

# «Best practice» i norsk og nordisk voldgift og NOMAs Guidelines

*Dr. juris Amund Bjøranger Tørum, Advokatfirmaet Schjødt*

## 1. Utviklingslinjer i norsk og nordisk ad hoc voldgift

Norsk og nordisk *ad hoc* voldgift er inne i en brytningstid. Når man ikke vet nøyaktig hvor man er på vei, kan det være nyttig å se på hvor man kommer fra. Frem til Norge fikk en egen voldgiftslov i 2005, ble norske voldgiftssaker i stor grad håndtert på samme måte som sivile saker for de alminnelige domstolene basert på reglene i tvistemålsloven.<sup>1</sup> Denne norske voldgiftspraksisen, som ble utviklet i et lite og tillitsbasert voldgiftsmiljø, tillot en uformell og smidig tilnærming.<sup>2</sup> Kontinentale knebøy av typen «terms of reference» ble ansett som unødig formalisme, og man fant det sjelden nødvendig å nedfelle de prosessuelle kjørereglene i en «procedural order» etter planmøtet.<sup>3</sup> Selv sentrale spørsmål som bevilst-

1. Mæland, Voldgift, 1988, s. 131. De norske reglene om voldgift fremgikk da av et eget kapittel i tvistemålsloven (kapittel 32).
2. Det var uttrykkelig sagt i tvistemålsloven § 459 andre ledd at voldgiftsretten selv bestemte fremgangsmåten, «hvis ikke noget særlig er bestemt»; se Mæland, Voldgift, 1988, s. 133 og Brækhus, Voldgift – erfaringer og refleksjoner, LoR 1999, s. 269-279.
3. Mæland, Voldgift, 1988, s. 131 og Brækhus, Voldgift – erfaringer og refleksjoner, LoR 1999, s. 270-271. Dette synes også å ha vært situasjonen i Sverige; se Fieber/Storskrubb, Arbitration in Sweden: Features of the Stockholm Rules, in Cordero-Moss (ed.), International Commercial Arbitration – Different Forms and their Features, 2013, s. 321-344, punkt 11.1.

gang ble nærmest uten videre overlatt til voldgiftsretten.<sup>4</sup> Det nærmeste man kom skriftlige kjøregler, var gjerne rettsboken fra planmøtet med frister for stevning, tilsvar, faktisk utdrag, tidspunkt for hovedforhandling, og datoen for avslutning av saksforberedelsen. Slik er det fortsatt i mange norske voldgiftssaker.

At partene i liten grad avtalte nærmere kjøregler i norske voldgiftssaker, skyldtes nok først og fremst et begrenset praktisk behov. Praksisen med å anvende tvistemålslovens finmaskede regler sikret stor grad av forutsigbarhet. Når det gjaldt reglene om kontradiksjon, disposisjonsprinsippet og bevisbedømmelse, var det ikke noe skarpt skille mellom norsk sivilprosess og reglene som ble anvendt i voldgiftssaker.<sup>5</sup> Det var samtidig på det rene at en rekke bestemmelser i tvistemålsloven ikke gjaldt i voldgift; eksempelvis fristregler og subjektiv kumulasjon.<sup>6</sup>

Utstrakt bruk av embetsdommere som voldgiftsdommere, gjerne som voldgiftsrettens formann, bidro nok også til at voldgift langt på vei ble ansett som en variant av alminnelig sivilprosess. Dette ble forsterket av at norsk voldgift var og er fullstendig dominert av *ad hoc* voldgift, slik at norske voldgiftsdommere i liten grad måtte forholde seg til institusjonelle regelsett som et supplement til tvistemålsloven. I praksis var det ofte forutsatt mellom partene og voldgiftsretten, at tvistemålsloven i stor grad skulle gjelde også utover reglene i kapittel 32, og dette kunne blant annet komme til uttrykk i referatet fra planmøtet.

At dette fungerte godt, også i norske internasjonale voldgiftssaker, skyldtes nok i stor grad at det norske voldgiftsdommermiljøet lenge var dominert av Tordenskjolds soldater. Gjennom en smidig og forstandig tilpasning av voldgiftsprosessen til den enkelte saks kompleksitet, basert på grunnleggende prosessuelle prinsipper og sunn fornuft, oppnådde man en god balanse mellom betryggende, kostnadseffektiv og rask behandling. Det var knapt noen eksempler på at voldgiftsdommer ble angrepet.<sup>7</sup> Det er vanskelig å si om dette skyldtes ærbødighet overfor vold-

4. Mens tvisteloven (femte del) gir en utførlig regulering av bevilgang, ga tvistemålsloven en langt mer rudimentær regulering. Se mer generelt om tvistelovens regulering i Ristvedt/Tørum, *Provokasjoner, begjæringer om bevilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery»*, Tff 2015, s. 103-178.

5. Se mer generelt Woxholth, *Voldgift 2013*, s. 524-529.

6. Se nærmere om det siste hos Tørum, *Voldgiftsavtalens subjektive grenser*, Berg/Nisja (red.), *Avtalt prosess*, 2015, s. 361-384.

7. Se likevel Brækhus, *Voldgift – erfaringer og refleksjoner*, LoR 1999, s. 263.

giftsretten, men det kan også skyldes at prosessfullmektigene kviet seg mer for å fremsette prosessuelle innsigelser, og at man hadde større respekt for voldgiftsrettens beslutninger. Eksempelvis forekom det knapt at en part ignorerte voldgiftsrettens henstilling om å besvare provokasjoner, mens man i dag ikke sjelden opplever at en part unndrar seg dette.

Selv etter vedtagelsen av voldgiftsloven – som bygger på UNCITRALs modellov, ikke norsk sivilprosess – forekom det en stund at norske voldgiftsdommere, nær sagt av gammel vane, søkte veiledning i sivilprosessen. Sett med *norske* øyne fungerte dette utmerket, ikke minst fordi reglene i tvistemålsloven var fastlagt gjennom Høyesteretts praksis, noe som sikret stor forutsigbarhet. Misforståelsen om at tvisteloven, i likhet med tvistemålsloven, kan anvendes som en slags bakgrunnsrett i voldgift, synes imidlertid nå å være forlatt.<sup>8</sup> Et sentralt formål med å vedta en norsk voldgiftslov som bygger på UNCITRALs modellov, var at *utenlandske* aktører skulle kunne forstå hva de får ved å avtale voldgift i Norge.<sup>9</sup> Da må man ved tolking av voldgiftsloven se hen til hvordan UNCITRALs modellov praktiseres.<sup>10</sup> Dette er opplagt i internasjonale voldgiftssaker, men når vi først har en og samme voldgiftslov for nasjonale og internasjonale voldgiftssaker, må dette som et klart utgangspunkt også gjelde i nasjonale voldgiftssaker.<sup>11</sup>

Rt. 2008 s. 1623 (avsnitt 25), som gjaldt en nasjonal tvist, er i tråd med dette. Ankeutvalget uttalte at det «... ved tolkingen av voldgiftsloven må legges vekt på ikke-norske rettskilder». I fortsettelsen av dette ble det imidlertid uttalt at «... tolkingen av voldgiftsloven må likevel skje med

8. Se nærmere om dette hos Berg, Materiell prosessleing i voldgift?, Tff nr. 2, 2017. Se også Ristvedt/Eriksrud, Bevistilgang i voldgift, Tff 2015, s. 275-330, punkt 2.5. Tilsvarende norske innkjøringsproblemer så man da Norge ratifiserte CISG. I stedet for å inkorporere konvensjonsteksten som norsk lov, forsøkte man å transformere CISG inn i kjøpsloven; Hagstrøm, Kjøpsrettskonvensjon, norsk kjøpslov og internasjonal rettsenhet, Tfr 1995, s. 561-588.
9. NOU 2001: 33, punkt 6 og 8.4 og mer generelt Oldenstam/Löf, Best Practice in International Arbitration, Berg/Nisja (red.), Avtalt prosess, 2015, s. 280.
10. Se mer generelt Berg m.fl, Voldgiftsloven med kommentarer, 2006, s. 36 og Woxholth, Voldgift 2013, s. 95-98.
11. Slik også Iversen/Bryde Andersen, Voldgiftsklausulers rækkevidde, U.2014B.317, punkt 2, men deres drøftelse viser samtidig at det kan gjøre seg gjeldende ulike hensyn i nasjonale og internasjonale voldgiftssaker.

utgangspunkt i det norske rettssystemet»,<sup>12</sup> og utvalget unnlot å vise til forarbeidene til den aktuelle bestemmelsen i modelloven og de utenlandske avgjørelsene som underbygde kjæremålet.<sup>13</sup> Dette skapte en viss usikkerhet om hvor *stor* vekt Høyesterett vil legge på å tolke voldgiftsloven i tråd med modelloven. HR-2017-1932-A (Skaugen),<sup>14</sup> som riktignok gjaldt mindre hjemlige spørsmål enn Rt. 2008 s. 1623, og som er en av få norske avgjørelser om internasjonal voldgift,<sup>15</sup> kan innevarsle en mer eksplisitt internasjonal tilnærming på linje med svensk rettspraksis.<sup>16</sup>

Forutsetningen for å kunne legge vekt på modelloven ved tolking av voldgiftsloven, er at den gir en noenlunde klar løsning på det aktuelle spørsmålet, typisk ved at det er bred enighet i den sentrale litteraturen om hvordan den aktuelle bestemmelsen i modelloven skal forstås. Derimot andre rettskilder, herunder internasjonal best practice og løsninger i andre rettssystemer,<sup>17</sup> kunne få større vekt. Når man skal ta stilling til hva som er internasjonal best practice, kommer man ikke utenom standardverkene til Gary B. Born og Redfern og Hunter. Den som hevder en annen forståelse, har i hvert fall en tung faglig bevisbyrde i det internasjonale voldgiftsmiljøet. HR-2017-1932-A (Skaugen) tyder, som nevnt, på at også Høyesterett vil legge stor vekt på internasjonal best practice, slik den er beskrevet i standardverkene, ved tolking av voldgiftsloven.

12. ICC Rules (2012) Art 19 viser at utfylling med nasjonal sivilprosess ikke er en helt fremmed tanke selv i internasjonal voldgift, men dette vil ofte komme som en uheldig overraskelse på partene.
13. Se nærmere om dette hos Berg, Voldgiftslova § 7. Særleg om fristen for å krevje søksmål for domstolane avvist på grunn av voldgift, Berg/Nisja (red.), Avtalt prosess, 2015, s. 33-35.
14. Se særlig avsnitt 79, 87, 96 og 115.
15. Den andre sentrale avgjørelsen er Rt. 2015 s. 1040 (Samsung), som gjaldt norsk domsmyndighet knyttet til en midlertidig forføyning i en norsk internasjonal voldgiftssak. Forfatteren var prosessfullmektig for Samsung Heavy Industries.
16. Se særlig NJA 2007 s. 841, der det ble uttalt at «Det nu anförda hindrar dock inte att nämnda regler och principer [IBAs retningslinjer om interessekonflikter] kan inverka på bedömningen huruvida jäv föreligger enligt lagen om skiljeförfarande.» U 2013.2338 H og U 2014.2042 H kan synes å innevarsle en mer internasjonal tilnærming også i dansk rettspraksis, jf. Iversen/Bryde Andersen, Voldgiftsklausulers rækkevidde, U.2014B.317, punkt 7.
17. Iversen/Bryde Andersen, Voldgiftsklausulers rækkevidde, U.2014B.317, punkt 5, gir et godt eksempel på fruktbar bruk av internasjonal best practice og komparasjon til å analysere et spørsmål hvor modelloven gir begrenset veiledning.

Selv om internasjonal «best practice» er høyt utviklet på mange områder, gir den ofte langt mindre veiledning enn de finmaskede reglene i tvistemålsloven som i stor grad er videreført i tvisteloven. På lignende måte som i EMK Art 6 («fair trial»), bygger «best practice» i stor grad på prinsipper og rettslige standarder som «due process». Det er imidlertid en vesentlig forskjell, nemlig at det ikke finnes noen overnasjonal domstol som fastlegger innholdet i «internasjonal best practice». Prisen for en moderne voldgiftslov som er løsrevet fra norsk sivilprosess, er altså færre skarpskårne regler og en mer kompleks rettskildesituasjon.

Dansk voldgift var lenge kjennetegnet av en lignende bruk av sivilprosess, kombinert med en nokså uformell tilnærming,<sup>18</sup> i hvert fall inntil man også der i 2005 fikk en voldgiftslov basert på UNCITRALs modellov. De senere årene har man imidlertid hatt en utvikling med stadig mer institusjonell voldgift i Danmark, selv om det gjenstår en del før institusjonell voldgift har fått samme fotfeste som i Sverige. Den utstrakte bruken av SCCs regler, som regulerer en rekke sentrale prosessuelle spørsmål, gir tilsynelatende svensk voldgiftsprosess en nokså formell og gjennomregulert ramme. SCCs regler har imidlertid tradisjonelt vært mindre utførlige og mer smidige enn eksempelvis ICCs regler. SCCs regler krever eksempelvis ikke «terms of reference»,<sup>19</sup> og reguleringen av eksempelvis bevis og bevistilgang, er stadig rudimentær.<sup>20</sup> Det samme kan sies om de danske og norske reglene for institusjonell voldgift. Det er derfor belegg for å hevde at nordisk voldgift, både *ad hoc* og institusjonell voldgift, kjennetegnes av stor fleksibilitet. At *ad hoc* voldgift kjennetegnes av stor fleksibilitet, og at voldgiftsretten har stor frihet til å fastlegge de prosessuelle reglene der partene ikke har bestemt noe annet, er imidlertid ikke særegent for norsk og nordisk *ad hoc* voldgift.

18. Pedersen, International Arbitration in Denmark, Case Western Reserve Journal of International Law, 1982, vol. 14, no. 2, s. 263-264.

19. Se Fieber/Storskrubb, Arbitration in Sweden: Features of the Stockholm Rules, in Cordero-Moss (ed.), International Commercial Arbitration – Different Forms and their Features, 2013, s. 321-344, punkt 11.3. ICC Rules Art 23, som legger opp til at partene på et tidlig stadium skal identifisere og kvantifisere sine krav, fremstår som unødvendig og tungvint sett med norske øyne, og ordningen kan også misbrukes til å trenere saken.

20. Se Fieber/Storskrubb, Arbitration in Sweden: Features of the Stockholm Rules, i Cordero-Moss (ed.), International Commercial Arbitration – Different Forms and their Features, 2013, s. 321-344, punkt 11.5.

En av de viktigste historiske forskjellene mellom på den ene side norsk og dansk voldgift, og på den annen side svensk voldgift, er at man i Sverige har vært mer restriktiv med å anvende nasjonal sivilprosess som «bakgrunnsrett» for voldgiftslovgivningen, også i nasjonale voldgiftssaker.<sup>21</sup> Dette må ses i lys av at Sverige lenge har hatt en høyt utviklet spesiallovgivning om voldgift, og at man har ønsket å befeste Sveriges posisjon som en nøytral lokasjon i internasjonal voldgift, noe som er vanskelig å forene med utstrakt bruk av utpregede nasjonale sivilprosessuelle regler.<sup>22</sup>

I denne artikkelen skal jeg først se litt nærmere på bakgrunnen for at norsk og nordisk *ad hoc* voldgift er i en brytningstid, særlig med sikte på norsk og nordisk internasjonal voldgift (punkt 2). Deretter deler jeg noen tanker om hvilke utfordringer dette stiller oss overfor (punkt 3). Til slutt gis det en oversikt over hvordan en hovedinnvending mot norsk og nordisk *ad hoc* voldgift – at denne praksisen er vanskelig tilgjengelig – er forsøkt løst gjennom NOMAs Best Practice Guidelines (punkt 4).

## 2. Norsk pragmatisme i møte med internasjonal «best practice»

Selv om den norske voldgiftsloven bygger på UNCITRALs modellov, har vi først de senere årene fått en diskusjon om brytningen mellom norsk voldgiftspraksis og internasjonal «best practice». Forklaringen kan, som antydnet, være at det tok noe tid før man tok innover seg at tvisteloven ikke uten videre kan anvendes som «bakgrunnsrett» der voldgiftsloven er taus eller uklar. Stadig flere internasjonale voldgiftssaker i Norge, særlig knyttet til petroleumsnæringen, har uansett ført til at vi i større grad enn tidligere *må* forholde oss til internasjonal «best practice».

For det *første* har parter uten tilknytning til Norge og Norden, sjelden noe forhold til norsk og nordisk praksis for *ad hoc* voldgift. Ettersom denne praksisen ikke er nedskrevet, er den dessuten vanskelig å forholde seg til for uinnvidde, særlig for de som er vant med institusjonell voldgift. Dette har ført til at man de siste årene har erfart at utenlandske parter i norske *ad hoc* voldgifter – for å sikre større transparens og forutsigbarhet –

21. Heuman, Skiljemannarät, 1999, s. 20 og 44 og Oldenstam/Löf, Best Practice in International Arbitration, Berg/Nisja (red.), Avtalt prosess, 2015, s. 290-291.

22. Madsen, Commercial Arbitration in Sweden, 2007, s. 22.

ønsker å avtale mer detaljerte regler om bl.a. saksbehandling og bevistilgang. Bruken av erfarne, internasjonale voldgiftsdommere, typisk formenn fra Sverige eller Danmark, har bidratt til norsk import av slik best practice, gjerne nedfelt i til dels omfattende «procedural orders» etter det innledende planmøtet («PO1»).<sup>23</sup> Selv om ordlyden i disse reglene gjerne er inspirert av institusjonelle regler, typisk SCCs regler, svarer de i stor grad til norsk voldgiftspraksis.

For det *andre* har denne utviklingen blitt forsterket av internasjonaliseringen av advokatfirmaene. Det er stadig flere eksempler på at internasjonale advokatfirmaer representerer sine klienter også i norske internasjonale voldgiftssaker – ut fra det synspunkt at det dreier seg om internasjonal voldgift sui generis.<sup>24</sup> De har normalt med seg norske advokater som «local counsel», men selv om disse er bevandret i norsk voldgiftspraksis, er internasjonal best practice, ikke den norske tvisteloven, referanserammen.

Inntoget av utenlandske voldgiftsdommere og advokater som er vel skolerte i internasjonal best practice, i norske internasjonale voldgiftssaker, har skapt nye utfordringer. På lignende måte som norske dommere for noen år siden måtte begynne å forholde seg til EMDs praksis, trenger nå norske voldgiftsdommere skoling i internasjonal best practice. Det er, som nevnt, langt fra tilstrekkelig å beherske tvisteloven. Selv på punkter hvor det er dekning i voldgiftslovens forarbeider for å anvende tvisteloven «analogisk» eller tilnærmet analogisk som uttrykk for prosessuelle grunnprinsipper, vil det gi større legitimitet å forankre løsningen bredere i internasjonal best practice. Utenlandske parter som har akseptert voldgift i Norge (noe som kan sitte langt inne), har nettopp gjerne *ikke* akseptert domstolsbehandling i Norge i henhold til tvisteloven.<sup>25</sup> På denne måten kan man også unngå unødige diskusjoner om «hjemmebanefordeler»<sup>26</sup> for den norske parten.

23. Dette har vært og er vanlig i Sverige; se Fieber/Storskrubb, *Arbitration in Sweden: Features of the Stockholm Rules*, in Cordero-Moss (ed.), *International Commercial Arbitration – Different Forms and their Features*, 2013, s. 321-344, punkt 11.1 og Oldenstam/Löf, *Best Practice in International Arbitration*, Berg/Nisja (red.), *Avtalt prosess*, 2015, s. 282-283 og 292.

24. Se mer generelt Oldenstam/Löf, *Best Practice in International Arbitration*, Berg/Nisja (red.), *Avtalt prosess*, 2015, s. 280.

25. Se mer generelt Woxholth, *Voldgift*, 2013, s. 60-61.

26. Dette har også en side til valg av formann i internasjonale voldgiftssaker; se punkt 4.2.2 nedenfor.

For det tredje har viljen til å utfordre voldgiftsrettens avgjørelser blitt større enn vi har vært vant til i Norge, og det er stadig flere eksempler på ugyldighetssøksmål som har ført fram.<sup>27</sup> Dette er selvsagt lite ønskelig, både for partene og voldgiftsdommerne. Et sentralt formål med å avtale voldgift, er jo å få en rask og endelig avgjørelse. Konsekvensen av flere prosessuelle innsigelser og ugyldighetssøksmål, er at vi er i ferd med å få større bevissthet om best practice blant norske voldgiftsdommere.

Frykten for ugyldighetssøksmål har også en side mot utformingen av dommen. Dommen må bygge på det som er anført, og ikke det som voldgiftsretten mener burde ha vært anført. Det vil ellers foreligge brudd på disposisjonsprinsippet og det grunnleggende kravet til kontradiksjon, og i så fall skal det lite til for å få satt voldgiftsdommen til side, jf. Rt. 2005 s. 1590.<sup>28</sup> Mens man tidligere ofte nøyde seg med å gjengi hovedpunktene i partenes anførsler (slik Høyesterett kan og bør tillate seg som prejudikatsdomstol), forventes det nå at voldgiftsretten gjengir alle anførsler. Det forventes i det minste at domspremissene tar begrunnet stilling til alle anførselene.<sup>29</sup>

Norske voldgiftsdommere har nok imidlertid hatt en tendens til å «skjære gjennom» og konsentrere domspremissene om de anførselene som voldgiftsretten har funnet mest sentrale. Dette kan gå på bekostning av drøftelsene av de subsidiære anførselene. Selv om kravet til domsgrunner neppe er veldig strengt, bør domsgrunnene – for å styrke dommens legitimitet og motvirke unødige ugyldighetssøksmål – være så vidt utførlige at den tapende part får forklart hvorfor hans anførsler ikke har ført fram. Dette gjelder også de anførselene som voldgiftsretten fant det klart ikke kunne føre fram, noe som ofte er langt mindre klart for den tapende part. Denne utviklingen taler nok for at voldgiftsretten bør ha med minst en person som har den nødvendige trening i å skrive dommer, typisk en erfaren embetsdommer.

Brytningen med internasjonal «best practice» har ikke bare vært reaktiv. De siste årene har det blitt diskutert hvordan Norden kan bli et mer konkurransedyktig forum for internasjonale voldgiftssaker i næringer som shipping og offshore. Konklusjonen er, ikke overraskende, at det er

27. Om årsaker til denne utviklingen, se bl.a. Lundblad, Några frågor om skiljemannajäv, Vänbok til Bertil Södermark, 2009, s. 57-71.

28. Forfatteren utredet saken for den ankende part.

29. Ettersom advokatene gjerne deler ut omfattende disposisjoner til voldgiftsretten, er det i praksis lett å bevise i ettertid hvilke anførsler som ble anført.



nødvendig med en fellesnordisk tilnærming.<sup>30</sup> NOMAs Rules og Best Practice Guidelines er et slikt fellesnordisk initiativ, som skal styrke Norden som forum for nordisk og internasjonal voldgift knyttet til shipping og offshore (se punkt 4).

### 3. Veien videre for norsk og nordisk voldgift

#### 3.1. Innledning

I brytningen mellom nordisk pragmatisme og internasjonal «best practice», stilles vi overfor noen grunnleggende spørsmål, og jeg skal berøre tre av dem. For det *første* hva som er bevaringsverdig i den nordiske tradisjonen for voldgift. Spørsmålet impliserer at vi i denne brytningstiden bør vokte oss for å gi oss fullstendig og ukritisk hen til «internasjonal best practice», men tenke nøye gjennom hva som kan og bør videreføres fra den nordiske tradisjonen. Den nordiske pragmatismen har tjent oss vel, både i nasjonale og internasjonale voldgiftssaker. Det *andre* spørsmålet er om nordisk «best practice» – for å sikre større transparens og forutsigbarhet – bør nedfelles skriftlig. I Norge står vi også overfor et *tredje* spørsmål, nemlig om noe av løsningen på det andre spørsmålet ligger i mer institusjonell voldgift.

#### 3.2. Hvordan sikre større transparens og forutsigbarhet?

Når det gjelder det tredje spørsmålet, er det nokså opplagt at bruk av institusjonelle voldgiftsregler gjennomgående vil sikre større transparens og prosessuell forutsigbarhet enn tradisjonell *ad hoc* voldgift. Det er tilstrekkelig å peke på de institusjonelle reglene. Dette forutsetter imidlertid at partene har avtalt institusjonell voldgift, noe som fortsatt er uvanlig i Norge. dette vil neppe endre seg nevneverdig før toneangivende norske selskaper inntar institusjonell voldgift som tvisteløsningsmekanisme i sine standardvilkår. I mellomtiden må større transparens og forutsigbarhet i norske voldgifter – les *ad hoc* voldgifter – oppnås på andre måter. Som vi skal se i punkt 4, kan man imidlertid oppnå mye av den transparens og forutsigbarhet som man får gjennom institusjonelle regelsett – og til dels få mer veiledning – gjennom å benytte NOMAs Best Practice Guidelines i *ad hoc* voldgifter.

30. Gustavsson, Nordic Maritime and Offshore Arbitration, Marlus nr. 450, 2015.

### 3.3. Hva kjennetegner og hva er bevaringsverdig i nordisk voldgift?

Dette bringer meg til det første og tilforlatelige spørsmålet, nemlig hva som er bevaringsverdig i «nordisk» voldgift. Dette reiser metodisk krevende underspørsmål.<sup>31</sup> For det første om det er så mange sentrale fellesnevnerne at det gir mening å tale om en fellesnordisk tradisjon. I mangel av representative studier av hvordan voldgifter faktisk gjennomføres i de nordiske landene, er det vanskelig å ha noen sikker formening om dette.

De institusjonelle regelsettene gir riktignok et bilde av de ytre rammenne for voldgiftsprosessen. Enhver som har praktisk erfaring med voldgift, vet imidlertid at formannens autoritet og preferanser kan legge vel så sterke føringer på voldgiftsprosessen og atmosfæren,<sup>32</sup> eksempelvis når det gjelder saksstyring og utspørring av vitner.<sup>33</sup> Utførlige procedural orders kan dessuten både utpensle og avvike fra de institusjonelle reglene. Ettersom *ad hoc* voldgifter normalt ikke følger et nedskrevet opplegg, og dermed beror desto mer på voldgiftsrettens preferanser, er det enda vanskeligere å ha en noenlunde sikker formening om hvordan disse gjennomføres.<sup>34</sup>

Dersom man antar at det gir mening å tale om en fellesnordisk tradisjon, blir det neste spørsmålet om denne tradisjonen *skiller* seg nevneverdig fra internasjonal «best practice». Men her oppstår det ytterligere metodiske problemer, ettersom verken nordisk «best practice» eller internasjonal «best practice» er faste størrelser, men i stadig utvikling. Når det gjelder internasjonal «best practice», er det dessuten visse regionale forskjeller både i Norden, Europa og Asia. Det er her tilstrekkelig å peke på at de ulike tilbyderne av institusjonell voldgift, herunder SCC, DIA<sup>35</sup> og OCC,<sup>36</sup> nettopp fremhever sine fortrinn.

Dette innebærer at det neppe er belegg for å hevde det er et veldig fast mønster for hvordan kommersielle voldgiftssaker gjennomføres i de nor-

31. Om noen av de metodiske utfordringene med å beskrive internasjonal best practice; se Oldenstam/Löf, *Best Practice in International Arbitration*, Berg/Nisja (red.), *Avtalt prosess*, 2015, s. 281-282.

32. Om grensene for voldgiftsrettens handlefrihet i så måte; se Heuman, *Skiljemanarätt*, 1999, s. 279-282.

33. Lundblad, *Något om vittnesbeviset i domstol og skiljeförfarande*, *Festskrift til Sandström*, 1997.

34. Cordero Moss, *International commercial arbitration*, 1999, s. 155-156.

35. *The Danish Institute of Arbitration*.

36. Oslo Chamber of Commerce. for en oversikt, se Brøndmo, *Valg av voldgift – ad hoc eller institusjonell?*, *LoR* 2017, nr. 6.

diske landene. Av samme grunn er det vanskelig å ha en formening om nordiske fellestrekk eventuelt skiller seg fra internasjonal «best practice». Jeg må derfor nøye meg med noen «tankar ved ein skigard».

Når det gjelder det grunnleggende *kravet til «due process»*, er det ingen holdepunkter for at nordisk voldgiftspraksis i internasjonale kommersielle voldgiftssaker, avviker fra internasjonal best practice. At saksbehandlingen skal være forsvarlig og bygge på likebehandling, har lenge vært anerkjent i norsk og nordisk voldgift,<sup>37</sup> selv om kravet historisk ikke alltid ble tolket så strengt.<sup>38</sup>

New York konvensjonen tjener her som en global referanseramme. På lignende måte som EMK Art 6 («fair trial») angir autonome *minstekrav* til due process, utledes det et krav om «due process» av New York konvensjonen Art V.<sup>39</sup> Dette innebærer blant annet at voldgiftsretten skal gi partene like muligheter for å legge frem bevis, inngi prosesskriv, kommentere hverandres prosesskriv og anførsler, og kommentere på spørsmål og merknader fra voldgiftsretten. For å sikre effektiv anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsdommer i henhold til konvensjonen, blir imidlertid ikke nødvendigvis konvensjonens krav til due process tolket veldig strengt. Dette skyldes at en for streng forståelse av konvensjons krav til due process, ville invitere til opportunistiske ugyldighetssøksmål, noe som kunne undergrave konvensjonens effektivitet.

Kravet til due process i henhold til internasjonal best practice, som i stor grad bygger på UNCITRALs modellov Art 18, kan derfor være strengere enn New York konvensjonens minstekrav. Formålet med *best practice* er ikke begrenset til å unngå alvorlige prosessuelle feil, slik at voldgiftsdommen kan anerkjennes og fullbyrdes, men å sikre en betryggende og tillitsvekkende voldgiftsprosess.<sup>40</sup> Den norske voldgiftsloven bygger direkte på modellovens Art 18, og det er på det rene at standarden

37. Se Mæland, Voldgift, 1988, s. 134-136, med videre henvisninger til norsk og nordisk litteratur og Heuman, Skiljemannarätt, 1999, s. 277-279. Kravet om likebehandling følger nå, etter mønster av modelloven, uttrykkelig av voldgiftsloven § 20.

38. Eksempelvis hadde ganske sikkert ikke flertallets syn i Rt. 1927 s. 888 stått seg i dag, jf. den langt strengere forståelse av kravet til kontradiksjon i Rt. 2005 s. 1590.

39. Kravet utledes av Art V (1) (b); se mer generelt Blackaby/Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, s. 586-587.

40. Se Kerkela/Turunen, Due process in international commercial arbitration, 2010, s. 15-16.

for due process i norsk og nordisk rett, i likhet med internasjonal best practice, er høyere enn konvensjonens minstekrav.<sup>41</sup>

En viktig årsak til at nordisk praksis i internasjonale kommersielle voldgiftssaker er på linje med internasjonal best practice, er at voldgiftsretten settes sammen slik at den besitter den nødvendige kompetanse. Det er særlig viktig at formannen har den nødvendige erfaring som skal til for å håndtere de særlige utfordringer som kan oppstå i en internasjonal voldgift. Skolering i internasjonal best practice er her et minstekrav, i tillegg til blant annet solide engelskkunnskaper og kulturell forståelse.<sup>42</sup> En viss komparativ skolering er også en fordel, særlig der prosessfullmektigene kommer fra ulike rettssystemer. I institusjonell voldgift er det gjerne instituttet som sørger for å oppnevne en slik formann, og i *ad hoc* er det partene og deres advokater, eller de partsoppnevnte voldgiftsdommerne, som må sørge for dette.

Mitt inntrykk er at nordiske voldgiftsdommere de senere årene har blitt mer opptatt av at voldgiftsprosessen skal oppfylle kravene til due process i henhold til internasjonal best practice. Dette gjelder særlig i internasjonale saker, noe som må ses i lys av utviklingen beskrevet ovenfor i punkt 2, ikke minst frykten for ugyldighetssøksmål. Dette er i utgangspunktet positivt, men det kan også gi underlige utslag i form av at man kvier seg for å treffe «riktige» beslutninger. Det forekommer eksempelvis ikke så rent sjelden at voldgiftsretten, etter litt frem og tilbake (les pretensjoner fra partene om brudd på «due process»), beslutter å utsette hovedforhandlingen i stedet for å avskjære bevis eller ekspertrapporter som nokså klart er fremsatt sent i den hensikt å overrumple. Eksemplet viser for øvrig at kravet til «due process» kan peke i flere retninger, og at voldgiftsretten kan bli stilt overfor et dilemma; verken overrumpling, bevisavskjæring eller utsettelse av hovedforhandlingen, er ideelt.<sup>43</sup>

41. Heuman, *Skiljemannarätt*, 1999, s. 281. Bildet er imidlertid ikke entydig, og det er flere omdiskuterte avgjørelser, jf. eksempelvis KKO 2008:77. Finlands Høyesterett opprettholdt her (under dissens) en voldgiftsdom selv om voldgiftsretten hadde anvendt avtaleloven § 36 uten at bestemmelsen var anført av partene; se Knuts, *Jura Novit Curia and the Right to Be Heard – an analysis of Recent Case Law, Arbitration International*, nr. 4 2012, s. 669-688.

42. Se mer generelt Blackaby/Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, s. 246-253 og 285-286.

43. Se mer generelt om de spørsmål som dette eksemplet reiser; Lundblad, *Något om vittnesbeviset i domstol og skiljeförfarande*, *Festskrift til Sandström*, 1997, ved note 34.

En av årsakene til at det etter mitt syn gir mening å tale om en nordisk tradisjon for voldgift, ligger ikke på det prosessuelle planet, men i at de nordiske landene har en felles kultur og historie på området for kommersiell voldgift, nemlig formueretten. Den sentrale formuerettslige lovgivningen, eksempelvis avtaleloven og kjøpsloven, har som kjent nordiske røtter, og det er stadig et indre nordisk marked for rettskilder på disse områdene.<sup>44</sup>

Når en voldgiftsrett består av voldgiftsdommere fra ulike nordiske land, er det derfor mye som forbinder dem når det gjelder hovedformålet med en voldgift; å løse tvisten basert på en *riktig* forståelse av de aktuelle rettsreglene. De har eksempelvis samme tilnærming til avtaletolking. Når svært mange kommersielle voldgiftssaker nettopp gjelder avtaletolking, er dette en samlende kraft. Til sammenligning trenger det ikke å være mer enn felles skolering i internasjonal «best practice» som forbinder et panel bestående av eksempelvis voldgiftsdommere fra Sveits, England og Sverige (en ikke uvanlig sammensetning i internasjonale tvister). Minst to av voldgiftsdommerne i et slikt panel vil ha store utfordringer med å tolke avtalen basert på en riktig forståelse av svensk eller engelsk rett, eksempelvis når det gjelder betydningen av partenes intensjoner, forhandlingsfasen, såkalte etterfølgende forhold og bakgrunnsretten.<sup>45</sup>

Som representant for det norske og nordiske voldgiftsmiljøet, er det fristende å hevde at nordisk voldgift kjennetegnes av en særlig god balanse mellom betryggende, kostnadseffektiv og rask behandling. Proporsjonalitet står her sentralt; prosessens grundighet tilpasses tvistens verdi og sakens kompleksitet. Ettersom de fleste institusjonelle regelsett etter hvert har fått egne regler om forenklet og rask behandling av mindre saker, er det imidlertid ikke grunnlag for å hevde at proporsjonalitet er særegent for norsk og nordisk voldgift. Hvis man sammenligner kostnadsnivået i større nordiske voldgifter med kostnadsnivået i London, har vi imidlertid et fortrinn. Voldgift i London kompliseres og fordyres blant annet av disclosure og dobbeltarbeid mellom solicitors og barristers, og

44. Tørum, Den nordiske obligasjonsrett og dens betydning for norsk kontraktsrett, TfR 2007, s. 563-578.

45. Rosengren, Contract Interpretation in International Arbitration, Journal of International Arbitration, nr. 1 2013, s. 1-16 and Tørum, Offshore contracts – the effect of the ‘system’ of the contract and the background law in the interpretation process, Jussens Venner 2018, s. 163-190.

advokatenes og voldgiftsdommernes timepriser er gjennomgående betydelig høyere enn i Norden.

Et annet nordisk fortrinn er den tradisjonelt moderate bruken av skriftlige erklæringer fra vitner. Slike erklæringer kan riktignok bidra til å konsentrere hovedforhandlingen, særlig i store og komplekse saker med mange vitner. Men utformingen av slike vitneprov, herunder rebuttals, er både kostnadskreven og tidkrevende, og ikke sjelden tegner kryssek-saminasjonen av vitnet et ganske annet bilde.

Et tredje nordisk fortrinn er fraværet av discovery i nordisk rett.<sup>46</sup> Discovery fører normalt til betydelig merarbeid for partene og advokaterne, noe som selvsagt er kostnadsdrivende. I større saker kan dessuten prosessen knyttet til discovery føre til at det går lang tid før det kan berammes hovedforhandling; discovery eller disclosure kan bli en sak i saken, og i større saker kan det være nødvendig med flere rettsmøter bare for å håndtere denne prosessen.

Et fjerde nordisk fortrinn når det gjelder rask behandling, er fraværet av unødig formalisme som «terms of reference».<sup>47</sup> Dersom partene raskt kan enes om tvistegenstanden, har dette selvsagt sine fordeler for sakens videre behandling. Man kan eksempelvis slippe etterfølgende diskusjoner om den samme voldgiftsretten har mandat til å avgjøre et motkrav som uventet fremsettes i tilsvaret, noe som igjen kan motvirke senere ugyldighetssøksmål. Det kan også være en fordel der en eller begge parter viser liten vilje til å legge til rette for en ryddig prosess. Men dersom man allerede innledningsvis – *før* mottak av stevning – *må* bruke mye tid på å forsøke å bli enige om hva som skal omfattes av voldgiftssaken, går tiden, og det er også en mulighet for at saksøkte kan misbruke dette til å trenere saken.

Et femte nordisk fortrinn er det sterke innslaget av muntlighet. Hvis vesentlige deler av saken behandles skriftlig, stilles det betydelige krav til prosesskrivene. Men uansett hvor velskrevne og pedagogiske prosesskrivene måtte være; dersom de blir mange nok og lange nok, kan selv den

46. Et annet spørsmål er hvordan reglene i tvisteloven kapittel 28 om bevissikring utenfor rettsak, som også gjelder i voldgift, kan og bør tolkes. Dersom ikke vilkårene i § 28-2 tolkes noenlunde strengt, vil det i praksis kunne åpne for «discovery».

47. Se eksempelvis ICC Rules Art 23, men det forekommer at internasjonale voldgiftsdommere insisterer på noe tilsvarende i ad hoc voldgifter. Se mer generelt Mathiasen/Rust, Terms of Reference – fra et nordisk (shipping) perspektiv, MarLus nr. 450.

dyktigste og mest samvittighetsfulle voldgiftsdommer misforstå eller overse viktige forhold. Risikoen for dette reduseres hvis den muntlige forhandlingen er så vidt omfattende at den ikke i realiteten begrenses til prosedyrer som sammenfatter bevisførselen og utdyper de rettslige anførselene, men tillater at de sentrale bevisene presenteres grundig og i sin riktige kontekst. Her kan det nok være visse forskjeller innen Norden. Mitt inntrykk er i hvert fall at det ofte settes av mer tid til den muntlige forhandlingen i norske voldgiftssaker; i teknisk kompliserte saker er det ikke helt uvanlig at hovedforhandlingen går over 8-12 uker. I mindre saker som primært reiser rettslige spørsmål, kan imidlertid skriftlig behandling, gjerne kombinert med enevoldgiftsdommer, være å foretrekke for å begrense kostnadene.

En annen fordel med en nokså omfattende muntlig forhandling, er at man reduserer behovet for såkalte «post-hearing briefs», dvs. skriftlige innlegg etter at den muntlige forhandlingen er avsluttet. Slike skriftlige innlegg kan bli omfattende, og det blir gjerne nødvendig med rebuttals, noe som er kostnadsdrivende. En typisk begrunnelse for at partene likevel ønsker «post-hearing briefs», er at de trenger mer tid på å gjennomgå motpartens anførsler og bevis. Dette behovet kan imidlertid ofte imøtekommes gjennom å legge inn en pause i hovedforhandlingen på 1-3 dager mellom bevisførselen og prosedyrene.

#### 4. NOMAs Best Practice Guidelines som bidrag til større transparens og forutsigbarhet i nordisk voldgift

##### 4.1. Bakteppet

Utviklingen beskrevet ovenfor i punkt 2, har, som nevnt, ført til at man i norske *ad hoc* voldgifter, særlig norsk internasjonal voldgift, stadig oftere forsøker å oppnå større transparens og forutsigbarhet gjennom å nedfelle visse kjøreregler i den første procedural order (PO1). Dette er ikke noe nytt i internasjonale *ad hoc* voldgifter. Eksempelvis har UNCITRAL siden 1976 tilbudt Arbitration Rules for dette formålet, og disse reglene har fått stor utbredelse i praksis; ikke bare som noe partene kan avtale å benytte, men også som uttrykk for internasjonal best practice. Arbitration Rules har også tjent som forbilde for en rekke institusjonelle regelsett. Reguleringen er imidlertid rudimentær, og mange av bestemmelsene er nokså selvsagte, slik at Arbitration Rules ofte gir begrenset veiledning selv i praktisk viktige spørsmål.

I norske internasjonale kommersielle voldgiftssaker har, som nevnt, slike kjørerregler gjerne blitt introdusert i forbindelse med planmøtet. Dette skjer typisk ved at voldgiftsretten før det første planmøtet sender prosessfullmektigene utkast til slike kjørerregler og setter en frist for å komme med innspill, eller at en av partene, typisk den utenlandske parten som ikke er fortrolig med norsk *ad hoc* voldgift, foreslår noe tilsvarende i planmøtet.

Det er imidlertid visse utfordringer forbundet med en slik tilnærming. For det første kan det være vanskelig å enes om slike kjørerregler etter at tvisten har oppstått, særlig forhold som er eller lett kan bli aktuelle.<sup>48</sup> En part som vet at motparten kommer til å fremsette en rekke provokasjoner, vil eksempelvis ofte ikke være interessert i å bidra til klarhet i hvilke regler som skal gjelde for bevistilgang. Etter at tvisten har oppstått, kan det derfor være vanskelig å enes om annet enn selvfølgeligheter. Det forekommer riktignok at voldgiftsretten øver et visst press på partene for å enes om en del kjørerregler. Dersom partene likevel ikke blir enige, kan voldgiftsretten i atskillig utstrekning fastsette slike regler.<sup>49</sup> Det er imidlertid grenser for hvor langt en voldgiftsrett kan og bør forsøke å påtvinge partene detaljerte kjørerregler der partene har avtalt *ad hoc* voldgift.

Den andre utfordringen er at det kan være vanskelig å utforme slike kjørerregler, bokstavelig talt *ad hoc*. Det kan fort få preg av klipp og lim fra procedural orders i andre saker, ulike institusjonelle regelsett og UNCITRAL Arbitration Rules. Dette kan skape usikkerhet om hvor bestemmelsene kommer fra, og om de er representative for nordisk best practice, eller om de primært gir uttrykk for voldgiftsrettens egne preferanser. Ved nærmere ettersyn kan det dessuten vise seg at de foreslåtte bestemmelsene ikke er tilstrekkelig gjennomarbeidet eller ikke er innbyrdes konsistente.

Den tredje utfordringen er at det kan være tidkrevende å enes om slike kjørerregler. Dersom voldgiftsretten tilstreber enighet, kan dette i verste fall forsinke voldgiftsprosessen.

En nærliggende løsning på disse utfordringene, er å forsøke å nedfelle det som anses som nordisk best practice for kommersiell voldgift, i et gjennomarbeidet dokument – nærmest som en standardkontrakt klar til bruk. UNCITRAL Arbitration Rules har, som nevnt, lenge tjent en slik

48. Cordero Moss, *International commercial arbitration*, 1999, s. 155.

49. Jf. voldgiftsloven § 21 første punktum, som bygger på UNCITRALs modelllov Art 19.



rolle som uttrykk for *internasjonal* best practice. Det som har manglet, er et lignende dokument som reflekterer *nordisk* best practice og som gir noe mer veiledning.

#### 4.2. Generelt om NOMAs to regelsett

Dette bringer meg til NOMA Rules og NOMA Best Practice Guidelines.<sup>50</sup> Med utgangspunkt i UNCITRAL Arbitration Rules,<sup>51</sup> har en nordisk arbeidsgruppe utarbeidet to regelsett som i stor grad reflekterer nordisk best practice. Arbeidsgruppen besto av sentrale personer i det nordiske voldgiftsmiljøet, i tillegg til representanter fra ulike deler av sjøfartsnæringen.<sup>52</sup> De to regelsettene er, som nevnt, særlig utviklet med sikte på voldgift innen shipping og offshore, men de burde passe i de fleste typer kommersiell voldgift.

Som påpekt i punkt 3.3, kan det på noen punkter være diskutabelt hva som er nordisk best practice. De nordiske overlegningene bak NOMAs regler, viste imidlertid bred konsensus om hva som er og bør være nordisk best practice. På punkter hvor det ble identifisert nasjonale forskjeller, var det sjelden vanskelig å oppnå omforente nordiske løsninger. Dette betyr at NOMAs regler dels er en nokså deskriptiv «restatement» av best practice i Norden, dels gir uttrykk for omforente nordiske løsninger på punkter hvor det er vanskelig å påvise en klar nordisk praksis.

«Betaversjoner» av NOMAs Best Practice har allerede blitt benyttet i en rekke norske *ad hoc* voldgifter, både nasjonale og internasjonale saker, og tilbakemeldingene er gode. Det samme kan sies om responsen fra «høringsrundene» blant brukere og voldgiftsdommere.

Den som er fortrolig med UNCITRAL Arbitration Rules, vil, som antydnet, kjenne seg igjen i NOMAs Rules, og til dels også i Best Practice Guidelines. I dette ligger det at formålet med NOMAs regler ikke primært er innovasjon, men å «kodifisere» nordisk best practice. Mange av bestemmelsene er derfor nokså selvsagte for den som er fortrolig med nordisk voldgift, eksempelvis hva stevning/tilsvar skal inneholde og sekvensen i hovedforhandlingen. Slike selvfølgeligheter er imidlertid vikti-

50. Disse er tilgjengelige på <http://nordicarbitration.no/>

51. Dette fremgår uttrykkelig av Rules' preamble.

52. For en kort introduksjon, se: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/26/nordic-offshore-and-maritime-arbitration-association/>. Forfatteren deltok som en av flere norske representanter i den nordiske arbeidsgruppen som utarbeidet NOMAs Rules og Best Practice Guidelines.

ge nok for en utenlandsk part som ønsker å forstå hvordan voldgifter gjennomføres i Norden.

NOMAs Best Practice er utarbeidet som «Guidelines» som kan brukes *uavhengig* av om partene har avtalt *ad hoc* voldgift eller institusjonell voldgift. Guidelines ledsages av en matrise over emner som bør tas opp i det første planmøtet («CMC-Matrix») og nedfelles i PO1.<sup>53</sup> Dette innebærer at bestemmelsene i Guidelines ikke bare er egnet til å sikre større transparens og forutsigbarhet i *ad hoc* voldgifter, men at de også gir veiledning der partene har avtalt institusjonell voldgift. Noe av det som gjør Guidelines velegnet til bruk i *ad hoc* voldgifter, er at bestemmelsene ikke legger oppgaver til et voldgiftsinstitutt; eksempelvis å oppnevne voldgiftsrettens formann, behandle klager på voldgiftsrettens salær, osv.

Til sammenligning gjelder Rules, i likhet med andre institusjonelle regler, bare der partene har avtalt å benytte dem. For at Rules skal kunne være et nokså kortfattet dokument, og for å unngå for mye overlapp mellom Rules og Guidelines, er Rules utformet for å benyttes sammen med Guidelines. Dette er reflektert i Rules' preamble: «The Tribunal and the Parties shall perform the arbitration proceedings taking into account the Best Practice Guidelines attached hereto», noe som er utpenslet i Guidelines Art 2.1: Partene skal følge Guidelines, med mindre de har avtalt noe annet eller voldgiftsretten har bestemt noe annet. Dette betyr at Guidelines, slik navnet antyder, bare er retningslinjer. Dette skal sikre den nødvendige fleksibilitet, men det skal gode grunner til for at voldgiftsretten ensidig skal kunne beslutte løsninger som avviker fra Guidelines.

Ettersom Guidelines i stor grad gir uttrykk for nordisk best practice, er de ikke bare relevante der partene uttrykkelig har avtalt å bruke dem. På samme måte som voldgiftsretter gjerne ser hen til UNCITRAL Arbitration Rules og IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration som uttrykk for internasjonal best practice,<sup>54</sup> vil det være naturlig å se hen til Rules og Guidelines som uttrykk for nordisk best practice. Dette vil gi voldgiftsrettens beslutninger større legitimitet enn om de bare forankres i voldgiftsrettens myndighet til å behandle saken slik den finner «hensiktsmessig», jf. voldgiftsloven § 21.

53. CMC-Matrix er for så vidt en parallel til UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings («List of Matters»).

54. Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) har også utformet en rekke ulike retningslinjer, men de anses gjennomgående ikke like autoritative.

I det følgende vil jeg knytte noen merknader til utvalgte bestemmelser som – i større grad enn eksempelvis UNCITRAL Arbitration Rules og en del institusjonelle regelsett – bidrar til å klargjøre praktisk viktige spørsmål.

### 4.3. Utvalgte emner; særlig om Guidelines

#### 4.3.1. Voldgiftsrettens oppnevning og salær

Ettersom Guidelines er utarbeidet for å kunne brukes uavhengig av om partene har avtalt *ad hoc* voldgift eller institusjonell voldgift, regulerer de ikke oppnevning av voldgiftsretten. Dette er imidlertid ingen nødvendig konsekvens, og Guidelines kunne ha sagt noe om best practice for oppnevning av voldgiftsretten. Oppnevning av voldgiftsretten er derimot regulert i Rules, og flere av bestemmelsene, eksempelvis Art 7 nr. 2 (confirmation of availability and impartiality) og Art 9<sup>55</sup> (disclosures by arbitrators), gir uttrykk for både nordisk og internasjonal best practice.

Utgangspunktet i Rules Art 7 nr. 1 er at partene skal forsøke å bli enige om voldgiftsrettens sammensetning, noe som er i tråd med voldgiftsloven § 13 andre ledd og norsk praksis. Felles oppnevning av voldgiftsretten har klare fordeler.<sup>56</sup> Det kunne også ha vært angitt hvordan fellesoppnevning bør gjennomføres, nemlig gjennom et felles brev og/eller epost fra prosessfullmektigene. På denne måten får de forespurte nøyaktig den samme (nøytrale) beskrivelsen av hva saken gjelder, og det motvirkes at noen av partene har kontakt underhånden med de forespurte. Videre motvirker man at de får vite hvem av partene som har foreslått vedkommende. At det ikke skal være kontakt underhånden mellom en part og voldgiftsretten, eller mellom en part og en voldgiftsdommer, etter at voldgiftsretten er etablert, har lenge vært best practice,<sup>57</sup> og det er nedfelt i Rules Art 15 nr. 4<sup>58</sup> og Guidelines Art 2.1 i.f.

Dersom en part ikke partsoppnevner en voldgiftsdommer innen 21 dager, eller de to partsoppnevnte voldgiftsdommerne ikke blir enige om en formann i løpet av 21 dager, kan en part *anmode NOMA om å utpeke* voldgiftsdommeren eller formannen, jf. Rules Art 7 nr. 4 og 5. Ettersom NOMA har god oversikt over norske og nordiske voldgiftsdommere som

55. Bestemmelsen er identisk med UNCITRAL Arbitration Rules Art 11.

56. Tørum, Norsk ad hoc voldgift i en brytningstid, Tff 2017, s. 77-80.

57. Se mer generelt Oldenstam/Löf, Best Practice in International Arbitration, Berg/Nisja (red.), Avtalt prosess, 2015, s. 286.

58. Bestemmelsen er identisk med UNCITRAL Arbitration Rules Art 17 nr. 4.

har erfaring med offshore og shipping, er dette mer betryggende enn at domstolen forestår slik utpeking i henhold til voldgiftsloven § 13 fjerde ledd. Domstolen vil kunne ende opp med å utpeke en embetsdommer som ikke nødvendigvis har den nødvendige ekspertise og erfaring med voldgift.<sup>59</sup>

Rules Art 7 nr. 5 oppstiller dessuten en hovedregel om hvem NOMA skal utpeke som formann i internasjonale voldgifter, nemlig en formann av en annen nasjonalitet enn de to<sup>60</sup> partene. Dette er i tråd med internasjonal best practice som tilstreber en «nøytral» formann i internasjonale voldgiftssaker, og det vil typisk innebære at NOMA vil utpeke en svensk formann i en tvist mellom et norsk verft og en dansk reder. Selv om de fleste nok er enige i at det ofte vil være ønskelig med en slik «nøytral» formann, om ikke annet for å unngå mistanker om nasjonale preferanser, forekommer det at parten som er på «hjemmebane», ikke sjelden insisterer på en formann av samme nasjonalitet. Denne bestemmelsen gir derfor en nyttig avklaring, og den vil forhåpentligvis motvirke ørkesløse diskusjoner om en svensk eller dansk formann eksempelvis er i stand til å forstå og anvende norsk kontraktsrett. Nordisk nøytralitet bør imidlertid være tilstrekkelig i saker om norsk eller nordisk rett. For at hele voldgiftsretten skal ha relevant rettslig ekspertise, bør man i tvister som er regulert av nordisk rett, normalt unngå voldgiftsdommere som verken behersker nordisk rett eller nordiske språk. På denne måten unngår man også unødvendige oversettelser av bl.a. nordiske rettskilder.

Rules Art 8<sup>61</sup> gir nyttig veiledning for oppnevningen i voldgiftssaker med mer enn to parter. Dette er praktisk viktig bl.a. i tvister mellom rettighetshaver-grupper på norsk kontinentalsokkel, og også denne bestemmelsen tilstreber nasjonal nøytralitet, jf. Art 8 nr. 4.

I norsk og nordisk voldgift er det uvanlig at voldgiftsretten opererer med egne «oppdragsvilkår» med timepriser, ansvarsfraskrivelser etc. Hvilke salærkrav voldgiftsretten ser for seg, blir normalt først avklart etter at voldgiftsretten er etablert, typisk når voldgiftsretten i etterkant av planmøtet innkaller sikkerhet for sitt salær, jf. Guidelines Art 4. Ettersom mange voldgiftssaker forlikkes etter at voldgiftsretten er etablert, har det imidlertid blitt nokså vanlig at voldgiftsretten betinger seg et visst «avbe-

59. Brækhus, Voldgift – erfaringer og refleksjoner, LoR 1999, s. 266-267 og Brøndmo, Valg av voldgift, LoR 2017, punkt 5.3.

60. Se også Art 8 nr. 4.

61. Bestemmelsen bygger i stor grad på UNCITRAL Arbitration Rules Art 10.

stillingsgebyr» for det tilfelle at saken skulle forlikes relativt tett på hovedforhandlingen.<sup>62</sup>

Dette er det lite å si på i større saker, men det er en fordel for alle involverte om det på forhånd er avklart fra hvilket tidspunkt det vil påløpe et slikt avbestillingsgebyr, herunder størrelsen på gebyret. Guidelines Art 3.5 m) sørger for at dette adresseres allerede i det første planmøtet, og Art 3.9 og CMC-Matrix Art 1.16 gir veiledning om når det typisk kan være aktuelt med et slikt gebyr og gebyrets størrelse. Gebyret kan ellers komme som en overraskelse på partene, og det kan i ettertid bli vanskelig for advokatene å forklare dette for partene. Av samme grunn er det nyttig at Guidelines Art 4.2 gir en klar hjemmel for tilleggssikkerhet, som typisk kan bli aktuelt der saken etter hvert viser seg å være vesentlig mer omfattende enn den fremsto i det første planmøtet.

#### 4.3.2. *Bestemmelser som tilstreber en hurtig og kostnadseffektiv prosess*

Guidelines oppstiller en rekke bestemmelser som skal tilstrebe en rask og kostnadseffektiv voldgiftsprosess, og disse trer i kraft straks voldgiftsretten er konstituert, jf. Guidelines Art 2.1. Planmøtet står her sentralt. Før planmøtet («case management conference») vil normalt voldgiftsretten ha så begrenset kunnskap om saken at den verken kan eller bør rådså om hvordan saken bør gjennomføres. Kunnskapen begrenser seg gjerne til det som fremgår av voldgiftsvarselet, som i norske voldgiftssaker normalt bare gir en overordnet og ensidig beskrivelse av saksøkerens krav.

Med mindre voldgiftsvarselet gir klare indikasjoner om sakens størrelse og kompleksitet, vil derfor voldgiftsretten starte planmøtet med nokså blanke ark. Dette kan gjøre planmøtet mer tannløst enn det kunne og burde ha vært, noe som kan gjøre det vanskelig for voldgiftsretten å legge reelle føringer for hvordan saken bør gjennomføres i henhold til Guidelines Art 3.2. I større saker kan det derfor være hensiktsmessig med et to-delt planmøte, der den første delen er et slags informasjonsmøte der partene gir en oversikt over hvordan de ser på saken, hvilke bevis som er aktuelle, om saksøkte vil fremsette motkrav, hvor mange skriftlige innlegg partene ser for seg, hvor mange dager/uker som bør settes av til hovedforhandlingen osv.

Det regulære planmøtet, hvor man legger en fremdriftsplan, kan berammes kort tid etterpå, gjerne samme dag. Dermed får voldgiftsretten

62. Blackaby/Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, s. 299-300.

anledning til å ta innover seg sakens eventuelle særlige utfordringer, herunder diskutere seg i mellom, *før* man begir seg inn på å legge en fremdriftsplan sammen med partene. Man risikerer ellers å ende opp med en fremdriftsplan som viser seg vanskelig å holde, og i praksis kan det være vanskelig å enes om en ny fremdriftsplan, noe som kan skape unødige støy. For ikke å komme i et slikt uføre, kan det i noen saker være hensiktsmessig å nøye seg med å legge en foreløpig fremdriftsplan i det første planmøtet, eksempelvis slik at det ikke skal fastsettes noen «endelig» fremdriftsplan før stevning, og eventuelt tilsvaret, er inngitt, slik at voldgiftsretten og saksøkte har fått dannet seg et bedre bilde av sakens omfang og kompleksitet. Dette er for så vidt i tråd med Guidelines Art 3.5 første ledd, hvor det er presisert at man i det *første* planmøtet skal *forsøke* å bli enige om bl.a. fremdriftsplanen.

Hvis den muntlige forhandlingen skal vare fem dager eller mindre, skal den i utgangspunktet berammes innen seks måneder etter det første planmøtet. Settes det av mer enn fem dager, skal den i utgangspunktet berammes innen tolv måneder.<sup>63</sup>

I norske voldgifter har det etter hvert blitt vanlig med nokså lange frister for å inngi stevning og tilsvaret. I større saker kan dette ha gode grunner for seg, og det samme gjelder der partene uansett er enige om at hovedforhandlingen skal være et godt stykke fram i tid. Guidelines Art 3.7 a) og b) understreker imidlertid at saksøkeren normalt vil ha tilstrekkelig med tid til å utarbeide stevning hvis den inngis 28 dager etter planmøtet, og at saksøkte normalt ikke trenger mer enn 28 dager til å inngi tilsvaret. Disse relativt korte fristene gir voldgiftsretten større legitimitet til å øve et positivt press på prosessfullmektigene til å gjennomføre saksforberedelsen noenlunde raskt.

Et annet grep for å sikre fremdriften, er at det i Guidelines Art 6.2 b) er bestemt at saksøkeren allerede i stevningen skal fremlegge de bevis som saken bygges på, og det samme gjelder for tilsvaret, jf. Art 7.2 b). Dette er i tråd med norsk, nordisk og internasjonal<sup>64</sup> best practice, men det er en nyttig presisering. Man risikerer ellers at en part fra common law, i den tro at bevisene først skal fremlegges etter gjennomført «discovery», nøyer seg med en minimumsstevning.

63. CMC-Matrix Art 1.5.

64. Oldenstam/Löf, Best Practice in International Arbitration, Berg/Nisja (red.), Avtalt prosess, 2015, s. 292-294.

Som vi skal se i punkt 4.3.4, er det uttrykkelig fastslått i NOMA Rules on the Taking of Evidence Art 3 nr. 2, at voldgiftsretten som et klart utgangspunkt ikke kan beslutte «document production» (les «discovery»/«disclosure»), med mindre partene samtykker. Dette er et viktig grep for å sikre en hurtig og kostnadseffektiv prosess.

#### 4.3.3. *Spørsmål som skal adresseres allerede i det første planmøtet*

Guidelines Art 3 gir en utførlig oversikt over spørsmål som bør tas opp under planmøtet. De fleste spørsmålene er nokså selvsagte, og jeg nøyer meg med å kommentere de som bidrar med praktisk viktige avklaringer. Art 3.5 n), som omhandler «document management» under saksforberedelsen, reflekterer vår digitale tidsalder. I større saker forekommer det stadig oftere at prosesskriv med bilag bare utveksles elektronisk, typisk slik at prosesskrivet oversendes per epost, mens bilagene gjøres tilgjengelige for nedlasting via en lenke eller legges inn i et elektronisk datarom. Bruk av iPad pro til faktisk og rettslig utdrag under hovedforhandlingen, er dessuten på fremmarsj. Noen voldgiftsdommere og advokater sverger imidlertid fortsatt til papir, og Art 3.5 n) sørger for at slike spørsmål adresseres allerede i det første planmøtet.

Artikkel 3.5 j), som fastslår at man i det første planmøtet skal forsøke å avklare om det er aktuelt for partene å legge frem ekspertrapporter, er viktig. Det kunne med fordel ha vært fastslått at voldgiftsretten bør sette en frist for å fremlegge slike rapporter, og at denne fristen bør settes i god tid før sluttfristen for å legge frem nye bevis. Man risikerer ellers at slike rapporter uten forvarsel legges frem på sluttfristen, selv om dette klart nok ikke er i tråd med best practice. Det kan da være så kort tid igjen til hovedforhandlingen at motparten ikke får en rimelig mulighet til å imøtegå rapporten, eventuelt å utarbeide en egen ekspertrapport. Dette kan dessverre føre til diskusjoner om utsettelse av hovedforhandlingen, noe som enkelt kunne ha vært unngått dersom det fra begynnelsen av hadde vært satt frister for å legge frem ekspertrapporter.

Det samme kan langt på vei sies om Art 3.5 i), som fastslår at man i det første planmøtet skal forsøke å avklare om noen av partene ønsker å legge frem skriftlige vitneprov.<sup>65</sup> For å motvirke tilpasninger, burde det ha vært presisert at eventuelle slike vitneprov bør utveksles simultant. Simultan utveksling kan i praksis oppnås gjennom at partene på et gitt

65. I henhold til The NOMA Rules on the Taking of Evidence Art 4 nr. 5, forutsetter dette at partene er enige om at det skal kunne inngis skriftlige vitneprov.

tidspunkt skal sende vitneprovne på epost til voldgiftsretten, som først «frigir» dem når begge parter har innsendt vitneprovne.

Til tross for at den som har avtalt voldgift i Norden med en part som ikke behersker nordiske språk, ofte bør ha forståelse for at saken bør gjennomføres på engelsk, blir det av og til diskusjoner om dette. Guidelines Art 3.5 f) legger opp til at språk skal adresseres allerede i det første planmøtet, og for å unngå unødige diskusjoner, oppstiller Art 5.1 et klart utgangspunkt: Med mindre partene, deres representanter og advokater er skandinaver, skal voldgiftsspråket være engelsk. Denne sterke preferansen for engelsk er et utslag av at NOMAs regelsett særlig er utformet med sikte på voldgifter knyttet til shipping og offshore; næringer hvor engelsk gjennomgående er arbeidsspråk.

Det første planmøtet skal ifølge Art 3.5 g) også omhandle eventuell oversettelse av bevis og rettskilder. Dette må ses i sammenheng med Art 5, som legger opp til å unngå unødige oversettelser. Dette er et viktig kostnadsbesparende tiltak, særlig i større tvister med omfattende dokumentasjon. Som en konsekvens av at nordiske rettskilder normalt ikke skal oversettes, jf. Guidelines Art 5.3,<sup>66</sup> presenteres gjerne slike rettskilder på nordisk under prosedyrene, selv om den muntlige forhandlingen for øvrig går på engelsk.

I CMC-Matrix Art 3.1 er det fastsatt at det bør tas opp om partene, selv om de vil at voldgiftssaken skal være konfidensiell, kan gå med på at voldgiftsdommen kan publiseres i anonymisert form. Dette er prinsipielt viktig ettersom noen voldgiftsdommer holder et slikt nivå at de kan bidra til rettsavklaring og rettsutvikling, men dette formålet lar seg vanskelig realisere hvis dommene bare er kjent for et lite knippe advokater og voldgiftsdommere.<sup>67</sup>

#### 4.3.4. *Bevistilgang etc.*

Tvister om bevistilgang og «provokasjoner» er et tilbakevendende tema i voldgiftssaker. Men i motsetning til tvisteloven, som gir en utførlig regu-

66. Forutsetningen er selvsagt at samtlige medlemmer av voldgiftsretten uten problemer er i stand til å lese rettskildene på det nordiske originalspråket, noe som normalt er kurant i «nordiske voldgiftspaneler» for så vidt gjelder dansk, svensk og norsk.

67. Slik også Kobbe, Noen refleksjoner knyttet til boken *Voldgift i et nøtteskall*, TIF 2018, nr. 1.



lering av bevis tilgang,<sup>68</sup> gir voldgiftsloven, i likhet med UNCITRALs modellov, svært begrenset veiledning.<sup>69</sup> En viktig forklaring på at UNCITRALs modellov gir begrenset veiledning, er nok at det her er store forskjeller mellom de ulike rettssystemene,<sup>70</sup> noe som gjorde det vanskelig å enes om en enhetlig regulering.

I mangel av lovregulering kan det være vanskelig for voldgiftsretten å oppstille klare rettslige utgangspunkter om bevis tilgang. Dette kan virke tvisteskapende, og i internasjonale voldgiftssaker hvor en part hører hjemme i common law, oppstår det jevnlig spørsmål om hvorvidt norsk og nordisk rett tillater noe tilsvarende «disclosure» under den engelske voldgiftsloven § 34 (2) (d) eller amerikansk «discovery».<sup>71</sup>

For å sikre større klarhet og forutsigbarhet om bevis tilgang, har NOMA utarbeidet The NOMA Rules on the Taking of Evidence som et eget vedlegg til Guidelines, jf. Guidelines Art 10.2. Det er, som nevnt, fastslått i NOMAs bevisregler Art 3 nr. 2, at voldgiftsretten som et klart utgangspunkt ikke kan beslutte «document production», med mindre partene samtykker.

Når det gjelder innholdet i NOMA Rules on the Taking of Evidence, fremgår det av preamble nr. 3 at reglene i stor grad bygger på de velkjente IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.<sup>72</sup> I preamble nr. 3 er det også, for ordens skyld, understreket at der reglene er identiske med IBAs, skal de tolkes likt, slik at rettspraksis og teori om IBAs bevisregler er direkte relevant.<sup>73</sup> Ettersom fraværet av discovery anses som et fortrinn med nordisk rett, jf. punkt 3.3 ovenfor, er det understreket i preamble nr. 1 i NOMA Rules on the Taking of Evidence, at reglene er ment som et *alternativ* til «discovery». I praksis kan det nemlig

68. Se Ristvedt/Tørum, Provokasjoner, begjæringer om bevis tilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery», Tff 2015, s. 103-178.

69. Se Ristvedt/Eriksrud, Bevis tilgang i voldgift, Tff 2015, s. 275-330.

70. For en kort oversikt over forskjellene mellom reglene for bevis tilgang i civil law og common law; Blackaby/Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, s. 385.

71. Om «discovery» forklart fra et nordisk ståsted; se eksempelvis Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, 2012, s. 126-127 og 557, med videre henvisninger.

72. For en oversikt over disse IBA-reglene; Blackaby/Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, s. 381-390 og Woxholth, *Voldgift 2013*, s. 643-646.

73. Se særlig Ashford, *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 2013.

være et problem at parter og advokater fra common law tolker IBAs regler som om de tillater «discovery» eller «disclosure».

I NOMA Rules on the Taking of Evidence Art 3 a) gjelder det derfor, etter mønster av IBAs regler, et relativt strengt spesifikasjonskrav. Ved uenighet om bevis tilgang bestemmer Art 3 nr. 7 at de to sentrale vurderingstemaene for voldgiftsretten, er om den etterspurte dokumentasjonen er relevant for saken og «material to its outcome»; vilkåret «material» står i kontrast til «discovery».<sup>74</sup> Til sammen gir disse bestemmelsene partene og voldgiftsretten langt mer håndfast veiledning enn den begrensede veiledningen som kan utledes av voldgiftsloven og modelloven.

Det er også nyttig at Art 8 nr. 6 uttrykkelig fastslår at manglende overholdelse av plikten til å gi bevis tilgang, på visse vilkår kan brukes mot vedkommende i voldgiftsrettens bevisvurdering.<sup>75</sup> Som indikert i punkt 3.3, er dette dessverre en stadig mer aktuell problemstilling.

I saker med mange og omfattende provokasjoner, kan det være lett å miste oversikten over hvilke provokasjoner som er fremsatt, hvorfor de er fremsatt, hvorfor de er bestridt, om de er besvart og om voldgiftsretten har henstillet om at de skal besvares. I internasjonale voldgifter har det blitt vanlig å benytte en såkalt «Redfern<sup>76</sup> Schedule» til å holde oversikt over dette, og dette kan med fordel benyttes også i norske voldgiftssaker.

74. Blackaby/Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, s. 382.

75. Bestemmelsen bygger på IBA Art 9; se mer generelt Blackaby/Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, s. 387-388.

76. Oppkalt etter Alan Redfern, som introduserte slike skjemaer; se mer generelt Blackaby/Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration, 2015, s. 383-385.