

TBB2016.883

Bemærkninger i anledning af TBB 2016.459: Voldgift ved Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed

- ♦ *I artiklen kommenterer forfatterne nogle af de forhold, som adjunkt, ph.d. Sylvie Cavaleri har taget op i sin artikel i TBB 2016.459 med titlen »Internationale tvister i VBA: Utopi eller realitet?« Forfatterne giver endvidere deres bud på, hvor der bl.a. kan være plads til forbedring af AB's tvistløsningssystem for tvister på bygge- og anlægsområdet.*

Af advokat Michael Gjedde-Nielsen og advokat Peter Fauverholdt Thommesen, VILTOFT

1. Indledning

Adjunkt, ph.d. Sylvie Cavaleri har i TBB 2016.459 skrevet en artikel med titlen »Internationale tvister i VBA: Utopi eller realitet?« Den er en bearbejdet udgave af artiklen »International Construction Disputes in Denmark« offentliggjort i The International Construction Law Review 2016.39. Sylvie Cavaleri peger i artiklen på en række forhold, der efter hendes opfattelse gør det mindre attraktivt for udenlandske parter (typisk entreprenører) at lade tvister afgøre af Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed (herefter kaldet »VBA«). Sylvie Cavaleri angiver samtidig overordnet, hvorledes et efter hendes opfattelse mere hensigtsmæssigt system til behandling af tvister med udenlandske parter kunne være indrettet.

Sylvie Cavaleris artikel ligger i forlængelse af regeringens byggepolitiske strategi fra november 2014, hvor regeringen som led i overvejelserne om at skærpe konkurrencen bl.a. anfører:¹

»Et mere velfungerende og internationalt genkendeligt aftalesystem vil [...] kunne øge interessen blandt internationale virksomheder til at træde ind på det danske marked.«

I tråd hermed hedder det bl.a. i kommissoriet for udvalget, der skal revidere AB-systemet, at:²

»Et revideret AB-system skal være gennemsigtigt og mere internationalt genkendeligt og kunne understøtte aftaleindgåelse med udenlandske parter.«

På den baggrund er det fortjenstfuldt, at Sylvie Cavaleri gør sig nogle tanker om, hvorvidt AB's tvistløsningssystem er hensigtsmæssigt, herunder i internationale tvister. Ethvert system, der har fungeret næsten uændret i så mange år, som AB's har, har godt af at blive set efter i sømmene med friske øjne.

For praktikere som os, der bl.a. rådgiver om udbud af bygge- og anlægsprojekter på grundlag af AB-systemet, og som fra tid til anden bruger AB's tvistløsningssystem og dermed VBA, forekommer flere af de konklusioner, som Sylvie Cavaleri drager i artiklen, imidlertid at være for unuancerede og uunderbyggede. Mange af de løsningsforslag, som fremsættes, synes ikke at ville føre til besparelser, men er blot alternativer, som ligger tættere på systemer, som kendes i andre lande. Og på centrale punkter synes kritikken reelt at angå grundlæggende principper i dansk ret snarere end

VBA; principper, som næppe kan eller bør ændres i en håndevending.

Blandt andet i lyset af det igangværende arbejde med revision af AB-systemet bør Sylvie Cavaleris betragtninger – som allerede har affødt et modsvar fra advokat, dr.jur.h.c. Erik Hørlyck i TBB 2016.606 – ikke stå uimodsagt.

I nærværende artikel vil vi kommentere nogle forhold, som Sylvie Cavaleri tager op (afsnit 2-6). Vi giver endvidere give vores bud på, hvor der bl.a. kan være plads til forbedringer af AB's tvistløsningssystem (afsnit 7).

2. Overordnede bemærkninger

Indledningsvis kan der være grund til at minde sig selv om, at AB-systemet og dets tvistløsningsbestemmelser trods sin høje alder og skønhedsfejl fungerer forbavsende godt i praksis. Der er bestemt plads til forbedringer og moderniseringer – det viser bl.a. de mange, næsten enslydende tilføjelser til AB-kontrakterne, som bruges på både offentlige og private byggerier – og derfor er AB-revisionen også velbegrunder, men generelt er det vores indtryk, at de mange brugere af AB og VBA er nogenlunde tilfredse med systemet. Ellers kunne de jo i princippet også bare aftale noget andet. Det betyder efter vores opfattelse, at man ikke partout skal ændre AB-systemet efter udenlandsk forbillede eller lign., medmindre man har belæg for at mene, at ændringerne vil føre til bedre regler (hvad det så end måtte betyde).

Sylvie Cavaleris artikel angiver at ville foreslå »ændringer til systemet med det formål at støtte byggeindustriens voksende internationalisering« (side 459). Hvis der hermed menes ændringer af tvistløsningsbestemmelserne, som kan medvirke til at nedbringe omkostningerne i dansk byggeri, synes denne opgave ikke at være fuldført med artiklen. Der henvises undervejs til voldgiftsinstitutterne hos ICC (som bl.a. FIDIC-standardkontrakterne henviser til) og LCIA (side 460, 461, 463 og 465) og til tvistløsningssystemerne i byggeriet i Norge og England (side 464 f. og 468 f.), men uden at reflektere over eventuelle ulemper ved disse alternativer og uden nogen som helst dokumentation for, at sådanne alternativer vil nedbringe sagsomkostningerne ved byggetvister isoleret set eller prisen på byggeriet samlet set.³ Det er oplagt rigtigt, at VBA ikke svarer til »ægte« international voldgift ved f.eks. ICC, men det er

¹ »Vejen til et styrket byggeri i Danmark – regeringens byggepolitiske strategi«, side 29.

² Kommissoriet kan findes på Trafik- og Byggestyrelsens hjemmeside: <https://www.trafikstyrelsen.dk/DA/Byggeri/Revision-af-byggeriets-aftalevilkar.aspx>.

³ International voldgift kritiseres i stigende grad for at være blevet for dyr og for langsom, jf. hertil bl.a. undersøgelsen »2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration« foretaget af School of International Arbitration ved Queen Mary University of London.

ikke i sig selv et argument for, at VBA er uegnet til byggetvister om danske projekter.⁴

Det er vanskeligt at være uenig i det samfundsmæssigt gavnlige ved en skærpet konkurrence i byggebranchen. Man kan imidlertid have sine tvivl om, hvor stor betydning aftalevilkår, herunder voldgiftsklausuler, har for udenlandske entreprenørers interesse for at afgive tilbud på danske bygge- og anlægsprojekter og for prisniveauet i dansk byggeri. Sylvie Cavaleri fremhæver selv (side 459), at byggeriet i Schweiz – som ellers er eksponent for »ægte« international voldgift – er verdens dyreste (foran Danmark), og det er derfor nærliggende at antage, at priserne først og fremmest påvirkes af løn- og arbejdsmarkedsforholdene i det pågældende land. Størrelsen af de konkrete projekter samt størrelsen af det danske bygge- og anlægsmarked og den forventelige udvikling af samme må også antages at have langt større betydning for udenlandske entreprenørers interesse i danske projekter end aftalevilkårene.

Inden for byggeriet er valg af voldgiftsinstitut nært forbundet med valg af standardkontrakt for projektet. Skal man vælge AB-systemet, der henviser til voldgift ved VBA, eller FIDIC-systemet (som det nok mest nærliggende alternativ), der henviser til voldgift ved ICC?⁵ Man hører undertiden argumentet, at valg af FIDIC-systemet – som i modsætning til AB er kendt i det meste af verden – vil tiltrække flere bydende og nedbringe tilbudssummerne. Synspunktet kan måske intuitivt forekomme rigtigt (på trods af, at FIDIC-kontrakter normalt opfattes som bygherre- snarere end entreprenørvenlige). Så vidt vi ved, foreligger der imidlertid ingen dokumentation herfor og ingen dokumentation for, at de samlede byggeomkostninger (ikke kun tilbudssummerne) på et projekt skulle blive lavere ved anvendelse af FIDIC-kontrakter. Der er bestemt fordele ved en FIDIC-kontrakt, men omkostningsniveauet hører næppe blandt dem.

Vælger en bygherre AB-systemet som aftalegrundlag for sit projekt, er det af flere grunde naturligt at vælge tvistløsning ved VBA, sådan som AB lægger op til, frem for et andet voldgiftsinstitut. For det første er VBA i flere henseender tildelt en integreret rolle i AB-systemet (både i relation til garantitæk, syn og skøn og voldgift). Derudover giver AB en i voldgiftssammenhæng unik mulighed for at kumulere voldgiftssager mellem flere parter involveret i projektet ved VBA. Og i aftaler med udenlandske entreprenører giver voldgift ved VBA alt andet lige – i modsætning til, hvad Sylvie Cavaleri anfører (side 464) – en større forudsigelighed med hensyn til sagens udfald sammenlignet med voldgift ved andre voldgiftsinstitutter. Det hænger sammen med den måde, som voldgiftsdommere udpeges på ved VBA.

3. Udpegning af voldgiftsdommere ved VBA

Som bekendt udpeges voldgiftsdommerne til en voldgiftsret nedsat i henhold til AB 92 eller ABT 93 af Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed. Parterne kan gøre indsigelse, hvis en voldgiftsdommer er inhabil eller ikke har de fornødne faglige kvalifikationer. I sidstnævnte henseende ses det i praksis, at parterne – eventuelt efter forudgående indbyrdes drøftelse – meddeler nævnet, hvilken faglig profil de faglige voldgiftsdommere bør have, og det

er vores indtryk, at Voldgiftsnævnet i disse tilfælde er lydhør over for parternes ønsker.⁶

Heroverfor står et system, bl.a. kendt fra voldgift ved ICC og mange andre voldgiftsinstitutter, hvor hver af parterne som udgangspunkt selv udpeger en voldgiftsdommer, mens voldgiftsrettens formand udpeges af instituttet. I sager mellem parter fra forskellige jurisdiktioner vil instituttet normalt vælge en formand fra en tredje jurisdiktion i neutralitetens navn.

For en udenlandsk entreprenør kan det givetvis have betydning, at entreprenøren har direkte indflydelse på voldgiftsrettens sammensætning og ikke blot får serveret tre (for entreprenøren) helt ukendte danske voldgiftsdommere. At det skulle være afgørende for den pågældendes eventuelle deltagelse i et udbud og påvirke den samlede pris på byggeriet, forekommer som nævnt mere tvivlsomt.⁷

Det kan ikke udelukkes, at et system med partsudpegede voldgiftsdommere vil føre til, at en udenlandsk entreprenør vil indkalkulere et mindre risikotillæg i sit tilbud, end entreprenøren ellers ville have gjort. Man skal imidlertid ikke være blind for, at et sådant system også fra en dansk bygherres perspektiv vil have klare ulemper. Ulemper, som en bygherre efter vores opfattelse bør overveje nøje, inden bygherren fravælger VBA.

For det første er der i AB-voldgiftssystemet meget sjældent problemer med at adcitere andre parter i byggesagen til en verserende sag, ligesom det er relativt nemt at lægge flere sager sammen, hvor dette er hensigtsmæssigt. Det hænger sammen med udbredelsen af AB 92 og ABT 93 og den deraf følgende ensretning af voldgiftsbestemmelserne i de enkelte kontrakter (herunder ikke mindst § 47, stk. 8) samt netop det forhold, at det ikke er parterne, men Voldgiftsnævnet, der udpeger voldgiftsdommerne.

Bygge- og anlægsprojekter er karakteriseret ved, at de involverer en række uafhængige aktører, og det er meget hyppigt forekommende, at tvister inden for sektoren involverer flere end to aktører. Mange tvister vedrører eksempelvis spørgsmålet om, hvorvidt en given mangel kan henføres til en projekteringsfejl, en udførelsesfejl eller en kombination af begge, således at der er behov for at inddrage en eller flere rådgivere og entreprenører. Tilsvarende vil en entreprenør, der bliver mødt med et krav fra en bygherre, meget ofte have et ønske om at adcitere en eller flere underentreprenører, underleverandører eller rådgivere, ligesom en entreprenør, der bliver mødt med krav fra denne kreds, ikke sjældent har et ønske om at adcitere bygherren for at kunne videreføre kravet.

Under en retstilstand, hvor parterne udpeger voldgiftsrettens medlemmer, vil adcitation eller kumulation ofte ikke være en reel mulighed, da disse tiltag netop har som forudsætning, at det er én og samme voldgiftsret, der er kompetent med hensyn til de enkelte tvister. De fleste voldgiftsinstitutter har efterhånden inkorporeret regler, som skal gøre det muligt at kumulere sager mellem flere end to parter, men kumulationen indebærer normalt, at instituttet udpeger hele voldgiftsretten, og dermed går den ovenfor beskrevne fordel tabt.

Muligheden ved VBA for kumulation og adcitation er i voldgiftssammenhæng unik, og en fravigelse af dette system vil efter vores

4 På side 463 nævner Sylvie Cavaleri da også, at sagsomkostningerne for sager ved VBA er væsentligt lavere end international voldgift ved ICC – men under overskriften »VBA's svagheder«.

5 Forskellene mellem de to systemer skal ikke overvurderes. En AB-kontrakt suppleres normalt altid med tilføjelser (særlige betingelser; SB) og tekniske specifikationer indeholdende procedureregler mv. med inspiration fra FIDIC's system, og dermed kan forskellene udlignes.

6 Dermed ikke sagt, at der ikke er plads til forbedring i proceduren for udpegning ved af voldgiftsdommere ved VBA, jf. her til afsnit 7.

7 I international voldgift har der været – prominente – fortalere for (i et vist omfang) at afskaffe partsudpegede voldgiftsdommere for at imødegå problemer med inhabilitet. Se Jan Paulsson: »Moral Hazard in International Dispute Resolution« i ICSID Review, vol. 25, 2010, side 339, og Albert Jan van den Berg: »Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration« i Mahnouch H. Arsanjani m.fl. (red.): Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2011.

vurdering gøre det dyrere, besværligere og mere tidskrævende at løse tvister på bygge- og anlægsområdet. Sylvie Cavaleri er opmærksom på problemet (side 465), men tillægger det efter vores opfattelse slet ikke den vægt, det bør have.

For det andet må et system, hvor parterne selv udpeger voldgiftsdommerne, forventes typisk at føre til, at i hvert fald to af de tre voldgiftsdommere ikke har en dansk baggrund. Dette skal sammenholdes med, at lovvalget i kontrakter om danske bygge- og anlægsprojekter stort set altid vil være dansk ret. Dette er naturligt henset til, at projekterne udføres i Danmark og finansieres af danske midler. Så vidt ses forestiller Sylvie Cavaleri sig da heller ikke en ændring på det punkt, men lovvalget af dansk ret vil reelt blive undermineret, hvis ingen eller kun et mindretal af voldgiftsrettens medlemmer er fortrolig med dansk ret. Et flertal af voldgiftsrettens medlemmer vil ikke have forudsætning for og ofte heller ikke et stærkt ønske om at fortolke kontrakten på grundlag af dansk ret. AB 92 og ABT 93 samt tilføjelserne til samme er skrevet i lyset af dansk retstradition og på grundlag af VBA's (og til dels de danske domstoles) praksis og dansk udfyldende ret. Har et flertal af voldgiftsrettens medlemmer ikke samme udgangspunkt, giver det uvægerligt en betydelig usikkerhed om sagens udfald.

Enhver dansk bygherre må afveje denne åbenbare ulempe over for en usikker gevinst i form af en mulig forøget konkurrence og et lavere risikotillæg på udenlandske entreprenørers tilbud.

4. Syn og skøn som eneste retsmiddel

Sylvie Cavaleri omtaler bl.a. (side 460 f.) det for kendere af international voldgift usædvanlige i AB-systemets obligatoriske brug af syn og skøn og VBA's restriktive praksis med hensyn til at tillade fremlæggelse af ensidigt indhentede erklæringer. Emnet er bestemt relevant at diskutere, men der er ikke tale om forhold, som man rimeligvis kan kritisere VBA for. Forfatteren synes således at overse, at praksis ved VBA om fremlæggelse af ensidigt indhentede erklæringer (herunder den omtalte »*de facto-liberalisering af Nævnets praksis*«) er helt på linje med Højesterets praksis på området, og at AB's regler om syn og skøn svarer til den bevisoptagelsesform, som traditionelt har været anvendt ved danske domstole og voldgiftsretter.

Alternativet til syn og skøn vil være, at hver part fremlægger egne eksperterklæringer, som man kender det fra bl.a. de engelske domstole og fra international voldgift i almindelighed.⁸

Sådanne eksperterklæringer vil ofte være modstridende (det ses sjældent, at en part fremlægger en erklæring, som ikke støtter partens egen sag). Dette indebærer åbenbare ulemper, især hvor voldgiftsretten ikke har den fornødne faglige baggrund for at kunne forholde sig kritisk til erklæringerne. Erfaringerne fra England og international voldgift viser da også, at et sådant system kan fordyre og forlænge processen betragteligt.⁹

Man kan sige meget om fordele og ulemper ved brug af syn og skøn henholdsvis partsudpegede eksperter. Der synes dog efterhånden at være enighed om, at der er behov for en vis opblødning af den ordning, der hidtil har været gældende ved domstolene og ved VBA.

På regeringens lovprogram for folketingsåret 2016/2017 er et lovforslag om at gennemføre Retsplejerådets anbefalinger i betænkning nr. 1558/2016 om sagkyndig bevisførelse m.v. Lovforslaget indebærer bl.a., at muligheden for at få flere skønsmænd til at bedømme det samme tema udvides, og at parterne i en civil retssag, hvis de er enige om det, får mulighed for at kunne fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer.¹⁰

En anden mulig mellemform kunne være, at parterne i langt højere grad, end tilfældet er i dag, fik adgang til som supplement til syn og skøn at fremlægge ensidigt indhentede erklæringer.

Hvor en skønsmænd inden for et specialområde, hvor voldgiftsrettens faglige dommere kun har begrænset indsigt, går galt i byen, er det i praksis meget svært gennem afhjemlingen under hovedforhandlingen at få skønsmænd til at ændre eller nuancere sin vurdering. Dette kan være meget uheldigt, især hvis netop skønserklæringen reelt er afgørende for sagens udfald. Advokaten for den part, som skønssrapporten er gået imod, vil have langt bedre kort på hånden og nok også større gennemslagskraft over for voldgiftsretten, hvis advokaten som grundlag for afhjemlingen af skønsmænd har en ensidigt indhentet teknisk erklæring, der naturligvis på forhånd skal være fremsendt til skønsmænd, som dermed får mulighed for at forholde sig kvalificeret til den.¹¹

Derudover kan det nuværende system forekomme tilfældigt, hvor den ene part (typisk klageren) har nået at indhente en udførlig indhentet teknisk erklæring forud for sagsanlægget, mens dette ikke er tilfældet for den anden part (typisk indklagede).¹²

Også på dette område kan parterne i øvrigt nå langt ved aftaler. I den såkaldte Metro-sag, som Sylvie Cavaleri kort omtaler i relation til sagsbehandlingstider (side 462), var langt det største krav et krav vedrørende forsinkelser og forstyrrelser (delay and disruption) over flere år af byggeperioden på de første etaper af Metroen i København. Kravet var gjort op som et globalt krav, dvs. at entreprenøren (Comet) reelt krævede sit arbejde betalt i regning af bygherren (Metroselskabet).¹³ Kravet byggede på en lang række påståede forsinkelser og forstyrrelser, der skulle have udspondet sig til dels sideløbende over en årrække. Det var næppe muligt for entreprenøren at føre et traditionelt bevis for, at disse enkeltbegivenheder tilsammen havde ført til den hævdede forsinkende og forstyrrende effekt, og syn og skøn var af mange grunde heller ikke egnet til at belyse disse forhold, bl.a. fordi syn og skøn ville indebære en bevisvurdering, som det tilkom voldgiftsretten at foretage. Det materiale, som Comet fremlagde til belysning af de påståede forsinkelser og forstyrrelser, var meget omfattende og teknisk kompliceret, og en bearbejdning og forklaring af materialet inden for rammerne af de udvekslede processkrifter ville have været vanskelig.

Løsningen blev, at begge parterne til belysning af ovennævnte forhold fremlagde tekniske rapporter på engelsk. Rapporterne var især for Comets vedkommende meget omfattende, og forfatterne til disse rapporter var engelske claims consultants og timeline experts, som blev afhørt under voldgiftssagen (naturligvis på engelsk). Hverken parterne eller voldgiftsretten problematiserede denne fremgangsmåde.

Hvordan bevisførelsen i Metro-sagen havde udspillet sig, hvis en af parterne havde protesteret, er ikke godt at vide. Metro-sagen viser

⁸ I Dansk Forening for Voldgifts Regler for bevisoptagelse i voldgiftssager fra 2009 er der lagt op til brug af partsudpegede eksperter som udtryk for *best practice* i voldgiftssager uden for VBA's verden. I små og mellemstore voldgiftssager er dette system – som kan virke fremmed for jurister, der er flasket op med traditionel dansk retspleje – dog endnu ikke slået igennem fuldt ud.

⁹ Se i relation til international voldgift henvisningen i note 5 ovenfor.

¹⁰ Regeringens lovprogram findes på Statsministeriets hjemmeside: http://www.stm.dk/multimedia/Lovprogram_2016-2017_web.pdf.

¹¹ Et eksempel herpå ses i TBB 2012.125VBA (KFE 2012.27), som også er omtalt af Sylvie Cavaleri (side 460).

¹² Se på linje hermed Erik Hørlyck i U 2014B.355.

¹³ Vi repræsenterede Metroselskabet i sagen.

imidlertid, at VBA – hvis parterne i øvrigt er enige – er indstillet på at være fleksibel og langt hen ad vejen at følge parternes ønsker med hensyn til processens tilrettelæggelse.

5. Skønmæssige afgørelser

Sylvie Cavaleri beskriver (side 461 f. og 464) som et særligt træk ved VBA dommernes pragmatiske retsanvendelse, som bl.a. giver sig udslag i dommerens tilgang til erstatningsudmåling, formkrav og andre aftalevilkår. Det er efter forfatterens opfattelse et problem, bl.a. fordi det er »usædvanligt i andre europæiske lande [end de nordiske]« (side 461), og fordi det »gør afgørelser uforudsigelige« (side 464).¹⁴

Den pragmatiske tilgang til sagerne kan dårligt kaldes et særkende ved VBA, for den er – som forfatteren da også selv påpeger (side 461) – et udslag af den retstradition, der generelt hersker ved domstole og voldgiftsretter i Danmark, Sverige og Norge (den nordiske pragmatisme). Sylvie Cavaleris kritik er derfor reelt en kritik af dansk (og nordisk) retstradition, og det synes meget at forlange, at VBA skal vinke farvel til den, blot fordi den adskiller sig fra andre europæiske landes.

Det er ikke vores indtryk, at VBA ved vurderingen af parternes erstatningskrav udøver skøn i videre omfang, end tilfældet er ved de almindelige domstole. Snarere tværtimod. Det forhold, at voldgiftsretten også besættes med fagdommere, gør, at voldgiftsretten ofte vil have bedre forudsætninger for at forholde sig til f.eks. specifikke poster i en erstatningsopgørelse, end tilfældet er ved de almindelige domstole.

Man må ikke glemme, at erstatningsberegning ikke er en eksakt videnskab. Ikke sjældent har en part fremlagt detaljerede og meget specifikke opgørelser over et ekstrakrav, f.eks. en entreprenørs standby-udgifter eller tab i forbindelse med mistet produktivitet, der tilskrives bygherrens forhold. Disse opgørelser er imidlertid aldrig bedre end de forudsætninger, som de bygger på. Hvis det efter bevisførelsen kan konstateres, at disse forudsætninger kun i et vist (og måske ikke særligt præcist omfang) gør sig gældende, er der ikke andre muligheder for voldgiftsretten end at udøve et skøn. Det er en misforståelse at tro, at voldgiftsretten vil være i stand til at udmåle erstatning ned til sidste øre (eller cent), hvis blot parterne får lejlighed til at fremlægge egne eksperterklæringer herom. I den ovenfor omtalte Metro-sag havde begge parter fremlagt omfattende rapporter om erstatningsopgørelsen fra velrenommerede eksperter, som nåede til vidt forskellige resultater.

En skønmæssig afgørelse kan – hvad enten den vedrører erstatningsudmålingen eller andre juridiske spørgsmål – ifølge sagens natur ikke begrundes i alle detaljer. En nylig højesteretsdom i den såkaldte Taewoong-sag (U 2016.1558/2 H) illustrerer dette udmærket.

I sagen forsøgte det sydkoreanske selskab Taewoong at få tilsidesat en voldgiftskendelse afsagt af en dansk voldgiftsret bl.a. under henvisning til, at voldgiftsretten havde tilkendt modparten, AH Industries, en skønmæssigt udmålt erstatning. Dette var ifølge Taewoong i strid med voldgiftslovens § 28, stk. 3, fordi voldgiftsretten dermed havde afgjort sagen på grundlag af en billighed i stedet for efter gældende dansk ret. I sin særdeles grundige kendelse havde voldgiftsretten efter en gennemgang af det af parterne fremlagte bevismateriale vedrørende det lidte tab udtalt bl.a., at:

»Baseret på de kendsgerninger, som begge parter har fremført, og efter at have vejet disse kendsgerninger og de ... ovenfor anførte betragtninger op mod hinanden, og under anvendelse af almindelige regler om bevisbyrde som modificeret ved sidste sætning af pkt. 15.1 [i parternes distributionsaftale] og begge parters handlinger og undladelser under deres samarbejde, er det voldgiftsrettens overordnede vurdering, at det samlede tab, som klageren har lidt ..., udgør DKK 20.000.000,00.«

Højesteret afviste Taewoongs indsigelser bl.a. med følgende præmisser:

»Efter voldgiftsrettens begrundelse ... beror den skønmæssige fastsættelse af erstatningen ... på voldgiftsrettens bedømmelse af beviserne for det tab, som Taewoongs misligholdelse af distributionsaftalen havde påført AH Industries. Erstatningsfastsættelsen er således ikke resultatet af en billighedsvurdering i strid med voldgiftslovens § 28, stk. 3.«

Sylvie Cavaleri nævner (side 461), at VBA også skønner, hvor kontrakten indeholder mekanismer, der gør nøjagtige beregninger enkle. Bortset fra dagbod er det sjældent, at entreprisekontrakter indeholder bestemmelser, der gør en erstatningsberegning enkel og mekanisk. Dertil er de faktiske forhold, der er til vurdering, simpelthen for forskellige. Det er korrekt, at voldgiftsretten ofte af de årsager, der er opregnet ovenfor, må fastslå det antal dage, der skal dagbodssanktioneres, skønmæssigt. Når dette er sket, anvendes kontraktens mekanisme imidlertid stort set altid (det fastlagte antal dage gange dagbodsbeløbet).

6. Voldgiftsrettens manglende respekt for formalia (og det, der er værre)

Sylvie Cavaleris kritik af VBA's (dansk rets) manglende respekt for formelle krav i kontrakten, eksempelvis reklamationsfrister eller formkrav til reklamationen, kalder også på et par bemærkninger.

En striks håndhævelse af formelle krav vil måske nok give en større forudsigelighed i kontraktforholdet. Dette vil imidlertid ofte ske på bekostning af hensynet til, hvad der konkret opleves som det rimelige resultat. Der er tale om en vanskelig afvejning, og det forekommer ikke indlysende, at form nødvendigvis altid skal have forrang for indhold.

Når forfatteren til støtte for sit synspunkt om, at kontrakter mellem professionelle parter om store projekter altid bør håndhæves efter deres ordlyd, anfører (side 464), at »kontrakter [bliver] indgået efter lange forhandlinger, hvor parterne laver gennemtænkte overvejelser om blandt andet projektets lønsomhed«, er det nok også at tegne et lidt for rosenrødt billede af, hvordan selv store kontrakter bliver til i virkeligheden.

Om voldgiftsretten (eller en dansk domstol) håndhæver en klausul efter sin ordlyd eller ej, afhænger i høj grad af, hvor klar klausulen er, og om parterne har efterlevet klausulen undervejs i projektet. F.eks. har den bygherre, som har skrevet en udførlig (og rimelig) klausul, og som konsekvent har håndhævet den undervejs i projektet, alt andet lige bedre udsigter til at få håndhævet klausulen efter sin ordlyd af voldgiftsretten. Så sort/hvid er virkeligheden imidlertid næsten aldrig på en byggeplads.

I øvrigt er det vanskeligt at se, at den mere pragmatiske tilgang til formelle krav fra voldgiftsrettens side vil blive oplevet som en barriere for udenlandske entreprenører. Det er bygherren, der udarbejder udbudsmaterialet og dermed den væsentligste del af kontraktgrundlaget. Eventuelle formkrav vil typisk blive indsat i bygherrens interesse som f.eks. procedureregler for entreprenørens fremsættelse af økonomiske krav eller krav om tidsfristforlængelse. En udenland-

¹⁴ Sylvie Cavaleri spør bl.a. på side 464, at »De danske byggevoldgiftsdommeres intervention i parternes aftaler kan tænkeligt blive en hindring for den internationalisering af dansk byggeri, som er et af de erklærede mål for [AB-revisionen]« og »Hvis det bliver for udtalt, kan det i det lange løb have skadelige konsekvenser for Danmarks evne til at tiltrække udenlandske tilbudsgivere.« Den slags udsagn er, når de står alene, ikke særlig overbevisende.

sk entreprenør vil næppe have noget imod, at voldgiftsretten har en pragmatisk holdning til sådanne procedureregler.

Sylvie Cavaleris kritik går imidlertid ikke kun på VBA's pragmatiske tilgang til formkrav. Sylvie Cavaleri anfører (side 462), at man kan konstatere en »betydelig og på visse områder systematisk korrektion af kontrakterne«. Dette er en meget voldsom kritik, der bl.a. indebærer, at voldgiftsretten ikke respekterer voldgiftslovens § 28, stk. 3, hvorefter en sag kun må afgøres efter billighed, hvis parterne udtrykkeligt har accepteret dette, jf. også den ovenfor omtalte Taewoong-sag. Man kunne forvente, at dette standpunkt var blevet underbygget i artiklen med henvisning til et betydeligt antal kendelser henset til, at der åbenbart er tale om en »systematisk korrektion af kontrakterne«. Det leder man imidlertid forgæves efter i artiklen, og det er da også svært at genkende det billede af praksis, som Sylvie Cavaleri søger at tegne.

Gennem udtryk som »skjult aftalekorrektion«, »interventionspolitik på retsanvendelsesplan«, »uberettiget kontraktkorrektion« og »selvlegitimering af VBA's praksis« (som vist er det, der normalt kaldes »præjudikatsvirkning«) aner man, at forfatteren (side 462 og 464) er under indtryk af den kritik, som professor, dr.jur. Ole Hansen har fremført af VBA's praksis.¹⁵ Kritikken forekommer at skyde noget over målet. Som påpeget af Christian Johansen i TBB 2013.687 (side 690) har man en fornemmelse af, at konklusionerne er formuleret mere håndfast, end analyserne af voldgiftskendelserne berettiger til, og er præget af en lidt forudfattet mening om, hvordan tingene forholder sig.

Langt de fleste voldgiftskendelser, der afsiges af VBA, er konkrete afgørelser beroende på de konkrete omstændigheder i sagen, og det går ikke an at udlægge og kritisere et helt retsområde på baggrund af (over)fortolkning af konkrete afgørelser.

VBA's afgørelser kan i stedet kritiseres for noget andet. Vi er således enige med Sylvie Cavaleri (side 461) i, at VBA's afgørelser ikke altid er begrundet udførligt nok. Ikke så få af de kendelser, som trykkes i TBB og KFE, er så kortfattede, at det reelt ikke er muligt at vurdere præjudikatsværdien af dem. Er der tale om en afgørelse af mere principiel karakter, eller er der tale om en afgørelse, hvis udfald først og fremmest beror på de konkrete omstændigheder?

Dette er formentlig også en medvirkende årsag til Sylvie Cavaleris (og Ole Hansens) kritik af retsanvendelsen ved VBA, fordi en kortfattet kendelse kan give indtryk af, at afgørelsen har været mere skønspregt, end hvad godt er, eller at fravigelsen af et givet aftalevilkår har været ubegrundet.

Et tilfældigt eksempel er TBB 2015.444 VBA, hvor voldgiftsretten bl.a. skulle tage stilling til, om en såkaldt »pay-when-paid«-klausul afskar en underentreprenør fra at kræve betaling af hovedentreprenøren for udført arbejde, så længe hovedentreprenøren ikke selv havde modtaget betaling fra bygherren. Sådanne klausuler ses ikke sjældent i entreprise- og rådgiveraftaler, så spørgsmålet har almindelig interesse. Voldgiftsretten tilsidesatte klausulen uden tøven med følgende præmisser:

»Det findes uden betydning for sagen, at der i aftalegrundlaget mellem parterne er en bestemmelse om, at tillægsarbejder kun betales, i det omfang bygherren betaler og godkender.«

Resultatet kan man formentlig ikke sætte en finger på i den pågældende sag (en klausul som den omhandlede kan i hvert fald ikke uden videre forventes håndhævet efter sin ordlyd i dansk entrepri-

seret), men i mangel af en egentlig begrundelse fra voldgiftsrettens side kan man faktisk ikke vurdere dette, og kendelsen har dermed ingen værdi for andre end de involverede parter.¹⁶

Man møder undertiden (men heldigvis sjældnere og sjældnere) det synspunkt, at eftersom VBA's voldgiftskendelser er endelige og ikke kan ankes, kan parterne fint klare sig med en kort kendelse eller blot en tilkendegivelse, som måske ligefrem kan gives mundtligt. Dét synspunkt – som måske også dækker over andre motiver – er en stor misforståelse. Ikke alle sager behøver at blive afgjort ved alenlange kendelser, men alle sager fortjener en fyldestgørende, skriftlig begrundelse. Hvis der undtagelsesvis benyttes forkortede kendelser eller skriftlige tilkendegivelser, da er det særligt vigtigt, at begrundelsen er udførlig med redegørelse for de relevante dele af bevisførelsen, herunder vidneforklaringer. Mundtlige tilkendegivelser kan man ikke byde brugerne af VBA. Vi har forhåbentlig alle oplevet at måtte ændre vores umiddelbare vurdering af en sag, efter at vi har skullet redegøre for den i detaljer på skrift.

7. Plads til forbedring

Der er utvivlsomt plads til forbedring af AB's tvistløsningssystem og VBA. Vi vil i tilfældig rækkefølge pege på et par områder i tillæg til, hvad vi ovenfor har skrevet om navnlig syn og skøn (afsnit 4) og begrundelser (afsnit 6):

(1) Selv om AB 92/ABT 93 § 47, stk. 8, i praksis løser de fleste problemer med kumulation af sager og ad citation af parter, kan der stadig være behov for klargøring af bestemmelsens rækkevidde på nogle punkter. Et eksempel herpå er afgørelsen trykt i TBB 2015.325 VBA om en bygherres mislykkede forsøg på at kumulere to næsten identiske sager mod to totalentreprenører. Desuden savnes udtrykkelige regler om kumulation af voldgiftssager mod entreprenører henholdsvis rådgivere anlagt i henhold til AB/ABT henholdsvis ABR og ad citation af entreprenører og rådgivere på tværs af disse regelsæt.

(2) Konflikttrapper (eskalationsklausuler), som man f.eks. kender dem fra K-standardkontrakterne på it-området, virker som en oplagt god idé, så parterne ikke skal direkte i voldgiftsretten, når en tvist opstår, men først skal igennem forhandling under en eller anden form og muligvis mediation eller mægling. En differentieret voldgiftsklausul, hvor voldgiftsrettens størrelse (en eller tre dommere) afhænger af sagens værdi, er efterhånden også mere reglen end undtagelsen uden for VBA.

(3) På helt store bygge- og anlægsprojekter (som der er en hel del af i Danmark for tiden) kan det efter bl.a. FIDIC's forbillede overvejes at nedsætte et stående dispute board (tvistløsningspanel) til at følge projektet. Vores erfaring fra udbud af store infrastrukturprojekter er, at udenlandske entreprenører i reglen tager voldgiftsklausulen i AB-kontrakterne for givet og i stedet lægger mere vægt på, hvordan dispute boardet indrettes. Voldgiftsinstituttet har udmærkede regler om dispute boards herhjemme; Voldgiftsnævnet har ingen.

(4) Proceduren for udpegning af voldgiftsdommere bør moderniseres. Som nævnt er vi fortalere for, at Voldgiftsnævnet udpeger voldgiftsdommerne, men *inden* den formelle udpegning sker, bør parterne gives lejlighed til at komme med input til fagdommernes profiler og til at kommentere Voldgiftsnævnets forslag til kandidater.

¹⁵ Forfatteren henviser på side 462 og 464 selv til Ole Hansen: Det entrepriseretlige hjemmelsproblem, 2009, og Ole Hansen i Torsten Iversen (red.): Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret, 2009. Derudover kan nævnes Ole Hansen: Entrepriseretlige mellemformer, 2013.

¹⁶ Det fremgår da også af kendelsen, at parterne efter afslutningen af hovedforhandlingen (og måske på voldgiftsrettens opfordring?) havde »erklæret sig indforståede med, at der afsiges kendelse i kort form, uden fuldstændig gengivelse af sagsfremstilling og af de afgivne forklaringer og uden gengivelse af proceduren, men i det væsentlige alene med gengivelse af parternes påstande, voldgiftsrettens resultat og begrundelsen herfor«.

(5) Det samme gælder udpegningen af skønsmænd. Det forekommer, at Voldgiftsnævnet annoncerer udmelding af en skønsmand, der ud fra sit CV (som man nogle gange selv må bede om at få til gennemsyn) ikke virker oplagt til den konkrete opgave. Så længe parterne er afskåret fra at fremlægge egne eksperterklæringer, er det overordentlig vigtigt, at Voldgiftsnævnet kvalitetssikrer de udmeldte syn og skøn fra start til slut.

(6) Internt er der nok også behov for at stramme op på proceduren for screening af eventuel inhabilitet blandt fagdommere. Fagdommere har ikke samme føling med de præcise grænser for inhabilitet som de juridiske dommere, så det bør Voldgiftsnævnet hjælpe dem med.

(7) I den evige jagt på kortere sagsbehandlingstider er det vigtigt, at Voldgiftsnævnet og voldgiftsretten løbende sørger for fremdrift i sagerne. Årsagerne til, at en sag trækker ud, kan være mange og kan være gode og dårlige. Advokater, der strides om udformningen af et skønstema eller et andet processuelt spørgsmål, kan forsinke en sag. Det samme kan en langsom skønsmænd. Her er det vigtigt, at VBA skærer igennem, når det er påkrævet. Man har indtryk af,

at advokater og skønsmænd får noget længere snor, end det er tilfældet ved andre voldgiftsinstitutter.

(8) Selv om AB-kontrakterne i dag lægger op til, at kontraktproget (og processproget) er dansk, er der intet til hinder for, at parterne aftaler f.eks., at bevisførelsen eller eventuelt hele voldgiftssagen kan gennemføres på engelsk. Sådanne aftaler, der er almindelig forekommende i dansk byggeri (til forskel fra for blot 10 år siden), er imidlertid ikke meget værd, hvis voldgiftsdommerne ikke er trykke ved at læse, tale og skrive engelsk. Det skal voldgiftsdommerne være.

8. Afslutning

Selv om vi ikke er enige med Sylvie Cavaleri i alle hendes synspunkter, har hun forfattet en velskrevet artikel, der – som vores indlæg indikerer – sætter tankerne i gang om AB's tvistløsningssystem og VBA. Et system, der i mange henseender fungerer godt for brugerne, men som samtidig er modent til revision. Som sådan er Sylvie Cavaleris artikel trods alt et værdifuldt bidrag til debatten.