



UiO : Det juridiske fakultet

UiO : Oslo senter for kommersiell rett

Virtuelle forhandlinger i voldgiftssaker

Webinar, Arena for voldgift og tvisteløsning

25. mars 2021



Dagens to hovedspørsmål

- 1) Kan voldgiftsretten **beslutte** å gjennomføre hovedforhandlingen virtuelt **uten** partenes samtykke?
 - Alternativet er i praksis utsettelse (på ubestemt tid)
 - Dette er dagens hovedspørsmål
- 2) **Hvordan** bør en virtuell hovedforhandling gjennomføres, og hva bør reguleres i «cyber protocol»?
 - De påmeldte har mottatt et eksempel på en slik PO
 - De har også mottatt et eksempel på en typisk «PO1»

Aktualitet – goes without saying

- **Covid-19**-restriksjoner
 - Gjør det vanskelig eller umulig å gjennomføre fysiske hovedforhandlinger
 - Reisebegrensninger gjør dette særlig vanskelig i internasjonale voldgiftssaker
- **Miljøaspektet** knyttet til reisevirksomhet
 - Allerede før Covid-19 var det initiativer for å gjøre «voldgiftssaker» grønnere, særlig internasjonale saker (ICC og SCC)
- Virtuelle elementer har nok kommet for å bli
 - Voldgiftsinstituttene er i gang med å lansere regler og retningslinjer for virtuelle voldgiftssaker
 - Se også IBA Rules on the Taking of Evidence (2020)

Til å belyse disse spørsmålene har OSKR fått med seg følgende paneldeltagere:

- **Ola Mestad**
 - Professor og bestyrer ved Nordisk Institutt for Sjørett
 - Tidligere advokat og partner i BAHR
 - Erfaren voldgiftsdommer, både nasjonalt og internasjonalt
- **Nina Lauber-Thommesen**
 - Advokat i LÉVY KAUFMANN-KOHLER, Sveits
 - Omfattende erfaring med voldgift; en av få nordmenn som er spesialisert innenfor internasjonal voldgift
- **Stephan Jervell**
 - Advokat i Wiersholm
 - Omfattende erfaring med voldgift som advokat og voldgiftsdommer, både nasjonalt og internasjonalt
- **Møteleder: Amund B. Tørum**
 - Leder for OSKR's Arena for voldgift og tvisteløsning og partner i Schjødt

Introduksjon og utviklingslinjer

- «Best practice» i norsk og internasjonal voldgift
 - Hybridløsninger
 - Det har lenge vært nokså vanlig med avhør av vitner og sakkyndige per video/telefon
 - Men det har ikke vært vanlig å gjennomføre [selve hovedforhandlingen](#) «virtuelt»; innledningsforedrag og prosedyre
- Hvilken veiledning gir voldgiftsloven (og modelloven) i dagens situasjon?
 - Og hva følger av det grunnleggende kravet om «due process»?
 - Disse spørsmålene vil bli grundig belyst av paneldeltagerne
 - Før vi går nærmere inn på dette skal jeg imidlertid ta et sveip innom tvisteloven og koronaforskriften
 - Ikke fordi tvistelovens løsninger kan overføres direkte på voldgift, men fordi de viser hva som kan være forstandige løsninger

Introduksjon og utviklingslinjer

- «Virtuelle» elementer er ikke noe nytt i norsk sivilprosess
 - Tvisteloven § 21-10 om avhør av parter, vitner og sakkyndige:

(1) Parter, vitner og sakkyndige kan avhøres for den dømmende rett ved fjernavhør dersom direkte avhør ikke lar seg gjennomføre eller er spesielt byrdefullt eller kostnadskrevende. Fjernavhør bør ikke foretas om forklaringen kan være særlig viktig, eller hvor andre forhold gjør det betenkelig ...

(2) Fjernavhør foretas ved bildeavhør. Er utstyr for bildeavhør ikke tilgjengelig, kan lydavhør brukes hvis vilkårene etter første ledd likevel er oppfylt ...

Virtuelle elementer i tvisteloven – forts.

- Tvisteloven § 13-1: «fjernmøte» = hybrid

(2) ... et møte der *ikke alle* deltakerne er tilstede, men deltar ved hjelp av fjernmøteteknikk

(3) Rettsmøter kan helt eller delvis holdes som fjernmøter når

a) det er særskilt bestemt, eller

b) partene samtykker i at rettsmøtet holdes som fjernmøte

- «Koronaforskriften»

- Som vi skal se, har denne – med hjemmel i fjerde ledd – utvidet rettens adgang til å beslutte «fjernmøte»

- To hovedobservasjoner

- Norsk sivilprosess går nokså langt i å tillate virtuelle hybrid-løsninger
- «koronaforskriften» har utvidet denne adgangen

Oversikt over **betenkeligheter** med virtuelle voldgiftsforhandlinger

- Tekniske problemer og «tregghet på linjen»
 - Vanskeligere å unngå å snakke i munnen på hverandre
 - Krever sterk disiplin fra advokatene mht. «avbrytelser»
- Voldgiftsrettens perspektiv
 - Vanskeligere å gjennomføre aktiv prosessledelse: gripe inn i avhør etc.
 - Vanskeligere å følge med, særlig i komplekse presentasjoner
 - Kan i noen grad avbøtes gjennom skjermdeling og simultan-transkribering
 - Vanskeligere for voldgiftsretten å konferere under rettsmøtet
 - Kan i noen grad avbøtes gjennom «virtuelle pauserom»
 - Enda vanskeligere å forstå parter og vitner som snakker dårlig engelsk
 - Man blir lettere sliten, men kan avbøtes gjennom hyppigere pauser

Oversikt over **betenkeligheter** med virtuelle voldgiftsforhandlinger – forts.

- Parter og vitner
 - Lettere å forklare seg usant eller ufullstendig når man slipper å kjenne på alvoret i en voldgiftsal?
 - Vanskeligere å lese kroppsspråket
 - En viss risiko for bruk av «sufflør»
- Sakkyndig-perspektivet
 - Vanskeligere å formidle komplekse presentasjoner
 - Eksempelvis der man skal gjennomgå store regneark og detaljerte tidslinjer
- Advokat-perspektivet
 - Vanskeligere å kommunisere med og «lese» voldgiftsretten
 - Ad komplekse presentasjoner; samme utfordring som for sakkyndige
 - Vanskeligere å gjennomføre effektiv krysseksaminasjon

Tre teser for den videre diskusjonen

- 1). Det kan ikke gis et generelt svar på om og når en voldgiftsrett kan beslutte en (fullstendig) virtuell forhandling
- 2). Flere av betenkelighetene kan avbøtes gjennom større innslag av skriftlighet
- 3). Fjernavhør av parter og vitner er gjennomgående mindre problematisk enn fjernavhør av sakkyndige

Opplegget for paneldebatten

- De tre deltagerne innleder om hvert sitt tema
 - Ca. 15-20 minutter hver
 - Etter hver innledning diskuteres temaet i panelet
 - Deretter, etter hver innledning, åpnes det for «spørsmål fra salen»
 - Spørsmål kan løpende sendes til Amund B. Tørum på abt@schjodt.no

Gir voldgiftsloven voldgiftsretten kompetanse til å beslutte en virtuell hovedforhandling?

- Innledning v/Ola Mestad

Voldgiftsloven § 21

Regler for saksbehandlingen

Innenfor rammen av partenes avtale og loven her skal voldgiftsretten behandle saken på den måte den finner ***hensiktsmessig***. Straks voldgiftsretten er oppnevnt, skal den eller dens leder etter drøfting med partene fastlegge en plan for den videre behandlingen, hvis ikke annet er avtalt.

Voldgiftsloven § 26 – Muntlig og skriftlig behandling

- ***Voldgiftsretten avgjør om det skal holdes muntlig forhandling i saken eller om den skal avgjøres på grunnlag av skriftlig behandling. En part kan kreve muntlig forhandling, som da skal holdes på et hensiktsmessig tidspunkt under saksbehandlingen.***
-
- *Partene skal gis rimelig forhåndsvarsel om enhver muntlig forhandling og ethvert møte der de har rett til å være tilstede.*
- *Alle meddelelser, dokumenter og annen informasjon som blir lagt frem for voldgiftsretten, skal parten samtidig sende til de øvrige parter i saken. Materiale voldgiftsretten mottar direkte fra andre enn partene, skal den straks oversende til dem.*
- ***Paragrafen kan fravikes ved avtale, unntatt i forbrukerforhold.***

UNCITRAL Model Law

Article 24 – Hearings and written proceedings

- *(1) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold **oral hearings** for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, **the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.***

Endringer i sivile saker pga. koronaepidemien

- 26.05.2020 nr 47: Midlertidig lov om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv
 - Utvidet adgang til fjernmøte og fjernavhør
 - Fjernet partssamtykkekrav
- **Problemområder**
 - Muntlighetsprinsippet
 - Offentlighetsprinsippet
- Prinsippene og voldgiftsregler

Internasjonalt utsyn

- v/Nina Lauber-Thommesen

Oversikt

1. Voldgiftsavtalen
2. (Institusjonelle) Regler for voldgift
3. Nasjonal lovgivning
4. New York-konvensjonen
5. «*Due process*»

1. Voldgiftsavtalen

- **OCC:**

- *“ Enhver tvist i forbindelse med denne kontrakt skal endelig løses ved voldgift i henhold til de til enhver tid gjeldende Regler for voldgift ved Oslo Chamber of Commerce, Institutt for Voldgift og Alternativ Tvisteløsning.”*

- **NOMA:**

- *“Any dispute arising out of or in connection with this agreement, including any disputes regarding the existence, breach, termination or validity thereof, shall be finally settled by arbitration under the rules of arbitration procedure adopted by the Nordic Offshore and Maritime Arbitration Association (“Nordic Arbitration”) in force at the time when such arbitration proceedings are commenced. Nordic Arbitration's Best Practice Guidelines shall be taken into account.*
- *The place of arbitration shall be [insert city and country] and the language of the arbitration shall be [insert Danish, Norwegian, Swedish or English].”*

Voldgiftsavtalen – forts.

- **28th Vis Moot:**

- *“Any dispute, controversy, or claim arising out of, or in relation to, this contract, including the validity, invalidity, breach, or termination thereof, shall be resolved by arbitration in accordance with the Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers’ Arbitration Institution in force on the date on which the Notice of Arbitration is submitted in accordance with these Rules.*
- *The number of arbitrators shall be three. All arbitrators are to be appointed by the Institution and should have good knowledge in the field of intellectual property and the developments of vaccines.*
- *The seat of the arbitration shall be in Vindobona, Danubia. **Hearings** shall be held, **at the Arbitral Tribunal’s discretion, either in Vindobona or in the city where the Respondent has its place of business.***
- *The arbitral proceedings shall be conducted in English.”*

2. (Institusjonelle) Regler for voldgift

- **OCC Artikkel 14 - Muntlig forhandling**
- *Muntlig forhandling gjennomføres med mindre voldgiftsretten anser det unødvendig og det ikke er begjært av noen av partene. Partene skal gis rimelig forhåndsvarsel om enhver muntlig forhandling og ethvert møte der de har rett til å være tilstede.*
- *Voldgiftsretten avgjør hvordan muntlige forhandlinger skal gjennomføres.*
- *Utenforstående kan bare være til stede under en muntlig forhandling når og i den utstrekning det er avtalt mellom partene.*

(Institusjonelle) Regler for voldgift - forts.

- **NOMA Article 25 – Hearings**

- *1. In the event of an **oral hearing**, the arbitral tribunal shall consult with the parties, and shall give the parties adequate advance notice of the date, time and place thereof.*
- *2. Witnesses, including expert witnesses, may be heard under the conditions and examined **in the manner set by the arbitral tribunal**.*
- *3. Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses, including expert witnesses, during the testimony of such other witnesses, except that a witness, including an expert witness, who is a party to the arbitration shall not, in principle, be asked to retire.*
- *4. The arbitral tribunal **may direct that witnesses, including expert witnesses, be examined through means of telecommunication (such as videoconference)**.*

(Institusjonelle) Regler for voldgift - forts.

- **ICC (2021) Article 26- Hearings**

- 1) A **hearing shall be held** if any of the parties so requests or, failing such a request, if the arbitral tribunal on its own motion decides to hear the parties. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal, giving reasonable notice, shall summon the parties to appear before it on the day and at the place fixed by it. **The arbitral tribunal may decide**, after consulting the parties, and on the basis of the relevant facts and circumstances of the case, that **any hearing will be conducted by physical attendance or remotely by videoconference, telephone or other appropriate means of communication.**
- 2) If any of the parties, although duly summoned, fails to appear without valid excuse, the arbitral tribunal shall have the power to proceed with the hearing.
- (...)

(Institusjonelle) Regler for voldgift - forts.

- **SCC (2017) Article 32- Hearings**
- (1) A hearing **shall be held** if requested by a party, or if the Arbitral Tribunal deems it appropriate.
- (2) The Arbitral Tribunal shall, in consultation with the parties, determine the date, time and **location** of any hearing and shall provide the parties with reasonable notice thereof.
- (3) Unless otherwise agreed by the parties, hearings will be held in private.

(Institusjonelle) Regler for voldgift - forts.

- **IBA Rules on the Taking of Evidence (2020)**
Article 8(2) – Evidentiary Hearings

- *2. At the request of a Party or on its own motion, **the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, order that the Evidentiary Hearing be conducted as a Remote Hearing.** In that event, the Arbitral Tribunal shall consult with the Parties with a view to establishing a Remote Hearing protocol to conduct the Remote Hearing efficiently, fairly and, to the extent possible, without unintended interruptions.*
- *The protocol may address:*
- *(a) the technology to be used;*
- *(b) advance testing of the technology or training in use of the technology;*
- *(c) the starting and ending times considering, in particular, the time zones in which participants will be located;*
- *(d) how Documents may be placed before a witness or the Arbitral Tribunal; and*
- *(e) measures to ensure that witnesses giving oral testimony are not improperly influenced or distracted.*

3. Nasjonal lovgivning

- **Austrian Arbitration Act**
- **Section 598 – Oral Hearings and Written Proceedings**
- *Unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal shall decide whether to hold **oral hearings** or whether the proceedings shall be conducted in writing. Where the parties have not excluded an oral hearing, **the arbitral tribunal shall hold such hearing at an appropriate stage of the proceedings if so requested by a party.***
- - **Oberster Gerichtshof [OGH], 18 ONc 3/20s, 23. juli 2020.**

Nasjonal lovgivning – forts.

- **Voldgiftsloven § 43 – Ugyldighetsgrunner**

- *En **voldgiftsdom** kan bare settes til side av domstolene dersom*
- *(...)*
- *b) den part som har anlagt ugyldighetssøksmål ikke ble gitt tilstrekkelig varsel om oppnevningen av en voldgiftsdommer eller om voldgiftssaken, eller **ikke har fått anledning til å fremstille sitt syn på saken**, eller*
- *(...)*
- *e) **saksbehandlingen strider mot loven eller partenes avtale** og det er **nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for avgjørelsen**.*

- *Når spørsmålet om gyldigheten av en voldgiftsdom er brakt inn for domstolene skal domstolen av eget tiltak sette dommen til side dersom*
- *(...)*
- *b) voldgiftsdommen virker **støtende på rettsordenen (ordre public)**. (...).*

Nasjonal lovgivning – forts.

- **Ch. 12 PILS (Swiss Arbitration Act) (2021) – Article 190(2)**
- *(2) The award can only be challenged on the grounds that:*
- *(a) the sole arbitrator was not properly appointed or the arbitral tribunal was not properly constituted;*
- *(b) the arbitral tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction;*
- *(c) the arbitral tribunal decided claims which were not submitted to it or failed to decide claims submitted to it;*
- *(d) the principle of equal treatment of the parties or their right to be heard in adversarial proceedings was violated;*
- *(e) the award is incompatible with public policy.*

4. New York konvensjonen

- **Voldgiftsloven § 46 - Forhold som er til hinder for anerkjennelse og fullbyrding**

- *Anerkjennelse eller fullbyrding av en voldgiftsdom kan bare nektes dersom:*
- (...)
- *b) den part som voldgiftsdommen er påberopt overfor ikke ble gitt tilstrekkelig varsel om oppnevningen av en voldgiftsdommer eller om voldgiftssaken, eller **ikke har fått anledning til å fremstille sitt syn på saken,***
- (...)
- *e) **saksbehandlingen strider mot loven på voldgiftsstedet eller partenes avtale** og det er **nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for avgjørelsen,***
- (...)
- *Domstolene skal av eget tiltak nekte anerkjennelse og fullbyrding av en voldgiftsdom når:*
- (...)
- *b) anerkjennelse eller fullbyrding av voldgiftsdommen virker **støtende på rettsordenen (ordre public).***

Nærmere om utfordringene og betenkelighetene

- v/Stephan Jervell

Virtuelle voldgiftsforhandlinger – de rettslige utgangspunkt

- Virtuelle voldgiftsforhandlinger - den nye virkeligheten?
 - På kort sikt – på lang sikt?
- Undersøkelser (Sverige) viser at nasjonale voldgifter stort sett har blitt gjennomført fysisk, mens for internasjonale voldgifter er over 40 % gjennomført virtuelt
 - I Sverige kan de fysiske høringer nasjonalt til dels tilskrives et noe "avslappet" Covid regime
- Usikre tall for Norge, men det er klart at voldgifter er blitt gjennomført virtuelt
- De rettslige hovedspørsmål – hvem kan beslutte virtuelle forhandlinger og i hvilke tilfeller?
- Voldgiftsloven § § 21 og 26, ICC art 22 og 25, OCC art 14 mm
- Noen regelverk klarere enn andre

Virtuelle voldgiftsforhandlinger – problemene

- Kan man kreve fysisk høring?
 - Svaret er ikke opplagt
 - Uenighet i voldgiftsmiljøet, ref. Sverige
- Effektiv saksbehandling v. *Due process* (betryggende og forsvarlig rettergang)
 - Fremdrift (tidsperspektivet) v. forsvarlighet
- Miljøaspektet
- Problemstillingene er mangefasettert
 - Voldgiftsdommerperspektivet
 - Advokatperspektivet
 - Partsperspektivet

Virtuelle voldgiftsforhandlinger – problemene

- **Problemområder:**
 - Komplekse, faktumtunge saker
 - Saker som krever gjennomgang av tegninger, kart o.l. eller demonstrasjoner av realbevis
 - Vitner og eksperter
 - Krysseksaminasjon
 - Umiddelbarhet – dialog – spørsmål
 - Dialog mellom voldgiftsrettens medlemmer
 - Forliksmulighetene og interaksjon mellom partene
 - Voldgiftsdommer kan ikke ankes
 - Teknikk
 - Nettkapasitet
 - Bruk av tredjepartsleverandører

Virtuelle voldgiftsforhandlinger – problemene

- Når bør man som (i) dommer, (ii) prosessfullmektig eller (iii) part si nei til virtuell hovedforhandling – og når bør man si ja?
 - Dette kan stille seg nokså annerledes
 - Når avgjørelsen tas om virtuell behandling eller ikke vil det ofte foreligge informasjonsassymetri – de som treffer beslutningen kan minst om saken
 - Konsekvenser
- Ytterpunktene klare – grensetilfellene er vanskelige

Virtuelle voldgiftsforhandlinger – presumtiv hovedregel og unntaket

- **Presumtiv hovedregel**
 - Voldgiftsretten kan beslutte virtuell forhandling mot en av partenes vilje hvis det fremstår som forsvarlig hensyntatt sakens karakter
- **Unntak** – der due process hensyn taler for fysisk høring
- **Praktisk spørsmål** – hvis beslutning om virtuell forhandling og man er uenig – husk voldgiftsloven § 4
- **Det finnes eksempler på at voldgiftsdommer avsagt etter virtuelle høringer er angrepet rettslig**
 - Står en sak for Svea Hovrätt
 - Østerrisk Høyesterett har akseptert en voldgiftsdom avsagt etter virtuell høring
- **Internasjonal voldgift - ha i mente fullbyrdelse**

Virtuelle voldgiftsforhandlinger – de rettslige utgangspunkt

- Ingen entydig rettsstilling, men det avtegnes en hovedregel om at virtuelle forhandlinger kan besluttes og vil anerkjennes
- **Den motsatte situasjon:** Kan et tribunal beslutte fysiske forhandlinger der en av partene motsetter seg dette?
- Hva vil situasjon bli etter corona?

Oppsummering – tilbakeblikk på tesene

- 1). Det kan ikke gis et generelt svar på om og når en voldgiftsrett kan beslutte en (fullstendig) virtuell forhandling?
- 2). Flere av betenkelighetene kan avbøtes gjennom større innslag av skriftlighet?
 - Mer bruk av witness statements og rebuttal statements?
 - Mer omfattende sluttinnlegg?
 - Mer bruk av post hearing briefs?
- 3). Fjernavhør av parter og vitner er gjennomgående mindre problematisk enn fjernavhør av sakkyndige?

Arena for voldgift og tvisteløsning takker for oppmerksomheten!