

# **Arbitrabilitet**

## **– en undersøgelse af i hvilket omfang konkurrence- og immaterialretlige krav findes egnet til voldgiftsbehandling**

### **Arbitrability**

#### **– an Examination of the Extent to which Competition and Intellectual Property Claims are Capable of Settlement by Arbitration**

af LINE FRØKJÆR KRISTENSEN

*Specialet omhandler arbitrabilitet, med særlig fokus på arbitrabiliteten af konkurrence- og immaterialretlige krav. Arbitrabilitet er en fordansket udgave af det engelske begreb "arbitrability", som anvendes som udtryk for, at en voldgiftsret er kompetent til at træffe afgørelse i en konkret sag, hvor tvisten vedrører et spørgsmål, som kan afgøres ved voldgift.*

*Arbitrabilitet behandles i New York-konventionens artikel II og V. Konventionen fastlægger dog ikke de nærmere grænser for begrebet, men lader det være op til de kontraherende stater nationale lovgivning at sætte grænserne. Hvilke sagstyper, der er arbitrable, vil derfor afhænge af et lands lovgivning og udfyldende retspraksis.*

*I dansk ret følger det af voldgiftslovens § 6, at parterne kan aftale voldgiftsbehandling i retsforhold, som parterne har fri rådighed over, dvs. i dispositive sager.*

*Konkurrenceretlige krav er i vidt omfang arbitrable, hvilket er blevet fastslået i Mitsubishi Motors-dommen, afsagt af den amerikanske Højesteret, og Eco Swiss-dommen, afsagt af EU-domstolen. Mitsubishi Motors-dommen har haft stor betydning for udvidelse af arbitrabilitetsbegrebet, ikke alene på det konkurrenceretlige område, men også helt generelt i kommercielle sager.*

*Både Mitsubishi Motors-dommen og Eco Swiss-dommen fremhæver adgangen til domstolskontrol gennem "Second Look"-doktrinen. De almindelige domstole har adgang til at efterprøve en afsagt voldgiftskendelse i forbindelse med voldgiftskendelsens anerkendelse og fuldbyrdelse. Hvis en voldgiftskendelse er i strid med et lands ordre public, kan domstolene nægte at anerkende eller fuldbyrde kendelsen. Ordre public udgør imidlertid en meget snæver undtagelse, og voldgiftskendelser tilsidesættes sjældent som følge heraf.*

*Immaterielle tvister kan være arbitrable, her er imidlertid store forskelle landene imellem, ligesom det også er afgørende, hvilken rettighedstype der er tale om. For de immaterielle rettigheder, hvor staten er involveret i opnåelse af enerettigheden gennem registrering, findes to tilgange. Efter den liberale tilgang er sådanne tvister arbitrable, hvilket eksempelvis er tilfældet i Schweiz og USA. Efter den restriktive tilgang, som blandt følges i EU, betyder statens involvering, at tvister vedrørende gyldigheden af de registrerede rettigheder er inarbitrable.*

*Øvrige tvister vedrørende de registrerede rettigheder er dog arbitrable. Tvister i relation til, hvem der er rette rettighedshaver, licensaftaler og krænkelssager kan således afgøres ved*

voldgift, hvorfor tvister vedrørende de registrerede immaterielle rettigheder alene er delvist inarbitrable.

*Tvister vedrørende de uregistrerede enerettigheder er almindeligvis arbitrable. Det kan dog diskuteres, hvorvidt krav efter ophavsrettens droit moral er dispositive. For dansk rets vedkommende er droit moral ikke dispositive rettigheder, idet det i ophavsretslovens § 3, stk. 3 er fastslået, at ophavsmanden ikke kan frafalde sine ideelle rettigheder. Tvister vedrørende de ideelle rettigheder kan derfor ikke bedømmes ved voldgift i dansk ret.*

## Indholdsfortegnelse

<b>1. Indledning.....</b>	<b>3</b>
1.1. Præsentation af emnet.....	3
1.2. Problemformulering .....	4
1.3. Emneafgrænsning .....	4
1.4. Metodiske og retskildemæssige overvejelser.....	4
1.4.1. Danske retskilder.....	5
1.4.2. Udenlandske retskilder .....	5
1.4.3. Internationale udgivelser og vejledninger .....	5
1.5. Disposition for det følgende .....	6
<b>2. Begrebet arbitrabilitet.....</b>	<b>6</b>
2.1. Definition.....	6
2.1.1. Definition i New York-konventionens forstand .....	8
2.2. Bedømmelse af om en tvist er arbitrabel .....	9
2.3. Ordre public.....	10
2.3.1. Variationer af ordre public-begrebet .....	12
2.3.2. Ordre public og arbitrabilitet .....	13
2.4. Retsvirkninger .....	13
<b>3. Arbitrabilitet i en konkurrenceretlig belysning.....</b>	<b>15</b>
3.1. Den amerikanske udvikling .....	15
3.1.1. American Safety-doktrinen.....	15
3.1.2. Udvidelse af det arbitrable område.....	17
3.1.3. Mitsubishi Motors-dommen .....	17
3.2. Den europæiske udvikling.....	20
3.2.1. Eco Swiss-dommen .....	21
3.2.1.1. Voldgiftsrettens pligt til <i>ex officio</i> at anvende EU-konkurrencelovgivning .....	23
3.2.2. Ny regulering – Rådets forordning 1/2003.....	24
3.3. Domstolskontrol gennem ”Second Look”-doktrinen .....	25
<b>4. Arbitrabilitet i en immaterialretlig belysning.....</b>	<b>26</b>
4.1. Er immaterialretlige tvister dispositive?.....	27
4.2. Betydningen af statens involvering .....	28
4.2.1. Den liberale tilgang .....	28
4.2.2. Den restriktive tilgang .....	29
4.2.2.1. Arbitrable områder .....	30
4.2.3. Immaterielle rettigheder der ikke skal registreres .....	31
<b>5. Vurdering af arbitrabiliteten i Danmark .....</b>	<b>31</b>
5.1. Generelle bemærkninger om retstilstanden .....	33
5.1.1. Sondringen mellem nationale og internationale sager.....	35
5.2. Voldgiftsrettens præjudicielle stillingtagen til offentligretlige regler .....	36
5.3. Konkurrenceretlige sager.....	39
5.4. Immaterialretlige sager.....	40

<b>6. Konklusion.....</b>	<b>41</b>
<b>7. Litteratur- og domsliste.....</b>	<b>43</b>
7.1. Bøger .....	43
7.2. Artikler .....	44
7.3. Afgørelsesregister.....	45
7.4. Andre kilder.....	47

## 1. Indledning

### 1.1. Præsentation af emnet

Voldgift er et tvisteløsningssystem, hvorved parterne aftaler, at deres konflikt skal afgøres af en voldgiftsret. Parterne kan aftale institutionel voldgift ved et fast voldgiftsinstitut eller ad hoc voldgift, hvor voldgiftsretten er nedsat alene med det formål at afgøre den konkrete sag mellem parterne. Ved at overlade kompetencen til en voldgiftsret giver parterne samtidig afkald på de almindelige domstoles kompetence. Det er derfor en betingelse, at parterne gyldigt har aftalt, at tvister skal løses ved voldgift, samt at den konkrete tvist kan anses for omfattet af parternes voldgiftsaftale. Parterne kan aftale voldgiftsbehandling både forudgående, i forbindelse med selve kontraktsindgåelsen, og efterfølgende på det tidspunkt, hvor det står klart, at der består en retlig tvist, som parterne ikke selv er i stand til at løse. Hvis den ene part er forbruger, er voldgiftsaftalen dog kun bindende, såfremt den er indgået efter tvistens opståen. Til forskel fra hvad der gælder ved almindelig domstolsbehandling, er voldgift kendetegnet ved, at sagens parter i videre omfang selv kan styre processen gennem valg af voldgiftsdommere, voldgiftsretten sæde og til en vis grad ved valg af hvilke processuelle og materielle regler, som tvisten skal afgøres efter.<sup>1</sup>

En voldgiftskendelse er endelig og bindende. Kendelsen kan i vidt omfang kræves anerkendt og fuldbyrdet ved de almindelige domstole, enten i det land kendelsen er afsagt i eller efter New York-konventionen<sup>2</sup> i de mange konventionslande.<sup>3</sup> Efter konventionen er der alene en snæver adgang til at nægte at anerkende og fuldbyrde en afsagt voldgiftskendelse.

De almindelige domstole og voldgift er i stort omfang sideordnede, hvilket betyder, at de fleste tvister, der kan afgøres ved de almindelige domstole, også kan afgøres af en voldgiftsret. På visse områder vil voldgiftsbehandling være udelukket under henvisning til, at den enkelte stat anser de almindelige domstole for enekompetente. Efter voldgiftsloven<sup>4</sup> kan alene de tvister, som parterne har fri rådighed over, afgøres ved voldgift (de såkaldte dispositive sager).

Spørgsmålet om, hvilke sagstyper der kan behandles ved voldgift benævnes med et fordansket udtryk for arbitrabilitet.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Se bl.a. Juul & Thommesen, s. 26 ff., Hjejle, s. 11 ff., Lookofsky & Hertz, s. 813 ff.

<sup>2</sup> United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, vedtaget i New York den 10. juni 1958.

<sup>3</sup> Konventionen er i dag ratificeret af 156 lande.

<sup>4</sup> Lov nr. 553 af 24. juni 2005 om voldgift.

<sup>5</sup> Udtrykket stammer fra det engelske ”arbitrability”. Da der ikke eksisterer en tilsvarende dækkende betegnelse på dansk, anvendes det fordanskede udtryk arbitrabilitet, jf. bl.a. Ørgaard, s. 73.

## 1.2. Problemformulering

Med udgangspunkt i en komparativ analyse af dansk lovgivning og retspraksis samt amerikansk og europæisk lovgivning og retspraksis, ønskes det undersøgt, i hvilket omfang særligt konkurrence- og immaterialretlige tvister er egnede til voldgiftsbehandling.

## 1.3. Emneafgrænsning

I amerikansk ret anvendes et bredt arbitrabilitetsbegreb, som både omfatter spørgsmålet om, hvorvidt et givent emne kan afgøres ved voldgift, og spørgsmålet om, hvorvidt parterne har indgået en gyldig voldgiftsaftale og omfanget heraf.<sup>6</sup> I både New York-konventionen og UNCITRAL modelloven<sup>7</sup> anvendes arbitrabilitet i en mere snæver forstand, som alene omfatter spørgsmålet om, hvilke emner der kan bedømmes ved voldgift. I denne afhandling anvendes arbitrabilitetsbegrebet i overensstemmelse med New York-konventionen og modelloven.

Der skelnes i teorien mellem subjektiv og objektiv arbitrabilitet.<sup>8</sup> Objektiv arbitrabilitet omhandler spørgsmålet om, hvilke emner der kan bedømmes ved voldgift. Subjektiv arbitrabilitet dækker over spørgsmål om, hvorvidt parterne har kompetence og autoritet til at indgå en voldgiftsaftale. Subjektiv arbitrabilitet har i praksis været særligt relevant, når stater eller statslige organer er parter i tvister, der skal afgøres ved voldgift. Denne afhandling beskæftiger sig udelukkende med det objektive arbitrabilitetsbegreb.

Emnet arbitrabilitet er forholdsvis ubehandlet i dansk litteratur og retspraksis. Dog er der ikke tvivl om, at tvister inden for visse retsområder ikke kan afgøres ved voldgift, herunder bl.a. familieretten, strafferetten og skatteretten, mv.<sup>9</sup> Andre retsområders tvistligheder, blandt andet på det kollektive arbejdsretlige område, skal afgøres ved særlige voldgiftsretter, jf. voldgiftslovens § 1, stk. 5. Disse særlige voldgiftsretter behandles ikke nærmere i afhandlingen.

Imellem alle disse områder, som klart er undtaget voldgiftsbehandling, findes visse gråzoner, hvor det er uafklaret, i hvilket omfang et givent emne kan undergives voldgiftsbehandling. For at sikre en tilstrækkelig detaljeret behandling, vil afhandlingen alene undersøge arbitrabiliteten af konkurrence- og immaterialretlig spørgsmål, da begge disse retsområder udgør sådanne gråzoner.

Konkurrence- og immaterialretten er beslægtede retsområder, som traditionelt behandles samlet i markedsretten, hvorfor jeg har fundet disse emner relevante at behandle i en samlet afhandling om arbitrabilitet.

## 1.4. Metodiske og retskildemæssige overvejelser

Afhandlingen anvender almindelig retsdogmatisk metode.<sup>10</sup> En besvarelse af afhandlingens problemstilling kræver imidlertid ikke blot inddragelse af rent nationale retskilder, men også international retspraksis, internationale konventioner og øvrige retskilder af forskellig karakter.

---

<sup>6</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 69, afsnit 4-3 og Hunter & Redfern s. 110, note 181.

<sup>7</sup> The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006.

<sup>8</sup> Weigand, s. 43.

<sup>9</sup> Arnt Nielsen, s. 606.

<sup>10</sup> Evald og Schaumburg-Müller, s. 212 ff.

### 1.4.1. Danske retskilder

Hovedkilden i dansk voldgiftsret er voldgiftsloven af 2005,<sup>11</sup> som bygger på lovforslag L 127.<sup>12</sup> Baggrunden for lovændringen var at modernisere den tidligere gældende voldgiftslov fra 1972, hvorved den danske voldgiftslov skulle bringes mere i overensstemmelse med øvrige udenlandske voldgiftslove.<sup>13</sup> Baggrunden for 2005-voldgiftsloven var ikke udtryk for et ønske om en ændret retsstillingen, men alene at gøre reglerne om voldgift klarere.<sup>14</sup>

De fleste domstolsafgørelser er afsagt før 2005-lovændringen, men tidligere afgørelser kan fortsat anvendes, idet reglerne kun blev ændret i begrænset omfang ved den nye lov.

### 1.4.2. Udenlandske retskilder

En dansk domstol er som udgangspunkt ikke forpligtet af udenlandsk national lovgivning, men dette er dog ikke ensbetydende med, at udenlandsk lovgivning ikke kan have betydning for danske domstoles retsanvendelse.<sup>15</sup>

Den danske voldgiftslov er baseret på UNCITRAL modelloven, og med voldgiftsloven har Danmark ratificeret New York-konventionen.<sup>16</sup> New York-konventionen er ratificeret i 156 stater.<sup>17</sup> Modelloven er i dag den dominerende ”model”, som forskellige stater baserer deres voldgiftslovgivning på, hvorfor ordlyden af de forskellige landes voldgiftslove er meget ens.<sup>18</sup> Da retsgrundlaget i stort omfang er fælles i mange lande, vil danske domstole blive mødt af de samme udfordringer, som domstolene i øvrige lande i forhold til fortolkning af New York-konventionen og voldgiftslovgivningen.

En udenlandsk national afgørelse er bindende mellem parterne, men derudover kan en sådan afgørelse også have betydning som præjudikat for danske domstoles fortolkning af New York-konventionen i ligeartede sager. Danske domstole kan både inddrage og lade sig inspirere af udenlandske domsafgørelser i det omfang den juridiske argumentation er overbevisende.<sup>19</sup>

Udenlandske nationale love og afgørelser kan anvendes som et fortolkningsbidrag, uden at danske domstole på nogen måde er forpligtet hertil.

### 1.4.3. Internationale udgivelser og vejledninger

New York-konventionen fortolkes af internationale organisationer og sammenslutninger, som på baggrund heraf udgiver forskellige rapporter og vejledninger. Sådanne rapporter og vej-

---

<sup>11</sup> Lov nr. 553 af 24. juni 2005 om voldgift.

<sup>12</sup> LFF 2005-03-16 nr. 127 forslag til lov om voldgift.

<sup>13</sup> Ibid., afsnit 1.1.

<sup>14</sup> Ørgaard, s. 23.

<sup>15</sup> Blume 2014, s. 160.

<sup>16</sup> DAA, s. 29.

<sup>17</sup> En fuldstændig liste over stater findes på [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

<sup>18</sup> Lookofsky & Hertz, s. 907. En fuldstændig liste over modellovslande findes på [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

<sup>19</sup> Blume 2009, s. 215.

ledninger har ikke karakter af bindende retsregler, men argumentationen heri kan anvendes som et fortolkningsbidrag for danske domstoles retsanvendelse.

I vurderingen af, hvorvidt sådanne udgivelser skal anvendes af domstolen, er det vigtigt at være opmærksom på, hvilken organisation eller sammenslutning, der står bag den pågældende udgivelse.

### **1.5. Disposition for det følgende**

Først vil der blive redegjort for begrebet arbitrabilitet, jf. afsnit 3. Formålet er at definere og afgrænse begrebet generelt, således at begrebet kan vurderes i relation til konkurrence- og immaterialretlige tvister. Afsnittet er derfor ikke en udtømmende behandling af begrebet. I afsnit 4 behandles arbitrabilitet i en konkurrenceretlig belysning, hvor udviklingen på området vil blive undersøgt, og der foretages en analyse af international retspraksis. I afsnit 5 behandles arbitrabiliteten af immaterialretlige spørgsmål, hvor det vil blive undersøgt om immaterielle sager er dispositive, samt betydningen af statens involvering i opnåelse af eneretighederne. I afsnit 6 bindes de forudgående afsnit sammen i form af en vurdering af retsstillingen i Danmark, hvor der også vil blive inddraget den danske retspraksis omhandlende arbitrabilitet. Til sidst findes en konklusion i afsnit 7.

## **2. Begrebet arbitrabilitet**

### **2.1. Definition**

”*Arbitrability*”-begrebet stammer fra den engelsksprogede teori. Begrebet anvendes som udtryk for at en voldgiftsret er kompetent til at træffe afgørelse i en konkret sag, hvor tvisten vedrører et spørgsmål, som kan afgøres ved voldgift.<sup>20</sup> Den juridiske lære om at visse krav ikke findes egnet til voldgiftsbehandling kendes naturligvis også i dansk ret, men uden at der findes et til ”*arbitrability*” svarende dansk begreb. Tidligere blev disse situationer behandlet som et gyldighedsspørgsmål, da en voldgiftsaftale efter 1972-voldgiftsloven<sup>21</sup> var ugyldig, hvis tvisten efter sin art ikke kunne afgøres ved voldgift.<sup>22</sup> I dag er der formentlig enighed i teorien om at anvende det fordanskede udtryk ”arbitrabilitet”.<sup>23</sup>

En tvist kan være arbitrabel eller inarbitrabel, enten i sin helhed eller vedrørende et delspørgsmål. En voldgiftsret skal afholde sig fra at afsige kendelse om en tvist, der efter sin art er inarbitrabel, uanset om en sådan afsagt kendelse måtte være materielt korrekt, idet kendelsen kan tilsidesættes, jf. voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra a. Hvis tvisten efter sin art er arbitrabel, er der ikke betænkeligheder ved, at en voldgiftsret træffer afgørelse i sagen. En voldgiftskendelse i en arbitrabel sag kan kun tilsidesættes, hvis kendelsen materielt er åbenbart uforenelig med landets retsorden (ordre public), jf. voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra b.<sup>24</sup>

De to ovennævnte situationer skal ikke behandles ens, da der er tale om henholdsvis et formalitets- og et realitetsspørgsmål. Formalitetsspørgsmål angår de formelle betingelser for

---

<sup>20</sup> Weigand, s. 43 og Hunter & Redfern, s. 19, afsnit 1.64.

<sup>21</sup> Lov nr. 181 af 24. maj 1972 om voldgift.

<sup>22</sup> Lookofsky i U 1985B s. 404.

<sup>23</sup> Se bl.a. Ørgaard, s. 73 og Werlauff i U 2008 B s. 152.

<sup>24</sup> Voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 1 indeholder øvrige grunde for tilsidesættelse, bl.a. under henvisning til visse processuelle fejl og voldgiftsrettens sammensætning.

gennemførelse af en voldgiftssag, mens realitetsspørgsmål angår sagens materielle indhold.<sup>25</sup> Arbitrabilitet er et formalitetsspørgsmål, som er afgørende for, hvorvidt voldgiftsretten har kompetence. Ved inarbitrable tvister er voldgiftsretten i det hele afskåret fra at opnå kompetence, da inarbitrabiliteten betyder at parterne ikke har mulighed for at aftale voldgiftsbehandling.<sup>26</sup> Voldgiftsretten skal derfor fuldstændig afholde sig fra at træffe afgørelse i den pågældende tvist.

Ved arbitrable tvister skal voldgiftsretten derimod tage stilling til sagens realitet. En afsagte kendelse vil som udgangspunkt være bindende for parterne, medmindre kendelsen er materielt forkert i et sådan omfang, at den strider mod ordre public-regler, jf. nærmere om ordre public i afsnit 3.3.

Visse formalitetsspørgsmål kan afhjælpes, således at sagen fortsat behandles ved voldgiftsretten. Dette er eksempelvis tilfældet, hvor en voldgiftsdommer er inhabil, da den pågældende voldgiftsdommer i så fald må udskiftes. Inarbitrabilitet kan derimod ikke afhjælpes, hvorfor voldgiftsbehandling af en sådan tvist er udelukket. Er voldgiftssagen anlagt, må voldgiftsretten afvise sagen. Hvis det er muligt at udskille det inarbitrable spørgsmål fra den øvrige tvist, vil det dog kun være den inarbitrable del af sagen, voldgiftsretten skal afvise.<sup>27</sup>

Spørgsmålet om, hvilke tvister der kan afgøres ved voldgift, er nærmere reguleret i voldgiftslovens § 6, som fastslår, at "[t]vister i retsforhold, som parterne har fri rådighed over, kan afgøres ved voldgift, medmindre andet er bestemt". Med andre ord er en tvist som udgangspunkt arbitrabel, såfremt parterne har fri dispositionsret over tvistens genstand (dispositive sager). Parterne kan ikke indgå aftaler i indispositive sager, hvorfor det heller ikke er muligt at indgå en voldgiftaftale herom. Med andre ord, er de indispositive sager inarbitrable. Dette skyldes, at voldgift hviler på parternes aftale, og parterne kan ikke opnå andet eller mere ved at aftale voldgift, end de i forvejen kunne aftale indbyrdes.<sup>28</sup> Der er tale om et dispositivt krav, såfremt parterne kan opgive kravet, transportere det eller indgå forlig herom.<sup>29</sup>

Modelloven indeholder ikke en bestemmelse svarende til voldgiftslovens § 6, jf. modellovens art. 1, stk. 5, hvorefter det er overladt til den enkelte stat at lovgive om, hvilke sagstyper der er arbitrable. Det var ikke muligt at lave en udtømmende liste over inarbitrable spørgsmål i modelloven, da en sådan liste næppe ville blive implementeret af landene, hvorfor en udtømmende liste ikke ville have medvirket til at harmonisere arbitrabilitetsbegrebet.<sup>30</sup>

Ud fra et faktisk og praktisk synspunkt er der ikke mange spørgsmål, som ikke vil kunne afgøres ved voldgift. Forskellige kulturer har således afgjort meget forskellige tvister ved voldgift, herunder både familie-, straffe-, arve- og immaterialretlige spørgsmål.<sup>31</sup> Inarbitrabilitet er nærmest entydigt anvendt på juridisk hindringer for voldgiftsbehandling, hvor lovgivningen begrænser arbitrabiliteten af specifikke tvister.<sup>32</sup>

---

<sup>25</sup> Gomard & Kistrup, s. 415 ff.

<sup>26</sup> Werlauff i U 2008B s. 154.

<sup>27</sup> Ørgaard, s. 74.

<sup>28</sup> Juul & Thommesen, s. 51.

<sup>29</sup> Ørgaard, s. 79.

<sup>30</sup> Ibid., s. 73 f.

<sup>31</sup> Born, s. 946.

<sup>32</sup> Born, s. 947.

Uanset at der vil være visse afvigelser landene imellem i afgørelsen af, hvilke tvister, der er arbitrable, er det ofte de samme hensyn, der begrundet et emnes inarbitrabilitet, idet "[t]he non-arbitrability doctrine rests on the notion that some matters so pervasively involve public rights, or interest of third parties, which are the subject of uniquely governmental authority, that agreements to resolve such disputes by "private" arbitration should not be given effect."<sup>33</sup>

### 2.1.1. Definition i New York-konventionens forstand

Doktrinen om arbitrabilitet<sup>34</sup> har længe været anerkendt i internationale konventioner om voldgift og fremgik både af Geneve-protokollen af 1923 om voldgiftsklausuler<sup>35</sup> og Geneve-konventionen af 1927 om fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser,<sup>36</sup> samt den senere afløser, New York-konventionen. Arbitrabilitetsbegrebet er nærmere defineret i New York-konventions artikel II og V.

New York-konventionens artikel II, nr. 1 kræver, at:

"Enhver kontraherende stat skal anerkende en skriftlig voldgiftsaftale, hvori parterne forpligtet sig til at henvende sig til voldgift alle eller enkelte tvister, som er opstået eller kan opstå i en bestemt retlig relation mellem dem i eller uden for kontraktforhold *vedrørende spørgsmål, som kan afgøres ved voldgift.*"<sup>37</sup> (min fremhævelse).

Den autentiske konventionstekst på engelsk kræver anerkendelse af en skriftlig voldgiftsaftale, når aftalen vedrører spørgsmål "[...] concerning a subject matter capable of settlement by arbitration."<sup>38</sup>

Artikel II fortolkes i nær sammenhæng med artikel V, som vedrører de tilfælde, hvor en stat kan nægte fuldbyrdelse og anerkendelse af en voldgiftskendelse.<sup>39</sup> Efter New York-konventionens artikel V, nr. 2, litra a kan en voldgiftskendelse nægtes anerkendt eller fuldbyrdet, hvis den kompetente myndighed i det land, hvor kendelsen søges anerkendt eller fuldbyrdet, finder, at "det forhold, tvisten omfatter, ikke kan afgøres ved voldgift efter dette lands lovgivning".<sup>40</sup>

Anerkendelse og fuldbyrdelse nægtes ifølge den engelske konventionsteksts artikel V, når "[t]he subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country".<sup>41</sup>

---

<sup>33</sup> Born, s. 944.

<sup>34</sup> Ifølge doktrinen om arbitrabilitet kan en stat nægte at anerkende en voldgiftsaftale og voldgiftskendelse. I visse jurisdiktioner anvendes begrebet objektiv arbitrabilitet, i andre anvendes doktrinen om arbitrabilitet, jf. Born, s. 943.

<sup>35</sup> Bekendtgørelse nr. 167 af 15. maj 1925 af Protokol vedrørende Voldgiftsklausuler i Handelskontrakter, Geneve, 23. September 1923, art. 1.

<sup>36</sup> Bekendtgørelse nr. 150 af 28. juni 1929 om Danmarks ratifikation af den i Geneve den 26. September 1927 åbnede overenskomst angående eksekution af voldgiftskendelser, afsagt i udlandet, art. 1, stk. 2, litra b.

<sup>37</sup> Bekendtgørelse nr. 58 af 19. juni 1973 af konventionen af 10. juni 1958 om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser.

<sup>38</sup> United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, vedtaget i New York den 10. juni 1958, art. II(1).

<sup>39</sup> Born, s. 3695.

<sup>40</sup> Bekendtgørelse nr. 58 af 19. juni 1973.

<sup>41</sup> United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, vedtaget i New York den 10. juni 1958, art. V(2)(a).



I det følgende anvendes den danske oversættelse, hvor det dog må erindres, at denne ikke udgør en autentisk konventionstekst.

New York-konventionen definerer ikke selv arbitrabilitetsbegrebets grænser, men lader det være op til de kontraherende staters egen nationale lovgivning at sætte grænserne, hvorfor arbitrabilitetsbegrebet er meningsløst, såfremt det står alene. Definitionen må sammenholdes med det enkelte lands lovgivning og udfyldende retspraksis for at give et mere fyldestgørende svar på, hvilke sagstyper der er arbitrable.

Som et eksempel herpå kan nævnes lejeretlige tvister. New York-konventionen er tavs med hensyn til om tvister af denne type er arbitrable eller ej. I dansk lovgivning er lejeretlige tvister inarbitrable, idet de eksplicit er undtaget for voldgiftsbehandling, jf. lejelovens § 112a.<sup>42</sup>

## 2.2. Bedømmelse af om en tvist er arbitrabel

Spørgsmålet om arbitrabilitet kan opstå på fire forskellige stadier i processen.

For det første kan den ene part fremsætte indsigelser om manglende arbitrabilitet ved voldgiftssagens indledning. Her vil voldgiftsretten selv skulle træffe afgørelse om, hvorvidt den er kompetent til at afgøre sagen. Dette princip er anerkendt i den internationale teori som doktrinen om *kompetenz-kompetenz*,<sup>43</sup> og følger desuden af voldgiftslovens § 16. Det er overladt til voldgiftsretten at afgøre, om spørgsmål om voldgiftsrettens kompetence skal afgøres særskilt eller som en del af den endelige kendelse. En særskilt afgørelse om, at voldgiftsretten har kompetence kan indbringes for domstolene inden 30 dage, jf. voldgiftslovens § 16, stk. 3, 2. pkt. Finder voldgiftsretten at sagen er inarbitrabel, må de afvise at behandle sagen. Har voldgiftsrettens truffet særskilt afgørelse herom, kan denne afgørelse ikke indbringes for domstolene.<sup>44</sup> Såfremt en part ikke fremsætter indsigelser om arbitrabilitet, er voldgiftsretten formentlig ikke forpligtet til at tage stilling hertil *ex officio*.<sup>45</sup> Svaret kan dog være anderledes, hvis arbitrabiliteten har karakter af en ordre public-regel, hvilket vil blive nærmere diskuteret i afsnit 4.2.1.1.

For det andet kan spørgsmålet om arbitrabilitet opstå ved, at en part anlægger sag ved de almindelige domstole. Parterne er ikke afskåret fra at lægge sag an ved de almindelige domstole uanset en vedtaget voldgiftsaftale. Såfremt retssagen anlægges før, at tvisten er indbragt for voldgiftsretten, følger det af voldgiftslovens § 8, 1. pkt., at domstolene almindeligvis skal afvise sagen efter påstand herom, medmindre voldgiftsaftalen er ugyldig eller af andre grunde ikke kan gennemføres. Da det ikke er muligt at gennemføre en voldgiftssag, hvis den er inarbitrabel, jf. voldgiftslovens § 6, skal domstolene i givet fald ikke afvise sagen. Bliver retssagen anlagt efter, at tvisten er indbragt for voldgiftsretten, kan domstolene alene tage stilling til, om tvisten efter sin art kan afgøres ved voldgift, jf. voldgiftslovens § 8, 2. pkt. Domstolene kan således tage stilling til arbitrabilitet, uanset om voldgiftssagen er begyndt eller ej.<sup>46</sup>

Når voldgiftsretten har afsagt kendelse, kan spørgsmålet om arbitrabilitet for det tredje opstå i forbindelse med en sag om tilsidesættelse af voldgiftskendelsen. En sådan sag kan anlægges

---

<sup>42</sup> Lovbekendtgørelse nr. 809 af 1. juli 2015.

<sup>43</sup> Lookofsky & Hertz, s. 823.

<sup>44</sup> DAA, s. 108.

<sup>45</sup> Blessing, s. 194.

<sup>46</sup> Gomard & Kistrup, s. 1016.

ved domstolene i det land, hvor kendelsen er afsagt. Efter voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra a kan manglende arbitrabilitet begrunde en tilsidesættelse af kendelsen som ugyldig.

For det fjerde kan spørgsmålet om arbitrabilitet opstå i forbindelse med anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen ved domstolene. Inarbitrabilitet udgør en begrundelse for at nægte at anerkende og fuldbyrde en voldgiftskendelse, jf. voldgiftslovens § 39, stk. 1, nr. 2, litra a.

### 2.3. Ordre public

Der eksisterer nogle fundamentale retsgrundsætninger i alle retssystemer, som repræsenterer den offentlige interesse. Disse retsgrundsætninger er grundlæggende for retssystemet, og kaldes med et fransk udtryk for *ordre public*. På engelsk bruges udtrykket *public policy*, der generelt anvendes mere snævert end det civile retlige ordre public-begreb.<sup>47</sup> Inden for voldgift anvendes begreberne i stort omfang synonymt, hvorfor denne afhandling ligeledes behandler begreberne synonymt.

Efter New York-konventionens art. V, stk. 2, litra b kan anerkendelse og fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse nægtes, hvis en sådan anerkendelse eller fuldbyrdelse ville være "contrary to the public policy of that country". Modellovens art. 36, stk. 1, litra b, nr. II giver samme mulighed, mens det efter modellovens art. 34, stk. 2, litra b, nr. II er muligt at tilsidesætte en voldgiftskendelse som ugyldig, hvis "the award is in conflict with the public policy of this State". Hverken modelloven eller New York-konventionen indeholder nogen nærmere definition af begrebet public policy.

Voldgiftsloven giver domstolene mulighed for at tilsidesætte en voldgiftskendelse som ugyldig efter § 37, stk. 2, nr. 2, litra b, samt at nægte anerkendelse og fuldbyrdelse af kendelsen efter § 39, stk. 1, nr. 2, litra b, hvis kendelsens gyldighed eller anerkendelse og fuldbyrdelse ville være "åbenbart uforenelig med landets retsorden". Som anført i bemærkningerne til voldgiftsloven henvises herved til ordre public-regler.<sup>48</sup>

Det er fremhævet i bemærkningerne til lovforslaget, at der er tale om en meget snæver undtagelse. Tilsidesættelse eller nægtelse af anerkendelse og fuldbyrdelse kan ske, hvor der foreligger så "overordentlig graverende fejl fra voldgiftsrettens side",<sup>49</sup> at voldgiftskendelsen er åbenbart uforenelig med danske ordre public-regler.

Ud fra det ovenstående er det ikke muligt at komme med en nærmere definition af ordre public; her kan det alene konstateres, at der er tale om en meget snæver undtagelse. En nærmere definition afhænger endvidere af de konkrete omstændigheder.

Et område kan være omfattet af en ordre public-regel i én stat uden nødvendigvis at udgøre en sådan fundamental retsgrundsætning i en anden stat med et anderledes økonomisk, politisk, religiøst eller socialt system, og dermed også et anderledes retssystem.<sup>50</sup> Ordre public kan således variere fra land til land. Man har hverken søgt at opstille universelle ordre public-regler i modelloven eller New York-konventionen. Efter New York-konventionens art. V,

<sup>47</sup> van den Berg, s. 359 og ILA: Interim Report on Public Policy, s. 10.

<sup>48</sup> LFF 2005-03-16 nr. 127 forslag til lov om voldgift, bemærkninger til §§ 37 og 39.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Böckstiegel 1987, s. 178.

stk. 2, litra b, kan anerkendelse og fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse netop nægtes, når det vil være uforeneligt med ”public policy of *that country*” (min fremhævnings).

Idet ordre public-reglerne kan variere fra land til land, kan det være svært for en part at forudse, om en voldgiftskendelse afsagt i et land kan fuldbyrdes i et andet land efter New York-konventionen. Det var en frygt blandt mange, at ordre public-undtagelsen i art. V ville være en hindring for opnåelse af konventionens grundlæggende formål om effektiv adgang til international anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelser.<sup>51</sup> Langt de fleste domstole anvender imidlertid ordre public-undtagelsen restriktivt,<sup>52</sup> hvilket er bedst i overensstemmelse med opnåelse af konventionens formål. Der består dog fortsat en usikkerhed, idet begrebet ikke er nærmere defineret, hvorfor undtagelsen reelt kan udstrækkes meget vidt.

Ordre public er desuden dynamisk, hvilket medfører, at begrebet ændres med samfundsudviklingen.<sup>53</sup> Inden for voldgift viser tendensen dog klart, at ”public policy limits to international arbitration in general and to arbitrability in particular have been reduced considerably”.<sup>54</sup> Den internationale udvikling viser således også, at ordre public udgør en endog meget snæver undtagelse. Der er intet, der tyder på, at begrebet søges udvidet, tværtimod.

Mange domstole har udtrykt en favorisering af håndhævelse af voldgiftskendelser.<sup>55</sup> Dette er eksempelvis kommet til udtryk i en afgørelse fra EU-domstolen, hvori domstolen fastslog:

”[...] at de krav, der bunder i en effektiv voldgiftsprocedure, kan begrunde, at efterprøvelsen af voldgiftskendelser får en begrænset karakter, og at en kendelse kun kan ophæves eller dens anerkendelse afvises i ekstraordinære tilfælde.”<sup>56</sup>

I en afgørelse fra den amerikanske Court of Appeals er det fremhævet, at fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse bør nægtes, ”only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice”.<sup>57</sup>

Den tyske Bundesgerichtshof har i en afgørelse fra 1990 defineret ordre public, som: “[a] violation of essential principles of German law (*ordre public*) exists only if the arbitral award contravenes a rule which is basic to public or commercial life, or if it contradicts the German idea of justice in a fundamental way. A mere violation of the substantive or procedural law applied by the arbitral tribunal is not sufficient to constitute such violation”.<sup>58</sup>

At en kendelse er uforenelig med præceptiv lovgivning er i sig selv ikke tilstrækkelig til at begrunde en tilsidesættelse af voldgiftskendelsen som stridende mod ordre public, idet ikke alle præceptive regler vil udgøre ordre public-regler. Ordre public kræver således yderligere kvalifikationer.<sup>59</sup> Opsummerende kan det konstateres, at alle ordre public regler er præcepti-

---

<sup>51</sup> ILA: Interim Report on Public Policy, s. 35.

<sup>52</sup> Hunter & Redfern, s. 598, afsnit 10.84 og ILA: Final Report on Public Policy, s. 5, afsnit 22.

<sup>53</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 2, afsnit 1-3.

<sup>54</sup> Böckstiegel 1987, s. 180

<sup>55</sup> ILA: Interim Report on Public Policy, s. 15.

<sup>56</sup> Sag C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, præmis 35. Dommen er nærmere omtalt i afsnit 4.2.1.

<sup>57</sup> 508 F2d 969 *Parsons & Whittermore Overseas Co., Inc. v. Société Générale de l’Industrie du Papier RAKTA and Bank of America* (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1974).

<sup>58</sup> *BGH*, 12. juli 1990 – III ZR 174/89, *NJW* 1990, s. 3210 og ILA: Interim Report on Public Policy, s. 5.

<sup>59</sup> Böckstiegel 2008, s. 4.

ve, men alle præceptive regler udgør ikke en del af ordre public.<sup>60</sup>

Ordre public må på baggrund af ovenstående defineres som den del af en stats præceptive regler, som afspejler fundamentale økonomiske, juridiske, moralske, politiske eller kulturelle standarder.<sup>61</sup>

### 2.3.1. Variationer af ordre public-begrebet

Der foretages en vigtig sondring mellem det ovenfor gennemgåede almindelige ordre public-begreb og betegnelsen "ordre public international".<sup>62</sup> Med denne betegnelse menes ikke et ordre public-begreb, der er fælles flere lande imellem.<sup>63</sup> Ordre public international kan defineres som:

"The international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as "lois de police" or "public policy rules"; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organisations."<sup>64</sup>

International public policy udspringer således også af nogle fundamentale retlige og moralske principper i det enkelte land. Hensynene i nationale og internationale sager er ikke nødvendigvis de samme og i en international sag vil de offentlige interesser, der ligger til grund for de almindelige ordre public-regler, ikke nødvendigvis være så tungtvejende, at den nationale ordre public-regel finder anvendelse. Denne sondring mellem nationale og internationale sager benyttes også i voldgiftssager, og sondringen vil blive nærmere omtalt nedenfor i afsnit 4.1.2.

Sondringen mellem almindelig ordre public og ordre public international er relevant, da ordre public international er snævrere end det almindelige, nationale begreb.<sup>65</sup> En undersøgelse har vidst, at ordre public sjældent medfører, at voldgiftskendelser tilsidesættes, hvilket blandt andet kan forklares med at der anvendes en ordre public international-standard.<sup>66</sup>

Ud over de ovennævnte ordre public-begreber, kan man tale om, at der eksisterer et særligt europæisk ordre public inden for EU-retten (dette kaldes med et fransk udtryk for *ordre public communautaire*). I *Eco Swiss*-dommen<sup>67</sup> har EU-domstolen fastslået, at art. 85 (den nuværende TEUF art. 101) har karakter af ordre public. Hermed hentyder domstolen til, at der eksisterer et ordre public communautaire, som udgør en integreret del af de forskellige nationale ordre public-regler.<sup>68</sup> Retsvirkningen heraf er, at EU-reglen skal tillægges samme vægt som øvrige ordre public-regler i det enkelte EU-land.

<sup>60</sup> Böckstiegel 1987, s. 183.

<sup>61</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 245, afsnit 12-14.

<sup>62</sup> van den Berg, s. 360.

<sup>63</sup> Et sådant ordre public-begreb, der er fælles flere lande imellem kan mere passende beskrives som "transnational public policy", jf. ILA: Final Report on Public Policy, s. 3.

<sup>64</sup> ILA: Final Report on Public Policy, s. 6.

<sup>65</sup> van den Berg, s. 360.

<sup>66</sup> ICC Bulletin 1999: van den Berg, s. 86.

<sup>67</sup> Sag C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*. Dommen er nærmere omtalt i afsnit 4.2.1.

<sup>68</sup> Komninos, s. 473.

### 2.3.2. Ordre public og arbitrabilitet

I voldgiftssager opstår spørgsmålet om ordre public almindeligvis først hen mod slutningen af processen, nemlig i forbindelse med en anerkendelse eller fuldbyrdelse af den afsagte voldgiftskendelse. Ordre public i relation til arbitrabilitet opstår derimod langt tidligere i processen, da arbitrabilitet er afgørende for, om voldgiftsretten overhovedet har jurisdiktion.<sup>69</sup>

Arbitrabilitetsbegrebet og ordre public-begrebet har en nær sammenhæng, om end begreberne ikke er fuldstændig sammenfaldende. Ifølge ordlyden af New York-konventionens art. V, stk. 2 er arbitrabilitet og ordre public to helt adskilte begreber, da litra a omhandler spørgsmålet om, hvorvidt sagens emne er arbitrabelt, mens litra b omhandler spørgsmålet om, hvorvidt tvangsfuldbyrdelse vil stride mod ordre public. I konventionens forstand er det dog på trods heraf generelt accepteret, at arbitrabilitet udgør en del af ordre public. Det er af flere teoretikere fremhævet, at New York-konventionens art. V, stk. 2, litra a, om arbitrabilitet af denne grund kan anses som overflødig.<sup>70</sup> Begrundelsen for at behandle arbitrabilitet og public policy i separate bestemmelser i konventionen er historisk, idet arbitrabilitet var nævnt som en separat grund for nægtelse af anerkendelse og fuldbyrdelse i blandt andet Genevekonventionen af 1927.<sup>71</sup>

Der kan dog også argumenteres for, at den separate behandling af arbitrabilitet og ordre public ikke er overflødig, idet de lovregler, der begrænser arbitrabiliteten, ikke nødvendigvis er så fundamentale, at reglerne er omfattet af en stats ordre public.

De lovregler, der begrænser arbitrabilitet, skal alene anvendes af voldgiftsdommerne, såfremt de udgør en del af de lovregler, som tvisten skal afgøres efter. Havde arbitrabilitetsreglen derimod været så fundamental, at den var omfattet af ordre public, skulle reglen være anvendt, selvom tvisten skulle afgøres efter andre lovregler.<sup>72</sup> Omvendt kan det ikke udelukkes, at fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse kan stride mod et lands ordre public, selvom sagens emne er arbitrabelt.

Opsummerende må det konkluderes, at de to vurderinger er delvist overlappende og ikke kan holdes helt adskilt. Et retsområde kan være enten inarbitrabelt eller arbitrabelt med forbehold for ordre public, hvor det beror på en konkret vurdering, hvilken kategori retsområdet hører under.<sup>73</sup> Er der tale om et retsområde, hvor der er grundlæggende offentlige interesser på spil, kan fuldbyrdelse nægtes med den begrundelse, at sagen er inarbitrabel, eller med den begrundelse at sagen er arbitrabel, men fuldbyrdelse vil være i strid med ordre public. Der er således en glidende overgang mellem de to vurderinger.

### 2.4. Retsvirkninger

Arbitrabilitet har betydning for, om en voldgiftsret er kompetent til at træffe afgørelse i sagen. Domstolene har ifølge voldgiftslovens § 4 ”ingen kompetence i tvister, som skal afgøres ved voldgift, ud over, hvad der følger af denne lov”, hvilket betyder, at domstolene ikke har kompetence til at afgøre en arbitrabel sag, såfremt de øvrige betingelser for voldgift er op-

---

<sup>69</sup> Böckstiegel 2008, s. 4.

<sup>70</sup> van den Berg, s. 360 med henvisninger i note 337.

<sup>71</sup> Ibid, s. 368.

<sup>72</sup> Böckstiegel 2008, s. 4.

<sup>73</sup> Werlauff i U 2008B.152.

fyldt. Vedrører tvisten derimod et inarbitrabelt emne, har voldgiftsretten ingen kompetence, idet kompetencen ufravigeligt ligger hos domstolene eller andre statslige myndigheder. Angår den manglende arbitrabilitet kun en begrænset del af tvisten, er det kun denne del, der ikke er omfattet af voldgiftsrettens kompetence.<sup>74</sup> Arbitrabilitet er derfor afgørende for fordelingen af kompetencen mellem de almindelige domstole og den private voldgift.

Arbitrabilitet har også betydning i forhold til anerkendelse af selve voldgiftsaftalen. Hvis sagen er arbitrabel i New York-konventionens forstand, er de kontraherende stater forpligtede til at anerkende voldgiftsaftalen, jf. konventionens art. II. Dette indebærer, at et lands domstole skal henvise sagen til voldgiftsbehandling. Når en sags emne derimod er inarbitrabelt, fritages de kontraherende stater for deres forpligtelse til at anerkende voldgiftsaftalen, og voldgiftsretten må afvise at behandle sagen.

Efter afsigelsen af en voldgiftskendelse har arbitrabilitet den virkning, at kendelsen skal anerkendes og tvangsfuldbyrdes efter New York-konventionens art. V, medmindre der er andre hindringer herfor. Er sagen derimod inarbitrabel, kan den tabende part anfægte voldgiftkendelsen på flere måder.

Voldgiftskendelsen kan tilsidesættes som ugyldig, jf. voldgiftslovens § 37, stk. 2, nr. 2, litra a. En tilsidesættelse kan kun ske i det land, hvor kendelsen er afsagt, eller i det land, hvis lovgivning voldgiftsretten har anvendt, jf. New York-konventionens art. V, stk. 1, litra e. Fristen for at anlægge en retssag om tilsidesættelse af voldgiftskendelsen er 3 måneder fra modtagelsen af kendelsen, jf. voldgiftslovens § 37, stk. 4. Er sagen anlagt inden for fristen, kan voldgiftskendelsen tilsidesættes som ugyldig, uanset om parten påberåber sig arbitrabilitet som ugyldighedsgrund eller ej.<sup>75</sup> Med andre ord skal domstolene *ex officio* tage stilling til arbitrabilitet i en sag om tilsidesættelse.

Hvis voldgiftskendelsen er tilsidesat som ugyldig, er kendelsen en nullitet. En tilsidesættelse udelukker almindeligvis, at kendelsen efterfølgende kan anerkendes og fuldbyrdes i et andet land.<sup>76</sup> I særlige tilfælde kan en tilsidesat voldgiftskendelse dog alligevel anerkendes og fuldbyrdes i et andet land. Dette var blandt andet tilfældet i Chromalloy-sagen,<sup>77</sup> hvor en voldgiftskendelse blev tilsidesat af en egyptisk domstol, mens kendelsen alligevel blev fuldbyrdet af en amerikansk distriktsdomstol. Domstolsafgørelser i Frankrig, Belgien og Østrig har ligeledes anerkendt voldgiftskendelser, der er blevet tilsidesat som ugyldige i det land, hvor kendelsen er afsagt.<sup>78</sup>

Efter udløbet af fristen i § 37 er den tabende part henvist til at modsætte sig anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen efter voldgiftslovens § 39, stk. 1, nr. 2, litra a. I international voldgift fremgår hjemlen af New York-konventionens art. V, stk. 2, litra a.

Hvis inarbitrabiliteten alene angår en del af voldgiftskendelsen, er det kun denne del, der kan tilsidesættes som ugyldig eller nægtes anerkendt og fuldbyrdet, jf. henholdsvis voldgiftslovens §§ 37, stk. 3 og 39, stk. 2.

---

<sup>74</sup> Ørgaard, s. 74.

<sup>75</sup> LFF 2005-03-16 nr. 127 forslag til lov om voldgift, bemærkninger til § 37.

<sup>76</sup> Lookofsky & Hertz, s. 910.

<sup>77</sup> 939 F. Supp. 907 *Chromalloy Aeroservices v. The Arab Republic of Egypt* (U.S. District Court, 1996).

<sup>78</sup> Born, s. 3621.

### 3. Arbitrabilitet i en konkurrenceretlig belysning

Konkurrencelovgivningen involverer betydelige offentlige og almene interesser. Formålet med lovgivningen er at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere.<sup>79</sup> Reglerne tilsigter at ramme begrænsninger i omsætningen af varer eller tjenesteydelser. Konkurrencelovgivningen har en præceptiv karakter, og er i vidt omfang omfattet af ordre public.<sup>80</sup> På baggrund af de særlige hensyn bag konkurrencelovgivningen rejses spørgsmål om, og i hvilket omfang, voldgiftsdommere kan træffe afgørelser i sager af konkurrenceretlig karakter. Både teori og praksis har beskæftiget sig indgående med emnet, og i det følgende vil udviklingen blive gennemgået med særlig fokus på amerikansk og europæisk konkurrenceret.

#### 3.1. Den amerikanske udvikling

Det har tidligere været den klare amerikanske opfattelse, at konkurrenceretlige spørgsmål ikke var egnet til voldgiftsbehandling på grund af de særlige offentlige interesser, som disse spørgsmål repræsenterer. Konkurrenceretlige tvister var klart inarbitrable, men praksis har gradvist udvidet området for arbitrabilitet.

De vigtigste føderale love på konkurrenceretens område er Sherman Act<sup>81</sup> og Clayton Act.<sup>82</sup> 15 U.S. Code § 15 giver ret til et erstatningsbeløb svarende til det faktiske tab tre gange for overtrædelser af konkurrencelovgivningen (*treble damages*). Det fremgår hverken af Sherman Act eller Clayton Act, at sager angående rettigheder ifølge disse love ikke skulle kunne bedømmes ved voldgift. Til trods herfor har de amerikanske domstole gentagne gange fundet, at konkurrenceretlige spørgsmål var inarbitrable.

##### 3.1.1. American Safety-doktrinen

I 1968 afgjorde den amerikanske appeldomstol American Safety-sagen.<sup>83</sup> American Safety Equipment (ASE) havde indgået en licensaftale med Hickok, som i 15 år gav ASE eneret til at benytte betegnelsen "Hickok" i forbindelse med salg af sikkerhedsseler og øvrigt tilbehør til biler mod betaling af royalties. Licensaftalen begrænsede både ASE og Hickok, da aftalen indeholdt et forbud mod, at Hickok selv solgte de nævnte typer biltilbehør, og et forbud mod at ASE fremstillede eller solgte beklædningsgenstande og tilbehør som bæltter og seler mv., da Hickok i øvrigt beskæftigede sig med herrebeklædning. Aftalen tillod desuden, at ASE kunne udstede underlicenser til virksomheder uden for USA, blandt andet under betingelse af at underlicenshaverne ikke var konkurrenter til Hickok. Licensaftalen havde derfor flere konkurrencebegrænsende elementer.

Parterne havde vedtaget en bred voldgiftsklausul, der krævede voldgiftsbehandling af "[a]ll controversies, disputes and claims of whatsoever nature and description arising out of, or relating to, this Agreement and the performance or breach thereof, shall be settled by arbitration."<sup>84</sup>

<sup>79</sup> Lovbekendtgørelse nr. 869 af 8. juli 2015 konkurrencelovens § 1.

<sup>80</sup> Mistelis & Brekoulakis 2009, s. 240, afsnit 12-1.

<sup>81</sup> The Sherman Antitrust Act of 1890, kodificeret ved 15 U.S.C. §§ 1-7.

<sup>82</sup> The Clayton Antitrust Act of 1914, kodificeret ved 15 U.S.C. §§ 12-27.

<sup>83</sup> 391 F2d 821 *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co. & Hickok Manufacturing Co., Inc.* (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1968).

<sup>84</sup> *Ibid.*, afsnit 3.

Efter flere års samarbejde mellem parterne opstod der uenigheder, og ASE lagde sag an mod Hickok ved distriktsdomstolen i New York. ASE nedlagde påstand om, at licensaftalen var ugyldig og i strid med Sherman Act på grund af de konkurrencebegrænsende vilkår. J.P. Maguire blev involveret i sagen, da selskabet af Hickok havde købt rettighederne til royalties. Både Maguire og Hickok påberåbte sig voldgiftsklausulen, og ønskede sagen afvist fra distriktsdomstolen. ASE argumenterede for, at alene de almindelige domstole havde jurisdiktion i sager vedrørende konkurrenceretten, da konkurrenceretlige spørgsmål efter ASEs opfattelse ikke var egnet til voldgiftsbehandling.

Distriktsdomstolen henviste parterne til voldgiftsbehandling, da voldgiftsklausulen i parternes aftale var bred nok til også at omfatte konkurrenceretlige overtrædelser. Dommeren fandt ikke, at public policy var til hinder for voldgiftsbehandling.<sup>85</sup>

Sagen blev appelleret til appeldomstolen, som behandlede spørgsmålet om, hvorvidt de lovfæstede rettigheder ifølge Sherman Act kunne anses for at være arbitrable. Appeldomstolen fandt, at det ikke kunne have været Kongressens mening at lade krav efter Sherman Act afgøre af andre end de almindelige domstole, hvorfor konkurrenceretlige krav var inarbitrable. Domstolen begrundede deres afgørelse med tre forskellige argumenter:

For det første fastlog appeldomstolen, at "a claim under the antitrust laws is not merely a private matter".<sup>86</sup> Konkurrenceretlige overtrædelser har ikke alene betydning mellem parterne, da overtrædelserne kan have betydning for befolkningen som helhed. Formålet med Sherman Act er at beskytte nationale interesser, som ikke vil blive varetaget ved en voldgiftsdomstol, som hovedsagligt beskæftiger sig med parternes interesser. Appeldomstolen fastslog videre, at "[a]nti-trust violations can affect hundreds of thousands – perhaps millions – of people and inflict staggering economic damage".<sup>87</sup> Det var således en følge af denne store offentlige interesse i konkurrenceretlige sagers udfald, at alene de almindelige domstole kunne anses for kompetente.

Appeldomstolen argumenterede for det andet for, at sager vedrørende konkurrencelovgivningen ofte er af en kompliceret natur. Typisk indeholder en konkurrenceretlig sag store mængder bevismateriale af forskelligartet karakter, som mere passende burde afgøres af de almindelige domstole.

For det tredje påpegede appeldomstolen, at voldgiftsdommere typisk vælges på baggrund af deres forretningskendskab, hvilket kan være problematisk, da forbindelsen til forretningslivet kan betyde, at de konkurrenceretlige sager ikke afgøres på betryggende vis. Appeldomstolen fandt, at "[s]ince commercial arbitrators are frequently men drawn for their business expertise, it hardly seems proper for them to determine these issues of great public interest".<sup>88</sup>

American Safety fastslog således klart, at konkurrenceretlige tvister var inarbitrable. Uanset at dommen ikke er afsagt af Højesteret, er afgørelsen alligevel betydningsfuld, idet doktrinen mange gange er opretholdt i den amerikanske retspraksis.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> Ibid., afsnit 5.

<sup>86</sup> Ibid., afsnit 19.

<sup>87</sup> Ibid., afsnit 19.

<sup>88</sup> Ibid., afsnit 20.

<sup>89</sup> Se eksempelvis: 488 F2d 41 *Cobb v. Lewis* (U.S. Court of Appeals Fifth Circuit, 1974), 530 F2d 679 *Sam Reisfeld & Son Import Co. v. S.A. Eteco* (U.S. Court of Appeals Fifth Circuit, 1976) og 576 F2s 116 *Applied Digital Technology, Inc. v. Continental Casualty Co.* (U.S. Court of Appeals Seventh Circuit, 1978)



### 3.1.2. Udvidelse af det arbitrable område

American Safety-doktrinen er siden blevet indskrænket ad flere omgange. Den amerikanske Højesteret tog første gang skridt hertil i Scherk-sagen.<sup>90</sup> Sagen omhandlede ikke konkurrenceretlige spørgsmål eller Sherman og Clayton Acts, men afgørelsen er alligevel medtaget i afhandlingen, da Højesteret i denne sag fastslog et princip om skelnen mellem nationale og internationale sager. Denne skelnen har også relevans i konkurrenceretlige sager, hvilket vil blive behandlet nærmere nedenfor i afsnit. 4.1.3.

Scherk-sagen handlede i korte træk om svig i forbindelse med salg af værdipapirer, og den relevante lovgivning var Securities Exchange Act of 1934, som indeholdt visse beskyttelsespræceptive bestemmelser. Tyskeren Fritz Scherk havde overdraget tre selskaber inklusive selskabernes varemærkeretigheder til Alberto-Culver. Scherk havde garanteret, at varemærkerne var ubehæftede, hvilket senere viste sig ikke at være tilfældet. Alberto-Culver anlagde erstatningssag ved distriktsdomstolen, og Scherk argumenterede for, at sagen skulle afvises under henvisning til parternes voldgiftsaftale. Både distrikts- og appeldomstolen fandt, under henvisning til den tidligere afsagt afgørelse i *Wilko v. Swan*,<sup>91</sup> at en sådan tvist ikke kunne afgøres ved voldgift på grund af de beskyttelsespræceptive hensyn i lovgivningen. Tvisten var med andre ord inarbitrabel. Højesteret tog sagen under bedømmelse og fandt tvisten egnet til voldgiftsbehandling. I begrundelsen henviste Højesteret til sagens internationale karakter og anførte i den forbindelse, at såfremt voldgiftsbehandling blev nægtet, ville det ”surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements”.<sup>92</sup>

Højesteret fastslog med deres afgørelse i Scherk-sagen, at der skal foretages en vigtig sondring mellem nationale og internationale sager, som har afgørende betydning for tvistens arbitrabilitet. Krav ifølge Securities Exchange Act of 1934 var således inarbitrabel i nationale tvister og arbitrabel i internationale tvister.<sup>93</sup> Forskellen ligger i, at de offentlige interesser, som begrunder inarbitrabiliteten i en national sag, ikke nødvendigvis er lige så tungtvejende i en international sag, hvor hensynet til den internationale samhandel skal tillægges betydelig vægt.

Princippet i Scherk-dommen anvendes senere også på konkurrenceretlige krav i den skelsættende *Mitsubishi Motors*-afgørelse, hvorfor Scherk-dommen er Højesterets første skridt imod en indskrænkning af American Safety-doktrinen.

### 3.1.3. Mitsubishi Motors-dommen

*Mitsubishi Motors*-dommen<sup>94</sup> blev afsagt af den amerikanske Højesteret i 1985. Dommen er beskrevet som en af de mest skelsættende afgørelser vedrørende arbitrabilitet.<sup>95</sup> Sagen om-

---

<sup>90</sup> 417 U.S. 506 *Scherk v. Alberto-Culver Co* (U.S. Supreme Court, 1974).

<sup>91</sup> 346 U.S. 427 *Wilko v. Swan* (U.S. Supreme Court, 1953).

<sup>92</sup> 417 U.S. 506 *Scherk v. Alberto-Culver Co* (U.S. Supreme Court, 1974), afsnit 11.

<sup>93</sup> I senere retspraksis er også nationale sager fundet arbitrabel, jf. bl.a. 482 U.S. 220 *Shearson/American Express v. McMahon* (U.S. Supreme Court, 1987) og 490 U.S. 477 *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc.* (U.S. Supreme Court, 1987).

<sup>94</sup> 473 U.S. 614 *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (U.S. Supreme Court, 1985).

<sup>95</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 252, afsnit 12-41.

handlede ligesom American Safety-sagen spørgsmål om arbitrabilitet i relation til den amerikanske Sherman Act.<sup>96</sup>

Mitsubishi Motors Corporation (Mitsubishi Motors) var et joint venture mellem Chrysler International, S.A. (CISA), et schweizisk selskab, og Mitsubishi Heavy Industries, Inc, et japansk selskab. Formålet med joint venturet var distribution uden for USA af biler produceret af Mitsubishi. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. (Soler) var en Puerto Ricansk bildistributør.<sup>97</sup> Soler indgik en distributionsaftale med CISA og en salgsaftale med CISA og Mitsubishi Motors, hvorefter Soler skulle sælge biler produceret af Mitsubishi i Puerto Rico. Aftalerne indeholdt bestemmelser om mindstesalg.

Distributions- og salgsaftalen indeholdt en voldgiftsklausul, hvorefter "[a]ll disputes, controversies or differences which may arise between [Mitsubishi] and [Soler] out of or in relation to Articles I-B through V of this Agreement or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Japan in accordance with the rules and regulations of the Japan Commercial Arbitration Association."<sup>98</sup>

Da salget gik dårligere end forventet, ønskede Soler at udvide afsætningsmarkedet til andre dele af Syd- og Centralamerika for at overholde aftalens bestemmelse om mindstesalg. Mitsubishi Motors ville ikke tillade en sådan udvidelse af markedet og begrundede dette med, at en sådan omdirigering ville stride med aftalen mellem Mitsubishi Motors og Soler, samt at bilerne ikke var egnet til salg på disse markeder.

På baggrund af den opståede tvist anlagde Mitsubishi Motors sag mod Soler i Puerto Rico Federal District Court<sup>99</sup> og krævede sagen henvist til voldgift i Japan efter den amerikanske voldgiftslov (Federal Arbitration Act) og New York-konventionens artikel II. Soler ønskede ikke sagen henvist til voldgift og fremsatte samtidig et modkrav om, at Mitsubishi Motors handling var i strid med den amerikanske Sherman Act, samt at Mitsubishi Motors havde misligholdt salgsaftalen. Soler argumenterede for, at sagen af denne grund ikke kunne afgøres ved voldgift.

Mitsubishi Motors indledte samtidig hermed en voldgiftssag ved Japan Commercial Arbitration Association.

Distriktsdomstolen henviste parterne til voldgiftsbehandling af de fleste krav, herunder de konkurrenceretlige spørgsmål. Distriktsdomstolen fandt, at sagen ikke skulle afgøres i overensstemmelse med American Safety-doktrinen på grund af sagens internationale karakter. Distriktsdomstolen henviste i den forbindelse til Højesterets afgørelse i Scherk-sagen.<sup>100</sup>

Appeldomstolen ændrede afgørelsen for så vidt angik spørgsmålet om de konkurrenceretlige krav. Domstolen henviste til American Safety-doktrinen og fandt, at princippet i Scherk ikke kunne finde anvendelse på konkurrenceretlige spørgsmål, idet "the impact of such an exten-

---

<sup>96</sup> Mitsubishi Motors-afgørelsen tog stilling til to spørgsmål; for det første omfanget af parternes voldgiftsaftale og for det andet arbitrabilitet. Afhandlingen beskæftiger sig alene med det andet spørgsmål.

<sup>97</sup> 473 U.S. 614 *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (U.S. Supreme Court, 1985), afsnit 2.

<sup>98</sup> *Ibid.*, afsnit 4.

<sup>99</sup> Puerto Rico er et selvstyret territorium med særlig tilknytning til USA. Puerto Rico Federal District Court er en amerikansk distriktsdomstol, hvis sager appelleres til United States Court of Appeals for the first circuit.

<sup>100</sup> 473 U.S. 614 *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (U.S. Supreme Court, 1985), afsnit 8.

sion: if even antitrust claims arising from international contracts are found to be arbitrable, the Convention's language 'not capable of settlement by arbitration' would have little or no meaning".<sup>101</sup> Appeldomstolen fastslog videre, at princippet fra Scherk-sagen ikke kunne anvendes, idet formålet med konkurrencelovgivningen ikke var at beskytte den enkelte virksomhed, men derimod at beskytte konkurrencen.<sup>102</sup> På den baggrund fandt appeldomstolen, at konkurrenceretlige krav var inarbitrable, også i en international kontekst.

Den amerikanske højesteret tog sagen under bedømmelse, og flertallet erklærede sig enig med distriktsdomstolen og henviste sagen til voldgift. Højesteret fandt den konkurrenceretlige tvist arbitrabel og henviste i den forbindelse til, at "[...] questions of arbitrability must be addressed with a healthy regard for the federal policy favoring arbitration".<sup>103</sup> Højesteret understregede dog samtidig, at en afsagt voldgiftskendelse er undergivet kontrol ved de almindelige domstole, hvilket vil blive nærmere behandlet i afsnit 4.3.

Højesteret underkendte ikke American Safety-doktrinen fuldstændigt, men udtrykte en vis skepsis i forhold til appeldomstolens præmisser. Den omstændighed, at en sag kan indeholde konkurrenceretlige spørgsmål, "does not alone warrant invalidation of the selected forum on the undemonstrated assumption that the arbitration clause is tainted".<sup>104</sup> Sagens kompleksitet alene ville ikke være tilstrækkelig til at udelukke voldgiftsbehandling, og "[t]he anticipated subject matter of the dispute may be taken into account when the arbitrators are appointed, and arbitral rules typically provide for the participation of experts either employed by the parties or appointed by the tribunal".<sup>105</sup> Højesteret fandt desuden, at muligheden for at kræve treble damages ikke ville udelukke voldgiftsbehandling.<sup>106</sup>

Højesteret fremhævede princippet i Scherk og begrundede afgørelsen med, at "[c]oncerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes, all require enforcement of the arbitration clause in question, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context".<sup>107</sup>

Mindretallet (5-3) henviste til American Safety-doktrinen:

"In view of the history of antitrust enforcement in the United States, it is not surprising that all of the federal courts that have considered the question have uniformly and unhesitatingly concluded that agreements to arbitrate federal antitrust issues are not enforceable. [...] This Court would be well advised to endorse the collective wisdom of the distinguished judges of the Courts of Appeals who have unanimously concluded that the statutory remedies fashioned by Congress for the enforcement of the antitrust laws render an agreement to arbitrate antitrust disputes unenforceable."<sup>108</sup>

---

<sup>101</sup> 723 F2d 155 *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (U.S. Court of Appeal First Circuit, 1983), afsnit 55.

<sup>102</sup> *Ibid.*, afsnit 63.

<sup>103</sup> 473 U.S. 614 *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (U.S. Supreme Court, 1985), afsnit 15.

<sup>104</sup> *Ibid.*, afsnit 29.

<sup>105</sup> *Ibid.*, afsnit 30.

<sup>106</sup> *Ibid.*, afsnit 35.

<sup>107</sup> *Ibid.*, s. 2, afsnit 2.

<sup>108</sup> 473 U.S. 614 *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (U.S. Supreme Court, 1985), afsnit 76 og 79.

Ifølge mindretallet skulle princippet i Scherk ikke anvendes i nærværende sag, idet Solers konkurrenceretlige krav adskilte sig fra Scherk-sagen på samme måde som Scherk adskilte sig fra Wilko v. Swan; nemlig ved kun at involvere amerikansk lovgivning.

Ligesom i American Safety-sagen diskuteres det, hvorvidt det har været Kongressens intention at lade konkurrenceretlige krav afgøre af andre end de almindelige domstole. Det er Justice Stevens holdning, at "the elected representatives of the American people would not have us dispatch an American citizen to a foreign land in search of an uncertain remedy for the violation of a public right that is protected by the Sherman Act. [...] Consideration of a fully developed record by a jury, instructed in the law by a federal judge, and subject to appellate review, is a surer guide to the competitive character of a commercial practice than the practically unreviewable judgment of a private arbitrator".<sup>109</sup>

Mitsubishi Motors-dommen tog ikke stilling til arbitrabiliteten af konkurrenceretlige krav i nationale sager, hvorfor retsstillingen fortsat var usikker på dette område. Efterfølgende er også nationale konkurrenceretlige sager fundet arbitrable, hvorfor American Safety-doktrinen ikke længere kan anses for gældende ret.<sup>110</sup> Dette var også konklusionen i en appeldomstols afgørelse fra 1994, hvor domstolen konstaterede, at "[g]iven the Court's meticulous step-by-step disembowelment of the American Safety doctrine, this circuit will no longer follow American Safety. We hold that Mitsubishi effectively overruled American Safety [...]".<sup>111</sup>

I dag kan der således næppe være tvivl om, at konkurrenceretlige krav er arbitrable i USA, både nationalt og internationalt. Der er dog fortsat områder inden for konkurrenceretten, som ikke kan gøres til genstand for voldgiftsbehandling. En voldgiftsret kan ikke godkende eller afvise en fusion, indrømme søgsmålsimmunitet eller gennemføre en strafferetlig efterforskning, da disse spørgsmål er forbeholdt de statslige myndigheder, som eksempelvis the U.S. Department of Justice's Antitrust Division.<sup>112</sup>

### 3.2. Den europæiske udvikling

Den frie konkurrence er fundamental i EU, der med det indre marked søger at sikre fri bevegelse for blandt andet varer og tjenesteydelser blandt EU's medlemsstater. På samme måde som man i USA har udvist en skepsis over for voldgiftsbehandling af konkurrenceretlige spørgsmål, har man også i EU anset konkurrenceretten for ikke at være egnet til voldgiftsbehandling.

Konkurrencelovgivningen er i vidt omfang harmoniseret i EU og den danske konkurrencelovgivning skal anvendes i samspil med reglerne i TEUF art. 101 og 103.<sup>113</sup> EU-konkurrencelovgivningen er præceptiv og reglerne kan i vidt omfang anses for omfattet af ordre public international, i hvert fald for så vidt angår EU medlemsstaterne.<sup>114</sup> Som anført i afsnit 3.3.1. eksisterer der indenfor EU et ordre public communautaire.

---

<sup>109</sup> Ibid., afsnit 101.

<sup>110</sup> Se bl.a. 40 F3d 247 *Rafael Sanjuan and Marcello A. Maviglia v. the American Board of Psychiatry and Neurology, Inc.* (U.S. Court of Appeals Seventh Circuit, 1994), 93 F3d 724 *Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc.* (U.S. Court of Appeals Eleventh Circuit, 1996) og 271 F3d 6 *Seacoast Motors of Salisbury, Inc. v. DaimlerChrysler Motors Corporation* (U.S. Court of Appeals First Circuit, 2001).

<sup>111</sup> 25 F3d 1437 *Nghiem v. NEC Electronic, Inc.* (U.S. Court of Appeals Ninth Circuit, 1994), afsnit 22.

<sup>112</sup> Born, s. 976.

<sup>113</sup> Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.

<sup>114</sup> Mistelis & Brekoulakis, 2009, s. 244, afsnit 12-15.

EU-domstolen har ikke tidligere afsagt domme vedrørende arbitrabiliteten af konkurrenceretlige tvister. Det er derfor relevant at undersøge EU-medlemsstaters nationale domstoles afgørelser i sager vedrørende TEUF.

Den italienske Tribunale i Bologna afgjorde i 1987 sagen *Coveme SpA v. Compagnie Française des Isolants SA*<sup>115</sup> og domstolen fandt at konkurrenceretlige spørgsmål faldt under domstolens jurisdiktion; tvisten var med andre ord inarbitrabel.

Coveme indgik i 1974 en distributionsaftale med *Compagnie Française des Isolants SA* (CFI). Aftalen indeholdt en voldgiftsklausul, hvorefter alle tvister skulle afgøres ved ICC International Court of Arbitration. Det konkurrenceretlige element bestod i en konkurrenceklausul, hvorefter Coveme ikke måtte sælge lignende produkter i to år efter aftalens opsigelse.

Coveme opsagde aftalen i 1984 og anlagde i den forbindelse sag ved Tribunale Bologna med påstand om, at konkurrenceklausulen var i strid med EF-traktatens art. 85<sup>116</sup> (senere art. 81 og nu TEUF art. 101). CFI nedlagde påstand om, at sagen skulle henvises til voldgiftsbehandling.

Tribunale Bologna henviste til New York-konventionens art. II(3) og V(2)(a) og fandt, at disse bestemmelser ikke kun finder anvendelse, når en voldgiftsdomstol allerede har afsagt kendelse, men også skal anvendes når domstolen ”obtains its own jurisdiction in the presence of an arbitration clause or agreement for international arbitration”.<sup>117</sup>

Efter italiensk lovgivning ”only the courts can decide matters in which the freedom of the parties to settle their dispute is limited by provisions of public law and public interest”.<sup>118</sup> Domstolen fandt, at der var tale om sådanne offentlige interesser i nærværende sag, hvorfor parterne ikke kunne aftale voldgiftsbehandling af spørgsmålet om, hvorvidt konkurrenceklausulen måtte anses som en nullitet efter EU lovgivningen. Tribunale Bologna afviste herefter at henvise sagen til voldgiftsbehandling ved ICC og foretog selv en realitetsbedømmelse.

Den italienske afgørelse er tidsmæssigt placeret efter *Mitsubishi Motors-dommen*, og set ud fra dommens resultat har *Mitsubishi Motors-dommen* endnu ikke haft en afsmittende effekt i EU på dette tidspunkt, i hvert fald ikke i Italien.

*Mitsubishi Motors-dommen* fik dog en stor afsmittende virkning i Europa, ikke alene blandt advokater, men også hos Europa-Kommission, hvilket blandt andet kom til udtryk gennem vedtagelse af nye regler.<sup>119</sup> Disse regler vil blive nærmere omtalt i afsnit 4.2.2.

### 3.2.1. Eco Swiss-dommen

*Eco Swiss-dommen*<sup>120</sup> blev afsagt af EU-domstolen i 1999. Sagen handlede om en voldgiftskendelse afsagt af det hollandske voldgiftsinstitut i en tvist mellem *Eco Swiss*, *Bulova* og *Benetton*.

---

<sup>115</sup> Yearbook Commercial Arbitration vol. XVII (1992), s. 534-538.

<sup>116</sup> Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

<sup>117</sup> Yearbook Commercial Arbitration vol. XVII (1992), s. 535.

<sup>118</sup> Ibid., s. 537.

<sup>119</sup> Mistelis & Brekoulakis 2009, s. 253, afsnit 12-42

<sup>120</sup> Sag C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*.

I 1986 indgik Benetton en licensaftale med Eco Swiss og Bulova Watch Company Inc. (Bulova), hvorefter Eco Swiss fik overdraget retten til at producere ure med betegnelsen "Benetton by Bulova" og disse ure kunne sælges af Eco Swiss og Bulova. Licensaftalen skulle gælde i otte år.

Benetton opsagde aftalen i 1991, hvorfor der blev indledt en voldgiftssag mellem Benetton, Eco Swiss og Bulova i overensstemmelse med voldgiftsklausulen i licensaftalen.

Voldgiftsretten afsagde to kendelser og tildelte Eco Swiss og Bulova store erstatningsbeløb for de tab, selskaberne havde lidt som følge af Benettons førtidige opsigelse af licensaftalen.

Benetton anlagde herefter sag ved de hollandske domstole og nedlagde påstand om, at voldgiftskendelserne skulle tilsidesættes under henvisning til, at licensaftalen var i strid med EF-traktatens art. 85 (den nuværende TEUF art. 101).

Den hollandske domstol stillede EU-domstolen flere præjudicielle spørgsmål, herunder om en voldgiftsret er forpligtet til at anvende EF-traktatens art. 85 ex officio, og om de nationale domstole kan tilsidesætte en voldgiftskendelse med den begrundelse, at kendelsen er i strid med art. 85, selvom en overtrædelse af hollandsk konkurrencelovgivning ikke ville være i strid med ordre public.

EU-domstolen fastslog at art. 85 må anses som "en grundlæggende bestemmelse, der er nødvendig for udførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til Fællesskabet, og navnlig for det indre markeds funktion".<sup>121</sup> EU-domstolen udtalte videre, at art. 85 har karakter af en ordre public-regel i New York-konventionens artikel V, stk. 2, litra b's forstand.<sup>122</sup> EU-domstolen fastslog at:

"[...] en national ret, for hvilken der er fremsat begæring om ophævelse af en voldgiftskendelse, skal tage denne begæring til følge, når kendelsen efter dens opfattelse faktisk er i strid med traktatens artikel 85, såfremt nævnte ret ifølge de for den gældende nationale processuelle regler skal imødekomme en begæring om ophævelse, der støttes på, at nationale ufravigelige retsgrundsætninger er tilsidesat".<sup>123</sup>

EU-domstolen fandt på baggrund af ovenstående svar ikke, at det var relevant at tage stilling til, om voldgiftsdommere skal anvende EU konkurrencelovgivningen ex officio.<sup>124</sup>

Selvom Eco Swiss-sagen ikke direkte omhandlede arbitrabilitet, er det med dommen klart fastslået, at konkurrenceretlige krav er arbitrable i EU, dog således at afsagte kendelser er omfattet af de almindelige domstoles kontrol, hvilket omtales nærmere nedenfor i afsnit 4.3.

I en senere afgørelse fra the Commercial Division of the English High Court er arbitrabiliteten fastslået helt klart med følgende udtalelse:

---

<sup>121</sup> Ibid., præmis 36.

<sup>122</sup> Ibid., præmis 39.

<sup>123</sup> Ibid. præmis 41.

<sup>124</sup> Ibid., præmis 42.

*”The Arts. 81 and 82 claims: There is no realistic doubt that such ‘competition’ or ‘anti-trust’ claims are arbitrable; the issue is whether they come within the scope of the arbitration clause, as a matter of its true construction.”*<sup>125</sup>

I dag er der således ”no serious doubt that disputes involving EC competition law are subject to arbitral adjudication”.<sup>126</sup>

### **3.2.1.1. Voldgiftsrettens pligt til *ex officio* at anvende EU-konkurrencelovgivning**

I Mitsubishi Motors-dommen fastslog den amerikanske Højesteret, at konkurrenceretlige krav *kan* bedømmes ved voldgift. Højesteret krævede ingen steder i afgørelsen, at voldgiftsdommere *ex officio* skal tage stilling til præceptive regler, som parterne ikke har enedes om at undergive voldgiftsbehandling.<sup>127</sup>

Eco Swiss-dommen kan siges at udvide Mitsubishi Motors-dommen ved at kræve, at konkurrenceretlige krav *skal* bedømmes ved voldgift, idet en afsagt voldgiftskendelse, der ikke har taget stilling hertil, ellers risikerer at blive tilsidesat eller nægtet anerkendt og fuldbyrdet.<sup>128</sup> I Eco Swiss-sagen antydes det således af EU-domstolen, at voldgiftsretten, for at undgå en tilsidesættelse, *ex officio* skal tage stilling til de konkurrenceretlige spørgsmål.<sup>129</sup>

EU-domstolen afviste at tage direkte stilling til spørgsmålet om, hvorvidt voldgiftsdommere skal anvende EU-konkurrenceretten *ex officio*. Dermed er voldgiftsdommere efterladt i et dilemma, da voldgiftsretten på den ene side er forpligtet til at afsige en kendelse, der kan fuldbyrdes, idet ”[t]he efficiency of arbitration as an institution would be seriously impaired, if arbitrators were to render awards that would be liable to non-enforcement or annulment, because of their incompatibility with mandatory legal provisions”.<sup>130</sup> På den anden side kan voldgiftsretten alene tage stilling til de spørgsmål, som parterne har overladt til voldgiftsretten.<sup>131</sup> Såfremt en voldgiftskendelse behandler et spørgsmål, som falder uden for voldgiftsaf-talen, kan kendelsen nægtes anerkendt og fuldbyrdet, jf. New York-konventionens art. V, stk. 1, litra c og voldgiftslovens § 39, stk. 1, nr. 1, litra c.

Eco Swiss må læses på den måde, at en voldgiftsret ikke er underlagt en absolut pligt som sådan til *ex officio* at anvende EU-konkurrenceretten, men på samme tid nyder voldgiftsretten fuld diskretion til at anvende EU-konkurrenceretten, uanset eventuelle nationale proces-suelle regler, som udelukker den fra at gøre det.<sup>132</sup>

Voldgiftsretterne skal ikke være ”guardians of the Community mandatory provisions”,<sup>133</sup> idet voldgiftsrettens primære forpligtelse er i forhold til parterne gennem afsigelse af kendelser, der kan fuldbyrdes. En voldgiftsret “would have to apply such mandatory rules, insofar as their disregard could render arbitral awards liable to be set aside”.<sup>134</sup>

---

<sup>125</sup> *ET Plus SA v. Welter* High Court of England and Wales (Commercial) 7. November 2005.

<sup>126</sup> Weigand, s. 48.

<sup>127</sup> Donovan & Greenawalt, s. 16, afsnit 1-12.

<sup>128</sup> von Mehren, s. 468.

<sup>129</sup> Hunter & Redfern, s. 115, afsnit 2.138.

<sup>130</sup> Komninos, s. 475.

<sup>131</sup> von Mehren, s. 468.

<sup>132</sup> Komninos, s. 476.

<sup>133</sup> Ibid., s. 477.

<sup>134</sup> Ibid.

Svaret til spørgsmålet om, hvorvidt voldgiftsretten *ex officio* skal anvende EU-konkurrenceretten må være både og, idet voldgiftsretten er overladt et skøn. Hvis en sag eksempelvis omhandler en opdeling af markedet eller prisfastsættelse, vil aftalen være uden retsvirkninger, jf. TEUF art. 101, stk. 2,<sup>135</sup> og ”the parties to the arbitration cannot simply ignore this invalidity and the arbitrator himself will have to take notice of the competition issue *ex officio* and should not adjudicate on the merits of a main contract or of contractual terms which are void under Community law. If he fails to do so, then his arbitral award becomes vulnerable to the setting aside procedure, in which national courts are bound, as a result of *Eco Swiss*, to examine the compatibility of the award with *ordre public communautaire*, as expressed by EC competition law and Article 81 in particular”.<sup>136</sup> Hvis voldgiftsretten derimod finder, at EU-konkurrenceretten kun har minimal indflydelse i en konkret sag, vil voldgiftsretten kunne se helt bort herfra, idet risikoen for at afsige en voldgiftskendelse, der ikke ville kunne fuldbyrdes, også ville være minimal.

### 3.2.2. Ny regulering – Rådets forordning 1/2003

Ifølge TEUF art. 101, stk. 3 (tidligere art. 81, stk. 3) kan aftaler, der ellers ville være i strid mod forbuddet om konkurrencebegrænsende aftaler i art. 101, stk. 1, fritages. Fritagelsen kan ske individuelt eller efter en af gruppefritagelserne. Indtil 2002 var alene Europa-Kommissionen kompetente til individuelt at fritage en aftale en anmeldelse, hvilket udelukkede ikke bare voldgiftsretternes kompetence, men også de almindelige domstoles kompetence. Før den nye regulering kunne en voldgiftsret tage stilling til spørgsmål vedrørende de konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101, stk. 1 og sanktionerne i stk. 2, samt gruppefritagelserne. Der er intet der udelukker en voldgiftsret fra at tage stilling til TEUF art. 102 (misbrug af dominerende stilling), men krav efter denne bestemmelse har næppe en sådan karakter, der gør dem særlig egnede til voldgiftsbehandling.<sup>137</sup>

Med Europarådets forordning nr. 1/2003<sup>138</sup> er systemet med individuelle fritagelser ændret. Ændringen indebærer, at Kommissionen ikke længere er enekompetent, men at kompetencen i stedet skal tilkomme de nationale domstole og konkurrencemyndigheder.

I forordningen er der ikke beskrevet, hvorvidt voldgiftsretter på lige fod med domstolene er kompetente til at give individuelle fritagelser, da forordningen sprogligt alene henviser til nationale konkurrencemyndigheder og domstole. Omvendt fremgår det heller ikke af forordningen, at nationale domstole og konkurrencemyndigheder skal være enekompetente. Såfremt domstolene skal anses som enekompetente, så ville det ”imply that under the new regime of Modernisation arbitrators are also unable to apply the cartel prohibition, the nullity sanction and the group exemptions. By this token, the whole province of EC competition law would have become virtually unarbitrable”.<sup>139</sup> Det kan næppe have været meningen med den nye regulering at fratage voldgiftsretterne deres kompetence helt. Ud fra en fortolkning af forordningens art. 6, synes det ikke at være udelukket, at både domstole og voldgiftsretter kan fritage konkurrencebegrænsende aftaler individuelt efter TEUF art. 101, stk. 3, og de fleste teore-

<sup>135</sup> Disse anses som hardcore-konkurrencebegrænsninger, hvorfor der ikke kan ske gruppefritagelse. Der kan kun i yderst sjældne tilfælde ske en individuel fritagelse, jf. Bo Madsen i *Markedsret* del 1, s. 150 og 158.

<sup>136</sup> Komninos, s. 476 f.

<sup>137</sup> de Groot, s. 177.

<sup>138</sup> Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

<sup>139</sup> de Groot, s. 182.



tikere konkluderer da også, at voldgiftsretter har samme adgang til at anvende TEUF art. 101 som de almindelige domstole.<sup>140</sup>

Der kan omvendt argumenteres for, at voldgiftsretter ikke skal have samme adgang til at anvende TEUF art. 101, stk. 3, idet voldgiftsretterne ikke har samme redskaber til rådighed som de almindelige domstole. De almindelige domstole kan anmode Kommissionen om assistance i form af oplysninger og udtalelser, jf. forordningens art. 15, stk. 1. Domstolen skal sende en kopi af de afgørelser, der omhandler EU-konkurrenceret til Kommissionen, jf. forordningens art. 15, stk. 2. Disse redskaber er ikke tilgængelige for en voldgiftsret, og en voldgiftsret kan ikke pålægges en forpligtelse til at sende en kopi af afgørelsen til Kommissionen.<sup>141</sup> Argumentet om de tilgængelige redskaber synes dog ikke overbevisende, da synspunktet ikke kun gør sig gældende i forhold til individuelle fritagelser, men også til andre elementer af EU-konkurrenceretten, hvor det blot accepteres, at voldgiftsretter ikke har samme kompetencer som de almindelige domstole. En voldgiftsret kan eksempelvis ikke stille EU-domstolen præjudicielle spørgsmål efter TEUF art. 267.<sup>142</sup>

Selvom voldgiftsretter ikke er underlagt Kommissionens kontrol, er voldgiftsrettens afgørelse underlagt en lignende kontrol, det er blot de almindelige domstole, der foretager denne kontrol frem for Kommissionen, jf. nærmere afsnit 4.3.<sup>143</sup>

Ud fra ovenstående "[...] one can safely conclude that Article 81(3) EC is arbitrable" (den nuværende TEUF art. 101, stk. 3).<sup>144</sup> Derfor har en voldgiftsret samme kompetence til individuelt at fritage en konkurrencebegrænsende aftale, som den kompetence der tilkommer de almindelige domstole.

### 3.3. Domstolskontrol gennem "Second Look"-doktrinen

Det er som anført ovenfor anerkendt i både Mitsubishi Motors-dommen og Eco Swiss-dommen, at konkurrenceretlige krav er arbitrable, men i begge afgørelser har domstolen understreget, at voldgiftskendelser, der vedrører konkurrenceretlige krav er undergivet domstolskontrol. På det konkurrenceretlige område er fokus flyttet fra at beskæftige sig med arbitrabilitet til at fastslå omfanget af de almindelige domstoles kontrol med afsagte voldgiftskendelser.<sup>145</sup> De store offentlige interesser i konkurrenceretlige sager er dermed beskyttet gennem denne adgang til domstolskontrol.

I Mitsubishi Motors-dommen udtalte Højesteret:

"Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed."<sup>146</sup>

---

<sup>140</sup> Ibid., s. 181 f.

<sup>141</sup> Landolt, s. 102, afsnit 5-29.

<sup>142</sup> EU-domstolen fastslog i sag C-102/81 *Nordsee v. Reederei Mond*, at domstolen ikke havde kompetence til at træffe afgørelse om de af voldgiftsretten stillede spørgsmål. En voldgiftsret kan ikke anses som "en ret i en medlemsstat" ifølge TEUF art. 267.

<sup>143</sup> Landolt, s. 102 f., afsnit 5-29.

<sup>144</sup> Ibid., s. 104, afsnit 5-31.

<sup>145</sup> Hunter & Redfern, s. 115, afsnit 2.137.

<sup>146</sup> 473 U.S. 614 *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (U.S. Supreme Court, 1985), afsnit 39.

Herved understregede Højesteret, at en amerikansk domstol vil tage et "second look" på voldgiftskendelsen ved fuldbyrdelsen heraf.<sup>147</sup>

I *Eco Swiss*-sagen fremhævede EU-domstolen, at:

"[...] såfremt der i en voldgiftssag, der gennemføres på grundlag af en aftale, opstår spørgsmål om fællesskabsretten, kan de ordinære domstole komme i den situation at måtte tage stilling til disse spørgsmål i forbindelse med en efterprøvelse af voldgiftskendelsen, som det påhviler dem at foretage i tilfælde af appel, indsigelser, begæring om fuldbyrdelsespåtegning eller ethvert andet retsmiddel, som er hjemlet i den gældende nationale lovgivning".<sup>148</sup>

Både den amerikanske Højesteret og EU-domstolen har understreget, at omfanget af domstolskontrollen skal være minimal. I *Mitsubishi Motors*-afgørelsen er det anført, at "[...] it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognizance of the anti-trust claims and actually decided them".<sup>149</sup> EU-domstolen fastslog, at "de krav, der bunder i en effektiv voldgiftsprocedure, kan begrunde, at efterprøvelsen af voldgiftskendelser får en begrænset karakter, og at en kendelse kun kan ophæves eller dens anerkendelse afvises i ekstraordinære tilfælde".<sup>150</sup>

I USA synes opfattelsen at være den, at domstolene alene skal undersøge, om voldgiftsretten har taget stilling til de konkurrenceretlige krav, uden at undersøge nærmere, hvordan voldgiftsretten har anvendt reglerne. I to årtier efter afsigelse af *Mitsubishi Motors*-dommen har de amerikanske domstole alene afgjort en sag vedrørende en voldgiftsrets anvendelse af amerikansk præceptiv lovgivning.<sup>151</sup> I denne sag fandt appeldomstolen, at "[l]egal errors are not among the grounds that the Convention gives for refusing to enforce international awards", og "*Mitsubishi* did not contemplate that, once arbitration was over, the federal courts would throw the result in the waste basket and litigate the antitrust issues anew. That would just be another way of saying that antitrust matters are not arbitrable".<sup>152</sup>

*Mitsubishi Motors* og *Eco Swiss* "established a 'safety valve' to ensure that the mandatory character of competition law was maintained".<sup>153</sup> "Second Look"-doktrinen medfører, at sager med væsentlige offentlige hensyn ikke nødvendigvis er inarbitrable, idet de offentlige hensyn er tilstrækkeligt beskyttet gennem domstolenes kontrol i forbindelse med anerkendelse og fuldbyrdelse.

#### 4. Arbitrabilitet i en immaterialretlig belysning

Immaterialretten er en fællesbetegnelse for beskyttelsen af intellektuelle frembringelser, herunder eksempelvis kunst, varemærker, design og opfindelser.<sup>154</sup> Frembringeren/opfinder

---

<sup>147</sup> Born, s. 279.

<sup>148</sup> Sag C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, præmis 32.

<sup>149</sup> 473 U.S. 614 *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (U.S. Supreme Court, 1985), afsnit 39.

<sup>150</sup> Sag C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, præmis 35.

<sup>151</sup> Donovan & Greenawalt, s. 38, afsnit 1-65.

<sup>152</sup> 315 F3d 829 *Baxter International, Inc. v. Abott Laboratories* (U.S. Court of Appeals Seventh Circuit, 2003), afsnit 5 og 7.

<sup>153</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 260, afsnit 12-70.

<sup>154</sup> Bo Madsen i *Markedsret* del 3, s. 15 f.

opnår eneret til at udnytte frembringelsen gennem produktion, salg og anvendelse mv. Beskyttelsen kan opnås på forskellig vis, og for visse rettigheder er staten involveret heri gennem registreringen af enerettighederne, hvorfor der opstår spørgsmål om arbitrabiliteten af sådanne immaterialretlige krav.

Arbitrabiliteten af immaterialretlige krav rejser to særlige spørgsmål; nemlig hvorvidt immaterialretlige rettigheder er dispositive og betydningen af statens involvering i registrering af rettighederne.

#### 4.1. Er immaterialretlige tvister dispositive?

Som omtalt ovenfor i afsnit 3.1. kan parterne alene aftale voldgiftsbehandling af krav, som parterne har fri rådighed over, hvorimod indispositive sager ikke kan afgøres ved voldgiftsbehandling.

De fleste immaterielle rettigheder udgør økonomiske rettigheder, som er dispositive, men inden for ophavsretten eksisterer visse ideelle rettigheder, der med et fransk udtryk betegnes *droit moral*.<sup>155</sup> De ideelle rettigheder omfatter navngivningsretten, hvorefter ophavsmandens navn skal nævnes i forbindelse med værket i overensstemmelse med god skik, og respektretten, hvorefter ophavsmanden har krav på at blive respekteret, hvilket indebærer, at enhver ændring af et værk kan udgøre en krænkelse, jf. ophavsretslovens § 3.<sup>156</sup> Beskyttelsen af *droit moral* er principielt evigtvarende efter ophavsretslovens § 75.

Navneretten og respektretten kan hverken overdrages eller frafaldes af rettighedshaveren, hvorfor man kan tale om, at *droit moral* rettigheder er indispositive.<sup>157</sup> For dansk rets vedkommende følger det direkte af ophavsretslovens § 3, stk. 3, at *droit moral* ikke kan overdrages eller frafaldes.

I fransk ret er det i teorien fremhævet, at de ideelle rettigheder er inarbitrable ”because of an alleged inalienability and therefore ‘*non-disponibilité*’ of the relevant rights”.<sup>158</sup> Til trods herfor har den franske Cour d’appel fundet, at en forfatters *droit moral* kunne afgøres ved voldgift.<sup>159</sup> I sagen havde en forfatter overdraget sine rettigheder til en engelsk bog til en engelsk udgiver, og udgiveren havde videreoverdraget retten til at oversætte værket til fransk til en fransk underudgiver. I begge kontrakter var lignende voldgiftsklausuler. ”The author complained about a breach of contract imputable to the French sub-editor entailing harm to the honour of the book”,<sup>160</sup> men selvom sagen vedrørte forfatterens ideelle rettigheder, afviste appeldomstolen at have jurisdiktion.<sup>161</sup>

Den franske afgørelse betyder dog ikke nødvendigvis, at tvister vedrørende de ideelle rettigheder generelt skal anses som arbitrable. Rettigheder efter § 3, stk. 3 kan nemlig både overdrages og frafaldes, så længe dette alene gælder en efter art og omfang afgrænset brug af værket. En forfatter vil eksempelvis kunne give tredjemand tilladelse til at ændre sit arbejde,

---

<sup>155</sup> Ibid., s. 83 ff.

<sup>156</sup> Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 om ophavsret.

<sup>157</sup> Vicente, s. 159.

<sup>158</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 266, afsnit 13-8.

<sup>159</sup> Cour d’appel de Paris, 26. maj 1993 - *Zeldin c/ Sté Editions Recherches*, jf. Mistelis & Brekoulakis, s. 266, note 12.

<sup>160</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 266, afsnit 13-8.

<sup>161</sup> Den canadiske Højesteret har ligeledes fundet, at en forfatters ideelle rettigheder kan afgøres ved voldgift, jf. Mistelis & Brekoulakis, s. 267, afsnit 13-9.

ligesom et værk kan udgives af tredjemand, uden at forfatterskabet hermed overdrages til tredjemand. Aftaler af denne karakter er ikke afskåret fra voldgiftsbehandling, idet “[s]uch transactions, however, concern solely the exercise, not the disposition of those rights”.<sup>162</sup>

I den franske sag sker der dog ikke alene en overdragelse, der vedrører en efter art og omfang begrænset brug af værket, da forfatteren ikke har ønsket at overdrage rettigheden til oversættelse af værket. Afgørelsen vedrører således ikke kun den begrænsede udøvelse af de ideelle rettigheder, hvorfor afgørelsen tyder på, at ideelle rettigheder skal anses som dispositive, hvilket indebærer, at også disse rettigheder kan være genstand for voldgiftsbehandling.

#### **4.2. Betydningen af statens involvering**

Visse immaterielle rettigheder kan alene opnås gennem en ansøgning og registrering hos en administrativ myndighed eller lignende, herunder eksempelvis patenter, design og varemærker. Det kan dog variere fra land til land, hvorvidt den enkelte immaterielle rettighedstype skal registreres. Spørgsmålet er, hvilken indflydelse dette krav om registrering har for arbitrabiliteten. Visse lande har en liberal tilgang til betydningen af statens involvering, mens andre lande har en restriktiv tilgang hertil.

##### **4.2.1. Den liberale tilgang**

Schweiz anses som forgængere for den liberale tilgang, og allerede i 1945 fandt den schweiziske Højesteret, at de almindelige domstole ikke var enekompetente til at afgøre sager efter the Federal Law on Patents.<sup>163</sup> I 1975 fandt The Federal Office of Intellectual Property, at voldgiftsretter kan træffe afgørelse om gyldigheden af et patent, varemærke og design. Voldgiftskendelser kan ligeledes anvendes som grundlag for oplysninger i de relevante registre.<sup>164</sup>

I USA har den tidligere opfattelse været, at sager vedrørende patenter ikke kunne afgøres ved voldgift.<sup>165</sup> Synspunktet var, at patentretlige tvister var “inappropriate for arbitration proceedings and should be decided by a court of law, given the great public interest in challenging invalid patents”.<sup>166</sup> Denne tilgang ændres imidlertid med vedtagelsen af ny lovgivning i 1983.<sup>167</sup> Efter 35 U.S.C. § 294 kan parterne gyldigt aftale voldgiftsbehandling af tvister vedrørende patenters gyldighed og eventuelle krænkelser.

I USA er der alene lovgivet om arbitrabiliteten vedrørende patentretlige tvister, hvorfor retsstillingen for de øvrige immaterielle rettigheder er blevet fastslået af domstolene. Domstolene har gentagne gange fundet, at også ophavsretlige<sup>168</sup> og varemærkeretlige<sup>169</sup> krav er arbitrable, uanset at Kongressen ikke har taget stilling til arbitrabiliteten af sådanne krav.

---

<sup>162</sup> Vicente, s. 159.

<sup>163</sup> Blessing, s. 200.

<sup>164</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 267, afsnit 13-11.

<sup>165</sup> Born, s. 991.

<sup>166</sup> 433 F2d 55 *Beckman Instruments, Inc. v. Technical Development Co.* (U.S. Court of Appeals Seventh Circuit, 1970).

<sup>167</sup> 35 U.S. Code § 294

<sup>168</sup> Se bl.a. F2d 108 *Folkways Music Publishers, Inc. v. Weiss* (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1993), 35 F3d 82 *McMahan Securities Co. v. Forum Capital Markets L.P.* (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1994) og 28 F.Supp. 2d 1297 *LDS, Inc., v. Metro Canada Logistics, Inc.* (U.S. District Court Kansas, 1998).

<sup>169</sup> Se bl.a. 200 F.Supp. 724 *Saucy Susan Products, Inc. v. Allied Old English, Inc.* (U.S. District Court Southern District New York, 1961), 369 F2d 579 *Necchi Sweing Machine Sales Corp. v. Necchi SpA* (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1966) og 140 F3d 566 *Cara's Notion, Inc. v. Hallmark Cards, Inc.* (U.S. Court of Appeals Fourth Circuit, 1998).

USA og Schweiz har således en liberal tilgang til betydningen af statens involvering i registrering af immaterielle rettigheder. Registreringen af immaterielle rettigheder har nemlig ikke nogen betydning for, hvorvidt immaterielle tvister er arbitrable.

#### 4.2.2. Den restriktive tilgang

Den europæiske union har en mere restriktiv tilgang til arbitrabiliteten af immaterialretlige spørgsmål. Tvister der angår gyldigheden og eksistensen af patenter, varemærker, design og lignende rettigheder, der skal registreres, skal afgøres ved de nationale domstole. De almindelige domstole er enekompetente, og tvister vedrørende gyldigheden af rettighederne er derfor inarbitrable. Dette følger af Bruxelles I-forordningens art. 24, hvoraf det fremgår:

”Enekompetente er følgende retter i en medlemsstat uden hensyn til parternes bopæl:  
[...]

4) i sager om registrering eller gyldighed af patenter, varemærker, design samt andre lignende rettigheder, der forudsætter deponering eller registrering, uanset om spørgsmålet rejses ved, at der nedlægges påstand herom, eller i form af en indsigelse, retterne i den medlemsstat, på hvis område der er ansøgt om deponering eller registrering, eller hvor deponering eller registrering er foretaget eller i henhold til en EU-retsakt eller en international konvention anses for at være foretaget.”<sup>170</sup>

De immaterielle rettigheder er ellers for hovedpartens vedkommende kendetegnet ved at være dispositive; rettighederne kan eksempelvis overdrages, men på trods heraf er tvister vedrørende eksistensen og gyldigheden af de registrerede rettigheder inarbitrable på grund af statens involvering i opnåelse af beskyttelsen. Hermed er rettighederne automatisk en del af statens public policy.<sup>171</sup> Ved registreringen opnår rettighedshaver reelt monopol på det afgrænsede område, som rettigheden vedrører, og det er netop derfor, at mange retssystemer alene ønsker tvister vedrørende gyldigheden afgjort af de nationale domstole.<sup>172</sup>

I Europa kan man dog se en tendens, der peger i retning af at flere stater tillader voldgiftsbehandling af sager vedrørende gyldigheden og eksistensen af registrerede rettigheder, dog således at afgørelsen kun har virkning *inter partes*.<sup>173</sup>

I Frankrig er dette fastslået med en lovændring i 2011, som har medført, at “the issue of the validity of patents may now be disposed of by arbitration tribunals in France, although arbitral awards rendered in such arbitrations will only have effects *inter partes*”.<sup>174</sup>

En lignende regel finder anvendelse i Italien, hvor Corte di Cassazione har fastslået, at “[w]henever the nullity or forfeiture of the patent is invoked by way of exception, arbitrators may take cognizance of it incidentally, without *res judicata* effect, since in such cases the intervention of the Public prosecutor is not mandatory”.<sup>175</sup>

<sup>170</sup> Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (omarbejdning).

<sup>171</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 268, afsnit 13-12.

<sup>172</sup> Juul & Thommesen, s. 59 og Vicente, s. 152.

<sup>173</sup> Vicente, s. 162.

<sup>174</sup> Ibid., s. 154 f. Lovændringen vedrørte Code de la Propriété Intellectuelle.

<sup>175</sup> Vicente, s. 156.

I Portugal fremgår det af art. 35 i Portuguese Code of Industrial Property, at de almindelige domstole er enekompetente til at kende et patent ugyldigt. Voldgiftsretten må alene ”address such issues as incidental questions, when raised by the defendant as a means of defence, and they will only have effects *inter partes*”.<sup>176</sup>

En voldgiftsret kan således fortsat ikke kende en registreret rettighed for ugyldig, men voldgiftsretten har mulighed for at tage stilling til enerettighedens gyldighed med virkning for parterne. Selvom sager vedrørende gyldigheden af registrerede enerettigheder fortsat er forbeholdt de nationale domstole i de fleste stater, er området for arbitrabilitet gradvist udvidet med denne tendens.

#### 4.2.2.1. Arbitrable områder

Immaterielle tvister vedrørende de registrerede rettigheder er dog kun delvist inarbitrable. Det er således kun i de ovenfor nævnte tvister om gyldigheden og eksistensen af de registrerede rettigheder, at de almindelige domstole er enekompetente. Øvrige tvister vedrørende registrerede rettigheder kan bedømmes ved voldgift. Der er således ikke noget til hinder for, at parterne aftaler voldgiftsbehandling i tvister om den retlige råden over en immateriel rettighed. Immaterielle rettigheder kan overdrages fuldstændigt, og rettighedshaver kan udstede licenser til udnyttelse af rettigheden. Tvister i sager af denne type kan afgøres ved voldgift, ligesom tvister vedrørende krænkelse af disse rettigheder er arbitrable.<sup>177</sup> I licensaftaler er det meget almindeligt, at parterne aftaler voldgiftsbehandling af eventuelle tvister, herunder omfanget af licensen og krænkelse.<sup>178</sup> I en krænkelsessag er der ingen offentlige interesser repræsenteret, hvorfor det ikke er betænkeligt at tillade voldgiftsbehandling heraf.<sup>179</sup> Tvister i relation til, hvem der er rette rettighedshaver, kan ligeledes afgøres ved voldgift.<sup>180</sup>

Såfremt der i en sag både er spørgsmål, der relaterer sig til gyldigheden af en registreret rettighed og immaterialretlige spørgsmål, der falder inden for det arbitrable område, skal voldgiftsretten alene afvise den inarbitrable del af sagen. I sådanne tilfælde er det problematisk, når det inarbitrable spørgsmål er en forudsætning for besvarelse af det arbitrable emne. Spørgsmålet er herefter om voldgiftsretten skal udsætte sagen og afvente den almindelige domstols afgørelse i sagen vedrørende gyldigheden af den registrerede rettighed.<sup>181</sup>

En fransk afgørelse<sup>182</sup> er her retningsgivende, men hvorvidt voldgiftsretten må udsætte sagen er i sidste ende en konkret afgørelse, der kan variere fra sag til sag. Den franske appeldomstol fandt i den konkrete sag, at en voldgiftsret ikke er forpligtet til at udsætte voldgiftssagen, så længe at den verserende sag ved de almindelige domstole ”has a different subject matter than that in the Request for Arbitration”.<sup>183</sup> Voldgiftsretten skulle tage stilling til omfanget af patentet, men ikke dets gyldighed *per se*. Det er således op til voldgiftsretten at afgøre, om sagen skal udsættes og afvente de almindelige domstoles afgørelse.

---

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Blessing, s. 202.

<sup>178</sup> Hunter & Redfern, s. 112, afsnit 2.131.

<sup>179</sup> Vicente, s. 153.

<sup>180</sup> Ibid., s. 157.

<sup>181</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 270, afsnit 13-18.

<sup>182</sup> Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) 24 mars 1994 - *Société Deko v. G. Dingler et société Meva*. Afgørelsen er på fransk, hvorfor afhandlingen alene tager stilling til det i Mistelis & Brekoulakis refererede.

<sup>183</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 270, afsnit 13-18.

I en voldgiftssag vedrørende erstatning for påståede krænkelse af en registreret rettighed er voldgiftsrettens stillingtagen til gyldigheden af enerettigheden en nødvendig forudsætning for, at voldgiftsretten kan tage stilling til tvisten mellem parterne. Voldgiftsretten må præjudicielt lægge til grund, at enerettigheden er gyldig. Såfremt voldgiftsretten skulle komme frem til, at rettigheden er ugyldig, må voldgiftsretten kunne nægte at tilkende erstatning og voldgiftsretten må evt. udsætte sagen på en afgørelse ved de almindelige domstole.<sup>184</sup>

#### 4.2.3. Immaterielle rettigheder der ikke skal registreres

Visse immaterielle rettigheder eksisterer uden, at staten er involveret i registreringen heraf. Ophavsretten er et eksempel herpå, ligesom varemærker visse steder er beskyttet uden registrering. Da disse rettigheder ikke skal registreres, er de ikke automatisk omfattet af en statsordre public, og almindeligvis er der intet til hinder for, at parterne aftaler voldgiftsbehandling heraf.<sup>185</sup>

Voldgiftsretten skal i sådanne sager ikke tage stilling til gyldigheden af en registreret rettighed, hvorfor der ikke er de samme hensyn at tage. Voldgiftsretten skal tværtimod undersøge, om et produkt eller en frembringelse opfylder betingelserne for beskyttelse uafhængigt af nogen registrering, og arbitrabiliteten heraf er generelt accepteret på internationalt plan.<sup>186</sup>

Ophavsretslige sager vil almindeligvis kunne være genstand for voldgiftsbehandling; i hvert fald for så vidt angår de økonomiske rettigheder, da det som anført i afsnit 5.1. kan diskuteres, om også de ideelle rettigheder kan være genstand for voldgiftsbehandling.

## 5. Vurdering af arbitrabiliteten i Danmark

Der er som tidligere nævnt ikke megen dansk retspraksis, der omhandler arbitrabilitet. Arbitrabilitet giver således sjældent anledning til tvister, som domstolene må tage stilling til. Hermed er det ikke sagt, at arbitrabilitet ikke giver anledning til tvister overhovedet, da indsigelsen om arbitrabilitet ofte vil blive fremsat af en part ved voldgiftssagens indledning, jf. afsnit 3.2. Afgørelser fra voldgiftsdomstole offentliggøres almindeligvis ikke, hvorfor det er svært at sige noget om, hvor ofte arbitrabilitet reelt giver anledning til sager i Danmark.

Der er alene afsagt en enkelt dom, som primært omhandler arbitrabilitet, nemlig apotekerdommen.<sup>187</sup> Dommen er afsagt før den nuværende voldgiftslov, men idet man ikke har tilsigtet nogen realitetsændring i forhold til arbitrabilitetsbegrebet ved den nugældende voldgiftslov, har dommen ikke af denne grund mistet sin præjudikatsværdi. Dommen er endvidere direkte nævnt i forarbejderne til 2005-voldgiftsloven.<sup>188</sup>

Sagen omhandlede en tvist mellem Danmarks Apotekerforening (herefter foreningen) og apotekeren Stepan Svoboda. Apotekeren var medlem af foreningen, hvis love indeholdt en bestemmelse om, at ethvert stridsspørgsmål mellem foreningen og dens medlemmer angående overtrædelse af foreningens love og vedtægter skulle afgøres af Danmarks Apotekerforenings Kollegiale Ret (dvs. foreningsvoldgift).

---

<sup>184</sup> Juul & Thommesen, s. 59.

<sup>185</sup> Hunter & Redfern, s. 112 f., afsnit 2.132.

<sup>186</sup> Blessing, s. 202.

<sup>187</sup> U 1999.829 H.

<sup>188</sup> LFF 2005-03-16 nr. 127 forslag til lov om voldgift, bemærkninger til § 6.

Apotekeren havde indgået en forhandleraftale med et medicinalfirma, som indeholdt en rabatordning. Denne rabatordning kunne være i strid med foreningens vedtægter og de af Sundhedsministeriet i en bekendtgørelse fastsatte forbrugerpriser. Bekendtgørelsen var udstedt med hjemmel i apotekerloven. Sagen blev indbragt for den Kollegiale Ret i overensstemmelse med voldgiftsklausulen. Den Kollegiale Ret overvejede sin kompetence og erkendte herved, at pris- og rabatreglerne i foreningens vedtægter ”ikke havde noget selvstændigt indhold”<sup>189</sup> i forhold til reglen i apotekerloven. Den Kollegiale Ret fandt sig dog kompetent til ”selvstændigt at afgøre, om et medlem har udvist en adfærd, der bør sanktioneres”.<sup>190</sup> Den Kollegiale Ret afsagde kendelse til foreningens fordel, således at apotekeren skulle betale en bøde på kr. 40.000 samt sagens omkostninger.

Apotekeren anlagde herefter sag ved retten med påstand om, at voldgiftskendelsen var ugyldig. Apotekeren gjorde to anbringender gældende til støtte for sin påstand. Det første anbringende angik den kollegiale rets sammensætning, mens det andet anbringende angik arbitrabilitet. Landsretten fandt voldgiftskendelsen ugyldig under henvisning til det første anbringende. Højesteret tog dog slet ikke stilling til betydningen af den kollegiale rets sammensætning, da Højesteret afgjorde sagen under henvisning til inarbitrabilitet. Højesteret fandt, at voldgiftskendelsen var ugyldig under henvisning til den daværende voldgiftslovs § 7, nr. 3, da den Kollegiale Ret havde overskredet sin kompetence. Højesteret udtalte, at de bindende forbrugerpriser var fastsat som et ”led i den samlede offentligretlige regulering af apotekervæsenet i Danmark”,<sup>191</sup> og at denne offentlige regulering ”i det væsentlige må antages at varetage almene interesser”.<sup>192</sup> Afgørelse af, hvorvidt en sådan offentlige regulering var overtrådt, fandtes ikke at kunne afgøres ved foreningsvoldgift.

Den konkrete offentligretlige regel anvendtes ikke direkte i sagen, men reglen fandt anvendelse, idet den var kopieret direkte ind i foreningens vedtægter. Voldgiftsretten kom derfor indirekte til at tage stilling til den offentligretlige regel.

Det er værd at bemærke, at sagen ikke drejede sig om et forholdsmæssigt afslag eller en erstatning, men derimod om et krav på bod, altså en sanktion. Bekendtgørelsens regler var derimod ikke sanktioneret, og en sag mellem apotekeren og Sundhedsministeriet om forståelsen af reglen var derfor næppe tænkelig.<sup>193</sup> Apotekere kunne i praksis ikke undgå at deltage i brancheforeningen, hvorfor apotekerforeningens vedtægter dækkede alle, der var omfattet af loven. Under disse omstændigheder medførte voldgiftsklausulen i vedtægterne, at enhver sag om bekendtgørelsen i praksis var unddraget domstolene.<sup>194</sup>

Det kan ikke af apotekerdømmen udledes, at tvister om overtrædelse af præceptive regler altid vil være inarbitrable. Det må bero på et konkret skøn, om hensynene bag den præceptive regulering udelukker voldgiftsbehandling.<sup>195</sup> Rækkeviden af apotekerdømmen vil blive nærmere gennemgået nedenfor i afsnit 6.2.

---

<sup>189</sup> U 1999.829 H, s. 833.

<sup>190</sup> Ibid.

<sup>191</sup> Ibid., s. 838.

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> Ørgaard, s. 88.

<sup>194</sup> Ibid.

<sup>195</sup> Juul & Thommesen, s. 63.



### 5.1. Generelle bemærkninger om retstilstanden

Visse krav er klart inarbitrable, hvilket også er tilfældet i Danmark. Fælles for disse inarbitrable områder er, at staten eller offentligheden har en betydelig interesse i sagens behandling og afgørelse.

I modsætning hertil er tvister i rene kommercielle forhold almindeligvis arbitrable, medmindre statens ordre public er til hinder herfor. Særligt internationale kommercielle sager anses både i teori og praksis som arbitrable. Hensynet til den internationale samhandel vejer i almindelighed tungere end hensynene til almene og offentlige interesser i sådanne sager, hvilket også blev understreget af den amerikanske Højesteret i Mitsubishi Motors-sagen. Den internationale praksis gennemgået ovenfor viser, at der skal meget tungtvejende hensyn til at begrunde inarbitrabiliteten i sådanne sager, og således er både konkurrence- og immaterialretlige tvister i vidt omfang fundet arbitrable, på trods af at begge områder er forbundet med betydelige offentlige interesser. Det er internationalt anerkendt, at langt de fleste spørgsmål kan afgøres ved voldgift, og man kan formentligt opstille en formodning om, at ethvert spørgsmål, som i praksis kan opstå i et international kontraktsforhold, kan afgøres ved voldgift.<sup>196</sup>

I det i afsnit 4 og 5 gennemgåede har der været en særlig fokus på amerikansk ret, hvilket skyldes, at USA må anses som en førende voldgiftsnation.

Det amerikanske retssystem er baseret på *common law*, hvor domstolene har en stor retsskabende funktion. Common law-systemet står i modsætning til *civil law*-systemet, som vi f.eks. kender det fra Danmark, men på trods af den grundlæggende forskel på disse systemer er det relevant at inddrage amerikansk ret, når den danske retstilstand skal fastlægges. I USA har man anlagt en meget voldgiftsvenlig linje, ikke alene når det kommer til fortolkning af voldgiftsaftalen,<sup>197</sup> men også i relation til arbitrabilitet. Området af sagstyper, der er arbitrable, er gradvist blevet udvidet. Man har i Europa kunnet se en afsmittende virkning på denne amerikanske voldgiftsvenlige linje, og formentlig vil også Danmark blive påvirket af denne udvikling.

De amerikanske afgørelser i McDonnell Douglas Corporation v. Kingdom of Denmark<sup>198</sup> og Mitsubishi Motors-dommen viser, at der i USA er en klar formodning for voldgift, både i relation til fortolkningsspørgsmål og tvisters arbitrabilitet. Hvad angår fortolkning, er der en formodning for, at parterne har aftalt voldgift. Hvad angår arbitrabilitet, er der en formodning for, at sagen efter sin art kan afgøres ved voldgift.<sup>199</sup>

Spørgsmålet er, om samme formodningsregler eksisterer i dansk ret. I relation til fortolkningsspørgsmålet har den tidligere holdning været, at der ikke synes at gælde en formodning for, at parterne har aftalt voldgiftsbehandling i tilfælde af fortolkningstvivel.<sup>200</sup> Det er anført i betænkningerne til 1972-voldgiftsloven, at parterne ved at aftale voldgiftsbehandling giver ”afkald på de garantier for saglighed og upartiskhed, som domstolene frembyder”,<sup>201</sup> hvorfor voldgiftsaftaler fortolkes indskrænkende/restriktivt.

---

<sup>196</sup> Ørgaard s. 82 f.

<sup>197</sup> Lookofsky & Hertz, s. 877.

<sup>198</sup> 607 F.Supp. 1016 *McDonnell Douglas Corp. v. Kingdom of Denmark* (U.S. District Court, 1985). Denne afgørelse bliver ikke nærmere behandlet i afhandlingen.

<sup>199</sup> Lookofsky i U 1985B s. 404 ff.

<sup>200</sup> Ibid., s. 407 f.

<sup>201</sup> Betænkning nr. 414/1966 vedrørende lovgivning om voldgift, s. 25.

Der kan argumenteres for, at voldgiftsklausuler skal underlægges en "neutral ordlydsfortolkning",<sup>202</sup> hvor fokus er på ordlyden af parternes voldgiftsaftale. Der udvises ikke længere samme skepsis overfor voldgiftsprocessen, som med 2005-voldgiftsloven er "underlagt betydelig mere detaljeret regulering, som medfører, at voldgiftsbehandling er et betryggende alternativ til den almindelige retsvej".<sup>203</sup> En indskrænkende fortolkning kan medføre den uheldige situation, hvor kun en del af tvisten er omfattet af voldgiftsklausulen, hvorefter sagen skal føres både ved en voldgiftsret og i domstolssystemet. Dette er både besværligt og omkostningstungt, hvorfor det er "mest hensigtsmæssigt, at parternes tvist afgøres ved det samme tvisteløsningsmiddel".<sup>204</sup> Der kan også ud fra et samfundsøkonomisk synspunkt argumenteres for, at voldgiftsklausuler ikke skal underlægges en indskrænkende fortolkning, idet de almindelige domstole aflastes, hvorved berammelsestiden bliver kortere for de sager, der skal afgøres ved domstolene. Opsummerende begrundet både hensynene til parternes aftalefrihed og samfundet, at voldgiftsklausuler underlægges en neutral fortolkning.<sup>205</sup>

Det er dog også muligt at gå skridtet videre og argumentere for, at voldgiftsklausuler i vidt omfang skal underlægges en udvidende fortolkning, hvor der "i højere grad lægges vægt på parternes *fælles intention* med voldgiftsaftalen og på *formålet* med denne aftale".<sup>206</sup> Såfremt parterne har aftalt voldgiftsbehandling, bør man i tvivlstilfælde fortolke udvidende, således at alle relaterede tvister, der kan undergives voldgift, skal afgøres ved voldgift, "[p]arter, der har aftalt voldgift, må antages at have ønsket denne afgørelsesmåde, uanset om aftalens formulering er mere eller mindre heldig".<sup>207</sup>

Den danske Højesteret har i nyere praksis brudt med den restriktive linje. I U 2013.2338 H havde Finansiell Stabilitet (F) anlagt sager med krav om erstatning mod to tidligere underdirektører, A og B, i ebh bank (E), idet F anførte, at A og B havde handlet ansvarspådragende over for E. E var blevet overtaget af F i forbindelse med bankens økonomiske sammenbrud i 2008. A og B påstod sagen afvist under henvisning til, at de ved deres fratreden havde indgået fratredelsesaftaler med E, der indeholdt en klausul ifølge hvilken "uoverensstemmelser mellem aftalens parter herunder uoverensstemmelser om aftalens fortolkning og forståelse" skulle afgøres ved voldgift. Højesteret fandt at voldgiftsklausulen omfattede den erstatnings-sag, som F havde anlagt mod A og B. Det afgørende for Højesteret var, "om parterne har aftalt voldgifts- eller domstolsbehandling - ikke om de »med sikkerhed« har aftalt voldgift".<sup>208</sup>

Voldgiftsklausuler må således i dag undergives en udvidende fortolkning, der i vidt omfang fører til, at der må gælde en formodning for, at parterne har aftalt voldgiftsbehandling. Spørgsmålet er herefter, om der også i dansk ret gælder en formodning for arbitrabilitet.

New York-konventionen art. V er en undtagelsesbestemmelse, som er tiltænkt et snævert anvendelsesområde, da formålet med konventionen er at sikre anerkendelse af både internationale voldgiftskendelser og voldgiftsaftaler. Efter almindelig fortolkningspraksis skal undta-

---

<sup>202</sup> Beckmann og Nolsø i U 2008B s. 411 ff.

<sup>203</sup> Ibid., s. 412.

<sup>204</sup> Ibid., s. 412.

<sup>205</sup> Ibid., s. 418.

<sup>206</sup> Iversen og Bryde Andersen i U 2014B s. 318.

<sup>207</sup> Ibid., s. 319.

<sup>208</sup> Iversen og Bryde Andersen i U 2014B s. 325.

gelses fortolkes indskrænkende, hvorfor det ikke synes oplagt, at den danske retsstilling på dette punkt skulle afvige markant fra den amerikanske, hvor der gælder en sådan formodning.

Ved vedtagelsen af 2005-voldgiftsloven er det i motiverne anført,<sup>209</sup> at en ny dansk voldgiftslov bør leve op til internationale standarder. Ved de internationale standarder tænkes ikke alene på modelloven, men også New York-konventionen. Det er vanskeligt at forestille sig, at Danmark vil stille sig væsentligt anderledes end øvrige modellovslande og konventionslande ved afgørelse af, hvorvidt et emne er arbitrabelt eller ej. Skulle Danmark anlægge en mere restriktiv linje, vil Danmark ikke leve op til de internationale standarder, som det er ønsket i motiverne til lovgivningen.

Sammenholder man ordlyden af den danske voldgiftslov med New York-konventionen og modelloven, er den danske lovgivning ikke mere restriktiv. Efter voldgiftslovens § 39, stk. 1, nr. 2, litra b, kan anerkendelse og fuldbyrdelse af en voldgiftskendelse nægtes, hvis kendelsen er ”åbenbart uforenelig med landets retsorden” (ordre public). New York-konventionens art. V, stk. 2, litra b stiller ikke noget krav om, at kendelsen skal stride ”åbenbart” mod et lands ordre public. Modellovens art. 36, stk. 1, nr. 2, litra b indeholder heller ikke ordet ”åbenbart”, idet anerkendelse og fuldbyrdelse kan nægtes når ”the award would be contrary to the public policy of this State”. Den relevante passus i voldgiftslovens § 39, der med små forskelle svarer til modellovens art. 36, lyder i engelsk oversættelse således: ”... the award would be *manifestly* contrary to the public policy of this country”<sup>210</sup> (min fremhævelse).

Voldgiftslovens undtagelsesbestemmelse er sprogligt snævrere end de tilsvarende bestemmelser i New York-konventionen og modelloven. Ordet ”åbenbart” kan være indføjet for at bringe ordlyden på linje med andre danske ordre public-regler,<sup>211</sup> men ikke desto mindre peger formuleringen i retning af en voldgiftsvenlig linje. Der må derfor også i dansk ret kunne opstilles en formodning for arbitrabilitet, medmindre ordre public-regler er til hinder herfor.

### 5.1.1. Sondringen mellem nationale og internationale sager

New York Konventionen gælder alene i internationale sager, hvilket kan være et argument for at skelne mellem nationale sager og internationale sager med hensyn til arbitrabilitets-spørgsmålet. Modelloven er ligeledes udformet med henblik på international voldgift, jf. art. 1, stk. 1. I Danmark har man til trods herfor udformet voldgiftsloven, så den både gælder national og international voldgift, jf. voldgiftslovens § 1, stk. 1. Da voldgiftsloven både omfatter nationale og internationale sager, skal alle sager som udgangspunkt behandles på ensartet måde. Af forarbejderne fremgår det også, at ”efter Justitsministeriets opfattelse er der ingen afgørende hensyn, der taler for, at nationale tvister generelt skal have en anden eller strammere regulering end internationale tvister”.<sup>212</sup>

En sags internationale karakter kan dog have betydning for fortolkningen af voldgiftsklausulen, hvor den udvidende fortolkning må gå særlig langt.<sup>213</sup> Bliver en voldgiftsaftale fortolket for snævert i en rent national sag er konsekvensen som regel til at overskue, idet ”[s]agen skal afgøres af dommere, der i en international målestok er *second to none*, når det gælder saglig-

<sup>209</sup> LFF 2005-03-16 nr. 127 forslag til lov om voldgift, afsnit 4.2.

<sup>210</sup> DAA, s. 26.

<sup>211</sup> DAA, s. 50.

<sup>212</sup> LFF 2005-03-16 nr. 127 forslag til lov om voldgift, afsnit 5.1.3.

<sup>213</sup> Iversen og Bryde Andersen i U 2014B s. 326.

hed, dygtighed, upartiskhed og ubestikkelighed, og afgørelsen vil efterfølgende kunne fuldbyrdes her i landet”.<sup>214</sup> Bliver en voldgiftsklausul mellem en dansk og en udenlandsk part (eller evt. to udenlandske parter) fortolket for snævert, kan konsekvenserne derimod være uoverskuelige, og ”[s]agen kan meget vel blive afgjort af dommere, der på et eller flere punkter ligger ganske langt fra det danske ideal om faglighed og upartiskhed mv., og selv hvis sagen skulle blive afgjort korrekt, kan afgørelsen meget tænkeligt slet ikke fuldbyrdes over for domfældte i dennes hjemland, eller hvor han i øvrigt måtte have aktiver”.<sup>215</sup>

En dansk domstol skal således som udgangspunkt behandle nationale og internationale tvister ens, men ved fortolkningstvivil må den udvidende fortolkning gå særlig langt i international voldgift.

Udgangspunktet vil herefter være at de fleste kommercielle tvister, internationale eller nationale, må være arbitrable i dansk ret, medmindre de specifikt er undtaget i lovgivningen, eller dansk ordre public er til hinder herfor.

## **5.2. Voldgiftsrettens præjudicielle stillingtagen til offentligretlige regler**

Som anført i afsnit 3.1. er det afgørende for, om en sag kan undergives voldgiftsbehandling, hvorvidt der er tale om et dispositiv krav, som parterne frit kan råde over. Herefter vil langt de fleste kommercielle tvister være arbitrable, da parterne frit kan råde herover. Rene offentligretlige krav er inarbitrable, f.eks. hvor kompetencen til at meddele tilladelse, dispensation og fritagelse mv. er henlagt til en bestemt myndighed.<sup>216</sup> Sådanne offentlige krav kan parterne ikke aftale voldgiftsbehandling af, da kravene ikke er undergivet parternes frie dispositi-  
onsret.

En tvist kan medføre, at voldgiftsretten præjudicielt må tage stilling til offentlige regler, eksempelvis om et krav strider mod de konkurrenceretlige regler. Denne præjudicielle stillingtagen vil være nødvendig for, at voldgiftsretten kan afgøre retsforholdet mellem parterne.

I sager af denne karakter opstår der to modstående hensyn, nemlig hensynet til parternes aftalefrihed over for hensynet til, at visse spørgsmål af almen interesse ikke kan overlades til afgørelse ved voldgift. Ud fra en konkret vurdering må det undersøges, hvilket hensyn der vejer tungest.

Retstillingen i Danmark er på dette punkt usikker og særligt den ovenfor nævnte U 1999.829 H skaber denne usikkerhed. Dommen er direkte nævnt i forarbejderne til 2005-voldgiftsloven, men uden at denne undtagelse er udtrykkeligt medtaget i loven. For at fastlægge den danske retsstilling vil det derfor være nødvendigt at undersøge den internationale teori.

Det har blandt andet i USA været fremhævet, at der skal skelnes mellem nationale og internationale sager. I USA har denne skelnen betydet, at nationale sager om konkurrenceret er fundet inarbitrable, jf. American Safety-dommen, mens en tilsvarende international sag er fundet arbitrabel, jf. Mitsubishi Motors-dommen. Dog har den efterfølgende udvikling fjernet denne skelnen på det konkurrenceretlige område, således at der både i nationale og internationale sager kan ske voldgiftsbehandling, jf. afsnit 4.1.3. I USA vejer man altså hensynet til parter-

---

<sup>214</sup> Iversen og Bryde Andersen i U 2014B s. 318.

<sup>215</sup> Ibid.

<sup>216</sup> Werlauff i U 2008B s. 154.

nes aftalefrihed højere end det modstående hensyn til, at visse almene spørgsmål ikke kan afgøres ved voldgift. Da man ikke længere skelner mellem nationale og internationale sager i USA, må retstillingen være den, at præjudicielle offentligretlige spørgsmål er arbitrable.<sup>217</sup>

Med Eco Swiss-dommen har EU-domstolen ligeledes anerkendt arbitrabiliteten af en konkurrenceretlig sag. I international sammenhæng er retsstillingen formentlig den, at en tvist, som forudsætter stillingtagen til præceptive regler i national lovgivning, der regulerer private parter forhold, kan afgøres ved voldgift.<sup>218</sup>

Eco Swiss-sagen har også en international karakter, men som anført i afsnit 6.1.1. må retsstillingen i Danmark som udgangspunkt anses for at være den samme, uanset om en tvist har en national eller en international karakter. Danmark ønsker ifølge forarbejderne til voldgiftsloven at følge de ”internationale standarder”,<sup>219</sup> hvilket tyder på, at præjudicielle offentligretlige spørgsmål også må være arbitrable i Danmark.

Som nævnt går apotekerdommen i den modsatte retning, og spørgsmålet bliver, hvilken rækkevidde dommen har. Retstillingen er i bedste fald usikker, og dommen giver ikke noget klart svar på, i hvilket omfang tvister bliver inarbitrable, fordi voldgiftsretten præjudicielt må tage stilling til offentligretlig regulering. Det er alene fastslået, at sådanne sager kan være inarbitrable under hensyn til, at reglerne varetager almene interesser. Højesteret har i apotekerdommen netop ikke skrevet, at sagen er inarbitrabel under henvisning til de bindende forbrugerprisers karakter af præceptiv lovgivning i sig selv. Det er således ikke lovgivningens præceptive karakter i sig selv, der begrundes inarbitrabiliteten.

Der er dog flere argumenter for, at apotekerdommen skal indskrænkes væsentligt. Der var for det første tale om foreningsvoldgift, hvor apotekeren nok i realiteten var tvunget til at deltage i foreningen.<sup>220</sup> For det andet drejede beføjelsen sig ikke om en traditionel økonomisk beføjelse som erstatning eller forholdsmæssigt afslag. I disse beføjelser ligger, at der er lidt et tab, der svarer til kravet. Beføjelsen i apotekerdommen var et krav på bod; der var således tale om en straf, og ”det er nok snarere retsfølgen: straf, end retsområdet: offentligretlig regulering, som bærer resultatet og førte til, at voldgiftsrettens afgørelse blev tilsidesat som ugyldig”.<sup>221</sup> For det tredje var der tale om en offentligretlig regel, der ikke kunne sanktioneres af det offentlige, idet bekendtgørelsens regler ikke var sanktioneret.<sup>222</sup>

Såfremt apotekerdommen læses i dette lys, udgør afgørelsen ikke en indgribende begrænsning af arbitrabiliteten. Retsstillingen i dansk ret må herefter være, at tilstedeværelsen af offentligretlige regler ikke almindeligvis afskærer voldgiftsbehandling. Dette er i overensstemmelse med ordlyden af voldgiftslovens § 6 og tendensen i udlandet, ”men på kant med den danske lovs forarbejder og den danske juridiske teori”.<sup>223</sup>

I apotekerdommen var det ikke lovgivningens præceptive karakter i sig selv, der begrundede inarbitrabiliteten. Dette synspunkt er også i overensstemmelse med to voldgiftskendelser<sup>224</sup>

---

<sup>217</sup> Ørgaard, s. 83.

<sup>218</sup> Oluf Engell i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 110.

<sup>219</sup> LFF 2005-03-16 nr. 127 forslag til lov om voldgift, afsnit 4.2.

<sup>220</sup> Ørgaard, s. 88.

<sup>221</sup> Oluf Engell i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 113.

<sup>222</sup> Ørgaard, s. 88.

<sup>223</sup> Ibid., s. 89.

<sup>224</sup> Kendelserne er refereret af professor, dr.jur. Halfdan Krag Jespersen i TBB 1998.7.

fra henholdsvis 1995<sup>225</sup> og 1997.<sup>226</sup> Kendelserne blev afsagt under medvirken af højesteretsdommere, og vedrørte voldgiftsrettens adgang til at tage stilling til tvister vedrørende præceptive regler i lejelovgivningen. Heraf fremgår:

”Når en tvist drejer sig om forhold, som parterne under sagen har fri rådighed over, jf. retsplejelovens § 338, og hvor offentlige eller almene hensyn ikke kommer i betragtning, er der intet i voldgiftsloven af 1972, som peger i retning af, at voldgiftsbehandling ikke gyldigt skulle kunne aftales mellem parterne. Såfremt sådanne sager i almindelighed skulle være unddraget voldgiftsbehandling, blot fordi de angår anvendelsen af præceptive lovbestemmelser, havde det været nærliggende at udtale dette i voldgiftsloven. Tværtimod er det forudsat i forarbejderne til voldgiftsloven, at det ikke er til hinder for en voldgiftsaftales gyldighed, at sagen angår lovbestemmelser, som er beskyttelsespræceptive til fordel for den part, som påstår voldgiftsaftalen tilsidesat. Uden for lejeforhold ses der da heller ikke at være eksempler på, at en voldgiftsaftale er blevet anfægtet af denne grund; voldgiftsaftaler anses således i almindelighed at være gyldige f.eks. i sager om ugyldighed efter aftalelovens kapitel 3, herunder om konkurrenceklausulers ugyldighed, eller om funktionær- og forsikringsforhold.”<sup>227</sup>

Kendelserne er begge afsagt under 1972-voldgiftsloven. Synspunkterne må dog fortsat antages at være gældende, idet retsstillingen i hvert fald ikke er mindre voldgiftsvenlig i dag end før 2005.

Parterne kan aftale voldgiftsbehandling af krav, som de har fri rådighed over, uanset om tvisten angår anvendelse af præceptive lovregler, så længe blot ”offentlige eller almene hensyn ikke kommer i betragtning”.<sup>228</sup> Fokus er imidlertid flyttet fra en restriktiv afgrænsning af, hvilke tvister der kan afgøres ved voldgift til at koncentrere sig om den efterfølgende domstolskontrol, der kan virke som en sikkerhedsventil, såfremt voldgiftsretten ikke har afgjort tvisten i overensstemmelse med de præceptive regler.<sup>229</sup> Dermed mindskes en del af betænkeligheden ved at lade en voldgiftsret afgøre sådanne sager, da domstolsprøvelsen udskydes til den efterfølgende fase. Dette kendes også fra Second Look-doktrinen, hvorved parternes voldgiftsaftale respekteres, jf. afsnit 4.3.

Såfremt den afsagte voldgiftskendelse er afsagt i strid med præceptive regler, vil kendelsen kunne tilsidesættes eller nægtet anerkendt og fuldbyrdet, såfremt de præceptive regler har karakter af ordre public-regler. Det må her erindres, at ordre public har et snævert anvendelsesområde, og voldgiftskendelser kun meget sjældent tilsidesættes på grund af uoverensstemmelse med et lands ordre public.

Domstolskontrollen må ikke få karakter af en egentlig realitetsprøvelse, da voldgift er kendetegnet ved, at der som udgangspunkt ikke kan ske appel af voldgiftskendelsen. Karakteren af domstolsprøvelsen fremgår nærmere af lovforarbejderne, hvor det anføres, at:

---

<sup>225</sup> Voldgiftskendelse af 13. oktober 1995. Kendelsen blev afsagt af professor, dr.jur. Halfdan Krag Jespersen, byretsdommer Bjørn Graae og højesteretsdommer Poul Sørensen.

<sup>226</sup> Voldgiftskendelse af 21. februar 1997. Kendelsen blev afsagt af professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, advokat Jørgen Grønberg og højesteretsdommer Jacques Hermann.

<sup>227</sup> Krag Jespersen i TBB 1998.7, afsnit 6.2.

<sup>228</sup> Juul & Thommesen s. 54.

<sup>229</sup> Ibid., s. 55.

“domstolene ikke kan foretage en materiel revision af voldgiftskendelsen. Domstolene kan således ikke tilsidesætte en voldgiftskendelse under henvisning til, at voldgiftsretten har anvendt retsreglerne forkert eller har fejlbedømt sagens faktiske omstændigheder. Fra dette såkaldte materielle revisionsforbud må dog undtages de ekstraordinære tilfælde, hvor der foreligger så overordentlig graverende fejl fra voldgiftsrettens side, at voldgiftskendelsen er åbenbart uforenelig med landets retsorden (ordre public), jf. stk. 2, nr. 2, litra b.”<sup>230</sup>

Er der således tale om en afgørelse i strid med ordre public-regler, kan domstolene foretage en mere tilbundsående prøvelse, der nærmest får karakter af en realitetsprøvelse.

Opsummerende må det konstateres, at præjudicielle offentligretlige spørgsmål kan være inarbitrable i Danmark, såfremt de involverer afgørende almene hensyn. Adgangen til domstolskontrol mindsker behovet for restriktivt at afgrænse, hvilke tvister der kan bedømmes ved voldgift efter voldgiftslovens § 6, men domstolskontrollen fjerner ikke fuldstændigt behovet for lovbestemmelsen om arbitrabilitet. Den internationale udvikling går i retning af at anse præjudicielle offentlige spørgsmål for arbitrable, hvorfor apotekerdommen må anses som en undtagelse. Rækkevidden af dommen er usikker, men der må udvises påpasselighed med at strække dommen for langt, da dette ikke er i overensstemmelse med den internationale udvikling. Som anført ovenfor kan der også argumenteres for, at dommen skal indskrænkes væsentligt. Apotekerdommen efterlader således alene plads til en lille undtagelse, og udgangspunktet må være at præjudicielle offentligretlige spørgsmål er arbitrable i dansk ret. Herved bliver retsstillingen på linje med udviklingen i de kommercielt toneangivende lande, som bl.a. USA.<sup>231</sup>

### 5.3. Konkurrenceretlige sager

Når arbitrabiliteten af konkurrenceretlige tvister skal fastlægges i dansk ret, må udgangspunktet være, at Danmark behandler arbitrabiliteten som i de øvrige EU-lande.

Der er ingen tvivl om, at en voldgiftsret kan afgøre de civilretlige aspekter mellem parterne ved en overtrædelse af konkurrencelovgivningen.<sup>232</sup> Det er også fastslået med Eco Swissdommen, at konkurrenceretlige tvister er arbitrable i EU.

Som anført i afsnit 4.2.2. kan en voldgiftsret tage stilling til spørgsmål vedrørende de konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF art. 101, stk. 1 og sanktionerne i stk. 2, samt gruppefritagelserne. Det samme må være gældende i dansk ret, hvorefter en voldgiftsret kan tage stilling til konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6 og gruppefritagelserne efter konkurrencelovens § 10. Der er ligeledes ikke noget, der udelukker en voldgiftsret fra at tage stilling til konkurrencelovens § 11 om misbrug af dominerende stilling, men krav efter denne bestemmelse har næppe en sådan karakter, der gør dem egnet til voldgiftsbehandling.

Med vedtagelsen af Rådets forordning 1/2003 kan det diskuteres, hvorvidt voldgiftsretter kan tage stilling til individuelle fritagelser. I afsnit 4.2.2. blev der argumenteret for, at også voldgiftsretter er kompetente til at give individuelle fritagelser efter TEUF art. 101, stk. 3. For dansk rets vedkommende er den relevante bestemmelse konkurrencelovens § 8. Ifølge denne bestemmelse tilkommer kompetencen heller ikke udelukkende de almindelige domstole,

<sup>230</sup> LFF 2005-03-16 nr. 127 forslag til lov om voldgift, bemærkninger til § 37.

<sup>231</sup> Iversen og Bryde Andersen i U 2014B s. 326.

<sup>232</sup> Heide-Jørgensen, s. 139.

hvorfor den danske retsstilling må være, at en voldgiftsret kan tage stilling til, hvorvidt en konkurrencebegrænsende aftale skal fritages individuelt, jf. konkurrencelovens § 8.

Voldgiftsdommere er næppe mindre kompetente end dommere ved de almindelige domstole til at træffe afgørelse i sager vedrørende konkurrencelovgivningen. Voldgiftsdommerne udpeges af parterne, hvorfor man må formode, at parterne vælger voldgiftsdommere, der besidder den nødvendige kundskab og erfaring.

Konkurrenceretlige tvister vil således kunne afgøres ved voldgift i dansk ret. Den efterfølgende prøvelse af voldgiftskendelsen gennem ”Second Look”-doktrinen er tilstrækkelig til at beskytte de offentlige interesser i konkurrenceretlige sager, idet anerkendelse og fuldbyrdelse kan nægtes, såfremt anerkendelse eller fuldbyrdelse ville stride mod danske ordre public-regler, jf. voldgiftslovens § 39, stk. 1, nr. 2, litra b.

#### 5.4. Immaterialretlige sager

Den europæiske union har en restriktiv tilgang til betydningen af statens involvering i opnåelse af enerettighederne, således at tvister angående gyldigheden og eksistensen af de registrerede enerettigheder alene kan afgøres ved de almindelige domstole. Dette synspunkt gør sig også gældende i dansk ret, hvorimod voldgiftsretter er berettiget til at tage stilling til øvrige tvister vedrørende de registrerede rettigheder, herunder licenser og krænkelssager.

Det kan dog diskuteres, hvorvidt det er velbegrunderet, at en voldgiftsret ikke kan tage stilling til gyldigheden af en registreret rettighed, særligt når rettigheden stiftes uden nogen nærmere efterprøvelse. I Tyskland bliver et patent kun stiftet efter en grundig undersøgelse af dets gyldighed, hvorfor det er logisk, at kompetencen i ugyldighedssager eksklusivt tilkommer de almindelige domstole.<sup>233</sup> I lande som Frankrig og Grækenland stiftes patenter uden nogen grundig undersøgelse af dets gyldighed. Dette harmonerer ikke med at tvisterne er inarbitrable, idet ”the state authority does not examine, questions such as, who is the real owner of the invention or whether the invention complies with the substantive requirements for the granting of the title, while at the same time, it claims exclusive jurisdiction of state courts on the ground that these rights touch upon the interests of the society”.<sup>234</sup>

I dansk ret foretager Patent- og Varemærkestyrelsen en materiel forprøvelse af, om patenterbarhedsbetingelserne er opfyldt.<sup>235</sup> For patenters vedkommende er det derfor velbegrunderet, at tvister om gyldigheden heraf er inarbitrable.

Registrerede varemærker stiftes derimod mere uformelt, idet Patent- og Varemærkestyrelsen blot undersøger, om der er ældre kolliderende rettigheder, hvorefter resultatet heraf meddeles ansøgeren. Undersøgelsen betyder således ikke, at varemærket ikke registreres, men har nærmest karakter af en advarsel mod senere indsigelser.<sup>236</sup> Voldgiftsretten burde således kunne tage stilling til gyldigheden af registrerede varemærker. I dansk ret kan varemærkerrettigheder opnås både ved registrering og ibrugtagning.<sup>237</sup> Herved opstår den særlige situation, at en voldgiftsret kan bedømme en sag vedrørende de uregistrerede varemærker, idet staten

---

<sup>233</sup> Mistelis & Brekoulakis, s. 268, afsnit 13-13.

<sup>234</sup> Ibid.

<sup>235</sup> Bo Madsen i Markedsret del 3, s. 127.

<sup>236</sup> Ibid., s. 214.

<sup>237</sup> Ibid., s. 211.



ikke er involveret heri, hvorimod tvister om gyldigheden af de registrerede varmemærker er inarbitrable.

Tendensen i Europa viser, at flere og flere lande tillader, at en voldgiftsret tager stilling til gyldigheden af en registreret rettighed med virkning inter partes, jf. afsnit 5.2.2. Her kan det nemt tænkes, at dansk ret må forventes at følge trop. Som anført i afsnit 6.2. må udgangspunktet være, at voldgiftsrettens præjudicielt kan tage stilling til en offentligretlig regel. Såfremt voldgiftsretten er i tvivl om gyldigheden af den registrerede enerettighed, må voldgiftsretten evt. kunne udsætte sagen på afgørelse af gyldighedsspørgsmålet ved de almindelige domstole.<sup>238</sup> Kan voldgiftsretten uden tvivl lægge gyldigheden til grund, synes der ikke at være betænkeligheder ved at en voldgiftsret tager stilling hertil med virkning for parterne.

Tvister om de immaterielle rettigheder, der ikke skal registreres, kan som udgangspunkt afgøres ved voldgift. For dansk rets vedkommende drejer det sig særligt om ophavsrettigheder og uregistrerede varemærker. Her må dansk ret være i overensstemmelse med øvrig europæisk ret, hvorfor i hvert fald de økonomiske rettigheder kan være genstand for voldgiftsbehandling.

Det blev i afsnit 5.1. diskuteret, hvorvidt *droit moral*-rettighederne er arbitrable. I fransk ret har Cour d'appel fundet, at en forfatters *droit moral* kunne afgøres ved voldgift,<sup>239</sup> til trods for at det i teorien var anført, at *droit moral*-rettigheder ikke var dispositive.

I dansk ret følger det direkte af ophavsretslovens § 3, stk. 3, at ophavsmanden ikke kan frafalde sine ideelle rettigheder, medmindre det gælder en efter art og omfang afgrænset brug af værket. § 3, stk. 3, indebærer at *droit moral* principielt er uoverdragelig. Såfremt ophavsmanden mere generelt og ubestemt frafalder sin *droit moral*, vil han ikke være bundet af aftalen, ligesom aftaler, hvorefter ophavsmanden ikke vil gøre sine ideelle rettigheder gældende, er ugyldige.<sup>240</sup>

Der er tale om et dispositivt krav, såfremt parterne kan opgive kravet, transportere det eller indgå forlig herom.<sup>241</sup> I dansk ret er de ideelle rettigheder i ophavsretten indispositive, idet ophavsmanden er afskåret fra at opgive eller overdrage disse rettigheder. *Droit moral*-rettigheder er herefter inarbitrable i dansk ret, jf. voldgiftslovens § 6.

## 6. Konklusion

Arbitrabilitet vedrører spørgsmål om, hvilke emner der kan afgøres ved voldgift. Begrebet har en nær sammenhæng med ordre public, om end begreberne ikke er fuldstændig sammenfaldende.

Den danske retspraksis viser, at arbitrabilitet sjældent giver anledning til retssager. Alligevel er emnet fortsat meget omtalt i teorien, og som gennemgangen har vist, giver arbitrabilitet anledning til en del sager i udlandet. Den udenlandske retspraksis kan bruges til at belyse situationen i Danmark, særligt fordi man gennem vedtagelsen af New York-konventionen i

---

<sup>238</sup> Juul & Thommesen, s. 59.

<sup>239</sup> Cour d'appel de Paris, 26. maj 1993 - *Zeldin c/ Sté Editions Recherches*, jf. Mistelis & Brekoulakis, s. 266, note 12.

<sup>240</sup> Bo Madsen i Markedsret del 3, s. 84.

<sup>241</sup> Ørgaard, s. 79.

en stor del af verden har opnået en vis kodificering, ligesom modelloven er den dominerende ”model” i dag.

Spørgsmålet om, hvorvidt konkurrenceretlige spørgsmål kan bedømmes ved voldgift er i vidt omfang afklaret i dag. Men det konkurrenceretlige område er fortsat relevant. Særligt Mitsubishi Motors-dommen og udviklingen generelt her på det konkurrenceretlige område har haft stor betydning for forståelse af arbitrabilitet-doktrinen, ikke alene på det konkurrenceretlige område, men også i helt generel forstand.

Med ”Second Look”-doktrinen er skabt en sikkerhedsventil, hvorefter domstolene har adgang til at efterprøve voldgiftskendelserne i forbindelse med fuldbyrdelse og anerkendelse. Såfremt en voldgiftskendelse er i strid med et lands ordre public, kan domstolene nægte at anerkende eller fuldbyrde voldgiftskendelsen. ”Second Look”-doktrinen medfører, at sager med væsentlige offentlige hensyn ikke nødvendigvis er inarbitrable, idet de offentlige hensyn er tilstrækkeligt beskyttet gennem domstolenes kontrol i forbindelse med anerkendelse og fuldbyrdelse.

Arbitrabiliteten af immaterielle sager afviger mere fra land til land, hvor visse lande har en restriktiv tilgang til betydningen af statens involvering i opnåelse af rettighederne, mens andre lande har en mere liberal tilgang hertil. De immaterielle rettigheder er dog alene delvist inarbitrable, idet det kun er tvister vedrørende gyldigheden og eksistensen af de registrerede rettigheder, der ikke kan bedømmes ved voldgift. Øvrige tvister vedrørende de immaterielle rettigheder er arbitrable.

Tvister vedrørende de uregistrerede enerettigheder er almindeligvis arbitrable. Det kan dog diskuteres, hvorvidt ophavsrettens droit moral er dispositive. For dansk rets vedkommende er droit moral ikke dispositive rettigheder, hvorfor tvister vedrørende de ideelle rettigheder ikke kan bedømmes ved voldgift.

Voldgiftsdommere er næppe mindre kompetente end dommere ved de almindelige domstole, da voldgiftsdommerne udpeges af parterne, må man formode, at de vælger voldgiftsdommere, som besidder den nødvendige kundskab og erfaring.

Inarbitrabilitet ses nærmest at have undtagelsens karakter i dag, da langt de fleste sager, selv dem der repræsenterer væsentlige offentlige interesser, er fundet egnet til voldgiftsbehandling. Mitsubishi Motors-dommen har haft en skelsættende betydning, ikke alene blandt de konkurrenceretlige sager, men på det kommercielle område generelt, hvor området for emner der er arbitrable konstant er blevet udvidet.

Det er således muligt at opstille en hovedregel om, at arbitrabilitet er udgangspunktet, særligt i kommercielle, internationale sager. For at fravige denne hovedregel kræves nogle stærke modstående hensyn.

## 7. Litteratur- og domsliste

### 7.1. Bøger

Blackaby, Nigel m.fl.: Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. udgave. Oxford University Press, 2015. (**Hunter & Redfern**)

Blume, Peter: Juridisk metodelære, 5. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009. (**Blume 2009**)

Blume, Peter: Retssystemet og juridisk metode, 2. udgave, 1. oplag. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (**Blume 2014**)

Bo Madsen, Palle: Markedsret Del 1 Konkurrencebegrænsningsret, 6. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (**Bo Madsen i Markedsret del 1**)

Bo Madsen, Palle: Markedsret Del 3 Immaterialret, 5. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008. (**Bo Madsen i Markedsret del 3**)

Born, Gary B.: International Commercial Arbitration, 2. udgave. Kluwer Law International, 2014. (**Born**)

Evald, Jens og Sten Schaumburg-Müller: Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, 1. udgave, 5. oplag. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004. (**Evald og Schaumburg-Müller**)

Gomard, Bernhard og Michael Kistrup: Civilprocessen, 7. udgave. Karnov Group Danmark, 2013. (**Gomard & Kistrup**)

Heide-Jørgensen, Caroline: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret, 2. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012. (**Heide-Jørgensen**)

Hertz, Ketilbjørn: Danish Arbitration Act 2005, 1. udgave. DJØF Forlag, 2005. (**DAA**)

Hjejle, Bernt: Frivillig voldgift, 2. reviderede udgave ved Bernt Hjejle og Jørgen Trolle under medvirken af Kristian Frøsig. Juristforbundets Forlag, 1973. (**Hjejle**)

Iversen, Torsten, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 1. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003 (**Oluf Engell i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard**)

Juul, Jakob og Peter Fauerholdt Thommesen: Voldgiftsret, 2. udgave. Forlaget Thomson, 2008. (**Juul & Thommesen**)

Landolt, Phillip Landolt: Modernised EC Competition Law in International Arbitration. Kluwer Law International, 2006. (**Landolt**)

Lookofsky, Joseph og Ketilbjørn Hertz: Transnational Litigation and Commercial Arbitration, 3. udgave. DJØF Forlag, 2011. (**Lookofsky & Hertz**)

Mistelis, Loukas A. and Stavros L. Brekoulakis: Arbitrability: International and Comparative Perspectives. Kluwer Law International, 2009. (**Mistelis & Brekoulakis**)

Nielsen, Peter Arnt: International handelsret, 1. udgave, 2. oplag. Forlaget Thomson, 2008. **(Arnt Nielsen)**

van den Berg, Albert Jan (ed): ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Volume XVII. Kluwer Law International, 1992. **(Yearbook Commercial Arbitration vol. XVII (1992))**

van den Berg, Albert Jan (ed): ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Volume XXV. Kluwer Law International, 2000. **(Yearbook Commercial Arbitration vol. XXV (2000))**

van den Berg, Albert Jan: The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation. Kluwer Law and Taxation, 1981. **(van den Berg)**

Weigand, Frank-Bernd (ed): Practitioner's handbook on international commercial arbitration, 2. udgave. Oxford University Press, 2009. **(Weigand)**

Ørgaard, Anders, Voldgiftsaftalen, 1. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006. **(Ørgaard)**

## **7.2. Artikler**

Beckmann, Henrik Beckmann og Jakob Nolsø: Fortolkning af voldgiftsklausuler. **(Beckmann og Nolsø i U 2008B.411)**

Blessing, Marc: Arbitrability of Intellectual Property Disputes. Published in Arbitration International, Oxford University Press, Volume 12, Issue 2, 1996. **(Blessing)**

Böckstiegel, Karl-Heinz: Public Policy and Arbitrability. Published in Pieter Sanders (ed), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series, Volume 3, Kluwer Law International, 1987. **(Böckstiegel 1987)**

Böckstiegel, Karl-Heinz: Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement. Published in IBA Journal of Dispute resolution, Special Issue 2008, The New York Convention – 50 years, p. 123 seq. **(Böckstiegel 2008)**

de Groot, Diederik: Arbitration and the Modernisation of EC Competition Law. Published in European Business Law Review, Volume 19, Issue 1, 2008. **(de Groot)**

Donovan, Donald Francis Donovan and Alexander K.A Greenawalt: Mitsubishi After Twenty Years: Mandatory Rules Before Courts and International Arbitrators. Published in Julian D. M. Lew and Loukas A. Mistelis (eds), Pervasive Problems in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 15, Kluwer Law International 2006. **(Donovan & Greenawalt)**

Iversen, Torsten og Mads Bryde Andersen: Voldgiftsklausulers rækkevidde – Er tiden inde til en nyorientering, hvad angår fortolkningen af voldgiftsklausuler? **(Iversen og Bryde Andersen i U 2014B.317)**

Jespersen, Halfdan Krag: Voldgift i tvister, hvor ufravigelige bestemmelser påberåbes - med særligt henblik på lejesager. **(Krag Jespersen i TBB1998.7)**

Komninos, Assimakis P: 'Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. V. Benetton International NV, judgement of 1 June 1999, Full Court'. Published in Common Market Law Review, 37, 2000. (**Komninos**)

Lookofsky, Joseph: McDonnell Douglas Corporation v. Kingdom of Denmark: Indsigelser imod voldgift. (**Lookofsky i U 1985B.404**)

van den Berg, Albert Jan: Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few. Published in Arbitration in the Next Decade, ICC Bulletin - 1999 Special Supplement. (**ICC Bulletin 1999: van den Berg**)

Vicente, Dário Moura: Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey. Published in Arbitration International, Oxford University Press, Volume 31, Issue 1, 2015. (**Vicente**)

von Mehren, Robert B.: The Eco-Swiss Case and International Arbitration. Published in Arbitration International, Oxford University Press, Volume 19, Issue 4, 2003. (**von Mehren**)

Werlauff, Erik Werlauff: Privat voldgift med offentligretlige delspørgsmål. (**Werlauff i U 2008B.152**)

### 7.3. Afgørelsesregister

#### Amerikanske afgørelser:

De amerikanske afgørelser er fundet på <http://openjurist.org> . Henvisninger til afsnit i dommene sker derfor i overensstemmelse opdelinger foretaget på denne side.

American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co. & Hickok Manufacturing Co., Inc., 391 F2d 821 (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1968). (**American Safety**)

Applied Digital Technology, Inc. v. Continental Casualty Co., 576 F2s 116 (U.S. Court of Appeals Seventh Circuit, 1978)

Baxter International, Inc. v. Abott Laboratories, 315 F3d 829 (U.S. Court of Appeals Seventh Circuit, 2003)

Beckman Instruments, Inc. v. Technical Development Co., 433 F2d 55 (U.S. Court of Appeals Seventh Circuit, 1970)

Cara's Notion, Inc. v. Hallmark Cards, Inc., 140 F3d 566 (U.S. Court of Appeals Fourth Circuit, 1998)

Chromalloy Aeroservices v. The Arab Republic of Egypt, 939 F. Supp. 907 (U.S. District Court, 1996). (**Chromalloy**)

Cobb v. Lewis, 488 F2d 41 (U.S. Court of Appeals Fifth Circuit, 1974)

Folkways Music Publishers, Inc. v. Weiss, F2d 108 (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1993)

Kotam Electronics, Inc. v. JBL Consumer Products, Inc., 93 F3d 724 (U.S. Court of Appeals Eleventh Circuit, 1996)

LDS, Inc., v. Metro Canada Logistics, Inc., 28 F.Supp. 2d 1297 (U.S. District Court Kansas, 1998)

McDonnell Douglas Corp. v. Kingdom of Denmark, 607 F.Supp. 1016 (U.S. District Court, 1985)

McMahan Securities Co. v. Forum Capital Markets L.P., 35 F3d 82 (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1994)

Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (U.S. Supreme Court, 1985). (**Mitsubishi Motors**)

Necchi Sweing Machine Sales Corp. v. Necchi SpA, 369 F2d 579 (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1966)

Nghiem v. NEC Electronic, Inc., 25 F3d 1437 (U.S. Court of Appeals Ninth Circuit, 1994)

Parsons & Whittermore Overseas Co., Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier RAKTA and Bank of America, 508 F2d 969 (U.S. Court of Appeals Second Circuit, 1974).

Rafael Sanjuan and Marcello A. Maviglia v. the American Board of Psychiatry and Neurology, Inc., 40 F3d 247 (U.S. Court of Appeals Seventh Circuit, 1994)

Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc., 490 U.S. 477 (U.S. Supreme Court, 1987)

Sam Reisfeld & Son Import Co. V. S.A. Eteco, 530 F2d 679 (U.S. Court of Appeals Fifth Circuit, 1976)

Saucy Susan Products, Inc. v. Allied Old English, Inc., 200 F.Supp. 724 (U.S. District Court Southern District New York, 1961)

Scherk v. Alberto-Culver Co, 417 U.S. 506 (U.S. Supreme Court, 1974). (**Scherk**)

Seacoast Motors of Salisbury, Inc. v. DaimlerChrysler Motors Corporation, 271 F3d 6 (U.S. Court of Appeals First Circuit, 2001)

Shearson/American Express v. McMahon, 482 U.S. 220 (U.S. Supreme Court, 1987)

Wilko v. Swan, 346 U.S. 427 (U.S. Supreme Court, 1953)

### **Danske afgørelser:**

U 1999.829 H (Apotekerdommen)

U 2013.2338 H

### **Engelsk afgørelse:**

ET Plus SA v. Welter High Court of England and Wales (Commercial), 7. November 2005

### **EU-domstolens afgørelser:**

C-102/81 Nordsee v. Reederei Mond

C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV (**Eco Swiss**)

### **Franske afgørelser:**

Société Deko v. G. Dingler et société Meva Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 24 mars 1994

Zeldin c/ Sté Editions Recherches, Cour d'appel de Paris, 26. maj 1993

### **Italiensk afgørelse:**

Coveme SpA v. Compagnie Française des Isolants SA, Tribunale Bologna, 1987

### **Tysk afgørelse:**

BGH, 12. juli 1990 – III ZR 174/89, NJW 1990

#### **7.4. Andre kilder**

International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration: Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. (**ILA: Interim Report on Public Policy**)

International Law Association, New Delhi Conference (2002), Committee on International Commercial Arbitration: Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. (**ILA: Final Report on Public Policy**)