tydelig.

På den annen side har voldgiftspraksis tatt opp i seg tradisjonen i domstolsbehandlingen med skriftlige forklaringer fra vitner, selv om vitnene senere skal forklare seg overfor voldgiftsretten. Det er også blitt vanlig å fremlegge skriftlige «skeleton arguments», dvs. en skriftlig disposisjon både til innledningsforedrag og prosedyre. Disposisjonene er ofte svært detaljerte, slik at de nærmest fremtrer som et fullt skriftlig innledningsforedrag og en full skriftlig prosedyre.

Både disse forhold og at selve voldgiftsprosessen i stor grad ligner på selve høringen i en domstol, gjør at forskjellen mellom voldgift og domstolsbehandling i praksis ikke er så stor, bortsett fra at voldgift som utgangspunkt er en eninstansprosess (med visse unntak; f.eks. maritim voldgift i Paris).

De utviklingstrekk som er nevnt ovenfor gjelder tilsvarende for voldgift i Norge. I dag er det vanlig at voldgiftsdommerne er jurister, gjerne praktiserende eller tidligere praktiserende advokater, dommere eller akademikere. I de tilfeller hvor det velges voldgiftsdommere som ikke er jurister, skyldes dette gjerne at partene ønsker å ha en viss ekspertise i domspanelet, slik at en eller begge parter oppnevner f.eks. en teknisk ekspert innenfor det området som tvisten gjelder.

I Norge er maritime voldgifter omtrent utelukkende ad hoc voldgifter, uten noe regelsett à la LMAAs eller SMAAs. Dette gjelder stort sett også i de andre nordiske landene. Riktignok har Sverige gjennom Stockholm Handelskammers Skiljedomsinstitutt og Danmark gjennom Voldgiftsinstituttet institusjonalisert voldgift langt på vei etter samme mønster som ICC. Voldgifter etter dette systemet er underlagt de reglene som institusjonen har satt opp, og institusjonene utpeker som utgangspunkt voldgiftsdommerne, fastsetter voldgiftsdommernes honorarer, og i større eller mindre grad overvåker prosessen. I hvert fall når det

gjelder ICC voldgift overvåkes ikke bare selve den formelle prosessen, men også det materielle innholdet i voldgiftsdommene blir gjennomgått av sekretariatet før endelig voldgiftsdom avsies. Honorarer, både til voldgiftsinstituttet og til voldgiftsdommerne er knyttet opp mot tvistesummens størrelse, selv om medgått tid også er en faktor det legges vekt på.

Disse institusjonene har imidlertid relativt få sjørettssaker. Dette har flere årsaker. En av dem er at institusjonalisert voldgift ofte er mer byråkratiske og tungdrevne, og ikke minst at det å igangsette en sak kan være relativt kostbart hvis tvistesummen er høy. I shippingforhold er det ikke uvanlig at hvis partene har vanskeligheter med å finne en kommersiell løsning på et problem, blir det oppnevnt voldgiftsdommer nærmest for å vise at det er alvor. I praksis setter dette partene under et sterkere press på å finne et forlik for å unngå en ellers mulig kostbar prosess. Dessuten er det ikke uvanlig at certepartier m.v. kan inneholde klausuler om at krav foreldes innen relativt kort tid, noe som også kan medføre at behov for å starte en voldgiftsprosess før de kommersielle forhandlingsmulighetene er fulgt fullt ut. I slike tilfeller er det lite ønskelig å måtte betale et relativt betydelige gebyrer til en voldgiftsinstitusjon for å starte en prosess.

Nesten alle maritime kontrakter har en voldgiftsklausul. Dette gjelder alle BIMCO certepartier og øvrige kontrakter, men også andre vanlige kontraktsformularer som Shelltime, Shellvoy, Produce m.v. har voldgiftsløsninger (selv om f.eks. Shelltime har English courts som et utgangspunkt).

Ad hoc voldgift, eller ad hoc voldgift i modifisert form gjennom SMA eller LMAA, er derfor helt dominerende i den maritime næringen, for så vidt gjelder kontraktsrettslige disputer hvor partene på forhånd avtaler verneting og prosessform.

4 Nordisk voldgift?

Spørsmålet her er om Norden kan være et alternativt forum for maritime disputer i konkurranse med andre sentra som London, New York og Singapore. Har vi komparative fordeler i forhold til de øvrige sentra?

Etter min oppfatning er det to hovedelementer som er særlig viktig. Det ene er selve prosessformen, herunder kompetanse, ugildhet, nøytralitet i forhold til partene. Det andre er at vårt rettssystem er basert på sivilrett, i motsetning til common law-tradisjonen som de andre nevnte sentra er underlagt.

Prosessrettslig ligger Norden et sted mellom den tradisjonelle engelske prosessform og det som er vanlig i sivilrettslige tradisjoner. Vi har mye av den engelske tradisjon med stor vekt på muntlige høringer, eksaminasjon av vitner, vekt på umiddelbar bevisføring m.v. Jeg mener dette er en styrke i forhold til den store vekt mange andre sivilrettslige land ligger på skriftlige fremstillinger, herunder skriftlige vitneforklaringer uten i særlig grad å være støttet av muntlige forklaringer med krysseksaminasjon av det samme vitnet.

På den annen side er vårt rettssystem og tankegang knyttet til den sivilrettslige tradisjon med bruk av juridiske begreper, klassifisering av rettsområder og relativt stor grad av kodifisering av reglene. I så måte følger vi den kontinentale tradisjon fra romerretten, Code Napoleon og Bürgerliches Gesetzbuch.

Common law tradisjonen i England og i de tidligere engelske kolonier med en slags dualisme mellom lovgivning og common law tradisjonen og hvor gjeldende retts viktigste kilde er (dels gamle) dommer. Med en meget sterk prejudikatstro blir tankegangen og argumentasjonsmåten lett annerledes i land med common law tradisjon kontra det vi ser i den sivilrettslige tradisjonen. Typisk er at der vi bruker rettslige prinsipper, henviser engelske jurister til en eller annen dom, og bruker denne dommens navn (partene i saken), eller skipets navn når de argumenterer, hvor vi bruker rettslige begreper.

I denne sammenheng er det viktig å minne om at den del av verden

som ikke en eller annen gang var under «the British Empire», stort sett er sterkt påvirket av den sivilrettslige tradisjonen, dvs. alle tidligere spanske kolonier, nederlandske kolonier, tyske områder m.v., og også viktige land som Kina og Japan har i sine rettssystemer har denne tradisjonen. Det er derfor nærliggende å tenke seg at Norden kunne virke attraktivt på de mange landene som er vant til den sivilrettslige måte å tenke juss på.

På samme måte som England har vi en sterk sjørettslige kompetanse, høy «moral», tradisjon for upartiskhet og «fairness». Selv om London ligger foran oss med hensyn til volum og «infrastruktur», bør vi imidlertid være konkurransedyktige også på dette punkt.

Videre er voldgiftsdommer (i hvert fall i Norge) endelige, og i praksis kan en voldgiftsdom ikke tilsidesettes av domstolene, med unntak av overtredelse av formelle regler som brudd på grunnleggende habilitetsregler, kontradiksjon m.v. Derimot kan dommene ikke angripes fordi jussen eventuelt skulle være feil. I London kan voldgiftsdommer ankes også på grunn av feilaktig lovanvendelse, selv om det ikke er lett å få en anke inn for engelske domstoler. I New York er et i utgangspunktet at det heller ikke er muligheter til å anke en voldgiftsdom.

Selve voldgiftsprosessen vår er mye lik den engelske. Generelt sett er det min oppfatning at voldgiftsprosessen i Norge er noe mer enkel enn i London, særlig ved at det ikke er så formelle krav til dokumentasjon og mindre bruk av eksperter, selv om dette er en gradforskjell som kan være vanskelig å påvise eksakt.

Hva er det så vi mangler for å bli et internasjonalt sentrum for maritime disputer?

For det første tror jeg vi trenger et rammeverk som f.eks. LMAA i London har laget. Dette innebærer at vi trenger en liste av personer som er velkvalifisert som voldgiftsdommere i sjørettsanliggende. Listen behøver på ingen måte å være uttømmende, men en liste over personer som kan dokumentere spesiell kompetanse både som voldgiftsdommer og kompetansen innenfor maritime områder. Dette innebærer at vi trenger en type «lett» organisasjon som kan ta seg av, og å utvikle og vedlikeholde et regelsett som tar for seg de praktiske sider av en voldgift

(som LMAA), som godtar hvem som kan stå på liste som kvalifiserte dommere (dette behøver ikke bety at partene ikke selv kan oppnevne hvem de vil, men et referansepunkt for å finne egnede personer). Videre må det være bestemmelser om oppnevning av voldgiftsdommere hvis den ene part ikke responderer på den annen parts oppnevning (dvs. den andre parten skal slippe å gå til lokal domstol for å få oppnevnt en voldgiftsdommer) o.l. Videre vil det være ønskelig å ha regler for skriftlig saksbehandling tilsvarende Small Claims Procedure.

I og med at vår rettstradisjon og lovgivning følger Uncitrals Model Law for voldgift og praksis er i overensstemmelse med vanlig internasjonal voldgiftspraksis, bør det ikke være problematisk å få til et slikt regelsett. Selv om det formelt ikke er noe som heter «Nordisk rett» eller «Skandinavisk rett», er våre rettssystemer så like at i praksis spiller det normalt ikke særlig rolle om hvilke av de nordiske lands domstoler som eventuelt er kompetente – men voldgiften må knyttes til et geografisk sted.

Da er utfordringen å ta initiativ for å starte en prosess for å få et «frivillig sekretariat» til en forening hvor sjørettsjurister (og andre) kan være medlemmer. Kanskje et samarbeid mellom de store advokatfirmaene i Norden kan være et mulig utgangspunkt for en slik organisasjon, eller kanskje i regi av Nordisk Institutt for Sjørett?

Som en avsluttende bemerkning vil jeg fremheve at jeg ikke tror det er noen målsetting at vi skal ha noen nordisk rettstradisjon som kommer til materielt forskjellige løsninger enn det som stort sett i dag er anerkjent i bransjen, mye basert på engelsk rett. Generell regellikhet i shipping – International Maritime Law – tror jeg i seg selv er en fordel. Generell bransjepraksis er derfor en viktig rettskilde. Dette er imidlertid en rettskilde engelske domstoler har liten respekt for, og vi har sett enkelte domstolavgjørelser i England som plutselig har satt vedtatte «sannheter» til side og opprettet nye sannheter. Dette er avgjørelser som tilsynelatende er basert på en bokstavtro og logisk analyse av kontraktsklausuler med relativt liten vekt på hvorledes bransjen har oppfattet disse klausulene. Her bør vi stå sterkere!

Megling som alternativ tvisteløsning hvor partene har avtalt og iverksatt voldgift

Trond Eilertsen, advokat, Wikborg Rein, Norge

Artikkelen er basert på en presentasjon holdt på det 26. Nordiske Sjørettsseminar i Stockholm 25. – 27. august 2014. Foredraget omhandler megling som alternativ tvisteløsning hvor partene har avtalt og iverksatt voldgift. Megling i voldgiftssaker vil ikke nødvendigvis skille seg vesentlig fra utenrettslig megling i saker som står for de ordinære domstoler.

1 Sideblikk – Tvisteloven (no. 90/2005)

I voldgiftssaker står partene helt fritt når det gjelder megling; det være seg om og når det skal megles, valg av meglingsmann, fremgangsmåte mm.

Innledningsvis kan det likevel være hensiktsmessig å se litt på tvistelovens regulering av utenrettslig megling. Disse reglene kan være veiledende for megling også hvor partene har avtalt voldgift. Mens partene i en utenrettslig megling kan enes om både form og struktur, har tvisteloven i kapittel 7 gitt føringer både med hensyn til krav til megleren, og hvordan meglingen skal gjennomføres dersom partene overensstemmende med § 7-1 har gjort avtale om utenrettslig megling etter tvisteloven. Fordi disse bestemmelsene også kan gi føringer for utenrettslig megling hvor partene har avtalt voldgift kan kort nevnes at megleren,

ikke overraskende, skal være upartisk og uavhengig av partene og kvalifisert for vervet, jf. § 7-2 (2).

Hva angår gjennomføringen av meglingen tar tvisteloven § 7-3 (1) det utmerkede utgangspunkt at parten skal delta i meglingen selv eller være representert ved en person med fullmakt til å inngå avtale om minnelig løsning. Dersom partene mener alvor med meglingen bør ikke meglingen utsettes og/eller avsluttes med bakgrunn i anbefalinger som må forelegges et styre eller andre organer hos parten før et utenrettslig forlik kan inngås.

Verdt å nevne er også § 7-3 (2) hvoretter meglere skal følge partenes avtale om fremgangsmåte for meglingen så langt meglere anser dette å innebære en forsvarlig behandling. Videre heter det i § 7-3 (3) at meglere kan holde møte med partene hver for seg eller samlet, og han skal søke en minnelig løsning. I anledning sistnevnte kan meglere fremsette forslag til løsning og gi uttrykk for styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon. Dette siste er etter min mening vesentlig for en forsvarlig og tjenlig megling, noe jeg kommer tilbake til nedenfor.

I fortsettelsen av tvistelovens kapittel 7 om utenrettslig megling kan for fullstendighetens skyld også kapittel 8 nevnes. Dette kapitlet omhandler megling og rettsmegling i de alminnelige domstoler. Det er hensiktsmessig og god prosessøkonomi at retten etter § 8-1 på ethvert trinn av saken skal vurdere muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom megling eller rettsmegling. Det skal foreligge konkrete forhold som taler mot en slik fremgangsmåte for at retten ikke skal vurdere megling som alternativ. Bestemmelsene i kapittel 8 er, til forskjell fra kapittel 7, tuftet på en aktiv medvirkning fra domstolen og kommenteres ikke ytterligere. Når det er sagt, er det etter min mening meget fordelaktig at tvistelovens kapittel 7 og 8 gir klare føringer for megling som alternativ til ordinær prosess. Rettsmegling er for øvrig et løsningsalternativ som benyttes i nesten 1/3 av sivile saker i Norge, og i de sakene som rettsmegles forlikes ca. $\frac{3}{4}$ av sakene.

2 Megling ved voldgift

I denne fremstillingen hvor megling er aktuelt i en pågående voldgifts-prosess forutsetter jeg at meglere ikke allerede er oppnevnt som voldgiftsdommer i saken. Det er etter min erfaring det vanligste, og innebærer at partene kan gjennomføre en megling parallelt med og helt uavhengig fremdriften i voldgiftssaken. Dersom en av de oppnevnte voldgiftsdommerne benyttes som megler vil dette få konsekvenser både for selve meglingen og ikke minst voldgiftsbehandlingen for det tilfelle at meglingen ikke lykkes. Disse tilfellene behandles ikke her.

Hensikten med megling er å søke en minnelig og ønskelig løsning som vil avslutte den aktuelle tvist, eller i det minste enkelte av flere tvistepunkter. En vesensforskjell fra domstolsbehandling er jo nettopp at megling i utgangspunktet handler om å løse en konflikt, ikke avgjøre den.

3 Fordeler ved megling

Som for andre tvisteløsningsalternativer er det fordeler og ulemper ved megling. Når megling har etablert seg som et godt løsningsalternativ skyldes det etter min mening at fordelene er større enn ulempene.

For det første er megling klart tidsbesparende. Den tid som settes av til megling vil normalt være vesentlig kortere enn tiden man avsetter til en voldgiftsbehandling. Vi har de senere år sett en klar tendens til at saker ved domstolene og/eller voldgift får et unødvendig stort omfang, både hva angår tidsbruk og dokumentasjon. Jeg har selv vært involvert i voldgiftssaker hvor det har vært satt av tid til muntlig forhandling over flere uker, men hvor megling har vært gjennomført og resultert i forlik i løpet av noen få dager. For klienten vil redusert tidsbruk være fordelaktig idet sentrale personer i partens organisasjon ofte er involvert. Man unngår da å måtte sette av mye tid til møter, gjennomgåelse av dokumentasjon, prosesskriv m.m. med sin prosessfullmektig forut for hovedforhandlin-

gen, samt tilstedeværelse under selve forhandlingen. Det samme gjelder eventuelle vitner og sakkyndige.

For det andre vil megling i utgangspunktet være vesentlig mer kostnadsbesparende, jf. det som er sagt ovenfor vedrørende tidsbruk. Tid er penger for parten, så vel med hensyn til eget tidsforbruk som for hans prosessfullmektig. Onde tunger hevder at fremveksten av meglingsinstituttets betydning som løsningsalternativ møter motstand hos prosessfullmektiger som skuler til redusert egeninntjening ved forlik. Men, skal man ”fremme rett og hindre urett” er det etter min mening klart at megling kan og bør vurderes som et tjenlig løsningsalternativ for klienten.

For det tredje, en vellykket megling vil være mindre ”kritisk” for partene. Mens en voldgiftssak normalt innebærer at en av partene sitter igjen på slagmarken som ”taper”, vil et forlik som resultat av en megling normalt innebære at hver av partene har måttet gi noe. Uttrykket om at ”et magert forlik er bedre enn en fet prosess” har fortsatt gyldighet.

I tillegg kommer at forlik også oftest vil være til å leve med. Partene vil gjennom meglingen ta aktivt del i diskusjonen om utforming av et forlik. En flink meglingsmann vil, hvor det er fordelaktig, kunne tilskynde partene til å enes om et resultat som går ut over de rettslige anførslene og påstandene. Et slikt forlik vil eksempelvis kunne berede grunnen for et fortsatt kommersielt samarbeide mellom partene. Som en foreløpig oppsummering må en kunne hevde at et forlik som begge parter kan akseptere ikke etterlater noen tapere.

4 Ulemper ved megling

Nå er det selvfølgelig ikke gitt at en megling vil føre frem. Dersom megleren ikke klarer å få partene til å enes om en minnelig løsning, vil dette innebære at tidsbruken fort kan anses bortkastet. Kostnader som er påløpt i forbindelse med meglingen, ofte parallelt med selve forberedelsene til voldgiftssaken, er avskrevne kostnader.

Selv om megling i utgangspunktet skal bidra til å redusere konflikt-nivået mellom partene, kan en resultatløs megling heller øke dette. Prosessfullmektigene vil som oftest møte til megling med personer som har sentrale posisjoner hos partene. Møtes de da ansikt til ansikt, og meglingen går på tverke, vil mulighetene for å kunne finne en minnelig løsning senere i prosessen være vesentlig redusert.

Endelig er det en risiko for det jeg vil kalle et uønsket forlik. Enhver prosessfullmektig bør forberede seg til en megling på samme måte som for den muntlige forhandlingen i en voldgiftssak. Tvistesummen er ofte stor, den fremlagte dokumentasjon omfattende og de juridiske spørsmål utfordrende. En dårlig forberedt megling vil uvilkårlig kunne resultere i et dårlig forlik for (en av) partene.

Det er en kjent sak for mange advokater at kunnskapen om saken øker omvendt proporsjonalt med tiden frem til hovedforhandling. I så fall er det en viss risiko for at manglende ”dypdykk” i faktum og/eller jus kan medføre at både part og prosessfullmektig aksepterer føringer i forhandlingene fra megleren som de ellers ville kunne ha parert. Medgått tid og de kostnader som er påført gjennom meglingen, kan dessuten gjøre det vanskelig å avslå et ”dårlig” forlikstilbud og fortsette voldgiftssaken.

En annen konsekvens er at partene vil føle at de under meglingen har gitt motparten for mye innsikt i kortene og derfor aksepterer et forlik heller enn å forberede en voldgiftssak hvor de ikke lenger har noe ”ess i ermet”. Motsatt kan meglinger også mislykkes fordi partene ikke ønsker å vise alle kortene under meglingen, fordi de vil gardere seg i tilfelle meglingen mislykkes og voldgiftssaken fortsetter.

5 Passende tidspunkt for meglingen

Utgangspunktet er at det kan tas initiativ til megling på ethvert tidspunkt etter at konflikten har materialisert seg gjennom oppnevnelse av en voldgiftsrett. Min erfaring er at megling kan initieres før det tas ut stev-

ning og inngis tilsvaer i voldgiftssaken, det kan gjøres etter at stevning og tilsvaer, samt mulige ytterligere prosesskriv er innlevert, og endelig umiddelbart før – eller under - selve voldgiftsforhandlingen.

Å innlede megling etter oppnevning av voldgiftsretten, men før stevning og tilsvaer er innsendt, kan ha sine fordeler. Konfliktnivået er ofte lavere før sterke ord og vendinger er ført i pennen, det vil normalt være pådratt vesentlig mindre kostnader til bruk av advokater, og partene har selv et redusert tidsbruk på saken. Når megling sjelden iverksettes på et så vidt tidlig tidspunkt (ut over løse diskusjoner mellom partene/prosessfullmektigene) skyldes det sannsynligvis at det nettopp er stevningen og tilsvaret med tilhørende dokumentasjon som gjør det mulig for partene/prosessfullmektigene å vurdere en mer reell prosessrisiko. I en slik vurdering vil parten ikke kun se hen til den aktuelle tvisten, men også de andre ulempene forbundet med en krevende voldgiftssak; så som tidsbruk og utgifter forbundet med voldgiftssaken, herunder salær til voldgiftsdommere og advokater, tekniske eksperter, vitner, mm. De fleste klientene ønsker å se fremover for å utvikle sine forretningsmessige interesser, ikke se seg tilbake over skulderen for å befatte seg med hendelser tilbake i tid.

Det er ikke uvanlig at megling først iverksettes umiddelbart før, og fra tid til annen under, selve voldgiftsforhandlingen. Når megling skjer på dette tidspunkt vil det normalt ikke være utgiftssiden som er avgjørende. Da har prosessfullmektigene jobbet med saken over lang tid, voldgiftsretten har satt av tid og vil ofte kreve kompensasjon dersom saken blir forlikt uten hovedforhandling, man har hatt reisevirksomhet, møter med vitner osv. I større, langvarige saker vil disse hensyn kanskje ha en viss innflytelse da en rask megling klarligvis kan redusere kostnadsnivået merkbart også på dette tidspunktet. Jeg tror det avgjørende for et felles ønske om megling så sent i saksforberedelsen er at partene blir mer realitetsorientert, de har ervervet større forståelse for og erkjennelse av prosessrisikoen. Den uttalte vilje til å forsøke megling på dette tidspunkt i saken er uttrykk fra begge parter om at saken fortjener en minnelig løsning, m.a.o. et forlik hvor målsettingen for meglere er at begge parter er like misfornøyde alternativt like fornøyde. I begge tilfel-

ler sannsynligvis et godt forlik for partene.

Mine erfaringer med megling i voldgiftssaker er at den normalt gir parten størst trygghet når den finner sted etter utveksling av stevning, tilsvær og prosesskriv, men likevel i så vidt god tid før hovedforhandlingen at meglingen ikke virker forstyrrende inn på forberedelsene til denne.

Partene avtaler selv sted for meglingen, eventuelt i samråd med megler. Ofte, som for hovedforhandlingen, unngår man kontorene til prosessfullmektigene (partene er ofte følsomme på slike forhold) og velger ”nøytral” grunn. I meglinger hvor det settes av et par-tre dager har jeg gode erfaringer med å finne et hotell utenbys hvor partene, prosessfullmektigene og megler oppholder seg gjennom hele meglingen. Kvelden kan enkelt tas i bruk, man spiser kanskje felles middag med megleren, og man forstyrres i mindre grad av andre gjøremål.

I lange og mer omfattende meglinger er det nok mer praktisk å finne egnede lokaler mer sentralt hvor megleren legger inn ”hviledager”, men likevel forholder seg til en forhåndsavtalt timeplan. Megling og vurdering av ulike løsningsalternativer er en modningsprosess for så vel partene som advokatene.

6 Ulike meglingsalternativer

Hvilken meglingsmetode megleren benytter er individuelt, og avhenger av eventuelle føringer partene måtte gi med hensyn til hvilken rolle de forventer megleren skal ta. Det er uansett avgjørende for en vellykket megling at megleren er en dyktig jurist, fortrinnsvis innenfor det fagområdet det tvistes om, samt med kunnskap om og kommersiell forståelse for det aktuelle bransjeområde partene og tvisten er knyttet til. Min erfaring er at en vellykket megling ofte er forbundet med en megler med faglig tyngde, anerkjennelse innenfor det aktuelle bransjeområde, og med de personlige egenskapene som inngir nødvendig trygghet og tillit hos partene. Dette er viktige forutsetninger for en konstruktiv og godt forberedt meglingsrunde. Videre må megleren være innforstått med at

han må sette seg inn i faktum og jus idet et tidlig løsningsforslag alene tuftet på kommersielle vurderinger sjelden finner gehør hos partene.

Valg av megler må dessuten ta høyde for hvilken rolle partene ønsker at meglere skal ta i forbindelse med meglingen. Her har man i teorien ofte beskrevet tre ulike roller, som hver for seg kan resultere i et forlik mellom partene. Rollene kan like gjerne anses som en beskrivelse av hvordan meglere posisjonerer seg overfor partene gjennom meglingen og frem til han eventuelt fremsetter et forslag til forlik.

For det første ser en ofte innledningsvis i meglingen at meglere tar en fasiliterende rolle; han forbereder og tilskynder kommunikasjonen mellom partene, men har selv en mer tilbaketrukket rolle.

Litt lenger ut i prosessen vil meglere gjerne ta en annen rolle. Meglere tar mer aktivt del i forhandlingene gjennom vurderinger av partenes anførsler. Han gir råd og veiledning til partene om hvordan de bør forholde seg med bakgrunn i hans forståelse av både faktum og jus. Dernest vil han skissere ulike løsningsalternativer.

I mange meglinger vil imidlertid meglere innta en mer sentral posisjon for å oppnå en minnelig løsning. Han vil i denne rollen kort og godt ikke gi seg før han i det minste har fått anledning til å fremlegge et forslag til løsning som han mener begge parter bør akseptere. Hvor dette er ønskelig både av meglere og partene er det enn mer viktig at meglere har satt seg godt inn i faktum og jus.

I enkelte meglinger kan det allerede innledningsvis ligge til rette for at meglere styrer meglingen på en måte som har likhetstrekk med en ordinær forhandling i voldgiftsretten. Jeg har erfart at meglere møter partene til en ”mini-hovedforhandling” hvor partene gis anledning til å medbringe et meget begrenset antall dokumenter og, hvis det anses hensiktsmessig sakens omfang tatt i betraktning, gir partsrepresentantene anledning til å forklare seg. I slike tilfeller vil også meglere forvente at prosessfullmektigene foretar en kort oppsummering/prosedyre før han iverksetter sine samtaler med partene, samlet eller hver for seg. En slik prosess vil normalt ende opp med at meglere iklar seg dommerkappen og gir uttrykk for hva den konkrete løsningen bør være. Denne meglingsformen kan være særdeles effektiv, men likheten med en hovedforhand-

ling innebærer en klar risiko for at frontene skjerpes og partene kryper ned i sine respektive skyttergraver.

Avslutningsvis her noen få ord om bruk av to meglere. Tvistelovens bestemmelser om utenrettslig megling og rettsmegling åpner for at meglere kan benytte seg av en hjelper. Også i utenrettslig megling, hvor tvisteløsningen er voldgift, kan dette være hensiktsmessig. I større og mer omfattende saker, typisk entrepriser, vil det ofte være et stort antall krav og det kan være fornuftig å dele meglingen mellom meglere og dennes hjelper. I tillegg vil de også kunne opptre som henholdsvis ”bad-cop” og ”good-cop”. I kompliserte tvister kan meglere finne stor hjelp i å diskutere saken seg imellom underveis. Så langt jeg har brakt i erfaring er det imidlertid relativt sjelden at det benyttes to meglere.

7 Oppsummering

Formålet med megling er å finne en minnelig løsning for å unngå en (langvarig og kostbar) voldgiftsprosess. Det setter store krav til partene og deres prosessfullmektiger, men ikke minst til meglere.

En vellykket megling er avhengig av en lydhør megler som forstår partene og som innledningsvis styrer partene i en litt tilbaketrukket rolle. Formålet må være å få partene på banen, utveksle nødvendig informasjon vedrørende faktum og jus, og på dette tidspunkt rådgi partene på en måte som gir trygghet for at meglingen er i et godt spor.

Etter hvert som meglere tilegner seg mer av faktum og jus, og ikke minst observerer partenes tilnærming til problemstillingene, vil han kunne rettlede og gi føringer overfor partene på en måte hvor partene selv opplever å ha funnet frem til en minnelig løsning. Det kan til tider ha en viktig verdi i seg selv.

Hvor partene strever med å finne et godt grunnlag for en minnelig løsning, det være seg fordi man er dypt uenige om faktum og jus, eller hvor stolthet og prinsipper umuliggjør en fornuftig fremdrift, settes det større krav til meglere. Har partene først satt av tid, men ikke makter

å forholde seg til de innspill som er kommet fra megleren, kan han vurdere å ta en mer aktiv rolle. I så fall bør megleren forelegge partene konkrete løsningsalternativer, forutsatt samtykke fra begge parter, identifisere og anbefale en helt konkret løsning i saken.

Det er ikke sikkert at partene aksepterer det siste løsningsforslaget der og da, og meglingen oppleves som bortkastet tid og penger.

Men jeg har erfart at partene, uker etter at meglingen ble avsluttet, forlikte saken basert på siste utspill fra megler.

Etter min mening er det likevel viktig at megleren ikke presser frem sitt løsningsalternativ hvis dette ikke er ønsket av parten(e). Meglingen er basert på enighet om prosessen. Megler skal, med mindre partene har tilkjennegitt noe annet, være svært tilbakeholden med å ta av seg meglerhatten og iføre seg dommerkappen.

Mæglingsformer som forberedelse, alternativ eller supplement til voldgift

Jes Anker Mikkelsen
Advokat, partner, Bech-Bruun, Danmark

Når en konflikt er eskaleret således op ad konflikttrappen, at parterne ikke kan komme en løsning nærmere, vil parterne og deres advokater tage konfliktløsningsklausulen frem og derefter forberede sagen til at blive afgjort ved voldgift eller domstolsbehandling i overensstemmelse med den aftale, parterne har indgået. Årtiers praksis og særligt advokaternes uddannelse gør, at alle ressourcer koncentrerer om at forfølge denne proces. Den er velkendt og respekteret og også effektiv i den forstand, at der på et tidspunkt vil foreligge en afgørelse, der afslutter tvisten. Parterne kender processens forløb med udveksling af processkrifter, bevisførelse og hovedforhandling. Omkostningerne til advokater og eksperter – og i nogen grad de interne omkostninger – er også til at overskue. Og tidsforløbet er også nogenlunde til at acceptere.

Baggrunden for denne artikel er at sætte fokus på andre konfliktløsningsmetoder end voldgift og domstolsbehandling både som forberedelse, alternativ eller supplement til de traditionelle konfliktløsningsmetoder. Der vil særligt være fokus på mediation eller mægling.

Hvilke mediations- og mæglingsmetoder er tilgængelige

Forligsmægling er ikke et nyt begreb i dansk retspraksis. I Danske Lov fra 1683, 1-6-1 og 5-2-68 er det nævnt i flere hundrede år, og der har været tradition for at søge konflikter løst i Forligskommissioner siden 1795. I retsplejeloven § 268 er fastsat forpligtelser for domstolene i alle instanser til at afsøge mulighederne for at få parterne til at indgå forlig. Mediation er i sit indhold en nutidig form for forligsmægling.

En rets- og voldgiftssag er kendetegnet ved, at parterne fremsætter krav overfor hinanden formuleret i påstande, som understøttes af anbringender og bevisførelse og juridisk sammenfatning, hvorefter retten træffer afgørelse i sagen i overensstemmelse med gældende ret. For rets- og voldgiftssager gælder forhandlingsmaksimen således, at retten tager stilling til det, der er sagens genstand og intet andet. Når sagen er afgjort, og der foreligger dom eller voldgiftskendelse, har den ene part fået medhold helt eller delvist og den anden må bøje sig for det. Gør denne part ikke det, kan resultatet gennemtvinges ved hjælp af fogedretten.

Oftest benyttes ADR (Alternative Dispute Resolution) som begreb for alle de former, der med forskelligt indhold kan benyttes, hvis parterne gerne vil finde en løsning uden nødvendigvis at lade konflikten afgøre af en domstol eller en voldgiftsret. ADR defineres oftest som *"a range of procedures that serve as alternatives to litigation through the courts for the resolution of disputes, generally involving the intercession and assistance of a neutral and impartial third party"*.¹

Mediation

Mediation er en frivillig og fortrolig konfliktløsningsmetode, hvor parterne selv forhandler sig frem til en løsning af deres konflikt bistået

¹ Henry Brown, "ADR Principles and Practise," 1999, side 12 ff.

af en eller flere uvildige mediatorer.² Ved mediation bevarer parterne rådigheden over deres konflikt og finder frem til en løsning, der er tilfredsstillende for dem.

Frivilligheden er det altafgørende. Begge parter skal være enige om at forsøge at få deres konflikt løst ved denne metode. Der er altså ikke tale om, at der indgives stævning eller klageskrift med angivelse af påstand og anbringender, og den sagsøgte eller indklagede bliver ikke forpligtet til at møde og forsvare sig mod påstandene. Ved åbning af mediation skal parterne alene forpligte sig til at mødes og drøfte sagen. Oftest beder mediatoren om, at hver part skriftligt og relativt kort beskriver sin opfattelse af og holdning til konflikten, idet dette herefter danner grundlag for selve mediationen.

Processen er også fortrolig. Ved åbningen af mediationen bekræfter hver part, at alt hvad der kommer frem under dette forløb, skal behandles fortroligt. Ingen af parterne vil kunne benytte udtalelser eller bekræftelser afgivet i et mediationsforløb i en rets- eller voldgiftssag, der måtte blive resultatet, hvis mediationen ikke afslutter tvisten. Også mediator har tavshedspligt og vil ikke kunne indkaldes som vidne til at afgive forklaring om visse forhold, der måtte være kommet frem under mediationen.

Det er parterne selv, der sætter rammerne for deres forhandlinger, både indhold og form. Parterne formulerer deres krav, som ikke nødvendigvis vil være de samme som påstandene i en rets- eller voldgiftssag, men derimod har afsæt i parternes behov og interesser. Denne del af en mediation er den vigtigste forskel overfor rets- og voldgiftssager, hvor parterne nedlægger påstande og fremfører anbringender. Det vil være muligt at inddrage andre forhold, end dem der netop er en del af tvisten, herunder også mere subjektive forhold.

Ikke alene sætter parterne selv rammerne for deres forhandling, men det er også parterne selv, der forhandler og finder løsningen på konflikten. Parterne er bistået af en (eller flere) kyndig mediator, som i kraft af sit kendskab til en konflikts indre væsen og spørgeteknikker kan få ting frem under forløbet, som kan bringe parterne videre og

² Se Vibeke Vindeløv, "Konfliktmægling", siden 1 ff og Lars Økjær Jørgensen og Martin Lavesen, "Mediation – ret og rammer", side 17 ff.

frem mod en løsning på konflikten. Mediatoren kan se, hvornår processen er ved at løbe i en ikke konstruktiv retning og kan afsøge, hvilke muligheder der måtte være for at få parterne til at finde en løsning.

Den løsning, parterne finder frem til, er båret af parternes behov og er derfor fundet ved at opnå konsensus i stedet for kompromis, hvor parterne ofte kan føle sig tvunget ud i en accept. Da løsningen er båret af behov, vil løsningen ikke nødvendigvis være den samme, som hvis den skulle afgøres på et korrekt juridisk grundlag.

Når parterne opnår et forlig og således afslutter deres konflikt med et for begge parter tilfredsstillende resultat, vil begge parter føle, at der modsat en rets- eller voldgiftssag ikke er nogen vinder og taber, men at begge er en slags vindere. Mistilliden mellem parterne er ikke længere til stede, og der er mulighed for fortsat forretningsforbindelse.

Det er individuelt, hvordan mediationen forløber og hvor aktiv mediator er i mediationsprocessen. Han skal være uvildig, upartisk og uafhængig, hvilket han erklærer at være, inden udmeldelse finder sted, og han skal være helt uinteresseret i, hvilket resultat parterne finder frem til. Der har udviklet sig to metoder, som mediator benytter, når han leder processen:

Ved den faciliterende mediation leder mediator processen uden at øve indflydelse på parternes beslutninger og holdninger til løsningen. Det bliver betragtet som den reneste form for mediation, idet parterne på ingen måde bliver ledt i nogen juridisk retning eller en retning, som mediator synes må være den rigtige for parterne. Det er parternes egen beslutning, der tæller. Mediators indsats er væsentligst at få parterne til at kommunikere og sørge for, at dialogen er konstruktiv.

Ved den evaluerende mediation tiltræder parterne, at mediator tilkendegiver sin egen opfattelse af, hvor en mulig løsning kunne ligge og forsøger at lede parterne henimod noget, han mener, kan afslutte konflikten. Det kan ske ved henvisning til juridiske eller bevismæssige vanskeligheder, ved at påpege omkostningsmæssige ulemper og den tid, der vil komme til at gå med behandlingen af sagen sammenholdt med de interne omkostninger.

Det er ofte således, at en mediation finder sted først efter den faciliterende metode og derefter, hvis forligsmulighederne er ved at være udtømte, går over i retning af den evaluerende. Det sker ofte, at mediator påpeger, at det ser ud som om, at parterne ikke gør fremskridt, og mediatoren vil da bede om bemyndigelse til evt. at gå mere over i retning af den evaluerende metode.

Det er noget, mediator skal være meget varsom med at lade sig forlede til. Han risikerer, at hele det univers, parterne har skabt omkring deres sag og forhandlingerne, ødelægges og ikke kan retableres med det resultat, at mediationen bliver forgæves.

En mediation kan gennemføres ganske hurtigt. Efter udmeldelsen af mediator vil denne indkalde parterne til mediationen sammen med deres advokater og oftest indenfor få uger. Parternes synspunkter foreligger herefter i kort, skriftlig form, og både mediator og parterne er klar til mediationsmødet.

Erfaringsmæssigt bliver ca. 2/3 af alle sager, der går til mediation, forligt under mediationen eller umiddelbart derefter. Når parterne er blevet enige, vil deres advokater typisk formulere forligsaftalen, og konflikten er afsluttet.

Parternes oplevelse er, at mediationen er både hurtigere, billigere og mere effektiv end en domstols- eller voldgiftsbehandling.

For den tredjedel, der ikke afsluttes med forlig, må sagen afgøres ved retssag eller voldgift. Erfaringsmæssigt forløber denne sag forholdsvis bedre, end hvis parterne ikke havde forsøgt at få sagen løst ved mediation. Det skyldes blandt andet, at parterne allerede har udvist vilje til at slutte konflikten, men også at flere forhold, som ville være en del af rets- eller voldgiftssagen, kan delforliges på grundlag af de forhandlinger, parterne har været igennem. Disse procesaftaler kan altså medvirke til, at sagen bliver skåret til, og rets- eller voldgiftssagen ikke så omfattende, som hvis parterne var gået den slagne vej.

Andre former

Det hænder, at parternes forhandlinger er gået i stå, og at parterne derfor ikke kan finde en forligsmæssig løsning. De er herefter nødsaget til at starte rets- eller voldgiftssag med hvad deraf følger. Da de ellers var interesserede i at finde et forlig, vil de være tilbøjelige til at bede om at måtte høre mediators opfattelse af deres retsstilling, så de ikke skal starte det hele forfra. Mediator kender sagen og parternes synspunkter og er også klar over, hvilken vægt hver af parterne tillægger deres egne og modpartens anbringender. Parterne kan derfor være interesserede i at aftale ”Med-Arb”, hvor de aftaler, at mediator bliver voldgiftsdommer og herefter afgør konflikten i overensstemmelse med parternes påstande og anbringender.

Denne mellemløsning kan umiddelbart synes attraktiv, men det bør fremhæves, at det materiale, mediatoren har som grundlag for mediationen, oftest er meget begrænset, idet formålet netop var mediation og ikke voldgift. Der er således ikke en fuldt ud gennemført skriftveksling og heller ingen bevisførelse.

En forudsætning for anvendelsen af denne metode må være, at der indgås separat aftale mellem parterne om procesformen og ikke mindst forventningerne til voldgiftsdommerens position og integritet.

En ”omvendt” model er ”Arb-Med”, hvor parterne indleder voldgiftssagen og måske gennemfører en del eller hele skriftvekslingen, og herefter foreslår voldgiftsdommeren eller formanden for voldgiftsretten at mediere parternes forhandlinger om en forligsmæssig løsning.

Udviklingen i EU og i Danmark

Medens mediationen væsentligst er udviklet gennem parternes aftaler, har der internationalt været opfordringer til, at medlemsstaterne indfører alternative konfliktløsningsmetoder. Det Europæiske Råd var det første i 1999, og i 2000 vedtog Rådet nogle konklusioner om ADR, for at med-

lemsstaternes borgere kunne få deres konflikter behandlet på en enklere måde. I maj 2008 forelå så Europaparlamentets og Rådets direktiv 2008/52/EF om visse aspekter af mediation på det civil- og handelsretlige område. Som følge af Danmarks retslige forbehold er Danmark undtaget fra dette direktiv.

I Danmark har Advokatsamfundet og senere Danske Advokater siden 2003 uddannet op mod 400 advokater som mediatorer. Langt de færreste fungerer som mediatorer, men udnytter deres kompetencer som partsrepræsentanter i mediation og også i almindelige forhandlingssituationer.

Fra 2002 til 2004 gennemførtes et forsøg med retsmægling i Danmark. Forskellen i forhold til mediation er, at der ved retsmægling allerede er anlagt en retssag, og at retsmæglingen forventes gennemført af dommeren, om end der er tilknyttet advokatretsmæglere til en del af retskredsene. Forsøget var meget vellykket og fastslog, at omkring 2/3 af alle sager blev afsluttet ved retsmæglingen. Ordningen blev derfor gjort permanent fra 1. april 2008 ved en ændring af retsplejeloven i kapitel 27.

Retsmægling som mediation, efter at retssag er anlagt, finder herefter sted under medvirken af enten en dommer eller en advokat, der har gennemgået er særlig uddannelse som mediator. Også for denne type mediation er forligsprocenten omkring 2/3 af alle sager, hvor parterne har været enige om at forsøge at afslutte retssagen ved retsmægling.

Ved lov nr. 737 af 25. juni 2014 om ændring af retsplejeloven, der trådte i kraft den 1. juli 2014, og hvis formål er at tilvejebringe en bedre og mere effektiv behandling af civile sager ved domstolene, blev der indsat en ny § 366 a, hvorefter *”parterne har pligt til at fremme sagen med fornøden hurtighed, til at undgå retsskridt og til at undersøge muligheden for en forligsmæssig løsning også forud for sagens anlæg”*. Det siges ikke direkte, men der er her en opfordring til at forsøge sagen forligt gennem mediation. Og opfordringen skal tages alvorligt, for efter den nye § 318, stk. 2, kan en part blive *”pålagt at bære de omkostninger, de har forårsaget ved handlemåde, der er i strid med § 336 a.”* For yderligere at understrege betydningen af forligsmæssige overvejelser, skal parterne nu i henhold til § 353, stk. 2, redegøre for *”hvilke drøftelser der forud for udtagelse af stævning har været mellem parterne, herunder muligheden for forlig.*

Retten kan pålægge parterne at redegøre for, hvilke initiativer, der har været forud for det forberedende møde". Parternes advokater skal her balancere mellem denne forpligtelse og risikoen for at handle i strid med god advokatskik ved at oplyse om førte forligsforhandlinger.

Parternes advokater har en særlig forpligtelse til at undersøge mulighederne for mediation, idet det er en advokats forpligtelse *"altid at tilstræbe den billigst mulige løsning af klientens problem og, når det er hensigtsmæssigt, rådgive klienten om nytten ved forsøg på at opnå forlig og/eller muligheden for alternativ konfliktløsning"*, jf. de advokatetiske regler, § 3.7.1

Mediation bør således også med baggrund i disse regler indledes, inden parterne har gravet grøfterne for dybe og udvekslet processkrifter, men især inden parterne har ofret omkostninger på arbejdet med udarbejdelsen af processkrifterne og på retsgebyrer.

Konfliktløsningsklausuler

Parterne kan aftale mediation både før og efter konflikten er opstået.

Efterhånden som parterne og især deres advokater har fået øjnene op for mediation som konfliktløsningsmetode, er der udarbejdet flere kontrakter, hvor konfliktløsningsklausulen indeholder aftaler om mediation.

Oftest indarbejdes "Escalation clauses" eller "Step clauses" i kontrakterne, hvorefter parterne forpligter sig til, når en konflikt er opstået, at søge den forligt gennem mediation. Det ses også, at parterne forpligter sig til tilmed inden mediation at lade sagen blive drøftet på ledelsesniveau i de to potentielt stridende virksomheder.

Efter disse klausuler kan mediationen komme i gang, når konflikten er erkendt, således at det samtidig er aftalt, at hvis mediationen ikke fører til, at sagen bliver forligt, skal den afgøres ved retssag eller ved voldgift på en nærmere beskrevet måde. Bestemmelsen understreger parternes almindelige velvilje overfor hinanden og kan måske også nedtone en i

øvrigt drakonisk voldgiftsklausul, men ”*kan også tilsigte den reelle og efter omstændighederne rimelige begrænsning, at parterne først skal tage retslige skridt, når alle andre muligheder er udtømt.*”³

Det hænder, at en sagsøger eller klager i en voldgiftssag ser stort på aftalen om mediation og går direkte til at indgive stævning eller klageskrift. Der er i så fald tale om en ret klar misligholdelse af konfliktløsningsklausulen, som fører til, at sagen afvises.⁴

Det har været gjort gældende, at mediationen som udgangspunkt er frivillig, og at en mediation blot er spild af tid og omkostninger, såfremt sagsøger eller klager alligevel ikke vil forlige, men have sagen afgjort af en domstol eller voldgiftsret. Der er imidlertid tale om en procesforudsætning, som må respekteres, dels på grund af aftalen derom, men dels og især fordi der under mediationen kan blive afdækket forhold, der alligevel kan føre til et forlig eller i det mindste medvirke til, at selve rets- eller voldgiftssagen kan blive skåret til. Endelig er der nu en forpligtelse til at søge forlig, som tilmed er sagsomkostnings sanktioneret.

Ad hoc eller institutionel mediation

Konfliktløsningsklausulerne vil også indeholde regler om, hvorvidt mediationen skal gennemføres med bistand af en mediator, der er udpeget konkret eller gennem et mediations- eller voldgiftsinstitut.

De fleste institutter har efterhånden særlige regler om mediation, som parterne kan følge, se fx Voldgiftsinstituttet, ICC, Stockholms Handelskammer, Maritime Solicitors’ Mediation Services og London Court of International Arbitration. Også Mediationsinstituttet kan oplyse navne på mediatører, ligesom mediationssagen kan indledes gennem instituttet.

Alle institutter vil have mulighed for at anbefale udpegning af mediatører, som har særligt kendskab til den branche, parterne er en del af.

³ Juel og Thommesen, ”Voldgiftsret”, 2. udgave, side 40.

⁴ Juel og Thommesen, ”Voldgiftsret” 2. udgave, side 40 og U 2009. 2387 H

Særlig relevant

Anvendelse af mediation er særlig relevant i sager med international tilknytning, herunder i særdeleshed sø- og transportsager, og mediation er efterhånden blevet en naturlig og integreret del af enhver konflikt indenfor dette område, hvor der kan versere konflikter i forskellige jurisdiktioner og mellem flere forskellige parter. I sådanne tilfælde kan alle parter i de forskellige konflikter mødes til en samlet mediation, som kan søge afklaret flere krav, som kan være indbyrdes afhængige og samtidig finde en løsning på forskellige regreskrav.

Mediation er en enestående mulighed for at gennemføre en kumulation af både rets- og voldgiftssager, men også sager ved andre fora, nationale som internationale. Sø- og transportbranchen er kendetegnet ved mange kontraktforhold af international karakter, hvor det sjældent ses, at konfliktløsningsklausulerne alle er back-to-back med hensyn til fora og lovvalg, og mediation er derfor særlig relevant for løsningen af disse konflikter.⁵

Det ses oftere, at parterne i sø- og transportretlige konflikter søger sagerne forligt ved mediation. Selvom parterne ikke måtte have været forpligtede dertil i konfliktløsningsklausulen og selvom der allerede er indledt rets- eller voldgiftssag, vil der fortsat være mulighed for at forsøge mediation. Det sker ganske ofte. Det nyeste er, at også sager, der er anlagt ved Sø- og Handelsretten udsættes på parternes forsøg på at afslutte konflikten ved mediation. Såfremt der er tale om en eller flere internationale parter, er det muligt at imødekomme den internationale part ved at gennemføre mediationen i fx London.

⁵ Et eksempel er beskrevet i Jes Anker Mikkelsen, ”Den, der bestiller musikken” i ”Klienten i det omskiftelige samfund, 2007, side 97

Brug af eksperter i voldgiftssager eller “wild parties and tame experts”

Lars Rosenberg Overby
Advokat, Hafnia Advokatfirma, Danmark

Sammendrag af foredrag holdt i Stockholm den 26. august 2014 på det 26. nordiske søretsseminar.¹

Sagkyndige vidner eller “eksperter” benyttes hyppigt i voldgiftssager. Normalt føres de i marken af parterne selv men voldgiftsretten har i de skandinaviske lande også selv mulighed for at udpege en eller flere eksperter til at belyse forhold i sagen, der enten er uenighed om og/eller ikke er oplyst tilstrækkelig. Voldgiftsrettens motivation er i disse tilfælde, at den ikke finder det forsvarligt at afgøre sagen på det foreliggende grundlag. Der kan være tale om både faktiske og juridiske forhold.

Ekspertens profil afhænger af de konkrete omstændigheder. Af generelle kriterier kan dog nævnes en stærk faglig profil, sprogfærdigheder, gennemslagskraft og kommunikationsevner samt erfaring med rollen som ekspert i rets- og voldgiftssager.

Brugen af eksperter giver anledning til vanskelige spørgsmål af juridisk, etisk og praktisk art. Visse af disse er behandlet i voldgiftslovgivningen og voldgiftsinstitutternes regler.

Et grundlæggende princip er at eksperten er voldgiftsrettens tjener

¹ Der henvises til *Erhvervsjuridisk Tidsskrift* nummer 1/2015 side 3 ff. hvor emnet er detaljeret behandlet af mig.

og ikke partens tekniske advokat. International Bar Association's 2010 Rules on The taking of Evidence in International Arbitration artikel 5.2 (c) fastslår således at

“The Expert Report shall contain: ... a statement of his or her independence from the Parties, their legal advisors and the Arbitral Tribunal;”

De skandinaviske voldgiftslove indeholder ikke regler om ekspertens habilitet eller objektivitet men der må antages at gælde et grundlæggende princip om objektivitet. Voldgiftsretten må dog i øvrigt antages at have kompetence til beslutte at ekspertbeviser skal leve op til denne standard. Eftersom værdien af en eksperterklæring, der fremstår som et partsindlæg er begrænset er det under alle omstændigheder i parternes interesse at sådanne erklæringer er objektive.

”Tamme” eksperter (det vil sige eksperter, som lader klienten bestemme konklusionen) genkendes ofte af erfarne voldgiftsdommere, og bevisværdien af disses udsagn begrænses i konsekvens heraf. Eftersom voldgift er karakteriseret ved at der, som den altovervejende hovedregel, ikke er nogen appeladgang, er vigtigheden af ikke benytte et svagt bevis så meget desto større. Ved at sætte parternes ekspertvidner sammen i forbindelse med ”expert conferencing” eller ”hot tubbing” kan der komme mere troværdige vurderinger frem end de som eksperterne hver især er fremkommet med.

Eksperterne fremstår ind mellem ikke som uafhængige, og advokaterne kan derfor stå overfor etiske valg: Coaching af eksperten ud over almindelig forberedelse er næppe tilladt. Men advokaten bør tale med eksperten og læse dennes arbejdsudkast med henblik på at sikre sig, at rapporten er læsbar for en lægmand, og at dens konklusioner kommer klart frem. Det må også være i orden at udfordre ekspertens konklusioner og præmisser. Man må også gerne vælge en ekspert, der vil underbygge sagen fremfor en anden og mere kritisk sagkyndig, eller med andre ord ”opinion shoppe”.

Eftersom der heller ikke på dette punkt er nogen udtrykkelig regu-

lering af parternes rettigheder og pligter må man søge hjælp i de danske advokatetiske regler. For Danmarks vedkommende er generalklausulen i punkt 1 til nytte: "Advokatens opgave er at fremme retfærdighed og modvirke uret.", Reglerne i punkt 18.1 og 18.3 om vidner i retssager (der forbyder advokaten er tilskynde usandfærdige forklaringer) kan også bruges analogt.

Internationalt kompliceres problemstillingen yderligere, idet der kan gælde forskellige regler og normer i de lande, parternes advokater kommer fra. Den ulighed kan man prøve at undgå ved at benytte principperne i IBA's Guidelines on Party Representation in International Arbitration 2013. Herefter gælder, at:

“20. A Party Representative may assist Witnesses in the preparation of Witness Statements and Experts in the preparation of Expert Reports.

21. A Party Representative should seek to ensure that a Witness Statement reflects the Witness's own account of relevant facts, events and circumstances.

22. A Party Representative should seek to ensure that an Expert Report reflects the Expert's own analysis and opinion.”

I sjældne tilfælde kan straffelovens regler om procesbedrageri (i Danmark § 279) blive relevant men ellers synes der ikke at være mulighed eller risiko (alt efter hvordan man anskuer det) for sanktioner af pønalt karakter idet straffelovens § 158 om falsk forklaring ikke finder anvendelse på forklaringer afgivet en voldgiftssag.

Det antages, at en voldgiftskendelse kan tilsidesættes i medfør af (i Danmark) voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2 litra b såfremt den hviler på forfalskede bilag eller bevidst urigtige forklaringer. En indsigelse gående ud på at en vidneforklaring var urigtig kan imidlertid næppe i sig selv medføre ugyldighed. Det samme må gøre sig gældende med hensyn til ekspertbeviser.

.....

Samspil med de ordinære domstole

Jurisdiktions afklaring og bevisoptag

Mette Christensen
Vicepræsident, Sø-og Handelsretten

Voldgiftsloven

Den danske voldgiftslov er baseret på Uncitrals modellov på samme måde som i de øvrige nordiske lande, og det er derfor afgørende for, at de nordiske lande kan blive et attraktivt forum for international voldgift, at vi fortolker voldgiftslovene i overensstemmelse med international praksis. Dette gælder også for de bestemmelser, som jeg vil omtale.

De bestemmelser i voldgiftsloven, som har betydning for emnerne jurisdiktion og bevisoptagelse, er hhv. §§ 4 og 8 (jurisdiktion) og § 27 (bevisoptagelse)

Jurisdiktion

§ 4 - Domstolene har ingen kompetence i tvister, som skal afgøres ved voldgift, ud over hvad der følger af denne lov.

§ 8 - Retssag om tvister, der efter aftale mellem parterne skal afgøres ved voldgift, afvises efter påstand fra domstolene, medmindre

voldgiftsaftalen er ugyldig eller voldgiftssagen af andre grunde ikke kan gennemføres.

Det ene spørgsmål er, om voldgiftsaftalen er så klar, at sagen skal behandles ved voldgift, og det andet er, om alle tvister, der har relation til kontraktforhold mellem parterne, skal undergives voldgiftsbehandling.

Bestemmelserne synes nemme at forstå, men ikke desto mindre har den givet anledning til en række sager. Da voldgiftskendelser i Danmark ikke er offentlige, vil spørgsmålet blive belyst ved afgørelser fra domstolene.

Så længe der henvises til et bestemt voldgiftsinstitut, eller der i voldgiftsaftalen er beskrevet en fremgangsmåde til udnævnelse af voldgiftsdommere, er der ikke problemer, men er bestemmelsen uklar, er det da rettens opgave at ”udfylde” bestemmelsen.

Det har været drøftet, om danske domstole foretog en indskrænkende, neutral eller udvidende fortolkning af voldgiftsaftaler. En indskrænkende fortolkning havde støtte i forarbejderne til den tidligere voldgiftslov, og det antoges, at der skulle stilles særlige krav til vedtagelse af en voldgiftsaftale. Dette var i modsætning til retstilstanden i de øvrige nordiske lande, vel især Norge, som fulgte en neutral fortolkning. En retstilstand med en indskrænkende fortolkning syntes i flere år at være forladt, således at domstolene i højere grad respekterede parternes aftalefrihed og dermed parternes forventning om, at en tvist skulle afgøres udenfor domstolene. Da parterne ofte er ligeværdige og professionelle erhvervsdrivende, er der intet behov for at beskytte dem – fratage dem de retsgarantier, der kunne ligge i en domstolsbehandling.

Jeg vil nævne tre afgørelser, som ikke synes at indebære en klar linje i dansk retspraksis.

U 1998.998 Ø

Voldgiftsaftalen var indeholdt i en eneforhandlingsaftale mellem en dansk og en tysk virksomhed og havde følgende ordlyd:

”Ved tvister, der udspringer af nærværende aftale, underkaster

parterne sig, under udelukkelse af de ordinære domstole, en af voldgiftudvalget ved Handelskammer Reutligen afsagt dom”.

Efter sagens anlæg, men inden afgørelsen om, der var værneting ved de ordinære domstole, var der blevet nedsat en ad hoc voldgift.

Handelskammeret i Reutligen havde ikke et voldgiftsudvalg og var i øvrigt kommet med forskellige udmeldinger.

Byretten udtalte, at der udtrykkelig er aftalt voldgift, at Handelskammeret i Reutligen har nedsat et voldgiftsnævn i overensstemmelse med aftalens § 12, at parterne har handlet sammen i 20 år, herunder forlænget kontrakten. Under hensyn hertil findes sagsøger hverken at have godtgjort, at parternes aftale om voldgift er uklar, utydelig og upræcis, eller at have godtgjort, at aftalen i øvrigt er indholdsløs og uden retsvirkning for parterne.

Denne afvisning fra de ordinære domstole stadfæstede landsretten i henhold til grundene med den tilføjelse, ” og under hensyn til de udfyldende bestemmelser i voldgiftsloven og bekendtgørelse nr. 117/1973 (bekendtgørelse om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser og om international handelsvoldgift).

I denne sag lægger retten vægt på parternes hensigt og udfylder aftalen, men det har næppe heller været uden betydning, at der allerede var nedsat en voldgift.

U 2001.2103 SH

Denne sag drejede sig om sålydende aftale i en samarbejdsaftale mellem en dansk kontraherende transportør og en lettisk udførende transportør:

”Arbitration

- i) All disputes which may arise out of or in connection with this agreement shall be settled by means of negotiation between the parties.

- ii) If the parties cannot settle any dispute within 60 days after the first conferring, then such dispute shall be settled by court in Esbjerg, Denmark. The award of the court shall be final and binding upon the parties, but can be substituted by an amicable agreement between the parties.”

Parterne var enige om, at Sø- og Handelsretten var værneting i sagen, hvis retten fandt, at der var værneting for sagen i Danmark.

Sagsøger gjorde gældende, at der var aftalt værneting i Danmark, subsidiært under henvisning til CMR-loven, at der var aftalt voldgift i Danmark. Sagsøgte gjorde gældende, at der var indgået en ugyldig voldgiftsaftale, da denne ville stride mod CMR-lovens § 42.

Retten afgjorde sagen med begrundelsen, at arbitration måtte oversættes til voldgift. Herefter og under hensyn til bestemmelsens ordvalg i øvrigt og dens indhold, og da der ikke var fremkommet oplysninger om bestemmelsens tilblivelse, fandtes parterne ikke at have vedtaget værneting ved danske domstole.

Retten tager dermed ikke direkte stilling til, om der er aftalt voldgift, men må vel nærmest læses sådan, idet intet pegede på, at der efter aftalen skulle være værneting i andre lande, medmindre sagen skulle afgøres ved sagsøgte værneting - altså Letland eller CMR-lovens værnetingsregler.

U 2012.3001H

Voldgiftsaftalen var indeholdt i en aftale om agentonorar mellem en dansk shippingvirksomhed og en islandsk handelsvirksomhed, der tillige drev rederivirksomhed med et skib. Aftalen havde følgende ordlyd:

This Agency Agreement is governed by Danish Law and any claim or dispute arising hereunder or in connection herewith shall be determined by arbitration in Copenhagen with the terms of the Copenhagen Maritime Arbitrators Association in force and effect at the time of arbitration.

Som det ses har parterne sandsynligvis ønsket voldgift, hvilket ikke vil være usædvanlig, måske nærmere sædvanligt i den branche. Problemet

var, at der ikke eksisterer et voldgiftsinstitut af det navn i Danmark., hvilket parterne var enige om.

Agenten anlagde sag i Danmark og påstod, at voldgiftsaftalen var ugyldig på grund af manglende klarhed, mens den islandske virksomhed gjorde gældende, at det forhold, at aftalen var uklar, ikke medførte, at der ikke var indgået en gyldig voldgiftsaftale, men alene at der skulle ske en nærmere udfyldning heraf.

Der var andre krav og værnetings spørgsmål i sagen, som jeg ikke skal komme ind på, men vedrørende voldgiftsaftalen udtaler Sø- og Handelsretten:

Retten finder ikke at kunne udfylde kontrakten, idet der ikke findes nogen dansk organisation, der yder assistance til voldgift inden for det maritime område. Herefter, og da vilkårene for voldgiftsbehandlingen således ikke kan fastlægges med den fornødne klarhed, finder retten, at en voldgiftssag er uigennemførlig, jf. voldgiftslovens § 8.

Dette stadfæster Højesteret i henhold til grundene.

En meget kort begrundelse uden overvejelse om, hvad der kunne have været parternes hensigt. I øvrigt kunne det have været overvejet, om det danske voldgiftsinstitut kunne være anvendt, selvom det ikke udelukkende håndterer maritim voldgift.

Med denne afgørelse synes Danmark at være tilbage til en indskrænkende fortolkning, medmindre det kan betragtes som en ”enlig svale”.

Både advokat Jesper Lett i Erhvervsretligt Tidsskrift (ET) 2013. 193 og advokat Ole Spiermann i U 2013 B.285 er kritiske over for Højesterets afgørelse fra 2012. Advokat Jesper Lett gennemgår i artiklen en række udenlandske afgørelser, som trods henvisning til ikke-eksisterende voldgiftsinstitutter, accepterer, at der er vedtaget voldgift. Han finder, at afgørelsen kan anses som værende i strid med international domstolspraksis. Advokat Ole Spiermann finder, at der kan rejses en mistanke om, at danske domstole kan have en forkærlighed for danske retsplejeregler.

I det maritime regi, der om noget er internationalt kunne der være et behov for, at voldgiftslovene fortolkes ens, og at en voldgiftsaftale opretholdes, hvis det må antages at have været parternes ønske, at deres

tvister skal afgøres ved voldgift. Derfor er det lidt svært, når de danske domstole ikke har en klar linje i afgørelserne og set fra parternes synspunkt måske som i den seneste afgørelse er restriktiv med hensyn til udfyldning af aftalen.

Parterne kunne med en sådan uklar praksis fra de danske domstole overveje, hvorvidt det af taktiske grunde er bedst at indlede voldgiftssag eller retssag, idet det næppe kan være tvivl om, at et voldgiftsinstitut vil være mere tilbøjelig til at acceptere voldgiftsbehandling end en domstol.

Jeg er af den opfattelse, at domstolene, såfremt det er rimeligt at antage, at det har været parternes ønske, at en sag skal afgøres ved voldgift, må tillægge dette overordentlig stor betydning. De grunde, der er for at vælge voldgift, - muligheden for at vælge et dommerpanel med speciel kendskab til området, muligheden at få sagen afgjort på neutral grund og med dommere fra flere lande, muligheden for at få afgjort tvisten uden for offentlighedens søgelys samt tidsperspektivet – tilsiger, at domstolene anerkender en voldgiftsaftale, selvom den måtte have visse mangler.

I ET 2014. 201 foreslår advokat Carsten Pedersen og advokatfuldmægtig Per Speyer Mellemsgaard, at der i voldgiftsloven indsættes en udfyldningsregel, hvorefter voldgiftslovens regler om nedsættelse af en voldgiftsret finder anvendelse, såfremt den angivne fremgangsmåde for voldgiftssagens førelse ikke kan gennemføres efter aftalens indhold. En sådan bestemmelse kunne måske medvirke til, at danske domstole ville være mindre betænkelig ved at anerkende ufuldstændige bestemmelser om voldgift, idet parterne dermed ikke kastes ud i et tomrum.

Det andet spørgsmål er, hvilke tvister omfatter voldgiftsaftalen.

U 1989.630 SH

I certepartiets fortrykte klausul 11 om General average var der tilføjet på sagsøgtes foranledning ”and arbitration in London”. Der var i øvrigt ikke i certepartiet omtalt andre værnetings- eller voldgiftsbestemmelser. Sagen blev ikke afvist fra de almindelige domstole.

U 2003.885H

I en administrationsaftale mellem to danske parter var en bestemmelse om, at ”tvister, der udspringer af nærværende aftale, skal afgøres ved voldgift i henhold til dansk rets almindelige regler herom.”

Denne bestemmelse fandtes ikke at omfatte en tvist, der udsprang af en mellem parterne indgået indsejlingsaftale.

U 2007/ 1378 V

”Arbitration

All disputes arising out of or in connection with this contract or concerning its validity shall be finally settled by arbitration in London in accordance with English Law.”

En sag om erstatning for uberettiget tilbageholdelse af gods fandtes omfattet af aftalen. Det var af sagsøger gjort gældende, at kravet udsprang af krav udenfor kontrakt.

Spørgsmål om, hvilke krav der er omfattet, kommer også frem i forbindelse med fuldbyrdelse af voldgiftskendelser, så der er derfor god grund til at være opmærksom på problemstillingen.

Disse afgørelser er vel ikke så overraskende. Den sidste viser vel snarere, at man ønsker at undgå en dyr voldgiftssag.

Afgørelserne såvel vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt voldgift er aftalt, og om, hvilke krav der skal undergives voldgiftsbehandling, bør forhandles mellem parterne, så der skabes klarhed over, hvilket regelsæt der skal finde anvendelse ved nedsættelse af voldgiftsretten, evt. ved henvisning til et navngivet voldgiftsinstitut. Det er herefter voldgiftsretten, der selv fastlægger sin kompetence.

Bevisoptagelse

Efter voldgiftslovens § 19 kan parterne aftale, hvilken fremgangsmåde der skal følges under voldgiftssagens behandling. Dette indebærer, at parterne også kan aftale, hvorledes bevisoptagelse skal finde sted. En sådan aftale skal voldgiftsretten respektere, idet det følger af § 2, stk. 1, at reglerne i kap 3-7 kun finder anvendelse, hvis ikke andet er aftalt, dog med visse undtagelser.

En typisk aftale kan være, at selskabets revisor skal fastsætte værdien af aktier i tilfælde af forkøbsret. Følges en sådan bestemmelse ikke, kan det danne grundlag for en ugyldighedsindsigelse.

Parterne kan imidlertid ikke aftale, at der ikke kan optages bevis ved de almindelige domstole, idet § 27 er præceptiv.

Bevisoptagelse efter voldgift er indledt

Af § 27 fremgår:

- Voldgiftsretten eller en part med voldgiftsrettens samtykke kan anmode domstolene om bistand til optagelse af bevis efter retsplejelovens regler.
- Voldgiftsretten kan anmode en domstol om forelæggelse af spørgsmål for EU-domstolen.

Begrundelsen for at anmode om bevisoptagelse ved domstolene i form af afhøring kan være, dels at kunne pålægge et vidne at afgive forklaring, da et vidne ikke har pligt til at give møde ved en voldgiftsret, dels at lægge mere alvor bag rigtigheden af forklaringen, dels at parterne ikke har tillid til, at parter og vidner vil afgive sand forklaring, når de ikke kan foreholdes vidneansvaret, og hermed ifalde straf for en falsk forklaring, idet disse regler ikke finder anvendelse i voldgiftssager. Om det hjælper, skal jeg lade være med at udtale mig om, men det siges, at der lyves mere i civile sager end i straffesager. Måtte en part over for voldgiftsretten afgive falsk forklaring – ikke urigtig forklaring – fordi der for at kunne straffe skal være et subjektivt element – forsæt – til stede, vil denne kunne

straffes efter straffelovens § 279 for procesbedrageri. Der findes ingen trykte afgørelser herom.

Selvom afhøring kun kan ske med voldgiftsretten samtykke, vil en voldgiftsret normalt følge parternes begæring.

Spørgsmålet er, om alle eller kun enkelte skal afhøres ved de ordinære domstole. For ikke at udstille enkelte personer som værende mere utroværdige end andre, er det i flere tilfælde sket, at alle er begæret afhørt i retten.

Voldgiftsdommerne har ret til at overvære retsmødet, men det er uafklaret, om voldgiftsretten har ret til at stille spørgsmål. Det vil være frustrerende som voldgiftsdommer ikke at kunne følge op på et svar, som synes lidt tyndt, velvidende at dommerne ikke er undersøgelsesdommere, men opklarende spørgsmål til forståelse af svaret kan være nødvendigt.

Parterne kan også med voldgiftsrettens samtykke begære syn og skøn optaget ved de almindelige domstole, der dog i medfør af retsplejelovens § 341 kan nægte at efterkomme anmodningen, hvis bevisoptagelsen skønnes uden betydning for sagen. Bevisoptagelse kan også ske i udlandet, jf. retsplejelovens § 342. Sker bevisoptagelsen på parternes begæring, hæfter disse og ikke voldgiftsretten for omkostningerne.

Vedr. forelæggelse for EU-domstolen har jeg ikke kendskab til, at der er sket forelæggelse i sager. Derimod har parterne i et tilfælde af tidsmæssige grunde fravalgt forelæggelsesmuligheden. Dette var i en arbejdsretlig voldgift. Jeg har ikke haft spørgsmålet i kommercielle sager.

Bevisoptagelse før voldgift er indledt

Voldgiftsloven indeholder ingen bestemmelse herom.

Det danske voldgiftsinstitut har i 2013 indført regler herom, hvorefter der kan optages bevis forud for indledningen af voldgiftssag, ved en midlertidig voldgiftsdommer.

Er instituttets regler ikke vedtaget, vil parterne i Danmark sandsynligvis vende blikket mod retsplejelovens § 343 ozm isoleret bevisoptagelse. Formålet med en isoleret bevisoptagelse er at sikre sig bevis for, at der f. eks. foreligger en ”skade”, og at dette bevis mistes ved at afvente sagsanlæg

– og måske på grundlag af bevisoptagelsen at kunne forlige sagen og dermed spare tid og omkostninger. Helt på samme måde som vi kender det i sager i domstolssystemet.

Danske domstole har tilladt adgang til isoleret bevisoptagelse, selvom parterne har aftalt voldgift, men der synes ikke at være en entydig tilgang til spørgsmålet. Retsplejerådet udtalte i forbindelse med forslaget til voldgiftsloven fra 2005, at spørgsmålet næppe kunne anses for ganske afklaret. Det blev således overladt til domstolene, om der kunne udformes en kobling mellem voldgiftslovens § 27 og retsplejelovens § 343.

Den seneste afgørelse om spørgsmålet er gengivet i U 2012.1124 H. I denne sag tillod Højesteret, at der blev udmeldt syn og skøn. Sagen verserer mellem to danske parter og vedrørte mangler ved generatorer til vindmøller.

Præmisserne indeholdt følgende begrundelse:

- voldgiftssag var ikke indledt,
- formålet med bevisoptagelse
- retten skulle ikke tage stilling til juridiske spørgsmål om ansvar og økonomisk opgør
- bevisoptagelse efter de foreliggende oplysninger ikke var til hinder for, at sælger af generatorerne kunne varetage sine interesser i forbindelse med en eventuel bevisførelse under en voldgiftssag.
- Voldgiftsaftalen findes ikke at afskære Vestas fra at indgive anmodningen om isoleret bevisoptagelse - det er retsplejeloven der finder anvendelse.

I U 2013B. 285 stiller advokat Ole Spierman sig kritisk over for adgangen til foretage isoleret bevisførelse, ikke alene, fordi den hastende karakter af det udenretlige syn og skøn synes at fortrønge sig, når sagen var 1 år undervejs ved domstolene, men også fordi skønserklæringen kan få indflydelse på bevisførelsen under voldgiftssagen. Det, der måske er mere interessant, er, at Højesteret tog udgangspunkt i retsplejeloven og ikke i voldgiftsloven. Da voldgiftsloven bør fortolkes efter internationale standarder og ikke nationale regler, må der fra domstolenes side være en

tilbageholdenhed med automatisk at anvende de nationale procesregler som baggrundsret. Det kan måske ikke udelukkes, at det ved sagens afgørelse har spillet en rolle, at der var tale om danske parter, og at en voldgiftssag skulle afgøres efter det danske voldgiftsinstituts regler.

Det bør dog ikke være udelukket, at det i visse tilfælde kan være hensigtsmæssigt at anvende reglerne om isoleret bevisoptagelse, inden sag er indledt, men skal en sådan bevisoptagelse anvendes i en voldgiftssag uden for Danmark, eller skal voldgiftskendelsen fuldbyrdes uden for Danmark, kan der rejses tvivl om, hvorvidt et bevisspørgsmål, som henhører under voldgiftsrettens kompetence, er afgjort af andre, og dermed gøre voldgiftskendelsen ugyldig.

Det var været drøftet, at en anden mulighed måske er at betragte den isolerede bevisoptagelse som et foreløbigt retsmiddel efter voldgiftslovens § 9. Foreløbige retsmidler er sædvanligvis arrest og forbud samt bevisikringsforretning i immaterialretssager. Såvel efter UNCITRALs modellov § 9 og voldgiftslovens § 9 kan domstolene iværksætte sådanne retsmidler på begæring af en part, selvom der er aftalt voldgift. Bortset fra bevisikringsforretning adskiller forbud og arrest sig så betydeligt fra udenretligt syn og skøn, så dette er næppe en mulighed. At anvende en bestemmelse ud over dens umiddelbare anvendelsesområde kan endvidere i en international voldgift indebære en risiko for, at voldgiftskendelsen ikke vil kunne fuldbyrdes. Behovet for at anvende § 9 som hjemmel for udenretligt syn og skøn synes heller ikke at være til stede efter den seneste afgørelse fra Højesteret.

Bevisoptagelse ved de almindelige domstole giver i det væsentlige ikke anledning til større juridiske eller praktiske vanskeligheder end de, der kendes ved bevisoptagelse i civile sager, men domstolene må dog være særligt opmærksom på kompetenceforholdet mellem voldgiftsretten og de almindelige domstole, således at parterne ikke senere bliver bragt i vanskeligheder ved fuldbyrdelsen af voldgiftskendelsen.

Brug af voldgift som konfliktløsningsmodel i shippingtvister

En skandinavisk synsvinkel

Kristina Siig, lektor, dr. juris, Syddansk Universitet

1 Indledning: Om voldgift og de traditionelle grunde til valg af voldgift som konfliktløsningsform

Overordnet set er voldgift en samtykkebaseret konfliktløsningsmodel, hvor parterne i en voldgiftsaftale enes om at fravælge domstolene som tvistløsningsforum for i stedet at underlægge sig privat tvistløsning. Tvistløsningen gennemføres af en eller flere (principielt) uvildige voldgiftsdommere, ofte med enten juridisk eller teknisk ekspertise inden for det relevante felt. Der vil være et krav om i hvert fald et minimum af processuelle retsgarantier i processen, for at den efterfølgende vil være bindende for parterne, herunder særligt regler om partshøring og det hertil relaterede princip om "equality of arms". Voldgiftsprocessen munder ud i en voldgiftskendelse¹, der, såfremt de processuelle retsga-

¹ Sproglig forklaring til med-skandinaviske læsere: På dansk bruges terminologien fra retsplejeloven, hvorved der sondres rent lingvistisk mellem domme (afgørelsen på materien) og kendelser (processuelle afgørelser) ikke fsv. angår voldgift. Det, der fx på norsk er en voldgiftsdom er således på dansk en voldgiftskendelse. Processuelle

rantier og andre gyldighedsbetingelser er opfyldt, er bindende for parterne. Såfremt en part vægrer sig ved at opfylde voldgiftskendelsen, vil den kunne eksekveres ved domstolene, med mindre den vægrende part beviser, at der gyldighedspåvirkende fejl ved voldgiftsprocessen eller voldgiftskendelsen.

Historisk set kan voldgift spores som nødtvungen tvisteløsningsmodel for handlende i Europa i hvert fald fra middelalderen og frem – og således som en del af *lex mercatoria*.² Handels- og shippingtvister i tiden før hurtig kommunikation og infrastruktur måtte løses med det samme. Den handlende og/eller transportøren var normalt på vej et andet sted hen og muligheden for bevisoptag af varig karakter var begrænset. Derudover var tilliden til retssystemet ofte ikke-tilstedeværende. Behovet for her-og-nu-afgørelser uden for det retlige regi blev derfor ofte løst ved at henskyde afgørelsen af merkantile tvister til en tredjepart (opmand) der nød begge parters tillid. Opmanden ville herefter ”gøre kort proces” med tvisten og med bindende virkning for parterne afgøre stridsspørgsmålet.

Voldgift har dog også været brugt i nationale tvister. Således reguleres voldgiftsinstituttet direkte i Chr. V’s hhv. danske og norske love, der i 1-6-1 angiver, at ”*Dersom Parterne voldgive deris Sag og Tvistighed paa Dannemænd, enten med Opmand eller uden, da hvad de sige og kiende, saa vit deris Fuldmagt dennem tillader at gjøre, det staar fast og kand ej for nogen Ret til Underkiendelse indstævnis, dog Kongen sin sag forbeholden.*” Allerede på dette tidspunkt har voldgift altså været anerkendt som national tvisteløsningsmodel i Danmark med den ret så vidtgående effekt, at domstolskompetence var udelukket. I Danmark nøjedes man sig i

afgørelser i løbet af voldgiftsprocessen benævnes på dansk ”beslutninger”.

² Se om det historiske grundlag for *lex mercatoria*, López Rodríguez, *Lex Mercatoria*, Rettid 2002, s. 46-56. Diskussionen om *lex mercatoria* er i det hele taget intens og vidtløftig. I dansk ret tog diskussionen for alvor fart med Ole Landos artikel ”Lex Mercatoria” i international handelsvoldgift, U 1985B.1, men eksistensen og indholdet af denne retskilde diskuteres i mange forskellige sammenhænge, se som eksempler blandt utallige fx Trakman, *From the Medieval Law Merchant to E-marchant Law*, Toronto Law Journal, Vol. LIII, No. 3, sommer 2003 eller Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 14, No. 2, s. 447-468.

øvrigt fint med denne lovregulering indtil voldgiftsloven af 1972.³

Det kan synes som om de grunde, der traditionelt angives for at vælge voldgift som konfliktløsningsform, stadig er begrundet i disse noget altmodiske fakta. Voldgift angives således ofte at være et hurtigere, billigere og hemmeligt alternativ til domstolsproces, der i tillæg giver mulighed for valg af egne dommere og egen procesform.⁴ Derudover er det en tvistløsningsmodel, der både nationalt og internationalt er knyttet op til en håndhævelsesmulighed hos domstolene. Endelig findes voldgiftsprocesser ofte at være mindre aggressive mellem parter, der også fremadrettet skal arbejde inden for den samme branche – eller som måske endda er i en konkret og fortsat samarbejdsrelation.

Af de samme årsager udråbes voldgift ofte som konfliktløsningsmodellen par excellence i shippingtvister. Spørgsmålet er dog, om dette holder for nærmere eftersyn. Voldgiftsklausulerne er fremherskende i certepartifarten, men fx (af gode grunde) helt fraværende i linjekonnossementerne. Voldgift er også velkendt i standardkontrakterne for bygning,⁵ reparation⁶ og salg af skibe,⁷ men ikke nødvendigvis brugt i samme omfang i alle dele af off shore branchen.⁸ Endelig er voldgift brugt som konfliktløsningsmodel i speditjonsbranchen i Skandinavien generelt,⁹ men ikke i Danmark.

I denne artikel vil der først blive set overordnet på de sagsforhold (afsnit 3) og partsforhold (afsnit 4), der gør sig gældende i de typiske shippingtvister og hvorvidt disse indbyder til voldgift som tvistløsningsmodel. Dernæst vil de traditionelle grunde for brug af voldgift blive underlagt et nærmere eftersyn ud fra en shippingsynsvinkel (afsnit 5).

³ Lov nr. 181 af 24. maj 1972 om voldgift. Jull/Thommesen, *Voldgiftsret*, 2003, s. 11f.

⁴ Gomard/Kistrup, *Civilprocessen*, 6. udgave, s. 883f. Se også bet. Nr. 1401/2001 om reform af den civile retspleje, s. 578.

⁵ NEWBUILDCON Cl. 42.

⁶ Se fx TBL Skip 1985 (1987), § 16 eller REPAIRCON Cl. 12.

⁷ Saleform 2012, Cl. 16.

⁸ Se fx Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007, art. 37.2.

⁹ NSAB § 30 angiver ad hoc voldgift fsv. angår Finland, institutionel voldgift i Norge og Sverige samt domstolsbehandling i Danmark. For både Finland, Norge og Sverige gælder dog, at voldgift er udelukket i søgsmål, hvor sagsgenstanden er begrænset (NOK/SEK 300.000 og derunder).

Formålet hermed er at fastlægge, dels om voldgift (stadig) er og/eller bør være det naturlige valg i shippingkontrakterne og herunder fastlægge, dels hvilke forhold der særligt bør tages hensyn til, hvis voldgift faktisk vælges som konfliktløsningsmodel. Hvorvidt dette er tilfældet vil blive belyst i artiklens konkluderende afsnit 6.

Inden dette, vil retsgrundlaget dog blive nærmere fastlagt.

2 Retsgrundlaget i international voldgift

Det giver ikke megen mening at se på voldgift i shippingforhold som en national retsdisciplin. Der kan naturligvis forekomme rent nationale konflikter, men overvejende vil konflikterne tendere til at have et internationalt tilsnit. Selv en national voldgiftskendelse mellem fx to norske parter vil ultimativt skulle leve op til internationale standarder og retsregler for voldgift, hvis den på et tidspunkt møder domstolene i en anden stat, fx fordi den tabende part der har aktiver, som den vindende part ønsker sig fyldestgjort i på baggrund af kendelsen. I det følgende vil retsgrundlaget derfor blive beskrevet ud fra en international synsvinkel.

Retsgrundlaget i international voldgift er mangefacetteret. Grundstenen er New York konventionen af 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser,¹⁰ der overordnet fastslår dels, at en gyldig, skriftlig voldgiftsaftale udelukker domstolskompetence vedrørende sagens materie,¹¹ dels angiver et begrænset antal eksplicitte og udtømmende nægtelsesgrunde, i det tilfælde, en part ønsker at modsætte sig en voldgiftskendelses eksekvering.¹² Endelig indeholder konventionen den såkaldte ”more favorable rights”-bestemmelse, hvorefter en part altid kan gøre brug af en mere voldgiftsvenlig regulering i national eller anden ret, der måtte være relevant.¹³ Konventionen udgør således en minimums-

¹⁰ Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, done in New York 10 June 1958.

¹¹ New York-konventionens art. II.

¹² New York-konventionens art. V.

¹³ New York-konventionens art. VII(1).

beskyttelse af voldgiftsprocesser, ved at beskytte både voldgiftsaftalen og voldgiftskendelsen mod u hensigtsmæssig indblanding fra nationale domstole. Konventionen er tiltrådt af de fleste stater¹⁴ og er en af grundstenene i den konventionsregulerede del af den internationale *lex mercatoria*. New York konventionen suppleredes i 1985 af Model Law on International Commercial Arbitration med ændringer af 2006, udfærdiget i UNCITRAL-regi.¹⁵ Modelloven giver et bud på en nutidig regulering af voldgiftsinstituttet. Der er således ikke tale om en konvention, men om en skabelon til frivillig brug i de enkelte nationalstater i hel eller delvis form. Efter en noget tøvende start er Modelloven blevet vel modtaget internationalt og alle Skandinaviske lande har nu en fortrinsvist modellovsbaseret voldgiftslov i national ret.¹⁶ Modelloven er blevet ændret i 2006, særligt for at opnå en mere tidssvarende forståelse af skriftlighedskravet i voldgift og erkendelsen af et øget behov for regulering af foreløbige retsmidler i voldgiftsprocessen. Ændringerne skal ses på baggrund af den udvikling i voldgiftspraksis, samt national lovgivning og domspraksis, der har fundet sted siden 1985.¹⁷ De skandinaviske stater har så vidt ses ikke direkte inkorporeret ændringerne, men en del af disse vil uanset følge af national baggrundsret.

De nationale reguleringer suppleres af national retspraksis, der fortolker dels de nationale voldgiftslove, dels de internationale forpligtelser, der følger af New York konventionen, som denne er blevet inkorporeret i national ret. Der eksisterer i sagens natur ikke nogen international domstol, der overordnet pådømmer lovmæssigheden af nationale domstolsafgørelser under New York-konventionen eller (endda mindre)

¹⁴ Pr. 01.02.2015 har 154 stater tiltrådt konventionen. En opdateret liste findes til enhver tid på UNCITRALs hjemmeside: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

¹⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985 and as amended by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 (United Nations documents A/40/17 annex 1 og A/61/17, annex 1).

¹⁶ Finland i 1992 med Lag om skiljeförfarande 1992/967, Sverige i 1999 med Lag (1999:116) om skiljeförfarande, Norge med lov-2004-05-14-25 om voldgift og til sidst Danmark i 2005 med lov nr. 553 af 24/06/2005 om voldgift.

¹⁷ Se preambelen til UNCITRAL Model Law 1985/2006, s. viii.

Modelloven. Da det dog er de samme reguleringer, der prøves i forskellige nationale afgørelser, vil udenlandske domstolsafgørelser give inspiration til fortolkningen af bestemmelserne, og de vil også i nogle tilfælde blive påberåbt direkte for andre landes domstole og voldgiftsretter. Dette muliggøres også af lettilgængelige domssamlinger og databaser, hvor dels domstolsafgørelser, dels fx voldgiftskendelser om voldgiftsrettens egen kompetence hurtigt kan findes.¹⁸ Man kan derfor inden for visse emner tale om ikke blot en international voldgiftspraksis, hvor nationale domstole ser ud til at fortolke visse bestemmelser på en ensartet måde, men også en (spirende) transnational voldgiftspraksis, hvor voldgiftsretterne tilsyneladende ser sig bundet af visse generelle principper, der er uafhængige af den eventuelt relevante nationale ret.¹⁹

I tillæg til konventions- og national regulering udgør voldgiftsreglerne fra de respektive voldgiftsinstitutter et væsentligt bidrag til retstilstanden og retsudviklingen på området. Visse voldgiftsinstitutters regler, så som fx reglerne fra International Chamber of Commerce, synes toneangivende og bliver ofte mere eller mindre kopieret, når andre voldgiftsinstitutioner udfærdiger eller opdaterer egne regler. Selvom disse institutionelle regler i første række er processuelle, og derfor kan synes at have begrænset indflydelse på voldgiftens grundsten, nemlig domstolenes anerkendelse af voldgiftsaftalens og voldgiftskendelsens anerkendelse og fuldbyrdelse, kan de have stor betydning for, hvorvidt voldgift i en given tvist udgør en relevant og fornuftig tvistløsningsform. Dette særligt, da reglerne har forskellige løsninger af flerparts tvistforhold og derfor i meget forskelligt omfang tillader kumulering af og/eller indtrædelse i voldgiftssager, hvilket, grundet partsstrukturen, er særligt relevant for shippingtvister,

¹⁸ Fx UNCITRALS egen database, CLOUT (Case Law on Uncitral Texts) http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html, eller International Council for Commercial Arbitration's årsskrift "Yearbook Commercial Arbitration", <http://www.arbitration-icca.org/publications.html>. Derudover publicerer ICC en "list of abstracts" vedr. voldgiftskendelser, se <http://www.iccdrl.com/awards.aspx>.

¹⁹ Se vedrørende et interessant bud på, hvad status på dette område er p.t., Renner, Towards A Hierarchy of Norms in Transnational Law, *Journal of International Arbitration*, 2009, Vol. 26, No. 4, s. 533-555, samt Bantekas, The Private Dimension of the International Customary Nature of Commercial Arbitration, *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 25, No. 4, s. 449-460.

se hertil yderligere umiddelbart nedenfor.

Endelig udgør det sidste, men for så vidt også væsentligste, retsgrundlag af selve voldgiftsaftalen. Den vil typisk fremgå enten af en fortrykt bestemmelse i en standardiseret kontrakt mellem parterne, eller fx i et agreed document som e.g. NSAB, eller den kan fremgå som en af ”boiler plate”-klausulerne i en særligt forhandlet aftale. Endelig kan den fremgå som en særlig aftale efter tvistens opståen, men dette er ikke det typiske. Voldgiftsaftalens gyldighed vil i sidste ende afhænge af den relevante, nationale ret, men international praksis under New York konventionen og Modelloven tilsiger, at den er skriftlig (i forståelsen, at den eksisterer i et medie, der er skriftligt i grundstrukturen, eller på anden måde gemt på et medie, hvis indhold efterfølgende lader sig verificere²⁰, og at den er indgået mellem de parter, der nu påstås bundet af den. Særligt dette sidste kan give udfordringer i shippingforhold grundet shippingkontraktens ofte flerleddede struktur.

Alt i alt udgør de nationale og internationale rammebetingelser formelt set en robust beskyttelse af voldgift som konfliktløsningsmodel i shippingtvister. Der er nationale og andre forskelle, men grundlæggende vil en voldgiftskendelse, der er afsagt med baggrund i en skriftlig voldgiftsaftale, der med lidt god vilje kan siges at være indgået mellem parterne i den relevante tvist og som omhandler det givne stridspunkt, normalt blive respekteret som en endelig afgørelse af samme tvist. Alt sammen forudsat, at voldgiftsretten har påset, at almindelige processuelle retsgarantier er overholdt.

3 Sagsforholdet i typiske shippingtvister

Voldgift er udelukket som tvistløsningsmodel for indispositive tvister – tvisten skal med andre ord være arbitrabel.²¹ Dette udgør normalt ikke et problem i tvister vedrørende international handel, eftersom disse

²⁰ UNCITRAL Model Law art. 7(3) og 7(4).

²¹ New York-konvention art. II(1) jf. art. V(1)a og art. V(2)a.

normalt angår pengekrav mellem forretningsdrivende.²² Typiske shippingstvister vil typisk alene give problemer mht. arbitrabilitet, hvis de på den ene eller den anden måde relaterer sig til decideret offentligretlig lovgivning, herunder hvis afsigelse af voldgiftskendelsen nødvendiggør tribunalets stillingtagen til lovovertrædelser, som fx hvor der er mistanke om korrupsion.²³ Det anerkendes generelt, at voldgiftsretten kan tage stilling til *erstatningsretlige* konsekvenser af fastslåede særlovsovertrædelser, så som markedsretlige eller konkurrenceretlige regler, men ikke selve lovovertrædelser. Dette synspunkt vil også være relevant ift. brud på enerettigheder og koncessioner, hvor en stærk offentligretlig interesse i sagen ofte vil medføre, at voldgiftsbehandling er udelukket. Bortset herfra vil voldgift af shippingtvister normalt ikke byde på problemer ift. tvistens arbitrabilitet.

4 Partsforholdet i shippingtvister. Modargumentet par excellence.

Den største hindring for brug af voldgift som effektiv konfliktløsning-metode i shippingtvister findes ikke i sagsforholdet, men i partsforholdet. Dette gør sig for det første gældende i transportaftalerne, hvor en tre-partskonstruktion, med en afsender, en transportør og en modtager vil være det gængse. I linjekonnossementer og søfragtbreve er dette som allerede nævnt håndteret ved, at der ikke vælges voldgift, men domstols-jurisdiktion, normalt ved at ”principal place of business of carrier” udpeges som værneting for alle tvister mellem parterne under den på-

²² Endskønt tvisterne som udgangspunkt ligger inden for parternes rådighed, ligger en del af tvisterne dog uden for partsautonomien. Således vil konnossements- og stykgodskrav samt lastekrav i internationale speditjonsforhold som udgangspunkt være underlagt præceptiv lovgivning. Dette udelukker dog ikke voldgiftsbehandling af tvisten. Det springende punkt er nemlig ikke, om parterne inden en tvists opståen vil kunne aftale en given retsstilling mellem sig, men om de efterfølgende vil kunne disponere over sagsgenstanden. XXX § 311

²³ Hiber/Pa

gældende aftale. Voldgift er også af andre årsager ret uegnet til håndtering af cargo claims i containertrafikken. Dels vil værdien af lasten i den enkelte container ofte være for lille til, at den populært sagt kan ”bære” omkostningen ved voldgiftsbehandling. Og såfremt der er tale om en ulykkesituation på skibet, der indebærer beskadigelse eller forsinkelse af et stort antal containere og det deri værende gods, vil der være behov for kumulering af et meget stort antal sager, hvilket ofte ikke kan lade sig gøre.

Såfremt der i stedet er tale om mere traditionel stykgodstransport, uden for containerfarten, vil voldgiftsaftaler dog ofte forekomme, idet de inkorporeres fra certepartierne over i trampkonnossementet via disses inkorporeringsklausuler. Disse inkorporeringer anerkendes i skandinavisk ret, hvis de opfylder betingelserne i søl. § 311, og vil derfor blive accepteret som bindende for modtageren i en konflikt mod den udførende transportør, såfremt (formentlig) det da er klart, hvilket certeparti, der henvises til.

Hvis tvisten angår situationer, hvor det på forhånd er givet i kontraktforholdet, at det indeholder flere parter, vil parterne ved at underlægge sig den samme voldgiftsklausul, der også efter sit indhold sigter på den flerleddede partskonstruktion, langt hen ad vejen kunne sikre, at voldgiftprocessen også gennemføres som tiltænkt. Det kan være nødvendigt at lave en særlig procedure for udpegning af voldgiftsretten, idet den traditionelle, hvorefter hver part udpeger en repræsentant, der sammen udpeger en formand, ikke nødvendigvis er hensigtsmæssig. De fleste institutionelle regler indeholder også regler for dette, og udfordringen med udpegning løses ofte i praksis ved, at den givne voldgiftsinstitution i så fald udpeger hele voldgiftsretten.

Udfordringen i praksis ligger nok nærmere i kædecertepartierne. For det første vil der, i situationer, hvor fx et tidscerteparti efterfølges af et rejsecerteparti, ikke være tale om samme voldgiftsaftale mellem samme parter. Dels vil rejsecertepartiet ofte være indgået mellem tidsbefragteren og sælger eller køber under den underliggende salgsaftale og således ikke med tidsbortfragterne/den udførende transportør. Derudover vil hver voldgiftsaftale henvise til tvister ”under this charterparty” og følgelig

efter sit indhold sprogligt ikke omfatte de samme tvister. Dette gælder også, selvom der fx skulle være tale om kæder af tidscertepartier, hvor der sprogligt ville være tale om den samme voldgiftsklausul, som fx hvis alle certepartierne i kæden indeholder Bimco's Dispute Resolution Clause, idet selv back-to-back-konstruktioner, hvor det samme certeparti "videre-trades" ikke nødvendigvis anerkendes som tilstrækkeligt for, at voldgiftsklausulen anerkendes mellem flere led i kæden.

I tvister, hvor sådanne partsrelationer kan forudses at opstå, bør man derfor overveje nøje, hvorledes disse udfordringer bedst imødegås. Noget kan bjerger ved at anvende institutionelle eller nationale regler, der tillader, at voldgiftssager kumuleres. I tillæg bør det i sådanne situationer overvejes, om lovvalget for den substantive del af tvisten og/eller lovvalget for voldgiftsaftalen kan laves sådan, at det tillader at, voldgiftsaftalen fortolkes, så den indeholder alle de relevante parter i tvisten.

Det er værd at notere sig, at man ved valg af Bimco's Dispute Resolution Clause, uanset at denne sigter på shippingtvister, ikke uden videre kan være sikker på, at kumulering kan opnås. Såfremt flere parter har valgt "London Arbitration" under London Maritime Arbitration Association, er der en begrænset mulighed i reglerne for, at flere tvister, der opstår samtidig og vedrører et fælles retsspørgsmål, kan høres parallelt. En reel kumulering af sagerne eller mulighed for decideret indtræde gives dog ikke.²⁴ Muligheden for kumulering må yderligere antages at være ganske fraværende, hvis man skulle vælge Singapore Arbitration, da SCMA Arbitration Rules 2009 simpelthen ikke indeholder regler om området. I begge tilfælde vil der yderligere ikke være meget at hente i baggrundsretten, da engelsk ret, der som udgangspunkt gælder for

²⁴ LMAA Terms (2012), Cl. 14: Powers of the tribunal (i uddrag) 14(b) Where two or more arbitrations appear to raise common issues of fact or law, the tribunals may direct that they shall be conducted and, where an oral hearing is directed, heard concurrently. Where such an order is made, the tribunals may give such directions as the interests of fairness, economy and expedition require including: (i) that the documents disclosed by the parties in one arbitration shall be made available to the parties to the other arbitration upon such conditions as the tribunals may determine; (ii) that the evidence given in one arbitration shall be received and admitted in the other arbitration, subject to all parties being given a reasonable opportunity to comment upon it and subject to such other conditions as the tribunals may determine.

voldgiftsaftalen, kun giver adgang til kumulering og/eller parallelle høringer, hvis parterne har aftalt det. Således følger det direkte af Arbitration Act 1996, sec. 36(2), at tribunalen ikke selv har kompetence til at beslutte, at sager kumuleres mv.

Videre muligheder findes, hvis alle relevante parter har valgt New York Arbitration under Society of Maritime Arbitrators. I så fald vil parterne blive anset for at have underkastet sig reglerne om kumulering af voldgiftsprocesser i SMA Rules sec. 2,²⁵ der indeholder en meget vidtgående kumulationsbestemmelse. Denne kræver dog begæring fra en af parterne, men blot en sådan foreligger, har tribunalen kompetencen til at afgøre, om kumulering eller fx indtræde skal tillades.

Bimcos Dispute Resolution Clause tillader dog også, at parterne vælger sin egen (som udgangspunkt) ikke-institutionelle voldgiftsbehandling ved et andet forum end de angivne. Der er dog intet, der afholder parterne fra at vælge institutionaliseret voldgift ved at indsætte dette i den fortrykte klausul. Parterne kan således fx ved valg af ICC-voldgift gøre brug af de forholdsvis vide rammer for kumulering og indtræde, der findes i ICC-reglerne (2012) art. 7 ff. Med mindre denne præcise formulering dog er indsat i alle de relevante certepartier mv. giver det dog ikke reelt en yderligere beskyttelse mod, at sagen splittes op i flere dele, der må behandles for forskellige fora, med alle de udfordringer dette fører med sig.

Uanset hvordan man ser på det, vil det, ved større, komplicerede shippingtvister, ofte ikke være muligt at sikre sig mod, at forskellige dele af tvisten ender for forskellige fora, det være sig voldgiftstribunaler,

²⁵ Rules of Society of Maritime Arbitrators Inc., sec. 2, i uddrag: Consolidation, (i uddrag) Whenever a dispute or disputes arise under two or more contracts that are subject to these Rules and concern a common question of fact or law or to a substantial degree involve the same transactions or series of transactions, the parties, at the request of any of them, agree to resolve all such disputes in a consolidated arbitration before a consolidated panel of arbitrators selected pursuant to the immediately following paragraph. The method of arbitrator selection contained in this Section shall supersede any conflicting method of arbitrator selection contained in the contracts. The consolidated panel shall for all purposes be deemed the parties' duly appointed panel to hear and decide all qualifying disputes under the multiple contracts in a consolidated proceeding and render a final and binding consolidated award that may be made a rule of the court. Kan downloades fra <http://www.smany.org/doc1-arbitrationRules.html>.

dispachører eller ordinære domstole, med den trænering, omkostningsforøgelse og mulighed for indbyrdes uforenelige afgørelser, der nødvendigvis må følge heraf.

5 De traditionelle grunde til at vælge voldgift sat under lup

5.1 Hurtigere og billigere?

Som udgangspunkt udgør voldgift en én-instans tvistløsningsform. Sammenlignet med udgangspunktet om mulighed for to-instansbehandling ved de ordinære domstole samt (især tidligere tiders eller fjernere landes) ordinære domstoles sagsbehandlingstider, kan voldgift forekomme som et fordelagtigt valg for parter, der gerne hurtigt vil have tvisten afgjort.

Dette er dog en sandhed med modifikationer. For det første vil voldgiftskendelsen under alle omstændigheder skulle tvangsfuldbyrdes ved domstolenes mellemkomst, såfremt den tabende part ikke frivilligt betaler den vindende part det tilkendte beløb. Dette kan være forholdsvist uproblematisk ved fx norvesteuropæiske domstole, men sagsbehandlingstider og trænering kan være stor udfordring under lidt fjernere himmelstrøg. Lidt er vundet ved fx at kunne få gennemført en ICC-voldgift på 6-9 måneder efter indlevering af klageskriftet, hvis der herefter medgår 3-4 år med at få kendelsen fuldbyrdet i et langsommeligt og evt. også korrump retssystem, fordi det tilfældigvis er der, modparten har ubehæftede aktiver.²⁶

For det andet har en øget formalisering af før-voldgiftsprocessen i kontraktpraksis medført, at voldgiftsprocessen ikke nødvendigvis er den eneste instans i sagen. Såkaldte ”Multi-tiered dispute resolution clauses”

²⁶ Paulsson; Why Good Arbitration Cannot Compensate for Bad Courts, *Journal of International Arbitration* 2013, Vol. 30, Issue 4, s. 345-360, s. 345.

²⁷, hvor der foreskrives e.g. først forhandling, så en formaliseret mæglingsproces og først derefter en voldgiftsbehandling kan medvirke til at træne et sagsforløb. Naturligvis kan dette også fremme konfliktløsningsprocessen, hvis det skulle lykkes at finde en mindelig løsning mellem parterne, men afvejningen ift. øget mulighed for træning bør overvejes af parterne.²⁸ I det hele taget ses en øget formalisering af voldgiftsprocessen ikke kun i baggrundsretten,²⁹ men også i de institutionelle regler.³⁰ Endskønt øget formalisering i høj grad kan være med til at sikre, at parternes basale processuelle rettigheder ikke trædes under føde, kan samme også bidrage til forlængelse samt øget mulighed for træning. Jo flere processuelle regler, der skal overholdes, jo flere mulige processuelle indsigelser giver det groft sagt mulighed for.

Uanset at retsgrundlaget i lande, der har tilsluttet sig New York-konventionen tilsiger, at domstolene skal frasige sig kompetence, hvis de finder, at parternes tvist er omfattet af en gyldig voldgiftsaftale,³¹ er der intet, der hindrer, at en part, der måtte mene, at dette ikke er tilfældet, indleverer en stævning for domstolene. Tilstedeværelsen af en voldgift-

²⁷ Se fx Bimcos Dispute Resolution Clause, der angiver en mulighed for mægling som en til enhver tid værende mulighed for parterne: <https://www.bimco.org/Chartering/~/-/link.aspx?id=1898BE6F28804864BFEDCDBFBA383561&z=z>.

²⁸ Det bør bemærkes, at såfremt multi-tier dispute resolution clauses eller som de også nogle gange benævnes "escalation clauses" ser ud til at blive håndhævet af både nationale domstole og voldgiftsretter internationalt set, såfremt de er formuleret i et forpligtende sprog. Det vil sige, at fx voldgift er udelukket så længe en mediation ikke er i det mindste forsøgt gennemført. Se fsv. angår engelsk ret *Cable & Wireless v. IBM*, QBD 24 September 2002. Se også Berger, *Law and Practice of Escalation Clauses*, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 1, s. 1-17, Jolles, *Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement*, (2006) 72 *Arbitration* 329-338 og Figueres, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* Vol. 14, No. 1, s. 71-88.

²⁹ Ift. baggrundsretten er dansk ret et godt eksempel: Først med DL 1-6-1 af 1683 som eneste regulering i næsten 300 år, efterfulgt i 1972 af en meget kortfattet voldgiftslov efter "hands off"-principper, der inkl. ikrafttrædelsesbestemmelser mv. udgør 13 paragraffer, samt endelig voldgiftsloven af 2005 efter modellovsforbillede med 44 paragraffer.

³⁰ Se fx til sammenligning ICC Rules of Conciliation and Arbitration 1975 sammenlignet med ICC Rules of Arbitration 1998 respektive 2012. Ikke alene bliver der flere bestemmelser hver gang – de bliver også længere.

³¹ New York-konventionens art. II(1).

saftale påses nemlig i sagen natur ikke ex officio, og så længe voldgiftsaftalen ikke påberåbes ved først givne lejlighed, vil den være anset som faldet jf. de processuelle regler om, at processuelle indsigelser anses for opgivet, med mindre de gøres gældende straks når der er anledning til det.³² Såfremt voldgiftsaftalen fx er en del af et kompliceret sagskompleks, hvor det vil afhænge af rettens forståelse af partskonstellationen, om der faktisk er en voldgiftsaftale mellem de givne parter, kan man risikere, at der faktisk skal føres en reel sag for domstolene, der herefter evt. vil ende med at henviser sagen til voldgift, hvor man så, populært sagt, kan starte forfra.³³

Sluttelig har visse lande stadig en (begrænset) mulighed for efterfølgende at appellere voldgiftskendelsen. I det omfang dette sker, er forståelsen af voldgift som en hurtigere konfliktløsningsmodel for alvor under pres.³⁴

Den traditionelle påstand om, at voldgift er en billigere tvistløsningsform, er normalt reelt begrundet i opfattelsen af voldgift som en en-instans struktur. Grundlæggende set er voldgift nemlig ellers principielt dyrt, fordi parterne selv betaler for voldgiftsretten samt den med sagen forbundne nødvendige administration og ikke blot kan nøjes med en retsafgift til et (i overvejende grad) statsfinansieret offentligt domstolsystem. Af samme årsag er voldgift decideret uegnet som tvistløsningsform i tvister, hvor man kan forudse, at den ene part ofte ikke vil have midler til at gennemføre en voldgiftssag på en forsvarlig måde, eller hvor sagens materie er så lille, at voldgift bliver uforholdsmæssig. Dette er en af grundene til, at voldgift ikke bruges som konfliktløsningsmodel i linjefarten. Der er simpelthen ikke værdi nok i en standard container til, at det giver nogen særlig mening. Noget af omkostningen kan begrænses

³² Se rpl. § 248, stk. 1, 2. pkt. og herunder det generelle princip i rpl. § 358, stk. 2, jf. rpl. § 352, stk. 4, 1. pkt.

³³ Se som et nyligt eksempel herpå fx U 2014.2042H, hvor spørgsmålet om, hvorvidt en tvist skulle løses ved voldgift var en integreret del af sagskomplekset. I sidste ende måtte denne tvist gennem tre instanser, før Højesteret fandt, at sagens afgørelse skulle henskydes til voldgift.

³⁴ Se fx den engelske Arbitration Act 1996, sec. 69, der under visse omstændigheder tillader "appeal on a point of law".

ved at udpege en enevoldgiftsmand. Derudover har flere af voldgiftsinstitutterne i deres regelværk givet mulighed for ”small claims”-voldgift med inspiration fra den nationale retsplejes regler.³⁵ Dette er med til at holde omkostningsniveauet nede i mindre sager. Men uanset dette vil voldgift generelt fremstå som mest velegnet i tvister, hvor sagsgenstanden er så betragtelig, at udgiften til at betale sine egne dommere i tillæg til sine advokater fremstår som overskuelig i sammenligning.

En anden pointe ved spørgsmålet om omkostningerne ved voldgift er, at det – modsat det offentlige system med betaling af retsafgift – ikke altid er muligt på forhånd at fastlægge, hvad voldgiften vil koste. Dette gør sig især gældende ved ad hoc voldgift, hvor parterne står sig godt ved at have en åbenhjertig snak om dette med voldgiftsdommeren/-ne inden sagen påbegyndes. Voldgiftsinstitutionerne har imødegået dette problem ved at angive takster, hvorefter omkostningerne ved voldgiftsretten på forhånd kan fastlægges. Taksterne består normalt af et fast administrationsgebyr plus et gebyr fastsat som en (gradvist nedskaleret) procentsats af sagens størrelse. Ved visse sagsstørrelser, og under forudsætning af udpegelse af en enevoldgiftsmand, viser nogle af voldgiftsinstitutionerne sig reelt konkurrencedygtige ift. domstolenes krav om retsafgift.

5.2 Muligheden for selv at vælge forum og dommere

Traditionelt har det været anført, at parternes mulighed for selv at udpege dels voldgiftsrettsinstansens beliggenhed, dels voldgiftsdommerne, er en af de grundlæggende fordele ved voldgiftsinstituttet. Dette skyldes flere forhold. Dels vil parterne kunne vælge at lægge voldgiftsretten et neutralt sted, og således populært sagt undgå, at en af parterne har en ”hjemmebanefordel”. Dels vil parterne kunne udpege en voldgiftsmand, som de kender og har tillid til.³⁶ Endelig vil parterne, ved at udpege ikke kun

³⁵ Se fx Det danske voldgiftsinstituts regler for forenklet voldgift: <http://www.voldgiftsinstituttet.dk/dk/Menu/Forenklet+voldgift/Regler+om+forenklet+voldgift+2013> eller LMAA Small Claims Arbitration Procedure 2006, som henviser til i Bimco's Dispute Resolution Clause når der henvises til engelsk voldgift, <http://www.lmaa.org.uk/terms-the-lmaa-small-claims-procedure.aspx>.

³⁶ Se vedr. en diskussion af problemer i forbindelse med, at en part gentagne gange udpeger den samme voldgiftsdommer, Slaoui, *The Rising Issue of "Repeat*

jurister men også eksperter inden for det givne område, kunne sikre sig, at tribunalen har tilstrækkeligt kendskab til den faktuelle og merkantile ramme, tvisten befinder sig inden for.³⁷

Ønsket om, ikke at overlade en eventuel tvist til et givent lands ordinære domstole, kan sagtens være reelt begrundet. Lange sagsbehandlingstider, problemer med korrupsion og manglende faglig kompetence kan i visse jurisdiktioner udgøre reelle barrierer for en fornuftig konfliktløsning. I en skandinavisk kontekst er vi dog fri for sådanne excesser, og det bliver mere spørgsmålet om muligheden for at udpege dommere med ekspertviden, der tiltaler. Dette ses tydeligst i de nordiske speditjonsbetingelser, NSAB, der i § 32 angiver, at tvister under betingelserne i Danmark skal afgøres ved domstolene, og ikke – som i Finland, Norge og Sverige – ved voldgift. Eksistensen af Sø- og Handelsretten i København med dens to fagdommere samt lange tradition for denne tviststype har her gjort sig gældende.

Endelig giver muligheden for at placere voldgiftsretten inden for en bestemt stats jurisdiktion mulighed for i vidt omfang (om end aldrig helt) at bestemme, hvilke/-t lands ret, der regulerer voldgiftsprocessen. Dette har ikke kun betydning for voldgiftsprocessen isoleret set, men også for mulighederne for domstolsbistand til fx vidneførelse, udenretligt syn og skøn eller brug af foreløbige retsmidler.

Det må dog erkendes, at sådanne refleksioner ikke altid foretages i særlig grad af parterne.

5.3 Muligheden for at undgå offentlighedens opmærksomhed omkring tvisten

Der vil i sagens natur være en mindre grad af offentlighed omkring voldgiftssager end man ser omkring almindelige retssager ved domstolene. Eftersom reglerne om offentlighed i retsplejen ikke gælder, vil offentligheden af gode grunde ikke have samme adgang til at lytte med.

Arbitrators³⁷: A Call for Clarification, *Journal of International Arbitration* 2009, Vol. 25, Issue 2, s. 103 ff. og Vietri/Dharmananda, *Impartiality and the Issue of Repeat Arbitrators*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, Issue 3, p. 187 ff.

³⁷ Juul/Tømmesen, *Voldgiftsret*, Thomson 2003, s. 14f.

Derudover forudsætter publicering af voldgiftskendelser alle parter samtykke, med mindre sagen da kører for en voldgiftsret eller voldgiftsinstitution, der som en generel regel kræver, at der sker efterfølgende publicering af voldgiftskendelsen. Dette vil i hvert fald i Skandinavien normalt kun forekomme, hvis voldgiften er nedsat med hjemmel i lov.³⁸

Det er nok sådan, at der er en vis grad af pligt til fortrolighed for så vidt angår voldgiftsinstituttet. Det er dog ganske uklart, hvad denne består i.³⁹ Lad det først blive slået fast, at en fuldstændig forpligtelse så vidt ses ikke kan påvises i skandinavisk ret. Fortrolighedsforpligtelsen følger ikke af Modelloven og ses da heller ikke beskrevet i fx den danske voldgiftslov. Den norske voldgiftslov angiver i § 1-5 direkte det modsatte udgangspunkt, nemlig at *"[h]vis ikke partene har avtalt noe annet for den enkelte sak, er voldgiftsbehandlingen og voldgiftsrettens avgjørelser ikke underlagt taushetsplikt."* Såfremt parterne har valgt en institutionel voldgift, vil en vis fortrolighed dog normalt følge.⁴⁰

Voldgiftsdommere forventes at behandle sagen konfidentielt, og parterne er i hvert fald underlagt de forpligtelser, der generelt følger af, at man får kendskab til de andre parter forretningsmæssige hemmeligheder, samt andre forhold, der ikke er almindelig kendt.⁴¹ Derudover forventes parterne at afholde sig fra aggressivt at diskutere indholdet af selve voldgiftsprocessen i pressen, og partsrepræsentanternes gøren og laden i den sammenhæng vil efter omstændighederne kunne være i strid med advokatetiske principper. Men omtale af, at der foreligger en voldgiftssag, og at parterne er uenige om tvisten genstand er ikke i en skandinavisk forståelse underlagt konfidentialitet, med mindre parterne i voldgiftsaftalen konkret har påtaget sig en sådan forpligtelse. Fuldstæn-

³⁸ Således fx kendelser fra arbejdsretten (tilgængelige on-line på <http://www.arbejdsretten.dk/faglige-voldgiftsretter/offentliggoerelse-af-kendelser.aspx>). Se yderligere fx kendelser fra Sveriges Dispacchør (som uanset sin nedsættelse med hjemmel i lov har en ene-voldgiftslignende karakter), <http://www.dispaschor.se/Dispascher/2014.aspx>.

³⁹ Se Craig/Park/Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3. udg., Oceana 2000, s. 312 ff.

⁴⁰ En konfidentialitetsforpligtelse er det generelle udgangspunkt i SCC voldgift, se SCC Arbitration Rules 2010, Art. 46. Tilsvarende gælder fx Det Danske Voldgiftsinstituts regler, § 34.

⁴¹ Juul/Tommesen, Voldgiftsret, Thomson 2003, s. 208 med henvisninger.

dig konfidentialitet vil uanset hvad heller ikke kunne opretholdes i det omfang parterne, har behov for domstolenes assistance i forbindelse med voldgiftsprocessen, fx i forbindelse med bevisoptagelse, og da slet ikke i forbindelse med en eksekutionsproces, idet voldgiftskendelsen som forudsætning for eksekution normalt vil skulle fremlægges i sin helhed.⁴² Den vil herefter blive en del af dokumentationen i eksekutionssagen og som sådan ultimativt tilgængelig for offentligheden.

Muligheden for ikke at vaske sine beskidte lagner offentligt har ikke kun værdi ift. beskyttelse af forretningshemmeligheder, men medfører også, at ingen af parterne nødvendigvis taber ansigt udadtil. Dette sættes ofte i forbindelse med, at voldgift opfattes som mindre konfronterende og således mindre skadelig for fremtidige samarbejder end en almindelig domstolsproces. Det kan vel rimeligvis antages, at manglende ”ansigtstab” udadtil kan medvirke til at øge mulighederne for, at samarbejdsrelationer bevares, men faktisk ses der ikke ellers grunde til, at en voldgiftsproces skulle være mindre konfronterende. Parterne sidder godt nok ned, ofte i hesteskoform omkring voldgiftsretten, men med den formalisering, der i de sidste årtier er sket af selve voldgiftsprocessen, er det bortset fra det svært at se forskel på en voldgiftsproces og en almindelig proces for domstolene. Voldgiftsretten vil, hvis parterne ønsker det, være behjælpelig med at mægle forlig, men den forpligtelses påhviler også de ordinære domstole både generelt og i form af tilbud om decideret retsmægling, som efterhånden er etableret som ordinært institut inden for retsplejen.⁴³ Det ses heller ikke, at advokatstanden går til stålet med mindre iver i voldgiftssagerne.⁴⁴

Såfremt det skønnes, at fokus på parternes fremtidige samarbejde er af væsentlig betydning i processen, kan en reel mæglingsproces være

⁴² Se den danske voldgiftslov § 38, stk. 2, og den norske voldgiftslov § 10-45.

⁴³ Se fx rpl. kap. 27 og tvistelovens kap. 8.

⁴⁴ Antagelsen baseres på fuldstændig uvidenskabelig egen-observation gennem årene på et grundlag, der statistisk er for spinkelt til at kunne sige noget som helst, men hvis der findes praktikere blandt læserne, der er af en anden formening om dette, vil jeg sætte pris på, at de tog kontakt. Såfremt det kan påvises, at partsrepræsentanterne går mere med fløjlshandsker i voldgiftssager, end i sager ved de ordinære domstole, ville det ikke alene være overraskende for mig personligt men også retssociologisk meget interessant.

mere hensigtsmæssig. Såfremt en eller flere af parterne frygter, at der kan blive problemer med parternes opfyldelse af mæglingens resultat, er det fuldt ud muligt inden for de eksisterende regler at udpege en ad hoc voldgiftsmand (fx mægleren) med det ene formål at omsætte mæglingens resultat i en egentlig voldgiftskendelse, der kan eksekveres internationalt efter de almindelige regler herom.⁴⁵ (Men det forudsætter naturligvis, at parterne enes herom).

5.4 Muligheden for international eksekvering af voldgiftskendelsen – det bedste argument ”for”

Uanset hvad man måtte mene om voldgiftsinstituttets fordele og ulemper i shippingtvister, udgør håndhævelsesmuligheden efter New York-konventionens art. V en fordel ved voldgiftsbehandling, som ingen af de andre konfliktløsningsmodeller matcher. Inden for Bruxelles 1-forordningens og Luganokonventionens område vil domstolene kunne tilbyde en tilsvarende ordning, men såfremt det realistisk set må forventes, at aktiver, der er interessante ift. en eksekutionsprocedure befinder sig uden for dette geografiske område, er reguleringen ikke meget bevendt.

Forsøget på at skabe en international konvention med inspiration i Domsforordningens / Bruxelles 1-forordningens system mislykkedes, og mandede ud i Haagerkonventionen om jurisdiktionsaftaler, der er en minimumsregulering på en New York-konventionsskabelon. Konventionen har været en fiasko. Den er til dato underskrevet af EU og USA, og alene tiltrådt af Mexico.⁴⁶

Såfremt parterne, i situationer, hvor eksekutionsgrundlaget findes uden for EU- og EFTA-landene baserer sig på domstolsjurisdiktion, vil de således skulle forlade sig på uigennemsigtige og evt. meget besværlige

⁴⁵ I Danmark vil parterne evt. i stedet ønske at vælge at lade mæglingens proces udmunde i et frivilligt forlig, der efter omstændighederne kan være eksekverbart efter rpl. § 489, stk. 1, nr. 4. Dette vil dog ikke være eksekverbart i EU- og EFTA-landene, da eksekution af forlig her forudsætter, at der er tale om retsforlig, se hertil rpl. § 489, stk. 1, nr. 2, samt Bruxelles-1 Forordningen nr. 44/2001 af 22. december 2000 med ændringer i forordning 2015/2012 af 12. december 2012, art. 58.

⁴⁶ Kilde: Haagerkonventionens hjemmeside, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98.

nationale regler om domstolseksekvatur af fremmede domme. Dette kan af gode grunde fremstå ganske utilfredsstillende for parterne – og ikke mindst disses advokater.

Selv den bedste retsafgørelse er reelt værdiløs, såfremt den ikke bliver anerkendt som havende litis pendensvirkning samt værende eksekverbar der, hvor taberen til sin tid måtte have aktiver. Voldgifts særstatus som det reelt bedste bud på en bindende konfliktløsning i de fleste internationale shippingtvister må derfor antages at kunne opretholdes langt ud i fremtiden.

6 Konklusion: For og imod voldgift i shippingtvister?

Lad det blive slået fast med det samme: Voldgift er ikke svaret på spørgsmålet om, hvilken konfliktløsningsmodel, der egner sig bedst til shippingtvisterne. Dette er også erkendt i branchen, og mange standarddokumenter og samarbejdsaftaler bruger andre løsninger.

I de tilfælde, hvor voldgift vælges, har en øget formalisering af voldgiftsprocessen muligvis været begrænsende for den processuelle smidighed og fleksibilitet, der førhen forfægtes som en af voldgiftens forcer. Derudover er voldgift særligt i shippingtvisterne udfordret af, at partsforholdene ofte er flerleddede; eller for så vidt at partsforholdet ændrer sig løbende, fx ved frembortfragtningsaftaler. Og voldgift er dyrt.

Trods det, må det forventes, at voldgift opretholdes som tvistløsningsmåden, i hvert fald i certepartifarten. Certepartifartens grundlæggende internationale struktur, hvor reders aktiver konstant flytter sig fra jurisdiktion til jurisdiktion, forudsætter nemlig en tvistløsningsmodel, der medfører international eksekveringsmulighed. Og der findes der p.t. ikke noget andet bud end voldgift.

Terms of Reference – fra et nordisk (shipping) perspektiv

Jens V. Mathiasen, partner
Ditte Rust, advokatfuldmægtig
Advokatfirmaet Gorrissen Federspiel, Danmark¹

1 Indledning

International Chamber of Commerce er verdens største handelsorganisation, der blandt andet udarbejder regelsæt til brug for international handel, samt forestår behandling af tvister mellem handelsparter ved voldgift. ICC International Court of Arbitration ("ICC") er verdens største institutionelle voldgiftsinstitut, og behandlingen af voldgiftssager ved ICC sker efter de af ICC udarbejdede procedureregler, som er tilgængelige på ICC's hjemmeside².

Terms of Reference er et værktøj, der er udarbejdet og anvendt af ICC, og hvis hovedformål er på en effektiv måde at indsnævre voldgiftssagers genstand, påstande og krav samt at afklare, hvorledes sagen skal behandles, herunder med lovvalg og eventuelt valg af særlige principper for

¹ Artiklen er skrevet over foredrag ved Jens V. Mathiasen afholdt ved det 26. Nordiske Sjørettsseminar i Stockholm.

² <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>

sagens afgørelse, såsom *ex aequo et bono* eller *amiable compositeur*.

I nærværende artikel vil der blive redegjort dels for fordele og retsvirkninger af Terms of Reference, dels for udfordringer og betænkeligheder ved brugen af værktøjet i forberedelsen af voldgiftssager.

Endelig vil artiklen tage sit udgangspunkt i et nordisk og særligt i et nordisk shipping-perspektiv, således at det vil blive vurderet, hvorvidt Terms of Reference allerede bliver anvendt i nordisk voldgift/nordisk shipping-voldgift, alternativt om der anvendes lignende modeller, og afslutningsvist om der reelt set er et behov for brugen af Terms of Reference eller lignende værktøjer til brug for forberedelsen af nordisk voldgift/nordisk shipping-voldgift.

2 Terms of Reference

2.1 Baggrund og formål

Oprindeligt var brugen af Terms of Reference begrundet i, at der i de fleste jurisdiktioner var strenge vedtagelseskrav for aftaler om voldgiftsbehandling af en tvist. For at parter kunne være sikre på, at de havde indgået en gyldig aftale om voldgiftsbehandling af en tvist, udarbejdede de således et dokument, hvori parterne beskrev tvisten samt erklærede, at de var blevet enige om at lade tvisten afgøre ved voldgift, hvorved de fraskrev sig retten til at lade sagen behandle ved domstolene. Et sådant dokument blev kaldet en ”submission agreement” og kan kaldes forstadiet til brugen af Terms of Reference.

I dag er vedtagelseskravene til voldgiftsbehandling betydeligt lempet i de fleste jurisdiktioner. Desuagtet kan udarbejdelsen af Terms of Reference vise sig nyttig i vedtagelsessammenhæng, idet parterne ved udarbejdelse af Terms of Reference har mulighed for at angive en klar, utvedtydig og præcis beskrivelse af sagens genstand og dermed af, hvad parterne giver voldgiftsretten kompetence til at afgøre. Herved kan parterne afværge senere angreb mod den voldgiftsavgørelse, som vold-

giftsretten måtte afsige, idet parterne ved denne angivelse af sagens genstand kan foregribe, at én af parterne bagefter påstår voldgiftsafgørelsen ugyldig med henvisning til, at voldgiftsdommerne overskred deres kompetence eller afgjorde forhold, som ikke var omfattet af sagens genstand. Følgelig kan muligheden for, at én af parterne senere angriber voldgiftsafgørelsen på baggrund af det såkaldte ”ultra petita defence”³, betydeligt mindskes. Til illustration heraf kan *SOFIDIF*-sagen⁴ nævnes. Sagen var anlagt ved ICC i forlængelse af, at en iransk part havde trukket sig fra en aftale med en fransk part om konstruktion af faciliteter til uranudvinding i Frankrig. Voldgiftstribunalet afgjorde ved voldgiftskendelse, at den iranske part uberettiget havde ophævet aftalen og dermed var erstatningsansvarlig for de tab, som den franske part havde lidt. Den iranske part erklærede sig uenig i voldgiftkendelsen og gjorde herefter ugyldighedsindsigelse gældende for Paris Court of Appeal. Påstanden var, at voldgiftstribunalet havde overskredet sin kompetencebeføjelse som anført i Terms of Reference. Paris Court of Appeal gav den iranske part medhold heri. Den franske part ankede Paris Court of Appeals afgørelse til Cour de Cassation, idet den franske part henviste til, at Paris Court of Appeal uberettiget havde indskrænket voldgiftstribunalets frihed til at fortolke Terms of Reference i lyset af de konkrete omstændigheder og parternes hensigt. Cour de Cassation gav den franske part medhold og tilsidesatte følgelig Paris Court of Appeals afgørelse.

SOFIDIF-sagen viser med al tydelighed, hvor afgørende det er, at parterne og voldgiftstribunalet sikrer en grundig og præcis udformning af Terms of Reference, således at efterfølgende usikkerheder om voldgiftstribunalets kompetence minimeres.

Nu til dags begrundes udarbejdelsen af Terms of Reference i, at parterne derved sikrer en skyndsom og præcis tilskæring af sagen. Reglerne om Terms of Reference er en integreret og essentiel del af forberedelsen af ICC-voldgift, og udarbejdelsen af Terms of Reference sker med

³ Om ”ultra petita” defence, se eksempelvis ”Concise International Arbitration” af Loukas A. Mistelis, 2010, s. 19.

⁴ Cour d’appel, Paris, 19 December 1986, *SOFIDIF v. OIETAI and AEOI*, 1987 REV. ARB. 359.

det formål at gøre voldgiftsproceduren mere målrettet og effektiv – hvilket er både tidsmæssigt og økonomisk til gavn for parterne. Nedenfor følger en mere indgående beskrivelse af indholdet af Terms of Reference-reglerne, herunder navnlig af de indholdsmæssige krav samt for proceduren for udarbejdelse af Terms of Reference.

2.2 Indhold

Article 23(1) i ICC-reglerne fordrer, at Terms of Reference skal indeholde følgende: Parternes navne, adresser og kontaktdetaljer; et sammendrag af parternes påstande og krav; en oversigt over tvistepunkterne i sagen; navne, adresser og kontaktdetaljer på voldgiftsdommerne; stedet for voldgiftssagens behandling, samt angivelse af hvilke processuelle regler sagen skal afgøres efter, herunder om dommerne skal afgøre efter reglerne om *amiable compositeur* eller *et aequo et bono*.

Kravet om, at der skal fremgå en oversigt over tvistepunkterne i sagen, bør opfyldes ved, at der både sker angivelse af parternes respektive krav og påstande samt af kravenes værdi, såfremt kravene kan omsættes til et pengebeløb.

I relation til kravet om en oversigt over tvistepunkterne i sagen er det essentielt at holde sig for øje, at en sådan oversigt alene skal udarbejdes, såfremt det er meningsfuldt i forhold til sagens forberedelse. Kravets formål er på et tidligt tidspunkt at afgøre hvilke faktuelle oplysninger, der er relevante for sagens afgørelse, herunder hvilke faktuelle oplysninger, der er uenighed om blandt parterne. Modsat angivelsen af parternes påstande og krav er denne oversigt ikke tiltænkt at indsnævre sagens omfang, men derimod alene at tjene til afklaring af hvilke faktiske forhold, der skal udredes til brug for sagens afgørelse for voldgiftspanelet. Dette medfører, at voldgiftsdommerne ofte vil anføre, at oversigten over relevante, faktiske forhold, der er omtvistede, og som har betydning for sagens afgørelse, ikke er udtømmende og kan udvides i takt med sagens behandling.

Med indholdet, der kræves efter Article 23(1), sikres således en ramme for voldgiftssagens behandling, idet der med udarbejdelsen af Terms of

Reference skabes ét dokument, der indeholder alle relevante oplysninger til brug for sagens behandling. I dette dokument angives både sagens genstand, krav, påstande, relevante og praktiske oplysninger samt endelig de regler, efter hvilke sagen skal behandles.

Herudover tjener Terms of Reference navnlig fire formål: Først og fremmest fungerer Terms of Reference som et slags ”anker” for sagens behandling, hvortil både parterne og voldgiftspanelet kan søge vejledning under voldgiftsprocessen. Dernæst er selve udarbejdelsen af Terms of Reference værdifuld, idet processen i sig selv er et håndgribeligt mål for sagens tilskæring. Processen tvinger tillige voldgiftspanelet til på et tidligt stadie af sagens behandling at skabe sig et fuldstændigt overblik over sagen og dens vigtigste tvistepunkter. Endelig opfordres parterne ved udarbejdelsen til at nå til enighed om, hvad sagens kerne er samt om omfanget af de tvistepunkter, som parterne giver voldgiftspanelet kompetence til at bedømme.

Tilsammen medfører opfyldelsen af de ovennævnte formål, at parterne tilskærer sagen på en klar, utvetydig og grundig måde, hvilket medfører, at både efterfølgende skriftudveksling samt sagens bedømmelse bliver mere koncentreret og fokuseret.

Som ovenfor anført under afsnit 2.1 kan udarbejdelsen af Terms of Reference desuden afhjælpe eventuelle mangler ved parternes voldgiftsaftale. Eksempelvis hvis der er uklarhed om, hvorvidt parterne har ønsket ad hoc voldgift eller ICC-voldgift. Parternes udarbejdelse og underskrivelse af Terms of Reference vil i sådanne tilfælde fjerne enhver tvivl om, at parterne ønsker deres tvist afgjort ved ICC-voldgift.

2.3 Udarbejdelse

Når parter har indsendt en tvist til behandling ved ICC, skal hver af parterne først fremsende deres indledende skrift, hvori tvisten i overordnede træk beskrives. Når ICC har nedsat voldgiftspanelet, overleverer ICC's sekretariat sagen, herunder med alle indledende skrifter, til voldgiftspanelet⁵. Denne overlevering markerer begyndelsen af sagens

⁵ Jævnfør Article 16 i ICC-reglerne.

forberedelse, hvilket indebærer, at voldgiftspanelet, jævnfør ICC's Article 23(3)⁶, fra dette tidspunkt har to måneder til at udarbejde og få underskrevet Terms of Reference. Der er dog mulighed for forlængelse af denne frist, hvis voldgiftspanelet skønner det nødvendigt.

Selvom det formelle udgangspunkt er, at det er voldgiftspanelet, som udarbejder Terms of Reference, er det i praksis et samarbejde med parterne, herunder ved at der fremsendes udkast til Terms of Reference mellem voldgiftspanelet og parterne. Hvis sagens omfang tilsiger det, kan der indkaldes til et fælles møde, hvor formuleringen af Terms of Reference drøftes og færdiggøres sammen med parterne.

Det er en betingelse for afslutning af sagens forberedelse, at Terms of Reference underskrives af såvel voldgiftspanelet samt af sagens parter. Det giver sig selv, at parterne ved underskrivelse på ingen måde erkender modpartens påstande og krav. Underskrivelsen skal snarere ses som parternes accept af, hvorledes sagen er skåret til i medfør af Terms of Reference-reglerne. Selv såfremt én af parterne måtte nægte at underskrive de udarbejdede Terms of Reference, kan behandlingen desuagtet igangsættes. Dette kræver dog, at ICC-retten⁷ godkender de udarbejdede Terms of Reference i medfør af ICC's Article 23(3), hvilket vil forudsætte, at Terms of Reference opfylder alle kravene, som fremgår af Article 23⁸.

På det formelle plan er det essentielt at bemærke, at parternes underskrivelse af Terms of Reference markerer afslutningen af sagens forberedelse, hvilket indebærer, at parterne herefter afskæres fra at fremsætte yderligere påstande eller krav i den pågældende sag. Parterne kan dog,

⁶ I det følgende vil enhver henvisning til ICC-reglerne ske som eksempelvis "ICC's Article 23(3)".

⁷ "The International Court of Arbitration" kaldes i ICC-reglerne for "the Court of the International Chamber of Commerce". I nærværende artikel vil dette organ benævnes "ICC-retten". ICC-retten er et uafhængigt organ, hvis vedtægter er fastsat i Appendix I til ICC-reglerne. ICC-retten foretager ikke selv voldgiftsbehandling, men fungerer udelukkende som et administrativt organ, der varetager opgaver, som er tillagt organet i medfør af ICC-reglerne. Én af organets kompetencer er således at godkende Terms of Reference i tilfælde, hvor én af sagens parter måtte nægte at underskrive de endeligt, udarbejdede Terms of reference.

⁸ Se The Secretariat's Guide to ICC Arbitration af Jason Fry, Simon Greenberg og Francesca Mazza, 2012, s. 249.

jævnfør ICC's Article 23(4), anmode voldgiftspanelet om alligevel at tillade yderligere krav og påstande indlemmet i sagen. Om voldgiftspanelet tillader dette, afhænger af de konkrete forhold, hvorfor der formelt set ikke kan gives anden retningslinje end, at voldgiftspanelet må antages at være mere tilbøjelig til at indlemme mindre tilføjelser i sagen end nye krav af væsentlig størrelse eller påstande, der i betydelig grad ændrer sagens genstand. I praksis tillades nye krav og påstande i vidt omfang allerede af den grund, at nægtelse heraf vil øge risikoen for, at parterne efter afsigelse af voldgiftskendelsen vil påstå den kendt ugyldig på baggrund af, at visse krav og påstande blev afskåret med en "ufuldstændig" kendelse til følge.

Det anføres i International Chamber of Commerce⁹, at bestemmelsen, hvorefter parterne ved underskrivelse af Terms of Reference accepterer kun at kunne fremsætte nye krav og påstande under sagen med godkendelse fra voldgiftspanelet, forhindrer, at parterne forhaler forberedelsesprocessen. I modsat fald det vil sige, hvis der var fri adgang til fortsat at indlemme nye krav og påstande, kunne parterne obstruere voldgiftsprocessen ved fortløbende at påstå nye krav og påstande indlemmet i sagen, hvorved forberedelsen til stadighed måtte forlænges – til frustration for den anden part, der gerne så voldgiftssagen effektivt fremmet.

Omvendt gælder, at Terms of Reference ikke må være så snævert formuleret, at de enkelte krav og påstande, der allerede er indarbejdet, ikke kan gøres mere detaljerede eller mere præcise i takt med sagens udvikling. Udarbejdelsen af Terms of Reference fordrer således en præcis og klart formulering af sagens genstand, krav og påstande, dog at ordlyden ikke må være så snæver, at voldgiftsdommerne herved afskæres fra senere at specificere genstanden, kravene og påstandene, hvis nødvendigt eller fordelagtigt for sagens behandling.

Hertil skal bemærkes, at afskæringen af nye påstande og krav efter afslutningen af sagens forberedelse ikke forhindrer parterne i at tilvejebringe nye eller ændre de juridiske argumenter eller teorier, der støtter de allerede fremsatte påstande. Tillige er det parterne muligt at frem-

⁹ Af W. Laurence Craig, William Park og Jan Paulsson, s. 278, 2000, 3rd edition.

bringe nye beviser eller at ændre kravenes værdiansættelser¹⁰.

Det giver sig selv, at der ikke kan gives en eksakt formel på, hvorledes Terms of Reference bør udarbejdes. Udarbejdelsen skal naturligvis opfylde kravene i ICC's Article 23, men selve omfanget og detaljerigheden vil afhænge af den enkelte sags konkrete omstændigheder og kompleksitet. Endelig anføres det i International Chamber of Commerce Arbitration¹¹, at længden og omfanget af Terms of Reference også vil afhænge af voldgiftspanelet, herunder navnlig de enkelte voldgiftsdommeres baggrund og erfaring med voldgiftsbehandling.

Når Terms of Reference er underskrevet, er voldgiftspanelet's næste opgave at indkalde parterne til et møde, hvorunder sagens praktiske behandling skal drøftes og tilrettelægges. På dette møde vil tidsplanen for sagens behandling typisk blive fastlagt.

Med udarbejdelsen af Terms of Reference har parterne således på hurtig og målrettet vis fået skåret sagen til – hvorved sagens forberedelse kan anses for afsluttet.

3 De juridiske konsekvenser af Terms of Reference

I dette afsnit vil de juridiske konsekvenser af udarbejdelsen og underskrivelsen af Terms of Reference blive drøftet.

I The Secretariat's Guide to ICC Arbitration¹² anføres det uden forbehold, at Terms of Reference udgør et juridisk dokument, til hvilket visse juridiske konsekvenser er knyttet. Først og fremmest er det klart, at parterne, trods uklarhed og utvetydighed i deres voldgiftsaftale, accepterer voldgiftsbehandling ved ICC. Hvis parterne til en voldgiftsaftale blot har anført, at tvister skal afgøres ved voldgift, kan parternes under-

¹⁰ Se International Chamber of Commerce Arbitration af W. Laurence Craig, William Park og Jan Paulsson, 2000, 3rd edition, s. 279.

¹¹ Af W. Laurence Craig, William Park og Jan Paulsson, 2000, 3rd edition, s. 279, s. 276.

¹² Af Jason Fry, Simon Greenberg og Francesca Mazza, 2012, s. 251.

skrivelse af Terms of Reference altså anses som en uforbeholden tiltrædelse af ICC voldgift.

Hertil må anføres, at ovenstående konklusion, hvorefter parternes underskrift af Terms of Reference kan afhjælpe eventuelle mangler ved deres voldgiftsaftale, ikke uden forbehold kan overføres til en situation, hvor den ene af parterne nægter at underskrive. I et sådant tilfælde bliver det op til ICC-retten at afgøre, hvorvidt der kan drages sådan tvivl om ICC's kompetence i henhold til voldgiftsaftalen, at Terms of Reference ikke bør godkendes. Retsvirkningen af, at ICC-retten ikke godkender Terms of Reference, er, at sagen ikke kan viderebehandles ved ICC.

I International Chamber of Commerce Arbitration¹³ anføres det modsat, at parternes underskrivelse af Terms of Reference ikke bør anses for at udgøre en selvstændig aftale om voldgift, men derimod alene som et supplement til den allerede indgåede voldgiftsaftale. Hvorvidt Terms of Reference udgør en ny og selvstændig voldgiftsaftale, er imidlertid ikke afgørende, såfremt parterne blot tydeligt afhjælper klarheden ved deres indledende voldgiftsaftale ved at underskrive Terms of Reference.

En yderligere juridisk konsekvens af underskrivelse af Terms of Reference er, at underskrivelsen markerer begyndelse på tidsfristen i medfør af ICC's Article 30(1), hvorefter voldgiftpanelet har seks måneder til at afgive kendelse i sagen.

Hertil kommer, at underskrivelsen tillige medfører, at parterne i princippet afskæres fra at indlemme nye krav og påstande i sagen. Voldgiftsparterne vil dog ofte være forsigtige med at afskære nye krav og påstande. Et eksempel herpå sås i en ICC-voldgift håndteret af forfatterens advokatfirma, hvor et rederi påstod præklusion af de nye krav og påstande, som befragteren rejste umiddelbart inden sagen skulle forhandles mundtligt for voldgiftspanelet under henvisning til de udarbejdede Terms of Reference. Voldgiftspanelet gennemførte forhandlingen uden at tage stilling til spørgsmålet om præklusion af de nye krav og påstande, og spørgsmålet blev heller ikke behandlet i voldgiftskendelsen (som i øvrigt gav rederiet medhold).

¹³ Af W. Laurence Craig, William Park og Jan Paulsson, 2000, 3rd edition, s. 286.

Som tidligere beskrevet under afsnit 2.3 er parterne ikke afskåret fra at fremlægge nye beviser, tilføje eller ændre det juridiske fundament for påstandene og kravene, eller til at ændre værdien af de fremsatte krav. Til illustration heraf kan *Carte Blanche*-sagen¹⁴ nævnes. I sagen forsøgte klager at forhøje den beløbsmæssige værdi som angivet i Terms of Reference, og trods indklagedes protest gav voldgiftstribunalet tilladelse hertil. I den efterfølgende voldgiftskendelse gav voldgiftstribunalet klager medhold i det højere, påståede beløb. Herefter indbragte indklagede kendelsen for en amerikansk domstol med påstand om tilsidesættelse under henvisning til ugyldighedsindsigelse. Indklagedes påstand var, at voldgiftstribunalet ved at tillade forhøjelse af kravenes beløbsmæssige værdi havde overskredet sin kompetence som indskrevet i Terms of Reference. Den amerikanske domstol fandt ikke, at voldgiftstribunalet havde overskrevet sin kompetence, men bemærkede dog, at deres afgørelse var begrundet i det faktum, at Terms of Reference i den pågældende sag havde været relativt bredt formuleret. Ordlyden af Terms of Reference kan således få en afgørende betydning for, hvorvidt voldgiftstribunalet eksempelvis tillader forhøjelse af et kravs beløbsmæssige værdi.

Endelig er det væsentligt, at Terms of Reference udgør et dokument, der fra tidspunktet fra underskrivelse sjældent vil undergå senere ændringer. Når forberedelsen er afsluttet ved underskrivelsen af Terms of Reference, skal der med andre ord være ganske særlige og tvingende bevæggrunde for at foretage ændringer eller tilføjelser i dokumentet. I sådanne tilfælde, hvor der skønnes at være særlige forhold, der kan begrunde senere ændringer, er det op til voldgiftstribunalet at foretage ændringerne – og dermed til at vurdere, i hvilket omfang ændringer kan tillades.

Af The Secretariat's Guide to ICC Arbitration¹⁵ fremgår, at spørgsmålet om senere ændringer af Terms of Reference ikke er reguleret af ICC-reglerne, samt at behovet for ændringer sjældent vil opstå. I stedet for at foretage egentlige ændringer kan ændrede forhold i relation til eksem-

¹⁴ *Carte Blanche (Singapore) PTE Ltd. V. Carte Blanche International, Ltd.* 683 F. Supp. 945, at 953-958 (SDNY 1988).

¹⁵ Af Jason Fry, Simon Greenberg og Francesca Mazza, 2012, s. 252-253.

pelvis kravenes størrelse og sagens tvistepunkter blot adresseres ved korrespondance mellem voldgiftspanelet og parterne, hvorved der tages højde for de nye forhold samt for deres betydning for voldgiftssagen.

Det står dog klart, at der består en mulighed for at foretage egentlige ændringer i Terms of Reference, såfremt dette bliver tvingende nødvendigt. Et eksempel, der nævnes i *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*¹⁶, er, hvor der tilføjes yderligere en part til sagen. I sådanne tilfælde vil voldgiftspanelet tilpasse Terms of Reference og derefter afkræve parterne nye underskrifter.

4 Fordelene ved brugen af Terms of Reference

Der er væsentlige fordele ved brugen af Terms of Reference i ICC-voldgift. Den helt overskyggende fordel er, at sagen på et tidligt tidspunkt indsnævres til de reelle tvistepunkter, idet parterne tvinges til at tage stilling til de påstande og krav, der ønskes fremmet under voldgiftssagen. Samlet set bidrager Terms of Reference til, at sagens forberedelse sker på effektiv og grundig vis, og at alle relevante oplysninger om tvisten indsættes i ét enkelt dokument, der sætter rammerne for sagens videre behandling.

Terms of Reference er således en integreret og essentiel del af forberedelsen af sager, der skal afgøres ved ICC-voldgift. Udarbejdelsen tjener til en tidlig afklaring af sagens tvistepunkter, men kan tillige modvirke, at voldgiftspanelet overskrider den kompetence, de er givet i voldgiftsklausulen, der ligger til grund for henvisningen af tvisten til ICC-voldgift.

Som angivet under afsnit 2.3 er det voldgiftspanelet, der er ansvarlig for udarbejdelsen af Terms of Reference. Imidlertid sker formuleringen som oftest i tæt samarbejde med parterne, enten via skriftveksling eller ved egentlige møder. Undervejs i udarbejdelsen har parterne dermed rig mulighed for at gøre opmærksom på overskridelse af kompetence – og

¹⁶ Af Jason Fry, Simon Greenberg og Francesca Mazza, 2012, s. 253.

følgelig sikre, at den endelige udformning af Terms of Reference holder sig inden for rammerne af den kompetence, som voldgiftspanelet er tildelt i medfør af voldgiftsaftalen mellem parterne.

At udarbejdelsen af Terms of Reference er klar og regelbunden, jævnfør kravene i ICC's Article 23, er antageligvis en fordel for alle parter, idet der skabes klarhed og tydelige krav til, hvad Terms of Reference skal indeholde. Særligt for parter, der ikke har erfaring med voldgiftsbehandling af tvister, må det antages, at den ret formalistiske måde, hvorpå kravene er oplyst i ICC's Article 23, fungerer som en vejledning i udformningen af Terms of Reference.

Derudover vil selve processen bidrage til, at parterne får klarhed over, hvad parternes uoverensstemmelse i virkeligheden handler om, og hvad tvistepunkterne kan begrænses til. En sidegevinst af dette kan være, at parterne ved at skære sagen til lettere kan øjne fordelene ved at forlige sagen – og derved undgå unødvendig voldgiftsbehandling. Trods ICC-voldgift kan foregå hurtigt og effektivt, særligt grundet de indbyggede tidsfrister i ICC-reglerne, er det uomtvisteligt, at voldgiftsbehandling er bekostelig.

En anden fordel kan siges at være det regime, som Terms of Reference udarbejdes efter. Her tænkes navnlig på de tidsmæssige konsekvenser, der er knyttet til udarbejdelse, hvorefter voldgiftspanelet dels fra modtagelse af sagen har to måneder til at få udarbejdet og underskrevet Terms of Reference, dels fra underskrivelsen, jævnfør ICC's Article 30(1), har seks måneder til at afgive den endelige kendelse i sagen. Disse strenge frister sikrer en hurtig og effektiv forberedelse og behandling af sagen, dog at der i praksis ofte ses fravigelser.

Endelig er det fordelagtigt som tidligere anført under afsnit 2.2, at Terms of Reference kan fjerne eventuelle uklarheder i parternes aftale om at lade tvisten behandle ved ICC-voldgift. Når parterne medvirker til udarbejdelsen og underskriver den endelige version af Terms of Reference, udgør dette parternes endelige og utvetydige accept af ICC-voldgift.

5 Ulemper ved brugen af Terms of Reference

Ovenfor er der redegjort for de fordele, der må konstateres ved anvendelse af Terms of Reference i ICC-voldgift. I det følgende skal gennemgås visse udfordringer, der kan opstå ved anvendelsen af Terms of Reference i ICC-voldgift.

Indledningsvist kan det anføres, at hele instituttet omkring Terms of Reference er meget rigoristisk og forbundet, og at udarbejdelsen kræver uforholdsmæssigt mange ressourcer. Samme fordele, som opnås ved affattelsen af Terms of Reference, kan formentlig opnås ved mindre ressourcekrævende midler som almindelig aktiv ledelse fra voldgiftspanelet, eksempelvis ved afholdelse af et forberedende møde eller ved blot at basere forberedelsen på parternes skriftveksling. Man kan altså indvende, at det store ressourceforbrug ikke står mål med, hvad der reelt opnås ved Terms of Reference.

Dernæst kan den præklusive virkning, som underskrivelse af Terms of Reference indebærer, få uheldige konsekvenser, hvis parterne derved afskæres fra at fremsætte krav, som først senere i forløbet er muligt for den pågældende part at fremsætte. Eksempelvis hvis der fremkommer oplysninger under sagens behandling, som giver anledning hertil.

Trods udgangspunktet om, at underskrivelsen har en præklusiv virkning, følger det imidlertid af ICC's Article 23(4), at voldgiftstribunalet har mulighed for desuagtet at tillade nye krav og påstande indlemmet i sagen. Dette forudsætter, at der foreligger væsentlige grunde til, at sådanne nye krav eller påstande bør tillades fremsat.

Det følger af The Secretariat's Guide to ICC Arbitration¹⁷, at bestemmelsen i ICC's Article 23(4) sigter mod at give voldgiftstribunalet en tilstrækkelig fleksibilitet, når forholdene tilsiger, at nye krav eller påstande bør tillades. Hertil skal bemærkes, at der altid – uagtet hvorvidt det er før eller efter underskrivelse af Terms of Reference – er adgang for en part til at fremsætte nye krav og påstande, såfremt den anden part ikke protesterer herimod. Det anføres yderligere i The Secretariat's Guide to

¹⁷ Af Jason Fry, Simon Greenberg og Francesca Mazza, 2012, s. 255.

Arbitration¹⁸, at voldgiftstribunalet bør udøve kompetencen efter bestemmelsen med stor omhu og afbalancering af hensyn, herunder navnlig hensynet til sagens fremme og til at modvirke, at en part forhaler voldgiftsprocessen ved stadig fremsættelse af nye krav og påstande. Andre forhold, der kan påvirke afvejningen af, hvorvidt nye krav og påstande bør tillades, er, om den sene fremsættelse skyldes undskyldelige grunde, samt om nye krav eller nye påstande er tæt relaterede til allerede fremsatte krav og påstande. Hvis der er tale om helt nye forhold i sagen, vil det naturligvis tale imod voldgiftstribunalets accept, idet helt nye forhold i sagen vil få stor betydning for sagens forberedelse, herunder med behov for betydelige ændringer i formuleringen af Terms of Reference.

Det er forfatterens og andre praktikers opfattelse, at voldgiftstribunalet ikke fortolker ICC's Article 23(4) strengt, jævnfør det ovenfor under afsnit 3 anførte eksempel. Adgangen til at fremsætte nye krav og påstande i ICC-voldgift er relativt lempelig i forhold til krav og påstande, der er nært relateret til de allerede fremsatte krav og påstande, idet det i sådanne tilfælde er ønskeligt at få alle krav og påstande bedømt samtidig – både af processuelle og økonomiske grunde. Kun hvor det står klart, at en parts fremsættelse af nye krav og påstande sker for at obstruere forberedelsesprocessen, er der altså grundlag for at fortolke præklusionsvirkningen strengt, og selv i disse tilfælde vil en vurdering af risikoen for en senere ugyldighedsindsigelse veje tungt.

En sidste udfordring ved anvendelse af Terms of Reference er relateret til selve udformningen heraf. Det kan hævdes, at det ikke er formålstjenligt, såfremt Terms of Reference formuleres i så brede vendinger, at formuleringen virker upræcis og dermed ikke bevirker den ønskede tilskæring af krav og påstande i sagen. Ved for brede rammer i Terms of Reference er det således vanskeligt at øjne den reelle gevinst ved udarbejdelsen.

Omvendt kan det hævdes, at det ej heller er formålstjenligt, såfremt formuleringen af Terms of Reference bliver for snæver. Ved for snæver formulering af sagens tvistepunkter, krav og påstande vil der med overvejende sandsynlighed blive behov for at fremsætte nye krav og

¹⁸ Af Jason Fry, Simon Greenberg og Francesca Mazza, 2012, s. 256.

påstande, hvorved de fordele, der består i, at Terms of Reference sikrer sagens fremdrift og effektive forberedelse, reduceres.

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at det kræver et dygtigt voldgiftspanel (og velvillige parter og advokater) for at få gavn af Terms of Reference som værktøj til forberedelsen af voldgiftssagen.

Som ovenfor anført bliver adgangen til at fremsætte nye krav og påstande dog ikke fortolket strengt, hvorfor præklusionsvirkningen i realiteten ikke har de store konsekvenser for parterne. Præklusionsvirkningens vigtigste formål er at tilskynde parterne og voldgiftsretten til på et så tidligt tidspunkt som muligt at få sagen skåret til og dermed effektivt at fremme sagen og dens behandling.

6 Terms of Reference i nordisk voldgiftsret

I nærværende afsnit skal det belyses, hvorvidt nordisk ret indeholder koncepter, der ligner det i ICC anvendte koncept om brugen af Terms of Reference til sagens forberedelse.

Indledningsvist skal bemærkes, at Terms of Reference naturligvis anvendes i nordisk ret, såfremt nordiske parter indgår en kontrakt, hvorunder det aftales, at eventuelle tvister, som måtte udspringe af kontraktforholdet, skal afgøres ved ICC-voldgift. I tilfælde, hvor parterne derimod har aftalt voldgiftsbehandling ved ét af de nordiske voldgiftsinstitutter, bliver det de pågældende voldgiftsinstitutters egne regelsæt for voldgiftsbehandling, der finder anvendelse. I det følgende skal derfor gennemgås de regler for voldgiftsbehandling, som er gældende for voldgiftsinstitutterne i henholdsvis Norge, Sverige, Finland og Danmark.

I Norge har det norske Oslo Chamber of Commerce udarbejdet de såkaldte Regler for Oslo Handelskammers Institutt for Voldgift og Alternativ Tvisteløsning¹⁹. Det følger af dette regelsæt, at sagsbehandlingen

¹⁹ Regler for Oslo Handelskammers Institutt for Voldgift og Alternativ Tvisteløsning er tilgængelige på hjemmesiden:
<http://chamber.no/wp-content/uploads/2014/04/Regler.pdf>.

følger reglen i Artikkel 13. Efter denne regel er det Oslo Handelskammers Institutt for Voldgift og Alternativ Tvisteløsning ("Det Norske Institut"), der fastsætter fristerne for parternes indlevering af skrifter. Derudover er det Det Norske Institut, der straks efter voldgiftsretten er udnævnt og efter drøftelser med parterne, skal fastsætte planen for sagens forløb. Det Norske Institut kan tillade parterne yderligere skriftveksling, og det følger af Artikkel 13, at *"Voldgiftsretten kan tillate eller pålegge partene å inngi ytterligere skriftlige innlegg og bevis og fastsette tidsfrister for inngivelsen. Alle bevis som partene vil påberope seg, må fremlegges før hovedforhandlingen og innen de fastsatte frister, med mindre motparten samtykker eller voldgiftsretten der særlige omstendigheter foreligger gir tillatelse"*. I norsk voldgiftsret reguleres forberedelsen følgelig ikke af et koncept, der ligner ICC's Terms of Reference, men derimod af mere simple regler om skriftveksling og tidsstyring af forberedelsen fra Det Norske Instituts side.

I Sverige har det svenske Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce udarbejdet Arbitration Rules²⁰, som indeholder regler om sagens forberedelse, der er mere detaljerede end den just beskrevne norske regel. I medfør af Article 23 er det voldgiftspanelet nedsat af Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, der fastlægger tidsplanen for sagens forberedelse og hovedforhandling, og efter Article 24 skal voldgiftspanelet fastsætte tidsfrister for parternes indlevering af skrifter. Endelig følger det af Article 25, at parterne indtil afslutningen af sagens behandling, det vil sige på det tidspunkt, hvor hovedforhandlingen er ovre, og voldgiftspanelet skal afsige kendelse, kan ændre i allerede fremsatte krav og påstande eller tilføje helt nye krav og påstande. Dette dog under forudsætning af, at voldgiftspanelet ikke finder, at dette skal nægtes under hensyn til sagens omstændigheder, og navnlig til den forsinkelse af sagens behandling, som tilladelse måtte medføre.

I Finland har Finland Chamber of Commerce udarbejdet Arbitration

²⁰ Arbitration Rules fra Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce er tilgængelige på hjemmesiden: http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf.

Rules²¹, hvorefter det bestemmes i Article 29 og 30, at voldgiftspanelet skal indkalde til et forberedende møde, hvorunder sagens forløb på et tidligt stadie bliver fastlagt med frister, og hvor voldgiftspanelet i samråd med parterne får fastlagt den mest hensigtsmæssige procedure for sagens videre forløb. Fastlæggelsen af proceduren sker under hensyntagen til sagens omfang, idet sagens omfang er afgørende for hvor mange ressourcer, der skal bruges på såvel forberedelsen som hovedforhandlingen. Jævnfør Article 31 i de finske regler skal parterne indlevere skrifter i sagen, som skal indeholde både fakta af relevans for tvisten, påstande og krav, og det er voldgiftspanelet, der, jævnfør Article 31.4, skal afgøre, hvor mange og efter hvilke tidsrum sådanne skrifter skal indleveres. Derudover fastsættes i Article 31.5, at voldgiftspanelet kan tillade nye krav indlemmet i sagen, forudsat dette ikke skønnes uønskeligt under hensyn til sagens fremdrift. Endelig kan voldgiftspanelet i samråd med parterne, jævnfør Article 33.3, sætte en skæringsdato forud for sagens hovedforhandling, hvorefter der tilknyttes præklusionsvirkning. Efter en sådan skæringsdato er parterne afskåret fra at fremsætte nye påstande, krav og beviser i sagen, dog med den modifikation, at tilladelse alligevel kan gives, hvis voldgiftsretten måtte finde, at helt exceptionelle forhold måtte begrunde dette.

Endelig har vi i Danmark de af Voldgiftsinstituttet udarbejdede Regler for behandling af voldgiftssager²², hvorefter det følger af § 19, at voldgiftsretten snarest muligt indkalder parterne til et forberedende møde, hvorunder der navnlig skal tages stilling til sagens tvistepunkter, rammerne for bevisførelsen, samt til den tidsmæssige tilrettelæggelse af sagens forløb. På dette møde skal der også tages stilling til hvilket antal skriftvekslinger, der skønnes nødvendige til sagens tilstrækkelige oplysning. I medfør af § 23 fastsættes det, at voldgiftsretten afslutter sagens forbe-

²¹ Arbitration Rules fra Finland Chamber of Commerce er tilgængelige på hjemmesiden: <http://arbitration.fi/files/2014/10/arbitration-rules-of-the-finland-chamber-of-commerce.pdf>.

²² Regler for behandling af voldgiftssager er tilgængelig på Voldgiftsinstituttets hjemmeside på: <http://chamber.no/wp-content/uploads/2014/04/Regler.pdf>. <http://www.voldgiftsinstituttet.dk/dk/Menu/Voldgift/Regler++for+voldgift+1.+maj+2013+-+pdf>.

redelse, når voldgiftsretten finder, at sagen er tilstrækkeligt oplyst.

Ud fra ovenstående gennemgang af de fire nordiske regelsæt for voldgiftsbehandling må det konstateres, at der i ingen af regelsættene findes regler, der ligner ICC's brug af Terms of Reference som værktøj til brug for sagens forberedelse. I stedet ses regler, der på hver deres måde sikrer, at sagen skæres til og bliver tilstrækkeligt oplyst, hvorved sagen - såvel i forhold til forberedelsen som i forhold til forhandlingen - kan fremmes uden unødigt tids- og ressourceforbrug.

7 Afsluttende kommentarer

Indledningsvist skal det slås fast, at Terms of Reference er et begreb og et system, der først og fremmest anvendes i ICC-voldgift.

Fra et nordisk søretligt perspektiv er det værd at bemærke, at kontrakter indgået inden for dette retsområde sjældent indeholder voldgiftsaftaler, hvor det aftales, at tvister skal afgøres ved ICC-voldgift. Antageligvis skyldes dette dels, at der aldrig har været en tradition herfor i det søretlige miljø, dels at nordiske kontraktparter er tilfredse med anvendelse af ad hoc voldgifter eller institutionel voldgift ved de nordiske voldgiftsinstitutter. Fordelene ved Terms of Reference kan opnås gennem en aktiv ledelse fra voldgiftspanelets side, og den generelle antagelse om ICC-voldgift som et dyrt institut må heller ikke underkendes.

Når man isoleret betragter Terms of Reference i ICC-voldgift, må det konkluderes, at systemet indeholder mange gode intentioner og fordele. Terms of Reference er således et nyttigt dokument, der er tiltænkt at indeholde alle oplysninger af relevans for sagens gennemførelse, og i øvrigt fungerer som sagens anker. Den væsentligste fordel er måske selve udarbejdelsesprocessen, som kan være gunstig, idet både parterne og voldgiftstribunalet tvinges til på et tidligt stadie at indsnævre sagen til de egentlige tvistepunkter, hvorved undgås unødigt ressourceforbrug ved arbejde med faktuelle forhold og juridiske argumenter, der ikke er relevante for sagen.

Udarbejdelsen af Terms of Reference er dog en ressourcekrævende proces i sig selv, og det kan påstås, at de samme fordele kan opnås ved mindre ressourcekrævende midler. Denne påstand baseres blandt andet på gennemgangen af de fire nordiske regelsæt under afsnit 6. I de nordiske regelsæt skabes de nødvendige rammer for sagens fremdrift, herunder rammerne for en forberedelse, der på effektiv og formålstjenlig vis indsnævrer sagen til de egentlige tvistepunkter og dermed sikrer, at forberedelsen bliver grundig, fokuseret og målrettet.

De mere vidtgående konsekvenser, som ICC's Terms of Reference-regler åbner op for i relation til eksempelvis præklusion af nye krav og påstande samt til fastsættelse af korte tidsfrister for voldgiftspanelets sagsbehandling, ses sjældent håndhævet i praksis – hvilket formentlig skyldes voldgiftspanelets frygt for senere ugyldighedsindsigelser og erstatningsansvar.

På den baggrund må det konkluderes, at selvom Terms of Reference på papiret er et nyttigt instrument til forberedelsen af voldgiftssager og navnlig i ICC-voldgift, er det forfatterernes holdning, at de selvsamme fordele, som opnås ved brugen af Terms of Reference, kan opnås ved mindre ressourcekrævende og formalistiske virkemidler, som eksempelvis fremgår af de fire nordiske regelsæt for voldgiftsbehandling, jævnfør afsnit 6.

Sjørettsfondets utgivelser

Sjørettsfondet fremmer forskning innen sjørett, transportrett, forsikring, petroleumsrett, energirett og beslektede juridiske emner. I tidsskriftet *MarIus*, inkludert *Scandinavian Institute Maritime and Petroleum Law Yearbook (SIMPLY)*, publiserer studenter og forskere sine arbeider. Fondet utgir også pensumlitteratur for studenter.

Tidsskriftet *MarIus* - siste utgaver

- | | | |
|-----|--|--|
| 443 | OLUFSEN, Madelen Julie | Havrettsdomstolens jurisdiksjon i saker om midlertidig forføyning. 2014. 67 s. |
| 444 | MØSE, Kristine | ... men ikke sånne som deg. Om adgangen til å nekte EØS-borgere innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelse. 2014. 156 s. |
| 445 | HAMMERSVIK, Simen | Tilgi våre synder...Om misligheter som avvisningsgrunn ved offentlige anskaffelser. 2014. 158 s. |
| 446 | EU Renewable Energy Law. Legal challenges and new perspectives | Contributions from: Angus Johnston, Juliane Steffens, Lydia Scholz, Sirja-Leena Penttinen, Kim Talus, Thea Sveen, Carsten König. 2014. 206 p. |
| 447 | REIESTAD, Anne Ingeborg F | Erstatningsansvar ved avslutning av petroleumsvirksomhet – med særlig fokus på forurensningsskader. 2015. 122 s. |
| 448 | ØRJASÆTER, Jo | Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Formuerettens grunnbegreper belyst gjennom valgte fragment. 2015. 142 s. |
| 449 | BRUZELIUS, Karin M | Offentlig eierskap i transportselskap. 2014. 38 s. |

Bøker utgitt av Sjørettsfondet

- Syversen, Jan: Skatt på petroleumsutvinning. ISBN 82-90260-33-4
762 s. 1991.
- Askheim, Bale, Gombrii, Herrem, Kolstad, Lund, ISBN 82-90260-34-2
Sanfelt, Scheel og Thoresen: Skipsfart og
samarbeid. Maritime joint ventures i rettslig
belysning. 1119 s. 1991.
- Brækhus, Sjur og Alex Rein: Håndbok i ISBN 82-90260-37-7
kaskoforsikring På grunnlag av Norsk
Sjøforsikringsplan av 1964. 663 s. 1993.
- Hans Peter Michelet: Last og ansvar. Funksjons- ISBN 82-90260-36-9
og risiko- fordeling ved transport av gods under
tidscerteparti. (Hefte) 180 s. 1993.
- Røsæg, Erik: Organisational Maritime Law. 121 s. (Utsolgt)
1993.
- Nygaard, Dagfinn: Andres bruk av ISBN 82-90260-40-7
utvinningsinnretninger. 365 s. 1997
- Bull, Hans Jacob: Hefte i sjøforsikringsrett. 60 s. (Utsolgt)
2. utg. 1997.
- Michelet, Hans Peter: Håndbok i tidsbefraktning. ISBN 82-90260-31-8
600 s. 1997.
- Arnesen, Finn, Hans Jacob Bull, Henrik Bull, ISBN 82-90260-42-3
Tore Bråthen, Thor Falkanger, Hans Petter
Graver: Næringsreguleringsrett 187 s. 1998.
- Brautaset, Are, Eirik Høiby, Rune O. Pedersen og ISBN 82-90260-43-1
Christian Fredrik Michelet: Norsk Gassavsetning
- Rettslige hovedelementer 611 s. 1998.
- Karset, Martin, Torkjel Kleppo Grøndalen, ISBN 89-90260-47-4
Amund Lunne: Den nye reguleringen av
oppstrøms gassrørledningsnett. 344 s. 2005.
- Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: Sjørett. ISBN
7. utg. 602 s. 2010. 978-82-90260-48-9

Distribusjon

Bøker, pensum og tidsskriftet MarIus distribueres via Den norske bokbyen og andre bokhandler. Sjørettsfondet og Nordisk institutt for sjørett håndterer ikke bestillinger.

Informasjon om priser på enkeltnummer av MarIus er oppdatert på <http://bokbyen.no/butikk>. Du kan bestille på nett via butikkløsningen, e-post til post@bokbyen.no eller telefon 57 69 22 10.

Fullstendig oversikt over Sjørettsfondets utgivelser finnes på nettsidene til Nordisk institutt for sjørett: jus.uio.no/nifs. Se banneret MarIus nede til høyre på siden.

Tidsskriftet MarIus – abonnement

Sjørettsfondet tilbyr abonnement med flere valgmuligheter. Du kan abonnere på disse kategoriene:

A: Alle utgaver

B: Innbundet årgang

C: Sjørett (på norsk og engelsk)

D: Petroleums- og energirett (på norsk og engelsk)

E: Utgaver på engelsk, inkludert SIMPLY
(både sjørett, petroleums- og energirett)

F: SIMPLY

For å tegne abonnement, send e-post til post@bokbyen.no. Faktura basert på kostnader sendes i etterkant et par ganger i året. Prisen vil variere med sidetall per publikasjon og antall utgivelser i året.

Årgang 2014, tjue utgaver på totalt 3 215 sider, kostet tilsammen ca 8 500 kr i utsalg og 6 430 kr i abonnement.

Ivar Alvik

Fartøystjenesteleie

Om bakgrunnsrett og risikofordeling ved tidsbaserte fartøystjenester



Fartøystjenesteleie behandler noen av de mest grunnleggende risikospørsmålene i kontrakter om rigg- og fartøystjenester i offshorepetroleumsvirksomhet. Disse kontraktene kjennetegnes ved at de gjerne inngår i komplekse offshoreoperasjoner og ofte er utformet etter modell av kontraktstandarder for offshore-konstruksjon og -installasjon. Samtidig er vederlaget i kontraktene gjerne basert på dagrater. Formålet med boken er i lys av dette både å analysere kontraktens grunnleggende natur og gjøre rede for hvilken bakgrunnsrett og alminnelige prinsipper de aktualiserer.

Boken vil være nyttig for advokater og andre som jobber med kontrakter innenfor shipping og offshorenæringen.

ISBN: 978-82-05-47710-0 • Pris: 650,- • I salg fra 13. januar 2015

ISBN e-bok: 978-82-05-47711-7 • Pris e-bok: 520,-

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

