

# 1 Indledning

“There is an astonishing contrast between the degree of sophistication reflected in the substance of some voluminous international contracts, prepared by highly competent and resourceful personnel, and the primitiveness of the error to be found in the arbitration clause.”

*Craig, Park, et al. (2000), s. 127-128.*

## 1.1 Kontraktens ‘*midnight clause*’

En kontraktbestemmelse der fastslår, at tvister skal afgøres ved voldgift, er en *aftale* om en privat *tvistløsningsproces*, der – modsat kontraktens øvrige bestemmelser – ikke umiddelbart normerer parternes materielle forhold, men tildeler tredjemand (voldgiftsretten) en kompetence til at foretage denne normering, herunder afgøre uenighed om kontraktens ‘rigtige’ forståelse. Som retsregel betragtet er voldgiftsaftalen med andre ord en *kompetencenorm*.<sup>1</sup> Heri ligger kimen til et modsætningsforhold.

På den ene side hører bestemmelsen om udpegning af ‘aftalens fortolker’ principielt til en af kontraktens væsentligste; udpegningen skal sikre, at den part der har ret, får ret.<sup>2</sup> På den anden side er realiteten i forhandlingssituationen, at fokus er på parternes materielle rettigheder og pligter om pris, kvalitet, levering m.v., hvorimod konfliktløsning er fjern i parternes bevidsthed.<sup>3</sup> Internationale kommercielle parter er som oftest princi-

1. Generelt om forholds- og kompetencenormer, f.eks. *Bryde Andersen (2015)*, s. 136 ff., og *Bryde Andersen (2002)*, s. 75 ff.
2. *Bryde Andersen (2015)*, s. 434 (“Aftalens regler og lovvalg og konfliktløsning hører til de væsentligste overhovedet”); og a.st., s. 138-139 (kompetencenormer bør “forhandles ligeså grundigt som vilkår, der pålægger parterne umiddelbare rettigheder og pligter.”); *Hjerner (1963)*, s. 201 (“Ofte är skiljeklausulen den enda bestämmelse i avtalet som avhandlar de så viktiga frågorna om konsekvensen av att ena parten icke till fullo iakt-tager avtalets bestämmelser.”).
3. Ifølge IACCM’s opgørelse over ‘Top Terms in Negotiation’ kommer vilkår om *dispute resolution* ind på en beskeden 20. plads (2013-14). Også f.eks. *Joseph (2015)*, para. 4.55 (“A dispute resolution agreement is of its nature not one in which the parties are likely to linger over the exact form of words used.”); *Bryde Andersen (2015)*, s. 138 (“Forhandlingen af kompetencenormer giver sjældent anledning til forretningsmæssig uenighed. De anses som ‘details’”); *Ørgaard (2006)*, s. 149 (“Der kan næppe være tvivl om, at

## 1 Indledning

pielt enige om voldgift som tvistløsningsmekanisme, og i det omfang voldgiftsaftalen – der er en af kontraktens sidste bestemmelser – er genstand for reel forhandling, sker dette ofte sent i forløbet; heraf tilnavnet *midnight clause*.<sup>4</sup>

Resultatet er, at parterne grundet hastværk og manglende fokus (og viden) tyr til uigennemtænkte formuleringer, dårlige oversættelser, 'uheldige' kompromiser, genbrug og 'klippe-klistre'-løsninger, der ikke udsættes for de sædvanlige konciperingsmæssige efterkontroller (*safeguards*).<sup>5</sup> Den patologiske (defekte) voldgiftsaftale er født.<sup>6</sup>

Teoretisk set er der ikke noget til hinder for, at voldgiftsaftalen udbedres af parterne ved efterfølgende aftale. Realiteten er blot, at parterne efter tvistens opståen typisk ikke kan enes i så henseende.<sup>7</sup>

Enhver erfaren kontraktforhandler kan vende blikket bagud og finde voldgiftsbestemmelser med disse karakteristika. Fænomenet, der er bredt anerkendt i den internationale<sup>8</sup> såvel som den nordiske<sup>9</sup> vold-

---

voldgiftsklausuler normalt ikke vil høre til blandt de vilkår, der har været forhandlet nøjere mellem parterne.”); *Bond (1989)*, pkt. 3(i) (“the fact that it takes the incentive and stipulation of an actual arbitration before most minds can adequately focus on such matters.”).

4. Betegnelsen anvendes i f.eks. *Redfern & Hunter on Int'l Arbitration (2015)*, para. 2.04; *Maunsbach (2015)*, s. 146; *Elofsson (2014-15)*, s. 361; *Hobér (2011)*, s. 142; *Gélinas (1999)*, s. 49; *Karrer (1997)*, s. 110.
5. *Born (2014)*, s. 771 (“Parties may produce such pathological results out of haste, lack of attention, inability to reach agreement on anything else, or simple ignorance.”); *Karrer (1997)*, s. 111 (“Arbitration clauses are normally a negotiation point for a long time, but the negotiation point is soon put to the back burner. The final text is agreed relatively late with little expert help, and it is typed and translated by people who do not understand it. Plain clerical and translation errors creep in and go undetected until it is too late.”). Se også *Lucky-Goldstar International (HK) Ltd v. Ng Moo Kee Engineering Ltd, [1993] HCA94/1993 (Hong Kong Court of First Instance)*, para. 21 (“Many contract drafters seem to have difficulty in the fairly simple task of drafting an arbitration clause or even replicating a standard form clause. [...] I imagine the problem is caused by contract drafters not drafting in their native tongue”).
6. Patologi-begrebet omtales nærmere i afsnit 1.4.
7. Tilsvarende f.eks. *Greenberg, Kee et al. (2011)*, s. 199. Også generelt *Lookofsky & Hertz (2017)*, s. 908 (“*ex post* agreements are far less common, since merchants embroiled in an ongoing dispute may well find it difficult to agree on anything.”).
8. F.eks. *Redfern & Hunter on Int'l Arbitration (2015)*, para. 2.04 (“These [arbitration] clauses are often ‘midnight clauses’ – that is, the last clauses to be considered in contract negotiations, sometimes late at night or in the early hours of the morning. Insufficient thought is given to how disputes are to be resolved (possibly because the parties are reluctant to contemplate falling into dispute), and an inappropriate and unwieldy compromise is often adopted”); *Born (2014)*, s. 771 (“Indeed, it is surprising how frequently

giftslitteratur, skønnes at være til stede i et betydeligt antal voldgiftssager;<sup>10</sup> hvilket også bekræftes af det overvældende antal retsaf-

---

parties purport to enter into gravely defective or 'pathological' arbitration agreements."); *Hobér (2011)*, s. 142 ("These simple facts notwithstanding, arbitration clauses are still being neglected by contract negotiators. They are often saved until the end of the negotiations"); *Lew, Mistelis et al. (2003)*, para. 8-2 ("The arbitration clause is frequently included late in contract negotiations, sometimes as a boilerplate clause or as an afterthought, without debate or consideration of the specific needs of the case."); *Craig, Park et al. (2000)*, s. 128 ("Some negotiators seem to believe they can remain in limbo, poised timorously somewhat between arbitration and ordinary court action and not needing to strike out on one path or the other until a dispute arises. This is a fallacy."); *Gélinas (1999)*, s. 46 ("How many contracts providing for arbitration are negotiated and drafted with any arbitration expertise input? I venture to say that only a minimal number benefit from any real contribution in this regard."); *Robin (1992)*, s. 32 ("Very often that clause is the last to be discussed by the parties in their negotiations. In a hurry to finalize their negotiations, they often tend to overlook it. Was the contract not the subject of lengthy and arduous discussion! It is, therefore, difficult to conceive that it should contain any ambiguity: there was provision for every possibility, everything was in order. Is it not unbecoming to envisage a dispute even before finalizing negotiations? Would that not awake doubts in the other party's mind 2nd make him suspect bad faith and thus compromise the long-awaited finalization? In addition, engineers or businessmen are not at ease in the field of pure law."); *Bernardini (1992)*, s. 45 ("This lack of attention is usually explained by the fact that the negotiators of both parties tend to concentrate their efforts on the economic, financial and commercial terms of the deal they intend to conclude and are not prepared, once agreement is reached on those terms, to run the risk of discussions being reopened and the signing of the agreement being delayed for what they consider to be simply one of several 'boilerplate' clauses, to be left to the care of their respective legal counsels, such as provisions dealing with *force majeure*, applicable law or notices.").

9. F.eks. *Maunsbach (2015)*, s. 146 ("Av olika anledningar lägger parterna sällan lika mycket tid och kraft vid tvistlösningsklausuler som de gör vid andra typer av avtalsklausuler. Detta hänger sannolikt samman med att tvistlösningsfrågorna oftast aktualiseras när huvudavtalet väl är i hamn. Det finns då inte kraft och interesse att på ett mera ingående plan börja diskutera eventuell tvistlösning."); *Søgaard-Christensen (2009)*, s. 701 ("Det er forståeligt, at klienterne ikke gider mere advokatsnak, når man efter indgående og hårde forhandlinger om de kommercielle forhold er kommet til de bestemmelser, der normalt befinder sig allerbagerst i kontrakten."); *Kolrud, Bjella et al. (2007)*, s. 27 ("Voldgiftsklausuler utformes ofte sent i kontraktforhandlinger, og tillegges av partene ved kontraktsskrivningen sjelden den same betydning som bestemmelser om partenes materielle forpliktelser [...]. Voldgiftsklausuler er også i større utstrekning enn de fleste avtaleklausuler gjenstand for ukritisk avskrift"); *Ørgaard (2006)*, s. 149 ("Voldgiftsklausulen vil derfor typisk ikke være blevet skænket de store overvejelser"); *Madsen (2005)*, s. 58 ("En skiljeklausul, som regelmæssigt har intagits som 'boiler plate' i ett huvudavtal, ägnas ofta inte någon särskild uppmärksamhet vid parternas avtalsförhandlingar."). Smh. *Elofsson (2014-15)*, s. 361 ("Att så skulle vara fallet regelmässigt kan ifrågasättas"); *Arnt Nielsen (2006)* ("Det er min opfattelse, at det vil være betænkeligt, hvis det virkelig forholder sig sådan").
10. *McIlwrath (2013)* ("these problems clauses are more frequent than most practitioners realize. 'At least 30 percent of cases have a threshold dispute over arbitrability due to

## 1 Indledning

gørelser om voldgiftsaftalens fortolkning, der er afhandlingens genstand.<sup>11</sup>

Den danske Højesteret konkluderer i *U2012.3001H (Dregg)*, at en international kommerciel voldgiftsaftale, hvorefter en dansk og en udenlandsk part havde aftalt, at tvister “shall be determined by arbitration in Copenhagen in accordance with the terms of the Copenhagen Maritime Arbitrators’ Association”, er uigennemførlig, fordi pågældende maritime organisation ikke eksisterede. Trods en umiddelbart klar *kompetencetildeling* – “shall be determined by arbitration” – kunne voldgiftsaftalen således ikke håndhæves, fordi voldgiftens *vilkår* (sagsbehandlingsregler) ifølge Højesteret ikke kunne “fastlægges med den fornødne klarhed”. Afgørelsen har vagt opsigt både herhjemme og i udlandet.<sup>12</sup>

Bernt Hjejle, der i høj grad prægede dansk voldgiftsret i det tyvende århundrede, skrev i 1937, at “fortolkningen af voldgiftsaftalen [må] på grund af dens farlighed og dens stilling som undtagelse fra den almindelige retsvej tolkes restriktivt.”<sup>13</sup> Selv om det dramatiske ordvalg for længst er forladt,<sup>14</sup> giver afgørelser som *U2012.3001H (Dregg)* anledning til at overveje, *hvordan voldgiftsaftalen rettelig fortolkes*.

### 1.2 Problem & metode

Afhandlingen belyser spørgsmålet om fortolkning af *patologiske* (defekte) voldgiftsaftaler og voldgiftsaftalers *rækkevidde* (*scope*) i et retsdogmatisk

---

poor drafting of the arbitration clause,’ stated one secretary general. Another responded that this just refers to those cases where the language is disputed, and that ‘some 70-80 percent of all arbitration clauses are pathological in some way.’); *Karrer (1997)*, s. 110 (“more than 10 percent of the arbitration clauses coming before the Zurich Chamber of Commerce are pathological.”).

11. Og tilsvarende fsva. voldgiftskendelser, *Frignani (2008)*, s. 561 (“The reader of any reports of arbitral awards or judicial decisions reviewing the awards will remark that the great majority of disputes arise from the drafting of the arbitration agreement.”).
12. Afgørelsen omtales udførligt i kap. 6.4.4.2 om voldgiftsaftaler med ikke-eksisterende elementer.
13. *Hjejle (1937)*, s. 69 (oprindelige forkortelser udskrevet). Tilsvarende med hensyn til spørgsmålet om voldgiftsaftalens *vedtagelse*, *Hjejle (1937)*, s. 51 (“Dernæst må det såvel på grund af voldgiftens farlige natur som på grund af dens karakter som undtagelse fra den almindelige regel om retstvisters afgørelse ved statsdomstolene kræves, at aftalen herom er klar og utvetydig.”).
14. Terminologien videreføres ikke i *Hjejle (1973)* og *Hjejle (1987)*, hverken for spørgsmålet om vedtagelse eller fortolkning.

og komparativt perspektiv på grundlag af følgende forskningsspørgsmål: *Hvilke fortolkningsproblematikker opstår i retspraksis, og efter hvilke principper håndteres disse; herunder i hvilket omfang kan patologiske voldgiftsaftaler 'kureres', og hvornår er de 'uhelbredelige' og dermed fatale for voldgiftsaftalen?* Hovedformålet med afhandlingen er at systematisere, analysere og sammenholde retspraksis på tværs af udvalgte jurisdiktioner – USA, England, Singapore, Hongkong, Sverige, Norge og Danmark – med henblik på at fastslå, hvordan domstolene for tiden bør afgøre konkrete fortolkningssspørgsmål om patologier og rækkevidde inden for den gældende retstilstands rammer (*de sententia ferenda*). I tilknytning hertil gives afrundingsvis enkelte overvejelser om koncipering og anvendelse.

Afhandlingens perspektiv er aftaleretligt og voldgiftsretligt. Fokus er på *voldgiftsaftalens ordlyd* i konteksten af en international kommerciel kontraktrelation og i lyset af den retlige ramme, hvori den indgår, dvs. regler og principper for aftalefortolkning i almindelighed og den voldgiftsretlige baggrundsret, dens hensyn og formål, i særdeleshed. Antagelser om konkrete aftalefortolkningsspørgsmål er i sagens natur med forbehold for den enkelte sags øvrige, særlige omstændigheder.

Det er ikke hensigten at afklare, om de fortolkningsprincipper, som kommer til udtryk for voldgiftsaftaler, afviger fra principperne for kommercielle aftaler i øvrigt. Fokus er alene på *voldgiftsaftalen*, og kun undtagelsesvis inddrages aftaleretlig retspraksis i bredere forstand.

Afhandlingen består overordnet af tre dele: (I) *En beskrivende del* med præsentation af problem, metode og centrale begreber (kap. 1) samt en redegørelse for voldgiftsaftalens retlige rammer (kap. 2). (II) *En retspraksis-analyserende del*, hvor konkrete fortolkningssspørgsmål defineres, systematiseres, analyseres og sammenholdes (kap. 3-9). (III) *En konkluderende del*, der sammenfatter afhandlingens forskningsresultater (kap. 10).

Indsamling og strukturering af retspraksis fra de syv udvalgte jurisdiktioner, der i vidt omfang ikke tidligere har været genstand for grundlæggende, samlet og struktureret analyse, har været en særdeles omfattende, men central proces. For det første er systematisering og tilgængeliggørelse af retspraksis i sig selv et delmål med afhandlingen, hvilket også giver sig udslag i, at (ikke uvæsentlig) retspraksis løbende refereres i relevant omfang. For det andet er de patologi- og rækkevidde-kategorier, der endelig er analysens genstand, netop et resultat af denne dynamiske proces, hvor

## 1 Indledning

systematiseringen har udviklet sig i takt med, at indsamling og gennemgang af retspraksis har taget form. For det tredje har systematiseringen fundet sted på grundlag af det praktiske problem, og ikke national rets rubricering af problemet. Systematiseringen, der ikke var forudfastsat ved projektets start, er dermed blevet løsrevet fra traditionelle, nationale strukturer, begreber og dogmer.<sup>15</sup>

Processen har givet sig udslag i følgende *patologier*, der analyseres i *Del II* (kap. 3-9):

- (i) *Blanke voldgiftsaftaler*: Voldgiftsaftalen angiver en kompetencetildeling, men bestemmer ikke (udtrykkeligt eller indirekte) de væsentligste sagsbehandlingsregler for voldgiftsprocessens iværksættelse. Eksempel: 'Tvistløsning: voldgift'.
- (ii) *Flydende voldgiftsaftaler*: Voldgiftsstedet er aftalt, men lader sig ikke endeligt lokalisere på kontrakttidspunktet. Eksempel: 'Arbitration at the defendant's site'.
- (iii) *Fakultative voldgiftsaftaler*: Voldgiftsaftalen fremtvinger ikke efter sin umiddelbare ordlyd voldgiftsbehandling, men åbner blot dette som en mulighed, et alternativ, noget ønskeligt eller hensigtsmæssigt. Eksempel: 'Disputes may be submitted to arbitration'.
- (iv) *Voldgiftsaftaler med ikke-eksisterende & utilgængelige elementer*: Voldgiftsaftalen henviser til en voldgiftsinstitution og/eller institutionelle voldgiftsregler, der ikke findes, eller som af andre grunde ikke umiddelbart er tilgængelig for parterne. Eksempel: 'Arbitration in accordance with the terms of the Copenhagen Maritime Arbitrators Association' (der ikke eksisterer).
- (v) *Hybrid-voldgiftsaftaler*: Voldgiftsprocessen skal ifølge aftalen administreres af én institution, men efter en *anden* institutions voldgiftsregler. Eksempel: 'Arbitration before the SIAC in accordance with ICC Rules'.

Billedet er ikke udtømmende – eller som anført af Singapore High Court: "the diversity of pathological arbitration clauses, from the slightly ambiguous to the wholly incomprehensible, is limited only by the vocabulary

---

15. Tilgangen er med andre ord funktionel (*functional approach*), f.eks. *Zweigert & Kötz* (1998), s. 34-36; *Reitz* (1998); *Lando* (2009), s. 200-201.

and imagination of the parties.”<sup>16</sup> Men de fem patologi-kategorier afspejler – sammen med rækkevidde-problemstillingen – samlet set de hyppigste og/eller mest kontroversielle fortolkningsproblematikker på tværs af de udvalgte jurisdiktioners retspraksis, samlet en pulje på mere end 400 rets-afgørelser.

Afgrænsning af *voldgiftsaftalens rækkevidde (scope)*, dvs. spørgsmålet om hvilke tvister aftalen (og dermed voldgiftsrettens kompetence) omfatter, er isoleret set det oftest forekommende fortolkningssspørgsmål i voldgiftsretlig retspraksis. Selvom der ikke er tale om en ‘patologi’ (jf. nærmere afsnit 1.4 nedenfor), inddrages problemstillingen, fordi den på grund af sin meget markante tilstedeværelse i retspraksis er uomgængelig for spørgsmålet om voldgiftsaftalens fortolkning.

Afhandlingens behandling af spørgsmålet om voldgiftsaftalens rækkevidde er todelte: *Rækkevidde I – generel del* om formodningsregler, tests og doktriner; og *Rækkevidde II – relationsbetegnelsen* om det sproglige link mellem ‘tvisten’ og ‘kontrakten’ (f.eks. ‘under’ og ‘in relation to’). De særlige problemstillinger der knytter sig til krav, som ikke støttes (direkte) på kontrakten (med voldgiftsaftale), men f.eks. på almindelige regler om erstatning uden for kontrakt, behandles ikke særskilt.

Grundstammen i den *komparative analyse* er de individuelle, retsdogmatiske landeanalyser, som skaber fundamentet for at evaluere resultaterne samlet og med henblik på at identificere gennemgående principper, forskelle og ligheder.<sup>17</sup> Dette indebærer, at afhandlingens fokus i første række er på de retskilder, der ud fra en traditionel, national retsdogmatisk betragtning er centrale, og ikke den i reglen mere overfladiske voldgiftslitteratur, der lader sig betegne ‘international’ og ‘komparativ’. Dermed ikke sagt, at sidstnævnte kilder er betydningsløse. Da afhandlingen beskæftiger sig med transnationale tendenser, er det også relevant at inddrage, hvordan den internationale voldgiftslitteratur, der i hovedsagen forfattes af praktikere, forholder sig til spørgsmålet.

Afhandlingen foregiver ikke at være udtømmende. Afhandlingen medtager den væsentligste retspraksis og voldgiftslitteratur – og mere til. Projektets tidsramme og formål har sat en naturlig begrænsning. Voldgiftskendelser er helt udeladt.

16. HKL Group Co. Ltd. V. Rizq International Holding Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5, para. 15 (Tan AR).

17. *Zweigert & Kötz (1998)*, s. 43-44; *Reitz (1998)*.

## 1 Indledning

Afhandlingens *noteapparat* er righoldigt og med mange henvisninger og citater af centrale passager.<sup>18</sup> Dette indebærer, at den væsentligste del af afhandlingens analysegrundlag – der består af et omfattende udenlandsk og internationalt retskildemateriale – er umiddelbart tilgængelig for læseren. Noterne indeholder tillige sidebemærkninger og udvikling af pointer, der ikke er væsentlige for den grundlæggende forståelse, men som kan have betydning for den konkrete afvejning, herunder f.eks. i form af supplerende oplysninger om handlingsforløbet bag den aktuelle retsafgørelse.

*Analysens struktur* varierer mellem den analytiske metode (*issue structure*), *Länderbericht-metoden* ('hvert land for sig') og en kombination af de to, bestemt efter den enkelte kategoris karakter samt omfanget og karakteren af retspraksis. Kategorier med omfattende retskilder fra flere lande tilsliger generelt at opretholde en klar landeadskillelse (se f.eks. kap. 8 og 9 om voldgiftsaftalens rækkevidde), hvorimod et begrænset antal retskilder tilsliger en samlet og mere 'flydende' analyse (se f.eks. kapitlet om hybrid-voldgiftsaftaler). Den indledningsvise præsentation af voldgiftsaftalens nationale retlige kontekst (kap. 2) sker mest hensigtsmæssigt efter *Länderbericht-metoden*. Denne (fleksible) strukturelle tilgang sikrer den bedste kombination af overblik, anvendelighed og et minimum af gentagelser. I de tilfælde, hvor der ikke opereres med en klar, overskriftsbaseret landeadskillelse, **fremhæves** i brødteksten, når analysen skifter mellem landene.

*Det komparative udsyn* har en stærk berettigelse inden for den internationale kommercielle voldgiftsret. Om end udenlandsk ret ikke har formel retskildestatus i national ret, kan udenlandsk ret udgøre en væsentlig inspirationskilde til forståelsen og udviklingen af national ret.<sup>19</sup> Dette forhold er særligt udtalt på voldgiftsområdet, hvor den internationalt harmoniserende rammeregulering (i skikkelse af særligt New York-konventionen og UNCITRAL-modelloven), tvisternes grænseoverskridende kommercielle karakter og sammenlignelighed (både med hensyn til problemer, løsninger, hensyn og argumenter), retskildernes tilgængelighed, og sammenfaldende økonomiske og politiske interesser i at sikre voldgift gode vilkår,

---

18. Litteraturen citeres som '[Efternavn] ([udgivelseår])', med undtagelse af klassiske hovedværker med velkendte kaldenavne der anføres som '[kaldenavn] ([udgivelsesår])' (f.eks. *Russell on Arbitration (2015)* og *Chitty on Contracts (2015)*). Den fulde kildeangivelse findes i litteraturoversigten.

19. F.eks. *Blume (2016)*, s. 281.



tilsiger international sammenhørighed og ensartet retsanvendelse.<sup>20</sup> Som pointeret af den engelske High Court:

“In the interests of commercial certainty it is desirable that, if possible, the same or similar clauses should be interpreted in like manner wherever the interpretation takes place [...]. A situation where courts on either side of the Atlantic attributes different meanings to the same or very similar clauses is a recipe for conflict, chaos and confusion.”<sup>21</sup>

Og Singapore High Court:

“it will be beneficial to characterise and compare pathologies to ensure consistency of treatment by the courts so that like pathologies are treated in like manner. In this way, judicial decisions on the fate of pathological clauses will tend towards predictable outcomes”<sup>22</sup>

Uensartede tilgange skaber ikke blot usikkerhed for den grænseoverskridende kommercielle relation, men kan også influere på parternes vurdering af et land som attraktivt, når voldgiftstedet skal skrives ind i kontrakten. I dette lys kan mindre lande som f.eks. Danmark og Singapore, der bestræber sig på at være attraktive fora for international voldgift, vanskeligt tillade sig at henholde sig til principper for voldgift og voldgiftsaftaler, der adskiller sig fra den internationale tendens.

- 
20. Se hertil også f.eks. *Iversen & Bryde Andersen (2014)*, s. 318 (“bør der i internationale sager tages hensyn til, at [voldgifts]loven bygger på [modelloven]”); *Werlauff (2014)* (“kan international voldgiftspraksis få betydelig præjudikatværdi også hos os”); *Høgetveit Berg, ed. (2006)*, s. 35-36 (“Voldgiftslovens internasjonale bakgrunn tilsier at man, bl.a. for å fremme en uniform forståelse av modellovens regler, legger relativt stor vekt på ikke-norske rettskilder”); *Heuman (1999)*, s. 44 (“Rättslikheten på skiljedomsrättens område är betydande och det finns därför anledning att låta utländsk praxis på skiljedomsrättens område inverka på rättstillämpningen i Sverige. Strävandena att harmonisera den internationella skiljedomsrätten bör få en vis genomslagskraft”); *Lookofsky (1985)* (“På et sådant område [fortolkning af voldgiftsaftaler] har retspraksis i udlandet – og især i de lande, der har ratificeret New York-konventionen om voldgift – (bl.a.) betydning for danske advokater og dommere”); *van den Berg (1981)*, s. 1 (“The significance of the New York Convention [...] makes it even more important that the Convention is interpreted uniformly by the courts.”).
21. *ACE Capital Ltd v. CMS Energy Corporation [2008] EWHC 1843 (Comm.)* (English High Court), para. 17, med henvisninger. Se også Lord Hope i *Premium Nafta (HoL 2008)*, para. 29, in fine (“It makes sense in the context of international commerce for decisions about their effect to be informed by what has been decided elsewhere.”).
22. *HKL Group Co. Ltd. V. Rizq International Holding Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5*, para. 16.

## 1 Indledning

I det omfang komparationen afslører markante forskelle, er det centralt at søge baggrunden herfor klarlagt.<sup>23</sup> En retsstilling, der adskiller sig fra majoriteten, kan f.eks. være begrundet i særlige nationale og historiske forhold. Forskellige løsninger på samme problem må evalueres kritisk. Patologier, der – som tilfældet i *U2012.3001H (Dregg)* – bliver fatale for voldtiftsaftalen, er i sagens natur de mest indgribende for den aftaleretlige relation. Det har derfor også særlig interesse at få klarlagt netop disse 'uhelbredelige' patologiers karakteristika, hvilket er afspejlet i afhandlingens forskningsspørgsmål (anført indledningsvis).

*Afgrænsningen af jurisdiktioner* er foretaget på baggrund af en samlet afvejning af kriterierne voldtiftsretlig relevans, diversitet/spredning mellem retskulturer, mellem 'nye' og 'gamle' voldtiftsjurisdiktioner, og mellem modellovslande og ikke-modellovslande, samt de nordiske retskulturers ensartethed. Hertil kommer ikke mindst et almindeligt interesse- og sproghensyn.

USA er et foregangsland for den moderne (*pro-enforcement* og *pro-arbitration*) tilgang til kommerciel voldtift og er overlegen for så vidt angår både bredde og dybde i (engelsksproget) retspraksis om fortolkning af voldtiftsaftaler. Af samme årsag behandles amerikansk ret konsekvent først i kronologien (– til trods for det forhold, at USA i princippet er 'datter' af det engelske 'moderretssystem'). I komparativt perspektiv er amerikansk voldtiftsretspraksis en uvurderlig kilde til (bl.a.) patologier og deres potentielle løsninger, idet et vågent øje dog må holdes på USA's (i visse henseender) særegne retskultur. USA – og mere præcist New York – er blandt de mest populære voldtiftssteder i verden.<sup>24</sup>

Afhandlingen beskæftiger sig (med enkelte undtagelser) alene med retspraksis fra de føderale domstole. En henvisning til 'amerikansk retspraksis' og 'amerikanske domstole' sigter således ikke (tillige) til *state (common) law*, *state courts* m.v. Hertil kommer, at en omfattende retspraksis har gjort det nødvendigt at indsnævre fokus yderligere til primært at omfatte afgørelser fra domstolene i *2nd Circuit* (New York etc.), *7th Circuit* (Chicago etc.) og *9th Circuit* (Californien etc.), idet også andre jurisdiktioners retsafgørelser dog løbende inddrages, hvor sagsmængden tillader. Dette dog med undtagelse af spørgsmålet om voldtiftsaftalens rækkevidde, hvor en ekceptionelt stor sagsmængde har gjort det nødvendigt at indsnævre fokus til alene at omfatte retspraksis fra domstolene i New York State og *2nd Circuit Court of Appeal*.

23. *Zweigert & Kötz* (1998), s. 44.

24. *International Arbitration Survey 2015* (Queen Mary University of London & White & Case), s. 12 (1: London; 2: Paris; 3: Hongkong; 4: Singapore; 5: Geneva; 6: New York; 7: Stockholm). Se også *Born* (2014), s. 2064, med angivelse af udvalgt ICC-statistik (1995-2012).

*England*, og mere præcist London, er ubestrideligt et vigtigt centrum for international kommerciel voldgift. Dette skyldes ikke mindst Englands kolonialistiske fortid, Londons status af international metropol og finanscenter samt tilstedeværelsen af den højt estimerede voldgiftsinstitution, LCIA, grundlagt i 1892. Det engelske common law-retssystem er 'moder' til en række 'døtre' verden over, herunder Singapore og Hongkong, ligesom engelsk ret også udøver en vis indflydelse på kontraktrettens udvikling i bredere forstand. Afhandlingen inddrager alene *English law (England & Wales)*, og herunder kun retspraksis fra de engelske domstole.

*Singapore* og *Hongkong* er Asiens vigtigste 'hubs' for international kommerciel voldgift og i øvrigt de mest populære voldgiftssteder i verden efter London og Paris,<sup>25</sup> og de to landes domstole har bidraget med centrale afgørelser om voldgiftsaftalens fortolkning. Da retspraksis dog er forholdsvis begrænset, inddrages Singapore og Hongkong mere sporadisk og typisk i tilknytning til behandlingen af engelsk ret. Singapore og Hongkong er udeladt for så vidt angår spørgsmålet om voldgiftsaftalens rækkevidde.

Som tidligere britiske kolonier er Singapore og Hongkong baseret på *English common law*, om end begge retssystemer i dag har særegne karakteristika, love og domstole. Retssystemet i begge lande har ry for at være robust og effektivt og udgør en markant understøttende faktor for voldgift, handel og investeringer i landene. Hvor Singapore står helt på egne ben, er Hongkong en såkaldt *Special Administrative Region* underlagt Kina, baseret på en 'one country, two systems'-model som Kina har forpligtet sig til at respektere frem til 2047. Hongkong har således (på papiret) autonomi med undtagelse af forsvars- og udenrigsanliggender.

På trods af *de nordiske retssystemers* slægtskab kan der næppe udpeges en decideret 'moder'.<sup>26</sup> I voldgiftssammenhæng er der imidlertid næppe tvivl om, at Sverige, der fik sin første voldgiftslov i 1887, har den mest veludviklede voldgiftskultur i Norden. Særligt siden 1970'erne vælges Sverige i stigende omfang som forum for international voldgift.<sup>27</sup> Én af årsagerne hertil er givetvis, at Sverige af historiske grunde betragtes som 'neutral grund' (som ikke-NATO-land), herunder særligt af østeuropæiske og russiske parter.<sup>28</sup> Sverige er det eneste nordiske land, der figurerer på opgørelserne over verdens mest foretrukne voldgiftssteder. I kronologien mellem de nordiske lande behandles Sverige derfor naturligt som den første jurisdiktion. Herefter behandles Norge og til sidst Danmark. Hensigten med konsekvent at behandle Danmark sidst i kronologien er så vidt muligt at undgå, at analysen af de enkelte retssystemer 'farves' af forfatterens egen (primære) juridiske baggrund.

25. International Arbitration Survey 2015 (Queen Mary University of London & White & Case), s. 12.

26. *Lando (2009)*, s. 208.

27. *Madsen (2005)*, s. 39.

28. *Woxholth (2013)*, s. 61, og s. 80.

## 1.3 Afgrænsning & terminologi

### 1.3.1 *Internationale kommercielle kontrakter*

Afhandlingen beskæftiger sig med fortolkning af voldgiftsaftaler i internationale kommercielle kontrakter.

Afhandlingens hovedfokus er på den *internationale* relation, hvilket groft sagt vil sige relationen mellem parter fra forskellige lande.<sup>29</sup> Det 'internationale' relaterer sig således til *relationens (tvistens)* faktiske karakter, og ikke (tillige) til retsgrundlaget (jf. også afsnit 1.3.2 nedenfor).

Voldgift har særlig stærke grunde for sig i de tilfælde, hvor parterne er fremmede for hinandens retssystemer. Historisk set er det da også det internationale erhvervsliv, der har været drivkraften for kommerciel voldgift.<sup>30</sup> Et langt stykke hen ad vejen følger voldgift i national kontekst imidlertid de samme hensyn, hvilket også afspejles i retspraksis. Afhandlingen inddrager derfor sideløbende både den 'nationale' og den 'internationale' retspraksis, og sondringen trækkes frem, hvor dette er relevant for analysen. Af samme årsag er det ikke nødvendigt at operere med en mere præcis definition af begrebet 'international' (som i øvrigt kan variere fra land til land).

Afhandlingen er overordnet afgrænset til *kommercielle* kontrakter i bred forstand.<sup>31</sup> Afhandlingen beskæftiger sig ikke specielt med voldgiftsbestemmelser i arbejdsaftaler, forbrugeraftaler, huslejeaftaler m.v., hvor der efter omstændigheder indgår andre beskyttelseshensyn i aftalefortolkningen. Enkelte retsafgørelser, primært om fortolkning af voldgiftsbestemmelser i ansættelseskontrakter og kollektive overenskomster, inddrages dog, hvor dette er relevant med henblik på at understøtte eller illustrere fortolkningstendenser. Tilsvarende inddrages kun undtagelsesvis retsafgø-

29. Se også ML art. 1, stk. 3, og kap. 2.3.5 vedrørende NYK's anvendelsesområde.

30. Nærmere kap. 2.3 og 2.4 om tilblivelsen af NYK og ML.

31. ML art. 1, stk. 1, fn. 2: "The term 'commercial' should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road."

relser om voldgiftsbestemmelser i interessentskabskontrakter og foreningsvedtægter.

### 1.3.2 Lovvalg

Til trods for den internationale rammeregulering er voldgiftsaftalens *retsgrundlag* nationalt. Fortolkning af en voldgiftsaftale forudsætter derfor principielt klarlæggelse af, hvilken jurisdiktions retsregler der finder anvendelse på aftalen, og dermed danner det retlige fundament for fortolkningen. Dette gælder, uanset at *faktum* er internationalt.

Denne såkaldte ‘territoriale tilgang’ (*territorial approach*) – der står i modsætning til en *transnational approach* – gælder ikke blot i de retssystemer, der inddrages i afhandlingen, men er også den fremherskende generelt betraget.<sup>32</sup> Den mest prominente undtagelse er formentlig Frankrig. Komparativt betragtet er dette centralt, fordi franske retskilder dermed formodningsvis vil være mere ‘voldgiftsvenligt’ stemt end gennemsnittet (hvilket New York-konventionen ikke er til hinder for, jf. ‘more favourable law’-bestemmelsen i art. VII, stk. 1). Fransk ret inddrages ikke.

Spørgsmålet om voldgiftsaftalens lovvalg (*applicable law*) er et særegent og komplekst spørgsmål (adskilt fra spørgsmålet om kontraktens lovvalg), der kan være reguleret forskelligt i de enkelte lande, og derfor af hensyn til afhandlingens rammer ikke inddrages. Hertil kommer, at parterne sjældent foretager et lovvalg for voldgiftsaftalen,<sup>33</sup> og lovvalg omtales tilsvarende sjældent i retspraksis om voldgiftsaftalens fortolkning. I modsat fald undgår domstolene gerne (og for så vidt ganske forståeligt) at skulle anvende udenlandsk ret.<sup>34</sup> Hvis en retsafgørelse undtagelsesvis angiver, at fortolkningen af voldgiftsaftalen sker på grundlag af *fremmed* ret (dvs. et andet lands ret end domstolens egen), angives dette i forbindelse med den pågældende retsafgørelse.

32. Schramm, Elliott et al. (2010), s. 44-46.

33. Også Cordero-Moss (2015), s. 118 (“Det er svært sjelden at partene foretar et lovvalg for sin voldgiftsavgift”).

34. F.eks. China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading [1998] 2 Lloyd’s Law Rep.76 (QB) (English High Court), s. 77, hvor Longmore J nøjes med at konstatere, at “The arbitration agreement is no doubt governed by Chinese law, but I have no evidence that for this purpose it is any different from English law”; og Kwasny Company v. Acrylic International Ltd, 2010 WL 2474788 (E.D. Michigan 2010), fn 1 (“Evidently, then, Defendant does not believe it necessary to make the Court aware of any unique features of English law in order to resolve its claim of mutual mistake.”).

### 1.3.3 Klausuler vs. aftaler

Traditionelt sondres terminologisk mellem på den ene side 'voldgiftsklausuler', der angår *fremtidige* tvister, og på den anden side 'voldgiftsaftaler' angående *eksisterende* tvister.<sup>35</sup> Tilsvarende ses internationalt begreberne *arbitration clause* og *clause compromissoire* (angående fremtidige tvister) hhv. *submission agreement* og *compromis* (angående eksisterende tvister).<sup>36</sup> Sondringen signalerer vel også mere banalt, at en 'klausul' udgør én blandt flere bestemmelser i en kontrakt, mens en 'aftale' i højere grad leder tanker hen på et særskilt, fysisk dokument (*independent agreement*).<sup>37</sup> Den terminologiske sondring er forældet og uhensigtsmæssig og opretholdes ikke i afhandlingen.<sup>38</sup>

For det første skal sondringen ses i sammenhæng med, at det historisk var udbredt kun at anerkende voldgiftsaftaler (med sigte på eksisterende tvister), men ikke voldgiftsklausuler (med sigte på fremtidige tvister),<sup>39</sup> der repræsenterer et forhåndsafkald på retten til domstolsbehandling.<sup>40</sup> Allerede Genève-protokollen fra 1923 havde imidlertid til formål at afskaffe denne forskelsbehandling, der ansås for at udgøre en væsentlig hindring for voldgiftens udbredelse.<sup>41</sup> Forskelsbehandlingen er i dag forladt i kommercielle forhold (New York-konventionen art II, stk. 1, og modelloven art. 7, stk. 1). Tilsvarende blev den terminologiske sondring forladt ved 2010-revisionen af UNCITRAL Arbitration Rules (1976), der nu blot henviser til "arbitration agreement".

35. F.eks. Bet 414/1966, s. 6; Hjejle (1941), s. 69; Hjejle (1973), s.167; Hjejle (1987), s. 19.

36. F.eks. Holtzmann & Neuhaus (1989), s. 258; Fouchard Gaillard Goldman on Int'l Com. Arbitration (1999), s. 192; Domke on Commercial Arbitration (2003, rev. 2015), para. 8:1.

37. I denne retning også f.eks. Cars (1999), s. 26; Olsson & Kvart (2000), s. 33; Madsen (2005), s. 57; Domke on Commercial Arbitration (2003, rev. 2015), para. 8:1.

38. Dermed ikke sagt, at der ikke er eller kan være forskel på fortolkningen af de to *aftaleformer* – en generel forhåndsaftale kontra et konkret tilsagn om voldgift for en aktuel tvist. Afhandlingen beskæftiger sig alene med voldgiftsaftaler om fremtidige tvister (jf. nærmere nedenfor).

39. Fouchard Gaillard Goldman on Int'l Com. Arbitration (1999), s. 192 ("The distinction between arbitration clauses and submission agreements was of paramount importance when submission agreements alone were valid and enforceable, and when arbitration clauses were only enforceable if followed by a submission agreement.").

40. Hjejle (1941), s. 69 ff.

41. Genève-protokollen art. 1 ("Enhver af de kontraherende Stater anerkender Gyldigheden af en Overenskomst – hvad enten den angår allerede bestående eller fremtidige Uoverensstemmelser – indgået mellem Parter, der hver er underkastet forskellige kontraherende Staters Jurisdiktion").

For det andet er voldgiftsaftalen – uanset at den udgør en klausul i en kontrakt – i voldgiftsretlig henseende en “agreement independent of the other terms of the contract” (seperabilitetsprincippet i modelloven art. 16, stk. 1, 2. pkt.). I centrale henseender er voldgiftsaftalen således i dag uafhængig af kontrakten, hvilket begrebet ‘klausul’ ikke signalerer.<sup>42</sup>

I afhandlingen anvendes derfor generelt betegnelsen ‘voldgiftsaftale’ og ‘voldgiftsbestemmelse’ om parternes manifesterede fælles vilje til voldgift, uafhængigt af indgåelsestidspunkt og form. Voldgiftsaftaler indgået *efter* tvistens opståen giver imidlertid sjældent anledning til den fortolkningsproblematik, der er afhandlingens genstand; og tilsvarende for så vidt angår voldgiftsaftaler, der *før* tvistens opståen måtte blive indgået som en (fysisk) særskilt aftale. Tilbage står de – hyppigst forekommende – tilfælde, hvor parterne (før tvistens opståen) indsætter en bestemmelse om voldgift i kontrakten.<sup>43</sup> Dette er den patologiske voldgiftsaftales – såvel som den tvetydige rækkevidde-angivelse – typesituation. Voldgiftsaftalen er dermed qua sin fysiske placering specifikt og direkte tilknyttet et underlæggende kommercielt retsforhold, der samlet betegnes ‘kontrakten’, ‘hovedkontrakten’ eller ‘kontraktforholdet’.

## 1.4 Patologi-begrebet

Afhandlingen beskæftiger sig med *patologiske* voldgiftsaftaler.

‘Patologi’-terminologien er integreret i international kontekst, men ses endnu kun sporadisk i nordisk voldgiftsret.<sup>44</sup> Begrebet anvendes ikke i New York-konventionen eller modelloven.<sup>45</sup> Terminologien er velegnet, fordi den er ‘neutral’ i forhold til de nationale aftaleretlige systemer, og

42. Også *Lindskog (2012)*, s. 104 (“Denne terminologi (‘skiljeklausul’) kan leda tanken fel sålunda att skiljeavtalet uppfattas som rättsligt beroende av huvudavtalet”).

43. *Lookofsky & Hertz (2017)*, s. 908 (“Traditionally, this ‘clause-in-the-contract’ situation has been the paradigm for the great majority of international disputes which have been settled by arbitration.”).

44. Begrebet er anvendt (men ikke præcist defineret) i *Schiersing (2016)*, s. 146; *Pedersen & Speyer Mellemegaard (2014)*; *Spiermann (2013)*; *Lindskog (2012)*, s. 117; *Høgetveit Berg, ed. (2006)*, s. 114. Se også *Juul & Thommesen (2017)*, s. 91, og *Rammeskov Bang-Pedersen, Højlund Christensen et al. (2017)*, s. 187.

45. Se dog *UNCITRAL 2012 Digest*, s. 142, para. 36 (“pathological arbitration agreements, i.e. agreements which lack the necessary specificity or clarity or conflict with other dispute resolution clauses contained in the contract.”).

dermed skaber fundamentet for et funktionelt bestemt system for identifikation, analyse og komparation af et praktisk fortolkningsproblem (og dens løsninger) på tværs af jurisdiktioner. Terminologien kan beskyldes for at være upræcis; men dette skyldes, at fokus er på det reelle problem (*the real life problem*), der gemmer sig bag de forskellige nationale aftaleretlige koncepter ('uklar', 'ubestemt', 'ugyldig', 'uvirksom', 'unclear', 'vague', 'mistake', 'null and void' m.v.).<sup>46</sup> Tilsvarende gør sig gældende for patologikategorierne ('blanke voldgiftsaftaler', 'flydende voldgiftsaftaler' m.v.): Betegnelserne knytter an til aftaletypernes faktiske karakteristika – løsrivet fra deres eventuelle indplacering i et aftaleretligt system – og er derfor universelt anvendelige og genkendelige på tværs af jurisdiktioner (i sin direkte oversættelse).

Begrebet 'patologi' er sammensat af de græske ord *pathos* (lidelse) og *logos* (lære). Begreberne 'patologi' (sygdomslære) og 'patologisk' (sygelig) har naturvidenskabelig oprindelse,<sup>47</sup> men anvendes tillige inden for andre områder. F.eks. karakteriserer en 'social patologi' på det samfundsvidenskabelige og filosofiske felt et sygdomsforhold i samfundet.<sup>48</sup> Bedst kendt i juridisk kontekst er nok 'den patologiske rus', dvs. en forbigående sindssygelig tilstand i tilslutning til alkoholindtagelse, der kan medføre straffrihed.<sup>49</sup> Mere alment kendt er begrebet en 'patologisk løgner'.

Det voldgiftsretlige udtryk 'patologisk voldgiftsaftale' tilskrives franskmanden Frédéric Eisemanns ikoniske artikel *La clause d'arbitrage pathologique* fra 1974.<sup>50</sup> Eisemann var tidligere generalsekretær ved ICC's International Court of Arbitration, og artiklen giver – med Eisemanns egne ord – et blik ind i voldgiftsrettens *musée noir* og præsenterer de mest karakte-

46. Se hertil også generelt *Zweigert & Kötz (1998)*, s. 45.

47. 'Patologi' som naturvidenskabelig disciplin beskæftiger sig med "sygdomme, deres årsager, opståelsesmekanismer og manifestationer" (*Fenger (2005)*, s. 19).

48. *Willig & Østergaard (2005)*, s. 7 ("Sociale patologier er noget andet og mere end individuelle patologier. De kendetegner sygdomsforhold i samfundet og ikke alene sygdomstræk hos det enkelte individ. Det betyder ikke, at samfundsmæssige patologiske træk ikke har individuelle konsekvenser, tværtimod, så er det netop de strukturelle og normative ændringer, som sætter deres tydelige spor i individets psyke og selvforhold.")

49. Den danske straffelov § 16 og f.eks. *Greve, Jensen et al. (2013)*, s. 234-235. Lejlighedsvis ses begrebet også mere sporadisk anvendt, f.eks. *Iversen (2000)*, s. 683.

50. Artiklen (*Eisemann (1974)*) fremhæves ofte (men lakonisk) i international voldgiftliteratur. Som eksempel på artiklens fortsatte praktiske betydning, se f.eks. *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holding Pte. Ltd. [2013] SGHCR 5* (Singapore High Court), para. 17-19.



ristiske *perles*, som Eisemann stiftede bekendtskab med i ICC-regi.<sup>51</sup> Ifølge Eisemann er en voldgiftsaftale patologisk, hvis den på grund af sin affattelse ikke understøtter en eller flere af voldgiftsaftalens fire essentielle funktioner.<sup>52</sup>

Eisemann kategoriserer de patologiske voldgiftsaftaler i to hovedgrupper: (A) Voldgiftsaftaler, der – selvom de ikke direkte modsætter sig voldgiftsaftalens essentielle funktioner – skaber vanskeligheder, der må overvindes, og (B) voldgiftsaftaler, der ikke opfylder en eller flere af de essentielle funktioner:

*Patologi-gruppe A (Les clauses pathologiques au 1er degré)* består af voldgiftsaftaler, der giver anledning til vanskeligheder vedrørende (a) voldgiftsrettens udpegning hhv. (b) procedure og lovvalg. I kategorien falder voldgiftsaftaler, der opstiller uklare, inoperable eller ufuldstændige krav til voldgiftsrettens udpegning eller til processen i øvrigt, herunder krav der besværliggør samspillet med (ICC's) voldgiftsregler. I kategorien falder tillige overdreven detaljeringsgrad.<sup>53</sup>

*Patologi-gruppe B (Les clauses pathologiques au second degré)* underinddeles i (a) voldgiftsaftaler, hvor valg af voldgiftsdommere kræver ny aftale eller domstolenes mellemkomst;<sup>54</sup> (b) voldgiftsaftaler, hvor der opstilles "farlige" grænser for voldgiftsrettens kompetence;<sup>55</sup> samt (c) voldgiftsaftaler, der er så dårligt affattet, at de end ikke kan betegnes som sådan (*les clauses hyperpathologiques*).<sup>56</sup>

51. Eisemann (1974), s. 129.

52. Eisemann (1974), s. 130 (*les fonctions essentielles de la clause d'arbitrage*), som oversat i Davis (1991): "(1) The first, which is common to all agreements, is to produce mandatory consequences for the parties, (2) The second, is to exclude the intervention of state courts in the settlement of the disputes, at least before the issuance of the award, (3) The third, is to give powers to the arbitrators to resolve the disputes likely to arise between the parties, (4) The fourth, is to permit the putting in place of a procedure leading under the best conditions of efficiency and rapidity to the rendering of an award that is susceptible of judicial enforcement."

53. Eisemann (1974), s. 132 ff.

54. I *underkategori (a)* falder bl.a. voldgiftsaftaler, der kræver enighed mellem parterne som forudsætning for voldgiftsrettens udpegning. Voldgiftsaftalen angiver f.eks., at voldgiftsdommeren 'udpeges i fællesskab'. Tillige indgår i denne kategori voldgiftsaftaler, der misidentificerer et voldgiftsinstitut, f.eks. henvisning til voldgift ved 'ICC i London' (da ICC har hovedsæde i Paris).

55. I *underkategori (b)* indgår voldgiftsaftaler, der begrænser voldgiftsrettens kompetence til kun at gælde nogle (men ikke alle) tviststyper, der kan opstå i en aftalerelation. Voldgiftsaftalen angiver f.eks., at tvister vedrørende 'leverance og betalinger' henlægges til domstolene, mens øvrige tvister skal løses ved voldgift. Derudover falder i denne kategori voldgiftsaftaler, der under visse (typisk vagt formulerede) omstændigheder tillader en part at indbringe tvisten for domstolene under eller efter voldgiftsprocessen.

56. Eisemann (1974), s. 149 ff.

## 1 Indledning

Eisemanns kategoriseringer er ikke (længere) operationelle for de patologier, der oftest ses i retspraksis,<sup>57</sup> og anvendes ikke i afhandlingen.

Patologi-begrebets kerne – som det anvendes i afhandlingen – er, at voldgiftsaftalen er *født* (vedtaget) med en *iboende sygdom* (defekt<sup>58</sup>), dvs. at aftalen er konciperet på en sådan måde, at den fra aftaletidspunktet uforvarende rejser spørgsmål om egen fortolkning,<sup>59</sup> og ikke umiddelbart kan lægges til grund for en voldgiftsproces.<sup>60</sup>

Heraf følger tre afgrænsninger.

For det første forudsætter begrebet tilstedeværelsen af en gyldig aftaletekst. Traditionelle vedtagelses-, kompetence- og ugyldighedsspørgsmål falder uden for begrebet.<sup>61</sup>

For det andet afgrænses patologi-begrebet ikke til alene at omfatte aftaler, der *ikke kan håndhæves*, dvs. de tilfælde, hvor sygdommen er uhelbredelig (*incurable*) og dermed fatal for voldgiftsaftalen.<sup>62</sup> En sådan (snæver)

---

57. Også *Davis* (1991).

58. 'Defekt' (*defective*) anvendes ofte som alternativ eller synonym til 'patologisk', f.eks. *Schiersing* (2016), s. 146; *Redfern & Hunter on Int'l Arbitration* (2015), para. 2.197; *Auchie* (2007); *Schmitthoff* (1975).

59. *Spigelman* (2015), s. 246 ("contain verbal and grammatical errors which require interpretation."); *Born* (2014), s. 771 ("parties frequently agree to less detailed – and sometimes much more confused – arbitration clauses."); *Craig, Park et al.* (2000), s. 127, n. 1 ("mistakes in drafting arbitration agreements and clauses, not with fraud."); *Maleville* (2000) ("the ambiguity or imprecision of [arbitration] clauses."); *Schramm, Elliott et al.* (2010), s. 58 ("poorly drafted agreements that are incomplete, unclear, or contradictory, and thus lead to confusion as to the parties intent."). Også generelt *Lindskog* (2015), s. 322 ("det redan från början föreligger något i avtalsinnehållet som kan sättas i fråga").

60. *Fouchard Gaillard Goldman on Int'l Com. Arbitration* (1999), s. 261-262 ("contain a defect or defects liable to disrupt the smooth progress of the arbitration."), og tilsvarende *Molfa* (2007), s. 162, og *Steingruber* (2012), para. 7.46; *Henriques* (2015), s. 354 ("contains a defect or defects liable to disrupt the smooth progress of the arbitration"); *Pedersen & Speyer Mellemegaard* (2014) ("indeholder en defekt eller selvmodsigelse, som gør, at voldgiftsprocessen kan forstyrres."); *Lindskog* (2012), s. 117 ("ett skiljeavtal som av olika skäl inte fungerar"). Se også Res. (3rd) of Int'l Comm Arbitration (2015), § 2-16, Reporters' Note (ad a) ("agreements drafted in such a way that, rather than providing for speedy resolution of the underlying dispute, they inadvertently generate disputes as to their own interpretation and may even cause the arbitration agreement to be denied enforcement altogether").

61. Også UNCITRAL 2012 Digest, s. 38 (para. 13), der om *consent* og *pathological dispute resolution clauses* anfører, at "the problem relates not to the existence or validity of the respondent's consent to contractual terms, but rather to whether those terms express an intention to resort to final and binding arbitration."

62. I denne retning også *Henriques* (2015), s. 354 ("irrespective of the fact that such defect renders it impossible to proceed with the arbitration."), og *Schiersing* (2016), s. 146. Smh. måske *Greenberg* (2013), s. 41 ("that it becomes pathological (incurable)"); *Høget-*

forståelse er ikke hensigtsmæssig, da patologi-begrebet dermed får et præskriptivt indhold, der forudsætter en forudgående proces. Begrebets værdi ligger i at beskrive en universel *iboende tilstand* ved voldgiftsaftalen. Hvorvidt (og hvordan) tilstanden kan 'kureres', ændrer ikke ved den oprindelige 'sygelighed'. Se også Singapore Court of Appeal:

“Calling the Arbitration Agreement ‘pathological’ does not, of course, change its legal character or its substance. [...] A defect in an arbitration clause does not necessarily negate the agreement thereby constituted. It depends on the nature or the substance of the defect, or whether the defect is curable. The concept of a pathological clause fulfils a *descriptive* function rather than a *prescriptive* function and labelling or describing a clause as ‘pathological’ does not automatically invalidate it as an agreement.”<sup>63</sup>

For det tredje omfatter begrebet alene forhold ved aftalen, der kan konstateres 'fra begyndelsen', dvs. allerede på grundlag af voldgiftsaftaleteksten; i modsætning til formuleringer som på grund af det efterfølgende handlingsforløb giver anledning til vanskeligheder i praksis.<sup>64</sup>

Spørgsmålet om fortolkning af voldgiftsaftalens *rækkevidde* (*the scope of the arbitration agreement*), som afgrænset i afhandlingen, falder dermed uden for patologi-begrebet. Voldgiftsaftalens rækkevidde er aftalens angivelse af, *hvilke tvister* aftalen omfatter, dvs. at rækkeviddens formulering kan give anledning til afgrænsningsvanskeligheder med hensyn til voldgiftsrettens kompetence. Men disse vanskeligheder opstår i lyset af de materielle tvister og krav, der senere opstår, og er således ikke udtryk for en *iboende sygdom*, der kan erkendes på aftaletidspunktet. Rækkevidden er typisk ikke i sig selv egnet til på forhånd at så tvivl om voldgiftsaftalens evne til umiddelbart at fungere som grundlag for en voldgiftsproces (for tvister, der falder ind under voldgiftsaftalen).

---

*veit Berg, ed. (2006)*, s. 114 (“voldgiftsklausuler som er så uklare eller selvmotsigende at de vanskelig kan legges til grunn.”).

63. *Insignia Technology Co Ltd v. Alstrom Technology Ltd* [2009] SGCA 24 (Singapore Court of Appeal), para. 37-38, med henvisninger. Se også *HKL Group Co. Ltd. V. Rizq International Holding Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 (Singapore High Court), para. 12 (“Whether that clause may or may not be upheld depends on the nature and extent of its pathology.”).
64. Smh. med det forhold, at enhver sygdoms (defekts) *praktiske relevans* i sagens natur afhænger af det efterfølgende handlingsforløb, herunder at voldgift aktualiseres. Også *Lindskog (2015)*, s. 322 (“låt vara att betydelsen av defekten förutsätter viss händelseutveckling för att den skall få någon betydelse”).

## 1 Indledning

Denne afgrænsning leder tankerne hen på den traditionelle angloamerikanske sondring mellem 'patent ambiguity' og 'latent ambiguity', dvs. tvetydighed "which appears from the language of the instrument" kontra "only becomes apparent when the language is applied to the factual situation".<sup>65</sup> Eventuelle nærmere paralleller mellem patologi-begrebet og disse traditionelle, aftaleretlige begreber forfølges ikke.

### 1.5 Voldgiftsaftalens komponenter

Voldgiftsaftalen kan analytisk opdeles i følgende (retstekniske) komponenter:

- (i) En derogationsaftale, der *fratager* de almindelige domstole tvistløsningskompetence.
- (ii) En prorogationsaftale, der *tildeler* tvistløsningskompetence til en voldgiftsret.
- (iii) Sagsbehandlingsregler (eller 'vilkår'), dvs. de (udtrykkeligt eller indirekte) aftalte vilkår om *voldgiftsprocessens nærmere indhold*, herunder voldgiftsstedet (*seat*), voldgiftsrettens udpegning (og antal og kompetencer), administration, sprog, lovvalg m.v.
- (iv) Voldgiftsaftalens rækkevidde, dvs. angivelsen af, *hvilke tvister* aftalen (komponent I og II) omfatter.

Komponentinddelingen danner – sammen med patologi-begrebet (afsnit 1.4 ovenfor) – referencerammen for den analytiske tilgang til de praktiske problemtyper (og deres løsninger), der er afhandlingens kerne.

Sondringen mellem voldgiftsaftalers (og andre forumaftalers) derogende og prorogerende elementer – eller negative og positive (eller kompetenceudelukkende og -begrundende) retsvirkninger – er almindelig anvendt i nordisk voldgifts-, aftale- og international privat- og procesretlig litteratur.<sup>66</sup> Dette er derimod ikke tilfældet med hensyn til voldgiftsaftalens inddeling i *fire* komponenter, endsiges for så vidt angår komponentinddelingen som analyseredskab for voldgiftsaftalens fortolkning.

65. Lewison (2015), para. 8.02.

66. F.eks. Bryde Andersen (2015), s. 443; Maunsbach (2015), s. 143; Woxholth (2013), s. 34; Lindskog (2012), s. 54, og s. 90. Og fsva. værnetingsaftaler f.eks. Arnt Nielsen (2015), s. 399; Mentz (2010), s. 41-42; Denmark (1961), s. 230.