

EKSISTENSEN AF ET TRANSNATIONALT FORLIGSPRIVILEGIUM I INTERNATIONAL VOLDGIFT: EN FUNKTIONEL KOMPARATIV ANALYSE

THE EXISTENCE OF A TRANSNATIONAL SETTLEMENT PRIVILEGE IN INTERNATIONAL ARBITRATION: A FUNCTIONAL COMPARATIVE ANALYSIS

af JACOB JUUL KIRKEBY

Specialet Eksistensen af et transnationalt forligsprivilegium i international voldgift: En funktionel komparativ analyse udspringer af den problemstilling, at parterne i international voldgift sjældent udtrykkeligt vælger en lov, der regulerer bevismæssige spørgsmål. Afgørelsen af dette overlades derfor oftest til det respektive voldgiftstribunal, som må udøve dets brede skøn over, hvilke regler der skal finde anvendelse. Dette er en opgave, som er ganske vanskelig i forbindelse med bevisprivilegier, hvor komplekse vurderinger skaber betydelig usikkerhed hos parterne, og som derfor risikerer at underminere de hensyn, privilegierne hviler på.

Problemet er særligt udtalt for forligsprivilegiet, da spørgsmålet om dets anvendelse er afgørende for, hvordan parterne agerer under forligsforhandlinger. Manglende sikkerhed kan afholde dem fra at fremsætte indrømmelser eller tilkendegivelser, som kunne fremme et forlig, af frygt for, at sådanne udsagn senere anvendes imod dem.

Specialet indledes med en analyse af implikationerne ved et muligt transnationalt princip og vurderer, om et sådant er ønskværdigt i international voldgift sammenlignet med en traditionel lovvalgsanalyse. Vurderingen sker i lyset af væsentlige hensyn i voldgift, herunder forudsigelighed, ligebehandling og voldgiftsrettens fleksibilitet.

Herefter foretages en funktionel komparativ analyse af retsstillingen i England, Frankrig, Danmark og USA samt internationale regler og praksis. Analysen konkluderes med, at der endnu ikke eksisterer et transnationalt princip for beskyttelse af forligsmateriale i international voldgift, selvom en række forhold taler for, at et sådant princip er under udvikling. Tvetydighed blandt kilderne fører imidlertid til, at specialet afholder sig fra at konkludere, at princippet allerede er etableret.

Afslutningsvis foretages en behandling af det mulige spillerum for at anvende transnational ret i international voldgift. Dette element har særlig praktisk relevans, da det vurderes, at transnational ret har et ikke ubetydeligt praktisk anvendelsesområde.

Indholdsfortegnelse

Abstract.....	2
1. Introduktion	3
1.1. Problemformulering, emneafgrænsning og struktur.....	4
1.2. Transnational ret	6

1.2.1.	Definitionen af transnational ret.....	6
1.2.2.	Kilder i transnational ret.....	8
1.2.3.	Transnational ret som metode	10
1.3.	Specialets metode i øvrigt.....	10
2.	Betydning af et transnationalt forligsprivilegium.....	11
2.1.	Parternes forventninger.....	12
2.2.	Forudsigelighed og vished for parterne	12
2.3.	Ligebehandling af parterne.....	13
2.4.	Fleksibilitet.....	14
2.5.	Annulatio og håndhævelse af voldgiftskendelser.....	15
2.6.	Delkonklusion.....	15
3.	Er forligsprivilegiet transnationalt?	16
3.1.	Nationale regler	16
3.1.1.	England	16
3.1.2.	Frankrig.....	18
3.1.3.	Danmark.....	19
3.1.4.	USA.....	20
3.1.5.	Delkonklusion	23
3.2.	Internationale regler.....	24
3.3.	International praksis	27
3.4.	Forligsprivilegiet som transnational regel	28
4.	Anvendelsesområdet for transnational ret	30
4.1.	Parterne har indgået aftale om anvendelsen af transnational ret	30
4.2.	Parterne har ikke indgået en aftale om anvendelsen af transnational ret.....	31
5.	Konklusion.....	32
Litteraturliste:		34
Litteratur		34
Nationale og internationale love og regler		37
Domme.....		39
Andre kilder		41

Abstract

It is rare that parties to an international arbitration expressly choose a governing law for evidentiary issues in their contracts. As a result, arbitral tribunals are left to exercise their broad discretion in determining the applicable law on such matters. This task becomes particularly challenging when addressing issues of evidentiary privileges. In these cases, the tribunal must undertake a range of complex

assessments to establish the applicable law, resulting in uncertainty for the parties. This uncertainty risks undermining the very considerations on which the privileges are founded.

This is especially acute in relation to the settlement privilege as the answer to the question of whether it applies shapes how disputing parties conduct themselves in negotiations. A lack of certainty may discourage parties from making concessions or admissions that could otherwise facilitate a settlement as they might fear that such statements will be used against them in later proceedings.

On this basis, this thesis explores the existence of a transnational settlement privilege in international arbitration that could lead to the protection and certainty needed to encourage parties to enter settlement discussions. Through a functional comparative analysis, the study examines the legal frameworks of England, France, Denmark and the US as well as international rules and international practice to assess whether a transnational principle for the protection of settlement discussions exists.

Given the significant amount of debate surrounding the concept and methodology of transnational law, the thesis first sets out the framework through which it approaches the subject. In this context, transnational law has been treated as defined by its sources rather than its content and as a method as opposed to a list.

Against this backdrop, the implications of a transnational principle have been explored, and whether such principle is desirable in international arbitration as an alternative to traditional choice-of-law mechanisms. This is done in the light of various important considerations for the parties to an arbitration, including predictability, equal treatment, flexibility of the tribunal, and the risk of enforcement issues. It is concluded that a transnational principle would positively affect these factors. Indeed, a transnational principle offers a compelling alternative to the least problematic choice-of-law method, the most favoured nation test, by offering similar advantages but with fewer drawbacks. Thus, a transnational principle is desirable in international arbitration.

However, the comparative analysis of the national legal systems and international instruments leads to the conclusion that, at present, a transnational principle for the protection of settlement discussions has not yet emerged in international arbitration - although several factors support that it may be emerging. When this thesis still refrains from concluding that a transnational principle has been established it is a result of the ambiguity of the sources that has been assessed.

*Yet, the thesis finally assesses the potential room for applying transnational law within international arbitration. The party autonomy permits parties to choose transnational law as the governing law of their contract. In the absence of such choice, the starting point is that the tribunal is limited to apply it as a part of their discretion in cases where the rules allow for determination of the governing law using *voie directe*.*

1. Introduktion

Tribunaler i international voldgift støder ofte på problemer angående lovvalg. Når parter fra forskellige lande indgår en kontrakt med en voldgiftsklausul, påhviler det dem at træffe en række beslutninger om, hvilke love og regler der skal finde anvendelse. På visse områder er det dog mere undtagelsen end reglen, at parterne aktivt træffer et sådant lovvalg.

Dette er ofte tilfældet angående bevisprivilegier, og det vil derfor være op til voldgiftstribunalerne at udøve dets brede skøn til at afgøre lovvalgsspørgsmålet.¹ Tribunalet bliver i denne henseende sat på en vanskelig opgave, da det manglende lovvalg afføder en lang række problemstillinger.

Først må tribunalet vurdere, om privilegiespørgsmålet bør karakteriseres som værende processuelt eller materielt. Holdningerne til dette spørgsmål er varierende blandt common- og civil law-jurisdiktioner, hvor førstnævnte som udgangspunkt betragter det som et materielt spørgsmål, mens sidstnævnte som

¹ Se Fry (1998), s. 3; Kuitkowski (2015), s. 3; Waincymer (2012), s. 802

udgangspunkt anskuer det som værende et processuelt anliggende.² Dernæst følger spørgsmålet, om parternes materielle lovvalg eller valg af sæde kan udstrækkes til at gælde for bevisprivilegier. Et spørgsmål, der som hovedregel må besvares afvisende, da det må have formodningen imod sig, at parterne har foretaget deres materielle lovvalg eller valg af sæde med tanke på privilegier.³ En sådan udstrækning vil således være i strid med parternes intentioner.

Tribunalet må herpå afgøre, hvilken lovvalgsmetode som skal anvendes. Til dette formål er en række vidt forskellige tilgange blevet udviklet, der ofte medfører tilsvarende forskellige resultater. Tribunalet kunne eksempelvis foretage en såkaldt *closest connection, most favoured nation* eller en *least favoured nation test*.⁴ Disse har dog alle fordele og ulemper og tilbyder næppe en konsekvent tilfredsstillende løsning – hverken for parterne eller tribunalet.⁵

Mens denne myriade af problemstillinger gør sig gældende for alle typer af bevisprivilegier, er situationen særligt prekær i forbindelse med det såkaldte *forligsprivilegium*.⁶ Dette skyldes, at privilegiet dels er et produkt af en underforstået aftale mellem parterne og dels af almennyttige hensyn.⁷ I international voldgift vil parterne som oftest hidrøre fra to forskellige lande, hvorfor den underforståede aftale, som privilegiet hviler på, er af international karakter. Dette gør, at det er særligt betænkeligt at anvende de udviklede lovvalgsmetoder, da det vil medføre løsninger, der for parterne kan synes arbitrære. En sådan situation er næppe ønskværdig, og det kan potentielt underminere privilegiet og dets formål. Den amerikanske Højesteret udtrykker det således:

*”An uncertain privilege, or one which purports to be certain but results in widely varying applications by the courts, is little better than no privilege at all.”*⁸

Formålet med forligsprivilegiet er at opmuntre uenige parter til at forsøge at finde en udenretlig løsning. Dette gøres ved at yde privilegiebeskyttelse til parter, der involverer sig i forligsforhandlinger, således de ikke frygter, at deres forligskommunikation bliver brugt imod dem under en senere rets- eller voldgiftssag.⁹ Privilegiet søger således at facilitere åben og direkte kommunikation mellem parterne ved, at de ubekymret kan lægge alle kort på bordet i et forsøg på at løse tvisten. Dette formål og hensynene bag varetages dårligt, dersom parterne ikke kan vide sig sikre på, hvorvidt deres forligskommunikation faktisk vil være privilegeret og dermed beskyttet.

I lyset af denne uhensigtsmæssige retstilstand og forligsprivilegiets centrale rolle i forbindelse med udenretlig tvistløsning er det relevant at undersøge, hvorvidt der eksisterer et generelt transnationalt princip for forligsprivilegiet i international voldgift. Et sådant transnationalt princip vil potentielt kunne sikre parterne den vished, som er nødvendig for, at privilegiet fortsat kan være et værdifuldt redskab til udenretlig konfliktløsning på den internationale scene.

Spørgsmålet, der kommer til at sætte rammen for specialet, er derfor, om der eksisterer et transnationalt forligsprivilegium i international voldgift?

1.1. Problemformulering, emneafgrænsning og struktur

Med udgangspunkt i det ovenstående har nærværende speciale til formål at undersøge om der eksisterer et generelt princip angående beskyttelse af forligsmateriale i form af et transnationalt forligsprivilegium. Specialet er afgrænset til blot at behandle forligsprivilegiet på trods af, at en analyse af forskellige

² Se *Aksen et al* (2005), s. 764; *Meyer* (2007), s. 367 ff.; *Sindler & Wüstemann* (2005), s. 624; *Waincymer* (2012), s. 803; se også *Malek* (2024), ¶ 24-19 og 24-38

³ Se *Berger* (2006), s. 509 f.; *Meyer* (2007), s. 368; se også *Aksen et al* (2005), s. 769

⁴ Se *Tevendale* (2009), s. 831 ff., se også eks. Rom Konventionen, art. 4

⁵ Se *Berger* (2006), s. 512 ff.

⁶ På engelsk “settlement privilege” eller “without prejudice privilege”

⁷ Se *Cutts v. Head*, s. 16; *Malek* (2024), ¶ 24-19

⁸ *Upjohn Co. v. United States*, s. 14

⁹ Se *Born* (2021), ¶16.02[E][d]

bevisprivilegier havde været både spændende og givende for belysning af forskelle og ligheder på tværs af disse. Denne afgrænsning er foretaget henset til specialets begrænsede omfang.

Specialet vil imidlertid søge at drage konklusioner ved i et vist omfang også at observere det såkaldte mediationsprivilegium.¹⁰ Dette er som følge af, at den funktionelt komparative metode, som anvendes i specialet til analyse, beskæftiger sig med effekten af regler fremfor deres konkrete udformning.¹¹ Når mediationsprivilegiet inddrages i en undersøgelse af forligsprivilegiet skyldes det derfor, at privilegierne har et betydeligt overlap i forhold til deres formål og effekt.

Mediationsprivilegiet finder anvendelse i forbindelse med forhandlinger, hvor en uafhængig tredjepart faciliterer dialogen mellem parterne.¹² Som følge af forligsprivilegiet finder anvendelse på forhandlinger, uanset om en tredje part er til stede, er det vanskeligt at forestille sig en situation, hvor kommunikation er beskyttet af mediationsprivilegiet men ikke opfylder betingelserne for, at forligsprivilegiet finder anvendelse. På denne baggrund bliver mediationsprivilegiet med rette betragtet som en undergruppe af forligsprivilegiet¹³, hvilket også understøttes af, at de to principper er funderet i de samme hensyn.¹⁴

Som præsenteret ovenfor adskiller forligsprivilegiet sig fra andre privilegier ved både at være et produkt af en aftale mellem parterne og alment nyttige hensyn.¹⁵ Dette er en af årsagerne til, at netop forligsprivilegiet er valgt som fokus for nærværende speciale, idet det rejser en række spørgsmål som voldgiftsdommerne skal søge at besvare, hvortil løsningerne ikke just står i kø. En løsning kunne imidlertid være anvendelsen af transnational ret, da det potentielt kunne lette byrden for voldgiftsdommerne, når disse skal foretage et lovvalg, som skal søge at imødekomme både de almennyttige hensyn, parternes aftale og medfører en voldgiftskendelse, der kan håndhæves.

I denne sammenhæng er transnational ret interessant, fordi konceptet – modsat lovvalgsregler – ikke søger at anvende ét lands regler, men derimod arbejder med identifikationen af nogle generelle transnationale principper.¹⁶ Mens parterne qua partsautonomien kan gøre deres kontrakt til genstand for disse principper¹⁷, kan de også fungere til udfyldning, dersom parterne ikke har foretaget et lovvalg.¹⁸ På området for bevisprivilegier, hvor parterne sjældent aktivt har truffet et sådant, vil et transnationalt forligsprivilegium således potentielt kunne give voldgiftsribunalerne et redskab til løsning af de problematikker, der er forbundet med det manglende lovvalg.¹⁹

Som det vil fremgå nedenfor, vil det specialet arbejde med transnational ret som værende en metode frem for begrænset til en liste.²⁰ Når nærværende afhandling samtidig søger at kortlægge, om forligsprivilegiet kan anses for et generelt transnationalt princip, synes det nødvendigt at specificere, at dette ikke må misforstås som værende selvmodsigende, da dette kunne opfattes som værende et bidrag til liste-tilgangen. Snarere skal afhandlingen ses som et forsøg på at behandle udfaldet af den analyse som voldgiftsribunalerne forventes at udføre, når den transnationale metode udvælges som løsning på parternes manglende lovvalg ift. bevisprivilegier.

Desuden bør det pointeres, at når transnational ret behandles nedenfor som en del af introduktionsafsnittet fremfor i et selvstændigt afsnit, skyldes det de uenigheder, der er forbundet med emnet. Disse

¹⁰ På engelsk "mediation privilege"

¹¹ Se neden for afsnit 1.2.3.

¹² Se Berger (2008), s. 265

¹³ Se Malek (2024), ¶ 24-51; O'Malley (2019), s. 296; se også Thanki (2018), ¶ 7.27

¹⁴ Se Berger (2008), s. 269

¹⁵ Se ovenfor hvor der henvises til *Cutts v. Head*, s. 16

¹⁶ Se Moses (2024), s. 70

¹⁷ Se Born (2021), ¶19.03[F][1]

¹⁸ Se Lew et al (2003), s. 435

¹⁹ Se nærmere om i afsnit 4

²⁰ Se nedenfor i afsnit 1.2.3.

uenigheder stiller nogle afgrænsningsmæssige krav til den, der søger at anvende og beskrive transnational ret, der både er definatoriske, indholdsmæssige og metodiske, som naturligt hører hjemme i et introduktionsafsnit. Dette medfører også, at specialets metodeafsnit vil fremstå mere omfattende, end hvad der typisk er tilfældet for et juridisk speciale. Det er dog vigtigt at understrege, at specialet ikke søger at yde et bidrag til den omfattende diskussion af transnational ret, men snarere søger at bruge transnational ret inden for nogle nærmere afgrænsede rammer. Denne nærmere afgrænsning foretages i afsnit 1.2.

Nærmere om specialets struktur kan siges, at det indledes med en generel behandling af transnational ret. Dette giver efterfølgende anledning til at overveje, hvilken betydning det vil have for parterne, hvis forligsprivilegiet anses for at være et generelt transnationalt princip, samt om et sådant princip overhovedet er ønskværdigt i international voldgift. I lyset af dette kortlægges det, hvorvidt der findes argumenter for at konkludere, at der findes et transnationalt forligsprivilegium. Afslutningsvist giver disse observationer anledning til at spørge, hvorvidt og hvornår transnationale principper vil kunne anvendes.

1.2. Transnational ret

Transnational ret har i årtier været et omdiskuteret emne med *transnationalister* i den ene lejr og *traditionalisterne* i den anden.²¹ Indledningsvist var det selve eksistensen af transnational ret, som gav anledning til diskussion.²² I dag er billedet dog et andet, og transnational ret nyder større anerkendelse. Dog fordrer uenigheder blandt transnationalisterne fortsat, at der i forbindelse med arbejdet med transnational ret foretages en nærmere afgrænsning af, hvad der forstås ved konceptet og indholdet heraf.²³ Dette er genstand for analyse i det følgende, hvor der indledningsvist vil blive foretaget en definatorisk diskussion af begrebet 'transnational ret' (1.2.1.). Dernæst vil der blive foretaget en behandling af, hvilke kilder, som danner grundlag for transnational ret (1.2.2.). Afslutningsvist vil transnational ret som metode blive taget under lup og diskuteret ift. dets anvendelse i specialet (1.2.3.).

1.2.1. Definitionen af transnational ret

Der eksisterer næppe én klar definition af, hvad der forstås ved *transnational ret*. Der synes end ikke at være enighed om terminologien inden for dette felt.

Ved beskrivelse af regler andre end dem, der udspringer af et givent retssystem, bruger nogle forfattere termen *a-nationale regler*; andre taler om *international handelsbrug*, mens en flerhed synes at henholde sig til *transnationale regler* eller *lex mercatoria*.²⁴ For den nærværende fremstilling vil *transnational ret* blive anvendt fremfor *lex mercatoria*, idet sidstnævnte i litteraturen hovedsageligt er blevet brugt som betegnelse for materielle regler.²⁵ Dette valg er truffet på baggrund af, at der ikke er enighed om karakteriseringen af forligsprivilegiet som værende et processuelt eller materielt anliggende.²⁶

Det giver anledning til særligt to problemer at fastlægge en definition af transnational ret. Dels må det overvejes, om konceptet defineres ud fra dets indhold eller på baggrund af dets kilder, og dels må der tages stilling, om der er tale om en liste af regler eller en metode til fastlæggelse af sådanne.²⁷

I forbindelse med den første problemstilling har Professor Gaillard argumenteret overbevisende for, at den korrekte tilgang er at definere konceptet efter dets kilder.²⁸ Argumenterne for at afgrænse transnational ret efter sit indhold er, at grænseoverskridende forhold angiveligt forudsætter nogle særlige regler,

²¹ Se Berger (2001), s. 1; Gaillard & Savage (1999), s. 808

²² Se Gaillard (2001), s. 54

²³ Ibid.

²⁴ Se Gaillard & Savage (1999), s. 805 f.; Lew et al (2003), s. 453

²⁵ Se Born (2021), ¶19.04 [C][4]; Lew et al (2003), s. 453 f.; Toth (2017), s. 50; se om transnationale processuelle regler under betegnelsen *lex mercatoria processualis* i Draetta (2014), s. 329 ff.

²⁶ Se ovenfor hvor der henvises til Aksen et al (2005), s. 764; Sindler & Wüstemann (2005), s. 624; Waincymer (2012), s. 803

²⁷ Se Gaillard (2001), s. 53 ff.; se også Blackaby et al (2023), ¶ 3.191; Lew et al (2003), s. 455; Waincymer (2012), s. 1007

²⁸ Se Gaillard (2001), s. 55

der ikke nødvendigvis lader sig finde i de nationale retssystemer. Efter dette ræsonnement er transnationale regler således udfyldningsregler, der sørger for at udfylde manglerne ved nationale regler i relation til internationale forhold.²⁹ En kritiker af transnational ret beskriver i denne sammenhæng konceptet som værende en *laissez-faire* doktrin, hvis indhold er så udefinerbart, at det savner opbakning uden for den akademiske litteratur.³⁰ Gaillard er omvendt af den opfattelse, at *særegenhederne* ved transnational ret udspringer af, at konceptet bygger på en flerhed af juridiske kilder fra forskellige retssystemer.³¹ Det er således ikke indholdet af reglerne, der afgrænser konceptet, men kilden hvorfra reglerne stammer.

Herpå følger spørgsmålet, om transnational ret består af en liste over regler, eller om der snarere er tale om en metode, som kan anvendes til at kortlægge bredt anerkendte principper med henblik på at løse en given problemstilling. Der har igennem tiden været adskillelige forsøg på at nedfælde transnationale regler i listeformat.³² Mens det langt fra er alle disse forsøg, der er udtryk for opbakning om at anskue transnational ret som værende på et sådant format, så har denne tilgang mødt en vis støtte i litteraturen.³³ I denne henseende kan der også med rette skeles til UNIDROIT principperne eller lignende³⁴. Blandt de klare fordele ved denne tilgang er, at transnational ret hermed bliver lettere tilgængelig, mens det også modsvarer dem, der kritiserer transnational ret for at være for vag.³⁵ På den anden side er tilgangen blevet kritiseret for at savne den fleksibilitet, der er forbundet med transnational ret og international voldgift.³⁶

Denne kritik har Professor Berger forsøgt at imødekomme ved sin tilgang, som han omtaler som *the creeping codification* af transnational ret. Denne tilgang har til formål at etablere en liste af transnationale principper, der er i stand til hurtigt og løbende at forme sig i takt med ændringerne international handel.³⁷ Dermed søger Berger at etablere en mellem vej, idet han ikke anser udarbejdelsen af en liste og metode-tilgangen som værende *antagonistiske*.³⁸

Denne afhandling anskuer imidlertid transnational ret som en metode, og derfor benyttes den *funktionelle komparative metode*, som Professor Gaillard flittigt har advokeret for udgør ét af de centrale elementer i den transnationale metode, som han beskriver således:

*“This approach consists [...] in deriving the substantive solution to the legal issue at hand not from a particular law selected by a traditional choice-of-law analysis, but through a comparative law analysis”.*³⁹

Blandt fordelene ved denne tilgang frem for en traditionel lovvalgsanalyse er, at den muliggør, at den bredest anerkendte og mest veletablerede regel kan anvendes til løsning af en given problemstilling, fremfor en regel, der nyder mindre tilknytning og måske endda er helt særegen for en given jurisdiktion.⁴⁰ I forhold til liste-tilgangen adskiller denne sig blandt andet ved, at det altid vil være muligt at finde en løsning på en given problemstilling ved anvendelse af transnational ret.⁴¹ Dette skyldes, at etableringen af transnational ret med denne tilgang er en formbar og dynamisk proces.⁴²

²⁹ Ibid.

³⁰ Se Mustill (1986), s. 117

³¹ Se Gaillard (2001), s. 55 f.

³² Se eks. Mustill (1986), s. 110 ff.; se også Lew et al (2003), s. 458 ff.; Waincymer (2012), s. 1008 f.

³³ Se Berger (2010), s. 268; Mustill (1986), s. 110 ff.

³⁴ Se også PECL

³⁵ Se Gaillard (2001), s. 56

³⁶ Se Blackaby et al (2023), ¶ 3.192; se også nedenfor i afsnit 2.5.

³⁷ Se Berger (2010), s. 270; se også <http://www.trans-lex.org> hvor Berger søger at opdatere sin liste over transnationale principper

³⁸ Se Berger (2010), s. 268

³⁹ Gaillard (2001), s. 55

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Se Blackaby et al (2023), ¶ 3.194

⁴² Se Lew et al (2003)

Professor Berger kan da også se fordele ved at benytte metode-tilgangen, idet han anerkender, at udarbejdelsen af lister kan medføre den u hensigtsmæssige situation, hvor to parter har henholdt sig til to forskellige lister.⁴³ Han er dog også af den holdning, at metode-tilgangen ikke forholder sig til de vanskeligheder, der er forbundet med at afgøre indholdet af transnationale regler alene på baggrund af den funktionelt komparative metode.⁴⁴ Hertil er det imidlertid Professor Gaillards holdning, at metode-tilgangen hjælpes på vej af de mange udførlige lister af generelle principper, der i dag eksisterer, samt internationale traktater, et stort antal publicerede voldgiftskendelser m.m.⁴⁵ Metode-tilgangen kan således komplimenteres af liste-tilgangen, men bør ikke begrænses hertil.

Gaillard beskriver den transnationale metode som værende en tretrins-test⁴⁶, hvoraf de første to trin er af særlig interesse i forbindelse med den praktiske anvendelse af testen. Mens dette også er tilfældet for det sidste trin, så er det imidlertid også dét trin, som sætter rammen for nærværende speciale. I forbindelse med udførelsen af den transnationale metode pointeres det dog, at de tre *trin* er indbyrdes afhængige. Det synes således mere passende at betragte det som en test bestående af tre *elementer*, end en tjekliste, der bør udføres fra top mod bund.

Det første element foreskriver, at voldgiftstribunalet skal iagttage, hvad parternes intentioner er. Eksempelvis kunne parterne have indikeret, at de ønsker, at tribunalets analyse begrænses til kilder fra nogle bestemte lande eller en bestemt region. Ifølge det andet element er det op til tribunalets at se parternes påstande i lyset af de regler, som de analyserer sig frem til, finder anvendelse. Det må vurderes, om påstandene nyder støtte i de kilder, som tribunalets bruger i sin analyse, og hvis ikke skal tribunalets tage stilling til, om påstandene potentielt må afvises. I henhold til det tredje element må tribunalets afgøre, om en given regel nyder tilstrækkelig tilslutning til, at denne lader sig kvalificere som et generelt retsprincip. Det er således i denne forbindelse, tribunalets skal udføre den funktionelle komparative analyse, som dette speciale vil beskæftige sig med.

Det må her pointeres, at det *ikke* er en forudsætning for at konkludere, at der er tale om et generelt retsprincip, at der er entydig opbakning om princippet.⁴⁷ Dette er klart, da det ville medføre det utilfredsstillende resultat, at enkelte jurisdiktioner ville have mulighed for at hindre dannelsen af transnationale regler ved at indtage eller fastholde en retsstilling, som er fremmed for eller forældet i andre jurisdiktioner. Formålet er således at afsøge og lokalisere generelt accepterede regler, modsat en lovvalgsanalyse, der blot forsøger at benytte den mest passende regel blandt dem, der er relevante for den pågældende tvist.⁴⁸

På baggrund af det ovenstående arbejdes der i specialet med transnational ret som værende et koncept, der på baggrund af specifikke kilder og ved en funktionel komparativ analyse af disse søger at identificere bredt accepterede retsprincipper til løsning af konkrete tvister. Det er herpå interessant at observere, hvilke kilder der er relevante for en sådan komparativ analyse.

1.2.2. Kilder i transnational ret

På baggrund af definitionen i ovenstående afsnit er det klart, at kilderne i transnational ret er dén afgørende faktor i kortlægningen dets indhold. Terminologien *transnational ret* er i relation til dets kilder rammende, da der ikke blot er tale om *internationale* normer. Snarere er der tale om kilder, som både er transcenderende horisontalt – på tværs af landegrænser – og vertikalt – på tværs af forskellige normative niveauer.

Retskilderne, som danner grundlag for specialets analyse, er nationale regler og praksis, internationale regelsæt samt international praksis.⁴⁹ I forhold til retskildeværdien af disse er Professor Gaillard af den

⁴³ Se Berger (2010), s. 258

⁴⁴ Se Berger (2010), s. 257

⁴⁵ Se Gaillard (2001), s. 56 f.

⁴⁶ Se Gaillard (2001), s. 57; se også Tweeddale & Tweeddale (2005), s. 195

⁴⁷ Se Gaillard (2001), s. 57

⁴⁸ Se Gaillard & Savage (1999), s. 816

⁴⁹ Se Gaillard (2001), s. 58 f. Jemielniak (2014), s. 154 ff., Waincymer (2012), s. 1007

holdning, at en komparativ analyse af nationale regler er en *fundamental* kilde til transnational ret.⁵⁰ Det er ligeledes af stor vigtighed at iagttage internationale regelsæt, da disse må anses som udtryk for en fælles holdning blandt en bred skare af stater. Selvom det er klart, at der er forskel på retskildeværdien af hard law som eksempelvis De Forenede Nationers Konvention om Aftaler om Internationale Køb (CISG) og soft law instrumenter som IBA Rules on the Taking of Evidence, så er sådanne soft law redskaber også vigtige i analysen af transnational ret. Dertil følger, at internationale voldgiftskendelser har en vis præcedens i det omfang, at de er tilgængelige for almenheden. Dette gælder også for praksis fra permanente internationale domstole, når sådanne afgørelser reflekterer generelle principper.⁵¹

Den komparative analyse af nationale regler i dette speciale vil være centreret om engelsk, fransk, dansk og amerikansk ret. Disse jurisdiktioner er blevet udvalgt, da det muliggør undersøgelse af retsstillingen i både common law og civil law lande.

Blandt common law nationer er England blevet udvalgt, da der her er en righoldig praksis og stærk tradition for beskyttelse af forligskommunikation med domme tilbage fra 1800-tallet, som stadig flittigt citeres.⁵² USA er blevet udvalgt som den anden common law jurisdiktion, idet tilgangen her adskiller sig fra den engelske – modsat hvad der er tilfældet i adskillelige andre common law jurisdiktioner eks. Singapore, der direkte har adopteret den engelske tilgang.⁵³

Frankrig og Danmark er blevet udvalgt som civil law jurisdiktioner, da Frankrig er en af de største og mest indflydelsesrige jurisdiktioner i Europa, mens Danmark er blevet udvalgt pga. jurisdiktionens tilgængelighed for forfatteren særligt henset til sprogkundskaber og kendskab til retstradition.

Det er væsentligt at understrege, at specialet hverken sigter til eller skal forestille at være en udtømmende komparativ analyse af de forskellige tilgange til beskyttelse af forligsmateriale. Formålet er nærmere at give et indtryk af de brede linjer og de forskelle, der er blandt de udvalgte jurisdiktioner.

Udover nationale regler vil der som nævnt blive inddraget internationale regelsæt. I forhold til bevisprivilegier er disse begrænset til soft law redskaber udstedt af forskellige institutioner. Retskildeværdien af disse er varierende og må naturligt afvejes i forhold til, hvor stor tilslutning, disse redskaber nyder. Særligt IBA-reglerne fremhæves som en afgørende retskilde på bevisområdet i international voldgift.⁵⁴

Analysen af international praksis vil ikke være begrænset til internationale voldgiftskendelser, da der alene er publiceret et ganske beskedent antal kendelser, der direkte behandler beskyttelsen af forligskommunikation. Derfor vil praksis fra det såkaldte "Iran – United States Claims Tribunal" også blive inkluderet, da det er anerkendt, at voldgiftskendelser herfra - på trods af tribunalets helt særlige karakter - har bidraget til udviklingen i international voldgift. Særligt ift. bevisførelse argumenteres der i litteraturen for, at disse sager har haft stor indflydelse:

*"[The Iran – United States Claims Tribunal] is a forum in which for twenty years, arbitrators from disparate legal backgrounds (civil and common law) have forged solutions to a host of legal problems, including recurrent disputes over the discovery of evidence ... [and] its corpus of precedent is a treasure trove of guidance for other international arbitral tribunals, including on issues of discovery."*⁵⁵

Afslutningsvis vil enkelte afgørelser fra ICJ blive inddraget, da disse afgørelser med deres internationale karakter på samme måde må anses for at være udtryk for det internationale samfunds syn på beskyttelse af forligskommunikation. Det er dog klart, at disse sager ikke kan inddrages med den samme retskildeværdi som kendelser fra eks. ICC.

⁵⁰ Se Gaillard & Savage (1999), s. 816; se også Lew *et al* (2003), s. 457, der støtter dette synspunkt ved at udtrykke, at "comparative law is also of paramount importance in determining transnational rules"

⁵¹ Se Gaillard & Savage (1999), s. 817

⁵² Se eks. Jones v. Foxall [1852] og Walker v Wilsher [1889].

⁵³ Se IBA Rapport, s. 4

⁵⁴ Se Godhe (2024), s. 109

⁵⁵ Citatet stammer oprindeligt Brower & Sharpe (2004), s. 312. Her citeret fra Berger (2008), s. 270.

1.2.3. Transnational ret som metode

Som allerede introduceret ovenfor vil afhandlingen behandle transnational ret som værende en metode frem for et koncept afgrænset til en liste. Konkret betyder dette, at specialet vil arbejde med de transnationale kilder som præsenteret ovenfor igennem en funktionel komparativ analyse. Professor Berger beskriver den funktionelle komparative analyse således:

*“This method starts with the practical problem, collects and selects the solutions to be found in various major jurisdictions and presents a solution that is based on a synthesis of the various domestic laws.”*⁵⁶

Den funktionelle komparative metode må ikke forveksles med den formelle komparative metode. Disse adskiller sig derved, at sidstnævnte beskæftiger sig med en doktrinel tilgang, hvor konkrete regler, deres udformning og struktur i forskellige jurisdiktioner er i fokus.⁵⁷ Den funktionelle metode, søger imidlertid at stille skarpt på, hvordan forskellige jurisdiktioner løser et givent problem.⁵⁸ Den funktionelle metode fokuserer således ikke på reglerne som sådan, men effekten af disse.⁵⁹

Den pragmatiske tilgang, som den funktionelle metode tilbyder, egner sig særligt godt til belysning af forligsprivilegiet, når metoden på trods af forskellige udformninger af reglerne og dogmatiske kvalifikationer gør det muligt at udlede nogle generelle principper på tværs af retstraditioner.⁶⁰ Det mister således interesse om forligsprivilegiet kvalificeres som værende af processuel eller materiel karakter samt om privilegiet er reguleret i et lands retsplejelov, i common law doktriner eller noget helt tredje.⁶¹ Metoden er ikke optaget af sådanne kvalifikationer og regelgrundlag, men alene om og hvorledes beskyttelse af forligskommunikationer håndteres.

1.3. Specialets metode i øvrigt

Til opfyldelse af specialets formål gøres der i øvrigt brug af den retsdogmatiske metode. Herved forstås en systematisk analyse og fortolkning af udvalgte retskilder med henblik på at kortlægge gældende ret.⁶² I denne forbindelse anvendes de nationale og internationale regler samt praksis, som er beskrevet ovenfor. Desuden vil litteraturen blive inddraget som bidrag til fortolkningen. Da specialets formål om kortlægning af et transnationalt princip primært søges opnået ved hjælp af den funktionelt komparative metode, er de anvendte kilder blevet udvalgt på baggrund af overvejelser forbundet hermed. Den nærmere gennemgang af specialets kilder er derfor foretaget som led i behandlingen af transnational ret.⁶³

Når den retsdogmatiske metode alligevel præsenteres her, skyldes det metodens samspil med den funktionelt komparative metode. Dette samspil kan beskrives således, at den retsdogmatiske metode anvendes til at analysere retstilstanden både på internationalt niveau og i de respektive jurisdiktioner.⁶⁴ Den funktionelt komparative metode søger derpå at sammenholde og drage konklusioner på baggrund af disse analyser.⁶⁵ Den retsdogmatiske metode kommer med andre ord til at spille rollen som formidler af de elementer, som den komparative metode derefter behandler. Til illustration bruges den retsdogmatiske metode til fastlæggelsen af retsstillingen ift. forligsprivilegiet i engelsk, dansk, fransk og amerikansk ret, hvorefter den funktionelle komparative metode gør det muligt at identificere forskelle og ligheder mellem disse.

⁵⁶ Berger (2010), s. 67

⁵⁷ Se Goode et al (2007), s. 167

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Se Michaels (2019), s. 347

⁶⁰ Se Berger (2010), s. 68; se også Grégoire (2016), s. 164; Michaels (2019), s. 369

⁶¹ Se Grégoire (2016), s. 164

⁶² Se Blume (2020) s. 178; Evald (2024) s. 203 f.; Tvarnø & Nielsen (2021) s. 55.

⁶³ Se ovenfor i afsnit 1.2.2.

⁶⁴ Se Blume (2020), s. 32

⁶⁵ Se Evald (2024), s. 175 f.

2. Betydning af et transnationalt forligsprivilegium

Bevisprivilegier i international voldgift har givet anledning til megen debat i den juridiske litteratur.⁶⁶ Professor Berger citerer rammende en voldgiftsdommer, der angående retstilstanden for bevisprivilegier udtaler, at "the only thing that is clear is that nothing is clear in this area".⁶⁷ Årsagen for dette kan illustreres med et eksempel:

Selskab A med domicil i London⁶⁸ er i en tvist med henholdsvis selskab B, der har domicil i Tokyo⁶⁹ og selskab C, der har domicil i København⁷⁰. Selskab A har leveret 1.000 biler, der viser sig at være behæftet med mangler til både selskab B og C. For at undgå en dyr og tidskrævende voldgiftsproces fremsætter A et forligstilbud til B, hvor A tilbyder at betale 15 mio. kr. for at kompensere for manglerne. Selskab B mener imidlertid at have krav på et større beløb, men samtidig at forligstilbuddet er en klar erkendelse af skyld. B indleder derfor voldgift og fremlægger forligstilbuddet som bevismateriale. Selskab A påberåber sig forligsprivilegiet og mener beviset skal afvises, mens B protesterer mod dette, da sådanne tilbud ikke er beskyttet under japansk ret. Samtidig indleder selskab C voldgiftssag mod selskab A, og da selskab A har hørt rygter om forligstilbuddet søger selskab C produktion af dette tilbud, da C vurderer, at dette kan være et afgørende bevis.

De to voldgiftstribunaler står her i en vanskelig situation, da parterne ikke har truffet et lovvalg, hvad angår forligsprivilegier, og det derfor er op til dem at skønne over forligstilbuddets fremlæggelse og produktion.⁷¹ Tillader tribunalet på baggrund af en lovvalgsanalyse fremlæggelsen af beviset i sagen med selskab B, vil selskab A føle, at dets berettigede forventninger om beskyttelse af forligstilbud er blevet tilsidesat, da en sådan beskyttelse er helt sædvanlig under engelsk ret. Modsat ville selskab B finde det uacceptabelt, hvis dokumentet bliver afvist, da en sådan beskyttelse er fremmed for japansk ret. Benytter tribunalet eksempelvis en *closest connection test* havde selskab B formentlig ikke nydt den samme beskyttelse, hvis situationen havde været omvendt. Derfor vil selskab B gøre gældende, at afvisning af tilbuddet vil være et uretmæssigt indgreb i dets mulighed for oplysning af sagen.

Et lignende spørgsmål presser sig på i forholdet mellem A og C, hvor spørgsmålet samtidig bliver, hvilken grad af beskyttelse, der skal ydes, da beskyttelse af forligstilbud eksisterer i nogen grad i dansk ret, men ingenlunde på samme måde som i engelsk ret.⁷²

Parterne i dette eksempel mærker bagsiden af medaljen til tribunalernes brede skøn. Dette skøn giver tribunalerne mulighed for at operere fleksibelt, men det medfører også, at parterne kan føle sig usikre på deres retsstilling i højere grad, end hvis der eksisterede håndfaste regler.⁷³ Dette afføder spørgsmålet, om eksistensen af et generelt princip for forligsprivilegiet er ønskværdig, da dette potentielt kunne være løsningen på den juridiske usikkerhed og tillige beskytte mod, at parter kan føle sig ledt i baghold, hvor deres velvillige forligstilbud pludselig bliver brugt imod dem. Alternativt kunne det frygtes, at vilkårligheden forbundet med udfaldet af tribunalets lovvalgsanalyse, blot vil blive udskiftet med, om og hvordan voldgiftstribunaler anerkender en regel som værende transnational.⁷⁴

Derfor vil der i det følgende blive taget stilling til, hvorvidt et transnationalt forligsprivilegium er ønskværdigt i international voldgift ud fra, hvilken betydning et sådant vil have for parterne. Dette vil hovedsageligt blive vurderet på baggrund af, hvordan en transnational tilgang adskiller sig fra en traditionel lovvalgsanalyse. Først vil det blive vurderet i forhold til at imødekomme parternes forventninger

⁶⁶ Se Berger (2006), s. 501; O'Malley (2019), s. 286; Tevendale (2009), s. 823

⁶⁷ Berger (2006), s. 501; se også O'Malley (2019), s. 286

⁶⁸ Se IBA Rapport, bilag 5, s. 2 f., hvor der gives et overblik over anvendelsesområdet for forligsprivilegiet i England og Wales.

⁶⁹ Se IBA Rapport, bilag 5, s. 2, hvor IBA-arbejdsgruppen konkluderede, at der ikke eksisterer et forligsprivilegie i japansk ret.

⁷⁰ Se de advokatetiske regler artikel 51; Økjær Jørgensen & Lavesen (2022), s. 244 ff.

⁷¹ Se O'Malley (2019), s. 287

⁷² Se nedenfor i afsnit 3.1.1. og 3.1.3.

⁷³ Se Park (2003) S. 286

⁷⁴ Se Berger (2006), s. 514

(2.1.). Herefter vil der blive taget stilling til implikationerne for voldgiftsafgørelses forudsigelighed, og dermed for parternes vished om egen retsstilling (2.2.). Dette leder videre til en vurdering af betydningen for parternes ligebehandling (2.3.). Der må i øvrigt tages stilling til om transnationale regler vil gøre uforholdsmæssigt indgreb i voldgiftsdommernes fleksibilitet (2.4.). Afslutningsvis vil der kort blive knyttet nogle kommentarer til, hvorledes anvendelsen af transnational ret vil have indflydelse på voldgiftskendelsers annullation og håndhævelse (2.5.).

2.1. Parternes forventninger

Voldgiftstribunaler skal i sin vurdering af, om et bevis er genstand for forligsprivilegiet, være opmærksomme på parternes berettigede forventninger, da parterne indretter sig efter, om de forventer et privilegies anvendelighed eller ej.⁷⁵ Ved at værne om disse forventninger beskytter tribunalerne parterne mod at blive efterladt med en opfattelse af, at en voldgiftssag er blevet indledt som led i et bagholdsangreb, hvor den ene part i god tro har indrettet sig efter anvendeligheden af et privilegium.⁷⁶

Dette afspejler sig også i ordlyden af IBA Rules art. 9(3)(c), der foreskriver, at voldgiftsdommerne bør tage parternes berettigede forventninger i betragtning, når de tager stilling til spørgsmål om bevisprivilegier.⁷⁷ Bestemmelsen er blevet fortolket som udtryk for, at hvis den ene part har ret til et privilegium, så bør den anden part også have denne ret – også selvom reglerne om privilegier i partens egen jurisdiktion er strengere.⁷⁸ Meyer påpeger dog, at det er uklart, hvorvidt denne løsning alene gælder, hvor parten, der nyder den bredeste beskyttelse, rent faktisk udnytter sit privilegium.⁷⁹ Han argumenterer dog for, at det næppe kan være tilfældet, da det ville være utilfredsstillende, at den ene part dermed reelt ville kunne agere herre over den anden parts beskyttelsesniveau.⁸⁰ Det noteres, at IBA-reglerne er soft law og dermed ikke finder direkte anvendelse mellem parterne, medmindre det er aftalt.⁸¹

Dersom parterne kommer fra to forskellige juridiske traditioner, og hvor spørgsmålet om forligsprivilegiets anvendelse derfor naturligt vil være mest betændt, er det imidlertid ikke en let opgave at skulle forsøge at varetage hensyn til *begge* parternes berettigede forventninger. Denne opgave bliver ikke lettet af at skulle udføres ved hjælp af en klassisk lovvalgsanalyse, som altid i et vist omfang vil være begrænset af sagens omstændigheder. Omvendt vil anvendelsen af transnational ret tillade anvendelsen af den bredeste anerkendte regel. Gaillard påpeger, at fordelene i den forbindelse er, at voldgiftstribunalet undgår potentielt at skulle anvende *idiosynkratiske* eller *forældede* bestemmelser fra en jurisdiktion som et givent stykke kommunikation eks. har sin nærmeste tilknytning til.⁸² Dermed kan der argumenteres for, at anvendelsen af transnational ret skaber de bedste forudsætninger for at håndtere den svære balancegang, som det er at varetage begge parter berettigede forventninger.

2.2. Forudsigelighed og vished for parterne

Forudsigelighed og vished for parterne om deres retsstilling er helt centrale elementer for at sikre forligsprivilegiets relevans i international voldgift. Uden disse elementer tør parterne næppe henholde sig til, at privilegiet finder anvendelse, og dermed er deres retsstilling ikke meget bedre, end hvis privilegiet ikke fandtes i international voldgift.⁸³ I relation til forligsprivilegiet er det derfor afgørende at undersøge, hvorledes parterne bedst sikres denne forudsigelighed.

På den ene side er det åbenbart, at den største vished ville sikres ved at regulere spørgsmålet om privilegier i aftalen mellem parterne. På den anden side er det lige så klart, at parterne ikke har forudsætningerne for at forholde sig til problemer angående privilegier i en hypotetisk fremtidig tvist på tidspunktet

⁷⁵ Se *Berger* (2006), s. 502

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Se IBA Rules on the Taking of Evidence art. 9(3)(c); se også *O'Malley* (2019), s. 298

⁷⁸ Se *Sindler & Wüstemann* (2005), s. 625

⁷⁹ Se *Meyer* (2007), s. 370

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Se *Blackaby* (2023), ¶ 3.254

⁸² Se *Gaillard* (2011), s. 168

⁸³ Se ovenfor hvor der henvises til *Upjohn Co. v. United States*, s. 14

for kontraktens forhandling. Inddragelse af sådanne elementer i forhandlinger vil alene vanskeliggøre processen.⁸⁴

Hverken lovvalgstilgangen eller anvendelsen af den transnationale ret har kunnet undgå sig at blive kritiseret for ikke at være tilstrækkeligt forudsigelige eller sørge for nok vished for parterne.⁸⁵ Allerede fordi parterne ikke kan vide sig sikre på, hvilken lovvalgsmetode som tribunalet henholder sig til, synes kritikken af denne tilgang velbegrundet. Det er simpelthen ude af parternes hænder, om et givent voldgiftstribunal eksempelvis skønner, at en *least favoured nation test* eller om en *closest connection test* bedre løser den opgave, som tribunalet måtte stå overfor. Hertil følger selvfølgelig usikkerheden forbundet med udfaldet af denne analyse.⁸⁶

I forhold til forudsigeligheden ved anvendelse af transnational ret har kritikken hovedsageligt angået dets indhold, idet kritikkerne er af den holdning, at indholdet vanskeligt lader sig fastslå med tilstrækkeligt klarhed.⁸⁷ Gaillard anerkender, at der er en vis grad af sandhed forbundet med dette, men forsøger dog også at modsvare kritikken.⁸⁸ Som tidligere adresseret så lader generelle transnationale principper sig ikke udtømmende kodificere, hvilket der unægtelig vil være en grad af uforudsigelighed forbundet med.⁸⁹ Dog påpeger Gaillard, at den usikkerhed, der henvises til, er forbundet med international voldgift som tvistløsningsapparat snarere end anvendelsen af generelle transnationale principper.⁹⁰ International voldgift er kendetegnet ved sine tribunaler, der er sammensat på ad hoc basis, som skal søge at anvende nogle regler, de i højere eller mindre grad er bekendte med. Gaillard italesætter i denne sammenhæng, at tribunaler alene kan stræbe efter at opnå samme grad af konsistens som nationale retter i en given jurisdiktion. Det er imidlertid relevant at spørge, om usikkerheden forbundet med en voldgiftskendelse skyldes, at den afsiges på baggrund af generelle transnationale principper, eller at den afsiges af et voldgiftstribunal.⁹¹

Svaret på dette spørgsmål må være, at det er en kombination af begge elementer, men konklusionen må være den samme: Forudsigelighed og vished sikres bedst ved brugen af transnationale regler frem for den nuværende lovvalgssituation, der medfører uvished på flere plan: kvalifikationen af privilegiet, valget af lovvalgsanalyse og udfaldet af denne.⁹² Meyer supporterer dette og udtrykker i denne sammenhæng:

*“Until the debate surrounding privilege is uncoupled from national law, there will always be systematic infringements within the discovery procedure and arbitrary ad hoc decisions which are difficult to predict. Therefore, it is not correct to say that the general principles approach leads to greater legal uncertainty; on the contrary, it represents the first step towards a self-contained, uniform system.”*⁹³

2.3. Ligebehandling af parterne

En af de mest grundlæggende opgaver for enhver voldgiftsdommer er at værne om parternes ret til en retfærdig proces, hvilket blandt andet indebærer, at parterne behandles lige og med rimelighed.⁹⁴ Hvis den ene part bliver givet rettigheder i forhold til bevisførelse, som den anden part ikke nyder, risikerer tribunalet, at voldgiftskendelsen bliver enten annulleret eller ikke kan håndhæves.⁹⁵ Vigtigheden af ligebehandling af parterne i forbindelse med bevisførelse understreges yderligere af IBA Rules art.

⁸⁴ Se Meyer (2007), s. 368

⁸⁵ Se Cohen (2009), s. 437; Gaillard & Savage (1999), s. 811 ff.

⁸⁶ Se Cohen (2009), s. 438

⁸⁷ Se Gaillard & Savage (1999), s. 812; Mustill (1987), s. 117

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Se Lew et al (2003), s. 460 f.

⁹⁰ Se Gaillard & Savage (1999), s. 812

⁹¹ Ibid.

⁹² Se Kuitkowski (2015), s. 101

⁹³ Meyer (2007), s. 378

⁹⁴ Se Berger (2006), s. 516

⁹⁵ Se Born (2021), ¶25.04[B][5]; se også New York Konvention art. V(1)(b); UNCITRAL Model Law art. 18; se nærmere nedenfor i afsnit 2.5

9(2)(g), der fordrer, at tribunalet i udøvelsen af sit skøn tager hensyn til, hvad der er rimeligt og lige for sagens parter. Det er derfor af stor interesse, hvorledes et transnationalt forligsprivilegium stiller voldgiftstribunaler i forhold til at sikre parternes ligebehandling.

Et transnationalt forligsprivilegium fungerer som et stærkt redskab i sikringen af parternes ligebehandling, da begge parter vil være genstand for den samme beskyttelsesstandard. Det er klart, at denne ligebehandling også lader sig opnå ved at anvende en lovvalgsmetode, hvor tribunalet vælger at benytte en *most favored* eller *least favored nation test*, da resultatet umiddelbart synes det samme: Parterne får den samme beskyttelse.

For voldgiftstribunalet er der imidlertid også en betydelig risiko forbundet med at komme til at ekskludere for meget information. På samme måde som det er i parternes interesse at nyde en vis grad af beskyttelse, er det også i deres interesse at kunne oplyse sagen gennem deres bevisførelse. Således skal tribunalet iagttage en balancegang mellem ikke at tillade beviser, der er genstand for privilegier, og samtidig ikke at komme til at ekskludere mere end de burde. Dette kan i værste fald medføre, at en part ikke har nydt en retfærdig proces og dermed lede til håndhævelsesproblemer eller annulation.⁹⁶

Anvendelsen af transnational ret adskiller sig imidlertid fra lovvalgsregler på dette område, idet sidstnævnte potentielt kan medføre anvendelsen af regler, der er helt særegne for én jurisdiktion, eller som er forældede. Et transnationalt forligsprivilegium vil omvendt sørge for, at parterne behandles ens samtidig med, at det sikres, at tribunalet ikke kommer til at anvende en beskyttelsesstandard, der er for streng eller mild på grund af særegenheder ved retstraditionen i en af parternes jurisdiktioner.

2.4. Fleksibilitet

Voldgiftstribunalets fleksibilitet bliver ofte fremhævet som en af fordelene ved international voldgift.⁹⁷ Det er attraktivt for parterne, at tribunalet er i stand til at tilrettelægge voldgiftsprocessen efter deres ønsker. Denne fleksibilitet er imidlertid ikke gratis, da den kommer på bekostning af forudsigelighed og vished for parterne.⁹⁸ Spørgsmålet er herpå, i hvilken grad et transnationalt forligsprivilegium evner at varetage både hensynet til fleksibilitet og forudsigelighed. Berger udtrykker følgende om denne problemstilling:

*“Unlimited rule-making, like unlimited preservation of arbitral discretion, is the wrong approach. Rather, what is needed is a careful balance of both in order to preserve the flexibility of the arbitral process”*⁹⁹

I den nuværende situation er voldgiftstribunaler ofte overladt et ganske bredt skøn ift. bevisførelse, og dermed også bevisprivilegier, idet disse ikke er særskilt reguleret.¹⁰⁰ Betragtes transnational ret som værende en metode frem for en liste, som der er tilgangen adopteret af denne afhandling¹⁰¹, kunne dette imidlertid potentielt være den *omhyggelige balance*, som Berger omtaler. Dette er som følge af, at den transnationale metode fører til anvendelsen af den bredest anerkendte regel set i lyset af parternes intentioner.¹⁰² Dermed indskrænkes tribunalernes fleksibilitet i en sådan grad, at de ikke både skal skønne over privilegiets karakter, valget af lovvalgsmetode samt udfaldet af denne. Tribunalet skal i stedet iagttage parternes intentioner og inden for disse kortlægge den bredest anerkendte regel. Dermed undgås bagsiden af den brede fleksibilitet, som Fry omtaler således:

⁹⁶ Se Meyer (2007), s. 371; Moses (2024), s. 284 f.; New York konventionen art. V(1)(b)

⁹⁷ Se Born (2021), ¶15.01[A]

⁹⁸ Se Waincymer (2012), s. 23 f.

⁹⁹ Se Berger (2006), s. 520

¹⁰⁰ Se eks. UNCITRAL Model Law, art. 19

¹⁰¹ Se ovenfor i afsnit 1.3.3.

¹⁰² Se Gaillard (2001), s. 63

*"The greater flexibility and economy now afforded to arbitral tribunals may in fact undermine what has long been accepted as the desirable goal that it is better that parties should attempt to resolve their disputes themselves."*¹⁰³

Med andre ord er anvendelsen af den transnationale metode en fornuftig middelvej i forsøget på at balancere forudsigelighed og vished på den ene side og fleksibilitet på den anden. Dette er samtidig med, der værnes om forligsprivilegiets underliggende hensyn, således dets relevans i international voldgift opretholdes.

2.5. Annulatio og håndhævelse af voldgiftskendelser

Det er afslutningsvist interessant at betragte, hvilken betydning et transnationalt forligsprivilegium vil have på håndhævelse og anerkendelse af voldgiftskendelser. Der er særligt to situationer, der har interesse i denne sammenhæng. Den første angår det tilfælde, hvor tribunalet ikke har anvendt et privilegium, der er anerkendt på håndhævelsesstedet, mens den anden angår den modsatte situation, hvor tribunalet har ekskluderet beviser, der ville være blevet accepteret på håndhævelsesstedet.

Der synes at være enighed i litteraturen om, at voldgiftstribunaler bør være mest påpasselige med at være for sparsomme i deres anvendelse af bevisprivilegier.¹⁰⁴ Waincymer påpeger dog, at anvendelse af et ikke-ankendt privilegium også kan lede til påstande om, at en part ikke har fået tilstrækkelig mulighed for at oplyse sin sag.¹⁰⁵

I forholdet mellem lovvalgsanalyse og den transnationale metode synes det nærliggende at konkludere, at sidstnævnte har *mindst* sandsynlighed for at afføde voldgiftskendelser, der ikke kan håndhæves. Dette må være tilfældet uanset, hvilken lovvalgsanalyse som tribunalet måtte beslutte sig for at anvende. Selv i det tilfælde tribunalet anvender en *most favoured nation* test, som er den test, der lægger sig nærmest op ad den transnationale metode, tipper vægtskålen i favør for brugen af den transnationale metode fra et håndhævelsesperspektiv. Anvendelse af den generelt bredest anerkendte regel inden for rammerne af parternes intentioner må medføre det resultat, der er mindst tilbøjeligt til at være i uoverensstemmelse med retsordenen på stedet for håndhævelse.¹⁰⁶ En *most favoured nation* test kunne potentielt medføre anvendelsen af en for høj beskyttelsesstandard.

2.6. Delkonklusion

På baggrund af det ovenstående konkluderes det, at et transnationalt forligsprivilegium vil have betragtelig betydning for parterne i en international voldgiftssag. Som diskuteret ovenfor skaber et generelt transnationalt princip et godt fundament for at varetage en række essentielle elementer i international voldgift. På den ene side sørger det i bredt omfang for at værne om *begge* parter berettigede forventninger eller i hvert fald skabe en 'level playing field', hvor ingen af parterne ledes i bagholdsangreb, idet parterne nyder den samme grad af beskyttelse. Desuden vil det skabe den forudsigelighed og vished, der er nødvendig for, at parterne tør henholde sig til privilegiet, hvilket også sørger for, at privilegiets underliggende hensyn varetages. På den anden side giver det tribunalerne den fornødne fleksibilitet, som kendetegner international voldgift uden, at den ender med at forårsage unødigt uforudsigelighed hos parterne.

Fra den nærværende analyse er det også klart, at nogle af disse elementer også kan varetages ved en klassisk lovvalgsanalyse. Særligt en *most favoured nation* test sørger også for ligebehandling af parterne, samt for varetagelse af i hvert fald én af parternes forventninger. Dog tildeles tribunalerne så omfattende fleksibilitet, at parterne næppe kan vide sig sikre på, hvilket beskyttelsesniveau de er genstand for. Det kan medføre, at parterne ikke ved, om og hvordan de skal fremsætte et forligstilbud. Havde situationen om salget af bilerne i eksemplet ovenfor været omvendt, og selskab B med domicil i Tokyo fremsat et forligstilbud, synes det utilfredsstillende og arbitrært, at den bedste løsning er, at beskyttelsesniveauet skal være afgjort af modpartens jurisdiktion (her England). Det bliver desuden

¹⁰³ Fry (1998), s. 5

¹⁰⁴ Se Berger (2008) s. 275, Brower & Sharpe (2004) s. 331, Waincymer (2012), s. 813

¹⁰⁵ Se Waincymer (2012), s. 812

¹⁰⁶ Se New York konventionen art. V(1)(b)

afgørende, om tribunalet vælger at bruge en *most favoured nation* test frem for en *closest connection* test, som ville give to komplet forskellige resultater.

Dette afhjælpes dersom den transnationale metode anvendes, og tribunalet anvender den bredest anerkendte regel fremfor regler, der muligvis er helt særegne for en jurisdiktion eller er udtryk for en forældet tilgang.

3. Er forligsprivilegiet transnationalt?

Forligsprivilegiet har sine rødder i engelsk ret, hvor såkaldt *without-prejudice* kommunikation har nydt beskyttelse siden 1800-tallet.¹⁰⁷ Privilegiet har sidenhen vundet indpas i en lang række jurisdiktioner i forskellige formater, samt nydt international anerkendelse i praksis og ved at blive inkorporeret i internationale regelsæt. I det nærværende afsnit vil disse retskilder danne grundlag for en analyse af, om forligsprivilegiet kan siges at være transnationalt.

Indledningsvist foretages en analyse af retstilstanden for beskyttelse af forligskommunikation i England, Frankrig, Danmark og USA (3.1.). Analysen bredes efterfølgende ud og behandler internationale regler, der beskytter henholdsvis forligskommunikation med og uden tilstedeværelsen af en neutral tredjepart (3.2.). Som sidste trin i analysen inddrages international praksis, hvor beskyttelse af forligsmateriale er blevet behandlet (3.3.). Afslutningsvist behandles det, hvad summen af disse analyser siger om eksistensen af et transnationalt forligsprivilegium (3.4.).

3.1. Nationale regler

3.1.1. England

Det naturlige sted at starte med at betragte enhver regel er ved stedet for dens oprindelse, hvilket for forligsprivilegiet er i England. Her er der stærk tradition og righoldig praksis for beskyttelse af forligstilbud.¹⁰⁸ Den i retspraksis udviklede regel beskytter al kommunikation – både skriftlig og mundtlig – fra at blive fremlagt under en efterfølgende retssag, når kommunikationen er et oprigtigt forsøg¹⁰⁹ på at løse en eksisterende tvist mellem parter.¹¹⁰ En af de mest citerede passager fra retspraksis om hensynene bag reglen er fra sagen *Cutts v Head*, hvor en af dommerne udtalte:

”[P]arties should be encouraged so far as possible to settle their disputes without resort to litigation and should not be discouraged by the knowledge that anything that is said in the course of such negotiations [...] may be used to their prejudice in the course of the proceedings.”¹¹¹

Denne sag citeres desuden flittigt til at illustrere grundlaget for forligsprivilegiet, som må ”*in part derive from an implied agreement between the parties and in part from public policy*”.¹¹² Sondringen kan for en umiddelbar betragtning synes formalistisk, men den har praktisk betydning. For det første betyder det, at såkaldte *opening shots* er beskyttet.¹¹³ For det andet medfører det, at forligstilbud også er beskyttet mod fremlæggelse i sager med tre parter, hvor én af parterne ikke er genstand for den underforstået aftale. For det tredje gør det, at kommunikation heller ikke kan fremlægges i forbindelse med afgørelse af spørgsmålet om fordeling af sagsomkostninger.¹¹⁴

Var privilegiet på den ene side alene funderet i almennyttige hensyn ville der ikke være noget i vejen for, at forligstilbud blev fremlagt efter afgørelse af en sags materielle spørgsmål, hvor der således alene

¹⁰⁷ Se eks. den stadigt hyppigt citerede *Walker v Wilsher* fra 1889

¹⁰⁸ Se *Jones v Foxall* fra 1854 citeret i *Reuben* (2018), s. 534, hvor retten i forbindelse med sin afvisning af et forligstilbud forklarede, at hvis sådanne tilbud blev tilladt ville parter aldrig indgå i forligsforhandlinger.

¹⁰⁹ På engelsk ”genuine attempt”

¹¹⁰ Se *Malek* (2022) ¶ 24-18; *Thanki* (2018) ¶ 7.01; se også *O’Malley* (2019), s. 295

¹¹¹ *Cutts v Head*, s. 10; se også *Scott Paper Co. v Drayton Paper Works Ltd*, s. 156, der også citeres i *Cutts v Head*, hvor en dommer udtaler, at parterne ”[should] be encouraged freely and frankly to put their cards on the table”.

¹¹² *Cutts v Head*, s. 16; se også *Malek* (2022) ¶ 24-18

¹¹³ Se *Malek* (2022) ¶ 24-18

¹¹⁴ *Ibid.*

skal tages stilling til spørgsmålet om sagsomkostninger.¹¹⁵ Dette skyldes, at det fra et almennyttigheds-perspektiv alene virker fremmede for viljen til at søge forlig, hvis modtageren af et *rimeligt* forligstilbud ved, at denne potentielt kan komme til at bære sagsomkostningerne, hvis retten tildeler denne part mindre end, hvad der blev tilbudt i forliget. Omvendt fremmes stædighed og urimelighed, hvis man ved, at man kan afvise gode tilbud uden nogen risiko. Var forligsprivilegiet således alene funderet i almene hensyn ville meget tale for, at forligstilbud gerne måtte fremlægges i forbindelse med spørgsmålet om sagsomkostninger.

På den anden side kunne *opening shots* ikke være beskyttet, dersom privilegiet alene baserede sig på en underforstået aftale, da der ikke endnu kan siges at være indgået en underforstået aftale på tidspunktet for det første tilbud. På samme måde ville forligskommunikation, der er fremsat mellem to parter i forbindelse med en sag, ikke nyde beskyttelse, hvis en af parterne til denne sag blev bedt om at producere kommunikationen i forbindelse med en anden, hvis ikke privilegiet også var funderet i almenlystige hensyn.¹¹⁶ Dette skyldes, at der ikke kan siges at bestå en underforstået aftale mellem parten, der bliver bedt om at producere kommunikationen og den, som beder om produktionen.

En sådan treparts situation opstod i sagen *Rush & Tompkins v. Greater London Council*, som også hyppigt refereres. Sagen angik et treparts forhold mellem Rush & Tompkins, som var entreprenør (E), Greater London Council, der var bygherre (B), og endelig P.J. Carey Plant Hire, der agerede underentreprenør (UE). E og B indgik et forlig angående et krav som E rettede mod B, hvor én af betingelserne var, at E accepterede efterfølgende at bære et direkte ansvar overfor alle underentreprenører, der også måtte have et krav mod B. UE, der mente at have et langt større krav, end det som denne havde fået tildelt, ønskede at få indblik i det indgåede forlig, da UE var overbevist om, at dette dokument ville vise, hvor meget B og E havde kvantificeret dennes krav til i forbindelse med udregningen af forligets størrelse. Derfor søgte UE produktion af forliget mellem E og B. Parterne erkendte, at det indgåede forlig indeholdt sådanne kalkulationer, som UE havde henvist til, men nægtede at udlevere forliget, da det var genstand for privilegiebeskyttelse. Dette var Lord Griffiths og de øvrige Lords enige i:

*“the “without prejudice” rule renders inadmissible in any subsequent litigation connected with the same subject matter proof of any admissions made in a genuine attempt to reach a settlement.”*¹¹⁷

Forligt var således privilegeret desuagtet, der ikke bestod nogen underforstået aftale mellem E og UE. Det gjorde desuden ikke nogen forskel, at der rent faktisk var blevet indgået et forlig, på samme måde som det var uden betydning, om kommunikationen var markeret som ”without prejudice” eller ej. Hvorvidt det er nødvendigt at kommunikationen bærer denne label har været genstand for gentagende behandling i praksis, men med samme resultat hver gang. I forbindelse med et forligstilbud i en patentsag, udtrykte dommeren følgende om brugen af labelen:

*“If a document is marked ‘without prejudice’, that is some indication that the author intended the document so to be treated as part of a negotiating process, and in many cases a recipient would receive it understanding that that marking indicated that that was the author’s intention.”*¹¹⁸

Afgørende er således, at afsenderen havde intention om, at dokumentet skulle være genstand for forligsprivilegiet, og at modtageren måtte opfatte dette som værende intentionen. I denne sammenhæng er labelen brugbar, da den virker som indikation for intentionen. Kommunikation kan således også godt bære labelen uden derved at være beskyttet og vice versa; anvendelsen af privilegiet afhænger af kommunikationens indhold og ikke formen på denne.¹¹⁹

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Se *Rush & Tompkins v Greater London Council*; Malek (2022), ¶ 24-29

¹¹⁷ *Rush & Tompkins v Greater London Council*, s. 3

¹¹⁸ *Schering Corporation v Cipla Ltd*, ¶ 14

¹¹⁹ Se *Thanki* (2019), ¶ 7.13

Interessant for retsstillingen i England er i øvrigt, at den part, der deltager i forligsforhandlinger, er afskåret fra at fremlægge modpartens forligstilbud på samme måde, som denne er afskåret fra at fremlægge sine egne.¹²⁰ Kommunikationen kan altså alene fremlægges ved samtykke fra *begge* parter.

I retspraksis er der imidlertid også udviklet en række undtagelser til privilegiet, hvor forligskommunikation ikke nyder beskyttelse og derfor kan fremlægges. Særligt *Unilever plc v Proctor Gamble Co.* er interessant i denne sammenhæng, da der i denne foretages en opremsning af de udviklede undtagelser. De i denne sag opremsede undtagelser blev bekræftet af den engelske højesteret i den nyere sag, *Oceanbulk Shipping & Trading v TMT Asia Ltd.*¹²¹ Da fokus for denne afhandling er et transnationalt forligsprivilegium og ikke en dybdegående analyse af retstilstanden i England, vil der her alene blive givet et overblik over de væsentligste undtagelser.¹²² Forligskommunikation nyder ikke beskyttelse i følgende tilfælde:

1. Når spørgsmålet alene er, om kommunikationen har resulteret i indgåelse af en forligsaftale.¹²³
2. I det tilfælde kommunikationen viser, at den indgæede aftale er ugyldig som følge af vildledning, bedrag eller utilbørlig indflydelse.¹²⁴
3. Kommunikationen viser, at den ene part har givet anledning til en *estoppel*.¹²⁵
4. Når forligsprivilegiet ville fungere som et dække for "*perjury, blackmail or other "unambiguous impropriety"*".¹²⁶
5. I det omfang kommunikationen er fremlagt som *without prejudice except as to costs* må sådan kommunikation fremlægges under afgørelse af spørgsmålet om sagsomkostninger.¹²⁷

Undtagelsen opremset som nr. 4 har sidenhen været genstand for prøvelse i *Ocean On Land Technology Ltd. & Anor v Richard Land & Ors.* Sagen gav anledning til at prøve tyngden af den beskyttelse, der ydes gennem forligsprivilegiet. På baggrund af sagen kan det konstateres, at der skal være tale om vægtige grunde for at undtage kommunikation fra privilegiet:

"[...] it is necessary to show that the without prejudice rule is being used to cloak wholly improper conduct and the possibility of perjury will not suffice."¹²⁸

På baggrund af det ovenstående kan det således konkluderes, at der i engelsk ret er stærk tradition for tildeling af privilegie til forligskommunikation. Beskyttelsen hviler dels på en underforstået aftale mellem parterne og dels på almenyttige hensyn, og der skal vægtige grunde til for at afvige fra privilegiets anvendelse. Endelig forudsætter fremlægges af forligskommunikation samtykke fra begge parter – også når det angår egne tilbud.

3.1.2. Frankrig

Tilgangen i Frankrig afviger betydeligt fra den engelske. Beskyttelsesstandard, der anvendes i Frankrig, adskiller sig derved, at forligskommunikation ikke nyder beskyttelse *per se*. Dette skal dog ikke forstås, som at der ikke søges at værne om forligsforhandlinger for dermed at opmuntre parterne til at indgå i sådanne.¹²⁹

I Frankrig opnås dette blot ved at yde beskyttelse til kommunikation mellem parternes repræsentanter.¹³⁰ Denne beskyttelse omfatter al kommunikation mellem advokater, der *under ingen omstændigheder*¹³¹

¹²⁰ Se *Cutts v head*, s. 12; *Walker v Wilsher*, s. 337

¹²¹ Se *Oceanbulk Shipping & Trading TMT Asia Ltd.*, s. 12 ff.

¹²² Se for nærmere herom i *Malek* (2022), ¶¶ 24-25 – 24-28, 24-46 – 24-50; *Thanki* (2019), ¶ 7.32-7.41

¹²³ Se *Unilever plc v Proctor Gamble Co.*, s. 9

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ocean On Land Technology Ltd. & Anor v Richard Land & Ors.*, ¶ 122

¹²⁹ Se *Fry* (1998), s. 3

¹³⁰ Se *Aksen et al* (2005), s. 754; *IBA Rapport*, s. 12

¹³¹ Oversat fra fransk "*peuvent en aucun*"

må fremlægges i retten.¹³² Forligsprivilegiet indgår således som en del af det såkaldte advokat-klient-privilegium under fransk ret, og nyder dermed ikke særskilt regulering som i England. Det betyder, at forligskommunikation fremsat direkte mellem to parter ikke vil være beskyttet. Det er imidlertid langt fra usædvanligt, at forligstilbud bliver fremsat af parternes repræsentanter. Omfanget af beskyttelsen er således ikke så forskellig, som den måtte synes for en umiddelbar betragtning, når forligstilbud ikke selvstændigt er genstand for beskyttelse.

På samme måde som i England er muligheden for efterfølgende at komme til at fremlægge materiale, der er omfattet af beskyttelsen, ganske begrænset. I Frankrig kan end ikke parterne selv frigøre sine repræsentanter fra deres pligt til at holde materialet fortroligt.¹³³

Selvom det ikke er et krav, at kommunikation i England markeres som værende *without prejudice*, fungerer dette som en klar indikation på, hvordan den fremsættende part forventes at behandle materialet. I Frankrig opereres der ikke med en sådan markering af privilegeret materiale. Modsat bruges *official* som markering af dokumenter, der *gerne* må fremlægges.¹³⁴

Straffen for overtrædelse af dette forbud er da også betragtelig. En parts repræsentant som fremlægger fortroligt materiale risikerer fængselsstraf i op til ét år samt en bøde på € 15.000.¹³⁵

3.1.3. Danmark

I Danmark findes der næppe et forligsprivilegium, som det der findes i England – og dog. Ligesom det, der til dels er tilfældet i Frankrig og andre civil law jurisdiktioner, har Danmark reguleret beskyttelsen af forligskommunikation gennem de advokatetiske regler. Modsat Frankrig er beskyttelse af forligstilbud direkte reguleret i Danmark, og således ikke blot som led i øvrig beskyttelse, hvilket er gjort i de advokatetiske regler art. 51.

Formålet med denne regel er da også at opmuntre parterne til at indgå i forligsforhandlinger – ikke kun for at samfundet kan spare tid og penge på at undgå retlige afgørelser, men også så parterne selv kan gøre det.¹³⁶

I dansk ret er det klare udgangspunkt imidlertid, at det står parterne frit for at oplyse sagen, som de ønsker.¹³⁷ Det er herefter op til retten at afvise beviser, som den skønner, er uden betydning for sagen.¹³⁸ Økjær Jørgensen og Lavesen argumenterer i denne sammenhæng for, at forligstilbud er kendetegnet ved, at de er fremsat med henblik på en ”her og nu løsning” på en tvist.¹³⁹ Derfor vil sådanne tilbud savne betydning for udfaldet af det materielle spørgsmål. Retten bør som følge heraf som udgangspunkt helt afvise førelsen af forligstilbud som bevis, jf. RPL § 341.

Hvorvidt dette praktiseres, er imidlertid tvivlsomt, idet mængden af praksis med dette udfald er ganske sparsom. Ét eksempel på dette lader sig dog finde i Advokatnævnets kendelse med sagsnr. 2014-3739, hvor en advokat vedlagde korrespondance om et forlig i forbindelse med sin anmodning om skifterettens bistand til en bodeling. Modpartens advokat protesterede mod denne vedlæggelse, og da den fremlæggende advokat ikke havde nogen indvendinger imod dette, udgik dokumentet. Ud fra måden kendelsen er formuleret, er det uklart, hvilken rolle det har spillet, at der var tale om forligskorrespondance, og hvilken rolle det er blevet tillagt, at den fremlæggende part ikke har protesteret mod, at denne

¹³² Se Règlement Intérieur National de la profession d’avocat, art. 3.1.; se også décret n° 2023-552 du 30 juin 2023 portant code de déontologie des avocats, art. 4

¹³³ Se *Granrut* (2013), s. 174

¹³⁴ Se Règlement Intérieur National de la profession d’avocat art. 2.2.; se også *Granrut* (2013), s. 173

¹³⁵ Se Code pénal art. 226-13

¹³⁶ Se *Økjær Jørgensen & Lavesen* (2022), s. 244

¹³⁷ Se *Bang-Pedersen et al* (2024), s. 119

¹³⁸ Se RPL § 341

¹³⁹ Se *Økjær Jørgensen & Lavesen* (2022), s. 244; se også *Gomard et al* (2012), s. 663

kommunikation skulle udgå fra sagen. Mængden af praksis, hvor forligskommunikation *ikke* er blevet ekskluderet, er af større omfang.¹⁴⁰

Den typiske reaktion fra Advokatnævnet er at udtale sin kritik til den advokat, der har fremlagt kommunikationen, da dette er tilsidesættelse af god advokatskik.¹⁴¹ I nogle tilfælde idømmes advokaten i øvrigt en bøde for sin overtrædelse, dog langt mindre end tilfældet er i Frankrig.¹⁴²

Interessant ift. retsstillingen i England og Frankrig er i øvrigt, at det i Danmark er muligt at fremlægge egne forligstilbud uden samtykke fra modparten.¹⁴³ Dette forudsætter dog, at modpartens forligsforslag hverken direkte eller indirekte afsløres af fremlæggelsen af eget forligstilbud.¹⁴⁴

3.1.4. USA

Som følge af særegenhederne ved det amerikanske retssystem vil denne del af analysen hovedsageligt fokusere på den føderale lovgivning og således ikke gå i detaljer med reguleringen af forligsprivilegiet på delstatsniveau.

I forbindelse med behandlingen af amerikansk ret er det desuden nødvendigt at præcisere, at afhandlingens metode gør det nødvendigt betragte den amerikanske retstilling for både privilegie beskyttelse samt begrænsninger i muligheden for fremlæggelse af beviser. Modsat det, som er tilfældet i engelsk ret, medfører den omfattende regulering af bevisproduktion i amerikansk ret¹⁴⁵, at spørgsmålet om bevisfremlæggelse¹⁴⁶ ikke er reguleret på samme måde som privilegiet i bred forstand. Den funktionelle komparative metode medfører imidlertid, at det er mindre interessant, hvorledes den pågældende jurisdiktion udformer sin regulering. Det er den beskyttelsesstandard, som reguleringen resulterer i, der er i fokus.

I USA er reguleringen på et føderalt niveau udformet ved en bestemmelse, der yder en generel privilegiebeskyttelse, samt en bestemmelse som regulerer fremlæggelse forligskommunikation. Dette er reguleret i henholdsvis Fed. R. Evid. Rule 501 og Rule 408. Sidstnævnte regulerer således ikke forligsprivilegiet *per se*, men regulerer alene muligheden for at *fremlægge* forligsmateriale. Samspillet mellem disse bestemmelser har være genstand for megen analyse og behandling i den juridiske litteratur og i retspraksis.¹⁴⁷

Den såkaldte *Committee on the Judiciary* har i sine noter til Rule 408 udtalt, at denne regel dels er baseret på et ønske om at fremme forligsforhandlinger, men også dels den betragtning at forligstilbud er irrelevante som beviser i en senere retssag, da tilbuddet formentlig er mere motiveret af et ønske om et forlig end en erkendelse af skyld.¹⁴⁸ Dermed er reglen funderet i de samme hensyn, som er tilfældet i de øvrige jurisdiktioner, og der er desuden overlap med den eksklusionsgrund, som Økjær Jørgensen og Lavesen peger på i dansk ret.¹⁴⁹

Udvalget har ligeledes udtalt sig om Rule 501. Formålet med reglen er, at den overlader det til domstolene at fortolke, hvilke privilegier, der indenfor nogle brede rammer, finder anvendelse.¹⁵⁰

Konkluderes det således, at Rule 501 omfatter et forligsprivilegium, består der et betydeligt overlap mellem Rule 501 og Rule 408. Den beskyttelse, der ydes af Rule 408 vil i bedstefald være overflødig,

¹⁴⁰ Se eksempelvis U 2004.2934 H, Advokatnævnets kendelse sagsnr.2008-02-0711, der blev stadfæstet af byretten i BS 39B-6821/2008 og Advokatnævnets kendelse sagsnr. 2012-3803.

¹⁴¹ Se Advokatnævnets kendelse sagsnr. 2014-3739.

¹⁴² Se BS 39B-6821/2008; U 2004.2934 H

¹⁴³ Se de advokatetiske regler, art. 51, stk. 2

¹⁴⁴ Se Økjær Jørgensen & Lavesen (2022), s. 245

¹⁴⁵ Se eksempelvis Fed. R. Civ. Rule 26

¹⁴⁶ Oversat fra engelsk "admissibility"

¹⁴⁷ Se *Goodyear Tire & Rubber Co v Chiles Power Supply; In Re MSTG, INC.; Lauderdale* (2005), s. 306 ff.; se også *Reuben* (2018), s. 588

¹⁴⁸ Se *Fed. R. Evid. 408 advisory committee* noter til ændringen i 1975

¹⁴⁹ De advokatetiske regler art. 51, jf. RPL § 341, se nærmere herom i afsnit 3.1.3.

¹⁵⁰ Se *Fed. R. Evid. 501 committee on the judiciary*

dersom Rule 501 indeholder et forligsprivilegium, mens undtagelserne til Rule 408 beskyttelse får stor interesse, da man i så fald må spørge, om disse også gælder i forbindelse med Rule 501. Den egentlige retstilling i forhold til forligsprivilegiet skal derfor kortlægges gennem praksis ang. Rule 501 sammenholdt med Rule 408.

I sin artikel fra 2008 citerer professor Berger den ifølge ham *skelsættende* dom *Goodyear Tire & Rubber Co v Chiles Power Supply* fra den sjette amerikanske appeldomstol fra 2003.¹⁵¹ På baggrund af denne konkluderer han, at der er så stærk opbakning om forligsprivilegiet, at beskyttelsen i vidt omfang er underforstået og sågar *selvindlysende*.¹⁵²

Sagen fra 2003 angik Goodyears leverance af gummirør til Heatway, der skulle anvendes til nogle varmesystemer, som Heatway producerede og solgte til forbrugere. Disse varmesystemer viste sig at være behæftet med mangler, hvorefter flere forbrugere begyndte at rette krav mod Heatway. Som følge heraf tilbageholdt Heatway to millioner dollars, som selskabet skyldte Goodyear. Dette resulterede i, at Goodyear anlagde sag mod Heatway, og i den forbindelse initierede parterne forligsforhandlinger. Heatway gik sidenhen konkurs. Forbrugerne ønskede efterfølgende at gøre deres krav gældende mod Goodyear og ønskede i forbindelse med sagsanlægget at fremlægge materiale fra forligsforhandlingerne mellem parterne. I første instans blev dette afvist under henvisning til Rule 408.

Denne afgørelse blev appelleret og appelretten foretog herefter en grundig analyse af muligheden for at anerkende et forligsprivilegium på baggrund af det brede skøn overladt i Rule 501 og appelretten behandlede således ikke sagen under Rule 408. Indledningsvis noterede retten, at Rule 501 ikke *frøs* retstillingen på tidspunktet for dens indførelse.¹⁵³ Den overlod blot til domstolene at foretage den videre udvikling på området. Under henvisning til omfattende praksis vurderede retten herefter retstillingen ift. bevisprivilegiet og noterede, at for at blive anerkendt forudsættes det, at et underliggende almennyttigt hensyn vejer tungere end princippet om at bruge alle tænkelige midler til at finde frem til sandheden.¹⁵⁴ Desuden kræves det, at hensynet vejer tungere, end den bevismæssige værdi af de beviser, som bliver ekskluderet på baggrund af privilegiet. Appelretten stadfæstede herefter afgørelsen med følgende begrundelse:

”[The parties] *must be able to make hypothetical concessions, offer creative quid pro quos, and generally make statements that would otherwise belie their litigation efforts. Without a privilege, parties would more often forego negotiations for the relative formality of trial. Then, the entire negotiation process collapses upon itself, and the judicial efficiency it fosters is lost.*”¹⁵⁵

Det er således tydeligt, at appeldomstolen i 2003 anerkender forligsprivilegiet som værende et af de bærende redskaber for at sikre et godt miljø i forligsforhandlinger, hvorfor det underliggende almennyttige hensyn er ganske tungtvejende.

Der er imidlertid meget, der tyder på, at tilgangen har ændret sig siden *Goodyear*-afgørelsen og Bergers artikel om denne. I sagen *United States v Union Pac. R.R* fra 2007 fra den føderal distriktsdomstol i det østlige Californien¹⁵⁶ behandles spørgsmålet om eksistensen af et forligsprivilegium med stor skepsis. Spørgsmålet om forligsprivilegiet indledes med:

”*The Federal Rules do not recognize a distinct privilege protecting documents generated during settlement discussions from disclosure.*”¹⁵⁷

¹⁵¹ Se Berger (2008), s. 269 f.

¹⁵² Ibid.; se dog også den ældre afgørelse *General Motors Corp. Engine Interchange Litigation* fra 1979 fra den syvende appeldomstol. I denne sag *afviste* retten anerkendelsen af et forligsprivilegium – dog uden at behandle spørgsmålet i samme omfang som i *Goodyear*-afgørelsen.

¹⁵³ Se *Goodyear Tire & Rubber Co v Chiles Power Supply*, s. 5

¹⁵⁴ Ibid., retten henviser her til afgørelsen *Elkins v. United States* fra den amerikanske højesteret

¹⁵⁵ *Goodyear Tire & Rubber Co v Chiles Power Supply*, s. 6

¹⁵⁶ Bemærk at denne distriktsdomstol hører under den niende appeldomstol. *Goodyear*-afgørelsen blev afsagt af den sjette appeldomstol.

¹⁵⁷ *United States v. Union Pac. R.R.*, s. 8

Retten noterede, at der måtte tages stilling til, hvorvidt der forelå tilstrækkeligt tungtvejende grunde til at afvige fra princippet om at bruge alle tænkelige midler til at etablere sandheden. Det må lægges til grund, at retten således laver den samme test, som i *Goodyear*-afgørelsen – dog uden henvisning til den relevante afgørelse fra den amerikanske højesteret.¹⁵⁸ Interessant er, at retten kommer til det modsatte resultat.

I sin konklusion lægger retten vægt på, at anvendelsen af Rule 501 til etablering af et generelt forligsprivilegium ville *invadere Rule 408's område*.¹⁵⁹ Retten tilføjede desuden:

“[The court] is not in a position to rewrite Rule 408 to automatically protect from discovery all documents generated during or upon conclusion of settlement discussions.”¹⁶⁰

Retten er således tilbageholdende med at komme til at overskride sine beføjelser ved at anerkende et egentligt forligsprivilegium og dermed *de facto* udvide Rule 408 henset til det betydelige overlap, der ville opstå mellem Rule 501 og Rule 408.

Der er med andre ord betydelig uenighed mellem de forskellige jurisdiktioner i USA, hvor den sjette føderale appeldomstol anerkender et forligsprivilegium¹⁶¹ mens den føderale distriktsdomstol i øst Californien¹⁶² samt den syvende føderale appeldomstol¹⁶³ synes at afvise et sådant. I mangel på en afklarende sag fra den amerikanske Højesteret, synes det nærliggende at skele til den føderale appeldomstol¹⁶⁴, hvis virke ikke på samme måde er begrænset geografisk, som det er tilfældet med de øvrige føderale domstole, men derimod er begrænset til specifikke sagstyper eks. patent- og varemærkesager. Afgørelser fra domstolen har således ikke højere præjudikatværdi, men kan bruges til at belyse nogle tværgående tendenser.

Denne appeldomstol tog stilling til spørgsmålet om beskyttelse af forligskommunikation under Rule 501 i sagen *In re MSTG, Inc.* fra 2011. Sagen angik fastsættelse af royalties i forbindelse med patentlicenser. AT&T havde allerede fået udleveret de egentlige forligsaftaler som MSTG havde indgået med andre licenstagere, men AT&T ønskede også at få udleveret forhandlingsmaterialet, der havde ført til disse aftaler. Dette modsatte MSTG sig under henvisning til, at materialet var genstand for forligsprivilegiet.¹⁶⁵

I sin vurdering af spørgsmålet tog retten stilling til, hvorvidt der var grundlag for at anerkende forligsprivilegiet i amerikansk ret. Mens den amerikanske Højesteret ikke har behandlet spørgsmålet om forligsprivilegiet, så har den identificeret en række faktorer, der danner grundlag for at undersøge anerkendelsen af nye privilegier under Rule 501.¹⁶⁶

Først må den føderale domstol gøre sig klart, om anerkendelsen af et forligsprivilegie er i overensstemmelse med de individuelle staters politiske beslutninger. I denne sammenhæng konkluderede domstolen i sagen, at: “*We are not aware of any state that recognizes a settlement privilege outside the context of mediation. Thus, failure to recognize a federal settlement privilege will not “frustrate the purposes” of any state legislation*”.¹⁶⁷

Dernæst må der tages stilling til, om kongressen har taget stilling til spørgsmålet om beskyttelse af kommunikation fra forligsforhandlinger. Denne vurdering involverer igen sondringen mellem fremlæggelse af beviser og bevisproduktion i amerikansk ret. Domstolen udtaler: “*In enacting Rule 408, Congress did not take the additional step of protecting settlement negotiations from discovery. Adopting a*

¹⁵⁸ Se *United States v. Union Pac. R.R.*, s. 9

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Se *Goodyear Tire & Rubber Co v Chiles Power Supply*

¹⁶² Se *United States v. Union Pac. R.R.*

¹⁶³ Se *General Motors Corp. Engine Interchange Litigation*, der dog synes konkret begrundet

¹⁶⁴ Oversat fra “Court of Appeals for the Federal Circuit”

¹⁶⁵ Se *In re MSTG, Inc.*, s. 3

¹⁶⁶ Se *In re MSTG, Inc.*, s. 4

¹⁶⁷ Ibid.

settlement privilege would require us to go further than Congress thought necessary to promote the public good of settlement [...]".¹⁶⁸

Som tredje trin påpeger domstolen, at Højesteret i forbindelse med tidligere afgørelser har ladet sig influere af en liste af privilegier, som er blevet anbefalet af *the Advisory Committee of the Judicial Conference*. Forligsprivilegiet var ikke blandt de anbefalede privilegier på denne liste.¹⁶⁹

Efterfølgende fremhævede domstolen, at det er afgørende, at det pågældende privilegium vil være fremmende for almenvellet. Domstolen anerkender i denne sammenhæng, at der er meget, der taler for at beskytte forligsförhandlinger i ønsket om at værne om udenretlige forlig. Det er imidlertid domstolens opfattelse at: "*disputes are routinely settled without the benefit of a settlement privilege. It is thus clear that an across-the-board recognition of a broad settlement negotiation privilege is not necessary to achieve settlement.*"¹⁷⁰

Som næstsidsste punkt forholder domstolen sig til de undtagelser, der nødvendigvis må være til et forligsprivilegie i det tilfælde, at det anerkendes. I denne forbindelse peger domstolen på forholdet mellem Rule 501 og Rule 408: "*Documents related to settlement negotiations would typically be relevant and discoverable to the extent that such evidence would be admissible under Rule 408. Thus, a privilege for settlement negotiations would necessarily be subject to numerous exceptions.*"¹⁷¹ På denne baggrund pointerer domstolen, at mængden af undtagelser ville medføre usikkerhed om anvendelsesområdet for privilegiet, og citerer derefter den selvsamme dom som citeret i indledning til dette speciale "*An uncertain privilege ... is little better than no privilege at all*".¹⁷²

Afslutningsvist henvises der til, at processen for bevisproduktion ikke er ubegrænset. Der foreligger således andre måder, hvorpå domstolene legitimt kan begrænse bevisproduktion, hvis de finder det nødvendigt.¹⁷³

På baggrund af disse faktorer konkluderer domstolen, at et forligsprivilegium ikke kan anerkendes under Rule 501.

Der således modsatrettede afgørelser i det føderale amerikanske system i forhold til, hvorvidt et forligsprivilegium bør anerkendes under Rule 501. Det, der kan siges med sikkerhed, er, at Rule 408 yder en – omend ganske begrænset – beskyttelse mod *frelæggelse* af forligstilbud, når betingelserne herfor er opfyldt.

Professor Reuben har i sin omfattende artikel om Rule 408 konkluderet, at den nuværende beskyttelsesstandard i USA bør beskrives som et *quasi-privilege*.¹⁷⁴ Ifølge ham forudsætter et fuldt udviklet forligsprivilegium i amerikansk ret en ændring af Rule 408. Reuben peger på, at der er sket en udvikling i måden parter indgår forlig på, og at Rule 408 ikke har formået at følge denne udvikling.¹⁷⁵

3.1.5. Delkonklusion

På baggrund af gennemgangen af i disse fire jurisdiktioner står det klart, at der i forhold til forligsprivilegiet eksisterer nogle grænseoverskridende ligheder – men i endnu højere grad grænseoverskridende forskelle.

I forhold til lighederne synes der at herske en konsensus om, at der bør værnes om forligs-förhandlinger, idet en udenretlig løsning af tvister er ønskværdig. De forskellige jurisdiktioner synes overordnet at være enige om, at beskyttelse af forligskommunikation i denne sammenhæng er et udmærket redskab til at opnå dette ønske. Desuden er det interessant, at det både i kommentaren til de advokatetiske regler

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Se *In re MSTG, Inc.*, s. 5

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Reuben (2018), s. 580 ff.

¹⁷⁵ Ibid., s. 568

og i kommentaren til Rule 408 i USA er fremhævet, at forligskommunikations relevans udelukkende er begrænset til selve forhandlingssituationen og savner således bevismæssig værdi

På den anden side er det også tydeligt, at der med de fire jurisdiktioner er fire forskellige bud på, hvordan og i hvilket omfang et forligsprivilegium skal etableres. England går forrest med den absolut bredest beskyttelse med ganske snævre undtagelser.

I den anden ende af spektret findes Frankrig, hvor forligsprivilegiet end ikke er selvstændigt reguleret. Det omfattende advokat-klientprivilegium udfylder imidlertid i nogen grad dette tomrum, dersom parter i en tvist benytter sig af advokater til forligsforhandling – og i givet fald er beskyttelsen ganske bred. Dermed er behovet for selvstændig regulering tilsvarende mindre i Frankrig.

Dette kan næppe siges om retsstillingen i Danmark, der med sin regulering i de advokatetiske regler reelt yder den laveste grad af beskyttelse, selvom situationen faktisk er selvstændigt reguleret. Domstolene synes tilbageholdende med at gøre brug af beviseksklusionsreglen i RPL § 341 for forligskommunikation, hvilket sammenholdt med det beskedne sanktionsniveau gør, at det bliver interessant at spekulere i uretmæssig fremlæggelse af forligskommunikation.

En fjerde model findes i USA, som i nogen grad må ses som et udtryk for, at der også eksisterer en anden og mere omfattende tradition for bevisproduktion ift. de øvrige jurisdiktioner. Eksistensen af et forligsprivilegium vil derfor være mere indgribende, da det formodningsvist vil komme i spil i langt flere sager. Dette er som følge af, at privilegiebeskyttelse lader den beskyttede afstå fra produktion samt afholder modparten fra at fremlægge et givent bevis. En given jurisdiktions tradition ift. forligsprivilegiet (og privilegier i bredere forstand) må derfor forstås i lyset af dens tradition for bevisførelse generelt. I USA betyder det, at der hersker uenighed om eksistensen af et egentligt forligsprivilegium samtidig med, at det står klart, at der gælder begrænsninger ift. fremlæggelse af forligstilbud. Omfanget af disse fremlæggelsesbegrænsninger er imidlertid blevet kritiseret i litteraturen for at være for snævre og ude af trit med tiden. Den amerikanske retsstilling ift. beskyttelse af forligskommunikation beskrives således bedst som værende uafklaret.

3.2. Internationale regler

Beskyttelse af forligskommunikation er også et emne, der er blevet behandlet på den internationale scene og som findes reguleret i en række internationale regelsæt. Det måske vigtigste og mest kendte af disse er soft law-apparatet *IBA Rules on the Taking of Evidence*, der regulerer forligsprivilegiet i artikel 9:

- ”Art. 9
[...]
2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of the following reasons:
[...]
(b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable (see Article 9.4 below);
[...]
4. In considering issues of legal impediment or privilege under Article 9.2(b), and insofar as permitted by any mandatory legal or ethical rules that are determined by it to be applicable, the Arbitral Tribunal may take into account:
[...]
(b) any need to protect the confidentiality of a Document created or statement or oral communication made in connection with and for the purpose of settlement negotiations;”¹⁷⁶

Bestemmelsen behandles kun sporadisk i kommentaren til IBA-reglerne, men dog specificeres det heri, at reglen ikke kun dækker kommunikation, der er udvekslet i forligsforhandlinger.¹⁷⁷ Den dækker også

¹⁷⁶ IBA Rules on the Taking of Evidence, art. 9

¹⁷⁷ Se Zuberbühler (2022), s. 213

interne dokumenter, der er udarbejdet i forbindelse hermed.¹⁷⁸ Desuden specificeres det, at bestemmelsen er genstand for en begrænsning om god tro, hvilket medfører, at materiale, som udelukkende er blevet udvekslet i forligsforhandlinger med henblik på at gøre det til genstand for privilegiet, ikke nyder beskyttelse.

I sin *guide* til IBA-reglerne har forfatterne Khodykin og Mulcahy pointeret fire emner som tribunaler bør overveje i forbindelse med anvendelsen af reglen. De peger på, at der bør skeles til jurisdiktioner, hvor denne er veletableret.¹⁷⁹

Tribunaler skal derfor først og fremmest iagttage, om materialet er udvekslet i god tro og i et oprigtigt forsøg på at finde et forlig.¹⁸⁰ Dernæst pointeres det, at det er karakteren af kommunikationen, der er afgørende – ikke karakteren af parterne. Det er således uden betydning, om materialet er udvekslet mellem advokater, forretningsfolk eller noget tredje. Desuden skal tribunalet være opmærksomme på parternes berettigede forventninger i henhold til IBA Rule art. 9(3)(c). Er kommunikationen markeret som ”without prejudice” er dette eksempelvis en indikation på, at parten har forventet beskyttelsen – uden at markeringen i sig selv er afgørende.¹⁸¹ Afslutningsvis noteres det, at parter kan markere kommunikation som ”without prejudice save as to cost” således, at denne kommunikation gerne må fremlægges i forbindelse med spørgsmålet om sagsomkostninger.¹⁸² Forfatterne læner sig således op ad den engelske tradition, hvilket imidlertid også i et vist omfang kan retfærdiggøres ud fra den tankegang, at privilegiet er veletableret og har sit ophav der.

Anerkendelsen af forligsprivilegiet i IBA-reglerne er blevet til et af de mest flittigt citerede beviser i argumentationen for, at der eksisterer et transnationalt forligsprivilegium.¹⁸³ Kommentaren til art. 9 udtrykker endda, at bestemmelsen ”*acknowledges a respective transnational privilege principle* [...]”.¹⁸⁴

Kommentaren til IBA-reglerne udtrykker desuden, at der i dag er en *enstemmig opfattelse af*, at der i international ADR eksisterer et mediationsprivilegium.¹⁸⁵ Som tidligere nævnt er dette interessant, idet mediationsprivilegiet opfattes som en undergruppe under forligsprivilegiet. Professor Berger peger på, at sammenspillet mellem disse er særligt interessant i forbindelse med kortlægning af et transnationalt princip:

“[the] *considerations apply irrespective of whether one is dealing with formalised ADR proceedings, or with private, informal settlement negotiations conducted between the parties without the presence of a third, neutral party.*”¹⁸⁶

Det er åbenbart at regulering af mediationsprivilegiumet ikke kan tillægges samme retskildeværdi ved undersøgelsen af forligsprivilegiet, da der trods alt er tale om to forskellige privilegier – uanset hvor store lighederne end måtte være. Den brede konsensus om behovet for at værne om mediationskommunikation er imidlertid så omfattende, at det vidner om, hvor stort behovet for privilegiebeskyttelse er i sikringen af et effektivt forhandlingsmiljø.

På denne baggrund er nogle enkelte internationale regelsæt blevet udvalgt for at skabe et overblik over reguleringen af forligskommunikation i forbindelse med mediation. Henset til den ganske omfattende regulering, der i dag findes på dette område, skal den følgende opremsning ikke anses som værende

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Se Khodykin & Mulcahy (2019), ¶ 12.181 - det bør noteres i denne sammenhæng, at begge forfattere til dette værk er fra England, hvorfor deres perspektiv på anvendelsen af denne regel formodningsvist er farvet deraf.

¹⁸⁰ Se Khodykin & Mulcahy (2019), ¶ 12.182

¹⁸¹ Se Khodykin & Mulcahy (2019), ¶ 12.184

¹⁸² Se Khodykin & Mulcahy (2019), ¶ 12.185

¹⁸³ Se Ashford (2013), ¶9-38; Berger (2008), s. 267, Khodykin & Mulcahy, ¶ 12.178, se også Born (2021), ¶16.02 [E]

¹⁸⁴ Zuberbühler (2022), s. 213

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Berger (2008), s. 269

udtømmende.¹⁸⁷ Snarere er det et forsøg på at skabe et indtryk af, hvor bred tilslutningen er til at beskytte forligskommunikation i forbindelse med mediation.

Et naturlige sted at starte i denne sammenhæng synes at være hos ICC, der er et af de mest anerkendte institutter for ADR, hvorfor dets regler kan ses som en generel tendens i branchen. I sine mediationsregler skriver ICC følgende:

- Art. 9:
"[...]

2. Unless required to do so by applicable law and in the absence of any agreement of the parties to the contrary, a party shall not in any manner produce as evidence in any judicial, arbitral or similar proceedings:

[...]

b) any documents, statements or communications which are submitted by another party or by the Mediator in or for the Proceedings, unless they can be obtained independently by the party seeking to produce them in the judicial, arbitral or similar proceedings"

Denne anerkendelse af mediationsprivilegiet ses også i EU, hvor beskyttelse af forligskommunikation er blevet introduceret i direktiv 2008/52, også kaldt "mediationsdirektivet":

- Art. 7:

"[...] Member States shall ensure that [...] neither mediators nor those involved in the administration of the mediation process shall be compelled to give evidence in civil and commercial judicial proceedings or arbitration regarding information arising out of or in connection with a mediation process [...]"

Modsat det, der er tilfældet med ICC, er det dog ikke klart, hvor bred beskyttelse direktivet lægger op til, idet *to give evidence* ikke er yderligere specificeret i direktivet. Direktivet er da også blevet kritiseret for at være for vagt ift., hvilket materiale det omfatter.¹⁸⁸ Der kan dog argumenteres for, at denne vage formulering netop er valgt for, at bestemmelsen kan rumme alt materiale, hvor øvrige regelsæt søger at gøre det samme men ved positivt at konkretisere det materiale, der potentielt kunne blive relevant under en senere sag.

Denne positive afgrænsning ses også i UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation:

- Art. 11:

"A party to the mediation proceedings, the mediator and any third person, including those involved in the administration of the mediation proceedings, shall not in arbitral, judicial or similar proceedings rely on, introduce as evidence or give testimony or evidence regarding any of the following:

(a) An invitation by a party to engage in mediation proceedings or the fact that a party was willing to participate in mediation proceedings;

(b) Views expressed or suggestions made by a party in the mediation in respect of a possible settlement of the dispute;
6 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation with Guide to Enactment and Use

(c) Statements or admissions made by a party in the course of the mediation proceedings;

(d) Proposals made by the mediator;

(e) The fact that a party had indicated its willingness to accept a proposal for settlement made by the mediator;

(f) A document prepared solely for purposes of the mediation proceedings.

¹⁸⁷ For yderligere se eks. CEDR Rules, art. 3.4; CPR Rules, art. 9; WIPO Mediation Rules, art. 18

¹⁸⁸ Se *Marzocco & Nino* (2012), s. 114

2. Paragraph 1 of this article applies irrespective of the form of the information or evidence referred to therein.

[...]"

Fra kommentaren til art. 11 står det klart, at der består et komplet overlap mellem formålet bag denne regel, og hvad der ofte forklares som værende det bagvedliggende hensyn for så vidt angår forligsprivilegiet.¹⁸⁹ Det fremgår nemlig, at reglen er designet til at opmuntre parterne til at engagere sig helhjertet i mediationsprocessen uden at frygte for et såkaldt *spill over*, hvor indrømmelser og generøse forligstilbud senere kommer en part til last.¹⁹⁰

I lyset af den funktionelt komparative metode står det klart, at på trods af forskellige måder at regulere området på, udtrykkes der en generel interesse i at beskytte forligsforhandlinger i disse internationale regelsæt. Resultatet heraf er, at forligskommunikation i mediation er privilegeret. Det kan herefter diskuteres, hvor langt denne konklusion kan udstrækkes for så vidt angår forligsforhandlinger *uden* tilstedeværelse af en neutral tredjemand. Professor Bergers holdning, som er citeret umiddelbart ovenfor, er, at en sådan regulering er at sidestille med egentlig regulering af forligsprivilegiet. Dette synes imidlertid at være ganske vidtgående, idet der trods alt er tale om forskellige privilegier. Det er dog også klart – særligt i lyset af afhandlingens metode – at denne regulering vidner om bred tilslutning til at værne om forligsprivilegiets underliggende hensyn, da disse er overlappende med mediationsprivilegiets.

3.3. International praksis

På samme måde som IBA-reglerne har indtaget en helt særlig rolle i argumentationen for et transnationalt forligsprivilegium har voldgiftskendelsen ICC 6653 fra 1993 det også.

Sagen angik en tysk sælger og en syrisk køber, der havde indgået en aftale om køb af et kvantum metaltør afgrænset til +/- 5 % af den i kontrakten angivne vægt. Efter seks leverancer gjorde køberen gældende, at disse var i uoverensstemmelse med den indgåede aftale. Parterne indgik herefter i forligsforhandlinger, der i sidste ende viste sig ikke at føre til nogen løsning. Uden samtykke fra modparten fremlagde den ene af parterne¹⁹¹ efterfølgende den andens endelige forligstilbud under voldgiftssagen. Voldgiftstribunalet afviste at tillægge tilbuddet vægt med følgende begrundelse:

*"The arbitral tribunal also considers that it is customary, not only in French law [...] but also in the field of international commerce, that exchanges of proposal between parties with a view to reaching an agreement aimed at resolving a dispute submitted to a tribunal - arbitral or not - are and must remain confidential. If the parties have tried in good faith to reconcile their positions, one of them cannot, in the event the negotiations fail, use for its benefit the proposals of the other to deduce an alleged admission of fault."*¹⁹²

Voldgiftstribunalet anerkender således eksplicit forligsprivilegiet som et transnationalt generelt princip i international voldgift, som parterne i den pågældende sag kunne henholde sig til. Det er imidlertid uklart ud fra kendelsens præmisser, hvorvidt tribunalet blot indskyder, at et sådant princip eksisterer, eller om det rent faktisk henholder sig til det i sin afgørelse.¹⁹³

Dette hersker der ingen usikkerhed om i forbindelse med ICC 11258 fra 2003, hvor mediationsprivilegiet var i spil.¹⁹⁴ I denne afgørelse anerkendte tribunalet beskyttelse af fortroligheden af mediation i henhold til almennyttighedsyn. Tribunalet gik dog også videre og pointerede:

"This is similar to the well established international legal principle applied by the ICJ precluding the admittance of evidence of earlier efforts to settle the dispute".¹⁹⁵

¹⁸⁹ *Guide til UNCITRAL*, ¶ 72

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Se ICC 6653, s. 516, hvor det ikke er udspecificeret, hvem der søgte at fremlægge forligsmaterialet

¹⁹² *Ibid.*, egen understregning

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Se *O'Malley* (2019), s. 297

¹⁹⁵ ICC 11258 citeret i *O'Malley* (2019), s. 297

Med denne formulering begrænser tribunalet ikke sin udtalelse til beviser, som er fremlagt som led i mediation, men italesætter derimod international anerkendelse af en bred beskyttelse, der også omfatter forligsmateriale udvekslet uden tilstedeværelsen af en tredjepart.

Dette er også tilfældet i adskillelige sager fra Iran-US Claims Tribunal.¹⁹⁶ Som tidligere præsenteret har disse sager særlig relevans ift. spørgsmålet om forligsprivilegiets transnationalitet.¹⁹⁷ Blandt disse afgørelser er særligt *Mobil Oil v The Islamic Republic of Iran* af interesse. I denne sag udtaler tribunalet sig med en vis ”selvfølgelighed” i sin vurdering af spørgsmål angående forligsmateriale:

”It is well settled that a tribunal, which must decide a case subsequent to the failure of the parties to arrive at a settlement by way of negotiations, need not take into account the proposals and concessions that either party might have made in the course of such negotiations.

*The reason for this rule is obvious: such proposals and concessions have no purpose other than to allow an agreement to be attained and may well be very far from what each party considered to be its rights. Since such proposals were rejected they have lost all validity and have become meaningless.”*¹⁹⁸

I sin argumentation for anerkendelsen af forligsprivilegiet som et generelt princip henholder tribunalet sig således til samme betragtninger, som er underliggende for den amerikanske Rule 408, og som er blevet fremhævet gentagende i denne fremstilling: Forligsmateriale har udelukkende relevans i selve forhandlingsforløbet. Ud fra den tankegang er det klart, at et voldgiftstribunal ikke bør tillægge sådant materiale vægt under en efterfølgende sag, da materialet udelukkende bør ses for, hvad det er: Et forsøg på at løse en konflikt mellem parterne.

Som citatet ovenfor fra *ICC 11258* allerede har afsløret tilslutter ICJ sig også eksistensen af et generelt princip. Dette er tydeligt fra sagen *Qatar v Bahrain*, hvor parterne havde forsøgt at indgå en aftale, der eksplicit tog stilling til spørgsmålet om beskyttelse af forligsmateriale, som dog ultimativt blev afvist af den ene part. På trods af dette anerkendte ICJ behovet for at beskytte sådant materiale:

*“[...] there is a rule of customary international law in this domain [...] namely that the Court cannot take account of declarations, admissions or proposals which the parties may have made in the course of direct negotiations when the negotiations in question have not led to an agreement between the parties.”*¹⁹⁹

I forbindelse med at nå denne konklusion henviser ICJ til øvrig praksis fra domstolen, hvor dette generelle princip er blevet anerkendt.²⁰⁰

Det er på baggrund af denne gennemgang tydeligt, at der eksisterer mangeartet anerkendelse af behovet for at beskytte forligskommunikation i international praksis, hvad enten dette er i forbindelse med forligsforhandlinger med eller uden tilstedeværelsen af en neutral tredjemand. Observeres disse afgørelser isoleret, er det således tydeligt, at de taler for eksistensen af et transnationalt forligsprivilegium. Det gør imidlertid situationen mere uklar, når det konstateres, at afgørelserne er få af antal og af ældre dato. Der må derfor udvises en vis tilbageholdenhed med at udstrække konklusionen om privilegiets transnationalitet længere, end den kan bære alene på baggrund af den gennemgængende praksis.

3.4. Forligsprivilegiet som transnational regel

På baggrund af ovenstående analyser tegnes der næppe et entydigt billede af, hvorledes beskyttelse af forligskommunikation bør udformes. Blandt de nationale regelsæt udvalgt for denne analyse, synes der

¹⁹⁶ Se *O’Malley* (2019), s. 296, fodnote 59 for et overblik over sager, hvor forligsprivilegiet har været genstand for behandling

¹⁹⁷ Se ovenfor i afsnit 1.2.2.

¹⁹⁸ *Mobil Oil v The Islamic Republic of Iran*, ¶ 162

¹⁹⁹ *Qatar v. Bahrain*, ¶ 40

²⁰⁰ *Ibid.*

dog at blive udtrykt et ønske om at værne om forligsförhandlinger – et ønske, som spejles på den internationale scene.

Det kræver kun et kort blik på engelsk praksis at konstatere, at den engelske standard er både omfattende og veletableret. Modsat står det også klart, at retstilstanden i USA er præget af stor uenighed og usikkerhed. Dette må imidlertid i nogen grad tilskrives de store implikationer, som et forligsprivilegium vil have i USA qua dets regler om bevisproduktion. Læses kommentaren til bevisfremlæggelsesreglen i Rule 408 isoleret, fremgår der tydeligt et ønske om at beskytte forligsförhandlinger. Mens en sådan isoleret læsning næppe giver mening i forbindelse med en funktionel komparativ analyse, er det dog sigende i forhold til, hvilken vægt usikkerheden om retstilstanden i USA skal tillægges. Det må konkluderes, at der eksisterer et ønske om at opmuntre til forligsförhandlinger ved at yde beskyttelse, som dog i et vist omfang begrænset i forhold til bevisproduktion pga. de omfattende produktionsregler. Hvor den eksakte linje ligger er imidlertid uklart som følge af forskellene blandt de respektive føderale ap-peldomstole.

De to civil law jurisdiktioner, Frankrig og Danmark, har anlagt to forskellige tilgange angående beskyttelse af forligskommunikation. Det forudsætter ingen omfattende undersøgelse at identificere, at ingen af dem yder en egentlig privilegiebeskyttelse, som det kendes fra England. Det er dog interessant, hvorledes beskyttelsen i Frankrig blot er søgt inkorporeret i advokat-klient privilegiet, hvormed hensynene – dog i et mindre omfang – varetages ad omveje, hvorfor behovet for et egentligt forligsprivilegium er mindre. Den danske model forsøger i højere grad at "ligne" et forligsprivilegium, men mangler betydelig substans for at kunne bryste sig af at yde den beskyttelse som et egentligt forligsprivilegium tilbyder.

På internationalt niveau er billedet mindre broget. IBA-reglerne anerkender en beskyttelses-standard, der i litteraturen behandles som værende tæt på en kodifikation af den engelske standard og således en ganske bred beskyttelse. Ønsket om at værne om forligsförhandlinger afspejler sig da også hos indflydelsesrige institutioner som ICC og UNCITRAL, der dog begrænser beskyttelsen til mediationsforummet. Omend dette er en mere snæver beskyttelse, findes der således bred anerkendelse af behovet for at værne om beskyttelse af forligskommunikation.

Dette afspejles da også i den behandlede praksis, hvor forskelligartede tribunaler i tydelige vendinger har udtalt sig om selvfølgeligheden, der er forbundet med, at der eksisterer et generelt princip om beskyttelse af forligskommunikation. Dog må det pointeres, at afgørelserne er få af antal og af ældre dato, hvorfor udstrækningen af deres betydning også må begrænses i overensstemmelse hermed.

Gaillard har som tidligere nævnt udtrykt, at retskildeværdien af nationale regelsæt er ganske betydelig i forbindelse med anvendelsen af den funktionelt komparative metode.²⁰¹ Tages dette i betragtning, konkluderes, at der er meget, der taler for anerkendelsen af et transnationalt princip eller i hvert fald, at et sådant er under udvikling; England har en veletableret beskyttelse, Frankrig opnår en lignende effekt ad omveje, sammenholdes kommentaren til de advokatetiske regler og retplejelovens § 341 eksisterer rammen for beskyttelse i dansk ret, og den amerikanske tilbageholdenhed synes primært funderet i bevisproduktionshensyn, der ikke bør udstrækkes til international voldgift, hvor traditionen for bevisførelse er en anden.

Denne konklusion synes at blive bekræftet yderligere, når internationale retskilder inddrages. Her er det tydeligt, at der hersker bred enighed om at værne om hensynet for at skabe velfungerende rammer for parterne til selv at løse deres tvister gennem forligsförhandlinger.

Når den endelige konklusion er en kende tilbageholdende og nøjes med at konkludere, at et transnationalt forligsprivilegium er under udvikling afviger konklusionen fra, hvad en række andre har

²⁰¹ Se ovenfor i afsnit 1.2.2.

konkluderet på området.²⁰² Særligt professor Bergers artikel om forligsprivilegiet er blevet flittigt citeret for dens analyse, der førte til konklusionen, at der eksisterer et transnationalt princip.²⁰³

Der er primært to årsager for tilbageholdenheden i denne afhandling. For det første bygger Bergers konklusion i et ikke ubetydeligt omfang på den amerikanske retstilstand.²⁰⁴ Tiden har imidlertid været imod Bergers konklusioner på baggrund af den amerikanske afgørelse i *Goodyear Tire & Rubber Co v Chiles Power Supply*, der sidenhen er blevet udfordret betragteligt hos andre føderale appeldomstole. Dette har skabt usikkerhed om tilstanden i USA. For det andet synes Berger ikke at tillægge det nogen vægt, at flere af de internationale regelsæt, som hans konklusioner til dels bygger på, regulerer et mediationsprivilegium.²⁰⁵ Nærværende afhandling inddrager også lignende regelsæt, idet overlappet mellem privilegierne er så betydeligt, at disse utvivlsomt er sigende for tilstanden angående forligsprivilegiet. Overlappet er dog ikke komplet, og der eksisterer da også to forskellige privilegier af en grund, hvorfor den retskildeværdi, der tillægges disse regelsæt, bør justeres i lyset af forskellene mellem privilegierne.

Som præsenteret tidligere abonnerer specialet *ikke* på liste-tilgangen, men betragter transnational ret som værende en metode. Det synes således at konflikte med forudsætningerne for specialet, hvis der udarbejdes et udkast til, hvorledes en transnational regel kunne udformes.

Professor Berger, der modsat Gaillard, argumenterer for liste-tilgangen samt eksistensen af et transnationalt privilegium har imidlertid udarbejdet sit bud på en sådan regel, og dette kan – på lige fod med andre lister – inddrages i forståelsen af det transnationale princip.²⁰⁶ Når der henvises til dette bud, skyldes det, at udformningen af dette synes velafstemt, når det ses i lyset af indvendingerne præsenteret umiddelbart ovenfor.

4. Anvendelsesområdet for transnational ret

På trods af ovenstående konklusioner, hvorefter det ikke endeligt kan konstateres, at der eksisterer en transnationalt forligsprivilegium, vurderes det at være interessant og relevant kort at berøre anvendelsesområdet for transnational ret i international voldgift. Denne del af analysen må nødvendigvis dreje sig om transnational ret i bredere forstand, når konklusionen af analysen må begrænses til, at princippet er under udvikling. Det er imidlertid klart, at hvis udviklingen for forligsprivilegiet fortsætter bliver dette afsnit direkte relevant for privilegiet.

Det vil indledningsvist blive behandlet, hvorvidt parterne har mulighed for at tilvælge transnational ret, og hvilken betydning et sådant valg vil have (4.1.). Endnu mere interessant i forbindelse med bevisprivilegier er imidlertid tribunalets mulighed for at anvende transnational ret, når parterne *ikke* har indgået en aftale om, hvilke regler der skal gælde på området (4.2.).

4.1. Parterne har indgået aftale om anvendelsen af transnational ret

Som det også tidligere er blevet pointeret, vil parterne kun meget sjældent have indgået en aftale angående, hvilke regler, der regulerer spørgsmålet om bevisførelse.²⁰⁷ Desuden må det understreges, at det har formodningen imod sig, at der er mulighed for at lade parternes materielle lovvalg eller valg af sæde udstrække til spørgsmålet om bevisprivilegier.²⁰⁸

²⁰² Se Ashford (2013), s. 158; Berger (2008), s. 271; Khodykin & Mulcahy (2019), ¶ 12.178; O'Malley (2019), s. 296

²⁰³ Se Berger (2008), s. 271.

²⁰⁴ Se Berger (2008), s. 269 f.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Se https://www.trans-lex.org/968500/_/settlement-privilege/ for Bergers bud på udformningen af et transnationalt forligsprivilegium

²⁰⁷ Se Kuitkowski (2015), s. 3

²⁰⁸ Se Berger (2006), s. 509 f.; Meyer (2007), s. 368

På trods af det sjældent bliver udnyttet, så er det dog en mulighed for parterne aktivt at vælge, at spørgsmålet om bevisførelse skal være reguleret af transnational ret eller generelle transnationale principper qua partsautonomien i international voldgift.²⁰⁹ Denne mulighed kan være attraktiv i det tilfælde, at ingen af parterne har den fornødne overhånd til at trumfe, at spørgsmålet skal være reguleret af regler som denne er bekendt med eller tryk ved.²¹⁰ Desuden vil det i denne sammenhæng være muligt for parterne at afgrænse valget af transnational ret til at omfatte nogle enkelte jurisdiktioner eller en region, således det kun er fællesmængden mellem disse, som er genstand for tribunalets anvendelse af den transnationale metode.²¹¹

I forbindelse med behandlingen af parternes mulighed for aktivt at tilvælge anvendelsen af transnational ret er det nødvendigt at pointere, at et sådant valg ikke er det samme som et valg af *amiable composition*. Mens der tidligere har været argumenteret for det modsatte i den juridiske litteratur²¹², er det dog klart at en autorisation til at lade en sag afgøre *ex aequo et bono* giver tribunalet betydeligt mere frihed end et valg af transnational ret.²¹³ Transnationale principper kan således godt inddrages i forbindelse med afgørelsen af en tvist ved *amiable composition*, men et valg af transnational ret medfører ikke, voldgiftstribunalet kan afgøre sagen som *amiable composition*.²¹⁴

4.2. Parterne har ikke indgået en aftale anvendelsen af transnational ret

Det er i dag videre ukontroversielt at konstatere, at transnational ret finder anvendelse, hvis parterne har aftalt det. Modsat er der betydelig usikkerhed forbundet med dets anvendelse, når parterne ikke har truffet et lovvalg.²¹⁵

Der er enighed så langt, at voldgiftstribunalet nyder et bredt skøn til at afgøre spørgsmålet om, hvilke regler, der finder anvendelse, når parterne ikke har indgået en aftale herom.²¹⁶ Enigheden rækker dog ikke meget længere end dette. Særligt på to områder eksisterer der forskellige tilgange i forhold til bredden af tribunalernes skøn. For det første består der forskelle angående, hvorvidt tribunalerne skal afgøre, hvilke regler der finder anvendelse ved hjælp af klassiske lovvalgsregler eller ej.²¹⁷ For det andet er der ikke konsensus om, hvorvidt tribunalerne er begrænset til at afgøre, hvilken ”law”, der finder anvendelse, eller om de også kan overveje, hvilke ”rules of law”, som bør anvendes.²¹⁸ Begge disse emner har implikationer for, hvorvidt tribunaler kan anvende transnational ret som led i deres skøn.

Traditionelt har voldgiftstribunaler i mangel på et lovvalg været bundet til at afgøre dette ved brug af lovvalgsreglerne på stedet, hvor tribunalet har sit sæde.²¹⁹ Dette har ændret sig til, at tribunaler i dag bruger de lovvalgsregler, der har den tætteste forbindelse til voldgiftssagen, hvis de bruger lovvalgsregler overhovedet. Dette kaldes *voie indirecte*.²²⁰ I forbindelse med anvendelsen af *voie indirecte* må udgangspunktet nødvendigvis være, at det fører til anvendelsen af *nationale* regler, hvorfor en sådan begrænsning af tribunalets skøn som hovedregel fungerer som en afskæring af at anvende transnational ret.²²¹

²⁰⁹ Se Lew et al (2003), s. 413 ff.; Moses (2024), s. 79; Toth (2017), s. 208

²¹⁰ Se Toth (2017), s. 208

²¹¹ Se Gaillard (2001), s. 57

²¹² Se Mayer (2002) citeret i Jemielniak (2014), s. 163 f. for sit synspunkt

²¹³ Jemielniak (2014), s. 183

²¹⁴ Jemielniak (2014), s. 187 f.; se også UNCITRAL Arbitration Rules, art. 35(2)

²¹⁵ Se Toth (2017), s. 208

²¹⁶ Se eksempelvis UNCITRAL Model Law, art. 28(1); ICC Rules, art. 21(1)

²¹⁷ Se Moses (2024), s. 84 f.; se også UNCITRAL Arbitration Rules, art. 35(1)

²¹⁸ Se eksempelvis UNCITRAL Model Law, art. 28(2) ”[...] the arbitral tribunal shall apply the law [...]” sammenholdt med LCIA Rules, art. 22.3 ”[...] the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate”.

²¹⁹ Se Lew et al (2003), s. 428

²²⁰ Se Moses (2024), s. 86

²²¹ Se Toth (2017), s. 213

Dette udgangspunkt blev imidlertid fraveget i ICC 7375²²², hvor tribunalen i mangel på en lovvalgsaftale fandt det mest passende at anvende transnationale regler, på trods af at de dagældende ICC-regler foreskrev anvendelsen af *voie indirecte*.²²³ Tribunalen gjorde dette på baggrund af *et underforstået negativt lovvalg*.²²⁴ I den pågældende sag førte en objektiv lovvalgsanalyse til anvendelsen af reglerne i et land, som den ene part hidrørte fra. Tribunalen fandt dog ved hjælp af en subjektiv analyse, at parternes manglende lovvalg var en klar indikator på, at ingen af parterne var villige til at acceptere at gøre kontrakten til genstand for den anden parts regler.²²⁵ Der forelå således et underforstået negativt lovvalg, hvormed tribunalen så sig nødsaget til at finde en alternativ løsning. Tribunalen anvendte derfor transnationale regler.²²⁶

Problemstillingen mellem *voie indirecte* og transnational ret er imidlertid af skrumpende karakter, da et stigende antal love og regler tillader, at voldgiftstribunaler ikke anvender lovvalgsregler, hvilket kaldes *voie directe*.²²⁷ Når dette er tilfældet, ligger det tribunalen frit inden for dets øvrige begrænsninger at afgøre, hvilke regler, som finder anvendelse.²²⁸

Dette leder videre til sondringen mellem "law" og "rules of law", der er det andet område, hvor der væsentlige forskelle i regelsæt af betydning for anvendelsen af transnational ret. Denne sondring er afgørende i arbejdet med transnational ret, idet begrebet "law" er blevet fortolket som begrænset til nationale love og regler i forskellige retsordener²²⁹, mens "rules of law" er blevet fortolket bredere og kan derfor omfatte transnationale regler.²³⁰ Selvom en nærmere diskussion heraf falder uden for formålet med dette speciale, skal det dog nævnes, at der i litteraturen er blevet argumenteret for, at transnational ret kan betragtes som værende sin egen selvstændige retsorden.²³¹ Dette ville medføre at sondringen mellem "law" og "rules of law" blev illusorisk i forbindelse med anvendelsen af transnational ret, og at tribunaler derfor i betydeligt større omfang ville kunne vælge at anvende transnational ret som led i deres skøn. Der synes imidlertid fortsat at være stor usikkerhed forbundet med diskussionen om transnational ret som værende sin egen retsorden. Udgangspunktet må derfor være, at tribunaler er ved *voie directe* afskåret fra at anvende transnational ret, hvor deres skøn er begrænset at afgøre, hvilken "law", der finder anvendelse.

Det står på denne baggrund klart, at voldgiftstribunalerne næppe nyder et ubegrænset skøn i forbindelse med løsning af den lovvalgsproblematik, som parternes manglende lovvalg forårsager. Transnational ret kan anvendes dersom de gældende voldgiftsregler/love tillader *voie directe* og laver henvisning til "rules of law". ICC 7375 synes dog at åbne for muligheden for også at anvende transnational ret som resultat af *voie indirecte*, hvor omstændighederne tillader det.

5. Konklusion

Formålet med specialet har været at analysere og diskutere eksistensen af et transnationalt forligsprivilegium i international voldgift. Dette har indledningsvist forudsat en behandling af forudsætningerne for arbejdet med transnational ret, da emnet fortsat er omdiskuteret. Transnational ret er i dette speciale blevet behandlet som værende en metode, der er defineret ud fra dets kilder snarere end dets indhold.

Dette har særligt haft betydning i forbindelse med overvejelserne forbundet med, hvilken betydning et transnationalt forligsprivilegium vil have for parter i internationale voldgiftssager. Det er i denne

²²² Grundigt behandlet i *Toth* (2017), s. 210 ff.

²²³ Se *Toth* (2017), s. 211

²²⁴ *Ibid.*, s. 212

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*, s. 213

²²⁷ Se *Lew et al* (2003), s. 434; *Moses* (2024), s. 86

²²⁸ Se *Moses* (2024), s. 86; se dog også *Lew et al* (2003), s. 434 ff., hvor sondringen mellem begrænset *voie directe* og ubegrænset *voie directe* behandles

²²⁹ Oversat fra engelsk "legal systems"

²³⁰ Se *Gaillard* (2001), s. 59; *Toth* (2017), s. 215; se også *Bantekas et al* (2020), s. 733

²³¹ Se *Toth* (2017), s. 161 ff. for omfattende behandling af emnet; se også *Gaillard* (2001), s. 60 ff.

sammenhæng blevet konkluderet, at et transnationalt princip vil fungere som et attraktivt alternativ til anvendelsen af traditionelle lovvalgsmetoder. Analysen afslører imidlertid også, at ingen løsning er fuldkommen, når parterne ikke selv har truffet et lovvalg.

Det står dog klart, at end ikke en *most favoured nation test* – som synes at være den bedste lovvalgs metode ud fra de undersøgte parametre – tilbyder en mere tilfredsstillende løsning end transnational ret i forbindelse med forligsprivilegiet. Dette skyldes ikke alene mangler ved netop denne lovvalgs metode, men også omfanget af den fleksibilitet, som tribunalet overlades, når det skal bevæge sig gennem alle de indledende vurderinger, der endeligt fører til, vurderingen af, hvad ”the most favoured nation” er. Dette skaber stor uforudsigelighed hos parterne. Resultatet af selve testen synes også utilfredsstillende, da parternes retsstilling ikke bør afgøres på baggrund af, hvilken jurisdiktion modparten kommer fra, hvilket potentielt bliver tilfældet med testen.

Et transnationalt forligsprivilegium tilbyder de samme fordele som en *most favoured nation test* ift. sikring af ligebehandling af parterne blot med færre ulemper. Tribunalets fleksibilitet indskrænkes i et sådant omfang, at den fortsat eksisterer, men uden at det fører til unødigt uforudsigelighed hos parterne. Samtidig medfører anvendelsen af den bredest anerkendte regel, at der er mindre risiko for, at der opstår håndhævelsesproblemer eller sker annullation på baggrund af anvendelsen af forældede eller idiosynkratiske beskyttelsesstandarder. Et transnationalt princip vil således have betragtelig betydning for parterne i international voldgift, og dets udvikling er derfor ønskværdig.

Specialet har herefter søgt at kortlægge, hvorvidt et sådant generelt transnationalt princip har udviklet sig i international voldgift. Dette er blevet gjort ved en funktionel komparativ analyse af retsstillingen i England, Frankrig, Danmark og USA samt internationale regler og international praksis. Analysen konkluderer, at der bør udvises en vis tilbageholdenhed med definitivt at konstatere, at et transnationalt princip er blevet etableret. På den internationale scene synes der at være opbakning om dets eksistens, men på nationalt niveau er tilgangen noget mere forbeholden. Specialets analyse af forligsprivilegiets transnationalitet konkluderer derfor, at et transnationalt princip er under udvikling, men endnu ikke er etableret.

En flerhed af elementer har været udslagsgivende for denne konklusion. Blandt de undersøgte jurisdiktioner har det haft betydning, at retstilstanden i USA er præget af betydelig usikkerhed som følge af divergerende afgørelser fra de føderale appeldomstole. Desuden har det spillet en rolle, at beskyttelsen i Frankrig er begrænset af at være inkorporeret i advokat-klientprivilegiet, samt at den danske beskyttelse også må konkluderes at være af begrænset omfang. På nationalt niveau kommer den omfattende beskyttelse, som er at finde i England, derfor til at stå alene. Blandt de internationale kilder er der fundet bred opbakning om et transnationalt princip i praksis. Det har imidlertid ikke været muligt at finde nyere afgørelser, der gentager denne opfattelse, hvorfor der er udvist en vis tilbageholdenhed med at drage en vidtrækkende konklusion på denne baggrund. Det samme gør sig gældende ang. de internationale regler, der indeholder en beskyttelse af mediationsprivilegiet. Disse regler er blevet inddraget som fortolkningsbidrag, men de må ses i lyset af, at de ikke direkte regulerer forligsprivilegiet.

Når det alligevel konkluderes, at et transnationalt princip er under udvikling, skyldes det, at der på tværs af de fire jurisdiktioner udtrykkes et ønske om at værne om forligsforhandlinger. Dette ønske finder genklang internationalt i både IBA-reglerne og den omfattende regulering af mediationsforummet, som trods alt må anses som en anerkendelse af, hvor afgørende privilegiebeskyttelse er i faciliteringen af forligsforhandlinger. Desuden er den behandlede internationale praksis på trods af sit antal og ældre dato utvetydig i sin opbakning om et transnationalt princip.

Afslutningsvist er der foretaget en analyse af anvendelsesområdet for transnational ret i international voldgift. Det kan uden videre konkluderes, at parterne frit kan aftale at gøre deres kontrakt til genstand for transnational ret. På samme måde synes det klart, at tribunalet kan anvende transnational ret som led i dets skøn, når voldgiftsreglerne/loven muliggør *voie directe* og lader tribunalet afgøre, hvilke ”rules of law”, der skal finde anvendelse. Hvor tribunalet er begrænset til *voie indirecte* er anvendelsesområdet for transnational ret dog betydeligt begrænset og kan alene undtagelsesvist anvendes, hvor omstændighederne i øvrigt tillader det.

Litteraturliste:

Litteratur

Citeret som:

Aksen et al (2005)

Ashford (2013)

Bang-Pedersen et al (2024)

Bantekas et al (2020)

Berger (2001)

Berger (2006)

Berger (2008)

Berger (2010)

Blackaby et al (2023)

Blume (2020)

Born (2021)

Brower & Sharpe (2004)

Cohen (2009)

Reference:

Aksen G, Böckstiegel KH, Mustill M, Patocchi P, Whitesell A, *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution* (International Chamber of Commerce, 2005)

Ashford P, *The IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration: a guide* (Cambridge University Press, 2013)

Bang-Pedersen U, Petersen C, Christensen L, *Den civile retspleje* (6. udgave, Hans Reitzel Forlag, 2024)

Bantekas I, Ortolani P, Ali S, Gomez M, Polkinghorne M, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration A Commentary* (Cambridge University Press, 2020)

Berger KP, 'The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law' i Berger KP, *The Practice of Transnational Law* (Kluwer International 2001)

Berger KP, 'Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion' (Arbitration International, Vol. 22, No. 4, 2006)

Berger KP, 'The Settlement Privilege – A General Principle of International ADR Law' (2008), 24 Arbitration International

Berger KP, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (2. udgave, Kluwer Law International, 2010)

Blackaby N, Partasides C, Redfern A, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, (7. udgave, Oxford University Press, 2023)

Blume P, *Retssystemet og juridisk metode* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020)

Born G, *International commercial arbitration*, (3. udgave, Wolters Kluwer 2021)

Brower C, Sharpe J, 'Determining the Extent of Discovery and Dealing with Requests for Discovery: Perspectives from the Common Law' i Newman L, Hill R (eds.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (2004)

Cohen A, 'Options for Approaching Evidentiary Privilege in International Arbitration' i Giovannini T, Mourre A, *Written*

- Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies* (International Chamber of Commerce 2009)
- Draetta (2014) Draetta U, 'The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization' (33 ASA Bulletin 2/2015, 2014)
- Evald (2024) Evald J, *Juridisk teori, metode og videnskab* (3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2024)
- Fry (1998) Fry J, 'Without prejudice and confidential communications in international arbitration (when does procedural flexibility erode public policy?)' (International Arbitration Law Review 1998)
- Gaillard (2001) Gaillard E, 'Transnational Law: A legal System or a Method of Decision-Making?' i Berger K, *The Practice of Transnational Law* (Kluwer Law International 2001)
- Gaillard (2011) Gaillard E, 'General Principles of Law and Transnational Rules in International Arbitration: an English Perspective' (World Arbitration and Mediation Review Vol. 5 No. 2, 2011)
- Gaillard & Savage (1999) Gaillard E, Savage J, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999)
- Godhe (2024) Godhe A, 'Tribunal Duties and the Exclusion of Evidence in International Arbitration: The Tug-of-War of Fairness and Efficiency' (Arbitration International 2024)
- Goode et al (2007) Goode R, Kroonke H, Mckendrick E, *Transnational commercial law* (Oxford University Press 2007)
- Gomard et al (2012) Gomard B, Møller J, Talevski O, Thønnings P (eds), *Kommenteret Retsplejelov* (9. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013)
- Granrut (2013) Granrut S, *Professional secrecy of lawyers in Europe* (Cambridge University Press 2013)
- Gregoire (2016) Gregoire N. 'Evidentiary privileges in international arbitration' (Collection genevoise, Droit international 2016)
- Jemielniak (2014) Jemielniak J, *Legal Interpretation in International Commercial Arbitration* (Routledge 2014)
- Khodykin & Mulcahy (2019) Khodykin R, Mulcahy C, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Oxford University Press 2019)
- Kuitkowski (2015) Kuitkowski D, 'The Law Applicable to Privilege Claims in International Arbitration' (32 Journal of International Arbitration, 2015)

- Lew et al* (2003) Lew JDM, Mistelis LA og Kröll SM, *Comparative international commercial arbitration* (Kluwer Law International 2003)
- Malek* (2022) Malek H (ed.), *Phipson on evidence* (20. udgave, Sweet & Maxwell 2022)
- Marzocco & Nino* (2012) Marzocco AM, Nino M, 'The EU Directive on Mediation in Civil and Commercial Matters and the Principle of Effective Judicial Protection', (Lex ET Scientia International Journal 2:105-127, 2012)
- Mayer* (2002) Mayer P, 'The UNIDROIT Principles in Contemporary Contract Practice' i *ICC Bulletin Special Supplement: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – Reflections on their Use in International Arbitration* (2002)
- Meyer* (2007) Meyer O, 'Time to Take a Closer Look: Privilege in International Arbitration' (Kluwer Law International 2007)
- Michaels* (2019) Michaels R, 'The Functional Method of Comparative Law', in Reimann M, Zimmermann R (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2. udgave Oxford Handbooks 2019)
- Moses* (2024) Moses M, *The principles and practice of international commercial arbitration* (4. udgave, Cambridge University Press 2024)
- Mustill* (1986) Mustill MJ, 'The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-five Years' (Arbitration International, Volume 4, Issue 2, 1988)
- O'Malley* (2019) O'Malley N, *Rules of evidence in international arbitration – an annotated guide* (2. udgave, Informa 2019)
- Park* (2003) Park W, 'The 2002 Freshfields Lecture — Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion' (Arbitration International, vol. 19, no. 3, 2003)
- Reuben* (2018) Reuben R, 'Rethinking the Law of Legal Negotiation: Confidentiality Under Federal Rule of Evidence 408 and Related State Laws' (Boston College Law Review, 523, 2018)
- Sindler & Wüstemann* (2005) Sindler M, Wüstemann T, 'Privilege across borders in arbitration: Multi-jurisdictional nightmare or a storm in a teacup?' (ASA Bulletin 2005)
- Thanki* (2018) Thanki B (ed.), *The law of privilege* (3. udgave, Oxford University Press 2018)
- Tevendale* (2009) Tevendale C, 'Privilege in International Arbitration: Is It Time to Recognize the Consensus?', (Kluwer Law International 2009)

<i>Tweeddale & Tweeddale</i> (2005)	Tweeddale A, Tweeddale K, <i>Arbitration of Commercial Disputes</i> (Oxford University Press 2005)
<i>Toth</i> (2017)	Toth O, <i>The Lex Mercatoria in Theory and Practice</i> (Oxford University Press 2017)
<i>Tvarnø & Nielsen</i> (2021)	Tvarnø CD og Nielsen R, <i>Retskilder og retsteorier</i> (6. udgave, Djøf Forlag 2021)
<i>Waincymer</i> (2012)	Waincymer J, <i>Procedure and evidence in international arbitration</i> (Wolters Kluwer 2012)
<i>Zuberbühler</i> (2022)	Zuberbühler T, Hofmann D, Oetiker C, Rohmer T, <i>IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration</i> (2. udgave, Schulthess Juristische Medien AG, 2022)
<i>Økjær Jørgensen & Lavesen</i> (2022)	Økjær Jørgensen L, Lavesen M, <i>De advokatetiske regler kommenteret</i> (3. udgave, Advokat Samfundet 2022)

Nationale og internationale love og regler

Citeret som: CEDR Rules	Reference: CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration udstedt af Centre for Effective Dispute Resolution publiceret i 2021, tilgængelig på Rules-Settlement-Arbitration.pdf > sidst opdateret d. 07.07.2025
Code pénal	Code penal som publiceret i 2002, tilgængelig på https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/2025-06-26/ > sidst opdateret d. 07.07.2025
CPR Rules	Mediation procedure rules publiceret af International Institute for Conflict Prevention & Resolution i 2022, tilgængelige på https://drs.cpradr.org/rules/mediation/cpr-meditation-procedure > sidst opdateret d. 07.07.2025
De advokatetiske regler	De advokatetiske regler som publiceret i 2022, tilgængelig på https://www.advokatsamfundet.dk/media/eoyjp0en/de-advokatetiske-regler-1-september-2022.pdf > sidst opdateret d. 07.07.2025
Décret n° 2023-552 du 30 juin 2023 portant code de déontologie des avocats	Décret n° 2023-552 du 30 juin 2023 portant code de déontologie des avocats, tilgængelig på https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047774060 > sidst opdateret d. 07.07.2025
Fed. R. Civ.	Federal Rules of Civil Procedure som publiceret i 2024, tilgængelig på federal-rules-of-civil-procedure-dec-1-2024_0.pdf > sidst opdateret d. 07.07.2025

Fed. R. Evid.	Federal Rules of Evidence som publiceret i 2024, tilgængelig på < federal-rules-of-evidence-dec-1-2024_0.pdf > sidst opdateret d. 07.07.2025
IBA-regler	IBA Rules on the Taking of Evidence som publiceret i 2020, tilgængelig på < https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b > sidst opdateret d. 07.07.2025
ICC Rules	ICC Arbitration Rules, 2021 < https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/#block-accordion-21 > sidst opdateret d. 07.07.2025
LCIA Rules	LCIA Arbitration Rules, 2020 < https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2022 > sidst opdateret d. 07.07.2025
New York konventionen	United Nation's Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, New York, 10. juni 1958, tilgængelig på < https://www.newyorkconvention.org/english > sidst opdateret d. 07.07.2025
PECL	The Principles of European Contract Law, revideret i 1998, tilgængelig på < https://www.internationalcontracts.net/international-law-documents/Principles-of-European-Contract-Law.pdf > sidst opdateret d. 07.07.2025
Règlement Intérieur National de la profession d'avocat	Règlement Intérieur National de la profession d'avocat, tilgængelig på < https://www.cnb.avocat.fr/fr/reglement-interieur-national-de-la-profession-davocat-rin > sidst opdateret d. 07.07.2025
RPL	Lov 2024-11-05 nr. 1160, Retsplejeloven
Rom Konventionen	C 027 af 26/01/1998 s. 0034 - 0046, Rom Konventionen, tilgængelig på < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:41998A0126(02) > sidst opdateret d. 07.07.2025
UNCITRAL Arbitration Rules	UNCITRAL Arbitration Rules som publiceret i 2021, tilgængeligt på < https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-ebook.pdf > sidst opdateret d. 07.07.2025
UNCITRAL Model Law	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration som publiceret i 2006, tilgængelig på

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf> sidst opdateret d. 07.07.2025

WIPO Mediation Rules

WIPO Mediation Rules som publiceret i 2021, tilgængelig på <[WIPO Mediation Rules Schedule of Fees and Costs - 2024](#)> sidst opdateret d. 07.07.2025

Domme

Citereret som:

Advokatnævnets kendelse sagsnr. 2008-02-0711

Reference:

Advokatnævnets kendelse sagsnr. 2008-02-0711, 20. oktober 2008

Advokatnævnets kendelse sagsnr. 2012-3803

Advokatnævnets kendelse sagsnr. 2012-3803, 30. januar 2014

BS 39B 6821/2008

Københavns Byrets dom af 3. december 2009 - i sag BS 39B-6821/2008

Cutts v Head

Oliver Alfred Sidney Cutts v Albert Head [1983] EWCA Civ 8, England and Wales Court of Appeal, 7. december 1983, tilgængelig på <[https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/1983/8.html&query=\(cutts\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/1983/8.html&query=(cutts))> sidst opdateret d. 07.07.2025

- Sidehenvisningerne er lavet til siderne i den pdf, der kan downloades fra hjemmesiden.

Elkins v. United States

Elkins v. United States, [1960] 364 U.S. 206, U.S. Supreme Court, 27. Juni 1960, tilgængelig på <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/206/>> sidst opdateret d. 07.07.2025

General Motors Corp. Engine Interchange Litigation

General Motors Corp. Engine Interchange Litigation In re, 594 F.2d 1106 (7th Cir. 1979), U.S. Court of Appeals — Seventh Circuit, 26. Februar 1979, tilgængelig på <<https://app.vlex.com/vid/887575142>> sidst opdateret d. 07.07.2025

Goodyear Tire & Rubber Co v Chiles Power Supply

Goodyear Tire & Rubber Co v Chiles Power Supply, [2003], 332 F.3d 976, U.S. Court of Appeals — Sixth Circuit, 16. Juni. 2003, tilgængelig på <https://case-law.vlex.com/vid/goodyear-tire-rubber-v-887121685?from_ftb=1&forw=go&ftb=preview> sidst opdateret d. 07.07.2025

- Sidehenvisningerne er lavet til siderne i den pdf, der kan downloades fra hjemmesiden.

ICC 11258

ICC Case No. 11258, Procedural Order No. 2, p. 6 (2003) Upubliceret, citeret fra *O'Malley* (2019), s. 297

ICC 6653

ICC Case 6653 [1993], JDI 1993, 1040, International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, Frankrig, tilgængelig i Arnaldez J, Derains Y et al, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, (Kluwer Law International, 1997). Oversat fra fransk ved hjælp af Legora (AI).

- Sidehenvisningerne er til de egentlige sider i denne fremstilling

<i>ICC 7375</i>	ICC 7375 [1996], International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, Frankrig, 5. juni 1996, citeret <i>Toth</i> (2017)
<i>In Re MSTG, INC.</i>	In Re MSTG, INC. [2012], No. 11-996, Federal Circuit, 9. April 2012, tilgængelig på https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/11-996/11-996-2012-04-09.html sidst opdateret d. 07.07.2025
<i>Jones v. Foxall</i>	<i>Jones v. Foxall</i> [1852] 51 E.R. 588, High Court of Chancery, 1. januar 1852, tilgængelig på https://vlex.co.uk/vid/jones-v-foxall-807058645 sidst opdateret d. 07.07.2025
<i>Mobil Oil v The Islamic Republic of Iran</i>	<i>Mobil Oil Iran Inc et al. V Government of the Islamic Republic of Iran et al.</i> [1987], Cases Nos 74, 76, 81, 150, Partial Award No. 311-74/76/81/150-3, 14. juli 1987, tilgængelig på https://iusct.com/wp-content/uploads/2020/10/C74-Doc-295.pdf sidst opdateret d. 07.07.2025
<i>Ocean On Land Technology ltd. & Anor v Richard Land & Ors</i>	<i>Ocean On Land Technology ltd. & Anor v Richard Land & Ors</i> [2024] EWHC 396, High Court of Justice, 16. januar 2024, tilgængelig på https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/IPEC/2024/396.html sidst opdateret d. 07.07.2025
<i>Oceanbulk Shipping & Trading v TMT Asia ltd.</i>	<i>Oceanbulk Shipping & Trading v TMT Asia ltd.</i> [2010], EWCA Civ 79, UK Supreme Court, 27. oktober 2010, tilgængelig på https://supremecourt.uk/uploads/uksc_2010_0039_judgment_c9703583c6.pdf sidst opdateret d. 07.07.2025
<i>Qatar v. Bahrain</i>	<i>Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgement, I.C.J. Reports 1994. p.112</i> , 1. juli 1994, tilgængelig på https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/87/087-19940701-JUD-01-00-EN.pdf sidst opdateret d. 07.07.2025
<i>Rush & Tompkins v. Greater London Council</i>	<i>Rush & Tompkins v. Greater London Council</i> , [1989] AC 1280, UK House of Lords, 3. november 1988, tilgængelig på ">https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/1988/7.html&query=> sidst opdateret d. 07.07.2025 - Sidehenvisningerne er lavet til siderne i den pdf, der kan downloades fra hjemmesiden.
<i>Scott Paper Co. v. Drayton Paper Works Ltd</i>	<i>Scott Paper Co. v. Drayton Paper Works Ltd</i> [1927], High Court of Justice England and Wales, 3. februar 1927, tilgængelig på https://academic.oup.com/rpc/article/44/5/151/1604348 sidst opdateret d. 07.07.2025
<i>Schering Corporation v Cipla ltd</i>	<i>Schering Corporation v Cipla ltd</i> , EWHC 2587 (Ch), High Court of Justice of England and Wales, 10. november 2004, tilgængelig på

	https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch%20/2004/2587.html > sidst opdateret d. 07.07.2025
U 2004.2934 H	H.D. af 6. september 2004 I sag 449/2003 [U 2004.2934 H]
<i>Unilever plc v Proctor Gamble Co.</i>	<i>Unilever plc v Proctor Gamble Co.</i> [1999] EWCA Civ 3027, Court of Appeal of England and Wales, 28. oktober 1999, Tilgængelig på https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1999/3027.html > sidst opdateret d. 07.07.2025 - Sidehenvisningerne er lavet til siderne i den pdf, der kan downloades fra hjemmesiden.
<i>United States v. Union Pac. R.R</i>	<i>United States v. Union Pac. R.R.</i> [2007] CIV 06-1740 FCD KJM, The United States District Court for The Eastern District of California, 23. maj 2007, tilgængelig på https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-caed-2_06-cv-01740/pdf/USCOURTS-caed-2_06-cv-01740-4.pdf > sidst opdateret d. 07.07.2025
<i>Upjohn Co. v. United States</i>	Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 [1981], U.S. Supreme Court, 13. Januar 1981, tilgængelig på https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/ > sidst opdateret d. 07.07.2025 - Sidehenvisningerne er lavet til siderne i den pdf, der kan downloades fra hjemmesiden.
<i>Walker v Wilsher</i>	<i>Walker v Wilsher</i> , [1889] Case No: Order LXV. R. 1., Queen's Bench Division, England and Wales, 16. Juli 1889, tilgængelig på https://www.commonlii.org/uk/cases/UKLaw-RpKQB/1889/124.html > sidst opdateret d. 07.07.2025

Andre kilder

Citereret som:

Fed. R. Evid. 408 advisory committee

Reference:

Federal Rules of Evidence Rule 408 advisory committee, tilgængelig på
https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_408>
sidst opdateret d. 07.07.2025

Fed. R. Evid. 501 committee on the judiciary

Federal Rules of Evidence Rule 501 committee on the judiciary, tilgængelig på
https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_501>
sidst opdateret d. 07.07.2025

Guide til UNCITRAL

Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018), tilgængelig på
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf>
sidst opdateret d. 07.07.2025

IBA Rapport

IBA Task Force on Privilege in International Arbitration, *Report on Uniform Guidelines on Privilege in International Arbitration*, tilgængelig på <https://www.ibanet.org/document?id=Report-on-Uniform-Guidelines-on-Privilege-in-International-Arbitration> sidst opdateret d. 07.07.2025

<https://www.trans-lex.org>

Professor Klaus Peter Bergers portal over transnationale principper, tilgængelig på <http://www.trans-lex.org> sidst opdateret d. 07.07.2025

Deklaration for anvendelse af GAI-værktøjer

☒ **Jeg/vi har benyttet generativ kunstig intelligens til udfærdigelse af dette projekt**
(sæt kryds). Oplist, hvilke GAI-værktøjer der er benyttet (husk version):

DeepL (Version 2025Q2)
ChatGpT (Version GpT 4.0)
Legora

Jeg/vi har brugt GAI-værktøjer på følgende vis) – en liste over mulige anvendelser er vedlagt til inspiration

Til oversættelse af tekster fra fremmedsprog
Til at søge efter kilder
Til korrekturlæsning

For hvert relevant område forklares, hvordan GAI er benyttet (se forklaringer af de forskellige anvendelsesmuligheder på Studypedia). Beskriv f.eks. kortfattet, hvordan informationen blev genereret, og forklar, hvordan outputtet er anvendt i din/jeres opgave.

I forbindelse med oversættelse har jeg indsat den tekst, som jeg har ønsket oversat og valgt sproget som det skulle oversættes til. Ved oversættelsen af én dom i en fysik bog er oversættelsen blevet foretaget ved affotografering af siderne, der efterfølgende kunne oversættes i sin helhed.

Til kildesøgning er kommandoer som eks. "Kan du give mig et link til den italienske retsplejelov?" blevet anvendt som alternativ til søgninger på nettet.

Ved korrekturlæsning har jeg ved tvivlstilfælde indsat en sætning for at få input til tegnsætning eller lignende.