

UiO : **Det juridiske fakultet**

«Jura novit curia» i norsk voldgift

En studie av nordisk rett og «best practice».

Kandidatnummer: 201

Leveringsfrist: 1. juni 2023

Antall ord: 38 042



Innholdsfortegnelse

DEL I AVHANDLINGENS RAMMER	5
1 INNLEDNING	5
1.1 Emne og problemstilling.....	5
1.2 Avhandlingens metodologiske spørsmål	9
1.2.1 Innledning.....	9
1.2.2 Uniform tolkning av voldgiftsloven	9
1.2.3 Forholdet til sivilprosessen.....	12
1.2.4 Betydningen av «best practice».....	12
1.3 Opplegg, struktur og avgrensninger.....	13
1.3.1 Avhandlingens systematikk.....	13
1.3.2 Begrepsapparat	14
1.3.3 Avgrensninger	14
DEL II «JURA NOVIT CURIA» I NORSK RETT: UTGANGSPUNKTER OG RETTSPOLITISKE HENSYN	16
2 INNLEDNING	16
3 «JURA NOVIT CURIA» I SIVILPROSESSEN	16
3.1 Innledning	16
3.2 Forholdet mellom «jura novit curia» og forhandlingsprinsippet.....	16
3.3 «Jura novit curia» og partenes rett til kontradiksjon.....	20
3.4 Oppsummering.....	23
4 «JURA NOVIT CURIA» I VOLDGIFT	23
4.1 Alminnelige merknader om kravene til en voldgiftsprosess.....	23
4.2 Rettspolitiske utgangspunkter: Kontradiksjon eller effektivitet?	26
4.2.1 Innledning.....	26
4.2.2 Avveiningen av kontradiksjon og effektivitet i norsk voldgift.....	27
4.2.3 Partsautonomien som retningslinje for avveiningen mellom kontradiksjon og effektivitet: Hva er «best practice»?.....	28
4.2.4 Er kjernen i avveiningen «overraskelseskriteriet»?.....	30
4.2.5 Oppsummering	32
4.3 «Jura novit curia» og grensene for voldgiftsrettens kompetanse.....	33
4.3.1 Problemstillingen.....	33

4.3.2	UNCITRALs modellov og den alminnelige forståelse av «jura novit curia» i toneangivende internasjonal litteratur	34
4.3.3	Nordisk utsyn.....	37
4.3.4	«Kompetanseoverskridelse» i skandinavisk voldgift	41
4.3.5	«Jura novit curia» og kompetanseoverskridelse i norsk rett.....	42
4.3.6	Oppsummering og konklusjoner	45
4.4	I hvilken utstrekning gir modelloven og voldgiftsloven partene rett til å uttale seg om rettsanvendelsen?	46
4.4.1	Problemstillingen.....	46
4.4.2	Utviklingslinjer.....	46
4.4.3	UNCITRALs modellov og spenningsforholdet mellom «jura novit curia» og «due process»	49
4.4.4	Komparativt og skandinavisk utsyn	52
4.4.5	Gjelder det et «overraskelseskriterium» i norsk rett?.....	61
DEL III UTVALGTE TYPETILFELLER		63
5	INNLEDNING.....	63
6	FORELDELSE.....	64
6.1	Foreldelse er ikke påberopt.....	64
6.2	Utvidet foreldelsesfrist ved faktisk uvitenhet	65
7	AVTALETOLKNING	67
7.1	Innledning	67
7.2	«Zachariasbryggen»-dommen.....	68
7.2.1	Innledning.....	68
7.2.2	Analyse av «Zachariasbryggen»-dommen og voldgiftslovens materielle minstekrav	68
7.3	«Trygg-Hansa»-dommen.....	72
7.3.1	Innledning.....	72
7.3.2	Analyse av «Trygg-Hansa»-dommen og voldgiftslovens materielle minstekrav	72
7.3.3	Foreløpige oppsummeringer og konklusjoner.....	74
7.4	«Jura novit curia» og voldgiftsrettens kompetanse ved avtaletolkning	76
7.5	«Axelbolaget»-dommen.....	78
7.5.1	Innledning.....	78
7.5.2	Kompetanseoverskridelse.....	78
7.5.3	«Overraskelseskriteriet»	80

7.5.4	Oppsummering og konklusjoner	81
7.6	«Taewoong»-dommen	82
7.6.1	Innledning	82
7.6.2	Kompetanseoverskridelse	82
7.6.3	Forutsatte Højesteret et «overraskelseskriterium»?	84
7.6.4	Er Danmark «Nordens Sveits»?	85
7.7	Oppsummering og konklusjoner	86
8	AVTALEUTFYLLING	87
8.1	Innledning	87
8.2	Rettspolitiske utgangspunkter og «best practice»	88
8.3	«City Säkerhet»-dommen: «Overraskelseskriteriet» presiseres	89
8.3.1	Innledning	89
8.3.2	Plikt til å drive materiell prosessledning for å unngå «overraskelser»	90
8.3.3	Analyse av «City Säkerhet»-dommen og voldgiftslovens materielle minstekrav	91
8.4	Oppsummering og konklusjoner	94
9	AVTALEREVISJON	95
9.1	Innledning	95
9.2	«Werfen»-dommen	96
9.2.1	Innledning	96
9.2.2	Flertallets begrunnelse	97
9.2.3	Mindretallets begrunnelse	98
9.2.4	Analyse av «Werfen»-dommen og grensene for ikke-påberopt avtalerevisjon	99
9.3	«Liedson»-dommen	101
9.4	Voldgiftslovens materielle minstekrav	104
9.4.1	Problemstillingen	104
9.4.2	Kompetanseoverskridelse	104
9.4.3	«Overraskelseskriteriet»	105
9.5	Den videre behandling	106
10	«LISA»-DOMMEN I INTERNASJONAL SAMMENHENG	107
10.1	Innledning	107
10.2	«Jura novit curia» og erstatningsutmåling	107
10.2.1	Rettslige utgangspunkter	107
10.2.2	«Stikkprøve» fra internasjonal rettspraksis: «Götaverken»-dommen	108
10.3	«Lisa»-dommen	110
10.3.1	Innledning	110

10.3.2	Høyesteretts begrunnelse i saken.....	112
10.3.3	Analyse av «Lisa»-dommen og voldgiftslovens materielle minstekrav.....	113
10.4	Oppsummering og konklusjoner.....	115
11	AVHANDLINGENS KONKLUSJONER OG FUNN	115
EPILOG	117
KILDELISTE	118

DEL I AVHANDLINGENS RAMMER

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

For å illustrere problemstillingen som er gjenstand for drøftelse i dette arbeidet, kan man forestille seg følgende situasjon: Etter avsluttet hovedforhandling blir voldgiftsretten oppmerksom på at et hittil ikke-behandlet rettsgrunnlag vil kunne få avgjørende betydning for utfallet i saken. Verken partene eller voldgiftsretten har påberopt eller omtalt rettsgrunnlaget under hovedforhandlingen eller for øvrig. Etter voldgiftsrettens oppfatning er de faktiske forholdene i saken tilstrekkelig belyst, slik at det nye rettsgrunnlaget i utgangspunktet kan anvendes. Voldgiftsretten drøfter internt om det er nødvendig å reassumere saken for å innhente partenes synspunkter på rettsanvendelsen, men blir enige om at et slikt steg vil medføre en unødvendig forsinkelse eller fordyrelse av saken. Hvilke rettsgrunnlag avgjørelsen skal baseres på, må være opp til retten å bestemme. Voldgiftsretten avsier følgelig dom, der resultatet forankres i det nye grunnlaget.¹

En slik situasjon, som ikke er helt upraktisk, reiser særlig to problemstillinger: For det første om voldgiftsretten i det hele tatt hadde adgang til å trekke inn det nye rettsgrunnlaget, og avgjøre saken ut ifra dette. For det andre om partene skulle ha fått anledning til å uttale seg om voldgiftsrettens rettsanvendelse, før dommen ble avsagt. Dersom voldgiftsretten i dette eksempelet har gått utenfor de rammene som partene har satt for saken, eller har forsømt å gi dem anledning til å uttale seg, oppstår et tredje spørsmål, nemlig hvilke virkninger dette skal ha for voldgiftsdommen og partenes rettsstilling.

At voldgiftsretten i utgangspunktet av eget tiltak *kan* bygge på andre rettsgrunnlag enn partene har påberopt til grunnlag for sine krav og påstander, er det bred enighet om internasjonalt.² Det forutsettes også i norsk voldgiftslitteratur og i rettspraksis, selv om det sjelden uttales uttrykkelig.³ Dette utgangspunktet omtales gjerne som «*jura novit curia*»; «dommeren kjenner retten».⁴ Uttrykket forutsetter et skille mellom fakta og jus, der voldgiftsretten er bundet av det

¹ Eksempelet er inspirert av Brækhus (1999), s. 274–275.

² Born (2023), §25.04[F][4][a]; Blackaby m.fl. (2022), s. 304; Cordero-Moss (2022), s. 113; Lindskog (2020), s. 761; Mistelis og Potocnik (2018), s. 167; Schiersing (2016), s. 489–490; Woxholth (2013), s. 874 og 924.

³ Woxholth (2013), s. 874 og 924.

⁴ Robberstad (2021), s. 27; Woxholth (2013), s. 874 og 924.

faktum partene har fremlagt, men ikke av rettsgrunnlagene som de bygger på. *Redfern og Hunter* sammenfatter dette slik:

«It is an accepted principle that the tribunal is free to apply any element of applicable law (even where not commented or argued by the parties) under the maxim *juris novit curia* ('the court knows the law' sometimes referred to as *juris novit arbiter* in the arbitration context).»⁵

«*Jura novit curia*» er med andre ord en betegnelse på en rollefordeling mellom partene og domstolen: Voldgiftsretten er ikke bundet av partenes valg av rettsgrunnlag eller tolkningen av rettskildene, men derimot av det faktum partene legger frem til avgjørelse. Begrepet kan derfor, som i *Redfern og Hunter*, defineres som at *voldgiftsretten i utgangspunktet står «fritt» når det gjelder rettsanvendelsen*. Dette innebærer blant annet at voldgiftsretten selv kan trekke inn ikke-påberopte rettsgrunnlag, dvs. rettsgrunnlag som partene selv ikke har anført i prosesskriv, prosedyrer, eller på annet vis under saksgangen.

Som vil fremgå i avhandlingens Del II og III nedenfor, er «*jura novit curia*» neppe så mye mer enn et teoretisk utgangspunkt. Uavhengig av rettssystem vil voldgiftsretten aldri stå fullstendig «fritt» når det gjelder rettsanvendelsen: Den skal også overholde kravene til prosessen som stilles i voldgiftsavtalen, voldgiftslovgivningen og internasjonale regler om anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsdommer. Dermed kan den f.eks. ikke tilkjenne noe helt annet enn partene har krevd. Voldgiftsretten bør også opptre i samsvar med såkalt «best practice», dvs. løsningene som forventes av erfarne praktikere, voldgiftsdommere og det øvrige juridiske miljø. Også løsningene som foreslås i den toneangivende internasjonale litteraturen vil kunne få betydning for hva som er «best practice».

Spørsmålet i avhandlingen er *ikke* om det teoretiske utgangspunktet gjelder i norsk voldgift. Om man vil, kan «*jura novit curia*» gjerne ses som et utgangspunkt om «frihet» til å velge hvillke rettsgrunnlag voldgiftsdommen skal bygge på, som i praksis begrenses av en rekke andre forhold: Man må i så fall ha *in mente* at man står overfor en regel med en rekke unntak. Dette utgangspunktet vil derfor også omtales som voldgiftsrettens *teoretiske* adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, eller «*jura novit curia*». Hvorvidt voldgiftsretten derimot i en konkret sak kan bygge avgjørelsen på et ikke-påberopt rettsgrunnlag, vil jeg betegne som

⁵ Blackaby m.fl. (2022), s. 304.

voldgiftsrettens *praktiske* adgang, eller bare adgang, til å avgjøre saken ut ifra ikke-påberopte rettsgrunnlag. Sistnevnte spørsmål utgjør tyngdepunktet i avhandlingen.

Norsk litteratur om «*jura novit curia*» eller voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, er begrenset. I den internasjonale litteraturen er begrepet imidlertid mye diskutert,⁶ også i den nordiske litteraturen om internasjonal voldgift; særlig den svenske.⁷ Det er ulike syn på hvilken betydning «*jura novit curia*» bør få i ulike rettssystemer, men det synes å være bred enighet om at særlig to forhold setter begrensninger i praksis for voldgiftsrettens rettsanvendelse:

For det første krever noen rettssystemer som hovedregel at voldgiftsretten gir partene *anledning til å uttale seg om* sakens avgjørelsesgrunnlag («kontradiksjon»), herunder ikke-påberopte rettsgrunnlag. Engelsk voldgift er et eksempel på dette.⁸ I slike rettssystemer må voldgiftsretten i utgangspunktet enten bygge på de rettsgrunnlagene som partene har påberopt, eller, i motsatt fall, gi partene anledning til å uttale seg om det ikke-påberopte rettsgrunnlaget før dommen avsies.⁹ I sveitsisk voldgift, derimot, er hovedregelen det motsatte: Under henvisning til nettopp «*jura novit curia*», har partene i utgangspunktet ingen rett til å uttale seg om rettsanvendelsen; kun om faktiske forhold.¹⁰

Ettersom det varierer i hvilken grad ulike land gir partene rett til å uttale seg om rettsanvendelsen, kan man tenke seg en slags «glideskala».¹¹ Det kan være naturlig å plassere sveitsisk rett på det ene ytterpunktet av skalaen, og engelsk rett på det andre. Hovedformålet med avhandlingen er å bringe klarhet i hvor *Norge* befinner seg på «skalaen». For å undersøke dette, vil jeg blant annet behandle Høyesteretts dom Rt. 2005 s. 1590 («Lisa»), der Høyesterett

⁶ Born (2023), §25.04[F][4][a]; Blackaby m.fl. (2022), s. 304–306; Ferrari m.fl. (2022), s. 24–26; Mistelis og Potocnik (2018), s. 135–167; Bonomi (2018), s. 377–401; Cordero-Moss (2016), s. 289–329; Knuts (2012), s. 669–688; Kiurunen (2011), s. 765–774; Nappert (2011), s. 775–778.

⁷ Lindskog (2020), s. 761; Runesson (2018), s. 281–309; Hope og Hallberg (2018), s. 366; Hobér (2011), s. 366; Madsen (2009), s. 190; Heuman (1999), s. 394; Schiersing (2016), s. 489–490; Juul og Thommesen (2008), s. 211.

⁸ Blackaby m.fl. (2022), s. 145; Born (2023), §25.04[B][6]; Mistelis og Potocnik (2018), s. 137 og 147. Av engelsk rettspraksis kan vises til: *OAO Northern Shipping Co. v Remolcadores De Marin SL (Remmar)* (2007), avsnitt 21–22; *Vee Networks Ltd v. Econet Wireless International Ltd* (2005), avsnitt 83–84; *Cameroon Airlines v. Transnet Ltd* (2004), avsnitt 100–101.

⁹ Se også fra Canada, *Louis Dreyfus S.A.S (SA Louis Dreyfus & Cie) v. Holding Tusculum B.V* (2008), avsnitt 76–108.

¹⁰ Som behandles i kapittel 4.4.4., må disse utgangspunktene imidlertid nyanseres både i engelsk og sveitsisk rett.

¹¹ «Glideskalaen» bygges på Tørum (2022); Copenhagen Arbitration Day 2022.

tilsidesatt en voldgiftsdom som følge av manglende kontradiksjon om erstatningsutmålingen. Et sentralt formål med avhandlingen er å vurdere om «Lisa»-dommen svarer til, eller er i utakt med, praksis i resten av Norden og oppfatningene i den internasjonale litteraturen.

For det andre begrenses voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag av partenes *anførsler*. Med dette menes partenes faktiske og rettslige argumentasjon i saken, uavhengig av om den er fremsatt i prosesskriv eller under hovedforhandlingen. Dette omfatter også det som i norsk sivilprosess betegnes «krav», «påstander» og «påstandsgrunnlag». Partenes anførsler setter rammene for voldgiftsrettens såkalte *kompetanse* i saken. For å unngå kompetanseoverskridelse, må voldgiftsrettens dom ligge innenfor rammene av kompetansen.¹²

At jeg bruker termen «anførsler» i en så vid betydning i avhandlingen, er for å unngå en forveksling av det sivilprosessuelle begrepsapparatet med begrepsapparatet i UNCITRALs modellov.¹³ Dette vil forklares nærmere i kapittel 1.3.2.

Tatt i betraktning hvor sparsommelig «*jura novit curia*» og begrensningene i dette utgangspunktet er drøftet i den norske litteraturen, er det naturlig å konsentrere avhandlingen rundt disse to grunnleggende begrensningene. Med dette som bakteppe kan følgende to problemstillinger utledes:

- (i) I hvilken grad kan voldgiftsretten avgjøre en tvist ut ifra ikke-påberopte rettsgrunnlag uten å overskride sin kompetanse i saken?
- (ii) Forutsatt at kompetansen ikke er overskredet: Har partene rett til *kontradiksjon* om den nærmere forståelsen av det ikke-påberopte rettsgrunnlaget?

Anvendelsen av rettsgrunnlag som partene allerede *har påberopt*, reiser sjeldent spørsmål om kompetanseoverskridelse. Partene har også typisk fått anledning til å uttale seg om disse. Når voldgiftsretten derimot bygger på et ikke-påberopt rettsgrunnlag, kommer avveiningen mellom partenes private autonomi («partsautonomien») og voldgiftsrettens handlingsrom på spissen: Det må da avgjøres hvor langt voldgiftsrettens rettslige funderinger kan løsrives fra partenes egne rettslige argumentasjon, før partsautonomien må anses forlatt.

¹² Se kapittel 4.3.

¹³ Modelloven innledes i kapittel 1.2.

1.2 Avhandlingens metodologiske spørsmål

1.2.1 Innledning

Analysen av norsk rett under voldgiftsloven¹⁴ reiser noen metodologiske spørsmål, særlig når det kommer til betydningen av sivilprosessen, bruken av internasjonale rettskilder og «best practice». Rettskildebildet er internasjonalt, dels fordi den norske voldgiftsloven bygger på UNCITRALs modellov, dels fordi «best practice» i stor grad er utviklet gjennom internasjonale voldgiftssaker.

1.2.2 Uniform tolkning av voldgiftsloven

Voldgiftsloven er utformet både systematisk og innholdsmessig etter *United Nations Commission on International Trade Law* («UNCITRAL») sin «modellov».¹⁵ Modelloven er i seg selv ingen lov eller traktat, men har forbildefunksjon for de enkelte nasjonalstaters voldgiftslovgivning. Et sentralt formål ved utarbeidelsen av dagens voldgiftslov var å harmonisere norsk voldgiftsrett med modelloven, blant annet for å gjøre det mer attraktivt for norske og internasjonale parter å få satt voldgiftsretten i Norge.¹⁶ Ønsket om lignende løsninger internasjonalt ble særlig fremhevet.¹⁷ Selv om modelloven i seg selv ikke er en norsk rettskilde, har den derfor gjennom vedtagelsen av voldgiftsloven fått en plass i det norske rettskildebildet. Så fremt det ikke er grunnlag for å slutte at lovgiver uttrykkelig har ment å fravike modellovens løsninger, bør voldgiftsloven tolkes *uniformt* med bestemmelsene i denne.¹⁸

Voldgiftslovens bestemmelser om ugyldighet og anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsdommer, i henholdsvis voldgiftsloven §§ 43 og 46, bygger direkte på modelloven artikkel 34 og 36.¹⁹ Disse bestemmelsene i modelloven er på sin side utformet etter artikkel V i New York-konvensjonen om anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske voldgiftsdommer.²⁰ Også forarbeidene understreker at voldgiftsloven § 46 er ment å svare til

¹⁴ Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift.

¹⁵ Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 7.

¹⁶ NOU 2001: 33, s. 58.

¹⁷ *Ibid.*, s. 55.

¹⁸ Berg (2006), s. 35; Kolrud m.fl. (2007), s. 18; Woxholth (2013), s. 97; Cordero-Moss (2020), s. 316.

¹⁹ Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 110–113; NOU 2001: 33, s. 113–117.

²⁰ Cordero-Moss (2022), s. 120–121; Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 113–114; NOU 2001: 33, s. 117–118. Norge ratifiserte New York-konvensjonen ved kongelig resolusjon 9. desember 1960.

artikkel V.²¹ Dermed vil også rettskilder som belyser forståelsen av New York-konvensjonen kunne ha relevans ved tolkningen av voldgiftsloven.

Ettersom en rekke land har tiltrådt New York-konvensjonen og/eller bygger har bygget opp voldgiftslovgivningen etter modelloven, bidrar den *uniforme* tolkningen av disse til EN effektiv håndhevelse av voldgiftsdommer internasjonalt.²² Samtidig danner ugyldighets- og nektelsesgrunnene *de ytre grensene* for voldgiftsrettens handlingsrom.²³ Hvorvidt voldgiftsretten kan bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, må derfor fastlegges innenfor disse rammene.

Der det ikke kan utledes en klar løsning i samsvar med modelloven eller New York-konvensjonen, vil også andre internasjonale rettskilder kunne få relevans.²⁴ I slike tilfeller kan praksis fra domstolene i andre modellovland, juridisk litteratur om forståelsen av modelloven og publisert voldgiftspraksis være relevante.²⁵ Dersom disse bidrar til å avklare modellovens løsning, kan de derfor tillegges en viss relevans også i norsk rett.

Dette kommer bl.a. til uttrykk i Høyesteretts kjennelse HR-2023-573-A («Bølgedemper»). Saken gjaldt forsikringsoppgjøret etter at en bølgedemper hadde totalhavarent, og hvorvidt forsikringsselskapet var bundet til en voldgiftsklausul mellom en båtforening og leverandøren av bølgedemperen. Førstvoterende påpekte uttrykkelig at «[v]ed tvil om tolkningen av den norske voldgiftsloven vil ... løsningen i andre land som har lovgivning basert på UNCITRAL-modellen, kunne være et tolkningsmoment.»²⁶ Tilsynelatende som et støttemoment, påpekte førstvoterende videre at tolkningsresultatet ikke syntes å stride mot «internasjonal konsensus.»²⁷ En slik metodologisk tilnærming støttes både av voldgiftslovens forarbeider og oppfatninger i norsk litteratur.²⁸ I avhandlingen vil jeg derfor også se hen til internasjonal rettspraksis der de norske rettskildene ikke gir noen åpenbar løsning på problemstillingene.

²¹ Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 113–114; NOU 2001: 33, s. 117–118.

²² Woxholth (2013), s. 60 og 96.

²³ Cordero-Moss (2016), s. 292.

²⁴ Tørum (2018), s. 114.

²⁵ Berg (2006), s. 36.

²⁶ HR-2023-573-A, avsnitt 45.

²⁷ I.c.

²⁸ Tørum (2018), s. 114; Berg (2006), s. 36.

Av internasjonal litteratur er standardverkene til *Gary B. Born*²⁹ og *Redfern og Hunter*³⁰ sentrale veiledere for forståelsen av modelloven og New York-konvensjonen.³¹ Dersom det kan utledes klare løsninger i henhold til disse, bør det være gode grunner til en avvikende regulering i norsk rett, iallfall når det gjelder hva som er «best practice».³² Begge bygger på en internasjonal tilnærming der rettspraksis fra en rekke land, særlig modellovland, trekkes frem. I analysen av utenlandske rettssystemer vil jeg derfor i stor grad bygge på disse kildematerialet i disse.

Utover voldgiftslovens umiddelbare forbilder kan også annet internasjonalt kildemateriale være relevante tolkningsmomenter ved fastleggelsen av norsk rett. Dette følger blant annet av Høyesteretts kjennelse HR-2017-1932-A («Skaugen»). Saken gjaldt spørsmålet om et norsk rederi var bundet av en voldgiftsavtale mellom et kinesisk verft og en tysk motorleverandør. Selv om tvisten skulle løses etter norsk rett, fremhevet førstvoterende at også «utenlandske kilder kan være relevante i kraft av sin argumentasjonsverdi, og særlig på et område som voldgift der de norske reglene langt på vei er søkt tilpasset internasjonale regler.»³³ Det ble pekt på at det synes å være en «trend i internasjonal voldgift» å underlegge slike spørsmål en såkalt «de-nasjonalisert tilnærming og friere overveielser om partenes felles forutsetninger og rimelige forventninger.»³⁴

Synspunktet har klar støtte i voldgiftslovens forarbeider og ønsket om ensartede løsninger internasjonalt. Mer betenkelig er førstvoterendes påfølgende bemerkning, om at hva som nærmere bestemte følger av en de-nasjonalisert tilnærming «i noen grad [vil] bli farget av tilvante norsk juridisk tenkemåte.»³⁵ Der modelloven gir en klar løsning på et spørsmål som ikke uttrykkelig er fraveket i voldgiftsloven, er det vanskelig å se at dette vil være riktig. Om det imidlertid *rent faktisk* er tilfelle, bør slik praksis ikke oppfordres til. Å åpne opp for en tilpasning av internasjonal konsensus til «norsk juridisk tenkemåte» kan fort føre til analogisering fra tvisteloven.³⁶ Som jeg vil gjøre rede for nedenfor, er det som den klare hovedregel ikke rom for dette.

²⁹ Born (2023).

³⁰ Blackaby m.fl. (2022).

³¹ Tørum (2018), s. 114, om fastleggelsen av internasjonal «best practice».

³² I.c.

³³ HR-2017-1932-A, avsnitt 113.

³⁴ Ibid., avsnitt 114.

³⁵ I.c.

³⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker.

1.2.3 Forholdet til sivilprosessen

Det kan synes kontraintuitivt at spørsmålene som reises i avhandlingen analyseres ut ifra internasjonal praksis og litteratur, når løsningene på de tilsvarende spørsmål i sivilprosessen er relativt klare. Det er fristende å søke veiledning i tvistelovens § 11-3 første ledd, første punktum:

«Retten skal, innen de rammer som følger av § 11-2 første ledd, av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler.»

Bestemmelsen betegnes i den sivilprosessuelle litteraturen nettopp som uttrykk for «jura novit curia»:³⁷ Innenfor rammene av partenes krav, påstander og påstandsgrunnlag, og eventuelt rett til kontradiksjon, må domstolene komme frem til den materielt riktigste løsningen på saken. Når voldgiftsloven bygger på modelloven og er ment å bidra til ensartede løsninger internasjonalt, er det imidlertid ikke rom for analogisering fra tvisteloven.³⁸ Som understreket av *Tørum*, er «[p]risen for en moderne voldgiftslov som er løsrevet fra norsk sivilprosess ... færre skarpskårne regler og en mer kompleks rettskildesituasjon».³⁹ Det er heller ikke grunnlag for noen differensiering mellom norske og internasjonale tvister på dette punkt: Voldgiftsloven gjelder på lik linje for nasjonale og internasjonale tvister.⁴⁰

1.2.4 Betydningen av «best practice»

Der modelloven og det internasjonale kildematerialet ikke gir grunnlag for noen klar løsning på et prosessuelt spørsmål, kan det være hensiktsmessig å se hen til om internasjonal «best practice» gir anvisning på en bestemt tilnærming.⁴¹ Begrepet er en betegnelse på de løsninger på prosessuelle spørsmål som forventes av erfarne praktikere, voldgiftsdommere og det øvrige juridiske miljø.⁴² Etersom voldgifter ofte er konfidensielle, kan det være vanskelig å identifisere nøyaktig hva slike forventninger går ut på.⁴³ Veiledning for fastleggelsen av «best

³⁷ Robberstad (2021), s. 27; Pedersen og Skoghøy (2020), s. 223.

³⁸ Tørum (2018), s. 113–114; Berg (2017), s. 89; Berg (2006), s. 33; NOU 2001:33, s. 105.

³⁹ Tørum (2018), s. 114. Som jeg vil behandle senere, ser det likevel ut til at dansk rett har et mer pragmatisk syn på anvendelsen av tvisteloven.

⁴⁰ Voldgiftsloven § 1.

⁴¹ Tørum (2018), s. 114; Oldenstam og Löf (2015), s. 304.

⁴² Oldenstam og Löf (2015), s. 281.

⁴³ I.c.

practice» kan imidlertid søkes i såkalte «guidelines», rapporter, toneangivende internasjonal litteratur, og saksbehandlingsregler i etablerte voldgiftsinstitutter.⁴⁴ I HR-2017-1932-A (Skaugen) synes førstvoterende å tillegge slik litteratur stor vekt.⁴⁵ Hvorvidt «best practice» må anses som såkalt «soft law», er et definisjonsspørsmål, og vil ikke drøftes her.

I tillegg til relevant litteratur, kan International Law Associations («ILA») «Resolution No. 6/2008 on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration» gi forslag til løsninger på problemstillingene som vil reises. ILA-resolusjonen gir en mer detaljert regulering av spørsmål vedrørende voldgiftsrettens rettsanvendelse enn de nordiske voldgiftsinstitusjonenes saksbehandlingsregler, og er derfor av særlig interesse her.

1.3 Opplagg, struktur og avgrensninger

1.3.1 Avhandlingens systematikk

I Del II vil jeg gå nærmere inn på begrensningene i «jura novit curia» i norsk rett. Jeg drøfter først rettstilstanden i sivilprosessen, som er klarere enn i voldgift. Dette vil fungere som et referansepunkt for de videre, mer uklare, drøftelsene av voldgiftsloven. Analysen av rettstilstanden i voldgift vil underlegges en internasjonal, og særlig nordisk, tilnærming. Jeg tar utgangspunkt i modellovens reguleringer og de løsninger som foreslås i den toneangivende internasjonale litteraturen. Ettersom de norske rettskildene gir begrenset veiledning for problemstillingene, vil jeg også foreta noen komparative analyser, der jeg særlig ser hen til svensk og dansk rett. I denne forbindelse vil jeg vurdere om det er fellestrekk i den skandinaviske behandlingen av «jura novit curia». For å sette opp mot hverandre særpregene ved de nordiske løsningene, vil jeg også drøfte løsningene i England og Sveits.

Som vil fremgå i Del II, gir de rettslige utgangspunktene som kan utledes av det norske og internasjonale kildematerialet begrenset innsikt i voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag under ulike praktiske omstendigheter. Følgelig vil jeg i avhandlingens Del III analysere en rekke typetilfeller, og hvilke løsninger som etter gjeldende rett bør legges til grunn. Jeg vil også drøfte hva som er «best practice» i de ulike typetilfellene.

⁴⁴ Tørum (2018), s. 119; Oldenstam og Löf (2015), s. 281–282. Som nevnt gir saksbehandlingsreglene i de nordiske voldgiftsinstituttene begrenset veiledning for problemstillingene.

⁴⁵ HR-2017-1932-A, avsnitt 114–115; Tørum (2018), s. 114.

1.3.2 Begrepsapparat

I avhandlingen benytter jeg termene «rettsgrunnlag» og «rettsregler» om hverandre, men med samme meningsinnhold. Jeg bygger på definisjonen i *Pedersen og Skoghøy*:

«Med «rettsregler» menes alle former for generelle rettsregler («objektiv rett»). Rettsregelbegrepet omfatter således ikke bare lover, forskrifter og konvensjoner, men også domstolsskapt rett og rettsregler som bygger på sedvaner og reelle hensyn.»⁴⁶

Ut over dette vil jeg i deler av avhandlingen forsøke å identifisere *funksjonelle* likheter og forskjeller mellom prosessuelle begreper og rettsregler i ulike rettssystemer. Dette kan betegnes som en *komparativ-funksjonell* analyse. Aller mest gjelder dette drøftelsen av kompetanseoverskridelse. For at leserens konnotasjoner til de norske sivilprosessuelle termene ikke skal farge forståelsen av utenlandsk rett, vil jeg derfor bygge på et «anasjonalt» begrepsapparat.

I avhandlingen benytter jeg derfor termen «anførsler» i en relativt vid betydning, og som et norsk alternativ til «submission[s]», som benyttes i modelloven artikkel 34(2)(a)(iii) og New York-konvensjonen artikkel V(1)(c) om kompetanseoverskridelse.⁴⁷ Dette må ikke forveksles med anførsel-begrepet som ble brukt under tvistemålsloven. I avhandlingen defineres «anførsler» som alle de forholdene – faktiske eller rettslige – som en part har fremhevet som grunnlag for sine rettskrav i voldgiftssaken. Anførsler kan med andre ord fremgå både skriftlig, i prosesskriv, eller muntlig, i prosedyren. Begrepet omfatter også det som i sivilprosessen betegnes som «krav», «påstander» og «påstandsgrunnlag», selv om jeg for klarhetens skyld ofte vil benytte disse uttrykkelig i drøftelsene.

1.3.3 Avgrensninger

Voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag kan drøftes fra en rekke andre synsvinkler enn det som gjøres her. For eksempel kan det stilles spørsmål ved om voldgiftsretten kan komme til en avgjørelse som strider mot rettsordenen («*ordre public*»), eller avgjøre saken ut ifra ikke-påberopt, men ufravikelig rett, typisk konkurranserett. Dette vil ikke behandles her. Det kan også stilles spørsmål ved om problemstillingene i avhandlingen kan

⁴⁶ Pedersen og Skoghøy (2020), s. 224.

⁴⁷ Se kapittel 4.3.

eller bør gis ulike løsninger der voldgiftsretten krever at partene fører *bevis om utenlandsk rett*. Heller ikke dette vil behandles i avhandlingen. Et emne for seg selv, er hvilke krav artikkel 6 i den europeiske menneskerettskonvensjonen («EMK»)⁴⁸ stiller til voldgiftsprosessen. Ettersom avhandlingen retter seg mot kravene til «due process» i modelloven og New York-konvensjonen, vil EMK artikkel 6 derimot ikke behandles.

Avhandlingen konsentrerer seg om kompetanseoverskridelse og kontradiksjon som ugyldighetsgrunner, etter henholdsvis voldgiftsloven §§ 43(1)(c), -(b) og -(e). Andre ugyldighets- eller nektelsesgrunner vil i hovedsak ikke behandles. Jeg behandler heller ikke de særlige spørsmålene som *fullbyrdelsesnektelse* etter § 46 kan reise; uansett skal voldgiftslovens ugyldighetsgrunner langt på vei tolkes likt.⁴⁹ Det som sies om ugyldighet i avhandlingen, vil derfor i utgangspunktet også være relevant for fullbyrdelsesnektelse.

Ugyldighet som følge av forskjellsbehandling, f.eks. der voldgiftsretten har drevet en «for» omfattende materiell prosessledelse, vil heller ikke behandles. Slike spørsmål knytter seg hovedsakelig til voldgiftsrettens prosessledelse *underveis i saken*. Selv om problemstillingen vil nevnes sporadisk,⁵⁰ retter avhandlingen seg som et klart utgangspunkt mot de tilfellene der voldgiftsretten *etter at hovedforhandlingen er avsluttet*, kommer til at et ikke-påberopt rettsgrunnlag er anvendelig.

Jeg vil heller ikke behandle saksbehandlingsreglene i *institusjonell voldgift*. For det første er avhandlingens emne *voldgiftslovens* krav til prosessen; for det andre gir de institusjonelle saksbehandlingsreglene i Norden i beste fall gir begrenset veiledning for problemstillingene.

⁴⁸ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

⁴⁹ Cordero-Moss (2020), s. 315–316.

⁵⁰ Se særlig kapittel 8.3.2.

DEL II «JURA NOVIT CURIA» I NORSK RETT: UTGANGSPUNKTER OG RETTSPOLITISKE HENSYN

2 Innledning

Formålet med Del II er å forsøke å oppstille noen grunnforutsetninger for voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag i norsk rett. Jeg vil først forsøke å fastlegge rammene for voldgiftsrettens kompetanse, og vurdere hvordan dette begrenser hvilke rettsgrunnlag som er anvendelige i saken. Deretter vil jeg undersøke om partene i en norsk voldgift har rett til å uttale seg om den nærmere forståelsen av rettsgrunnlaget.

Verken voldgiftsloven, norsk praksis eller litteratur gir nevneverdig veiledning på dette punktet. Jeg vil derfor særlig se hen til voldgiftslovens forbilder, modelloven og New York-konvensjonen, og praksis og litteratur om disse. Også «best practice» og reelle hensyn må nødvendigvis få betydning når kildetilfanget for øvrig er begrenset. Som en slags «lakmestest» for løsningene jeg kommer til, vil jeg analysere den engelske og skandinaviske litteraturen, der problemstillingene er behandlet mer utførlig enn i Norge. Jeg vil også se kort hen til løsningene i sveitsisk voldgift. Et kort sidesprang innom sivilprosessen innledningsvis, vil også gi kontekst til analysen.

3 «Jura novit curia» i sivilprosessen

3.1 Innledning

I sivilprosessen er rettsstilstanden merkbart klarere enn i voldgift. Løsningene her kan som nevnt ikke umiddelbart overføres. De illustrerer likevel *en mulig tilnærming* til spørsmålene avhandlingen reiser, og danner et utgangspunkt for å drøfte den videre – mer uklare – rettsstilstanden i voldgift. En rekke av begrepene som benyttes i tvisteloven, særlig «krav», «påstander» og «påstandsgrunnlag», går også igjen i voldgiftsloven. I det følgende vil jeg derfor redegjøre kort for hvordan avhandlingens problemstillinger behandles i sivilprosessen.

3.2 Forholdet mellom «jura novit curia» og forhandlingsprinsippet

I sivilprosessen har domstolene rett og plikt til å avgjøre saken ut ifra gjeldende rett, uavhengig av hva partene har anført. Dette fremgår uttrykkelig av tvisteloven § 11-3 første ledd, første punktum: «Retten skal, innen de rammer som følger av § 11-2 første ledd, av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler.» Bestemmelsen gir uttrykk for det grunnleggende utgangspunktet at

retten «skal» – dvs. har ikke bare adgang, men også *plikt* til – å bygge på «gjeldende rettsregler».⁵¹ Dette anses i sivilprosessen som uttrykk for «*jura novit curia*».⁵²

Forutsetningen for et slikt utgangspunkt er at domstolene selv kjenner den anvendelige retten og har kjennskap til rettskildelæren, og følgelig av eget tiltak kan finne frem til de rettsregler og rettssetninger som gir den materielt riktige løsning på tvisten.⁵³ Paragraf 11-3 første ledd må derfor ses i sammenheng med tvisteloven § 1-1 første ledd, annet punktum. Her fremheves «den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister», og «samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene».

Som § 11-3 første ledd presiserer, kan retten imidlertid bare anvende gjeldende rettsregler «innen de rammer som følger av § 11-2 første ledd.» Dette er et uttrykk for *forhandlingsprinsippet*. I saker der partene har såkalt fri rådighet (dispositive tvister), avgjør partene selv om saken skal føres for domstolene eller ikke. Dette betegnes gjerne som *disposisjonsprinsippet*, og kommer forutsetningsvis til uttrykk i tvisteloven § 11-4. Men forhandlingsprinsippet går ut på at partene også avgjør *hvilke sider* av tvisten domstolene kan behandle.⁵⁴ I henhold til tvisteloven § 11-2 første ledd, første og annet punktum, kan domstolene bare avgjøre de «krav» som er reist i saken, «innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt». Avgjørelsen kan også i utgangspunktet bare bygge på «påstandsgrunnlag som er påberopt.» Disse vil i det følgende betegnes samlet som partenes «prosesshandlinger».⁵⁵

Ettersom retten er bundet av partenes påstander, kan domsslutningen ikke gå ut på noe annet enn disse. Påstandene utgjør dermed den ytre grensen for domstolenes kompetanse i saken.⁵⁶ Hvorvidt påstandene setter *kvantitative* eller *kvalitative* begrensninger for hva som kan tilkjennes, må fastlegges ved en tolkning.⁵⁷ Om saksøker for eksempel har nedlagt påstand om 50.000 kroner, må resultatet av *subsumsjonen* være at saksøker tilkjennes 50.000 kroner, eller

⁵¹ Robberstad (2021), s. 344; Backer (2020), s. 347.

⁵² Robberstad (2021), s. 344.

⁵³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 168.

⁵⁴ NOU 2001: 32B, s. 704.

⁵⁵ Som påpekt i Robberstad (2021), s. 335, rammer «prosesshandlinger» i teorien videre enn det benyttes her. Det er imidlertid tilvakt språkbruk i *sivilprosessen* at begrepet viser til krav, påstander og (påberopte) påstandsgrunnlag.

⁵⁶ NOU 2001: 32B, s. 703.

⁵⁷ l.c.

mindre.⁵⁸ Betalingspåstander utgjør en *kvantitativ* yttergrense for domsslutningen.⁵⁹ Når saksøker har nedlagt en betalingspåstand, sier dette imidlertid lite om hvilket *rettsgrunnlag* domstolen kan bygge på.⁶⁰ Påstandenes *kvalitative* grense vil derimot ofte knytte seg til at domstolene ikke kan tilkjenne et annet *krav* enn partene har fremsatt.⁶¹

Grensedragningen mellom ulike krav betegnes i sivilprosessen som «identitetsspørsmålet».⁶² Det er ikke slik at to ulike *rettsgrunnlag* umiddelbart kan regnes som to ulike *krav*. Det kan for eksempel tenkes at saksøker har krevd erstatning på grunnlag av culpa-ansvaret. Domstolen tilkjenner erstatning på samme beløp som påstått, men forankrer dette i det ulovfestede objektive ansvaret. Retten bygger her på et annet *rettsgrunnlag* enn saksøker. Samtidig anses erstatning på culpa- og objektivt grunnlag tradisjonelt som *samme krav*.⁶³

Det kan foreligge en kompetanseoverskridelse også selv om domsslutningen er innenfor rammen av påstandene og kravene som er reist i saken. Retten må etter § 11-2 første ledd, annet punktum, *begrunne* avgjørelsen med påberopte påstandsgrunnlag. Påstandsgrunnlag defineres i tvisteloven § 11-2 første ledd, siste punktum, som «de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på.» Uttrykket betegner det som tidligere ble kalt rettsfakta.⁶⁴ Dette refererer kun til faktiske, og ikke til juridiske forhold.⁶⁵ Et påstandsgrunnlag er påberopt dersom en part har «fremhevet vedkommende forhold som begrunnelse for sitt standpunkt.»⁶⁶

Påstandsgrunnlagene setter også begrensninger for hvilke *rettsregler* domstolene kan bygge på. Rettsanvendelse krever en rettsregel og et faktum. For å besvare et rettsspørsmål, er det ikke tilstrekkelig å kjenne innholdet i rettsregelen, dvs. vilkårene og rettsvirkningen(e) i den. For å avklare om vilkårene er oppfylt eller ikke, må det også foreligge et faktum som kan *henføres under* rettsregelen (subsumsjon). Man kan derfor si det slik at anvendelsen av en rettsregel

⁵⁸ Påstandene kan også sette en *nedre grense* for hva som kan tilkjennes; se Robberstad (2021), s.

⁵⁹ Robberstad (2021), s. 319. Samtidig kan retten heller ikke tilkjenne mindre enn *saksøkte*s påstand. Dersom saksøkte har påstått frifinnelse mot å betale 50.000 kroner, kan ikke domsslutningen lyde på frifinnelse mot å betale 30.000 kroner; se Robberstad (2021), s. 338.

⁶⁰ Robberstad (2021), s. 50.

⁶¹ *Ibid.*, s. 339.

⁶² Se Backer (2020), s. 377–388.

⁶³ Rt. 2008 s. 833, avsnitt 61; Backer (2020), s. 383.

⁶⁴ NOU 2001: 32B, s. 704.

⁶⁵ Robberstad (2021), s. 340.

⁶⁶ NOU 2001: 32B, s. 704.

«krever» at visse faktiske forhold har vært fremme i saken. For at domstolene skal kunne bygge på rettsregelen, kreves det derimot mer enn at de faktiske forholdene har vært *nevnt* under hovedforhandlingen.⁶⁷ For at retten skal kunne bygge på dem, må omstendighetene være *påberopt*. I Rt. 2013 s. 1259 utdypet Høyesterett når domstolene kan bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, uten å overskride påstandsgrunnlagene:

«Som fremholdt av Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave 2014, side 919 må yttergrensen for hva som utgjør samme og hva som utgjør et nytt påstandsgrunnlag, fastlegges på grunnlag av innholdet av de aktuelle rettsregler:

«For at ulike faktiske omstendigheter skal anses å inngå i samme påstandsgrunnlag, må de være relevante etter samme eller en lignende rettsregel. I tillegg må de være av samme karakter, knytte seg til samme begivenhet og utløse de samme rettsvirkningene.»⁶⁸

På bakgrunn av dette har *Skoghøy* oppstilt fire betingelser for når domstolene kan bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag. For det første, at de ikke-påberopte omstendighetene som trekkes inn i subsumsjonen er «relevante etter den påberopte rettsregelen eller en rettsregel av lignende karakter.»⁶⁹ For det andre, at de er «av samme karakter som de faktiske omstendighetene som er påberopt.»⁷⁰ For det tredje, at de «knytter seg til samme begivenhet.»⁷¹ For det fjerde, at dette fører til «samme rettsvirkninger» som de rettsreglene partene har påberopt.⁷² Dette setter i praksis snevre rammer for hvilke ikke-påberopte rettsgrunnlag domstolene kan bygge på.

Det kan synes derfor som at «kompetanse»-begrepet i tvisteloven ikke bare retter seg mot hva domstolene *kan avgjøre* (kompetanse), men også hvordan avgjørelsen *kan begrunnes*. Det kan dermed stilles spørsmål ved om det er mer treffende å betegne kravet om at domstolene bare kan bygge på påberopte påstandsgrunnlag som et slags *saksbehandlingskrav*, og ikke en *kompetanseangivelse*. Dette vil få betydning senere, i analysen av kompetanseoverskridelse som ugyldighetsgrunn i voldgift.⁷³

⁶⁷ Skoghøy (2020), s. 232.

⁶⁸ Rt. 2014 s. 1259, avsnitt 39.

⁶⁹ *Ibid.*, s. 228.

⁷⁰ *Ibid.*, s. 230.

⁷¹ *I.c.*

⁷² *Ibid.*, s. 231.

⁷³ Se kapittel 4.3.

3.3 «Jura novit curia» og partenes rett til kontradiksjon

Har partene rett til kontradiksjon om *den nærmere forståelsen av de rettsregler og rettssetninger domstolene avgjør saken ut ifra?* Partenes rett til å fremføre sin sak og kommentere motpartenes argumenter er et grunnleggende prinsipp i moderne rettsstater, som blant annet kommer til uttrykk i kravet i EMK artikkel 6 om en «rettferdig rettergang».⁷⁴ På norsk betegnes dette ofte som *kontradiksjonsprinsippet*. Som fremholdt over, setter partenes prosesshandlinger i første rekke begrensninger for hvilke rettsgrunnlag som er anvendelige. I noen rettssystemer begrenses dette ytterligere, ved at partene gis rett til kontradiksjon om *både* fakta og jus.

Det er sikker rett at partene må gis anledning til å uttale seg om det *faktum* avgjørelsen bygger på. Kravet om at retten i utgangspunktet bare bygge på påberopte påstandsgrunnlag, bidrar på dette vis til å unngå *overraskende* avgjørelser. Derfor kan retten også i noen grad bygge sin avgjørelse på faktiske forhold som *ikke* er påberopt, så fremt «kravet til kontradiksjon er ivaretatt.»⁷⁵ Dette kommer til uttrykk i tvisteloven § 11-1 tredje ledd, hvoretter domstolen ikke kan bygge på «et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.»

Spørsmålet kommer i vår sammenheng særlig på spissen der retten først etter hovedforhandlingen, eksempelvis under rådslagningen eller til og med under domsskrivningen, finner at et rettsgrunnlag som ikke har vært oppe tidligere i saken, kan anvendes. Gode grunner kan tale for at partene da bør gis anledning til å uttale seg om forståelsen av rettsgrunnlaget, ikke bare om saksforholdet. I det praktiske liv vil skillet mellom jus og faktum regelmessig flettes sammen: Selv om de anses som samme krav, kan partenes argumentasjon i en sak om culpa-erstatning være helt ulik en sak om det objektive ansvaret. Nye rettsgrunnlag kan foranledige nye synspunkter om så vel tolkningen av rettskildene, som saksforholdet i seg selv. Det som opprinnelig fremsto som en perifer omstendighet, kan umiddelbart få en større rolle under det nye rettsgrunnlaget, og ytterligere bevisføring kan være påkrevd.⁷⁶

Av forarbeidene til tvisteloven § 11-3 tredje ledd, nevnt over, fremgår det imidlertid at kontradiksjonsprinsippet i sivilprosessen *ikke* omfatter rettsanvendelsen.⁷⁷ Tolkningen av

⁷⁴ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

⁷⁵ NOU 2001: 32B, s. 704.

⁷⁶ Cordero-Moss (2022), s. 112.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 403.

rettskildene er domstolenes anliggende, ikke partenes. At dette skulle være løsningen, var ikke åpenbart under utarbeidelsen av tvisteloven. Tvistemålsutvalget hadde tatt til orde for «en plikt for retten til å varsle om regler den overveier å anvende i saken og som partene ikke har uttalt seg om anvendelsen av.»⁷⁸ Dette ble begrunnet i hensynet til en «forsvarlig saksbehandling».⁷⁹ Særlig ble det fremholdt at «hvor det ikke dreier seg om rettsregler som er mer juridisk allemannseie, og hvor regelanvendelsen er klar», måtte partene gis anledning til å uttale seg.⁸⁰

Tvistemålsutvalgets forslag ble ikke fulgt opp av Justisdepartementet, som «ikke [var] enig med utvalget i at bestemmelsen om kontradiksjon bør gjelde også for rettsanvendelsen.»⁸¹ Det ble fremhevet at en slik regel i praksis ville få betydning der «partsforhandlingene er avsluttet, og retten har tatt saken opp til avgjørelse.»⁸² I denne sammenheng ble det uttalt:

«... [P]rosessystemet i Norge er basert på at retten har ansvaret for at det blir lagt til grunn en riktig forståelse av rettsreglene. Denne ordningen forutsetter at dommerne har tilstrekkelig kompetanse til å finne ut på egen hånd hvilke rettsregler som er relevante for løsningen av en tvist, og hvilket nærmere innhold disse reglene har. Vår prosessordning bør fortsatt bygge på dette, jf. lovforslaget § 11-3 første punktum.»⁸³

Det kan stilles spørsmål ved om Justisdepartementets uttalelser kan tas fullstendig på ordet, eller i det minste må nyanseres. Særlig to kjennelser avsagt av Høyesteretts ankeutvalg kan tale for en noe annen forståelse av kontradiksjonsprinsippet enn det som fremholdes i utdragene over.

Den første, Rt. 1990 s. 8, gjaldt en avtale om overdragelse av en borettslagsleilighet. Partene hadde prosedert på to ulike tolkningsresultater.⁸⁴ Lagmannsretten, derimot, hadde bygget på et helt annet syn på avtaletolkningen enn partene.⁸⁵ Som følge av manglende kontradiksjon, opphevet Høyesterett lagmannsrettens dom. Førstvoterende fremhevet at:

⁷⁸ NOU 2001: 32A, s. 137.

⁷⁹ I.c.

⁸⁰ I.c.

⁸¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 168.

⁸² I.c.

⁸³ I.c.

⁸⁴ Rt. 1990 s. 8, s. 11.

⁸⁵ Ibid., s. 12.

«Når lagmannsretten overveide å avgjøre saken med en begrunnelse og et resultat som avvek såvidt sterkt fra partenes prosedyre, skulle den etter min mening ha gitt partene et varsel om sine overveielser, slik at de hadde fått anledning til å uttale seg og til eventuelt å tilby ytterligere bevisførsel.»⁸⁶

Avgjørelsen kan tas til inntekt for det syn at der domstolens rettsanvendelse avviker sterkt fra partenes prosedyre, og følgelig foranlediger ytterligere bevisføring, kan kontradiksjonsprinsippet anses tilsidesatt. Det må nevnes at selv om det ikke ble tillagt avgjørende betydning, påpekte førstvoterende at selv om det var «tvilsomt» om påstandsgrunnlagene var overskredet, var det mye som kunne tale for at lagmannsrettens resultat også lå utenfor påstandene.⁸⁷ Dette endrer heller ikke den prinsipielle betydningen av Høyesteretts uttalelser om kontradiksjonsspørsmålet.

Den andre saken, Rt. 2013 s. 1079, gjaldt en entreprisetvist. Også her opphevet Høyesterett lagmannsrettens dom som følge av manglende kontradiksjon.⁸⁸ For lagmannsretten hadde spørsmålet vært om byggherrens erstatningskrav hadde bortfalt som følge av passivitet, til tross for at den hadde reklamert rettidig. Partene hadde prosedert på ulike syn på betydningen av passivitet, men da som et spørsmål om byggherren hadde *frafalt* erstatningskravet.⁸⁹ Uten at det var fremholdt av noen av partene, kom lagmannsretten derimot til at det hadde oppstått en «særskilt plikt til å holde reklamasjonen i hevd».⁹⁰

Etter førstvoterendes oppfatning hadde lagmannsretten bygget på en «helt annen vinkling» av partenes anførsler knyttet til passivitet, slik at kontradiksjonsprinsippet måtte anses tilsidesatt.⁹¹ At retten *formelt sett* hadde bygget på de påberopte påstandsgrunnlag, kunne ikke bøte på dette:

«... [H]ensynet til kontradiksjon [kan] også føre til at retten, selv om den fortsatt er innenfor påstandsgrunnlaget i strengt formell forstand, må gjøre partene særlig oppmerksom på hva den

⁸⁶ I.c.

⁸⁷ I.c.

⁸⁸ Rt. 2013 s. 1079, avsnitt 30.

⁸⁹ Ibid., avsnitt 7.

⁹⁰ Ibid., avsnitt 24.

⁹¹ Ibid., avsnitt 25.

vil bygge på, dersom dette medfører at fokus i saken vil være et annet sted enn det partene har forutsatt i sin argumentasjon»⁹²

Der domstolenes rettsanvendelse avviker sterkt fra partenes prosedyrer, kan det være behov for ytterligere bevisføring. Det er uheldig om partenes rett til kontradiksjon neglisjeres ene og alene fordi *den utløsende årsak* til kontradiksjonsbruddet var «rettsanvendelse». Høyesteretts kjennelser Rt. 1990 s. 8 og Rt. 2013 s. 1079 kan tas til inntekt for at domstolene i grensetilfeller bør vike tilbake fra slike formalistiske sonderinger, og heller betrakte mer helhetlig hvorvidt den ene part har blitt berøvet muligheten til å motgå sentrale forhold av betydning for resultatet. Som jeg vil komme tilbake til, ble Rt. 1990 s. 8 tillagt stor vekt i Høyesteretts dom Rt. 2005 s. 1590 («Lisa»), som gjaldt kontradiksjonsprinsippet i voldgift.⁹³

3.4 Oppsummering

For at tvister ved de alminnelige domstoler skal løses på et materielt riktig vis, har domstolene i henhold til tvisteloven § 11-3 både rett, og i visse tilfeller plikt, til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag og rettskilder. Partenes krav, påstander og påstandsgrunnlag begrenser denne kompetansen i en viss grad. Når det gjelder kontradiksjon, er den klare hovedregel at partene ikke har rett til å uttale seg om «ren rettsanvendelse». Det er ikke grunnlag for å utlede noen slik rett i sivilprosessen. Samtidig viser Høyesteretts praksis at det i grensetilfeller vil være en flytende overgang mellom jus og faktum, eksempelvis der en overraskende rettsanvendelse foranlediger ytterligere bevisføring. Det er liten grunn til å behandle disse tilfeller annerledes enn der partene av andre grunner ikke har fått uttale seg om faktum. Selv om partene ikke har en rett til å uttale seg om rettsgrunnlaget *i seg selv*, setter kontradiksjonsprinsippet på dette visse begrensninger for hvilke rettsgrunnlag som kan anvendes, også i sivilprosessen.

4 «Jura novit curia» i voldgift

4.1 Alminnelige merknader om kravene til en voldgiftsprosess

Voldgiftsdommer kan som den klare hovedregel ikke ankes:⁹⁴ Voldgift er en én-instansbehandling – en «one-stop»-prosess.⁹⁵ Selv ved overprøvelse av voldgiftsdommers

⁹² Ibid., avsnitt 19.

⁹³ Rt. 2005 s. 1590, avsnitt 25.

⁹⁴ Som fremhevet i Woxholth (2013), s. 857, forekommer det at voldgiftsinstitutter har regler om «intern» overprøving. Han peker på at blant annet International Centre for Settlement of Investment Disputes («ICSID») har slike regler.

⁹⁵ Born (2022), §9.02[A].

gyldighet, er det svært begrenset hva domstolene kan vurdere: Det er ikke adgang til å overprøve verken rettsanvendelsen eller bevisvurderingene i en voldgiftsdom.⁹⁶ Dette vil også betegnes som *det materielle overprøvingsforbud*.⁹⁷

Samtidig må voldgiftsdommer oppfylle visse grunnleggende krav til prosessen; hvorvidt disse er overholdt, må kunne overprøves av domstolene.⁹⁸ Tilsidesettelsen av fundamentale rettssikkerhetsgarantier kan medføre at voldgiftsdommen kjennes ugyldig på voldgiftsstedet, eller nektes anerkjennelse eller fullbyrdelse i andre jurisdiksjoner, der partene har formuesgoder. Grunnene som kan medføre tilsidesettelse eller nektelse fremgår av modelloven og New York-konvensjonen, som voldgiftsloven bygger på.

Spørsmålet er derfor hva som nærmere bestemt ligger i de grunnleggende kravene som modelloven og New York-konvensjonen gir uttrykk for. I den internasjonale litteraturen synes det å være bred enighet om at det i voldgift gjelder et ulovfestet krav til «due process».⁹⁹ Begrepet kan anses som et samlebegrep for en rekke prosessuelle garantier.¹⁰⁰ I dette ligger særlig at voldgiftsretten må respektere partenes avtaler om saksbehandlingen, opptre i samsvar med prinsippet om partslikhet, og gi partene (lik) anledning til å fremføre sin sak.¹⁰¹ Som understreket av *Redfern og Hunter*, har partene imidlertid bare rett til en «reasonable – rather than exhaustive – opportunity to present its case.»¹⁰²

«Due process» defineres verken i modelloven eller New York-konvensjonen, men har kommet til uttrykk i en rekke bestemmelser.¹⁰³ Særlig relevant for avhandlingen er artikkel 18, som krever at «[t]he parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.» Dette gir uttrykk for *partslikhetsprinsippet* og

⁹⁶ Cordero-Moss (2016), s. 300; Woxholth (2013), s. 146; Van den Berg (1981), s. 265. En annen sak er at uriktig rettsanvendelse i ekstraordinære tilfeller kan medføre at voldgiftsdommen strider mot *ordre public*; se eksempelvis Cordero-Moss (2016), s. 312. Dette unntaket vil ikke behandles i avhandlingen.

⁹⁷ Begrepet er inspirert av dansk litteratur; se Schiersing (2016), s. 468, om det «materielle revisionsforbud».

⁹⁸ NOU 2001: 33, s. 23.

⁹⁹ Blackaby m.fl. (2022), s. 304–306 og s. 579; Born (2022), §15.03[B]; Ferrari m.fl. (2020), s. 1-2; Knuts (2012), s. 680; Gaillard (1999), s. 986; Van den Berg (1981), s. 297.

¹⁰⁰ Ferrari m.fl. (2020), s. 1-2.

¹⁰¹ Blackaby m.fl. (2022), s. 578; Ferrari m.fl. (2020), s. 2; Cordero-Moss (2016), s. 298–299; Oldenstam og Löf (2015), s. 290. Selv om innholdet i begrepet formuleres noe forskjellig av ulike forfattere, synes det å være enighet om disse grunnleggende elementene.

¹⁰² Blackaby m.fl. (2022), s. 578.

¹⁰³ Ferrari m.fl. (2020), s. 3.

kontradiksjonsprinsippet.¹⁰⁴ Med kontradiksjonsprinsippet menes her både retten til å bli hørt («*droit de la défense*»), retten til å få innsyn i, og mulighet til å kommentere, motpartens bevis og argumentasjon («*principe du contradictoire*»).¹⁰⁵ Med *partslikhetsprinsippet* menes at partene ikke skal forskjellsbehandles.¹⁰⁶

Tilsidesettelsen av «due process» er en ugyldighetsgrunn blant annet etter modelloven artikkel 34(2)(a)(ii). I henhold til denne kan en voldgiftsdom settes til side der en part «was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings» eller «was otherwise unable to present his case». Bestemmelsen svarer til New York-konvensjonen, artikkel V(1)(b).

Selv om det kan være ulike oppfatninger om hva som ligger i kravet om «due process», er det nokså bred enighet om at det skal mye til for at kravet skal anses tilsidesatt. Om de nasjonale domstolenes forhold til New York-konvensjonen artikkel V(1)(b) fremheves det i *Redfern og Hunters* internasjonalt anerkjente standardverk at (mine kursiveringer):

«The national court at the place of enforcement thus has a limited role. Its function is not to decide whether or not the award is correct, as a matter of fact and law; its function is simply to decide whether the parties have received a fair hearing. *Only a significant and material mistake in the course of the proceedings should be sufficient* to lead the court to conclude that there was a denial of “due process.”»¹⁰⁷

Forholdet mellom «*jura novit curia*» og «due process» reiser vanskelige grensdragninger. En rekke rettssystemer opererer, under henvisning til «*jura novit curia*», med et skille mellom faktum og jus, og at kravet om kontradiksjon bare gjelder faktiske forhold.¹⁰⁸ I så fall kan voldgiftsretten tilsynelatende avgjøre en sak med et ikke-påberopt rettsgrunnlag, uten at partene gis anledning til å uttale seg om dette. Et annet spørsmål er om dette er en god løsning, og om

¹⁰⁴ Binder (2010), s. 277.

¹⁰⁵ Blackaby m.fl. (2022), s. 542. Ettersom en voldgiftsdom som strider mot «due process» kan nektes fullbyrdelse etter New York-konvensjonen artikkel V(1)(b), er det naturlig at modellovens *ugyldighetsgrunner* bygger direkte på denne. Dette bidrar til å legge en internasjonal «minste grense» for voldgiftsrettens handlingsrom.

¹⁰⁶ Ferrari m.fl. (2020), s. 19 og 30. Cordero-Moss (2020), s. 322, peker på at det tidvis kan være nødvendig å forskjellsbehandle partene *for å sikre* partslighet.

¹⁰⁷ Blackaby m.fl. (2022), s. 578.

¹⁰⁸ Born (2023), §25.04[B][6]. Tvistelovens forarbeider tar til orde for samme løsning, se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 168.

skillet er forenlig med det grunnleggende kravet om kontradiksjon.¹⁰⁹ Noen har argumentert for at det på dette punkt heller bør ses hen til om en avgjørelse kan anses «overraskende» for partene, uavhengig av om overraskelsen skyldes voldgiftsrettens rettslige eller faktiske vurderinger.¹¹⁰ Dette er et sentralt spørsmål i det følgende.

De gyldighetsgrunnene er imidlertid ikke de eneste kravene voldgiftsretten bør ha *in mente* under saksgangen. Voldgiftsretten bør ikke nøye seg med å balansere på grensen til ugyldighet. Voldgiftsretten bør i stedet håndtere saken i tråd med partenes forventninger til en god, transparent og forutsigbar voldgiftsprosess; «best practice». På denne måten bygges det også inn en «sikkerhetsmargin» mot senere søksmål om tilsidesettelse. Før jeg vurderer avhandlingens problemstillinger fra et ugyldighetsperspektiv, vil jeg derfor i neste punkt drøfte noen rettspolitiske utgangspunkter, med henblikk på fastleggelsen av «best practice».

4.2 Rettspolitiske utgangspunkter: Kontradiksjon eller effektivitet?

4.2.1 Innledning

Hvis en voldgiftsrett etter hovedforhandling blir oppmerksom på et ikke-påberopt rettsgrunnlag som kan få betydning for resultatet, kan det synes som at *kontradiksjonsprinsippet* og hensynet til *effektivitet* trekker i hver sin retning. Enten at saken reassumeres for å sikre kontradiksjon, eller at dommen avsies på det ikke-påberopte rettsgrunnlaget.

På den ene siden er en viktig grunn til at voldgift velges, at det anses som en *fleksibel, forutsigbar og hurtig* prosess.¹¹¹ Om ethvert mindre tolknings spørsmål måtte legges frem for partene, ville saksbehandlingen kunne bli omstendelig, tungrodd og fordyrende, og i verste fall føre til forsinkelser. For at saken skal bli avgjort innenfor rimelig tid, bør voldgiftsretten ha adgang til å foreta prioriteringer mellom spørsmål av større og mindre betydning.

På den andre siden må voldgiftsretten ivareta partenes rett til *kontradiksjon*. Hensynet til en noenlunde hurtig avgjørelse av tvisten bør ikke føre til at partene fratras muligheten til å uttale seg om spørsmål av *avgjørende* betydning for resultatet. Om partene fratras muligheten for å kommentere på slike avgjørende forhold, er det i utgangspunktet ingen måte å avbøte dette på: Voldgiftsdommer er som den klare hovedregel endelige.

¹⁰⁹ Tørum (2022); Knuts (2012), s. 671.

¹¹⁰ Knuts (2012), s. 669 og 680.

¹¹¹ Oldenstam og Löf (2015), s. 290; Park (2011), s. 2–3; NOU 2001: 33, s. 23 og 54–55.

4.2.2 Avveiningen av kontradiksjon og effektivitet i norsk voldgift

Som nevnt i kapittel 4.4.3 kommer retten til kontradiksjon blant annet til uttrykk i modelloven artikkel 18. Voldgiftsloven § 21 svarer i det vesentlige til denne.¹¹² I Rt. 2005 s. 1590 («Lisa»), der Høyesterett opphevet en voldgiftsdom som følge av manglende kontradiksjon, ble kontradiksjonsprinsippet beskrevet som «en bærebjelke i vår prosessordning».¹¹³ Dette gjelder i voldgift så vel som i sivilprosessen.¹¹⁴ I kravet til kontradiksjon ligger særlig et krav om at «partene gis en foranledning til å uttale seg dersom avgjørelsen ellers vil komme som en overraskelse på dem fordi voldgiftsretten vil bygge på noe annet enn det som partene har trukket frem i sine prosedyrer.»¹¹⁵ Høyesterett bygger her uttrykkelig på de uttalelser fra Rt. 1990 s. 8, som ble drøftet i kapittel 2.3.

Kontradiksjonsprinsippet er imidlertid ikke uten begrensninger, og må avveies mot hensynet til *effektivitet*.¹¹⁶ Voldgiftsloven åpner i vid utstrekning for at voldgiftsretten av hensyn til effektiviteten i saken kan innskrenke partenes rett til å uttale seg om saken eller fremføre bevis.¹¹⁷ Et uttrykk for dette er voldgiftsloven § 28 annet ledd.¹¹⁸ I henhold til bestemmelsen kan voldgiftsretten nekte *bevisføring* under en rekke omstendigheter, særlig dersom bevisene «åpenbart ikke har betydning for avgjørelsen av tvisten», se annet ledd første punktum.¹¹⁹ Forarbeidene fremholder uttrykkelig at det kan være nødvendig for voldgiftsretten å begrense bevisføringen særlig av hensyn til «hvor store omkostninger og forsinkelser bevisføringen kan føre til», og for å «sikre en kostnadseffektiv prosess».¹²⁰ Bestemmelsen går dermed lenger enn den tilsvarende regelen i modelloven artikkel 19(2).¹²¹ Samtidig understrekes det at voldgiftsrettens utgangspunkt bør være tilbakeholdenhet: «I tvilstilfeller skal voldgiftsretten tillate beviset.»¹²² Dette kan tale for at forarbeidene mer generelt har prioritert *effektivitet*, iallfall på dette punktet.

¹¹² Cordero-Moss (2020), s. 320.

¹¹³ Rt. 2005 s. 1590, avsnitt 26.

¹¹⁴ *Ibid.*, avsnitt 28.

¹¹⁵ *Ibid.*, avsnitt 27.

¹¹⁶ Cordero-Moss (2020), s. 321.

¹¹⁷ *I.c.*

¹¹⁸ *I.c.*

¹¹⁹ *I.c.*

¹²⁰ Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 101–102; Cordero-Moss (2020), s. 321.

¹²¹ Cordero-Moss (2020), s. 321.

¹²² Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 101.

Effektivitetsprinsippet kan også ses i sammenheng med modellovens og New York-konvensjonens målsetning om *voldgiftsvennlighet*, såkalt «pro-arbitration».¹²³ En voldgiftsdom er «effektiv» i snever forstand om dommen blir hurtig avgjort. Derimot kan man i en videre forstand si at et *rettssystem* tilrettelegger for effektivitet, og følgelig er «pro-arbitration», dersom terskelen for ugyldighet og fullbyrdelsesnektelse legges høyt.¹²⁴ Voldgiftsdommer skal som det klare utgangspunkt være endelige. Følgelig vil en for intensiv håndhevelse av «due process» kunne gå ut over et lands voldgiftsvennlighet, og vanskeliggjøre fullbyrdelsen av voldgiftsdommer både nasjonalt og over landegrenser. Samtidig er det heller ikke så enkelt: Et land vil neppe være voldgiftsvennlig om graverende brudd på «due process» *aksepteres*.¹²⁵ De nasjonale domstolene må likevel kunne utøve en viss kontroll med voldgiftsdommer.¹²⁶ Hvordan disse avveiningene foretas i praksis, vil bl.a. drøftes i analysene av rettspraksis i Del III.

4.2.3 Partsautonomien som retningslinje for avveiningen mellom kontradiksjon og effektivitet: Hva er «best practice»?

Når det gjelder hva som skal til for ugyldighet, synes det som at kontradiksjon og effektivitet vektes ulikt i ulike rettssystemer. I engelsk rett har partene som den klare hovedregel rett til å uttale seg om rettsanvendelsen; kontradiksjon trumfer tilsynelatende effektivitet.¹²⁷ I sveitsisk rett er derimot utgangspunktet det motsatte: Her presumeres det at «retten kjenner retten»; spørsmål om rettsanvendelsen behøver ikke forelegges partene.¹²⁸ Dette er i hvert fall det formelle utgangspunktet i sveitsisk rett, og i norsk sivilprosess synes Justisdepartementet å ha forutsatt en lignende løsning.¹²⁹

Når det gjelder «best practice», kan det være grunn til å operere med en mer «de-nasjonalisert tilnærming» til avveiningen av de to hensynene, dvs. at «best practice» internasjonalt bør fastlegges på noenlunde samme premisser, uavhengig av de nasjonale ugyldighetsgrunnene.

¹²³ Bermann (2018), s. 341; Cordero-Moss (2018), s. 51.

¹²⁴ Bermann (2018), s. 341

¹²⁵ I.c.

¹²⁶ Cordero-Moss (2018), s. 52.

¹²⁷ Mistelis og Potocnik (2018), s. 150.

¹²⁸ Som behandles i kapittel 9.3, fravikes dette utgangspunktet også i Sveits tilstrekkelig «overraskende» rettsanvendelse.

¹²⁹ Se kapittel 3.3.

Her er det mindre som står på spill; spørsmålet er ikke om en voldgiftsdom skal settes til side, men hvilke krav som *bør* stilles til en god voldgiftsprosess. Det kan derfor være grunn til å operere med *retningslinjer* for fastleggelsen av «best practice». *International Law Association's* «Resolution No. 6/2008 on Ascertainning the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration» («ILA-rapporten») danner et naturlig utgangspunkt.¹³⁰ Rapporten anbefaler at:

«Arbitrators should primarily rely on the parties to articulate legal issues and to present the law, and disputed legal issues.»¹³¹

Det advares også om at:

«Arbitrators who attempt to develop legal issues in a strict application of *iura novit curia* approach risk taking the arbitration from the parties and appearing partial.»¹³²

Dette taler for at voldgiftsretten *som hovedregel* bør holde seg til partenes fremstilling av saken, både faktisk og rettslig. Heller enn å gi veiledning for *avveiningen* av hensynene, synes anbefalingen å ta til orde for en *presumsjon* om at kontradiksjon bør tillegges størst vekt. Et lignende synspunkt finner man også i *Redfern og Hunters* internasjonale standardverk,¹³³ Og det er grunn til å tro at dette anses som «best practice».

I noen situasjoner kan det imidlertid være gode grunner til å prioritere effektivitet. Spørsmålet er så hvordan voldgiftsretten i slike tilfeller bør veie hensynet til en hurtig og kostnadseffektiv løsning av saken opp mot presumsjonen som oppstilles over. Her kan det være grunn til å gå til å undersøke om *grunnlaget for voldgift*, partsautonomien, kan gi veiledning.

Partsautonomiprinsippet kan trygt sies å bære voldgiftsinstituttet.¹³⁴ Det henger nært sammen med disposisjons- og forhandlingsprinsippene, som kommer til uttrykk i henholdsvis voldgiftsloven §§ 10 og 32. Voldgift har imidlertid det særpreg at den springer ut av et

¹³⁰ ILA (2008).

¹³¹ Ibid., s. 22.

¹³² I.c.

¹³³ Blackaby m.fl. (2022), s. 304.

¹³⁴ Lindskog (2020), s. 64; Blackaby m.fl. (2022), s. 21–23; Woxholth (2013), s. 533.

kontraktsforhold. Som fremhevet av Høyesterett i «Skaugen»-saken, bør ulike spørsmål i voldgift underlegges en de-nasjonalisert tilnærming, men også «friere overveielser om partenes felles forutsetninger og rimelige forventninger.»¹³⁵ Partenes felles forutsetninger og rimelige forventninger styrer saken på ulike vis: Voldgiftsavtalen, som er voldgiftssakens grunnlag, bestemmer ikke bare hva som skal behandles, men *kan* også an vise *hvordan* saken skal behandles.¹³⁶ Voldgiftsloven gir dessuten partene stor frihet til å avtale saksbehandlingsregler.¹³⁷

4.2.4 Er kjernen i avveiningen «overraskelseskriteriet»?

«Best practice» kan på dette vis ses på som et krav om at partenes *forventninger* ivaretas, og at domspremissene ikke i for stor grad bygger på andre rettsgrunnlag og rettskilder enn de som ble anført av partene. I henhold til Høyesteretts resonnement i «Skaugen» bør forventningene fastlegges basert på hva partene *bør* kunne forvente: såkalte «rimelige forventninger».¹³⁸ Det motsatte av en dom som partene rimeligvis bør kunne forvente, er en *overraskende* dom. Når det gjelder avveiningen av kontradiksjon og effektivitet, kan man derfor oppstille følgende utgangspunkt: Jo mer overraskende anvendelsen av et ikke-påberopt rettsgrunnlag vil være, desto større vekt bør kontradiksjon tillegges, og omvendt.

Spørsmålet er når anvendelsen av et ikke-påberopt rettsgrunnlag risikerer å bli «overraskende» og følgelig bør forelegges partene. Hovedsakelig vil nok dette bero på *hva som har vært fremme i saken, og hva partene selv har prosedert på*. Dersom partene har prosedert på en avtales ugyldighet med grunnlag i avtaleloven § 36, er det ikke åpenbart at de også må kunne forvente at læren om bristende forutsetninger kan få betydning. Også hvilke *faktiske og rettslige anførsl*er partene har fremsatt, vil kunne tale i større eller mindre grad for at forutsetningslæren trekkes inn. At voldgiftsretten kjenner avtalen ugyldig i medhold av Norske Lov 5-1-2, uten at denne er påberopt, vil nok være vanskeligere å forutse. Hensynet til kontradiksjon bør nok tillegges større vekt i sistnevnte tilfelle, slik at partene gis anledning til å uttale seg, og saken reassumeres.

¹³⁵ HR-2017-1932-A, avsnitt 114.

¹³⁶ Woxholth (2013), s. 533.

¹³⁷ *l.c.*

¹³⁸ HR-2017-1932-A, avs. 114.

Et annet moment kan tenkes å være *hvilken betydning* det ikke-påberopte rettsgrunnlag vil kunne få for saken.¹³⁹ Dersom voldgiftsretten kommer til at en sak der partene har prosedert på culpa-erstatning vil få et helt annet utfall etter det objektive ansvaret, bør spørsmålet forelegges partene. Når det gjelder *avtaletolkning*, er det vanskelig å se at saken bør stille seg annerledes. Voldgiftsretten bør for eksempel unngå å trekke inn helt andre tolkningsprinsipper enn partene, uten at de gis anledning til å uttale seg. Om voldgiftsretten vurderer å bygge på en objektiv tolkningsnorm, mens partene har prosedert på hvorvidt det forelå en felles partsvilje om innholdet i avtalen, bør partene også gis anledning til å uttale seg.¹⁴⁰ På den andre siden kan det vanskelig anses overraskende at voldgiftsretten bygger på rettspraksis som er påberopt når det gjelder den nærmere forståelsen av *påberopte* tolkningsprinsipper.

Hvor *uavklart eller omtvistet* det ikke-påberopte rettsgrunnlagets innhold er, kan også få betydning. Som fremholdt av Tvistemålsutvalget, er det større grunn til å gi partene anledning til å uttale seg om «rettsregler som [ikke] er mer juridisk allemannseie, og hvor regelanvendelsen [ikke] er klar».¹⁴¹ Jo mer uavklart et ikke-påberopt rettsgrunnlags innhold eller rettsfølger er, desto større vekt bør kontradiksjonsprinsippet tillegges. Det kan for eksempel tenkes at voldgiftsretten utleder en «særskilt plikt» til å holde en rettidig reklamasjon i hevd, uten at partene har prosedert på en slik regel.¹⁴² Her kan det være grunn til å gi partene anledning til å uttale seg.

Også *hvilket lands rett saken skal løses under, partenes og prosessfullmektigenes nasjonale tilhørighet, og voldgiftsrettens juridiske skoloring*, kan påvirke partenes forventninger til avgjørelsen. I saker underlagt norsk rett, der alle partene er norske, disse er representert ved norske prosessfullmektiger, og voldgiftsretten består av erfarne norske jurister, kan det være grunn til å legge en noe større del av «ansvaret» for rettsanvendelsen til voldgiftsretten. Igjen, som forutsatt av Tvistemålsutvalget, vil det når det gjelder regler som i norsk rett er «juridisk allemannseie», sjelden være grunn til å innhente partenes synspunkter i slike saker.¹⁴³ En annen sak er at det kan være diskutabelt hva som er «allemannseie», noe som taler for å forbeholde dette for sentral «pensumjuss» som avtaletolkning, kjøpsrett og foreldelse.

¹³⁹ Se lignende i Knuts (2012), s. 683.

¹⁴⁰ Se LG-2010-175874, om et lignende saksforhold, der voldgiftsdommen ble opprettholdt. Avgjørelsen behandles i kapittel 7.2.

¹⁴¹ NOU 2001: 32A, s. 137.

¹⁴² Eksempelet bygger på Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse Rt. 2013 s. 1079; se kapittel 3.2.

¹⁴³ NOU 2001: 32A, s. 137.

I internasjonale voldgiftssaker med sete i Norge, typisk der minst en av partene ikke har hjemting i Norge, kan dette stille seg annerledes. Dette gjelder særlig hvis voldgiftsrettens medlemmer kommer fra ulike rettssystemer, slik at minst en av voldgiftsdommerne ikke er fortrolig med det landets rett som kommer til anvendelse. I slike saker vil partene oftere forvente at også rettsanvendelsen underlegges grundig bevisførsel og diskusjon. I store internasjonale tvister vil det ofte være slik at prosessfullmektigene har større kjennskap til den materielle retten enn voldgiftsretten. En avgjørelse på andre grunnlag enn de prosederte, vil da lettere kunne komme bardust på partene.

Av det som er sagt bør voldgiftsretten i en rekke tilfeller reassumere saken for å innhente partenes synspunkter. Avgjørelser bør ikke avsies før partene har fått uttale seg om viktige rettsspørsmål og potensielt overraskende rettsgrunnlag. Det grunnleggende kravet til «due process» taler videre for at kontradiksjonsprinsippet bør prioriteres i tvilstilfellene. Dette synes langt på vei å svare til den avveining som anbefales i ILA-rapporten (mine kursiveringer):

«[A]rbitrators should inquire about the applicable law within the general parameters of the arbitration defined by the parties and, considering costs, time and relevance of issues, may conduct their own research, *provided the parties are given an opportunity to be heard on material that goes meaningfully beyond the parties' submissions.*»¹⁴⁴

4.2.5 Oppsummering

Der voldgiftsretten kommer til at et ikke-påberopt rettsgrunnlag kan være anvendelig, vil den typisk måtte velge mellom kontradiksjon og effektivitet. Hvilken av disse som bør få gjennomslag, vil grunnleggende sett bero på en vurdering av partenes rimelige forventninger i saken. Her vil det utslagsgivende være om en avgjørelse uten kontradiksjon vil komme overraskende på partene. Om svaret er bekreftende, bør partene gis anledning til å uttale seg. I motsatt fall er det mindre grunn til å forsinke og fordyre saksbehandlingen. I tvilstilfeller bør følgende has *in mente*: En avgjørelse som senere tilsidesettes, vil aldri være «effektiv». Det er lite som kan forsinke og fordyre saken mer enn et ugyldighetssøksmål, og eventuelt, dersom søksmålet fører frem, en fullstendig «omkamp» i saken. For å unngå dette, bør kontradiksjon prioriteres i tvilstilfeller, noe som må sies å være «best practice».

¹⁴⁴ ILA (2008), s. 22.

«Best practice» aktualiseres imidlertid ikke bare i enkelttilfeller som jeg har drøftet her; avveiningen mellom kontradiksjon og effektivitet bør være et gjennomgående trekk ved voldgiftsrettens behandling av de rettslige funderinger saken gir opphav til. Dersom voldgiftsretten underveis i saken foretar hensiktsmessige avveininger og nedprioriterer kontradiksjon for mindre omtvistede spørsmål, bør det ikke innebære noen særlig forsinkelse eller fordyrelse av prosessen at et viktig, omtvistet rettsgrunnlag forelegges partene. Det er med andre ord ikke tale om *enten* kontradiksjon *eller* effektivitet. Svaret bør heller være: «ja takk, begge deler.»

4.3 «Jura novit curia» og grensene for voldgiftsrettens kompetanse

4.3.1 Problemstillingen

Følgende situasjon kan tenkes: Under en voldgift i Norge fremsetter saksøker krav om at en kjøpsavtale er ugyldig etter avtaleloven § 36. Voldgiftsretten gir saksøker medhold, men forankrer ugyldigheten i den (ikke-påberopte) ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Saksøker tar ut søksmål ved de alminnelige domstoler og krever voldgiftsdommen satt til side. Det anføres her at voldgiftsretten, gjennom å anvende forutsetningslæren, har overskredet sin kompetanse i saken.

Om voldgiftsdommen kan settes til side, beror på *hvor langt voldgiftsretten kan gå i å anvende ikke-påberopte rettsgrunnlag uten å overskride sin kompetanse i saken*.¹⁴⁵ Dette må i utgangspunktet vurderes ut ifra voldgiftsloven § 43(1)(c), hvor en voldgiftsdom kan settes til side dersom «voldgiftsdommen ligger utenfor voldgiftsrettens domsmyndighet.» Bestemmelsen hjemler med andre ord ugyldighet ved *kompetanseoverskridelse*. Hva som nærmere bestemt ligger i dette, må hovedsakelig fastlegges basert på modellovens ugyldighetsbestemmelse, som § 43 (1) (c) bygger på. I tillegg kan New York-konvensjonen og andre rettskilder som belyser innholdet i modelloven være relevante.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Se om dette i Cordero-Moss (2016), s. 290 flg.

¹⁴⁶ Se kapittel 1.2.2.

4.3.2 UNCITRALs modellov og den alminnelige forståelse av «jura novit curia» i toneangivende internasjonal litteratur

Modellovens bestemmelse om kompetanseoverskridelse fremgår av artikkel 34 (2) (a) (iii), og er nærmest identisk med New York-konvensjonen artikkel V(1)(c). Etter modellovens bestemmelse er en voldgiftsdom ugyldig dersom:

«the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, ...»

Av ordlyden kan det iallfall utledes *to forhold* som utgjør kompetanseoverskridelse. For det første kan voldgiftsretten ikke avgjøre noe som ligger utenfor «the terms of the submission to arbitration», det vil si, utenfor *voldgiftsavtalen*. Dette kan sies å danne den ytre rammen for voldgiftsrettens kompetanse. De fleste voldgiftsavtaler er imidlertid relativt vidt utformet, og denne rammen byr derfor sjelden på problemer.¹⁴⁷ For det andre, og selv om avgjørelsen ligger innenfor de ytre rammene for voldgiftsavtalen, kan ikke retten pådømme forhold som ligger utenfor «the scope of the submission to arbitration». I den internasjonale litteraturen betegnes dette ofte som at voldgiftsretten ikke kan gå utenfor partenes «*submissions*», typisk de krav og motkrav som er fremsatt i påstandene i stevning og tilsvær.¹⁴⁸ Ved tolkningen av bestemmelsene må det has *in mente* at ugyldighets- og nektelsesgrunnene er ment å ramme *alvorlige* mangler ved saksbehandlingen eller voldgiftsdommen.¹⁴⁹ For å unngå unødig inngripen i voldgift fra de statlige domstoler, må det kreves en del før en ugyldighets- eller nektelsesgrunn anses å foreligge.¹⁵⁰

Som uttrykk for dette nøytrale internasjonale begrepet «*submissions*», vil jeg i det følgende benytte termen «anførsler». Dette må ikke forveksles med «anførsler» slik det ble forstått under tvistemålsloven. Termen vil her benyttes som et «ikke-nasjonalt» begrep for de forhold – både faktiske og rettslige – en part har fremhevet som grunnlag for sitt krav under saksgangen. Det er uten betydning om anførselen ble fremholdt skriftlig, i prosesskriv, eller muntlig. Der jeg kun taler om en av de to, vil jeg sondre mellom «faktiske anførsler» og «rettslige anførsler».

¹⁴⁷ Cordero-Moss (2016), s. 319.

¹⁴⁸ Born (2023), §25.04[F][1].

¹⁴⁹ Sutton m.fl. (2007), s. 485–486; Van den Berg (1981), s. 265.

¹⁵⁰ Cordero-Moss (2016), s. 300.

Under modelloven synes det ikke å være noe krav om formell eller skriftlig «påberopelse» av verken rettslige eller faktiske anførsler.¹⁵¹ Når det gjelder *rettslige* anførsler, er det bred enighet internasjonalt om at det ikke er noen kompetanseoverskridelse *i seg selv* at voldgiftsretten bygger avgjørelsen på ikke-påberopte rettsgrunnlag eller legger til grunn en tolkning av rettsgrunnlaget som partene ikke har prosedert på. Dette følger av «jura novit curia»-prinsippet, som i utgangspunktet kan sies å bygge på et skille mellom rettsanvendelsen og rettsfakta. Det følger også på sett og vis av det «materielle overprøvningsforbud» som innebærer at domstolene som den klare hovedregel ikke kan overprøve voldgiftsrettens rettsanvendelse og bevisvurderinger. *Born* oppsummerer det slik:

«... [A]n arbitral tribunal is permitted to adopt different legal characterizations of the facts than those advanced by the parties. ... Doing so is not an excess of mandate, and is instead both appropriate and necessary in order properly to resolve the parties' dispute in accordance with the applicable law.»¹⁵²

I motsetning til den norske voldgiftsloven, krever modelloven ikke noen formell eller skriftlig «påberopelse» av *faktiske* anførsler. For at voldgiftsretten skal kunne bygge på faktiske anførsler, synes det sentrale å være om faktum har «vært fremme» under saken, uavhengig av om dette var skriftlig eller muntlig. Det er også nødvendig at partene hadde *mulighet til* å uttale seg om de faktiske forholdene voldgiftsretten bygger på.¹⁵³ Samtidig er det enighet om at det vil utgjøre en kompetanseoverskridelse om voldgiftsretten bygger på et *helt annet faktum* enn partene har anført.¹⁵⁴

Modelloven inntar med andre ord en særdeles pragmatisk tilnærming til hvilke anførsler voldgiftsretten kan bygge på. Det utgjør for eksempel ingen kompetanseoverskridelse at voldgiftsretten har bygget på en *noe* annen forståelse av partenes anførsler enn de selv har fremholdt.¹⁵⁵ Dette understrekes av *Gaillard*: «The fact that arbitrators may have based their decision on allegations or arguments which were not put forward by the parties does not amount

¹⁵¹ Born (2023), §25.04[F][4][a].

¹⁵² I.c.

¹⁵³ Born (2023), §25.04[F][4][a].

¹⁵⁴ Cordero-Moss (2016), s. 327.

¹⁵⁵ Kiurunen (2011), s. 768–769.

to a failure to comply with their brief.»¹⁵⁶ De vanskeligste sakene i praksis vil derfor være der en anførsel så vidt nevnes i stevningen eller tilsvaret, men senere ikke tas opp igjen, eller der en rettsregel eller et rettsfaktum så vidt nevnes i den muntlige prosedyren, men ikke i disposisjonen.

Med henblikk på norske forhold, kan det i denne sammenheng være relevant å se hen til *Borns* kritikk av noen rettssystemers «formalistiske» oppfatninger av hvilke anførsler voldgiftsretten kan bygge på (mine kursiveringer):

«Some annulment courts have adopted unduly formalistic approaches to the question whether a particular issue or argument was submitted to the tribunal. For example, one recent Singaporean decision held that issues not raised in the parties’ “pleadings” had not been submitted to the tribunal, notwithstanding the fact that these issues had been raised in argument during the arbitration. The better view is not to look to local rules of civil procedure or litigation practices in determining whether an issue was presented to the arbitrators; *the proper inquiry is instead a pragmatic one into whether the parties and tribunal had an opportunity to consider and submit evidence and argument on a particular issue.*»¹⁵⁷

Som *Born* fremhever, er det nødvendig å skjære gjennom de nasjonale (sivilprosessuelle) regler og heller betrakte realitetene: Så fremt en anførsel har vært fremme i saken på et slikt vis at partene hadde anledning til å kommentere det og føre bevis, kan voldgiftsretten som hovedregel også bygge på det.

Det bør likevel være mulig å utlede visse klare holdepunkter for når kompetanseoverskridelse må anses å foreligge. Spørsmålet blir hovedsakelig hva som nærmere ligger i det internasjonale begrepet «submissions». Deretter blir spørsmålet om den aktuelle «submission» må ha kommet til uttrykk i et prosesskriv for at voldgiftsretten skal kunne bygge på den, eller om det er tilstrekkelig at den har vært muntlig anført under saksgangen.

Det synes som at kompetanseoverskridelse etter modellovens bestemmelse særlig sikter til dommens *resultat*. De «remedies» – typisk, misligholdsbeføyelser for kontraktsbrudd – som voldgiftsretten tilkjenner, kan gå ut på noe mer (såkalt «*ultra petita*») eller helt annet («*extra*

¹⁵⁶ I.c.; Gaillard (1999), s. 941.

¹⁵⁷ Born (2023), §25.04[F][4][a].

petita) enn partenes påstand.¹⁵⁸ Hva som nærmere bestemt ligger i dette, er det vanskelig å si noe om. Modelloven gir ingen definisjon på verken *ultra* eller *extra petita*. Litteraturen synes ofte å bygge på sirkeldefinisjoner, der «submissions» betegnes som «relief», eller «claims», uten at dette gir særlig veiledning.¹⁵⁹ Spørsmålet vil måtte avgjøres konkret, fra sak til sak. Domstolene må i denne forbindelse tolke partenes anførsler og påstander, ut ifra «the parties' written and oral submissions, as well as each party's interests.»¹⁶⁰

Generelt synes voldgiftsretten å ha et relativt vidt spillerom i hvilke misligholdsbeføyelser den tilkjenner partene.¹⁶¹ Det nærmeste man kommer et klart holdepunkt, synes å være tvister om *pengebeløp*, der voldgiftsretten ikke kan tilkjenne et høyere beløp enn etterspurt.¹⁶² Der voldgiftsretten for eksempel avsier dom på ugyldighet, men forankret i forutsetningslæren og ikke avtaleloven § 36, blir det imidlertid vanskeligere. Er det her tale om en *extra petita* dom? Her må man muligens falle tilbake på det funksjonelle vurderingstemaet som *Born* gir anvisning på (mine kursiveringer):

«Although categorical rules are unhelpful and impossible to formulate, the decisive issue appears to be whether the relief granted by the arbitrators was *subsumed within or reasonably related to* that requested by the parties.»¹⁶³

4.3.3 Nordisk utsyn

4.3.3.1 Innledning

Basert på drøftelsen over, er det vanskelig å påvise en ensartet forståelse av modellovens artikkel 34(2)(a)(iii) og New York-konvensjonens artikkel V(1)(c). I mangel av en bredt forankret og enhetlig forståelse, er det grunn til å se nærmere på hvordan kompetanseoverskridelse forstås i andre nordiske land, dvs. land som har en prosesstradisjon som er beslektet med den norske. I det følgende vil jeg derfor foreta en nærmere analyse av hvordan modellovens bestemmelse har blitt implementert i den nordiske voldgiftslovgivningen.

¹⁵⁸ I.c.

¹⁵⁹ Se eksempelvis Mistelis og Potocnik (2018), s. 140; Wiliński (2020), s. 34.

¹⁶⁰ Wolff (2012), s. 324.

¹⁶¹ Born (2023), §25.04[F][4][a]; Cordero-Moss (2016), s. 327–328.

¹⁶² Forutsetningsvis i I.c.; Wolff (2012), s. 324–325.

¹⁶³ Born (2023), §25.04[F][4][a].

4.3.3.2 «Jura novit curia» og kompetanseoverskridelse i Sverige

Svensk voldgift reguleres av lagen om skiljeförfarande («LSF»¹⁶⁴). Selv om Sverige i motsetning til Norge ikke har inkorporert modelloven, bygger flere sentrale bestemmelser i loven på denne.¹⁶⁵ En viktig forskjell fra den norske – og danske – voldgiftsloven, er at LSF på flere punkter har ulike regler for nasjonal og internasjonal voldgift.¹⁶⁶ Sveriges voldgiftslovgivning har lenge vært høyt utviklet,¹⁶⁷ og svenske domstoler har avsagt en rekke avgjørelser om «jura novit curia».

I henhold til LSF § 34(1)(3) kan en svensk voldgiftsdom tilsidesettes dersom «skiljemännen har överskridit sitt uppdrag på ett sätt som sannolikt har inverkat på utgången». Bestemmelsen rammer voldgiftsdommer som avgjør forhold utenfor voldgiftsavtalen eller partenes anførsler, det vil særlig si «yrkanden» eller «åberopade omständigheter» («rättsfakta»¹⁶⁸). Tilnærmingen til disse spørsmål er mer pragmatisk i internasjonale tvister.¹⁶⁹

I svensk rett forstås «jura novit curia» som et uttrykk for at «domstolen har att självständigt leta ut vilka rättsregler som är tillämpliga de av parterna åberopade rättsfakta».¹⁷⁰ Anvendelsen av ikke-påberopte rettsgrunnlag begrenses med andre ord særlig av partenes fremstilling av saken og påberopte rettsfakta. Forholdet mellom «jura novit curia» og LSF § 34(1)(3) oppsummeres treffende i Svea Hovrätts dom T 6198-12:

«Skiljemännen ska anses ha överskridit sitt uppdrag om de lagt en omständighet som inte har åberopats av någon part till grund för sitt avgörande. Utgångspunkten är att skiljemännen är bundna att avgöra tvisten med stöd av de omständigheter (rättsfakta) som parterna åberopar till stöd för sin talan. Däremot har en skiljenämnd normalt rätt (och skyldighet) att tillämpa en icke åberopad rättsregel.»¹⁷¹

¹⁶⁴ Lag (1999:116) om skiljeförfarande.

¹⁶⁵ Madsen (2009), s. 48–49.

¹⁶⁶ Ibid., s. 48.

¹⁶⁷ Tørum (2018), s. 115.

¹⁶⁸ Lindskog (2020), s. 936–937.

¹⁶⁹ SOU 2015:37, s. 19.

¹⁷⁰ I.c.; Prop. 1998/99:35, s. 144–145.

¹⁷¹ Svea hovrätt, T 6198-12, side 5.

Svea hovrätt er en anneninstans ankeinstans i Sverige.¹⁷² Når det gjelder voldgift, har hovrätten en særegen betydning i svensk rett. Av LSF § 43(1) fremgår det at søksmål om «ogilthet» eller «klander» etter §§ 33–34 skal behandles direkte i Svea hovrätt, om annet ikke er avtalt. Dermed unngår man trenering av ugyldighetssaker gjennom alle tre instanser. Hovrätten har derfor også en høyst spesialisert sammensetning, med særlig kompetanse i overprøvingssaker. Avgjørelser herifra bør derfor være av interesse også i norsk rett.

I svensk litteratur er det ulike syn på hva som skal til for at en voldgiftsrett skal kunne bygge på faktiske anførsler, dvs. når disse skal anses *påberopt*.¹⁷³ Dette skapte tidligere en fare for unødige formalistiske tilsidesettelser i svensk rett. Forarbeidene til LSF taler for at det kan være grunn til å sondre mellom avgjørelser utenfor partenes påstander, og avgjørelser som bygger på ikke-påberopte rettsfakta: Det fremheves blant annet:

«Om skiljemännens avgörande grundar sig på en omständighet som inte åberopats av part är det omstritt om skiljemännen därigenom har överskridit sitt uppdrag. Om skiljemännen går utöver parternas yrkanden har de utan tvivel överskridit sitt uppdrag.»¹⁷⁴

Dette ble klarere etter lovendringen i 2018, der et *innvirkningskrav* ble kodifisert i LSF § 34(1)(3). Allerede før dette ble det imidlertid innfortolket et slikt krav i bestemmelsen om kompetanseoverskridelse.¹⁷⁵ I forarbeidene til den reviderte bestemmelsen tas det til orde for at kompetanseoverskridelse bør tilnærmes mer pragmatisk i voldgift enn i sivilprosessen (mine kursiveringer):

«Utredningen anser att det i LSF bör komma till uttryck att en skiljenämnd bara får döma över vad en part har hänfört sig till men att tillämpningen bör vara något mera liberal än i ett domstolsförfarande enligt svenska regler och således motsvara vad man tänkt sig för internationella tvister enligt nuvarande ordning. *Det avgörande bör vara om den aktuella omständigheten förts in i förfarandet på ett sådant sätt att motparten måste ha förstått att den skulle kunna ligga till grund för skiljedomen.*»¹⁷⁶

¹⁷² Det er totalt seks hovrätter; se Store norske leksikon (2021).

¹⁷³ Lindskog (2020), s. 940.

¹⁷⁴ Prop. 1998/99:35, s. 142.

¹⁷⁵ Lindskog (2020), s. 944.

¹⁷⁶ SOU 2015:37, s. 19.

Voldgiftsretten må altså fortsatt holde seg til partenes «yrkande» og «rättsfakta». Særlig vil en avgjørelse utenfor partenes «yrkande» normalt føre til tilsidesettelse.¹⁷⁷ Dette svarer til modellovens fokus på domsslutningen, som ikke kan være *ultra* eller *extra petita*. Når det gjelder manglende påberopelse av rettsfakta, vil innvirkningskravet derimot få praktisk betydning. På dette vis har man i Sverige innført en «sikkerhetsventil» mot unødige inngripen fra de statlige domstoler i voldgiftens autonomi. Svensk rett synes derfor å ligne modellovens løsning på dette punkt.

4.3.3.3 «*Jura novit curia*» og kompetanseoverskridelse i Danmark

Den danske voldgiftsloven¹⁷⁸ er, i likhet med den norske, utformet etter mønster av UNCITRALs modellov.¹⁷⁹ I henhold til den danske voldgiftslovens § 37(2)(c) kan en voldgiftsdom settes til side der den «behandler en tvist, der ikke er omfattet af voldgiftsaftalen», eller der den «avgjør spørsmål, som falder uden for voldgiftsaftalen». Kun den delen av voldgiftsdommen som ugyldighetsgrunnen «angår», kan settes til side, se § 37(3). Dette begrenser virkningene av ugyldighet på dette grunnlaget.

Den danske litteraturen fremhever særlig at det er en spenning mellom forhandlingsmaksimen og «*jura novit curia*».¹⁸⁰ I dansk rett fastlegges voldgiftsrettens kompetanse i utgangspunktet likt som i sivilprosessen.¹⁸¹ Rammene for kompetansen bygger derfor på analogier til retsplejeloven § 338,¹⁸² hvoretter domstolene ikke kan tilkjenne en part «mere, end han har påstået», og bare kan bygge avgjørelsen på «anbringender, som parten har gjort gjældende». Begrepet «anbringender» har likheter «påstandsgrunnlag» i norsk rett og «åberopade omständigheter» i svensk rett.¹⁸³ Dette setter i praksis, som i norsk sivilprosess, betydelige begrensninger for hvilke rettsgrunnlag voldgiftsretten kan bygge på.¹⁸⁴ At dansk rett forholder seg såpass pragmatisk til skillet mellom voldgift og sivilprosess, synes å avvike fra det som legges til grunn i norsk og svensk rett.

¹⁷⁷ I.c.

¹⁷⁸ Lov 24. juni 2005 nr. 553 om voldgift (voldgiftsloven).

¹⁷⁹ Juul og Thommesen (2008), s. 14–15.

¹⁸⁰ Schiersing (2016), s. 489.

¹⁸¹ Schiersing (2016), s. 489; Juul og Thommesen (2008), s. 210.

¹⁸² I.c.; Lookofsky og Petersen (2018), s. 123–124.

¹⁸³ Schiersing (2016), s. 489–496, som henviser til den norske voldgiftsloven § 32, og trekker inn norsk og svensk praksis for «til belysning» av den danske rettsstilstanden; se s. 492.

¹⁸⁴ Lookofsky og Petersen (2018), s. 124.

Schiersing reiser på denne bakgrunn spørsmålet om «i hvilket omfang voldgiftsretten kan foretage sin egen retlige subsumption af faktum uafhængigt af hvad parterne har gjort gældende under sagen.»¹⁸⁵ Det avgjørende synes i praksis å være om partene har fått uttale seg om de forhold voldgiftsretten bygger på.¹⁸⁶ Dette kan, som i norsk sivilprosess, bôte at et faktum ikke har vært tilstrekkelig fremhevet under saksbehandlingen. Det kan likevel diskuteres om dansk rett opererer med en mer altomfattende forståelse av partenes anførsler enn modelloven, slik at ugyldighetsgrunnen i § 37(2)(c) rammer videre enn den er ment å gjøre. Analogiseringen til retsplejeloven synes å være årsaken til denne diskrepansen.

4.3.4 «Kompetanseoverskridelse» i skandinavisk voldgift

I skandinavisk voldgift – som sivilprosess – synes et fellestrekk å være at faktiske forhold må *fremheves* av partene. Enten dette kalles påberopelse, «åberopande» eller at et forhold «gøres gældende», synes den grunnleggende oppfatningen å være den samme: Dersom et forhold ikke er tilstrekkelig fremhevet av partene, bør voldgiftsretten ikke kunne bygge på det. Den relativt inngående granskningen av voldgiftsrettens dom som er nødvendig for å vurdere om en faktisk anførsel var fremhevet i slik grad at voldgiftsretten kan bygge på det, står også i et spenningsforhold til det materielle prøvingsforbud. Her bør domstolene unngå ufrivillig å tre inn i voldgiftsrettens posisjon.

Påberopelseskravet synes vanskelig å forene med de forhold som var ment å rammes av modelloven 34(2)(a)(iii). Som drøftet i kapittel 4.3.2, synes modellovens kompetansebestemmelse særlig å rette seg mot *ultra* og *extra petita*-avgjørelser, og avgjørelser som ligger helt utenfor partenes faktiske anførsler. At avgjørelser som går utenfor påberopte påstandsgrunnlag betegnes som kompetanseoverskridelse, synes å henge sammen med at påberopelseskravet i de nordiske lovene inngår i samme bestemmelse som krav og påstander. Normteoretisk kan det synes mer naturlig å se på påberopelseskravet som et slags saksbehandlingskrav, snarere enn å rette seg mot voldgiftsrettens kompetanse. Kravet om at retten «bare kan» bygge på påberopte påstandsgrunnlag, retter seg hovedsakelig mot *hvordan avgjørelsen skal begrunnes*, ikke om voldgiftsretten har kompetanse til å avsi dom på et visst grunnlag.

¹⁸⁵ Schiersing (2016), s. 490.

¹⁸⁶ Ibid., s. 493.

Disse forholdene taler for at domstolene bør utvise forsiktighet med å kjenne en voldgiftsdom som bygger på ikke-påberopte påstandsgrunnlag ugyldig etter voldgiftsloven § 43(1)(c). At voldgiftsretten bygger på et faktum som ikke har vært tilstrekkelig fremhevet, er i utgangspunktet problematisk fordi avgjørelsen dermed kan komme *overraskende* på partene. De hensynene som begrunner kravet kan derfor tale for at påberopelseskravet i skandinavisk rett heller bør betraktes som en side av kontradiksjonskravet, og bør henføres under modelloven artikkel 34(2)(a)(ii).

En annen sak er at det kan tenkes tilfeller der rettens begrunnelse avviker i så stor grad fra det partene fremhevet i sine prosedyrer og for øvrig, at man kan anse at saken de facto ligger «utenfor» det faktum partene bygger på. I slike tilfeller kan man nok si at det likevel foreligger en kompetanseoverskridelse.

4.3.5 «Jura novit curia» og kompetanseoverskridelse i norsk rett

Kompetanseoverskridelse er en ugyldighetsgrunn etter voldgiftslovens § 43(1)(c), og et grunnlag for å nekte anerkjennelse og fullbyrdelse etter § 46(1)(c). Bestemmelsene bygger på modellovens artikkel 34(2)(a)(iii), og rammer voldgiftsdommer som «ligger utenfor voldgiftsrettens domsmyndighet.» Forarbeidene er knappe, og gir liten veiledning for når kompetanseoverskridelse er ment å foreligge. Som det klare utgangspunkt må analysen derfor forankres i modelloven og den internasjonale litteraturen, slik Høyesterett tar til orde for i «Skaugen»-saken.¹⁸⁷

Et særlig spørsmål i denne sammenhengen er om rammene for voldgiftsrettens kompetanse skal fastlegges ut ifra anvisningene i voldgiftsloven § 32. Bestemmelsen angir at voldgiftsretten bare kan avgjøre «de krav som er reist i saken», at avgjørelsen må ligge «innenfor rammen av de påstander partene har lagt ned», og bare kan bygge på «de påstandsgrunnlag som er påberopt.» Dette er samme formulering som i tvisteloven § 11-2 første ledd, første og annet punktum. Norsk underrettspraksis synes å bygge på at grensene som angis i § 32 og §43(1)(c) er identiske.¹⁸⁸

Som jeg har drøftet over, er det lite som taler for at modellovens bestemmelse er ment å ramme så vidt som voldgiftsloven § 32. Modelloven artikkel 34(2)(a)(iii) retter seg primært mot

¹⁸⁷ Se kapittel 1.2.2 og HR-2017-1932-A, avs. 113–115.

¹⁸⁸ LB-2008-136865; TOSLO-2017-125770; TSFAO-2016-4490.

resultater som går utenfor det som er påstått, ikke *hvilke anførsler* dommen kan bygges på.¹⁸⁹ Som uttalt av *Born*, er det riktigere å foreta en pragmatisk undersøkelse av «whether the parties and tribunal had an opportunity to consider and submit evidence and argument on a particular issue», enn å «nilese» voldgiftsdommen for å vurdere om påstandsgrunnlagene var påberopt eller ikke.¹⁹⁰ Det er vanskelig å komme bort fra at § 32 synes å falle innenfor den slags «unduly formalistic approaches», bygget på nasjonal sivilprosess, som *Born* advarer mot.¹⁹¹

På denne bakgrunn synes det hensiktsmessig å operere med en friere tilnærming til spørsmålet om kompetanseoverskridelse i voldgift enn i sivilprosessen, slik forarbeidene til den svenske LSF tar til orde for.¹⁹² Det avgjørende for om et faktum kan bygges på, bør være om den aktuelle omstendigheten har vært «framme i saken» på en slik måte at motparten måtte (eller burde) ha forstått at den kunne bli lagt til grunn for voldgiftsdommen.¹⁹³ Ettersom «lakmustesten» for et lands voldgiftsvennlighet er i hvilken grad allerede avsagte internasjonale voldgiftsdommer tillates fullbyrdelse, bør dette gjelde desto mer for § 46(1)(c) om fullbyrdelsesnektelse.¹⁹⁴

Woxholth har tatt til orde for at det bør innfortolkes et innvirkningskrav i § 43(1)(c).¹⁹⁵ Dette er en mulig tilnærming, som også er lagt til grunn i svensk rett. Muligens er noen situasjoner nærmere å henføre under § 43(1)(c), med et innvirkningskrav, og andre under § 43(1)(b) om kontradiksjon.

Spørsmålet som gjenstår, er når voldgiftsrettens anvendelse av ikke-påberopte rettsgrunnlag medfører kompetanseoverskridelse. I en av de få eksplisitte drøftelsene av «jura novit curia»-begrepet i norsk voldgift, fremholder *Woxholth* om dette at:

«Når det gjelder voldgiftsrettens anvendelse av rettsregler og rettssetninger, er utgangspunktet etter norsk sivilprosess at domstolen står fritt (jura novit curia), og det forhold at saken er blitt avgjort på grunnlag av en rettsregel eller rettssetning som partene ikke har påberopt, vil aldri kunne utgjøre en overskridelse av domsmyndigheten.»¹⁹⁶

¹⁸⁹ Se kapittel 4.3.2.

¹⁹⁰ *Born* (2023), §25.04[F][4][a].

¹⁹¹ *I.c.*

¹⁹² *Sml. SOU 2015:37*, s. 19.

¹⁹³ *I.c.*

¹⁹⁴ *Sml. Ot.prp. nr. 27 (2003–2004)*, s. 114, som synes å forutsette at §43(1)(c) og §46(1)(c) skal anvendes likt.

¹⁹⁵ *Woxholth (2013)*, s. 863 og 924.

¹⁹⁶ *I.c.*

Hvorvidt uttalelsen holder stikk eller ikke, beror på hva som legges i «anvendelse av rettsregler og rettssetninger». I praksis er det neppe dekning for en så kategorisk uttalelse. Under den pragmatiske tilnærming *Born* tar til orde for, synes det heller ikke å være noe skarpt skille mellom faktum og jus.¹⁹⁷ Når spørsmålet er om partene «had an opportunity to consider and submit evidence and argument» vedrørende de faktiske forhold voldgiftsretten bygget på, kan det like godt tenkes at anvendelsen av et ikke-påberopt rettsgrunnlag foranlediger ytterligere bevisføring.¹⁹⁸ Dette illustrerer imidlertid et poeng som Høyesterett trakk frem i Rt. 2005 s. 1590 («Lisa»):

«[S]pørsmålene om retten har gått ut over partenes påstander, anførsler og bevisfakta – som ikke ble tillatt fremmet – henger nært sammen med spørsmålet om partene har fått anledning til å uttale seg om faktum som retten har lagt avgjørende vekt på. Alle spørsmålene fanges opp av det kontradiktoriske prinsipp.»¹⁹⁹

Uttalelsen kan ha større betydning enn det synes ved første øyekast. Selv om førstvoterende nok ikke mente det slik, er det *kontradiksjonsprinsippet* som får «det siste ordet» i en sak der voldgiftsretten har bygget på ikke-påberopte rettsgrunnlag.²⁰⁰ I norsk rett er ikke dette en fremmed tanke. *Gunnar Aasland* fremhever nettopp kontradiksjon som et viktig hensyn for å bygge på et påberopelseskrav, i artikkelen «Retten stilling til partenes anførsler i tvistemål».²⁰¹ Artikkelen er en viktig milepæl i utviklingen av det moderne påberopelseskravet, ettersom det tidligere hadde vært en viss diskusjon om hvordan tvistemålsloven skulle forstås på dette punktet.²⁰² I en drøftelse av om domstolene kan bygge på foreldelse uten at det er anført av partene, uttaler han (mine kursiveringer):

«Når retten bygger på en omstendighet som ikke er gjort gjeldende, og som motparten altså ikke har hatt foranledning til å uttale seg om, *svikter den garanti som ligger i en kontradiktorisk forhandling.*»²⁰³

¹⁹⁷ *Born* (2023), §25.04[F][4][a]. Se også *Knuts* (2012), s. 671

¹⁹⁸ *Born* (2023), §25.04[F][4][a].

¹⁹⁹ Rt. 2005 s. 1590, avs. 25. Avgjørelsen vil behandles nærmere i kapittel 10.3.

²⁰⁰ *Cordero-Moss* (2016), s. 323 og 328.

²⁰¹ *Aasland* (1967), s. 173.

²⁰² *Skoghøy* (2020), s. 211–217.

²⁰³ *Aasland* (1967), s. 173.

Norsk rett synes derfor å svare mer til modellovens løsning enn det umiddelbart kan synes. Ettersom partenes rett til kontradiksjon ofte vil være et sentrale der voldgiftsretten har bygget på ikke-påberopte rettsgrunnlag, vil dette være hovedfokuset i resten av avhandlingen.

4.3.6 Oppsummering og konklusjoner

Mens det er vanskelig å si noe helt spesifikt om hvordan kompetansebestemmelsen i voldgiftsloven §43(1)(c) skal tolkes, kan følgende *funksjonelle* hypotese oppstilles: Så fremt voldgiftsretten etter tvistelovens § 11-2(1) ville vært innenfor kompetansen, vil det *iallfall* ikke kunne være tale om kompetanseoverskridelse etter voldgiftslovens bestemmelse. I den forstand kan det argumenteres for at voldgiftsloven § 32 heller gir uttrykk for det som er «best practice» enn å definere minstekravene som må oppfylles for å unngå ugyldighet etter § 43- og 46(1)(c).

Analysen av modelloven og den internasjonale litteraturen gir videre grunnlag for å hevde at at partenes anførsler begrenser voldgiftsrettens kompetanse til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag i noe mindre grad i voldgift enn i sivilprosessen. Som den praktiske hovedregel kan det synes som at voldgiftsdommen opprettholdes, så lenge:

- (i) domsslutningen ligger innenfor påstandene;
- (ii) voldgiftsdommen bygger på partenes anførsler; og
- (iii) partene har hatt en rimelig anledning til å uttale seg om de forholdene som voldgiftsretten bygger på.

Termen «påstander» må imidlertid forstås noe videre enn i sivilprosessen. Mens den kvantitative begrensningen nok vil være den samme, knytter den *kvalitative* begrensningen seg i sivilprosessen ofte nært opp til hvilket «krav» partene har fremsatt.²⁰⁴ Som jeg har behandlet i analysen synes det derimot som at voldgiftsretten i noen tilfeller kan tilkjenne noe som hadde vært å regne som to ulike «krav» etter tvisteloven § 11-2(1), uten at kompetansen av den grunn er overskredet etter modelloven artikkel 34(2)(a)(iii).

Når det gjelder kravet til påberopelse av påstandsgrunnlag, bør utvises en noe større pragmatisme enn i sivilprosessen: Vurderingen av kompetanseoverskridelse under modelloven ligner *funksjonelt sett* mer på en vurdering av om partene har hatt mulighet til å uttale seg om

²⁰⁴ Robberstad (2021), s. 339.

de faktiske anførsler og rettsgrunnlag voldgiftsretten bygger på. Der voldgiftsretten har bygget på ikke-påberopte rettsgrunnlag, synes det derfor som at det i praksis sjelden vil være rammene for voldgiftsrettens kompetanse som blir avgjørende for om voldgiftsdommen er gyldig. Heller vil det sentrale ofte være om partenes rett til kontradiksjon ble ivaretatt.²⁰⁵ I resten av Del II vil jeg derfor forutsette at voldgiftsretten er innenfor kompetansen, og fokusere på kontradiksjon.

Rammene for voldgiftsrettens kompetanse har ikke kommet på spissen for Høyesterett. Det er derimot eksempler i underrettspraksis på at voldgiftsloven § 32 tolkes på samme måte som tvisteloven § 11-2 (1).²⁰⁶ Dermed kan konklusjonen på dette punktet kanskje synes som et slags *de sententia ferenda*-argument. Høyesterett har imidlertid både i «Skaugen»- og «Bølgedemper»-dommen uttrykkelig tatt til orde for at sentrale voldgiftsrettslige problemstillinger bør underlegges «de-nasjonalisert» tilnærming, og at modelloven vil være et «tolkningsmoment» der voldgiftsloven er uklar.²⁰⁷ Også forarbeidene understreker målsetningen om ensartede løsninger internasjonalt.²⁰⁸ For en så sentral bestemmelse som voldgiftsloven § 43(1)(c), som bygger direkte på modelloven artikkel 34(2)(a)(iii), er det derfor også *de lege lata* holdepunkter for konklusjonene som foreslås her. Som jeg vil komme tilbake til i Del III, er det også bredt grunnlag i internasjonal rettspraksis for denne forståelsen av kompetanseoverskridelse. At spørsmålet ikke er avklart i den norske litteraturen, er med dette som bakteppe neppe en god grunn nok til å bygge på den oppfatningen som uten videre forutsettes i noen eldre underrettsavgjørelser.

4.4 I hvilken utstrekning gir modelloven og voldgiftsloven partene rett til å uttale seg om rettsanvendelsen?

4.4.1 Problemstillingen

Kan en voldgiftsdom settes til side der saken har vært avgjort på grunnlag av et ikke-påberopt rettsgrunnlag som partene ikke har fått uttale seg om? Svaret beror langt på vei på hvorvidt partene har rett til *kontradiksjon* om rettsanvendelsen.

4.4.2 Utviklingslinjer

Jeg vil først drøfte noen utviklingstrekk i behandlingen av spørsmålet i norsk rett før og etter modellovens vedtagelse. Selv om «*jura novit curia*» og partenes rett til å uttale seg om rettsanvendelsen i svært liten grad er behandlet i norsk voldgiftslitteratur, forekommer noen drøftelser, om enn fragmentarisk.

²⁰⁵ Cordero-Moss (2016), s. 321.

²⁰⁶ LB-2008-136865; TSFAO-2016-4490; TOSLO-2017-125770.

²⁰⁷ Henholdsvis HR-2017-1932-A, avsnitt 114 og HR-2023-573-A, avsnitt 45.

²⁰⁸ NOU 2001: 33, s. 55 og 58.

Under tvistemålsloven²⁰⁹ var voldgift regulert i det sparsommelige kapittel 32. Av lovens § 460 fremgikk blant annet at «[f]ør avgjørelsen maa voldgiftsretten gi parterne adgang til at uttale sig.» Det er begrenset veiledning i litteraturen om bestemmelsen var ment å gjelde rettsanvendelsen, eller bare faktiske forhold.²¹⁰ En interessant uttalelse kan gjenfinnes i *Schei*, uten at den er nærmere begrunnet eller ser ut til å ha fått fotfeste (mine kursiveringer):

«Paragraf 640 har også den betydning at retten er avskåret fra å avgjøre saken på et faktisk *eller rettslig grunnlag* partene ikke har hatt anledning til å uttale seg om».²¹¹

Spørsmålet ble senere drøftet av *Brækhus*. I en artikkel i 1999, som blant annet tok for seg forhandlingsprinsippet i voldgift, oppstilte han to ulike typetilfeller.²¹² Det første, der voldgiftsretten *under hovedforhandlingen* finner at et ikke-påberopt «søksmålsgrunnlag» er aktuelt. Det andre, der voldgiftsretten «først blir oppmerksom på det ikke-påberopte, men relevante grunnlag under den dybdeboring i problemene som foregår i domskonferansene og under arbeidet med domspremissene.»²¹³

Om det første tilfellet, der voldgiftsretten *underveis i saksgangen* finner at et ikke-påberopt søksmålsgrunnlag er anvendelig, anbefaler han at voldgiftsretten utøver materiell prosessedelse: «Retten kan og bør da ta opp spørsmålet, f.eks. i den form at den spør parten om det er så at han ikke vil påberope seg dette grunnlag eller denne innsigelse, f.eks. foreldelse.»²¹⁴

Om det andre tilfellet, der voldgiftsretten først blir klar over det ikke-påberopte rettsgrunnlaget *etter at hovedforhandlingen er avsluttet*, inntar han en annen posisjon. Mens *Brækhus* anbefaler å forelegge spørsmålet for partene («best practice»), er det ikke *nødvendig*.²¹⁵ Så fremt voldgiftsretten holder seg innenfor de påberopte påstandsgrunnlag, kan den avgjøre saken også ut ifra ikke-påberopte rettsgrunnlag (mine kursiveringer):

²⁰⁹ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).

²¹⁰ Verken Alten (1954) eller Mæland (1988) synes å omtale problemstillingen.

²¹¹ Schei (1990), s. 449.

²¹² Brækhus (1999), s. 274–275.

²¹³ I.c.

²¹⁴ Ibid., s. 275.

²¹⁵ I.c.

«Hvis det nye grunnlag bare består i en ny rettslig konstruksjon på grunnlag av de dokumenterte faktiske omstendigheter, må retten i prinsippet kunne bygge på det, uten å forelegge spørsmålet for partene først – *retten er suveren når det gjelder rettsanvendelsen.*»²¹⁶

Uttalelsen bygger på det syn at voldgiftsretten er bundet til faktum, men ikke til jus. Dette fremholdes riktig nok å være en «nødløsning», for «å forhindre at det blir avsagt en materielt uriktig dom.»²¹⁷ Det underliggende synspunktet er likevel at domstolene står fritt når det gjelder rettsanvendelsen – «*jura novit curia*». Som vil fremgå særlig i drøftelsen av engelsk rett, er det imidlertid ikke åpenbart at hensynet til et materielt «riktig» resultat bør trumfe partenes rett til kontradiksjon: Dersom domstolene alltid skulle tilstrebet en materielt riktig løsning på en tvist, uavhengig av partenes anførsler, ville saksbehandlingen stå i fare for å bli langt mer kostbar og omstendelig enn nødvendig.²¹⁸ Her, som ellers, må kontradiksjon og effektivitet veies mot hverandre. Ikke minst er rettstilstanden betydelig endret siden *Brækhus'* artikkel, og ikrafttredelsen av ny voldgiftslov i 2005.

Ut over dette er det begrenset veiledning å hente fra den norske litteraturen. I forbindelse med kompetanseoverskridelse drøfter *Woxholth* som tidligere nevnt «*jura novit curia*», uten at det sies noe nærmere om forholdet til kontradiksjonsprinsippet. Interessant er likevel en drøftelse av «kommunikasjonsprinsippet» i voldgiftsloven § 26 tredje ledd.²¹⁹ Bestemmelsen krever at partene tilsendes «[a]lle meddelelser, dokumenter og annen informasjon som blir lagt frem for voldgiftsretten». *Woxholth* argumenterer for at partene ikke bare har krav på innsyn i faktiske bevis og dokumenter, men også i rettslig materiale.²²⁰ Dette kan tale for at partene i noen grad har rett til å til å uttale seg om juridiske problemstillinger. Noen avklaring gir av problemstillingen gir dette imidlertid ikke.

Kolrud m.fl. påpeker som tidligere nevnt, og i likhet med *Woxholth*, at voldgiftsrettens domsmyndighet ikke overskrides «når den subsumerer faktiske forhold på et annet juridisk grunnlag enn det som partene har anført.»²²¹ Samtidig inntas et viktig forbehold: «Det kan imidlertid stride mot det kontradiktoriske prinsipp om partene ikke har fått anledning til å uttale

²¹⁶ I.c.

²¹⁷ I.c.

²¹⁸ Aasland (1967), s. 162.

²¹⁹ *Woxholth* (2013), s. 617.

²²⁰ I.c.

²²¹ *Kolrud m.fl.* (2007), s. 254.

seg om et faktum som retten har lagt avgjørende vekt på, jf. Rt. 2005 s. 1590 ...»²²² Selv om det forutsettes at voldgiftsretten *kan* bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, må det med andre ord likevel kreves kontradiksjon om nye fakta foranlediger dette. Om dette gjelder rettsanvendelsen *i seg selv*, kommenteres derimot ikke.

4.4.3 UNCITRALs modellov og spenningsforholdet mellom «jura novit curia» og «due process»

Norsk litteratur gir med andre ord meget begrenset veiledning for problemstillingen. Ettersom voldgiftsloven bygger på modelloven, og er ment å bidra til uniforme løsninger internasjonalt, er det nødvendig å se hen til både modellovens og New York-konvensjonens bestemmelser, herunder tolkningene i den toneangivende internasjonale litteraturen.

I henhold til modelloven artikkel 34(2)(a)(ii) kan en voldgiftsdom settes til side dersom «the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings» og der parten «was otherwise unable to present his case». Bestemmelsen svarer til New York-konvensjonens artikkel V(1)(b), som inneholder en identisk formulering. Den må videre ses i sammenheng med modellovens artikkel 18, som gir uttrykk prinsippene om kontradiksjon og likebehandling: «The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.»

Artikkel 34(2)(a)(ii) og New York-konvensjonen artikkel V(1)(b) sies gjerne å gi uttrykk for det mer overordnede kravet om «due process».²²³ Ved vurderingen av om «due process» er tilsidesatt, skal det ses hen til internasjonale standarder, ikke nasjonal sivilprosess.²²⁴ Selv om kontradiksjon og partslikhet utgjør kjernen i «due process»-begrepet, kan det også antas å ha en viss betydning som en noe bredere norm, som omfatter grunnleggende prosessuelle garantier. Disse kan sammenfattes som at voldgiftsretten må respektere partenes avtaler om saksbehandlingen, være uavhengig og opptre i samsvar med prinsippet om partslikhet, og gi partene (lik) anledning til å fremføre sin sak.²²⁵ Det må imidlertid opereres med en høy terskel

²²² I.c.

²²³ Born (2022), §26.05[C][3][a], som betegner slike krav som «requirements of procedural fairness». Se også Ferrari m.fl. (2020), s. 6–9.

²²⁴ Ferrari m.fl. (2020), s. 6–9.

²²⁵ Blackaby m.fl. (2022), s. 578; Born (2022) §1.04[B][1][a]; Ferrari (2022), s. 30 og 36; Cordero-Moss (2016), s. 298–299; Oldenstam og Löf (2015), s. 290.

for tilsidesettelse etter disse bestemmelsene.²²⁶ Som understreket av *Redfern og Hunter*, har partene bare rett til en «reasonable – rather than exhaustive – opportunity to present its case.»²²⁷

Kravet til «fair trial» i EMK artikkel 6 kan også tenkes å få betydning i denne forbindelse. Nyere praksis fra EMD og Tysklands føderale høyesterett indikerer at EMK artikkel 6 vil få økt betydning i voldgift i årene fremover.²²⁸ Det er derimot liten grunn til å tro at retten til en «fair trial» i EMK artikkel 6 vil «konsumere» kravet til «due process» i voldgift. Det synes riktigere å anse de to systemene som to ulike «spor», selv om de vil lede langt på vei til de samme resultatene. Forholdet mellom de to systemene kan imidlertid tenkes å komme på spissen der voldgiftsretten bygger på ikke-påberopte rettsgrunnlag. I denne forbindelse kan det stilles spørsmål ved om EMK artikkel 6 gir et mer omfattende vern mot overraskende rettsanvendelse enn modelloven og New York-konvensjonens krav til «due process». Forholdet mellom voldgift og EMK er imidlertid et eget emne, som ikke behandles nærmere her.²²⁹

Spørsmålet blir dermed hva som ligger i partenes rett til å bli hørt under kravet til «due process». Det er bred enighet i litteraturen om at partene iallfall må gis anledning til å uttale seg om de *faktiske forhold* som voldgiftsretten vil bygge på.²³⁰ Et annet spørsmål er om de også må gis anledning til å uttale seg om *rettsanvendelsen*. Når det gjelder «best practice», uttaler *Redfern og Hunter*:

«... [W]here the arbitral tribunal intends to rely on authorities not cited by the parties, best practice is always to permit the parties to comment before rendering a decision».²³¹

Hvorvidt unnlattelsen av å gi partene anledning til å uttale seg i slike tilfeller også må anses som en tilsidesettelse av «due process» som kan lede til *ugyldighet* eller *fullbyrdelsesnektelse*, varierer mellom rettssystemer. Noen har argumentert for at det her er et avgjørende skille mellom «common law»- og «civil law»-jurisdiksjoner.²³² Oppfatningen synes å være at et «almost inherent» trekk ved sivilrettslige rettssystemer, eller «the general rule on the continent», er at det ikke gjelder noen rett til kontradiksjon om rettsanvendelsen.²³³

²²⁶ Ferrari m.fl. (2020), s. 10–11.

²²⁷ Blackaby m.fl. (2022), s. 578.

²²⁸ *Beg S.p.a. v Italy* (2021); BVerfG, 1 BvR 2103/16 (2022); Blackaby m.fl. (2022), s. 543.

²²⁹ For en grundig behandling av EMK artikkel 6 og idrettsvoldgift, se Solvang (2022), s. 237–239 og 250–267.

²³⁰ Born (2023), §25.04[B][6]; Blackaby m.fl. (2022), s. 304 – 305.

²³¹ Blackaby m.fl. (2022), s. 304. Se også Born (2023), §25.04[F][4][a].

²³² Mantakou (2014), s. 488; Jung (2023), 8.

²³³ Mantakou (2014), s. 488.

Et slikt skille mellom «common law» og «civil law» blir imidlertid for unyansert.²³⁴ En nærmere analyse av ulike europeiske land viser at forskjellene neppe er så store.²³⁵ Engelsk voldgiftsrett kan anses som et «ytterpunkt» i «jura novit curia»- debatten, ettersom partenes rett til «due process» som det klare utgangspunkt også innebærer en rett til å uttale seg også om rettsgrunnlag og tolkning av rettskilder.²³⁶ Samtidig er voldgiftsretten «not obligated to give the parties specific invitations to comment on every inference that might be drawn from the evidence or interpretation that might be given to a statute or contract.»²³⁷ Så fremt et forhold har vært «briefly raised», kan voldgiftsretten i utgangspunktet bygge på det uten nærmere kommentarer fra partene.²³⁸

Sveitsisk rett, på den andre siden, kan anses som det motsatte «ytterpunktet».²³⁹ Som følge av «jura novit curia», er det i utgangspunktet klart nok ingen ugyldighetsgrunn at partene ikke har fått uttale seg om rettsanvendelsen.²⁴⁰ Men også sveitsisk rett oppstiller unntak under ekstraordinære omstendigheter, der rettsanvendelsen var tilstrekkelig «overraskende» for partene.²⁴¹ Ut over dette er det nokså ulike løsninger på kontinentet: Fransk rett krever som hovedregel at partene gis anledning til å uttale seg, også om rettsanvendelsen.²⁴² Et lignende utgangspunkt synes å gjelde i tysk rett.²⁴³ I nederlandsk rett anses noen slik rett ikke å foreligge.²⁴⁴

Som ellers ved anvendelsen av modelloven og New York-konvensjonen, er det nødvendig å skjære gjennom nasjonal begrepsbruk og underlegge problemstillingen en *funksjonell* komparativ analyse. En sontring mellom «jura novit curia»-jurisdiksjoner der partene ikke har rett til å uttale seg om rettsanvendelsen, og motsatt, kan derfor lede til forhastede konklusjoner. Som påpekt av *Born*, synes det i realiteten som at såkalte «surprise decisions» kan lede til

²³⁴ Knuts (2018), s. 672; Blackaby m.fl. (2022), s. 305; ILA (2008), s. 11.

²³⁵ Knuts (2012), s. 673 og 680.

²³⁶ Born (2023), §25.04[B][6]; Blackaby m.fl. (2022), s. 304–305.

²³⁷ Born (2023), §25.04[B][6].

²³⁸ Sutton m.fl. (2007), s. 152 og 288. Se nærmere om «jura novit curia» og engelsk rett i kapittel 4.4.4.2.

²³⁹ Solvang (2022), s. 275, betegner sveitsiske domstolers overprøving av voldgiftsdommer som «usedvanlig snever, i betydningen liberalistisk.»

²⁴⁰ Blackaby m.fl. (2022), s. 305.

²⁴¹ Born (2023), §25.04[B][6]; Knuts (2012), s. 675–676. Se nærmere om sveitsisk rett i kapittel 4.4.4.3.

²⁴² Born (2023), §25.04[B][6]; Blackaby m.fl. (2022), s. 305.

²⁴³ Born (2023), §25.04[B][6], note 629.

²⁴⁴ Blackaby m.fl. (2022), s. 305.

ugyldighet i en rekke rettssystemer, uavhengig av om «*jura novit curia*» anses å gjelde eller ikke.²⁴⁵ Om dette fremholder han (mine kursiveringer):

«... [E]ven where this reasoning [«*jura novit curia*»] is adopted, courts have annulled awards that rested on authorities or arguments that the parties did not address and could not reasonably have foreseen as relevant. Where the arbitral tribunal adopts a legal position or theory different from that previously communicated to the parties or where its decision, for other reasons, came as a surprise to the parties, *the tribunal is required to inform the parties and permit them an opportunity to be heard on the issue.*»²⁴⁶

Det kan med andre ord synes som at «*due process*» stiller visse grunnleggende krav til prosessen, uavhengig av de formelle utgangspunktene i ulike rettssystemer. At «*overraskende*» avgjørelser bør unngås, synes å være en gjennomgående oppfatning internasjonalt.²⁴⁷ Knuts har foreslått et mulig, og treffende, vurderingstema:

«[T]he relevant question does not seem to be if the principle of *jura novit curia* is applicable in international arbitration at the seat of arbitration as such, but rather if application of that principle has a negative impact on the foreseeability of the arbitral award, to an extent that would constitute a violation of the right to be heard.»²⁴⁸

Følgende forhold må derfor has *in mente* i den videre behandlingen av problemstillingen: På den ene siden er det ingen *ensartet* internasjonal regulering av partenes rett til å uttale seg om rettsanvendelsen. På den andre siden er det indikasjoner på de *funksjonelle* likhetene er større enn ved første øyekast, iallfall når det gjelder mer graverende tilfeller. For å undersøke holdbarheten av en slik hypotese nærmere, vil jeg i det følgende se nærmere på «*jura novit curia*» og partenes rett til kontradiksjon i engelsk, sveitsisk og skandinavisk rett.

4.4.4 Komparativt og skandinavisk utsyn

4.4.4.1 Innledning

I det følgende vil jeg foreta en komparativ-funksjonell analyse av voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag. Formålet med analysen er å identifisere fellestrekk i

²⁴⁵ Born (2023), §25.04[B][6]. Se også Knuts (2012), s. 680–681.

²⁴⁶ Born (2023), §25.04[B][6].

²⁴⁷ Born (2023), §25.04[B][6]; Blackaby m.fl. (2022), s. 304; Knuts (2012), s. 680–681.

²⁴⁸ Knuts (2012), s. 680–681.

disse rettssystemene, uavhengig av de formelle utgangspunktene. Først vil jeg behandle det som kan anses som to «ytterpunkter» når det gjelder «*jura novit curia*» – engelsk og sveitsisk rett. Deretter ser jeg nærmere på Skandinavia. En skandinavisk analyse synes særlig meningsfylt med tanke på nærheten i rettskultur og bakgrunnsrett, særlig på formuerettens område. Dette forenkler dessuten sammenligningsgrunnlaget, og synliggjør eventuelle likheter og forskjeller.

4.4.4.2 «*Jura novit curia*» i England

Engelsk voldgift er en utpreget *partsstyrt* prosess.²⁴⁹ Partenes rett til kontradiksjon begrenser ikke bare sakens faktiske, men også dens rettslige, avgjørelsesgrunnlag. Voldgiftsrettens sentrale oppgave i engelsk rett er «to resolve the issues raised by the parties».²⁵⁰ Derfor kan engelsk rett betraktes som et «ytterpunkt» i diskusjonen om voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag. England er også et svært mye brukt og toneangivende sete i internasjonal voldgift, og de har dessuten en velutbygd voldgiftslovgivning og omfattende praksis.

England anses ikke formelt sett som et «modellovland», men den engelske voldgiftsloven, English Arbitration Act («EAA»), har likevel en rekke bestemmelser som bygger på modelloven.²⁵¹ I henhold til EAA § 68(2), kan en voldgiftsdom settes til side der det foreligger en «serious irregularity» ved voldgiftsdommen eller voldgiftsprosessen som har eller vil forårsake «substantial injustice» for en part. Bestemmelsen bygger på engelsk rettspraksis før vedtagelsen av EAA, og modelloven artikkel 34.²⁵² Det er sikker rett at det skal svært mye til før et forhold rammes av bestemmelsen.²⁵³

En «serious irregularity» foreligger blant annet hvis voldgiftsretten har tilsidesatt sin «general duty» etter EAA § 33.²⁵⁴ I henhold til § 33(1)(a) plikter voldgiftsretten å gi begge parter en «reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent». Hensynet til kontradiksjon må imidlertid veies mot hensynet til *effektivitet*; se § 33(1)(b) om at «unnecessary delay or expense» bør unngås. Tiltak for å sikre sakens effektivitet må imidlertid

²⁴⁹ Mistelis og Potocnik (2018), s. 139.

²⁵⁰ *Cameroon Airlines v. Transnet Ltd*, avsnitt 100–101.

²⁵¹ Merkin og Flannery (2008), s. 156.

²⁵² I.c.

²⁵³ Sutton m.fl. (2007), s. 485; Merkin og Flannery (2008), s. 157.

²⁵⁴ EAA, § 68(2)(a).

skje *innenfor rammene* av partenes rett til kontradiksjon, og «never at the expense of the fairness of the proceedings.»²⁵⁵

Som følge av kontradiksjonsprinsippets betydning i engelsk voldgift, kan voldgiftsretten som et klart utgangspunkt ikke avgjøre saken basert på ikke-påberopte rettsgrunnlag og rettskilder uten at partene først gis anledning til å uttale seg.²⁵⁶ Om et rettsgrunnlag eller faktisk forhold *aldri* har vært fremme under saken, og voldgiftsretten bygger på det uten å innehente partenes synspunkter, vil det som regel foreligge en «serious irregularity» etter § 68(2)(a).²⁵⁷

Partene har imidlertid bare en «reasonable» rett til å uttale seg; voldgiftsretten behøver ikke forelegge ethvert argument den vil bygge på for partene. Så lenge en faktisk eller rettslig anførsel har vært «briefly raised», eller «put into the arena», som det også sies, kan voldgiftsretten bygge på den.²⁵⁸ Dette gjelder i utgangspunktet selv om «the argument was not articulated in the way adopted by the tribunal».²⁵⁹ Så lenge voldgiftsretten bygger på partenes anførsler, vil en noe annen forståelse av rettskildene i utgangspunktet derfor ikke være en tilsidesettelsesgrunn.²⁶⁰

Partenes rett til å uttale seg om voldgiftsrettens avgjørelsesgrunnlag står i et visst spenningsforhold til EAA § 34(2). Bestemmelsen gir voldgiftsretten en bred adgang til å «decide all procedural and evidential matters», og bidrar blant annet til en effektiv løsning av saken.²⁶¹ Oppfatningen i litteraturen synes imidlertid å være at også § 34(2)(g) må anvendes innenfor rammene av partenes rett til å bli hørt etter § 33(1)(a).²⁶²

Kontradiksjonsprinsippets rolle i engelsk rett ble elegant oppsummert av Bingham LJ i avgjørelsen *Zermalt Holdings SA v. Nu Life Upholstery Repairs Ltd* (mine kursiveringer):

²⁵⁵ Mistelis og Potocnik (2018), s. 150.

²⁵⁶ Blackaby m.fl. (2022), s. 145; Born (2023), §25.04[B][6]; Mistelis og Potocnik (2018), s. 137 og 147. Av praksis kan vises til: *OA Northern Shipping Co. v Remolcadores De Marin SL (Remmar)* (2007), avsnitt 21–22; *Vee Networks Ltd v. Econet Wireless International Ltd* (2005), avsnitt 83–84; *Cameroon Airlines v. Transnet Ltd* (2004), avsnitt 100–101.

²⁵⁷ Blackaby m.fl. (2022), s. 304–305; Sutton m.fl. (2007), s. 488.

²⁵⁸ Mistelis og Potocnik (2018), s. 151; Sutton m.fl. (2007), s. 152 og 288.

²⁵⁹ *Sui Northern Gas Pipelines Ltd. V National Power Parks Management Company (Private) Ltd.* (2023), avsnitt 21.

²⁶⁰ Mistelis og Potocnik (2018), s. 151–152.

²⁶¹ *I.c.*

²⁶² *Ibid.*, s. 150 og 166.

«If an arbitrator is impressed by a point that has never been raised by either side, then it is his duty to put it to them so that they have an opportunity to comment. If he feels that the proper approach is one that has not been explored or advanced in evidence or submission, then again it is his duty to give the parties a chance to comment. If he is to any extent relying on his own personal experience in a specific way, then that again is something that he should mention so that it can be explored. *It is not right that his decision should be based on specific matters which the parties never had the chance to deal with, nor is it right that a party should first learn of adverse points in a decision against him.* That is contrary both to the substance of justice and to its appearance ...»²⁶³

Det engelske konseptet «natural justice», eller «the substance of justice», som Bingham LJ kaller det, har visse likheter med det internasjonale konseptet «due process» i voldgift. «Natural justice» krever at en voldgiftsrett med sete i England som vil benytte seg av et ikke-påberopt rettsgrunnlag, som et klart utgangspunkt må innhente partenes synspunkter for å unngå tilsidesettelse etter EAA § 68(2)(a).²⁶⁴

4.4.4.3 «Jura novit curia» i Sveits

Sveits kan på mange måter anses som Storbritannias motpol når det gjelder voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag.²⁶⁵ «Jura novit curia» både anses som og praktiseres som et *grunnleggende prinsipp* i sveitsisk voldgift. Det anses for å gi uttrykk for en rollefordelingen mellom domstolene og partene.²⁶⁶ Internasjonal voldgift reguleres av kapittel 12 i *Private International Law Act* («PILA»), og nasjonal voldgift av artikkel 353–399 i den sveitsiske sivillovbok («CCP»).²⁶⁷ Kun internasjonal voldgift behandles her.

I henhold til PILA artikkel 190(2)(d), kan en voldgiftsdom settes til side hvis «the principle of equal treatment of the parties or their right to be heard in an adversary procedure were violated». Hensynet til kontradiksjon i sveitsisk voldgift retter seg imidlertid som hovedregel, og i motsetning til i engelsk voldgift, bare mot *faktiske forhold*. «Jura novit curia» begrenser dermed kontradiksjonsprinsippets virkeområde, herunder prinsippet om at voldgiftsretten ikke kan

²⁶³ *Zermalt Holdings SA v. Nu Life Upholstery Repairs Ltd* (1985), avsnitt 15. Uttalelsen gjengis i *Vee Networks Ltd v. Econet Wireless International Ltd* (2005).

²⁶⁴ Mistelis og Potocnik (2018), s. 166.

²⁶⁵ Bonomi og Bochatay (2018), s. 392.

²⁶⁶ *Ibid.*, s. 377.

²⁶⁷ *Ibid.*, s. 378. Se også Born (2022), §22.02[E][2][a][ii].

tilkjenne noe *ultra* eller *extra petita*.²⁶⁸ Voldgiftsretten har derfor i utgangspunktet en vid adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, så lenge den ikke tilkjenner noe helt annet eller mer enn partene har anført.²⁶⁹ Forholdet mellom «due process» og «jura novit curia» i sveitsisk voldgift ble oppsummert av Sveits' Høyesteretts i dom 4A_400/2008 («Liedson»):

«In Switzerland, the right to be heard concerns particularly factual findings. The parties' right to be invited to express their position on legal issues is recognized only to a limited extent. Generally, according to the principle *jura novit curia*, state or arbitral tribunals are free to assess the legal relevance of factual findings and they may adjudicate based on different legal grounds from those submitted by the parties. Consequently, providing the arbitration agreement does not restrict the mission of the arbitral tribunal solely to the legal submissions made by the parties, these need not be heard specifically on the recognisable scope of legal provisions.»²⁷⁰

Også i sveitsisk rett må imidlertid «jura novit curia» vike for partenes rett til kontradiksjon i ekstraordinære tilfeller. Sveits' Høyesterett har oppstilt et snevert unntak der en avgjørelse er tilstrekkelig «*overraskende*» for partene. Som uttalt av Høyesterett i «Liedson»-dommen (mine kursiveringer):

«Exceptionally, the parties must be invited to express their position if the court or the arbitral tribunal considers basing its decision on a provision or legal consideration, *which has not been discussed during the proceedings and which the parties could not have suspected relevant.*»²⁷¹

Uttalelsen illustrerer at selv i land som operer med et strengt «jura novit curia»-prinsipp, må partene i visse tilfeller gis rett til å uttale seg om rettsanvendelsen. Denne unntaksregelen er derimot svært snever, som Høyesterett understreket i «Liedson»-dommen.²⁷² I sveitsisk litteratur har flere derfor tatt til orde for at unntaket er *for* snevert, og skaper en fare for upåregnelige avgjørelser.²⁷³

²⁶⁸ Ibid., s. 389 og 393.

²⁶⁹ Ibid., s. 393.

²⁷⁰ 4A_400/2008, avsnitt 6.1.

²⁷¹ I.c.

²⁷² Bonomi og Bochatay (2018), s. 390.

²⁷³ Ibid., s. 392.

4.4.4.4 Foreløpig oppsummering og konklusjoner

Analysen av engelsk og sveitsisk rett viser at hensynet til kontradiksjon i utgangspunktet tillegges ulik vekt i de to rettssystemene, og at de er to ytterpunkter på «skalaen». At sveitsisk rett oppstiller et unntak for kvalifisert «overraskende» avgjørelser, viser imidlertid at «due process» har en fast kjerne, der skillet mellom fakta og jus tillegges mindre vekt til fordel for forutberegnelighet. Uavhengig av de formelle utgangspunktene kan ikke voldgiftsretten gå «on a frolic of its own», som den engelske dommeren Lord Mustill uttalte om en voldgiftsdom som ble tilsidesatt i Canada.²⁷⁴

Den foreløpige konklusjonen er at dersom voldgiftsrettens rettsanvendelse er tilstrekkelig overraskende for partene, vil det også i rettssystemer som bygger på «jura novit curia» kunne være grunnlag for tilsidesettelse. I et forsøk på å plassere norsk rett på denne «skalaen», og for å undersøke om det er grunnlag for å oppstille et lignende «overraskelseskriterium» i norsk rett, går jeg nå videre til den *skandinaviske* analysen. Jeg ser først til løsningene som foreslås i Sverige, som må sies å være Nordens mest brukte sete for internasjonal voldgift, og deretter i Danmark.

4.4.4.5 «Jura novit curia» i Sverige

I Sverige anses «jura novit curia» som et grunnleggende prinsipp i voldgift.²⁷⁵ Begrepet defineres blant annet i forarbeidene til LSF:

«I svensk processrätt anses gälla principen «jura novit curia», dvs. domstolen har att självständigt leta ut vilka rättsregler som är tillämpliga de av parterna åberopade rättsfakta. Det förefaller givet att skiljemännen t.ex. vid tolkningen av ett lagrum fritt kan söka efter ledning i förarbeten, doktrin och praxis.»²⁷⁶

Ettersom «jura novit curia» anses å gjelde i svensk voldgift, har voldgiftsretten i utgangspunktet en vid adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, iallfall i nasjonale tvister. Likevel

²⁷⁴ *Louis Dreyfus S.A.S (SA Louis Dreyfus & Cie) v. Holding Tusculum B.V.* (2008), avsnitt 102. Voldgiftsretten hadde av eget tiltak bygget på den ikke-påberopte læren om «frustration», og følgelig tilsidesatt partenes rett til å bli hørt.

²⁷⁵ Lindskog (2020), s. 652.

²⁷⁶ SOU 1994:81, s. 177; Prop. 1998/99:35, s. 144–145.

begrenses de mulige rettsgrunnlagene både av påberopte rettsfakta²⁷⁷ og – antageligvis – av partenes rett til kontradiksjon.

Etter LSF § 34(1)(7) kan en voldgiftsdom settes til side der det «ar förekommit något fel i handläggningen som sannolikt har inverkat på utgången.» Bestemmelsen rammer blant annet voldgiftsdommer der kontradiksjonsprinsippet har blitt tilsidesatt. Kontradiksjonsprinsippet kommer til uttrykk i LSF § 24. Selv om bestemmelsen hovedsakelig retter seg mot faktiske forhold, synes den svenske litteraturen å forutsette at partene i visse tilfeller også må gis en rett til å uttale seg om *rettsanvendelsen*. Som understreket av *Lindskog*, innebærer «jura novit curia» «inte att det är acceptabelt att en part blir överraskad av en sådan rättstillämpning.»²⁷⁸ Både forarbeidene til LSF og svensk litteratur for øvrig tar til orde for at såkalt «overraskende rettsanvendelse» under omstendighetene må kunne medføre tilsidesettelse etter LSF § 34(1)(7).²⁷⁹ I hvilke tilfeller voldgiftsrettens rettsanvendelse er såpass overraskende at partenes rett til kontradiksjon må anses tilsidesatt, og voldgiftsdommen kan settes til side, må vurderes ut ifra svensk rettspraksis.

Dette synspunktet gjelder desto mer i *internasjonale saker*. Det er bred enighet i litteraturen om at voldgiftsretten i slike saker bør utvise større tilbakeholdenhet med å bygge avgjørelser på ikke-påberopte rettsgrunnlag og rettskilder enn i saker mellom svenske parter.²⁸⁰ Noen argumenterer for at «jura novit curia» ikke bør anvendes i internasjonale tvister i det hele tatt.²⁸¹ Som forarbeidene fremhever, bør dette særlig gjelde der partene tilhører jurisdiksjoner med en mer partsstyrt prosess, som England eller andre «common law»-jurisdiksjoner.²⁸²

Hva som nærmere bestemt skal til for tilsidesettelse etter LSF der voldgiftsretten har bygget på ikke-påberopte rettsgrunnlag, er omtvistet.²⁸³ I det ene ytterpunktet argumenteres det for at anvendelsen av ikke-påberopte rettsgrunnlag og rettskilder vil kunne utgjøre en *oppdragsoverskridelse* etter LSF § 34 nr. 3, og følgelig er fullstendig utelukket, iallfall i

²⁷⁷ Se kapittel 4.3.3.2.

²⁷⁸ Lindskog (2020), s. 652.

²⁷⁹ SOU 1994:81, s. 177; Prop. 1998/99:35, s. 145; Lindskog (2020), s. 652 og 761; Runesson (2018), s. 282; Hope og Hallberg (2018), s. 366; Hobér (2011), s. 317; Madsen (2009), s. 274; Heuman (2009), s. 341.

²⁸⁰ Lindskog (2020), s. 764; Hobér (2011), s. 257; SOU 1994:81, s. 177; Prop. 1998/99:35, s. 144–145.

²⁸¹ Hobér (2011), s. 257.

²⁸² SOU 1994:81, s. 177; Prop. 1998/99:35, s. 144–145.

²⁸³ Dette vil drøftes nærmere i kapittel 7–8, i behandlingen av svensk rettspraksis.

internasjonale saker.²⁸⁴ Den rådende oppfatningen synes imidlertid å være at tilsidesettelse bør forbeholdes de mest «overraskende» avgjørelsene.²⁸⁵ At kontradiksjonsprinsippet også i svensk voldgift setter visse skranker mot overraskende rettsanvendelse, til tross for at «*jura novit curia*» anses å gjelde, styrker grunnlaget for at en lignende regel bør oppstilles i norsk rett.

4.4.4.6 «*Jura novit curia*» i Danmark

Også i Danmark anses «*jura novit curia*» å gjelde i voldgift.²⁸⁶ I hvilken grad dette begrenser partenes rett til kontradiksjon, synes imidlertid å være et uavklart spørsmål i dansk rett, og i litteraturen er det ulike syn på spørsmålet.

Etter den danske voldgiftsloven § 37(2)(b) kan en voldgiftsdom settes til side der en part «ikke fik behørig meddelelse om udpegningen af en voldgiftsdommer eller om voldgiftssagens behandling eller af andre grunde var ude af stand til at fremføre sin sag». Bestemmelsen må ses i sammenheng med voldgiftsloven § 18, som gir uttrykk for prinsippene om kontradiksjon og partslikhet. Ifølge bestemmelsen skal partene «behandles lige», og gis «fuld lejlighed til at fremføre sin sag.» Bestemmelsen bygger direkte på artikkel 18 i modelloven, og betegnes i litteraturen som uttrykk for «*due process*».²⁸⁷

Når det gjelder «*best practice*», er det bred enighet i litteraturen om at voldgiftsretten bør tilstrebe å gi partene mulighet til å uttale seg om den nærmere forståelsen av ikke-påberopte rettsgrunnlag.²⁸⁸ Det er derimot ulike oppfatninger om hvorvidt manglende kontradiksjon om rettsanvendelsen kan føre til *ugyldighet*. *Schiersing* tar til orde for at spørsmålet må underlegges en konkret vurdering, der det sentrale er hvor langt voldgiftsrettens rettsanvendelse avviker fra partenes prosedyre:

«... [J]o mere frakoblet voldgiftsrettens juridiske bedømmelse er – eller forekommer – fra parternes juridiske anbringender, jo mere grund er der for voldgiftsretten til varsomhed, og i det mindste må det som nævnt klart anbefales, at voldgiftsretten i sådanne tilfælde anmoder parterne om kommentarer til sine eventuelle eller foreløbige overvejelser med henblik på at overholde

²⁸⁴ Hobér (2011), s. 317.

²⁸⁵ Lindskog (2020), s. 652, 761, note 2991 og 766; Runesson (2018), s. 282.

²⁸⁶ Schiersing (2016), s. 491; Juul og Thommesen (2008), s. 210.

²⁸⁷ Schiersing (2016), s. 291.

²⁸⁸ *Ibid.*, s. 494–495; Lookofsky og Petersen (2018), s. 126; Juul og Thommesen (2008), s. 211.

det kontradiktoriske princip, som er en hjørnestein i due process etter voldgiftslovens § 18. Højesterets præmisses i U 2016.1558/2 H bekrefter etter min oppfattelse det netop anførte.»²⁸⁹

Det er noe uklart om uttalelsen viser til materielle skranker mot overraskende rettsanvendelse, eller bare er en beskrivelse av hva som er «best practice» i Danmark. Henvisningen til § 18, «due process», og Højesterets dom i U 2016.1558/2 H tyder imidlertid på at *Schiersing* her mener å omtale ikke bare «best practice», men også voldgiftslovens minstekrav.

Juul og Thommesen fremholder: «Hvis voldgiftsrettens påtænkte rettsanvendelse avviker fra, hvad nogen af parterne har gjort gældende, bør voldgiftsretten normalt give parterne lejlighed til at udtale sig herom, inden der træffes afgørelse, sml. princippet i voldgiftslovens § 18 og § 24, stk. 2.»²⁹⁰ Begrepsvalget «bør» kan synes hovedsakelig å referere til «best practice», samtidig som henvisningen til voldgiftsloven § 18 og 24 om kontradiksjon kan tilsi at det også gjelder visse minstekrav i dansk rett.

Lookofsky og Petersen argumenterer for at det i dansk rett er et skille mellom «best practice» og hva som vil føre til ugyldighet etter voldgiftsloven. Innenfor rammene av voldgiftsrettens kompetanse, fremholder de at «Danish arbitration law generally leaves the exercise of powers under *iura novit arbiter* to the discretion of the tribunal concerned.»²⁹¹ Til tross for denne vide adgangen til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, understreker de at voldgiftsretten like fullt må ivareta partenes rett til *likebehandling*.²⁹² Samtidig er det uklart hvorfor denne siden av «due process» skal stå seg mot «*jura novit curia*», men ikke retten til kontradiksjon.

Rettsstilstanden i Danmark synes med andre ord ikke å være like omfattende drøftet som i Sverige. Litteraturen viser imidlertid flere steder til Højesterets dom i U 2016.1558/2 H, som gjaldt et ugyldighetssøksmål der voldgiftsretten hadde bygget på ikke-påberopte *prinsipper om avtaletolkning*.²⁹³ For å belyse analysen av norsk rett, vil jeg derfor behandle denne dommen nærmere sammen med typetilfellene i Del III.

²⁸⁹ Schiersing (2016), s. 494–495.

²⁹⁰ Juul og Thommesen (2008), 211.

²⁹¹ Lookofsky og Petersen (2018), s. 132.

²⁹² I.c.

²⁹³ Schiersing (2016), s. 492; Lookofsky og Petersen (2018), s. 125.

4.4.5 Gjelder det et «overraskelseskriterium» i norsk rett?

Analysen av de ulike rettssystemene over har belyst at både ifølge den internasjonale litteraturen om modelloven, og i engelsk, sveitsisk og svensk rett, er det holdepunkter for et slags «overraskelseskriterium». I dansk rett synes spørsmålet fortsatt å være uavklart. Rettskildene som er drøftet tyder på at et «overraskelseskriterium» ikke bør skille mellom fakta og jus, men heller må bygge på partenes *forventninger*.

Vurderingstemaet i den internasjonale litteraturen og de rettssystemene som er drøftet, synes å være om partene *rimeligvis kunne forutsett* anvendelsen av det ikke-påberopte rettsgrunnlaget.²⁹⁴ Dette bekrefter også i en viss utstrekning hypotesen om at «best practice» bør fastlegges ut ifra *partsautonomien* som retningslinje. Dermed vil de samme momentene som er relevante ved vurderingen av «best practice», kunne trekkes inn ved vurderingen av ugyldighet. Samtidig må terskelen for tilsidesettelse være høyere, som følge av modellovens og New York-konvensjonens målsetning om begrenset overprøving av voldgiftsdommer.

At rettssystemer på begge sider av «skalaen» på ulikt vis gir partene en viss rett til å uttale seg om rettsanvendelsen, er et tungtveiende argument for at det samme bør gjelde i norsk rett. Voldgiftsloven og den norske litteraturen gir imidlertid svært begrenset veiledning for spørsmålet. På bakgrunn av analysene som er gjort, kan visse utgangspunkter likevel utledes.

Der voldgiftsretten har bygget på ikke-påberopte rettsgrunnlag, vil voldgiftsloven § 43(1)(b) være det naturlige utgangspunktet for et ugyldighetssøksmål. Bestemmelsen rammer de tilfellene der en part «ikke ble gitt tilstrekkelig varsel om oppnevningen av en voldgiftsdommer eller om voldgiftssaken», eller «ikke har fått anledning til å fremstille sitt syn på saken.» Det er det siste alternativet som er aktuelt her. Bestemmelsen bygger på modelloven artikkel 34(2)(a)(ii), og må derfor tolkes i tråd med denne. § 43(1)(b) må også ses i sammenheng med voldgiftsloven § 20, hvoretter partene skal «ha full anledning til å fremføre sin sak.» Ettersom kontradiksjonsprinsippet i § 20 inngår i voldgiftslovens kapittel 6 om saksbehandlingen, kan tilsidesettelse også være aktuelt etter § 43(1)(e) om saksbehandlingsfeil. Det er neppe grunn til

²⁹⁴ Born (2023), §25.04[B][6]; Knuts (2012), s. 680–681; Lindskog (2020), s. 652; SOU 1994:81, s. 177; Prop. 1998/99:35, s. 145; Lindskog (2020), s. 652 og 761; Runesson (2018), s. 282; Hope og Hallberg (2018), s. 366; Hobér (2011), s. 317; Madsen (2009), s. 274; Heuman (2009), s. 341; Schiersing (2016), s. 494–495; *Sui Northern Gas Pipelines Ltd. V National Power Parks Management Company (Private) Ltd.* (2023), avsnitt 21; *Zermalt Holdings SA v. Nu Life Upholstery Repairs Ltd* (1985), avsnitt 15; 4A_400/2008, avsnitt 6.1.

å legge ulikt innhold i kontradiksjonsprinsippet og hva som må kreves for ugyldighet avhengig av hvilken bestemmelse som benyttes, selv om § 43(1)(e) inneholder et innvirkningskrav.

Ut over dette gir voldgiftsloven begrenset veiledning. Dette er ikke et argument *mot* et overraskelseskriterium; heller ikke de landene som er analysert har noen eksplisitt bestemmelse om dette i sine voldgiftslover. Analysen av om det gjelder et «overraskelseskriterium» i norsk rett vil derfor måtte baseres på en syntese av den internasjonale litteraturen med norsk og internasjonal rettspraksis.

DEL III UTVALGTE TYPETILFELLER

5 Innledning

I denne delen av avhandlingen vil jeg forsøke å fastlegge nærmere hvilken adgang voldgiftsretten *i praksis* har til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag. Basert på drøftelsene i Del II kan det oppstilles to *hypoteser*. For det første at en voldgiftsdom avsagt i Norge kan kjennes ugyldig dersom rettsanvendelsen er tilstrekkelig «overraskende» for partene. For det andre at rammene for voldgiftsrettens kompetanse er noe videre i voldgift enn i sivilprosessen. For å strukturere analysene vil jeg basere meg på noen ulike typetilfeller knyttet til norsk formuerett, som typisk kan komme opp i en voldgift med sete i Norge. De kunne imidlertid like godt knyttet seg til engelsk, fransk, eller kinesisk rett; voldgiftslovens krav til prosessen er de samme.

Jeg vil hovedsakelig vurdere typetilfeller der det foreligger relevant norsk praksis. Ettersom kildematerialet imidlertid er begrenset, er det også nødvendig å vurdere om *internasjonal rettspraksis* gir veiledning.²⁹⁵ Dette samsvarer med den «de-nasjonaliserte» tilnærmingen som Høyesterett har bygget på i «Skaugen»- og «Bølgedemper»-dommene.²⁹⁶

Samtidig vil det heller ikke være praktisk å se hen til rettspraksis fra for mange land. Det er grunn til å tro at nordisk og skandinavisk rettspraksis vil ha visse fellestrekk, ettersom nordisk rettstradisjon og voldgiftspraksis nok vil ha preget hvordan ugyldighets- og nektelsesgrunnene i modelloven og New York-konvensjonen anvendes i praksis.²⁹⁷ Hensynet til rettsenhet kan vanskelig oppnås i hele Europa; derimot er det grunn til å tilstrebe en relativt lik regulering internt i de *nordiske* landene.²⁹⁸ Derfor vil jeg særlig konsentrere meg om praksis herifra. Utvalget av rettspraksis bygger på dommene som særlig fremheves som relevante i drøftelser av «*jura novit curia*» i hovedlitteraturen i svensk og dansk rett.²⁹⁹ Formålet med analysen er derfor dels en bredere nordisk analyse, og å plassere Norge som voldgiftssted i en internasjonal

²⁹⁵ Tørum (2018), s. 114; Berg (2006), s. 36.

²⁹⁶ Henholdsvis HR-2017-1932-A, avsnitt 113–114 og HR-2023-573-A, avsnitt 45.

²⁹⁷ Woxholth (2013), s. 95.

²⁹⁸ I.c.

²⁹⁹ Av svensk litteratur har jeg særlig bygget på hovedverket til Lindskog (2020), samt Hobér (2011), Madsen (2009), Heuman (1999), Runesson (2018), s. 292 og Hope og Hallberg (2018). Av dansk litteratur har jeg basert meg på det danske hovedverket, Schiersing (2016), Lookofsky og Petersen (2018) og Juul og Thommesen (2008).

sammenheng, dels å vurdere om det av nordisk rettspraksis kan utledes noe av generell overføringsverdi til *norsk rett*.

Jeg vil også analysere en avgjørelse fra sveitsisk rett, der en voldgiftsdom ble satt til side som følge av «overraskende» rettsanvendelse.³⁰⁰ Etersom Sveits representerer et «ytterpunkt» der partene som et klart utgangspunkt *ikke* gis en rett til å uttale seg om rettsanvendelsen, vil det *rent praktisk* kunne antas at et saksforhold som er «overraskende» nok til å medføre ugyldighet i sveitsisk rett, også vil være det i norsk rett. Det ikke er holdepunkter for at norsk rett er ment å være *strengere enn* sveitsisk.

Jeg vil derimot ikke se nærmere på engelsk rettspraksis. Engelsk rett bygger på at partene *som hovedregel* må gis en anledning til å uttale seg om voldgiftsrettens rettsanvendelse.³⁰¹ Et «overraskelseskriterium» er imidlertid et *unntak* fra «*jura novit curia*», og utgangspunktet om at kontradiksjonsprinsippet i norsk rett bare gjelder for faktiske forhold. Engelsk rettspraksis gir derfor begrenset veiledning for spørsmålet om partenes rett til å uttale seg om rettsanvendelsen.

Jeg innleder drøftelsen med et mer åpenbart typetilfelle, voldgiftsrettens anvendelse av ikke-påberopte *foreldelsesgrunnlag*. Deretter vil jeg gå over til en nærmere analyse av nordisk rettspraksis, og voldgiftsrettens adgang til å drive selvstendig avtaletolkning, –utfylling og – revisjon. Basert på analysene av «overraskelseskriteriet» og kompetanseoverskridelse i Norden, vil jeg avslutningsvis vurdere voldgiftsrettens adgang til av eget tiltak å redusere erstatningen. Dette blir en «inngangsdør» for å vurdere om Høyesteretts dom Rt. 2005 s. 1590 («Lisa») er i samsvar med øvrig nordisk praksis, og den internasjonale litteraturen. «Lisa»-dommen vil behandles i kapittel 10.

6 Foreldelse

6.1 Foreldelse er ikke påberopt

I de fleste voldgiftssaker vil en av partene ha fremsatt et *pengekrav*, typisk som følge av motpartens (angivelige) kontraktsbrudd. Dersom det er uklart når kravet oppsto, vil saksøkte

³⁰⁰ Se kapittel 9.3.

³⁰¹ Se kapittel 4.4.4.2.

kunne innvende at kravet er *foreldet* etter foreldelsesloven.³⁰² Problemstillingen her er om voldgiftsretten, uten at foreldelse er påberopt, kan avgjøre saken på dette grunnlaget.

For å illustrere problemstillingen kan følgende situasjon tenkes: Saksøker har fremsatt et krav om erstatning på 100.000 kroner, etter avhendingsloven³⁰³ § 4-14(1), som følge av mangler ved en leilighet. Saksøkte motsetter seg kravet, og nedlegger påstand om frifinnelse. Partenes prosedyrer under hovedforhandlingen konsentrerer seg om hvorvidt leiligheten er i kontraktsmessig stand eller ikke. Verken muntlig eller skriftlig kommer det derimot frem nøyaktig *når* misligholdet inntrådte. Under rådslagningen kommer voldgiftsretten likevel til at kravet er foreldet etter hovedregelen i foreldelsesloven §§ 3(2) jf. 2. Dermed frifinnes saksøkte. Saksøker tar deretter ut ugyldighetssøksmål ved de alminnelige domstolene, og anfører kompetanseoverskridelse og manglende kontradiksjon.

Det foreligger ingen norsk rettspraksis om dette typetilfellet.³⁰⁴ Så vidt vites, er spørsmålet heller ikke behandlet i den norske litteraturen. Løsningen er imidlertid nokså klar. Selv om det er grunn til å tro at rammene for voldgiftsrettens kompetanse er noe videre etter voldgiftsloven § 43(1)(c) enn tvisteloven § 11-2(1), danner partenes *faktiske anførsler* i alle tilfeller den ytre rammen for hva voldgiftsretten kan bygge på.³⁰⁵ Ifølge foreldelsesloven § 3(2) løper foreldelsesfristen for krav som har oppstått ved mislighold, fra «den dag da misligholdet inntreer.» Ettersom tidspunktet for misligholdet *ikke* har vært fremme i saken, er voldgiftsretten også avskåret fra å bygge på foreldelse. I dette eksemplet vil dommen derfor måtte kjennes ugyldig etter voldgiftsloven § 43(1)(c).³⁰⁶

6.2 Utvidet foreldelsesfrist ved faktisk uvitenhet

Eksemplet over kan modifieres: Saksøkte fremmer foreldelsesinnsigelsen, og viser til foreldelsesloven § 3. I tilsvaret vises det til at misligholdet oppsto 1. januar 2019, under oppføringen av leiligheten. Saksøker motsetter seg dette i et prosesskriv, og anfører at manglene først må ha oppstått i slutten av 2022. Under hovedforhandlingen innhenter saksøkte et sakkyndig vitne. Dette går ikke helt «etter planen», og vitnet påpeker blant annet at en lekmann

³⁰² Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer.

³⁰³ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom.

³⁰⁴ Per 12. mai 2023.

³⁰⁵ Se kapittel 4.3.6.

³⁰⁶ Det samme vil være resultatet i sivilprosessen, der foreldelse utgjør et eget påstandsgrunnlag; se NOU 2001: 32B, s. 819; Rt. 2010 s. 1442, avsnitt 20; HR-2019-741-A, avsnitt 27.

som saksøker neppe kunne oppdaget manglene før «en god stund» etter at leiligheten ble oppført. I dommen konkluderer derfor voldgiftsretten med at den utvidede foreldelsesfristen i foreldelsesloven § 10(1) kommer til anvendelse, og dermed at erstatningskravet ikke er foreldet. Saksøker tilkjennes erstatning på 100.000 kroner. Ettersom foreldelsesloven § 10(1) ikke ble nevnt under saken, tar saksøkte ut ugyldighetssøksmål, der han anfører kompetanseoverskridelse og manglende kontradiksjon.

Denne dommen vil nok måtte opprettholdes. Voldgiftsretten har ikke bygget på andre fakta enn det som har kommet frem under hovedforhandlingen. Tvert imot bygger avgjørelsen på sakkyndigvitnets forklaringer, som begge partene hadde muligheten til å motgå og kommentere. Modelloven opererer ikke med noe strengt «påberopelseskraav», og det er på det rene at voldgiftsretten kan bygge på både muntlige og skriftlige anførsler. Det foreligger dermed neppe noen kompetanseoverskridelse.

At voldgiftsretten kan bygge på partenes muntlige anførsler, betyr det ikke *nødvendigvis* at det samme bør gjelde for *tredjeparter*. Dersom partene har hatt en rimelig anledning til å uttale seg om et vitnes forklaring, er det imidlertid vanskelig å se hvorfor voldgiftsretten skulle være avskåret fra å bygge på denne. Partene vil vanligvis ha fått tilstrekkelig anledning til å fremføre sitt syn på slike forhold, både under avhøret og senere i hovedforhandlingen.

Spørsmålet blir dermed om partenes rett til *kontradiksjon* er tilsidesatt, nærmere bestemt om anvendelsen av foreldelsesloven § 10 var så «overraskende» for partene at «due process» må anses tilsidesatt. Hva som er «overraskende» bør i utgangspunktet knyttes til partenes *forventninger* i saken.³⁰⁷ Ettersom det i utgangspunktet er partene som setter rammene for voldgiftssaken, taler hensynet til partsautonomien for tilbakeholdenhet med å anvende ikke-påberopte rettsgrunnlag. Samtidig må terskelen for *ugyldighet* være høy; domstolene må utvise tilbakeholdenhet ved overprøvingen av voldgiftsdommer.

I dette eksemplet bør det få betydning at partene selv prosederte på foreldelseslovens bestemmelser. Selv om § 10 ikke ble eksplisitt anført, kan det neppe ha kommet som en så stor overraskelse at dommen bør settes til side. Det er også en nær forbindelse mellom foreldelsesloven §§ 3 og 10; sistnevnte kan anses som et unntak fra førstnevnte. De behandles

³⁰⁷ Se kapittel 4.4.5.

av denne grunn gjerne samlet i litteraturen.³⁰⁸ Når prosessfullmektigene og voldgiftsretten er norske jurister, vil anvendelsen av slik «sentral pensumjus» sjeldent være så overraskende at voldgiftsdommen bør kjennes ugyldig. Hva som nærmere skal før ugyldighet blir aktuelt, krever imidlertid en nærmere analyse av grensene for voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag i praksis. Dette vil analyseres nærmere i neste kapittel.

7 Avtaletolkning

7.1 Innledning

De fleste voldgiftssaker vil i en eller annen form innebære kontraktstolkning.³⁰⁹ Om voldgiftsretten i det hele tatt har jurisdiksjon til å behandle en sak, beror på en tolkning av voldgiftsavtalen. Selv om partene i mange tilfeller vil ha avtalt hvilket lands materielle rett kontrakten skal reguleres av, vil de sjeldnere ha avtalt nøyaktig hvilke *prinsipper om avtaletolkning* voldgiftsretten skal bygge på. Etter det formelle utgangspunktet, «*jura novit curia*», er dette heller ikke nødvendig: Voldgiftsretten kan i utgangspunktet benytte ikke-påberopte tolkningsprinsipper for å oppnå et materielt riktig resultat. Spørsmålet er imidlertid når voldgiftsretten, ved å drive selvstendig avtaletolkning, har gått utenfor rammene for sin kompetanse i saken, eller tilsidesatt partenes rett til kontradiksjon.

I *skandinavisk* rettspraksis er det flere eksempler på ugyldighetssøksmål der voldgiftsretten har bygget på ikke-påberopte tolkningsprinsipper. Dette typetilfellet danner derfor en hensiktsmessig ramme for den videre drøftelsen av problemstillingene, og en nærmere analyse av rettspraksis. Fra norsk rett vil jeg særlig fokusere på Gulating lagmannsretts dom LG-2010-175874 («Zachariasbryggen») og Borgarting lagmannsretts dom LB-2008-136865 («Trygg-Hansa»). Begge sakene gjaldt tilfeller der en part anførte at voldgiftsretten hadde gått for langt i å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, slik at dommen måtte tilsidesettes. I svensk litteratur fremhever *Runesson Svea* hovrätts dom T 2610-13 («Axelbolaget») som et eksempel på grensen for voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte tolkningsprinsipper.³¹⁰ Dommen omtales også i den internasjonale litteraturen.³¹¹ I dansk litteratur trekkes særlig

³⁰⁸ Hagstrøm m.fl. (2021), s. 802–815; Haaskjold (2017), s. 263–266; Bergsåker (2011), s. 326–337.

³⁰⁹ Runesson (2018), s. 292.

³¹⁰ *Ibid.*, s. 295–297.

³¹¹ Cordero-Moss (2016), s. 325.

Danmarks Højesterets dom U.2016.1558/2 H («Taewoong») frem som retningsgivende for dette spørsmålet.³¹² Følgelig vil jeg konsentrere meg om disse.

Som vil fremgå, gir flere av dommene grunnlag for å hevde at det i norsk og skandinavisk rett gjelder et «overraskelseskriterium». I tillegg illustrerer de at selv om det *i teorien* kan være utfordrende å fastlegge rammene for voldgiftsrettens kompetanse ved avtaletolkning, står voldgiftsretten *i praksis* oftest relativt fritt. Jeg vil først se nærmere på *norsk* rettspraksis, som hovedsakelig knytter seg til spørsmålet om kontradiksjon om rettsanvendelsen. Deretter vil jeg se nærmere på *svensk og dansk* rettspraksis, der grensene for voldgiftsrettens kompetanse også kommer på spissen.

7.2 «Zachariasbryggen»-dommen

7.2.1 Innledning

Gulating lagmannsretts dom LG-2010-175874 («Zachariasbryggen») gjaldt et ugyldighetssøksmål mot en voldgiftsdom om fastsettelsen av utløpstiden til en leiekontrakt for et næringslokale. Tvistens parter var Zachariasbryggen AS (også omtalt som «utleieren») og Zachariasbryggen Restauranter AS (også omtalt som «leietageren»). Leieavtalen ble opprettet i 1991, mellom leietageren og en tidligere utleier, mens Zachariasbryggen AS først trådte inn i kontrakten i 2005. Da det oppsto tvist om leieforholdets utløpstidspunkt, ble saken tatt til voldgift. Et sentralt spørsmål i voldgiftssaken var hvilken vekt partenes *subjektive* oppfatning om utløpstidspunktet måtte få for tolkningen av avtalen. Basert på *hensynene bak godtroerverv (ekstinksjon)* kom voldgiftsretten til at det måtte foretas en *objektiv tolkning* av avtalen. Senere tok leietageren ut ugyldighetssøksmål, og anførte at voldgiftsretten med dette hadde gått utenfor rammene for sin kompetanse, og tilsidesatt partenes rett til kontradiksjon.³¹³ Tingretten opprettholdt voldgiftsdommen, og anken til lagmannsretten ble enstemmig forkastet.

7.2.2 Analyse av «Zachariasbryggen»-dommen og voldgiftslovens materielle minstekrav

Ved første øyekast bygger «Zachariasbryggen»-dommen på et utpreget skille mellom jus og faktum: Mens partene setter rammene for voldgiftsrettens faktiske avgjørelsesgrunnlag, har retten, ifølge tingretten, «herredømme over» jusen.³¹⁴ Synspunktet kan minne om *Brækhus'*

³¹² Schiersing (2016), s. 489–490; Lookofsky og Petersen (2018), s. 125–126.

³¹³ TNOHO-2010-12696, side 3.

³¹⁴ *Ibid.*, side 9.

uttalelse om at «retten er suveren når det gjelder rettsanvendelsen.»³¹⁵ Samtidig gir både tingrettens og lagmannsrettens premisser holdepunkter for at voldgiftsretten i visse tilfeller kan være forpliktet til å forelegge rettsspørsmål for partene.

For lagmannsretten anførte leietageren at voldgiftsretten *de facto* hadde bygget på ikke-påberopte ulovfestede ekstinksjonsregler, og at rettsanvendelsen derfor var «nyskapande og bryt grunnleggjande med vanlege tolkingsprinsipp.» Utleieren motsatte seg leietagerens anførsler, og pekte på at det ikke var adgang til materiell overprøving av voldgiftsdommer.

Når det gjaldt partenes eventuelle rett til *kontradiksjon* om rettsanvendelsen, konstaterte lagmannsretten uten videre at «val av tolkingsstandard i skilsrettssaka [er] eit spørsmål om lovbruk.» Partene hadde fått uttale seg om de faktiske forholdene voldgiftsretten hadde bygd på, og basert på dette hadde lagmannsretten ingen merknader til tingrettens utgangspunkt:

«Utgangspunktet for rettsanvendelsen er at retten er ubundet av partenes påstander og syn på rettsanvendelsen, så lenge avgjørelsen baserer seg på et faktisk grunnlag som har vært gjenstand for kontradiktorisk behandling og ligger innenfor partenes påstandsgrunnlag jf tvl § 11-3. Det samme må gjelde ved voldgift dersom ikke voldgiftsavtalen skulle regulere dette på annen måte, jf vl. § 31.»³¹⁶

Om sakens konkrete omstendigheter uttalte tingretten: «Tolkning av kontrakt og som her, valg av tolkningsstandard, er rettsanvendelse.» Selv om voldgiftsrettens tolkningsresultat «rettslig sett kan være diskutabelt», var det like fullt tale om rettsanvendelse «som retten har herredømme over.»³¹⁷ Ettersom voldgiftsrettens syn bygde på de faktiske forholdene som var fremme under saken, forelå det «ingen ytterligere plikt til kontradiksjon om rettsreglene.»³¹⁸

Det ble dessuten understreket at når partene selv hadde fremhevet hensynene bak ekstinksjonsreglene som grunnlag for å anlegge en objektiv tolkningsstandard, «er [det] kanskje ikke så *overraskende*» (min kursivering) at voldgiftsretten bygde på slike synspunkter.³¹⁹

³¹⁵ Brækhus (1999), s. 275.

³¹⁶ TNOHO-2010-12696, side 8.

³¹⁷ Ibid., side 9.

³¹⁸ I.c.

³¹⁹ I.c.

Også lagmannsrettens premisser utover henvisningen til tingretten gir holdepunkter for at voldgiftsretten i visse tilfeller kan være *forpliktet til* å forelegge rettsspørsmål for partene. Etter henvisningen til tingrettsdommen, pekte lagmannsretten på at (mine kursivering):

«Slik spørsmålet om rettsbruken var presentert samanhalde med grunngjevinga og standpunktet til skilsretten, er det *ikkje noko som tilseier at skilsretten burde ha oppmoda partane til å koma med ytterlegare merknader* kring den lovbruken som skilsretten la til grunn.»

Både lagmannsrettens og tingrettens begrunnelse kan tas til inntekt for at om en avgjørelse er «overraskende», slik tingretten selv uttrykker det, *kan* en plikt til å forelegge rettsanvendelsen for partene oppstå. Det sies derimot ikke noe om *når* en slik plikt vil oppstå. Premissene kan tas til inntekt for at spørsmålet krever en *sammenligning* av voldgiftsrettens rettsanvendelse med partenes egne prosedyrer: Både lagmannsretten og tingretten fremhevet at voldgiftsrettens rettsanvendelse i hovedsak bygde på partenes egne anførsler. Dette synes å svare til det som er lagt til grunn i Del II, nemlig at en avgjørelse særlig vil være overraskende der voldgiftsrettens begrunnelse bygger på helt andre rettslige synspunkter enn partenes.³²⁰ Samtidig er det visse svakheter ved de delene av tingrettens begrunnelse som lagmannsretten viser til.

For det første forankres tingrettens sontring mellom fakta og jus uttrykkelig i rene sivilprosessuelle rettskilder. Tingretten henviser til tvisteloven § 11-3 for påstanden om at retten er «ubundet» av partenes syn på rettsanvendelsen, så lenge det har vært kontradiksjon om de faktiske forholdene. Som grunnlag for dette synspunktet, viste den også til litteratur fra sivilprosessens.³²¹ Metodologisk er dette en diskutabel innfallsvinkel. Voldgiftsloven bygger på modelloven, og tvisteloven har som den klare hovedregel ikke relevans ved tolkningen av denne. At voldgiftsloven ikke inneholder en bestemmelse som svarer til tvisteloven § 11-3(1), medfører med andre ord *ikke* at bestemmelsen uten videre kan anvendes analogisk.

For det andre synes tingretten uten videre å anta at voldgiftsloven § 31 gir uttrykk for «jura novit curia», slik tvisteloven § 11-3(1) gjør.³²² Ifølge § 31 skal voldgiftsretten «anvende de rettsregler som partene har valgt for de materielle tvistes spørsmål saken gjelder». Dette knytter seg til partenes *lovvalg*. Bestemmelsen sier ikke hvorvidt voldgiftsretten, *innenfor* lovvalget, er

³²⁰ Se kapittel 4.4.4.

³²¹ TNOHO-2010-12696, side 8.

³²² Se kapittel 3.2.

bundet av partenes rettslige anførsler, eller har rett til kontradiksjon om rettsanvendelsen.³²³ Verken voldgiftslovens eller modellovens forarbeider gir grunnlag for en slik slutning. Til illustrasjon har den engelske EAA § 46(1)(a) en lignende bestemmelse, som krever at voldgiftsretten bygger på «the law chosen by the parties». Dette er ikke til hinder for at partene i saker underlagt EAA som den klare hovedregel må gis anledning til å uttale seg om ikke-påberopte rettsgrunnlag.³²⁴

At voldgiftsretten i prinsippet ikke er bundet av partenes rettslige anførsler eller valg av rettsgrunnlag, er likevel et korrekt utgangspunkt. Om dette er det bred enighet internasjonalt.³²⁵ Dette er imidlertid *noe annet enn* at partene (eventuelt) har rett til å uttale seg om rettsanvendelsen. I stedet for å forankre utgangspunktet i tvisteloven § 11-3 eller voldgiftsloven § 31, kan det være riktigere å se dette som et ulovfestet voldgiftsrettslig prinsipp.

Når det gjelder spørsmålet om *kompetanseoverskridelse*, konstaterte lagmannsretten kort at voldgiftsrettens objektive tolkningsstandard «samsvarde med dei merknadene som utleigar hadde gjort gjeldende.» Begge parter hadde fremhevet «omsynet til tredjemann», herunder partenes subjektive oppfatning av utløpstiden. I tillegg var «analogien til ekstinksjon med dei omsyna som grunnjev bruk av dette regelsettet» fremhevet av utleier.

Det er vanskelig å forene lagmannsrettens premisser på dette punktet med de utgangspunktene som for øvrig legges til grunn i avgjørelsen. Vurderingen av om voldgiftsretten hadde gått utenfor påstandsgrunnlagene, synes hovedsakelig å fokusere på at ekstinksjonsanalogien og hensynet til tredjemann hadde vært *fremhevet* av partene selv. I dette synes det nærmest å ligge som forutsetning at voldgiftsretten i motsatt tilfelle, dvs. om de ikke ble fremhevet, hadde vært utelukket fra å bygge på dem. Argumentasjonen har likhetstrekk med kravene til påberopelse av faktum. Som lagt til grunn i Del II, er det imidlertid verken etter modelloven eller voldgiftsloven § 32 noe krav om påberopelse av *rettslige* anførsler.

Det kan tenkes at lagmannsretten mente å referere til de faktiske forholdene som partenes rettslige anførsler bygde på, og at *disse* var påberopt. Samtidig hadde utleier uttrykkelig anført

³²³ Sml. Bonomi og Bochatay (2018), s. 379, om PILA artikkel 187(1), en lignende bestemmelse i sveitsisk rett.

³²⁴ Se kapittel 4.4.4.2.

³²⁵ Born (2023), §25.04[F][4][a]; Blackaby m.fl. (2022), s. 304; Cordero-Moss (2022), s. 113; Lindskog (2020), s. 761; Mistelis og Potocnik (2018), s. 167; Schiersing (2016), s. 489–490; Woxholth (2013), s. 874 og 924.

at «leigetakar [gjorde] den subjektive tolkingsstandarden gjeldande som påstandsgrunnlag». Når lagmannsretten ga utleier medhold og avviste tilsidesettelsessøksmålet, er det interessant at anførselen ikke ble avvist.

7.3 «Trygg-Hansa»-dommen

7.3.1 Innledning

Lignende synspunkter som tingretten og lagmannsretten i «Zachariasbryggen» ga uttrykk for, finner man igjen i Borgarting lagmannsretts dom LB-2008-136865 («Trygg-Hansa»): Avgjørelsen inneholder lignende uttalelser om skillet mellom fakta og jus, og hvorvidt partene har rett til kontradiksjon om voldgiftsrettens rettsanvendelse. Kravet om å kjenne voldgiftsdommen ugyldig førte ikke frem verken i tingretten eller lagmannsretten.

Saken gjaldt et reassuranseoppgjør mellom to forsikringsselskaper, Trygg-Hansa Försäkringsaktiebolag («Trygg-Hansa»), og If Skadeförsäkring AB («If»). I voldgiftssaken hadde If fremsatt betalingskrav mot Trygg-Hansa for oppgjør under en reassuranseavtale. Trygg-Hansa motsatte seg kravet, og viste til at partene allerede hadde «lukket» forsikringsutbetalingene for de årene kravet hadde oppstått, 1979–1984. «Lukking» betegner i denne forbindelse en slags avregningsavtale mellom forsikringsselskaper: Når bestemte forsikringsår «lukkes», kan de som hovedregel ikke kreves gjenåpnet senere. Derimot kan det tas såkalte «gjenåpningsforbehold». Hvorvidt dette var gjort, var omtvistet i saken.

7.3.2 Analyse av «Trygg-Hansa»-dommen og voldgiftslovens materielle minstekrav

Voldgiftsretten kom til at forsikringsårene 1979-1983 var lukket, og at det heller ikke var tatt forbehold om gjenåpning. Med utgangspunkt i en såkalt «honourable engagement»-klausul, i partenes avtale ga voldgiftsretten likevel adgang til gjenåpning. Noe annet ville tilføre Trygg-Hansa en betydelig og urimelig gevinst, ble det fremholdt. «Honourable engagement»-klausulen lød som følger:

«The Arbitrators are relieved from all judicial formalities, and shall interpret the present Agreement from a practical view and from equity rather than in a strictly legal sense.»

Det er vanlig med slike klausuler i reassuransekontrakter, der de også kalles «honourable engagement»-klausuler.³²⁶ Hvilke føringer slike klausuler legger for voldgiftsrettens avgjørelse, må fastlegges ved tolkning, og kan ikke besvares generelt.³²⁷ Ordlyden i klausulen i «Trygg-Hansa»-dommen illustrerer imidlertid at de ved første øyekast *kan* synes å gi anvisning på en avgjørelse etter ren rimelighet (*ex aequo et bono*).³²⁸ Formålet med «honourable engagement»-klausuler er derimot ikke nødvendigvis å bemyndige voldgiftsretten til å treffe rene rimelighetsavgjørelser, men heller å oppfordre voldgiftsretten til å vektlegge bransjepraksis og «business common sense».³²⁹ Voldgiftsretten skal fortsatt bygge på gjeldende rett.³³⁰

Trygg-Hansa anførte for lagmannsretten at voldgiftsretten, ved å bygge på «honourable engagement»-klausulen, hadde gått utenfor partenes anførsler i saken. Lagmannsretten avviste dette kort, og konstaterte at det for «rettsregler og rettsanvendelse» ikke gjelder et «tilsvarende krav til påberopelse» som for påstandsgrunnlag etter voldgiftsloven § 32. Dette ble forankret i tvisteloven § 11-3. Lagmannsretten fremholdt at «prinsippene for avtaletolkning og løsning av spørsmål» som klausulen foreskrev, var «rettsanvendelse og ikke påstandsgrunnlag». Dermed gjaldt det ikke noe krav om påberopelse.

Lagmannsrettens forutsetning om at rettsregler ikke må påberopes, svarer til utgangspunktet i modelloven og sivilprosessen. Metodologisk sett er imidlertid henvisningen til tvisteloven § 11-3, som drøftet i kapittel 4.3.5, uheldig. Domstolene skal, som et klart utgangspunkt, *ikke* bygge på nasjonal sivilprosess ved fastleggelsen av voldgiftslovens innhold. Samtidig kan det diskuteres om «honourable engagement»-klausuler i det hele tatt kan anses som «rettsanvendelse». Det faller utenfor avhandlingen å drøfte dette her, men jeg viser til behandlingen av spørsmålet i *Tørum*.³³¹

Når det gjaldt spørsmålet om kontradiksjon om rettsanvendelsen, anførte Trygg-Hansa at voldgiftsretten skulle gitt partene anledning til å uttale seg om anvendelsen av «honourable

³²⁶ Tørum (2022), s. 106.

³²⁷ Ibid., s. 107–108.

³²⁸ Ibid., s. 107.

³²⁹ Ibid., s. 109.

³³⁰ Ibid., s. 106.

³³¹ Ibid., s. 106–111.

engagement»-klausulen. Lagmannsretten bemerket at spørsmålet om kontradiksjon var «nær[t] knyttet sammen» med spørsmålet om kompetanseoverskridelse, og påpekte:

«Men også i forbindelse med rettsregler og rettsanvendelse gjelder at retten bare kan bygge på det faktiske grunnlaget som er påberopt. Partene må også ha hatt rimelig anledning til å uttale seg.»

Lagmannsrettens begrunnelse på dette punktet er noe uklar. Sitatet synes å skille mellom det forholdet at retten bare kan bygge på det faktiske grunnlaget som er påberopt, og partenes rett til en «rimelig anledning» til å uttale seg. Dette kan tyde på at det ble lagt til grunn at det gjelder et visst krav til kontradiksjon også om rettsanvendelsen. Dette inntrykket styrkes av lagmannsrettens videre drøftelse, der det ble påpekt at «honourable engagement»-klausulen hadde blitt «nevnt» i Ifs innledningsforedrag og prosedyre, selv om den ikke ble direkte knyttet opp mot lukkingsavtalene. Samtidig var bestemmelsen «vist til og kommentert generelt, og det relevante faktum var gjort rede for av partene». Lagmannsretten påpekte avslutningsvis at ettersom bestemmelsen «dreier seg om rettsanvendelse» kunne ikke anførselen om manglende kontradiksjon få «avgjørende betydning» for kontradiksjonsspørsmålet.

Begrunnelsen på dette punktet er noe uklar, men synes å gi holdepunkter for at voldgiftsretten *under visse omstendigheter* kan være forpliktet til å forelegge spørsmål om rettsanvendelse for partene. At lagmannsretten skilte mellom kontradiksjon om faktiske forhold, og partenes rett til en «rimelig anledning» til å uttale seg, styrker denne oppfatningen. At manglende kontradiksjon om anvendelsen av «honourable engagement»-klausulens direkte betydning for lukkingsavtalene ikke fikk «avgjørende betydning» for utfallet, er heller ikke det samme som at det var fullstendig uten relevans. Dersom kontradiksjon om rettsanvendelsen var utelukket, hadde det ikke vært nødvendig for lagmannsretten å understreke at bestemmelsen ble vist til og kommentert generelt.

7.3.3 Foreløpige oppsummeringer og konklusjoner

En voldgiftsdom som bygger på ikke-påberopte rettsgrunnlag, vil i prinsippet kunne angripes etter voldgiftsloven § 43(1)(b), eventuelt (e) om kontradiksjon, og §43(1)(c) om kompetanseoverskridelse. Når det gjelder kontradiksjon, er det vanskelig å se for seg når voldgiftsrettens avtaletolkning vil være så overraskende for partene at voldgiftsdommen må tilsidesettes. Hensynet til effektivitet taler for at voldgiftsretten av eget tiltak bør kunne bygge

på ikke-påberopte tolkningsprinsipper. I en sak om avtaletolkning mellom norske parter, underlagt norsk avtalerett, skal det derfor mye til før man kan si at partene ikke kunne ha forutsett anvendelsen av et utgangspunkt eller en retningslinje for avtaletolkning. Kontradiksjonsprinsippet får heller ikke samme vekt for sentral «pensumjus» som dette.

Likevel gir både «Zachariasbryggen»- og «Trygg Hansa»-dommen holdepunkter for at partene i visse tilfeller må gis en rett til å uttale seg også om voldgiftsrettens rettsanvendelse. I det minste *utelukker* ingen av dommene hypotesen om et «overraskelseskriterium». At ingen av sakene endte med ugyldighet, svekker heller ikke denne oppfatningen: At manglende kontradiksjon om rettsanvendelsen *kan* være en ugyldighetsgrunn, betyr ikke at *enhver* tilsidesettelse av kontradiksjonsprinsippet må lede til ugyldighet. Begge dommene er nokså tydelige på at det er en høy terskel for tilsidesettelse av voldgiftsdommer, og samsvarer dermed til utgangspunktene i den internasjonale litteraturen. Selv om de i noen grad bygger på analogier fra tvisteloven, synes dermed *utfallet* i sakene å være i tråd med modellovens og New York-konvensjonens felles mål om tilbakeholdenhet med overprøvingen av voldgiftsdommer.

Når det gjelder hvilke *retningslinjer* som vil inngå i «overraskelseskriteriet», gir de mer begrenset veiledning. At lagmannsrettene i begge avgjørelsene ser hen til partenes egne prosedyrer og innledningsforedrag, og hvorvidt de selv har fremhevet de omtvistede ikke-påberopte rettsgrunnlagene, tyder på at det er partenes *forventninger* som er styrende for vurderingen. Dette svarer i så fall til de momentene som ble utpenslet for vurderingen av «best practice» i kapittel 4.2.

Samtidig kan det innvendes mot det som er sagt her, at avgjørelsene er avsagt i henholdsvis 2008 og 2010, før Høyesterett i HR-2017-1932-A tok til orde for en «de-nasjonalisert» tilnærming til voldgiftsrettslige problemstillinger.³³² *For å belyse den norske rettsstilstanden* og for å vurdere om et «overraskelseskriterium» også har støtte i *skandinavisk* rettspraksis, vil jeg i det følgende behandle to avgjørelser fra henholdsvis Sverige og Danmark. Etter den ene av disse dommene, «Axelbolaget»-dommen, har bl.a. *Runesson* i svensk litteratur tatt til orde for en teori om «normbaserte» og «bevisbaserte» tolkningsprinsipper, som en metode for å

³³² HR-2017-1932-A, avsnitt 114.

fastlegge kompetanseoverskridelse ved avtaletolkning.³³³ For å gi en kontekst til denne dommen, vil først jeg behandle, og avvise, denne teorien.

7.4 «Jura novit curia» og voldgiftsrettens kompetanse ved avtaletolkning

Som illustrert av «Zachariasbryggen»- og «Trygg-Hansa»-dommene, kan det vanskelig tenkes at voldgiftsrettens avtaletolkning var så overraskende for partene at dommen må kjennes ugyldig. Voldgiftsdommens gyldighet ved ikke-påberopt avtaletolkning vil derfor ofte bero på om det foreligger *kompetanseoverskridelse*. I denne vurderingen vil det sentrale være om avtaletolkningen bygger på de samme faktiske forholdene som partene har anført i saken. Om domsslutningen ligger innenfor rammen for påstandene, vil sjeldnere komme på spissen ved avtaletolkning.³³⁴ Heller ikke sontringen mellom krav får særlig betydning her, og bør uansett spille en mindre rolle i voldgift. Spørsmålet er derfor om det kan oppstilles retningslinjer for hvilke tolkningsprinsipper voldgiftsretten kan benytte seg av, og motsatt.

I svensk litteratur har *Runesson* foreslått at det bør sondres mellom såkalte «normative» tolkningsprinsipper og tolkningsprinsipper som krever påberopelse av et rettsfaktum. Han argumenterer for at noen tolkningsprinsipper er *rent normative vurderinger*, siden de kun beror på fastleggelsen av en rettslig standard og alminnelige kjensgjerninger, ikke en analyse av de konkrete faktiske forholdene i saken.³³⁵ Dermed kan voldgiftsretten bygge på dem, uavhengig av partenes faktiske anførsler.

Runesson trekker blant annet frem «the nature and purpose of the contract» og «good faith and fair dealing» som eksempler på slike «normative» tolkningsprinsipper.³³⁶ Dette svarer i hovedsak til det som i norsk rett betegnes som «avtalens formål» og «redelighet og god tro». Han fremholder at disse prinsippene fritt kan trekkes inn i saken, uavhengig av hva partene har anført. Om såkalte «general principles of law», uttaler han:

³³³ Runesson (2018), s. 294–295.

³³⁴ I noen situasjoner blir påstandene likevel relevante. Dersom partene for eksempel har avtalt en tallfestet ansvarsbegrensning, vil et eventuelt erstatningsansvar kunne bero på om ansvarsbegrensningen gjelder for de tapspostene som kreves. Dette vil dels være et spørsmål om avtaletolkning.

³³⁵ Ibid., s. 294.

³³⁶ I.c.

«[A] general principle of law, such as the principle that a party in breach shall not benefit from its own breach, may be relied on without a party reference to it. *Such considerations are of a normative nature.*»³³⁷

Hva som skal til for at noe anses som et slikt «generelt rettslig prinsipp», og hva som ligger i at de, i motsetning til andre rettslige vurderinger, er «normative», er ikke klart. Særlig to innvendinger kan fremmes mot *Runessons* oppdeling:

For det første er det diskutabelt om det er grunnlag for å tale om (rent) «normative» tolkningsprinsipper eller «ren rettsanvendelse». Selv om konseptene «redelighet» og «god tro» *i seg selv* er normative konsepter, gjelder dette i utgangspunktet enhver rettslig vurdering. Hvilke konsekvenser som kan trekkes av *anvendelsen av* disse konseptene på sakens faktum (subsumsjon), vil dermed nødvendigvis bero på de konkrete forholdene i saken. Om *sakens parter* har opptrådt i samsvar med, eller i strid med, redelighet og god tro, er *ikke* en rent normativ vurdering, men et spørsmål om *rettsanvendelse*. Rettslige vurderinger bygger på en syntetisering av fakta og jus, hvor faktum subsumeres under en rettsregel. Dette gjelder også prinsipper som «redelighet og god tro». Voldgiftsretten kan ikke avgjøre om en part har opptrådt redelig eller ikke uten å ta stilling til faktum i saken. At dette derimot skal kunne anses som en rent «normativ» øvelse, til forskjell fra andre tolkningsprinsipper, er derfor diskutabelt.

For det andre er det få holdepunkter i modelloven, New York-konvensjonen eller den internasjonale litteraturen for at kompetanseoverskridelse primært er ment å ramme avgjørelser som bygger på ikke-påberopte *rettsfakta*. Skillet mellom tolkningsprinsipper som krever påberopelse av rettsfakta, og ikke, synes derimot i noen grad å bygge på den type «formalisme» som *Born* advarer mot.³³⁸

For å oppnå en uniform tolkning av kompetanseoverskridelse etter voldgiftsloven § 43(1)(c), kan det derfor være grunn til å heller se på hva som foreslås i den *internasjonale litteraturen*. Ifølge *Born* bør kompetanseoverskridelse etter modelloven artikkel 34(2)(a)(iii) heller enn å knytte seg til om et forhold er påberopt ikke, underlegges en mer bredere vurdering av «whether the parties and tribunal had an opportunity to consider and submit evidence and argument on a

³³⁷ Ibid., s. 294–295.

³³⁸ Born (2023), § 25.04[F][4][a].

particular issue».³³⁹ I så fall vil det avgjørende ikke være om tolkningsprinsippet krever påberopelse av et rettsfaktum, men heller om det faktum som tolkningsprinsippet gir anvisning på, har vært *anført* muntlig eller skriftlig.

Den norske praksisen som er drøftet, tyder at voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte tolkningsprinsipper er vid. I tillegg til å vurdere om det er grunnlag for et «overraskelseskriterium» i svensk og dansk praksis, vil jeg i behandlingen av «Axelbolaget»-dommen fortløpende vurdere om den gir støtte for *Runessons* teori.

7.5 «Axelbolaget»-dommen

7.5.1 Innledning

Svea hovrätts dom T 2610-13 («Axelbolaget») gjaldt et tilsidesettelsessøksmål mot en voldgiftsdom om tolkningen av en aksjeoverføringsavtale mellom MHH AS («MHH») og Axel's Konsult och Förvaltning AB («Axelbolaget»). Etter at avtalen ble inngått, men før MHH hadde betalt det fullstendige vederlaget for aksjene, oppsto det tvist om forståelsen av en rekke misligholdsbestemmelser i avtalen (som var betegnet som «garantier».³⁴⁰ Tvisten ble tatt til voldgift, der et sentralt spørsmål var om «garantiene» oppstilte et objektivt oppfyllelsesansvar, eller kunne underlegges en bredere vurdering der også skyldvurderinger kunne trekkes inn.³⁴¹

Voldgiftsretten kom til at Axelbolaget ikke hadde brutt «garantiene», som den heller betegnet «bestämmelser».³⁴² Det ble på dette grunnlag avsagt dom for at MHH måtte betale den resterende kjøpesummen (med unntak for et beløp som ble motregnet). MHH tok deretter ut sak for Svea hovrätt, og krevde opphevelse av voldgiftsdommen på grunnlag av overskridelse av domsmyndigheten og saksbehandlingsfeil. Kjernen i MHHs ugyldighetskrav var at voldgiftsretten *ikke hadde adgang til å bygge på ikke-påberopte tolkningsprinsipper*, og følgelig måtte kjennes ugyldig. Hovrätten avviste dette, og opprettholdt voldgiftsdommen.

7.5.2 Kompetanseoverskridelse

For hovrätten fremholdt MHH at voldgiftsrettens tolkning av «garantiene» hadde bygget på en rekke *faktiske forhold* som falt utenfor det fremlagte prosessmaterialet. Spørsmålet var med

³³⁹ I.c.

³⁴⁰ Dette er en vanlig begrepsbruk i slike transaksjonskontrakter; se eksempelvis Christoffersen (2005), s. 21.

³⁴¹ T 2610-13, s. 8.

³⁴² I.c.

andre ord om dommen lå utenfor de påberopte *rettsfakta*. MHH pekte blant annet på at voldgiftsretten hadde trukket slutninger fra aksjeoverføringsavtalens ordlyd, «garantiene» plassering i avtalen (kontraktens system), og fraværet av sanksjonsbestemmelser ved brudd på «garantiene».³⁴³ I tillegg ble det anført at voldgiftsretten hadde vektlagt det faktum at saksøkte jurister *forfattet* garantiklausulene: Voldgiftsretten hadde med andre ord bygget på *contra proferentem*- regelen (også kalt «uklarhetsregelen») om at tolkningen av en uklar avtaleklausul bør gå ut over den part som har utformet den.³⁴⁴

Anførslene ble avvist av hovrätten, som understreket at voldgiftsretten i utgangspunktet har en vid adgang til å tolke avtaler «i den mån prövningen av parternas tvistefrågor kräver det.»³⁴⁵ Ifølge hovrätten må avtaletolkning anses som «ett speciellt slags bevisvärdering där den skriftliga avtalshandlingen utgör ett bevisfaktum medan handlingens innehåll i övrigt och det sakförhållande avtalet reglerar är hjälpfakta...»³⁴⁶ Uttalelsen er interessant, da den understreker at voldgiftsrettens rettsanvendelse og ikke kan løsrives fra faktum i saken og underlegges en (rent) «normativ» vurdering. Premissene tyder derfor *ikke* på noen sontring mellom «normbaserte» og «bevisbaserte» tolkningsprinsipper, slik *Runesson* har tatt til orde for.³⁴⁷

Svensk prosessrett sonderer for øvrig mellom rettsfakta, bevisfakta og *hjelpfakta*. Bevisfakta er faktiske forhold som belyser hvorvidt bevistemaet i saken foreligger. Hjelpfakta retter seg derimot ikke mot bevistemaet, men styrker *bevisfaktaenes bevisverdi*.³⁴⁸

Hovrätten understreket videre at dersom avtaletolkningen bygger på andre forhold enn de påberopte rettsfakta, vil det i utgangspunktet foreligge en kompetanseoverskridelse.³⁴⁹ Derimot kan voldgiftsretten mer uhindret trekke slutninger i «bevisvärderingen» basert på ikke-påberopte bevis- og hjelpfakta, så lenge partene har fått en «rimlig anledning att förvänta» at det aktuelle forholdet kunne få betydning i avgjørelsen.³⁵⁰ Det avgjørende er at partene ikke «överraskas».³⁵¹

³⁴³ Ibid., s. 10.

³⁴⁴ Ibid., s. 8.

³⁴⁵ Ibid., s. 19.

³⁴⁶ I.c.

³⁴⁷ Runesson (2018), s. 294.

³⁴⁸ Ekelöf m.fl. (2009), s. 18-21

³⁴⁹ T 2610-13, s. 18.

³⁵⁰ I.c.

³⁵¹ I.c.

Hovrättens subsumsjon belyser den begrepsorienterte tilnærmingen til kompetanseoverskridelse som svenske domstoler bygger på. Retten behandlet i detalj de tolkningsmomentene som angivelig medførte kompetanseoverskridelse, og vurderte om de faktiske forholdene som voldgiftsretten bygde på, er bevis- og hjelpfakta, eller rettsfakta som må påberopes. Ettersom ingen av disse hadde «karaktären av ett rättsfaktum», forelå det heller ingen kompetanseoverskridelse.³⁵²

Premissene tyder på at partenes anførsler om avtalens (rettslige) innhold i svensk rett i utgangspunktet betraktes som bevisfakta, som derfor ikke må påberopes. Hovrättens karakterisering av avtaletolkning som en «bevisvurdering» synes å være forstandig: Dermed understrekes det at voldgiftsretten nødvendigvis må forholde seg til et saksforhold, og ikke står helt «fritt» når det gjelder rettsanvendelsen. Samtidig må den unngå at partene overraskes av tolkningsresultatet.

Med bakgrunn i drøftelsen av modelloven tidligere i avhandlingen, kan hovrättens drøftelse muligens synes noe formalistisk. Det må derimot has *in mente* at LSF § 34(1)(3) inneholder et *innvirkningskrav*. Dersom voldgiftsretten *hadde* bygget på ikke-påberopte rettsfakta, ville det derfor ikke nødvendigvis ha vært grunnlag for ugyldighet. *Funksjonelt sett* synes dommen derfor å ligge relativt nært opp mot modellovens løsning, selv om terminologien som brukes tyder på det motsatte. Heller ikke gir dommen grunnlag for noen sontring mellom «normative» og «bevisbaserte» tolkningsprinsipper.

7.5.3 «Overraskelseskriteriet»

Forutsatt at det ikke forelå noen kompetanseoverskridelse, fremholdt MHH at det iallfall forelå en saksbehandlingsfeil som følge av manglende kontradiksjon om avtaletolkningen.³⁵³ Axelbolaget innvendte at voldgiftsretten av eget tiltak måtte kunne «tillämpa gällande rättsregler även om dessa regler inte var åberopade.»³⁵⁴

Hovrätten avviste uten videre at kontradiksjonskravet var tilsidesatt. Selv om deler av avtaletolkningen ikke ble forelagt partene, kunne den «med hänsyn till parternas processuella

³⁵² Ibid., s. 21–22.

³⁵³ Ibid., s. 10.

³⁵⁴ Ibid., s. 16

stående punkter, inte anses överrumplande».³⁵⁵ Uttalelsen tyder på at overraskende rettsanvendelse bare vil kunne være en tilsidesettelsesgrunn i mer *graverende* tilfeller, slik den svenske litteraturen tar til orde for.

Begrunnelsen på dette punktet gir eksplisitt grunnlag for at «overraskende» rettsanvendelse i noen situasjoner vil kunne være en ugyldighetsgrunn. Avgjørelsen gir derimot begrensede holdepunkter for hvordan *den nærmere vurderingen av* «overraskelseskriteriet» skal foretas. Selv om det ikke uttales uttrykkelig, tyder resultatet på at partene *måtte kunne forvente* at voldgiftsretten ville drive avtaletolkning, når det var dette saken gjaldt. Dette synes å svare til de momentene som ble drøftet i forbindelse med «best practice» i kapittel 4.2.4.

7.5.4 Oppsummering og konklusjoner

«Axelbolaget» støtter hypotesen om at voldgiftsretten under visse omstendigheter vil være forpliktet til å forelegge rettsanvendelsen for partene, også i rettssystemer hvor voldgiftsretten bygger på et utgangspunkt om «*jura novit curia*». Den støtter også synspunktet at «overraskelseskriteriet» må vurderes ut ifra partenes prosedyrer, anførsler i prosesskriv og ellers i saken.

Når det gjelder kompetanseoverskridelse, tyder dommen på at selv om svensk rett bygger på et krav om påberopelse av rettsfakta, så skal det *i praksis* mye til før en voldgiftsdom settes til side på dette grunnlaget. I *Runessons* omtale av dommen påpeker han avslutningsvis:

«The court may have missed to note – or may not have accepted – the distinction between evidence based and norm based contract interpretation in its description of the nature of contract interpretation. The take away from the case, however, is that an arbitral tribunal should stand free to accept or reject the claimant’s proposition that an invoked contract clause has the meaning that the claimant wants to attribute to it.»³⁵⁶

Det er nok mer nærliggende at hovrätten nettopp «may not have accepted» en slik inndeling. At hovrätten betegner avtaletolkning som en slags *bevisvurdering*, understreker derimot at avtaletolkning, som rettsanvendelse for øvrig, nødvendigvis må forholde seg til et eller annet faktum. Samtidig er det treffende, som *Runesson* fremholder, at voldgiftsretten *i praksis* gis

³⁵⁵ Ibid., s. 20.

³⁵⁶ Runesson (2018), s. 297.

vide rammer for å bygge på ikke-påberopt avtaletolkning. Så lenge avgjørelsen ikke kommer overraskende på partene, som den sjeldent vil gjøre, og voldgiftsretten har bygget på partenes anførsler i saken, vil det derfor sjelden foreligge noen kompetanseoverskridelse i disse tilfellene. I noen grad går de to spørsmålene derfor «hånd i hånd».

7.6 «Taewoong»-dommen

7.6.1 Innledning

Danmarks Højesterets dom U.2016.1558/2 H gjaldt en tvist mellom Taewoong Inc. («Taewoong»), et sør-koreansk selskap, og det danske selskapet AH Industries A/S («AH Industries»). Dommen tyder på at voldgiftsrettens adgang til å tolke avtaler er vid, og kan tyde på at det også i dansk rett gjelder et slags «overraskelseskriterium».

Partene i saken hadde tidligere inngått en distribusjonsavtale om produksjon og salg av såkalte «flenser», som benyttes for å koble sammen vindmøller.³⁵⁷ I 2007 ønsket Taewoong å avslutte avtaleforholdet, og det oppsto tvist om tolkningen av distribusjonsavtalen.³⁵⁸ I voldgiftssaken foretok voldgiftsretten en grundig tolkning av avtalen, bygde på *dels andre tolkningsprinsipper enn partene hadde prosedert på*, og kom til at Taewoong var erstatningsansvarlig for mislighold.³⁵⁹ Taewoong tok deretter ut ugyldighetssøksmål, og anførte kompetanseoverskridelse og manglende kontradiksjon. Tilsidesettelseskravet ble avvist.

7.6.2 Kompetanseoverskridelse

Højesterets begrunnelse er relativt kortfattet i forhold til nyere norsk høyesterettspraksis, noe som er nokså vanlig i danske dommer. Dermed er det desto viktigere å undersøke hvordan dommen er forstått i litteraturen. Premissene innledes med en rekke henvisninger til de relevante rettskildene, herunder de danske forarbeidenes drøftelse av modelloven artikkel 34 og New York-konvensjonen artikkel V. Forarbeidene fremhever at det er en målsetning å skape «harmoni» mellom ugyldighetsgrunnene i den danske voldgiftsloven, og nektelsesgrunnene i artikkel V i New York-konvensjonen.³⁶⁰

³⁵⁷ U.2016.1558/2 H, s. 2.

³⁵⁸ I.c.

³⁵⁹ Ibid., s. 1.

³⁶⁰ Ibid., s. 103.

Højesteret konstaterte deretter at voldgiftsrettens avtaletolkning lå innenfor partenes «påstande og anbringender», og at det følgelig ikke forelå noen kompetanseoverskridelse.³⁶¹ Dette er interessant i lys av voldgiftsrettens grundige avtaletolkning, som til dels bygget på ikke-påberopte tolkningsprinsipper.³⁶² Mens den danske litteraturen forutsetter at kompetanseoverskridelse i voldgift må bygge på analogier fra retsplejeloven § 388,³⁶³ kan Højesterets premisser tyde på at terskelen for *ugyldighet* likevel er høyere enn for opphevelse i sivilprosessen.

I den danske litteraturen anses dommen imidlertid som uttrykk for «*jura novit curia*», dvs. at voldgiftsretten ikke var bundet av partenes *rettslige* anførsler om tolkningen av distribusjonsavtalen. *Schiersing* har beskrevet dommen som en «klassisk vurdering af, om voldgiftskendelsens resultat og begrundelse kunne rummes i de påstande respektive anbringender, der var gjort gældende.»³⁶⁴ Dersom dette er riktig, er det grunn til å tro at Højesteret anså avtaletolkningen *i seg selv* som rettsanvendelse, slik at voldgiftsretten likevel ikke var bundet av partenes anførsler. Så lenge avtaletolkningen bygget på rettsfakta som partene hadde påberopt, kunne voldgiftsretten dermed fritt bygge på ikke-påberopte tolkningsprinsipper. *Lookofsky og Petersen* synes å dele *Schiersings* syn på dommen, og fremholder (mine kursiveringer):

«In our view, this Supreme Court judgment confirms the power of Danish arbitral tribunals to interpret and construe a contract independently from the parties' submissions concerning this interpretation, as long as the decision falls within the applicable law and (generally) within the scope of the parties' claims and allegations. *In this case, the alleged breaches of specific contractual provisions were part of the parties' allegations, whereas the parties' submissions concerning the proper interpretation of these contractual provisions were not.*»³⁶⁵

«*Taewoong*»-dommen illustrerer dermed at selv om rammene for voldgiftsrettens kompetanse i dansk rett fastlegges ut ifra analogier til sivilprosessen, har voldgiftsretten *i praksis*, og som følge av «*jura novit curia*», en vid adgang til å bygge på ikke-påberopte tolkningsprinsipper.

³⁶¹ *Ibid.*, s. 107.

³⁶² *Lookofsky og Petersen* (2018), s. 126–127.

³⁶³ *Schiersing* (2016), s. 489; *Juul og Thommesen* (2008), s. 210; *Lookofsky og Petersen* (2018), s. 123–124.

³⁶⁴ *Schiersing* (2016), s. 492.

³⁶⁵ *Lookofsky og Petersen* (2018), s. 126.

Selv om begrunnelsen synes å være en annen enn i «Axelbolaget»-dommen, er *resultatet* funksjonelt sett det samme.

7.6.3 Forutsatte Højesteret et «overraskelseskriterium»?

Når det gjaldt spørsmålet om kontradiksjon om rettsanvendelsen, synes Højesteret å ha bygget på en svært høy terskel for ugyldighet. Innledningsvis pekte retten på forbudet mot «materieell revision» av voldgiftsdommer, slik at *rettsanvendelsen* ikke kunne overprøves.³⁶⁶ Spørsmålet om partene hadde fått tilstrekkelig anledning til å uttale seg, måtte videre bero på en «helhedsvurdering», der ugyldighet bare var aktuelt ved brudd på «fundamentale retsplejepinsipper».³⁶⁷ Højesteret konstaterte deretter nøkternt at partene hadde hatt mulighet til å kommentere «de påstande og anbringender» som voldgiftsretten hadde bygget på, og at Taewoongs anførsel derfor måtte avvises.³⁶⁸

Det er uklart om Højesterets premisser rettet seg utelukkende mot de faktiske forholdene voldgiftsretten bygget på, eller også til rettsanvendelsen. Premissene sier f.eks. ikke noe om voldgiftsrettens bruk av *contra proferentem*-regelen. I litteraturen er det noe ulike syn på dommen. *Lookofsky og Petersen* anser den som uttrykk for at voldgiftsrettens anvendelse av ikke-påberopte rettsgrunnlag «is not in itself a basis for setting aside or refusing enforcement of the award.»³⁶⁹ De peker bl.a. på at voldgiftsrettens avtaletolkning var svært utførlig, og til dels bygget på tolkningsprinsipper som partene ikke hadde påberopt.³⁷⁰

At voldgiftsdommen ikke ble satt til side, betyr imidlertid ikke at partene under ingen omstendigheter må gis en rett til å uttale seg om rettsanvendelsen. Det kan heller tenkes at Højesteret ikke anså voldgiftsrettens avtaletolkning som tilstrekkelig *overraskende* for partene til at ugyldighet kunne komme på tale. *Schiersing* synes å ha en mer pragmatisk oppfatning, og argumenterer for at det «ikke [er] et afklaret spørsmål, hvor grænsen går for voldgiftsrettens subsumption af retsfaktum under givne retsregler eller juridiske principper uden støtte i parternes anbringender.»³⁷¹ I stedet for tar han til orde for at spørsmålet må løses «konkret

³⁶⁶ U.2016.1558/2 H, s. 106.

³⁶⁷ *Ibid.*, s. 105–107.

³⁶⁸ *I.c.*

³⁶⁹ *Lookofsky og Petersen* (2018), s. 127.

³⁷⁰ *Ibid.*, s. 126–127.

³⁷¹ *Schiersing* (2016), s. 494.

baseret på den enkelt sags omstændigheder.»³⁷² Basert på det som har fremgått om norsk og svensk rettspraksis, og at Høyesteret ikke uttrykkelig *utelukker* et overraskelseskriterium, er dette en fornuftig konklusjon.

7.6.4 Er Danmark «Nordens Sveits»?

«Taewoong»-dommen tyder på at danske, som sveitsiske, domstoler tar «pro-arbitration» bokstavelig.³⁷³ Dommen bygger på en restriktiv tilnærming til overprøving av voldgiftsdommer på «due process»-grunnlag. Premissene er tydelige på at det er en høy terskel for ugyldighet, og at domstolene må vike tilbake fra å overprøve rettsanvendelse.

Mens den danske *litteraturen* tegner opp rammene for voldgiftsrettens kompetanse med analogier fra retsplejeloven § 338,³⁷⁴ bygger Høyesterets premisser på et mer internasjonalt kildemateriale enn man dermed kunne forvente. Dommen tyder på at kravet om påberopelse av rettsfakta i dansk rett *i praksis* ikke har ført til den slags overdreven «formalisme» som *Born* advarer mot.³⁷⁵ Dette kan henge sammen med at Høyesteret bygger på et strengt «jura novit curia»-prinsipp, der voldgiftsretten fritt kan trekke (rettslige) slutninger fra partenes faktiske anførsler. Ettersom skillet mellom fakta og jus kan være uklart ved overprøvingen av voldgiftsdommer, synes Høyesteret å ha foretatt et «kunstgrep» ved å behandle avtaletolkningen mer generelt som «jus»: Som følge av «jura novit curia» ble avtaletolkningen dermed heller ikke begrenset av forhandlingsprinsippet.

Selv om det er ulike syn i litteraturen på hva som kan trekkes ut av dommen, kan den neppe anses å *utelukke* et overraskelseskriterium, slik *Lookofsky og Petersen* argumenterer for. Tvert imot skiller ikke Høyesteret eksplisitt mellom fakta og jus i premissene, men bygger heller på en pragmatisk «helhedsvurdering» av om partenes rett til kontradiksjon er ivaretatt.³⁷⁶ Dette svarer til oppfatningen om at «due process» har en fast kjerne, der skillet mellom fakta og jus tillegges mindre vekt til fordel for forutberegnelighet.³⁷⁷

³⁷² I.c.

³⁷³ Se om «pro-arbitration» i kapittel 4.2.2.

³⁷⁴ Schiersing (2016), s. 489; Juul og Thommesen (2008), s. 210; Lookofsky og Petersen (2018), s. 123–124.

³⁷⁵ Born (2023), § 25.04[F][4][a].

³⁷⁶ U.2016.1558/2 H, s. 107.

³⁷⁷ Knuts (2012), s. 680–681.

7.7 Oppsummering og konklusjoner

Selv om «Axelbolaget»- og «Taewoong»-dommene *formelt sett* bygger på en mer «tradisjonell» og sivilprosessbasert tilnærming til kompetanseoverskridelse, synes de *funksjonelt sett* å gi voldgiftsretten relativt vide rammer for ikke-påberopt avtaletolkning. Enten det er ved å definere avtaletolkning som en bevisvurdering, eller å utvide virkeområdet til «*jura novit curia*», ligner svensk og dansk rettspraksis mer på modellovens løsning enn man kunne forventet basert på litteraturen. *Borns* oppfordring til en pragmatisk tilnærming til kompetanseoverskridelse har dermed ikke bare forankring i modelloven og den internasjonale litteraturen, men også i noen grad i skandinavisk *rettspraksis*. At både modelloven og skandinavisk rettspraksis bygger på en slik tilnærming, taler for en lignende pragmatisme i norsk rett.³⁷⁸

Videre tyder analysene på at det er relativt bredt grunnlag for å hevde at det gjelder et «overraskelseskriterium» i skandinavisk voldgift. Denne *kan* sette visse begrensninger i voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, herunder prinsipper om avtaletolkning. Selv om skandinaviske domstoler bygger på et utgangspunkt om «*jura novit curia*», står de dermed likevel ikke helt «fritt» til å bygge på en rettsanvendelse som avviker for mye fra partenes prosedyre, prosesskriv og fremstilling av saken for øvrig.

Avgjørelsene taler også for at «overraskelseskriteriet» hovedsakelig knytter seg til partenes *forventinger* i saken, og følgelig til et bredere krav om *forutberegnelighet*. Dette samsvarer godt med *Knuts*' oppfatning om at «the surprise element» kan ses på som et utslag av «due process».³⁷⁹ I tillegg synes de *de samme momentene* som inngår i vurderingen av hva som er «best practice», å ha relevans ved vurderingen av ugyldighet.³⁸⁰

Samtidig viser analysen at det skal svært mye til for at en voldgiftsdom som bygger på ikke-påberopte prinsipper om avtaletolkning kan settes til side. Både de norske og øvrige skandinaviske dommene er derfor forenlige med modellovens og New York-konvensjonens formål om ensartede løsninger internasjonalt, og tilbakeholdenhet med overprøvingen av voldgiftsdommer. At ingen av dommene endte med ugyldighet, henger nok også sammen med

³⁷⁸ Se kapittel 1.2.2 og 7.1.

³⁷⁹ *l.c.*

³⁸⁰ Se kapittel 4.2.4.

at det er vanskelig å se for seg når voldgiftsrettens avtaletolkning vil være så overraskende for partene at voldgiftsdommen må tilsidesettes.

I saker om avtaletolkning vil voldgiftsretten med andre ord sjelden risikere ugyldighet der den bygger på ikke-påberopte tolkningsprinsipper. Der saken gjelder mer alminnelige tolkningsprinsipper, vil «best practice» derfor ofte være å prioritere *effektivitet*: Sentral «pensumjus» vil sjelden være overraskende for partene.³⁸¹ Som «Axelbolaget»- og «Taewoong»-dommene illustrerer, vil det motsatte gjelde ved mer «perifere» tolkningsprinsipper.

I begge sakene ble det som grunnlag for ugyldighet blant annet anført at voldgiftsretten hadde bygget på *contra proferentem*-regelen. Anvendelsen av dette tolkningsprinsippet krever at det har kommet frem under saksgangen hvem av partene som *utformet* avtalen. Dersom opplysninger om dette bare har kommet frem «i forbifarten» under hovedforhandlingen, er det i utgangspunktet *ingen ugyldighetsgrunn* at voldgiftsretten bygger på det, iallfall etter modelloven artikkel 34(2)(a)(iii).³⁸² Som dommene illustrerer, kan «overraskelsen» likevel være *stor nok* til at den tapende part senere vil vurdere et ugyldighetssøksmål. «Best practice» i slike tilfeller vil derfor være å prioritere kontradiksjon over effektivitet, og forelegge spørsmålet for partene.

Mens de norske og skandinaviske dommene som ble analysert i dette kapitlet gir støtte et overraskelseskriterium i norsk rett, og til dels for hvilke momenter som inngår i vurderingen, vil jeg i neste kapittel undersøke nærmere i hvilke tilfeller overraskende rettsanvendelse *i praksis* kan føre til ugyldighet.

8 Avtaleutfylling

8.1 Innledning

En metodologisk utfordring ved typetilfelleanalyser, er at leseren kan komme til å trekke forhastede slutninger om rettstilstanden som følge av likhetene mellom to typetilfeller. Det må derfor has *in mente* at drøftelsene her er nettopp dette – typer –, og at voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag til slutt vil bero på de hensynene som gjør seg

³⁸¹ Se kapittel 4.2.4.

³⁸² Se kapittel 4.3.2.

gjeldende fra sak til sak. Samtidig sier typetilfellene noe om *kjennetegnene ved* ulike problemkomplekser, og derved hvilke hensyn som *ofte i praksis* vil gjøre seg gjeldende i slike situasjoner. Med tanke på dette, er det mulig at konklusjonene i forrige kapittel, om avtaletolkning, vil ha overføringsverdi til voldgiftsrettens avtaleutfylling. Grensen mellom avtaletolkning og –utfylling er ikke alltid åpenbar,³⁸³ noe som kan tale for en felles behandling av emnene. Som jeg vil forklare nedenfor, vil imidlertid de to typetilfellene i noen situasjoner måtte gis svært ulike løsninger.

Drøftelsene i kapittel 7 gir relativt begrenset veiledning for når en voldgiftsdom som bygger på ikke-påberopte rettsgrunnlag i praksis må kjennes ugyldig. For å se nærmere på dette spørsmålet, vil jeg i dette kapitlet behandle Svea hovrätts dom T 1968-16 («City Säkerhet»), som ifølge den svenske litteraturen er veiledende på dette punktet.³⁸⁴ Først vil jeg imidlertid drøfte noen rettspolitiske utgangspunkter, og hva som er «best practice» ved utfylling av avtaler.

8.2 Rettspolitiske utgangspunkter og «best practice»

En rekke forhold taler for å behandle avtaletolkning og –utfylling forskjellig når det gjelder voldgiftsrettens mulige plikt til å forelegge ikke-påberopt rettsanvendelse for partene. Voldgiftsrettens avtaletolkning vil i normaltillfellene knytte seg til en eller flere omtvistede avtaleklausuler. Avtaletolkning kan derfor forenklet sett anses som et «internt» anliggende, der perspektivet retter seg mot avtalen i seg selv, og dens innhold. Ved avtaleutfylling kan voldgiftsretten imidlertid også bygge på mer «eksterne» rettskilder: Mest typisk kan den falle tilbake på løsninger i bakgrunnsretten dersom kontrakten er taus eller uklar. Dette reiser en rekke egne problemstillinger.

I rettssystemer som bygger på «*jura novit curia*», kan voldgiftsretten i prinsippet velge å trekke inn både deklatoriske og preseptoriske bestemmelser i den nasjonale bakgrunnsretten. De aktuelle rettsgrunnlagene vil imidlertid begrenses av voldgiftsrettens *kompetanse* i saken. Som jeg tidligere har beskrevet, stiller modelloven moderate krav på dette punktet. Betenkelighetene vil derimot særlig vise seg i *internasjonale saker*. Dersom partene og/eller deres prosessfullmektiger kommer fra andre land enn det rettssystemet som avtaleforholdet reguleres

³⁸³ Se bl.a. Hagstrøm m.fl. (2021), s. 175–176.

³⁸⁴ Hope og Hallberg (2018), s. 366.

av, taler hensynet til kontradiksjon og «due process» for å se bort ifra «jura novit curia». Som fremhevet tidligere, bør voldgiftsretten ikke spørre seg om «jura novit curia» gjelder i det rettssystemet der saken finner sted, men heller om rettsanvendelsen er egnet til å «overraske» partene. Om den kommer til at et ikke-påberopt rettsgrunnlag må trekkes inn, taler sterke grunner for at «best practice» vil være å forelegge spørsmålet for partene først.

Det kan nok argumenteres for at ulovfestet bakgrunnsrett vil være vanskeligere å forutse, og derfor mer «overraskende», enn lovfestet rett. Det vil for eksempel være mer betenkelig om voldgiftsretten bygger på ulovfestede passivitetsregler enn en lovfestet reklamasjonsbestemmelse. Det «overraskende» elementet i dette tilfellet er imidlertid heller at hva som nærmere ligger i «ulovfestede passivitetsregler» kan være *omtvistet*, enn at rettsgrunnlaget er *ulovfestet*. Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 8.3.3 under, har en sontring mellom lovfestet og ulovfestet rett som en retningslinje i «overraskelseskriteriet» derfor lite for seg.

«Best practice» ved avtaletolkning er med andre ord ikke nødvendigvis overførbart til avtaleutfylling. Kravene til kontradiksjon ved avtaleutfylling vil være mer presserende enn ved «ren» -tolkning. Spørsmålet er likevel: Når kan voldgiftsrettens avtaleutfylling anses så «overraskende» at voldgiftsdommen etter de materielle minstekravene må settes til side? Spørsmålet er behandlet i en svensk avgjørelse, som vil analyseres i neste punkt.

8.3 «City Säkerhet»-dommen: «Overraskelseskriteriet» presiseres

8.3.1 Innledning

Svea hovrätts dom T 1968-16 («City Säkerhet») gjaldt en tvist om en «franchise-avtale» mellom selskapene City Säkerhet AB («City Säkerhet») og SafeTeam i Sverige AB («SafeTeam»). I henhold til avtalen hadde City Säkerhet rett til å selge SafeTeams sikkerhetssystemer, som SafeTeam selv leverte til City Säkerhets kunder. Kundene betalte imidlertid kjøpesummen til SafeTeam, som i henhold til franchise-avtalen skulle refundere beløpet til City Säkerhet, med fradrag for en viss sum, som utgjorde SafeTeams provisjon.

City Säkerhet tok i 2015 ut voldgiftssak mot SafeTeam og krevde erstatning for en rekke utestående krav under franchise-avtalen. I tillegg krevde selskapet tilbakebetaling av utgifter City Säkerhet hadde betalt SafeTeam i forbindelse med en tvist med en kunde. SafeTeam aksepterte erstatning, men motsatte seg tilbakebetalingskravet. Det ble henvist til at City

Säkerhet hadde vært forpliktet til å dekke SafeTeams kostnader i forbindelse med tvisten, som var høyere enn City Sakerhets erstatningskrav. Det ble følgelig anført at kravene måtte motregnes, og City Sakerhets erstatningskrav avvises.

Under voldgiftssaken hadde City Sakerhet blant annet anført at franchise-avtalen, gjennom *avtaleutfylling*, måtte gi grunnlag for tilbakebetalingskravet. I voldgiftsdommen ble det derimot lagt til grunn at SafeTeam, på grunnlag av *analogisk anvendelse* av den svenske kommisjonslagen («kommisjonsloven»), pliktet å tilbakebetale de omstridte beløpene. Ingen av partene hadde påberopt kommisjonsloven under saksbehandlingen. City Sakerhet tok ut søksmål om tilsidesettelse av voldgiftsdommen i henhold til LSF § 34(1)(2) (nå, (3)) om oppdragsoverskridelse, og § 34(1)(6) (nå, (7)) om saksbehandlingsfeil. Hovrätten avviste søksmålet, og opprettholdt voldgiftsdommen.

8.3.2 Plikt til å drive materiell prosessledning for å unngå «overraskelser»

Innledningsvis konstaterte hovrätten kort at voldgiftsrettens kompetanse i saken ikke var overskredet: Voldgiftsretten hadde ikke bygget på andre rettsfakta enn partene hadde påberopt.³⁸⁵ I henhold til «*jura novit curia*» hadde voldgiftsretten både rett og plikt til å anvende gjeldende rett, herunder ikke-påberopt bakgrunnsrett.³⁸⁶ Spørsmålet om kontradiksjon om rettsanvendelsen ble derimot underlagt en grundigere behandling enn i «Axelbolaget». Det ble fremholdt at (mine kursiveringer):

«Om skiljemännen överväger att tillämpa en rättsregel som inte någon av parterna hänfört sig till kan det finnas anledning för skiljemännen att inom ramen för sin materiella processledning uppmärksamma parterna på detta i syfte att undvika överraskningseffekter.»³⁸⁷

Hovrätten viste deretter til *Lindskog*, hvor det argumenteres for at «en part som overraskas till följd av brister i processledningen i aktuellt avseende bör kunna klandra skiljedomen på den grunden att det förekommit ett handläggningsfel» etter LSF § 34(1)(7).³⁸⁸ Hvorvidt en avgjørelse måtte anses «overraskende», måtte bero på om en part med rette kunne hevde at den ikke hadde fått tilstrekkelig anledning til å argumentere i spørsmålet om den aktuelle

³⁸⁵ T 1968-16, s. 6.

³⁸⁶ *Ibid.*, s. 5.

³⁸⁷ *I.c.*

³⁸⁸ *I.c.*

rettsregelens anvendelighet i saken.³⁸⁹ I den forbindelse var det et sentralt moment om voldgiftsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å unnlate å drive *materiell prosessledning*, og å unnlate å gjøre partene oppmerksom på at avtalen ville bli «fylt ut».³⁹⁰ Synspunktet har støtte i forarbeidene til LSF, der proposisjonen fremhever viktigheten av at voldgiftsretten gir partene «sådana opplysninger om rättsanvändningen att överraskningseffekter undviks».³⁹¹

Voldgiftsrettens analogisering fra kommisjonsloven kunne imidlertid etter hovrättens syn ikke være «overraskende» for partene.³⁹² Dette synes som en forstandig konklusjon, ettersom analogisk anvendelse av kommisjonsloven i saker om handelsrepresentanter lenge har vært en diskusjon i den svenske og finske litteraturen.³⁹³ Hovrätten pekte videre på at det er *vanlig* at avtaler utfylles med deklarasjonsrett.³⁹⁴ Partene hadde også fått tilstrekkelig anledning til å uttale seg om avtaleutfyllingsspørsmålet, som var et sentralt tvistesporsmål i saken. Dermed hadde voldgiftsretten heller ikke sviktet i sin materielle prosessledning.³⁹⁵

8.3.3 Analyse av «City Säkerhet»-dommen og voldgiftslovens materielle minstekrav
«City Säkerhet»-dommen gir viktige bidrag til fastleggelsen av det nærmere innholdet i et «overraskelseskriterium». Dommen er grundigere og mer eksplisitt enn «Axelbolaget», og den tar dessuten en mindre formalistisk tilnærming til kompetanseoverskridelsesspørsmålet. Dommen synes også å ha blitt godt mottatt i den svenske litteraturen.³⁹⁶ Den kan tas til inntekt for at det av hensyn til kontradiksjonen i saken kan oppstå en plikt til å drive *materiell prosessledning*. Nærmere bestemt vil voldgiftsretten, der den kommer til at et ikke-påberopt rettsgrunnlag er anvendelig, kunne være forpliktet til å informere partene om at den vurderer å bygge på regelen. Unnlattelsen av å gjøre dette kan utgjøre en saksbehandlingsfeil, og følgelig en tilsidesettelsesgrunn etter LSF § 34(1)(7). Hvorvidt en saksbehandlingsfeil foreligger, vil særlig bero på om den part som tar ut ugyldighetssøksmålet, som følge av voldgiftsrettens

³⁸⁹ I.c.

³⁹⁰ Ibid., s. 6.

³⁹¹ Prop. 1998/99: 35, s. 144–145.

³⁹² T 1968-16, s. 7.

³⁹³ Se f.eks. Wilhelmsson (1979), s. 43.

³⁹⁴ T 1968-16, s. 7.

³⁹⁵ I.c.

³⁹⁶ Hope og Hallberg (2018), s. 366; Runesson (2018), s. 297.

unnlattelse av å drive prosessledelse, ikke har fått tilstrekkelig anledning til å kommentere rettsgrunnlagets betydning for saken.

Det er flere grunner til at et slikt resonnement har overføringsverdi til norsk rett. De rettspolitiske hensynene som begrunner voldgift taler for at det bør oppstilles et vern mot kvalifiserte tilfeller av «overraskende» rettsanvendelse. Det synes imidlertid som at det skal svært mye til før slike tilfeller rammes av «due process»-regelen i modelloven artikkel 43(2)(a)(ii), som voldgiftsloven § 43(1)(b) bygger på. Å behandle forholdet som en svikt i den materielle prosessledelsen, som kan henføres under § 43(1)(e) om saksbehandlingsfeil, synes derfor som en hensiktsmessig «bakdør» for å ramme slike avgjørelser. Dette betyr ikke at bokstav b er utelukket; saksbehandlingsfeil blir bare en alternativ inngangsdør til ugyldighet.

Resonnementet synes også å svare til det som ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1990 s. 8, som er drøftet tidligere. Førstvoterende fremholdt at når lagmannsrettens begrunnelse avvek så sterkt fra partenes prosedyrer, måtte det ha oppstått en «plikt for retten» til å varsle partene om sine overveielser. Det ble vist til domstolenes plikt til å klarlegge partenes anførsler i tvistemålsloven § 86 (2), som svarer til tvisteloven § 11-5 (3). Paragraf 11-5 er derimot klarere enn tvistemålslovens bestemmelse, og gjelder både «faktiske og rettslige» anførsler. Uten at dette har direkte relevans for voldgiftsloven, illustrerer det at en tilsvarende *tenkemåte* ikke er fremmed i norsk prosess.

At en voldgiftsdom tilsidesettes av de svenske domstolene på grunnlag av unnlatt prosessledelse, vil også *rent praktisk* være et sterkt holdepunkt for at det samme bør gjelde i norsk rett: Svenske voldgiftsdommere må i utgangspunktet utvise forsiktighet med å drive materiell prosessledelse, for å unngå ugyldighet. Dersom prosessledelsen går «for langt», kan voldgiftsretten anses som upartisk, og følgelig risikere ugyldighet.³⁹⁷

Norske voldgiftsretter bør ikke vegre seg for materiell prosessledelse i samme grad som de svenske voldgiftsrettene. Den norske litteraturen synes generelt ikke å fremheve overdreven prosessledelse som en praktisk tilsidesettelsesgrunn.³⁹⁸ Domstolene synes heller ikke å ha tilsidesatt noen voldgiftsdommer på dette grunnlaget.³⁹⁹ Voldgiftsrettens materielle prosessledelse kan derimot, som fremhevet i avhandlingen, være et viktig middel for å

³⁹⁷ Lindskog (2020), s. 466

³⁹⁸ Se derimot Berg (2017), s. 87 flg., som advarer om at materiell prosessledelse kan komme i konflikt med partslikhetsprinsippet.

³⁹⁹ Lovdata-søk, 15.05.2023, 14:27.

unngå tilsidesettelsessøksmål. Prosessedelse kan også bidra til å skape en felles forståelse mellom voldgiftsretten og partene om hvordan saksbehandlingen skal føres frem. En avveining mellom «*jura novit curia*» og kontradiksjonsprinsippet taler for at partene informeres om hvilke ikke-påberopte rettsgrunnlag voldgiftsretten kommer til å bygge på.⁴⁰⁰ Dermed unngås også «overraskende» rettsanvendelse, og sannsynligheten for senere tilsidesettelsessøksmål og trenering av saken.⁴⁰¹

Når hovrätten fremholder at utfylling av avtaler med deklarasjonsrett må forventes av partene, er det vanskelig å se at det vil være noe mer «overraskende» at voldgiftsretten bygger på *preseptorisk* bakgrunnsrett. Snarere tvert imot: At voldgiftsretten har tilsidesatt preseptoriske rettsregler i det rettssystemet partene har valgt, og som «*the parties cannot derogate*», er uttrykkelig en tilsidesettelsesgrunn etter modelloven artikkel 34(2)(a)(iv).⁴⁰² Bestemmelsen bygger på New York-konvensjonen artikkel V(1)(d), som i all hovedsak svarer til denne. Det bør derfor kreves mye før voldgiftsrettens anvendelse av ikke-påberopte preseptoriske regler anses såpass «overraskende» at voldgiftsdommen kan tilsidesettes.

Unntak kan tenkes der det er tale om en mer «perifer» preseptorisk bestemmelse i den nasjonale retten, og ingen av partene har hjemsted på voldgiftsstedet. Et slikt tilfelle, som er nærmere å anse som en avgjørelse om ugyldighet, var opp i Sveits.⁴⁰³ Sveits' Høyesterett satt voldgiftsdommen til side som følge av manglende kontradiksjon; se kapittel 9.3. Saken kan også stille seg annerledes der voldgiftsretten bygger på såkalte *internasjonale preseptoriske regler*, eller EU-rett, typisk konkurranserett. Her kan hensynet til kontradiksjon tale sterkere for materiell prosessedelse, eller at saken reassumeres.⁴⁰⁴ Dette er imidlertid en egen diskusjon, som ikke behandles i avhandlingen. For en grundig behandling av emnet, se *Cordero-Moss*.⁴⁰⁵

Det kan videre stilles spørsmål ved om det bør sondres mellom *lovfestet* og *ulovfestet rett* når det gjelder hvor «overraskende» avtaleutfylling må anses for partene. En så generell slutning har lite for seg. Noen land, som England, har en omfattende domstolsskapt rett. Det samme gjelder i noen grad også norsk rett. Det er vanskelig å se hvorfor dette skal anses mer «overraskende» *i seg selv* enn lovfestede rettsgrunnlag. Muligens kan det – rent praktisk – tenkes anført at det vil være mer overraskende at voldgiftsretter i Sveits, eller Tyskland, som har sivillovbøker, går utenfor disse. Heller ikke dette synes særlig overbevisende. Når partene

⁴⁰⁰ Cordero-Moss (2016), s. 329.

⁴⁰¹ Ibid., s. 328–329.

⁴⁰² Ibid., s. 316–317.

⁴⁰³ 4A_400/2008.

⁴⁰⁴ Cordero-Moss (2016), s. 321.

⁴⁰⁵ Ibid., s. 310–321.

velger at avtalen skal reguleres under et spesifikt lands rett, aksepterer de ikke bare deler av, men i utgangspunktet «hele» rettssystemet, så lenge annet ikke uttrykkelig er avtalt.

8.4 Oppsummering og konklusjoner

Basert på de foregående drøftelsene kan man trekke en rekke konklusjoner. For det første, at der voldgiftsretten har bygget på ikke-påberopte rettsgrunnlag, kan *unnlåtelsen* av å drive materiell prosessledning utgjøre en saksbehandlingsfeil etter voldgiftsloven § 43(1)(e). Denne innfallsvinkelen synes å ha støtte i både svensk og sveitsisk rettspraksis.⁴⁰⁶ Dette utelukker imidlertid ikke at manglende kontradiksjon *i seg selv* også kan angripes etter § 43(1)(e), eller at «due process» kan være tilsidesatt etter § 43(1)(b). Foreløpig synes det likevel å være mindre sannsynlig at slike anførsler vil føre frem.

Uavhengig av hvilken ugyldighetsbestemmelse som anføres, vil det sentrale vurderingstemaet være om en part *ikke har fått tilstrekkelig anledning til å argumentere for (eller mot)* anvendelsen av det ikke-påberopte rettsgrunnlaget, og dermed heller *ikke kunne ha forutsett* at det ville få betydning for avgjørelsen. Det synes derfor som at *hvor overraskende* et ikke-påberopt rettsgrunnlag vil være for partene, også kan plasseres på en slags «glideskala».⁴⁰⁷

På det ene ytterpunktet kan man plassere de alminnelige prinsippene om avtaletolkning, og annen «sentral pensumjus». *Avtaleutfylling* vil kunne være noe mer overraskende for partene, og må plasseres noe nærmere mot midten av «skalaen». Derimot er det grunn til å tro at en fullstendig *avtalerevisjon* sjelden vil være noe partene kunne forutsett i voldgift, og at voldgiftsrettens unnlåtelse av å forelegge et slikt spørsmål for partene derfor må plasseres på det andre ytterpunktet på «skalaen».⁴⁰⁸ I neste kapittel vil jeg analysere om voldgiftsretten i slike tilfeller bare har gått utenfor det som er «best practice», eller om en ikke-påberopt avtalerevisjon også er et grunnlag for *ugyldighet*.

⁴⁰⁶ Se kapittel 4.4.4.3 og 4.4.4.5.

⁴⁰⁷ Tørum (2022).

⁴⁰⁸ I.c.

9 Avtalerevisjon

9.1 Innledning

Dersom partenes avtale, tatt på ordet, vil føre til «urimelige» resultater, eller uventede eller ekstraordinære forhold inntreffer, og voldgiftsretten verken ved tolkning eller utfylling av avtaleforholdet kan bøte på dette, kan avtalerevisjon være en siste utvei.⁴⁰⁹ Hvis voldgiftsretten først etter hovedforhandlingen kommer til at revisjon er nødvendig, og avsier dom på dette grunnlaget uten å først innhente partenes synspunkter, kan det imidlertid stilles spørsmål ved om voldgiftsretten har gått for langt, og dommen må settes til side. For å avklare hvor *de ytre grensene* går for voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, vil jeg i dette kapitlet se nærmere på avtalerevisjon etter avtaleloven § 36⁴¹⁰ og læren om bristende forutsetninger (forutsetningslæren).⁴¹¹

At en ikke-påberopt avtalerevisjon bygget på disse rettsgrunnlagene i de fleste tilfeller vil stride mot «best practice», kan legges til grunn allerede her.⁴¹² Når voldgiftsdommen derimot må kjennes *ugyldig*, må fastlegges ut ifra en analyse av rettspraksis. Ettersom det så vidt vites ikke foreligger norsk praksis om denne problemstillingen,⁴¹³ og tilsynelatende heller ikke svensk eller dansk, er det nødvendig å rette blikket *utover*.

Ut ifra voldgiftslovens målsetning om ensartede løsninger internasjonalt,⁴¹⁴ kan det være relevant å se hen til rettspraksis fra andre land som bygger på modelloven eller New York-konvensjonen. Som drøftet over, vil nordisk rettspraksis antagelig ha større relevans en annen internasjonal praksis, og derfor vil tyngdepunktet i denne analysen ligge på en avgjørelse fra *finsk rett*. Avgjørelsen gjelder revisjonsbestemmelsen i den finske avtaleloven § 36,⁴¹⁵ som er et resultat av nordisk samarbeid,⁴¹⁶ og bør derfor være av relevans for fastleggelsen av norsk rett.

⁴⁰⁹ Hagstrøm m.fl. (2021), s. 261.

⁴¹⁰ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.

⁴¹¹ Se om forutsetningslæren i Hagstrøm m.fl. (2021), s. 268 flg.

⁴¹² Tørum (2022). Se kapittel 8.4 over.

⁴¹³ Per 15. mai 2023.

⁴¹⁴ Se kapittel 1.2.2.

⁴¹⁵ Lag 13. juni 1929 om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

⁴¹⁶ Hagstrøm m.fl. (2021), s. 297.

Ettersom den finske voldgiftsdommen likevel ikke ble kjent ugyldig, og det er omdiskutert i litteraturen om terskelen for tilsidesettelse i denne saken ble lagt *for høyt*,⁴¹⁷ er det naturlig å se hen til annen internasjonal rettspraksis der voldgiftsrettens ikke-påberopte rettsanvendelse førte til ugyldighet. Dette vil bidra til å kartlegge yttergrensene for voldgiftsrettens handlingsrom. Derfor vil jeg også behandle et sjeldent eksempel fra *sveitsisk rett*, der en voldgiftsdom ble kjent ugyldig som følge av manglende kontradiksjon om rettsanvendelsen. Ettersom sveitsisk rett må anses som et «ytterpunkt», er det *rent praktisk* grunn til å tro at tilfeller som medfører ugyldighet i sveits, også vil si noe om tilsidesettelse etter voldgiftsloven.⁴¹⁸

9.2 «Werfen»-dommen

9.2.1 Innledning

Högsta domstolen i Finland opprettholdt i KKO 2008:77 («Werfen») en voldgiftsdom der voldgiftsretten hadde revidert en distribusjonsavtale med grunnlag i avtaleloven § 36. Dommen inneholder tre ulike begrunnelser. Flertallet, og den ene dissenterende dommeren, kom med noe ulike begrunnelser til at voldgiftsdommen måtte opprettholdes. Mindretallet kom derimot til at voldgiftsretten både hadde begått en kompetanseoverskridelse og tilsidesatt partenes rett til kontradiksjon.⁴¹⁹ Votaene belyser forskjellene på en mer voldgiftsvennlig («pro-arbitration») tilnærming til ugyldighetssøksmål, og en mer «tradisjonell» tilnærming der sivilprosessuelle kilder tillegges større vekt.⁴²⁰ Dette gir henholdsvis videre og snevrere rammer for voldgiftsretten til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag.

Saken gjaldt en distribusjonsavtale mellom Werfen Austria GmbH («Werfen»), og Polar Electro Europe B.V. («Polar Electro»). Werfen var ansvarlig for distribusjonen og markedsføringen av Polar Electros produkter i Østerrike. Partene hadde i distribusjonsavtalens punkt 10.5 uttrykkelig avtalt seg vekk fra bakgrunnsretten, som ellers hadde gitt Werfen rett til kompensasjon dersom en av partene endte avtaleforholdet.⁴²¹ Da Polar Electro ensidig avsluttet avtaleforholdet, krevde Werfen likevel vederlag, og tvisten ble tatt til voldgift.

⁴¹⁷ Kiurunen (2011), s. 765–774; Nappert (2011), s. 775–778.

⁴¹⁸ Se kapittel 5.

⁴¹⁹ Bond (2011), s. 752–753.

⁴²⁰ Se om «pro-arbitration» i kapittel 4.2.2.

⁴²¹ Lag 8. mai 1992 om handelsrepresentanter och försäljare (417/1992).

I voldgiftssaken anførte Werfen at punkt 10.5 i distribusjonsavtalen var *ugyldig* som følge av bakgrunnsretten. Som grunnlag for ugyldigheten fremholdt Werfen blant annet at erstatning ville være *rimelig* ettersom de over lengre tid hadde utvidet Polar Electros kundebase, uten selv å tjene på det. Det ble også pekt på at Polar Electro, i kraft av å være den sterkere part i kontraktsforholdet, hadde presset Werfen til å godta punkt 10.5 i avtalen.⁴²² Uten at det var påberopt, kom imidlertid voldgiftsretten til at det var grunnlag for å *revidere* distribusjonsavtalen i medhold av den finske avtaleloven § 36.⁴²³ Dermed ble punkt 10.5 lempet, og Werfen tilkjent en *rimelig erstatning* for det langvarige avtaleforholdet.⁴²⁴ Polar Electro tok deretter ut ugyldighetssøksmål og anførte kompetanseoverskridelse og manglende kontradiksjon.

9.2.2 Flertallets begrunnelse

Flertallets drøftelse synes å bygge på en relativt pragmatisk tilnærming til kompetanseoverskridelse. Selv om finsk sivilprosess bygger på et krav om at rettsfakta skal påberopes på lignende vis som i norsk sivilprosess,⁴²⁵ er det *i praksis* få spor av en slik tilnærming i flertallets begrunnelse. I den innledende tolkningen av den finske voldgiftsloven («FLSF»), § 41(1),⁴²⁶ pekte flertallet på at kompetanseoverskridelse bl.a. ville foreligge der voldgiftsretten har tilkjent «something more ... or something else than what has been claimed.»⁴²⁷ At voldgiftsretten heller ikke kan gå utenfor de påberopte rettsfakta, kom bare frem som en slags sidebemerkning i subsumsjonen.⁴²⁸

Voldgiftsretten hadde etter flertallets syn verken tilkjent noe *mer* eller *annet* enn partene hadde påstått, eller basert avgjørelsen på ikke-påberopte rettsfakta.⁴²⁹ Premissene tyder på at så lenge voldgiftsretten hadde knyttet rettsanvendelsen til partenes *faktiske* anførsler, kunne den selv trekke inn ikke-påberopte *revisjonsgrunnlag*. Flertallet forutsetter også at adgangen til dette er relativt vid (mine kursivering):

⁴²² KKO 2008:77, avs. 2.

⁴²³ Ibid., avsnitt 7.

⁴²⁴ Ibid., avsnitt 7.

⁴²⁵ Kiurunen (2011), s. 769. Rättegångsbalk (4/1734), kap. 12, § 3.

⁴²⁶ Lag 23. oktober 1992 om skiljeförfarande (1992/967).

⁴²⁷ KKO 2008:77, avsnitt 11.

⁴²⁸ Ibid., avsnitt 12.

⁴²⁹ Ibid., avsnitt 12.

«... [I]n some cases, a decision can be based on section 36 of the Contracts Act *even if the parties have not expressly claimed adjustment or expressly invoked unreasonableness.*»⁴³⁰

Premissene taler likevel for at partene må ha anført noe *i retning av* revisjon eller ugyldighet for at voldgiftsretten skal kunne bygge på § 36. Flertallet trakk frem som et eksempel der avtalerevisjon kan være innenfor voldgiftsrettens kompetanse, at partene har anført «a contract being null and void or invalid on the basis of a fact that can also constitute grounds for adjustment.»⁴³¹ Dette tyder på at så lenge partene har anført et eller annet revisjons- eller ugyldighetsgrunnlag, så «åpnes døren» for voldgiftsretten til å også bygge på ikke-påberopte og alternative rettsregler. Flertallet la med andre ord en relativt høy terskel for ugyldighet, og begrunnelsen preges lite av en «tradisjonell» forståelse av påberopelseskravet.

Når det gjelder spørsmålet om kontradiksjon om rettsanvendelsen, anførte Polar Electro at voldgiftsrettens *unnløstelse av å drive materiell prosessledning* måtte føre til tilsidesettelse. Flertallet avviste kort at det forelå noe brudd på kontradiksjonsprinsippet. Det ble fremhevet at voldgiftsdommer som den klare hovedregel er endelige, og bare kan tilsidesettes ved «clear formal errors and comparatively crude procedural errors».⁴³² Flertallet pekte på Werfens anførsel i voldgiftssaken om at punkt 10.5 i distribusjonsavtalen var «null and void and invalid». At voldgiftsretten kom til *samme resultat* som de hadde anført, men ut ifra et *annet rettsgrunnlag*, kunne dermed «hardly have been a surprise to the parties».⁴³³ Ettersom et tvistepunkt i saken var *ugyldighet*, kunne heller ikke en *revisjon* av avtaleforholdet ha vært overraskende for partene.⁴³⁴

9.2.3 Mindretallets begrunnelse

Dommer Aarnios dissens kom til motsatt resultat av flertallet, og synes å bygge på en noe mer «nasjonal» tilnærming til problemstillingene i saken. Særlig gjelder dette behandlingen av kompetanseoverskridelse. Mindretallet innledet drøftelsen med å peke på at voldgiftsretten ikke kan bygge på annet enn «immediate grounds» for partenes krav, dvs. påberopte rettsfakta.⁴³⁵

⁴³⁰ KKO 2008:77, avsnitt 13.

⁴³¹ I.c.

⁴³² Ibid., avsnitt 10.

⁴³³ Ibid., avsnitt 16.

⁴³⁴ I.c.

⁴³⁵ Bond (2011), s. 762. Begrepet oversettes i litteraturen på noe ulike vis til engelsk, se f.eks. Runesson (2018), s. 288, som betegner rettsfakta som «ultimate facts».

Dette ble understreket flere steder.⁴³⁶ Begrunnelsen synes med andre ord i større grad enn flertallets å ha basert seg på det *sivilprosessuelle* begrepsapparatet i finsk rett. Begrunnelsen ligner derfor også mer på underrettenes premisser, der voldgiftsdommen ble opphevet i begge instanser.⁴³⁷ Her ble det vist til Rättegångsbalken,⁴³⁸ kapittel 24 § 3, om at domstolene ikke kan avgjøre saker ut ifra «någon omständighet som en part inte har åberopat som stöd för sitt yrkande eller motsättande.»⁴³⁹ Rättegångsbalkens bestemmelse synes også å ha preget mindretallets syn på kompetansespørsmålet, ved at rammene for kompetansen i hovedsak ble angitt ut ifra en analyse av hva partene hadde *påberopt*.⁴⁴⁰

Mindretallets drøftelse av spørsmålet om kontradiksjon om rettsanvendelsen, knytter seg også langt på vei til påberopelseskravet. Det ble særlig fremhevet at flere av de faktiske forholdene som voldgiftsretten hadde bygget på i revisjonsvurderingen, *ikke* hadde vært påberopt av Werfen som «immediate grounds» for erstatningskravet.⁴⁴¹ Dermed skulle voldgiftsretten ha innhentet partenes synspunkter på avtalerevisjonen.⁴⁴² Mindretallet synes likevel å ha knyttet dette til partenes rett til kontradiksjon om *faktum*, heller enn til rettsanvendelsen.

9.2.4 Analyse av «Werfen»-dommen og grensene for ikke-påberopt avtalerevisjon

Forskjellen mellom flertallets og mindretallets premisser illustrerer en utfordring i rettssystemer som bygger på et «jura novit curia»-prinsipp. Dersom voldgiftsretten avgjør saken basert på et ikke-påberopt rettsgrunnlag, vil voldgiftsrettens bruk av faktum nødvendigvis få en *noe annen vinkling* enn i partenes prosedyrer. Om «jura novit curia» skal aksepteres, må domstolene derfor tillegge hensynet til kontradiksjon om *faktum* noe mindre vekt enn ellers. Hvis ikke, vil en voldgiftsdom som bygger på ikke-påberopt rettsanvendelse fort komme i konflikt med kontradiksjonsprinsippet, og dermed måtte tilsidesettes.

Det synes derfor som at flertallet i «Werfen»-dommen tilla kontradiksjonsprinsippet noe mindre *vekt* enn mindretallet, men til gjengjeld satt igjen med en dom som svarer til modellovens og New York-konvensjonens målsetning om *voldgiftsvennlighet* og en høy terskel for ugyldighet.

⁴³⁶ l.c.

⁴³⁷ Kiurunen (2011), s. 767.

⁴³⁸ Rättegångsbalk (4/1734).

⁴³⁹ Kiurunen (2011), s. 769. Se Rättegångsbalk (4/1734).

⁴⁴⁰ Bond (2011), s. 762.

⁴⁴¹ Bond (2011), s. 762–763.

⁴⁴² l.c.

Ettersom mindretallet derimot i større grad konsentrerte seg om avtalerevisjonens konsekvenser for partenes rett til kontradiksjon, og at Polar Electro ikke hadde fått uttale seg om produksjonsproblemene «from the perspective» at distribusjonsavtalen kunne bli revidert, ble konklusjonen det motsatte. Mindretallets begrunnelse på dette punktet har derfor også likheter med Rt. 2013 s. 1079, der Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom fordi den hadde gitt faktum en «helt annen vinkling» enn i partenes anførsler.⁴⁴³

«Werfen»-dommen er grundig behandlet i litteraturen.⁴⁴⁴ *Knuts* oppfatter dommen som et eksempel på at «jura novit curia» gjelder i Finland, og at voldgiftsretten derfor har en vid adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag.⁴⁴⁵ Dette bekreftes i *Kiurunen*.⁴⁴⁶ Samtidig peker *Knuts* på at flertallet også åpner opp for *unntak* fra «jura novit curia» der rettsanvendelsen er «surprising» for partene.⁴⁴⁷ I denne forbindelsen tar hun til orde for at et moment i «overraskelsesvurderingen» vil være om det ikke-påberopte rettsgrunnlaget er *grunnleggende* i det rettssystemet saken fant sted. Ettersom avtaleloven § 36 er et «fundamental element in Finnish (and Scandinavian) contract law», kunne det forholdet at voldgiftsretten bygde på den, heller ikke være så overraskende for partene.⁴⁴⁸

Avtaleloven § 36 må riktig nok kunne anses som «sentral pensumjus» i norsk rett. Samtidig bør ikke dette gi voldgiftsretter i Norden «blankofullmakt» til å foreta avtalerevisjon. Det kan diskuteres om det som egentlig var avgjørende for flertallet, var at begge partene allerede hadde *prosedert på* spørsmålet om ugyldighet. Når dette hadde vært et sentralt tvistespørsmål i voldgiftssaken, var det neppe så overraskende at voldgiftsretten reviderte avtaleklausulen. Werfen hadde også *prosedert på* en rekke faktiske forhold som typisk kan trekkes inn ved anvendelsen av avtaleloven § 36. De hadde bl.a. pekt på at partene hadde hatt et langvarig avtaleforhold, at Werfen uten gevinst hadde økt kundebasen til Polar Electro, og at det var et ujevnbyrdig styrkeforhold mellom partene.⁴⁴⁹

⁴⁴³ Se kapittel 3.3.

⁴⁴⁴ *Knuts* (2012), s. 679; *Kiurunen* (2011), s. 771–774; *Nappert* (2011), s. 777–778. *Born* (2023) henviser også til avgjørelsen i §25.04[B][6], note 626.

⁴⁴⁵ *Knuts* (2012), s. 679.

⁴⁴⁶ *Kiurunen* (2011), s. 771.

⁴⁴⁷ *Knuts* (2012), s. 683.

⁴⁴⁸ *l.c.*

⁴⁴⁹ KKO 2008:77, avsnitt 2.

Kiurunen anser dommen som en illustrasjon på at det kan være vanskelig å forene rammene for voldgiftsrettens kompetanse med voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag.⁴⁵⁰ Mens underrettene og mindretallet anså voldgiftsrettens anvendelse av avtaleloven § 36 som en kompetanseoverskridelse, som bygde på ikke-påberopte rettsfakta, var dette etter flertallets syn bare et utslag av «*jura novit curia*».⁴⁵¹ Dette er et lignende problem som det jeg drøftet over, der domstolene i noen situasjoner vil være nødt til å heve terskelen for ugyldighet, for å gi rom for «*jura novit curia*». Högsta domstolen synes med andre ord å gi voldgiftsretten et relativt vidt handlingsrom for ikke-påberopt avtalerevisjon. Når terskelen for ugyldighet synes å være såpass høy, kan det være nødvendig å avklare i hvilke tilfeller et ugyldighetssøksmål faktisk har ført frem. Dette vil behandles i neste punkt under.

Noen har på bakgrunn av dommen stilt spørsmål ved om voldgiftsrettens anvendelse av avtaleloven § 36 bør anses som en avgjørelse basert på rimelighet («*ex aequo et bono*»)⁴⁵² I så fall vil voldgiftsdommen kunne kjennes ugyldig som følge av kompetanseoverskridelse dersom partene ikke uttrykkelig har blitt enige om at den kan anvendes i saken. Kritikken har neppe mye for seg. Selv om avtaleloven § 36 er begrunnet med hensynet til et rimelig resultat, gir den ingen adgang til på frirettslig grunnlag å velge den «rimeligste» løsningen i saken. Den er like fullt en rettsregel som må tolkes og anvendes i samsvar med rettskildelæren. Dersom enhver regel som bygger på rimelighet skulle kreve en uttrykkelig aksept fra partene, ville dette ikke minst skape vanskelige grensedragninger.

9.3 «Liedson»-dommen⁴⁵³

Sveits' Høyesteretts dom 4A_400/2008 («Liedson») kan trekkes frem som en motvekt til den nokså liberale «Werfen»-saken. «Liedson»-dommen gjelder ikke direkte avtalerevisjon, men et tilfelle der voldgiftsretten satt til side en avtale som følge av strid med preseptorisk bakgrunnsrett. Dommen er et av få eksempler fra sveitsisk rettspraksis der voldgiftsrettens rettsanvendelse avvek så vidt fra partenes prosedyrer, og dermed var så overraskende, at dommen måtte settes til side.⁴⁵⁴ For å nyansere det inntrykket som «Werfen»-saken kan gi, og for å belyse når grensen for ugyldighet faktisk er overskredet, vil jeg kort behandle dommen før jeg går over til norsk rett.

⁴⁵⁰ *Kiurunen* (2011), s. 771.

⁴⁵¹ *l.c.*

⁴⁵² *Nappert* (2011), s. 778.

⁴⁵³ En lignende sak var oppe i engelsk rett, i *Fleetwood Wanderers Ltd v. AFC Flyde Ltd*. Avgjørelsen gjaldt en tvist etter opphøret av en fotballspillers ansettelsesforhold. Voldgiftsretten hadde ikke gitt partene anledning til å uttale seg om deler av rettsanvendelsen, og hadde dermed tilsidesatt partenes rett til kontradiksjon. Dette utgjorde en «serious irregularity» etter EAA § 68(2)(a), jf. § 33, og voldgiftsdommen ble kjent ugyldig.

⁴⁵⁴ *Bonomi* (2018), s. 390.

«Liedson»-dommen gjaldt en voldgiftsdom avsagt av Court of Arbitration for Sports («CAS») om en tvist mellom en spansk fotballagent med hjemsted i Spania, og en brasiliansk fotballspiller, Liedson Silva Muniz.⁴⁵⁵ I 2003 hadde partene inngått en arbeidsformidlingsavtale der agenten skulle bistå Liedson med å bli ansatt av en europeisk fotballklubb.⁴⁵⁶ Avtalen var underlagt FIFA-reguleringene, og sveitsisk rett som bakgrunnsrett. Dersom agenten klarte å skaffe Liedson et ansettelsesforhold, ville han motta en provisjon basert på Liedsons årsinntekt på fotballaget.⁴⁵⁷ Liedson skaffet imidlertid selv et ansettelsesforhold med en portugisisk fotballklubb. Likevel krevde agenten provisjon i henhold til avtalen, og saken endte med voldgift i CAS.

Ifølge CAS var formidlingsavtalen i utgangspunktet gyldig, og etter sin ordlyd hadde agenten krav på provisjon. Uten at det var påberopt konkluderte imidlertid CAS i voldgiftsdommen med at avtalen måtte settes til side, og agentens provisjonskrav avvises. CAS pekte på at avtalen stred med en preceptorisk bestemmelse i den sveitsiske loven om arbeidsforhold og arbeidsleie («LSE»)⁴⁵⁸. Agenten tok senere ut ugyldighetssøksmål mot dommen, som endte i Sveits' Høyesterett, der hans prinsipale anførsel var at CAS hadde tilsidesatt retten til kontradiksjon ved å bygge på «a legal reasoning which the Parties could not have foreseen».⁴⁵⁹

Høyesteretts begrunnelse for å tilsidesette CAS-dommen illustrerer hvor mye som kreves før «overraskelseskriteriet» må anses oppfylt. Innledningsvis i premissene understrekes det at «jura novit curia» gjelder i sveitsisk voldgift.⁴⁶⁰ Følgelig omfatter partenes rett til kontradiksjon i utgangspunktet bare sakens faktiske omstendigheter.⁴⁶¹ Likevel må partene «[e]xceptionally» gis en rett til å uttale seg om rettsanvendelsen, dersom voldgiftsretten bygger på et ikke-påberopt rettsgrunnlag som partene «could not have suspected relevant.»⁴⁶²

⁴⁵⁵ Swiss International Arbitration Decisions (2009).

⁴⁵⁶ 4A_400/2008, punkt A.

⁴⁵⁷ I.c.

⁴⁵⁸ Federal Act on Employment Services and the Leasing of Services, 6. oktober 1989.

⁴⁵⁹ 4A_400/2008, punkt 3.

⁴⁶⁰ 4A_400/2008, punkt 3.1.

⁴⁶¹ I.c.

⁴⁶² I.c.

Høyesterett pekte deretter på at selv om arbeidsformidlingsavtalen var regulert av sveitsisk rett, og LSE derfor i utgangspunktet kunne trekkes inn i voldgiftsdommen, kom loven *ikke til anvendelse* på partenes avtaleforhold. Det ble pekt på at LSE bare gjelder for arbeidsformidlingsavtaler der agenten har hjemsted i eller driver virksomheten fra Sveits, mens agenten både bodde i og opererte fra Spania.

Voldgiftsrettens rettsanvendelse var dermed ikke bare *overraskende*, men også *uriktig*. Ved første øyekast kan det derfor synes som at Høyesterett foretok en materiell overprøving av voldgiftsrettens rettsanvendelse. Heller er det nok riktig å se dommen som et eksempel på at partene neppe vil kunne forutse at voldgiftsretten bygger på et *ikke-anvendelig* rettsgrunnlag. Høyesterett fremhevet at når LSE var «manifestly inapplicable» i saken, kunne partene vanskelig ha forutsett at voldgiftsretten ville bygge på den.⁴⁶³

Knuts har tatt til orde for at tilsidesettelsen i «Liedson»-dommen også til dels skyldes at den preceptoriske bestemmelsen i LSE ikke er en «fundamental» bestemmelse i sveitsisk rett.⁴⁶⁴ Dermed var det også *mer overraskende* at CAS bygde på den enn det hadde vært om avgjørelsen hadde vært forankret i en mer sentral bestemmelse i sveitsisk kontraktsrett.⁴⁶⁵ LSE var med andre ord ikke «sentral pensumjus» som partene kunne forutse at voldgiftsretten ville bygge på.⁴⁶⁶

Til støtte for *Knuts* oppfatning kan det pekes på at arbeidsformidlingsavtalen hovedsakelig var regulert av FIFA-reglementet, mens sveitsisk rett noe «tilfeldig» var inntatt som bakgrunnsrett. Når voldgiftsretten likevel fravek avtalebestemmelsene, og baserte seg på et noe «perifert» rettsgrunnlag fra arbeidsretten, var dette neppe noe som partene kunne ha forutsett. Høyesterett pekte videre på at saken hadde «no connection to Switzerland», ettersom ingen av partene hadde hjemsted i eller drev virksomhet i Sveits. CAS skulle derfor ha forelagt rettsanvendelsen for partene før dommen ble avsagt.⁴⁶⁷ Ved å unnlate å sikre partenes rett til kontradiksjon ble agenten «taken by surprise», og voldgiftsdommen måtte kjennes ugyldig.⁴⁶⁸

⁴⁶³ Ibid., punkt 3.2.

⁴⁶⁴ *Knuts* (2012), s. 683.

⁴⁶⁵ I.c.

⁴⁶⁶ Se kapittel 4.2.4.

⁴⁶⁷ 4A_400/2008, punkt 3.2.

⁴⁶⁸ I.c.

«Liedson»-dommen gir uttrykk for en lignende oppfatning som i den svenske «City Säkerhet»-dommen, nemlig at voldgiftsretten ved tilstrekkelig overraskende rettsanvendelse kan være forpliktet til å drive *materiell prosessledning* for å unngå ugyldighet.⁴⁶⁹ Samtidig er den en illustrasjon på hvor mye som skal til for ugyldighet i sveitsisk rett. Ved å unnlate å forelegge et ikke-påberopt og ikke-anvendelig, relativt «perifert» rettsgrunnlag for partene, selv om ingen av dem hadde noen tilknytning til Sveits, hadde CAS krenket den harde kjernen i «due process».

9.4 Voldgiftslovens materielle minstekrav

9.4.1 Problemstillingen

Kan en voldgiftsrett med sete i Norge revidere partenes avtale i medhold av avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren, uten at dette er påberopt? Selv om spørsmålet neppe kan besvares helt generelt, og norsk praksis gir begrenset veiledning for spørsmålet, kan det utledes noen grunnleggende utgangspunkter av «Werfen»- og «Liedson»-dommene.

9.4.2 Kompetanseoverskridelse

Flertallets begrunnelse i «Werfen»-dommen taler for at voldgiftsretten bør gis vide rammer til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, også revisjonsgrunnlag. Spørsmålet er om en like vid kompetanse kan oppstilles i *norsk rett*. Selv om de norske rettskildene gir begrenset veiledning, har Høyesterett tatt til orde for en mer «de-nasjonalisert» anvendelse av voldgiftsloven, og uttrykkelig understreket at modelloven er et «tolkningsmoment» der den norske rettsstilstanden er uklar.⁴⁷⁰ Ettersom «Werfen»-dommen synes å svare til utgangspunktene i den internasjonale litteraturen om modelloven artikkel 34(2)(a)(iii), og det er ønskelig med ensartede løsninger i nordisk voldgift,⁴⁷¹ bør den derfor tillegges en viss relevans.

Som et klart utgangspunkt kan voldgiftsretten uansett ikke bygge på avtalerevisjon etter avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren dersom partene har prosedert på noe *helt annet* i saken. I så fall vil voldgiftsretten oftest ha gått utenfor partenes anførsler, og det vil foreligge en kompetanseoverskridelse etter voldgiftsloven § 43(1)(c).⁴⁷² Dersom partene derimot har prosedert på *noe i retning av* revisjon eller ugyldighet, kan saken stille seg annerledes.

⁴⁶⁹ Se kapittel 8.3.

⁴⁷⁰ Henholdsvis HR-2017-1932-A, avsnitt 114; HR-2023-573-A, avsnitt 45.

⁴⁷¹ Se kapittel 9.1.

⁴⁷² Se kapittel 4.3.6.

«Werfen»-dommen taler for at det avgjørende i slike tilfeller ikke vil være om et rettsfaktum har vært «påberopt» eller ikke, men om de faktiske forhold som voldgiftsretten bygget på har vært *anført* (i vid betydning).⁴⁷³ Dette samsvarer med utgangspunktene i den internasjonale litteraturen, der det bl.a. pekes på at voldgiftsretten fritt kan foreta «legal characterizations» av faktum, selv om den gis en *noe annen vinkling* enn i partenes prosedyrer og prosesskriv.⁴⁷⁴ Så lenge faktum gir et visst grunnlag for avtalerevisjon, og partene har prosedert på noe i retning av dette, er det derfor ikke åpenbart at voldgiftsdommen bør tilsidesettes.

Saken stiller seg annerledes der en part har påberopt avtaleloven § 36, mens voldgiftsretten istedenfor bygger på forutsetningslæren, eller omvendt. «Werfen»-dommen tyder på at det sjeldent vil være grunnlag for ugyldighet i slike situasjoner. Dette svarer også til utgangspunktene i den internasjonale litteraturen.⁴⁷⁵ Så lenge domsslutningen ligger innenfor partenes påstander, og voldgiftsretten ikke går utenfor partenes faktiske anførsler, vil avgjørelsen vanligvis verken rammes av modelloven artikkel 34(2)(a)(iii) eller New York-konvensjonen artikkel V(1)(c).⁴⁷⁶ Heller ikke i sivilprosessen vil dette tilfellet nødvendigvis utgjøre en kompetanseoverskridelse, ettersom ulike ugyldighetsgrunnlag i utgangspunktet anses som samme «krav».⁴⁷⁷ I dette eksemplet vil voldgiftsretten derfor i de fleste situasjoner befinne seg på trygg grunn.

9.4.3 «Overraskelseskriteriet»

Der voldgiftsretten har bygget på avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren, uten at den andre er påberopt, *kan* det som nevnt, men ikke alltid, foreligge en kompetanseoverskridelse. Dersom saksøkers anførsel om kompetanseoverskridelse likevel ikke fører frem, vil det avgjørende for om dommen blir stående være om rettsanvendelsen er så overraskende at dommen må kjennes ugyldig etter voldgiftsloven § 43(1)(b) eller –(e). Selv om voldgiftsretten bør tilstrebe å ivareta partenes rett til å en rettssikker saksbehandling, og muligheten til å uttale seg om både faktiske og (i en viss grad) rettslige anførsler, bør terskelen for ugyldighet likevel være høy. Som illustrert av «Werfen»- og «Liedson»-dommene, rammer «overraskelseskriteriet» bare alvorlige tilsidesettelser av kontradiksjonsprinsippet.

⁴⁷³ Se kapittel 4.3.6.

⁴⁷⁴ Born (2023), §25.04[F][4][a].

⁴⁷⁵ Se kapittel 4.3.2.

⁴⁷⁶ Se kapittel 4.3.2.

⁴⁷⁷ Backer (2020), s. 385.

Dersom revisjon *aldri har vært oppe i saken*, men voldgiftsretten likevel på grunnlag av avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren reviderer partenes avtale og tilkjenner erstatning innenfor påstandene, kan voldgiftsdommen neppe opprettholdes. Selv om *Knuts* peker på at avtaleloven § 36 er en grunnleggende bestemmelse i nordisk formuerett,⁴⁷⁸ og det samme nok kan sies om forutsetningslæren, kan voldgiftsretten heller ikke stå fullstendig «fritt» til å revidere partenes avtaler.

Basert på *Knuts* poeng kan det være grunn til å skille mellom saker der partene er norske og utenlandske. Også «Liedson»-dommen taler for at voldgiftsretten bør være varsom der ingen av partene har hjemsted der voldgiften finner sted. I internasjonale tvister bør det være lite, om noe rom, for ikke-påberopt avtalerevisjon. Dette ville svekket forutsigbarheten i norsk voldgift og Norges ry som internasjonalt voldgiftssete. Selv i slike saker synes imidlertid terskelen for ugyldighet å være høy. Om voldgiftsdommen kan tilsesettes, beror på en nærmere vurdering av partenes *forventninger* i saken, herunder prosedyrer og prosesskriv. For saker mellom norske parter, taler dommene som er analysert over for at terskelen for ugyldighet sjeldent vil være oppfylt.

Det kan også tenkes at *graden av klander* kan være et moment i overraskelsesvurderingen. Jo mer graverende anvendelsen av det ikke-påberopte rettsgrunnlaget vil være for en part, desto mer tungtveiende vil hensynet til kontradiksjon tale for at han gis anledning til å uttale seg, og motgå anklagene. Det vil f.eks. være mer overraskende at voldgiftsretten kjenner partenes avtale ugyldig i medhold av Norske Lov 5-1-2 om avtaler som strider mot «Ærbarhed», når partene har prosedert på avtaleloven § 36, enn motsatt. Det er mindre klander knyttet til at en avtale anses «urimelig» enn at en part dømmes for å ha opptrådt i strid med redelighet og god forretningsskikk.

9.5 Den videre behandling

Analysene i de foregående kapitlene har vist at det ikke bare i skandinavisk rettspraksis, men også generelt i nordisk og i sveitsisk rett, gjelder et «overraskelseskriterium» som kan føre til ugyldighet. Mot dette bakteppet vil jeg i neste kapittel flytte perspektivet over mot den avveiningen mellom kontradiksjon og effektivitet som *de alminnelige domstolene* må foreta i ugyldighetssøksmål der voldgiftsretten har bygget på ikke-påberopte rettsgrunnlag. Dette kan

⁴⁷⁸ Knuts (2012), s. 683.

også ses på som en avveining mellom partenes rett til «due process» og målsetningen om voldgiftsvennlighet («pro-arbitration»)⁴⁷⁹.

10 «Lisa»-dommen i internasjonal sammenheng

10.1 Innledning

Drøftelsene over har vist at domstolene i resten av Norden, og i Sveits, inntar en restriktiv holdning til overprøving av voldgiftsdommer, der terskelen for ugyldighet legges høyt. Det er imidlertid et spenningsforhold mellom «pro-arbitration», som taler for en høy terskel for ugyldighet, og «due process», som taler for å ivareta partenes rett til en rettssikker saksbehandling.⁴⁸⁰ Dersom terskelen for ugyldighet legges høyere, vil det også være større rom for voldgiftsretten til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, uten å risikere tilsidesettelse. Hvis domstolene derimot konsentrerer seg mer om «due process», vil det være mindre rom for «jura novit curia».

For å avklare hvor norsk rett befinner seg i avveiningen mellom «pro-arbitration» og «due process», vil jeg i dette kapitlet ta stilling til Høyesteretts dom Rt. 2005 s. 1590 («Lisa»), der Høyesterett kjente en voldgiftsdom ugyldig som følge av manglende kontradiksjon om erstatningsutmålingen. Hovedformålet med dette kapitlet er å vurdere «Lisa»-dommen i en internasjonal kontekst, og plassere voldgiftsrettens adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag i norsk rett i sammenheng med de internasjonale kildene behandlet over. Som en opptakt til analysen vil jeg kort drøfte noen utgangspunkter i den internasjonale litteraturen, og hvordan en lignende sak ble behandlet i svensk rett.

10.2 «Jura novit curia» og erstatningsutmåling

10.2.1 Rettslige utgangspunkter

Erstatningsutmåling er vanskelig å dele opp i *norm* og *subsumsjon*. Utmålingen knytter seg per definisjon til *beregningen* av størrelsen på tapsposter, omfanget av skader, og lignende. Derfor er det også vanskelig å skille utmålingens «rettslige side» fra voldgiftsrettens bevisvurderinger og partenes anførsler i saken. Dersom en voldgiftsrett reduserer erstatningen uten at det er påberopt, vil dette nok raskt kunne føre til ugyldighet dersom domstolene prioriterer «due process» (kontradiksjon) over «pro-arbitration» (effektivitet). I slike situasjoner vil

⁴⁷⁹ Se kapittel 4.2.2. om dette.

⁴⁸⁰ Bermann (2018), s. 346. Se også kapittel 4.2.2.

voldgiftsretten ofte ha gitt faktum en noe *annen vinkling* enn i partenes anførsler, særlig dersom utmåling ikke var et tvistepunkt i saken.

Voldgiftsretten kan som et klart utgangspunkt ikke tilkjenne en høyere erstatning enn partene har påstått: I så fall kan dommen kjennes ugyldig som følge av kompetanseoverskridelse.⁴⁸¹ I den internasjonale litteraturen er det imidlertid også enighet om at voldgiftsretten kan *reducere* erstatningen uten å risikere kompetanseoverskridelse.⁴⁸² Dette følger av blant annet «*jura novit curia*»: Hvis voldgiftsretten var bundet til det eksakte beløpet i partenes påstander, ville man dels tillate partene å *de facto* binde voldgiftsrettens rettsanvendelse ved utmålingen.⁴⁸³ Som uttalt av *Born*:

«[A]n award will not be subject to annulment where the arbitrators grant relief that, while different from what a party requested, is subsumed within relief that the party requested (most obviously, a lower quantum of damages than that requested by the claimant).»⁴⁸⁴

Når det gjelder kontradiksjon, er det vanskeligere å si noe konkret om når ugyldighet vil inntre. Ettersom faktum og jus er nært forbundet i erstatningsutmålingen, kan man tenke seg at voldgiftsretten for å unngå ugyldighet må ivareta *både* partenes rett til kontradiksjon om faktum, og om rettsanvendelsen (som følge av overraskelseskriteriet). Dette kan nok heller formuleres slik *Knuts* gjør det; at det avgjørende vil være om voldgiftsdommen er såpass «overraskende» for partene at det foreligger en «violation of the right to be heard.»⁴⁸⁵ Hvor terskelen for ugyldighet skal legges, er imidlertid vanskelig å si uten å se nærmere på rettspraksis.

10.2.2 «Stikkprøve» fra internasjonal rettspraksis: «Götaverken»-dommen

I NJA 1979 s. 527 («Götaverken») avviste Högsta domstolen et krav om å nekte fullbyrdelse av en utenlandsk voldgiftsdom i Sverige. Begrunnelsen viser i hovedsak til Svea hovrätts

⁴⁸¹ Born (2023), § 25.04[F][4][a]; Cordero-Moss (2016), s. 327–28, Wolff (2012), s. 324–325.

⁴⁸² Born (2023), § 25.04[F][4][a]; Runesson (2018), s. 299; Cordero-Moss (2016), s. 327–328; Wolff (2012), s. 325–326; Da Silveira m.fl. (2008), s. 665.

⁴⁸³ I noen situasjoner ligger det i sakens natur at beløpet som er påstått enten må tilkjennes i sin helhet, eller ikke i det hele tatt. Man kan imidlertid ikke av den grunn si at påstandene «binder» rettsanvendelsen. Her er det faktum og saksforholdets særegenheter som fører til en enten-eller-påstand; «*jura novit curia*» gjelder fortsatt innenfor disse rammene.

⁴⁸⁴ Born (2023), § 25.04[F][4][a].

⁴⁸⁵ Knuts (2012), s. 680–681.

premisser, som er mye omtalt i den internasjonale litteraturen.⁴⁸⁶ *Born* viser til avgjørelsen som et eksempel på at domstolene ikke kan foreta materiell overprøving av voldgiftsdommer, og at New York-konvensjonen artikkel V(1)(c) må tolkes «in a restrictive manner».⁴⁸⁷ *Wolff* fremhever dommen som et eksempel på at ikke-påberopt «price reduction» i praksis ikke har blitt ansett som *ultra petita* under artikkel V(1)(c).⁴⁸⁸

Voldgiftsdommen, som ble avsagt av International Chamber of Commerce («ICC»), gjaldt en tvist mellom et svensk verft, Götaverken Arendal Aktiebolag («verftet»), og et libysk selskap, General National Maritime Transport Company («bestilleren»)⁴⁸⁹ Bakgrunnen for saken var at det libyske selskapet hadde bestilt en rekke skip, men senere motsatt seg levering på grunn av en rekke angivelige mangler. I voldgiftssaken ble bestilleren likevel dømt til å motta skipene, men ble tilkjent et prisavslag for manglene.⁴⁹⁰

Bestilleren motsatte seg verftets forsøk på å fullbyrde dommen i Sverige, og anførte at voldgiftsretten hadde «överskridit sitt uppdrag» ved å tilkjenne prisavslag, uten at dette var påberopt.⁴⁹¹ I saken hadde voldgiftsretten sammen med partene utarbeidet en såkalt «terms of reference», som er en oversikt over hvilke problemstillinger som skal behandles i en voldgiftssak. Av denne fremgikk det bl.a. at voldgiftsretten skulle avgjøre om bestilleren var forpliktet til å «erlägga den sista delbetalningen om US \$ 10 187 500 per fartyg.»⁴⁹² Bestilleren motsatte seg at voldgiftsretten dermed hadde rett til å tilkjenne prisavslag.⁴⁹³

Hovrätten, som Högsta domstolen henviste til, avviste imidlertid at det forelå noen kompetanseoverskridelse. I henhold til den dagjeldende köplagen, §§ 42 og 43, hadde en kjøper ikke rett til å motsette seg levering der manglene bare var «ringa», dvs. ubetydelige.⁴⁹⁴ For å bøte på dette hadde kjøperen derimot i slike tilfeller krav på et *prisavslag*.⁴⁹⁵ Hovrätten pekte på at når skipsbyggingskontrakten var regulert av svensk rett, hadde voldgiftsretten derfor også

⁴⁸⁶ *Born* (2022), §26.05[C][4][b], note 955; *Wolff* (2012), s. 325; *Da Silveira m.fl.* (2008), s. 651.

⁴⁸⁷ *Born* (2022), §26.05[C][4][b], note 955.

⁴⁸⁸ *Wolff* (2012), s. 325.

⁴⁸⁹ NJA 1979 s. 527, s. 528.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, s. 529–530.

⁴⁹¹ *Ibid.*, s. 529.

⁴⁹² *Ibid.*, s. 531.

⁴⁹³ *Ibid.*, s. 529.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, s. 531. Lag (1905:38 s.1) om köp och byte av lös egendom.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, s. 531.

adgang til å tilkjenne prisavslag i henhold til bakgrunnsretten. Når voldgiftsrettens oppdrag var å ta stilling til *om* bestilleren var forpliktet til å motta levering og betale for skipene (ansvarsspørsmålet), måtte den også ha adgang til å avgjøre *hvor mye* den måtte betale (utmålingsspørsmålet).⁴⁹⁶ Högsta domstolen var med andre ord tilbakeholden med å overprøve voldgiftsrettens rettsanvendelse, og unnlot å foreta en for inngående vurdering av denne. Dommen taler for at svensk voldgiftsrett allerede på denne tiden hadde et bevisst forhold til «pro-arbitration», og at terskelen for ugyldighet ved en ikke-påberopt beløpsreduksjon bør legges høyt. At dommen er godt mottatt i litteraturen, styrker avgjørelsens inspirasjonsverdi ytterligere.⁴⁹⁷

10.3 «Lisa»-dommen

10.3.1 Innledning

Som drøftelsene over illustrerer, er utgangspunktet i internasjonal litteratur og praksis at voldgiftsretten gis en vid adgang til å redusere det beløpet som er krevd innenfor rammene av partenes påstander, også der dette ikke er påberopt. De internasjonale rettskildene taler med andre for *tilbakeholdenhet* i domstolenes overprøving av voldgiftsdommer. I det følgende vil jeg vurdere om «Lisa»-dommen samsvarer med, eller avviker fra, disse utgangspunktene.

Rt. 2005 s. 1590 («Lisa») gjaldt et ugyldighetssøksmål mot en voldgiftsdom avsagt i forbindelse med en entreprisetvist. Partene i saken var byggherren, Lisa AS («Lisa»), og tre totalentreprenører («Arbeidsfellesskapet»). Partene hadde stått for oppføringen av et kjøpesenter, Sartor Senter, utenfor Bergen, og det oppsto tvist om betaling for noen endringer som Lisa ikke hadde godkjent, og noen angivelige mangler ved oppføringen.

I voldgiftssaken nedla Lisa påstand om erstatning for «kostnader til utbedring av gulv med terrazzofliser etter rettens skjønn og begrenset oppad til kr 6.778.500».⁴⁹⁸ Kravet ble bestridt av Arbeidsfellesskapet, som fremholdt at det ikke forelå noen mangel ved det flisbelagte gulvet. Derimot motsatte de seg ikke *erstatningsbeløpet*, forutsatt at de var ansvarlige for skadene.⁴⁹⁹ Voldgiftsretten ga deretter Lisa medhold i erstatningskravet, men kom til at en fullstendig reparasjon av gulvet ville være uforholdsmessig i henhold til NS-3431, punkt 37.5.

⁴⁹⁶ I.c.

⁴⁹⁷ Born (2022), §26.05[C][4][b], note 955; Wolff (2012), s. 325; Da Silveira m.fl. (2008), s. 651.

⁴⁹⁸ Rt. 2005 s. 1590, avs. 4.

⁴⁹⁹ I.c.

Voldgiftsretten fremholdt også det *ikke* var nødvendig å skifte ut hele gulvet med en gang, og at andre deler ikke måtte skiftes ut i det hele tatt. Dette sto i motstrid med en sakkyndigrapport, som konkluderte med at hele gulvet måtte skiftes, og som ingen av partene hadde motgått. Lisas erstatningskrav ble dermed redusert fra 6,778,500 kroner til 1,851,126 kroner, og Arbeidsfellesskapet ble dømt til å betale 2,611,174 kroner, medberegnet forsinkelsesrenter.⁵⁰⁰

Lisa tok ut ugyldighetssøksmål mot voldgiftsdommen for Midhordland tingrett, som opphevet den delen av voldgiftsdommen som gjaldt erstatningsutmåling. Søksmålet ble behandlet under tvistemålsloven, før voldgiftsloven ble vedtatt og norsk voldgiftsrett tilpasset til modelloven. Da tingrettens dom ble anket til Gulating lagmannsrett,⁵⁰¹ kom lagmannsretten til at det ikke var adgang til å bare oppheve deler av voldgiftsdommen, og den ble derfor opprettholdt.

Lagmannsretten tok derfor ikke stilling til rettsspørsmålene i saken, og bemerket at det følgelig ikke var anledning til å vurdere «forholdet mellom rettsanvendelse og saksbehandlingen.» Retten henviste til *Brækhus'* artikkel, som jeg har drøftet i avhandlingen, om at «retten er suveren når det gjelder rettsanvendelsen»⁵⁰² Den bemerket deretter at det kan oppstå «vanskelige grensedragningsproblemer om når retten plikter å forelegge for partene relevante forhold», uten at disse kunne drøftes nærmere i dommen.⁵⁰³ At lagmannsretten alluderte til problemstillingen om forholdet mellom «*jura novit curia*» og partenes rett til kontradiksjon, er særlig interessant ettersom Høyesteretts dom ikke uttrykkelig er inne på spørsmålet.

For Høyesterett anførte Lisa at voldgiftsrettens erstatningsutmåling hadde bygget på rettsfakta som ikke hadde vært underlagt kontradiktorisk behandling.⁵⁰⁴ Dette ble anført å stride mot tvistemålsloven § 460, om at partene måtte gis «adgang til å uttale sig» i saken. Arbeidsfellesskapet motsatte seg dette, og pekte på at voldgiftsrettens konklusjon lå innenfor det partene «måtte forvente ut fra det materialet som ble presentert».⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ Ibid., s. 5.

⁵⁰¹ LG-2004-33592.

⁵⁰² Brækhus (1999), s. 275. Se kapittel 4.4.2.

⁵⁰³ Ibid., s. 275.

⁵⁰⁴ Rt. 2005 s. 1590, avs. 11.

⁵⁰⁵ Ibid., avs. 18.

10.3.2 Høyesteretts begrunnelse i saken

Førstvoterende innledet med å understreke at spørsmålet om kompetanseoverskridelse henger «nært sammen med spørsmålet om partene har fått anledning til å uttale seg om faktum som retten har lagt avgjørende vekt på.»⁵⁰⁶ Oppfatningen synes å være at saken hovedsakelig gjaldt partenes rett til å uttale seg om *faktum*, og at utmålingen som *rettsanvendelse* ikke ville behandles. Samtidig ble retten til kontradiksjon deretter elegant og pragmatisk oppsummert som (mine kursiveringer):

«... et krav om at partene gis en foranledning til å uttale seg dersom avgjørelsen ellers vil komme som en overraskelse på dem fordi voldgiftsretten vil bygge på noe annet enn det som partene har trukket frem i sine prosedyrer.»⁵⁰⁷

Selv om uttalelsen, sett i sammenheng med førstvoterendes tidligere drøftelse, *kan* forstås som å knytte seg hovedsakelig til faktum, utelukker den ikke at rettsanvendelse også i visse situasjoner kan være «overraskende» for partene. Førstvoterende forankrer denne drøftelsen bl.a. i Rt. 1990 s. 8, som ble drøftet i kapittel 3.3., om sivilprosess. I dommen opphevet Høyesterett lagmannsrettens dom ettersom den «avvek såvidt sterkt fra partenes prosedyre» at partene skulle fått «anledning til å uttale seg og til eventuelt å tilby ytterligere bevisførsel».⁵⁰⁸ Likevel var det «tvilsomt» om dommen lå utenfor partenes påstander eller påstandsgrunnlag.⁵⁰⁹ Førstvoterende i «Lisa»-dommen synes med andre ord å slutte seg til synspunktet, men derimot i voldgift, at kontradiksjonsprinsippet har en slags hard indre kjerne.

Førstvoterende konkluderte på denne bakgrunn med at voldgiftsretten skulle ha forelagt utmålingsspørsmålet for partene før den «kraftig[e] reduksjonen» i erstatningsbeløpet.⁵¹⁰ Arbeidsfellesskapet hadde ikke bestridt Lisas erstatningsbeløp, bare ansvarsgrunnlaget. Partene hadde heller ikke prosedert på erstatningsberegningen eller «kommentert de omstendigheter som voldgiftsretten la avgjørende vekt på» da erstatningen ble redusert.⁵¹¹ Førstvoterende pekte bl.a. på sakkyndigrapporten, som kom til at hele gulvet måtte skiftes ut, og som ingen av partene

⁵⁰⁶ Ibid., avs. 25.

⁵⁰⁷ Ibid., avs. 27.

⁵⁰⁸ Rt. 1990 s. 8, s. 12.

⁵⁰⁹ I.c.

⁵¹⁰ Rt. 2005 s. 1590, avs. 29.

⁵¹¹ Ibid., avs. 30.

hadde angrepet.⁵¹² Når de forholdene som voldgiftsretten vektla i utmålingen dermed «ikke var bestridt eller gjort til tvistepunkter» i saken, kunne ikke Lisa bebreides for selv å ha unnlatt å kommentere dem.⁵¹³ Følgelig var kravet til kontradiksjon tilsidesatt, og voldgiftsretten hadde «klart» begått en saksbehandlingsfeil.⁵¹⁴ For slike saksbehandlingsfeil, ble det fremholdt, var det nærmest en «presumpsjon» for saksbehandlingsfeil.⁵¹⁵ Tilsynelatende som en slags sidebemerkning understreket førstvoterende avslutningsvis:

«Jeg er heller ikke enig med Arbeidsfellesskapet i at Lisas påstand – hvor det ble henvist til at erstatningen skulle utmåles etter rettens skjønn, begrenset til et visst beløp – kan forstås slik at det i betydelig utstrekning var opp til voldgiftsretten å utmåle erstatning på grunnlag av det den mente var relevant.»⁵¹⁶

10.3.3 Analyse av «Lisa»-dommen og voldgiftslovens materielle minstekrav

«Lisa»-dommen synes ved første øyekast å gi uttrykk for en noe annen forståelse enn «Götaverken»-dommen av voldgiftsrettens adgang til å redusere en parts erstatningskrav der utmålingen ikke var et tvistepunkt i saken. Högsta domstolen synes å ha lagt terskelen høyere for ugyldighet, og følgelig tillagt kontradiksjonsprinsippet mindre vekt. Dermed fikk voldgiftsretten imidlertid også et større spillerom for å bygge på ikke-påberopt rettsanvendelse. Høyesterett synes derimot å ha vektlagt hensynet til kontradiksjon mer enn hensynet til effektivitet og en restriktiv overprøving, og dermed anlagt en noe lavere terskel for ugyldighet.

Et eksempel på Høyesteretts tilnærming til denne avveiningen kommer til syne bl.a. i forbindelse med sakkyndigrapporten, som ingen av partene hadde angrepet.⁵¹⁷ Voldgiftsretten hadde klart nok opptrådt i strid med «best practice» ved å bygge på en annen forståelse av et teknisk spørsmål om hvorvidt det var nødvendig å skifte ut gulvet. Dette burde partene ha fått anledning til å uttale seg om. Når partene heller ikke utover dette hadde gjort utmålingen til noe «tvistepunkt», er det vanskelig å se hva slags faktisk grunnlag voldgiftsretten hadde for å konkludere med at gulvet *ikke* måtte skiftes ut.

⁵¹² Ibid., avs. 30.

⁵¹³ Ibid., avs. 31.

⁵¹⁴ I.c.

⁵¹⁵ Ibid., avs. 34.

⁵¹⁶ Ibid., avs. 31.

⁵¹⁷ Ibid., avs. 30.

Samtidig er det vanskelig å komme bort fra at deler av faktum vil få en noe annen vinkling enn i partenes anførsler dersom det skal være rom for ikke-påberopt rettsanvendelse. Som nevnt gjelder dette særlig voldgiftsrettens erstatningsutmåling, der det ofte blir unaturlig å skille mellom norm og subsumsjon. Om voldgiftsretten i slike tilfeller skal ha adgang til å foreta en selvstendig erstatningsutmåling, uten å risikere tilsidesettelse, vil domstolene derfor måtte «akseptere» at deler av faktum underlegges en noe mindre kontradiktorisk behandling enn ellers. Basert på premissene i Rt. 1990 s. 8, som førstvoterende henviste til, var det derimot neppe noen åpning for en erstatningsreduksjon som voldgiftsretten hadde foretatt i «Lisa», der den uimotsagte sakkyndigrapporten ble fraveket. Henvisningen til denne dommen fikk nok en viss betydning for terskelen som Høyesterett anla i saken, som derfor ble lagt på relativt lik linje som for opphevelse av påankede dommer. At kontradiksjonsprinsippet dermed ble tillagt større vekt enn «pro-arbitration», er derfor kanskje ikke så overraskende.

Det kan tenkes anført at «Lisa»-dommen grenser mot en materiell prøving av voldgiftsrettens rettsanvendelse. Ut over å fravike sakkyndigrapportens vurdering, begrunnet voldgiftsretten også erstatningsreduksjonen med at en fullstendig utskiftning av gulvet ville være *uforholdsmessig* i henhold til standardkontrakten, NS-3431, punkt 37.5. Hva som er forholdsmessig eller ikke, er i utgangspunktet en rettslig vurdering. Samtidig endrer ikke dette at domstolene har adgang til å overprøve om partene har fått tilstrekkelig anledning til å uttale seg om *faktum* som rettsanvendelsen baserer seg på. Noen materiell prøving var det derfor ikke. Jo større vekt hensynet til kontradiksjon tillegges, desto mer vil imidlertid domstolenes overprøving ha berøringspunkter mot voldgiftsrettens rettsanvendelse.

Ut over dette er førstvoterendes tolkning av Lisas *påstand* interessant, der voldgiftsretten ble bedt om å utmåle erstatningen etter «rettens skjønn og begrenset oppad til kr 6.778.500».⁵¹⁸ Førstvoterende pekte blant annet på at påstanden ble utformet tidlig i saksbehandlingen, da erstatningskravet opprinnelig ble fremsatt, og at Lisa «da ikke [kjente] til hvilke innvendinger Arbeidsfellesskapet ville gjøre gjeldende.»⁵¹⁹ Det kan nok likevel stilles spørsmål ved hvor overraskende det egentlig var for Arbeidsfellesskapet at erstatningen ble redusert, tatt i betraktning ordlyden i påstanden.

⁵¹⁸ Ibid., avs. 4 og 31.

⁵¹⁹ Ibid., avs. 31.

At den manglende kontradiksjonen i saken ble behandlet som en saksbehandlingsfeil kan som nevnt være en hensiktsmessig løsning også etter dagens voldgiftslov. Dermed vil man også kunne ramme voldgiftsrettens unnlattelse av å drive materiell prosessedelse ved overraskende rettsanvendelse. At det nærmest kan tales om en «presumpsjon» for saksbehandlingsfeil der «kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt», vil nok avhenge av hvilken betydning man legger i denne formuleringen.⁵²⁰

10.4 Oppsummering og konklusjoner

«Lisa»-dommen taler for at norsk rett vektlegger hensynet til en rettssikker saksbehandling og partenes rett til kontradiksjon noe mer enn hensynet til effektivitet og en forenklet fullbyrdelse av voldgiftsdommer internasjonalt. På denne bakgrunn vektlegges nok «pro-arbitration» noe mindre i norsk rett enn «ytterpunktet» sveitsisk rett, men også mer enn de nordiske dommene jeg har analysert i Del III. Dette betyr på ingen måte at norsk rett ikke er voldgiftsvennlig, det indikerer bare at kontradiksjonsprinsippet, og særlig partenes rett til å uttale seg om faktum, står sterkt. «Lisa»-dommen var nok også et relativt sakskonkret tilfelle; at voldgiftsretten fravek den ubestridte sakkyndigrapporten var åpenbart ikke «best practice». Ut over dette illustrerer dommen at norske domstoler vil vike tilbake fra materiell overprøving, og dermed utviser den tilbakeholdenhet som modelloven og New York-konvensjonen oppfordrer til. Når det gjelder erstatningsutmåling, tyder dommen likevel på at en voldgiftsrett med sete i Norge bør være svært forsiktig med å redusere en parts erstatningskrav uten å forelegge spørsmålet for partene. På dette området er det lite rom for «jura novit curia».

11 Avhandlingens konklusjoner og funn

Innledningsvis oppstilte jeg de følgende to problemstillingene:

- (i) I hvilken grad kan voldgiftsretten avgjøre en tvist ut ifra ikke-påberopte rettsgrunnlag uten å overskride sin kompetanse i saken?
- (ii) Forutsatt at kompetansen ikke er overskredet: Har partene rett til *kontradiksjon* om den nærmere forståelsen av det ikke-påberopte rettsgrunnlaget?

I analysene i Del II ble problemstillingene utviklet videre til to *hypoteser*. For det første, at voldgiftsrettens kompetanse ikke overskrides så lenge domsslutningen ligger innenfor

⁵²⁰ Ibid., avs. 34.

påstandene (i vid forstand), voldgiftsretten bygger på partenes anførsler, og at partene har fått en rimelig anledning til å uttale seg om avgjørelsesgrunnlaget. For det andre, at partene under ekstraordinære omstendigheter har en rett til kontradiksjon om «overraskende» rettsanvendelse.

Den første hypotesen har relativt bred støtte i internasjonale kilder. De klareste holdepunktene for løsningen finnes i den internasjonale litteraturen og i sveitsisk rettspraksis. I de nordiske landene synes voldgiftsrettens kompetanse *formelt sett* å være noe snevrere enn etter modelloven, om man bare analyserer lovgivning og litteratur. Som behandlingen av rettspraksis derimot har vist, ligger rettstilstanden i de andre nordiske landene *funksjonelt sett* nært opp til modelloven. I *norsk rett* synes spørsmålet fortsatt å være uavklart. De fleste eksemplene fra underrettspraksis setter rammene for voldgiftsrettens kompetanse snevrere enn ellers i Norden, og synes derfor å ha en mer «tradisjonell» og sivilprosessnær tilnærming. *De sententia ferenda* kan det stilles spørsmål ved om dette er riktig etter at Høyesterett tok til orde for en mer «denasjonalisert» tilnærming til sentrale voldgiftsrettslige problemstillinger.⁵²¹ Basert på analysene som er gjort, bør rammene for voldgiftsrettens kompetanse derfor etter mitt syn fastlegges autonomt, og løsevet fra tvisteloven § 11-2(1).

Den andre hypotesen synes langt på vei å ha blitt bekreftet. Både nordisk og sveitsisk praksis gir, i noe ulik grad, uttrykkelig støtte for at partene i visse tilfeller må gis en rett til å uttale seg om den nærmere forståelsen av ikke-påberopte rettsgrunnlag. Utgangspunktet for «overraskelseskriteriet» er partenes *forventninger*. Disse må fastlegges ut ifra partenes prosedyre, prosesskriv og sakens omstendigheter for øvrig. Norsk rettspraksis gir dels eksplisitte holdepunkter for denne hypotesen, og i alle tilfeller utelukkes den ikke. Dermed synes det som at partene i en norsk voldgift *de lege lata* i visse ekstraordinære tilfeller må gis en rett til kontradiksjon også om voldgiftsrettens rettsanvendelse. I motsatt fall kan dommen antagelig kjennes ugyldig, f.eks. på grunnlag av at voldgiftsretten har unnlatt å drive materiell prosessedelse. Av hensyn til voldgiftens autonomi og en effektiv fullbyrdelse av voldgiftsdommer internasjonalt, må imidlertid terskelen legges høyt.

⁵²¹ HR-2017-1932-A, avsnitt 114.

Epilog

I startfasen av arbeidet med denne avhandlingen, var mitt hovedinntrykk at terskelen for ugyldighet ikke burde settes for høyt, bl.a. for å sikre at voldgiftsdommer er rettssikre og saksbehandlingen tilfredsstillende. Etter å ha fordypet meg i internasjonal litteratur og rettspraksis fra toneangivende voldgiftsland som England, Sveits og Sverige, har jeg imidlertid blitt oppmerksom på betenkelighetene ved tilsidesettelser på «due process»-grunnlag.

Ettersom det er bred internasjonal konsensus om at voldgiftsretten har en viss adgang til å bygge på ikke-påberopte rettsgrunnlag, vil nok en «pro-arbitration» holdning til overprøvingen av voldgiftsdommer redusere risikoen for tilsidesettelser på grunnlag av «due process». Kontradiksjonsprinsippet bør ikke åpne en «bakdør» til en materiell overprøving av voldgiftsdommer. Dette taler for en høy terskel for ugyldighet, også der voldgiftsretten har unnlatt å ivareta partenes rett til kontradiksjon på alle punktene i saken. At en voldgiftsdom ikke er et eksempel på «best practice», betyr ikke nødvendigvis at den bør tilsidesettes. Også voldgiftsdommernes ønske om et godt renommé og det bredere juridiske miljø utøver nok et visst «press», noe som i seg selv oppfordrer til en forsvarlig saksbehandling.

I takt med at det norske voldgiftsmiljøet vokser, og flere internasjonale voldgiftssaker har sete i Norge, har det utviklet seg en større bevissthet også hos oss om «pro-arbitration», bl.a. for å sikre Norges ry som et attraktivt internasjonalt voldgiftssete. Sett på bakgrunn av dette, og analysene jeg har gjort av internasjonal rettspraksis og litteratur, har jeg blitt mer usikker på om «Lisa»-dommen kan og bør opprettholdes, eller om den muligens legger terskelen for ugyldighet noe for lavt.

Kildeliste

Lov- og forarbeidsregister

Norske lover og forarbeider

- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).
1918 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).
1979 Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).
1992 Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova).
2004 Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven).
2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

NOU 2001: 32A	<i>Rett på sak: Lov om tvisteløsning (tvisteloven).</i>
NOU 2001: 32B	<i>Rett på sak: Lov om tvisteløsning (tvisteloven).</i>
NOU 2001: 33	<i>Voldgift: Lov om voldgift (voldgiftsloven).</i>
Ot.prp. nr. 27 (2003–2004)	<i>Om lov om voldgift.</i>
Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)	<i>Om lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).</i>

Utenlandsk lovgivning

- 1734 Rättegångsbalk (4/1734) (Finland).
1905 Lag (1905:38 s.1) om köp och byte av lös egendom (Sverige).
1929 Lag 13. juni 1929 om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (Finland).
1942 Rättegångsbalk (1942:740) (Sverige).
1987 Federal Act on Private International Law, 18. desember 1987 (Sveits).
1989 Federal Act on Employment Services and the Leasing of Services, 6. oktober 1989 (Sveits).
1992 Lag 8. mai 1992 om handelsrepresentanter och försäljare (417/1992) (Finland).
1992 Lag 23. oktober 1992 om skiljeförfarande (1992/967) (Finland).
1996 Arbitration Act 1996, 17. juni 1996 (England).
1999 Lag (1999:116) om skiljeförfarande (Sverige).
2005 Lov 24. juni 2005 nr. 553 om voldgift (voldgiftsloven) (Danmark).

Utenlandske forarbeider

SOU 1994:81 Ny lag om skiljeförfarande, 1994 (Sverige).
Prop. 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande, 1998 (Sverige).

Konvensjoner

New York-konvensjonen

Overenskomst om anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske voldgiftsavgjørelser, New York 19. juni 1958. Ratifisert ved kongelig resolusjon 9. desember 1960.

EMK

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950. [Offisiell norsk oversettelse].

Rettsavgjørelser

Norsk høyesterettspraksis

Rt. 1988 s. 1304

Rt. 1990 s. 8, s. 12

Rt. 2005 s. 1590

Rt. 2008 s. 833

Rt. 2010 s. 1442

Rt. 2013 s. 1079

Rt. 2014 s. 1259

HR-2017-1932-A

HR-2019-741-A

HR-2023-573-A

Norsk lagmannsrettspraksis

LG-2004-33592

LB-2008-136865

LG-2010-175874

Norsk tingrettspraksis

TNOHO-2010-12696 (ikke offentlig tilgjengelig)

TSFAO-2016-4490

TOSLO-2017-125770

Svensk rettspraksis

Mål nr. T 6198-12 (2013-04-29)

Mål nr. T 2610-13 (2014-12-04)

Mål nr. T 1968-16 (2017-03-09)

Dansk Rettspraksis

U.2016.1558/2 H

Finsk rettspraksis

KKO:2008:77 (S2006/716), 2. juli 2008.

Engelsk rettspraksis

Zermalt Holdings SA v. Nu Life Upholstery Repairs Ltd [1985] 2 E.G.L.R. 14 (Comm).

Cameroon Airlines v Transnet Ltd [2004] EWHC 1829 (Comm) (English High Ct.). [Lest i Westlaw].

Vee Networks Ltd v. Econet Wireless International Ltd [2004] EWHC 2909 (Comm). [Lest i Westlaw].

OA Northern Shipping Co. v Remolcadores De Marin SL (Remmar) [2007] EWHC 1821 (Comm). [Lest i Westlaw].

Fleetwood Wanderers Limited (t/a Fleetwood Town Football Club) v AFC Fylde Limited [2018] EWHC 3318 (Comm). [Lest i Thomson Reuters].

Sui Northern Gas Pipelines Ltd. V National Power Parks Management Company (Private) Ltd. [2023] EWHC 316 (Comm). [Lest i Westlaw].

Canadisk rettspraksis

Louis Dreyfus S.A.S (SA Louis Dreyfus & Cie) v. Holding Tusculum B.V [2008] QCCS 5903.

Sveitsisk rettspraksis

4A_400/2008, 9. februar 2009.

4A_464/2009, 15. februar 2010.

Tysk rettspraksis

Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 3.6.2022, 1 BvR 2103/16).

EMD-praksis

Case of *Beg S.p.a. v. Italy*, no. 5312/11, 10. mai 2021

Bøker

- Alten (1954). Alten, Edvin. *Tvistemålsloven: Med kommentarer*. 3. utg., Oslo: Aschehoug & Co., 1954.
- Backer (2020). Backer, Inge Lorange. *Norsk sivilprosess*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Berg (2006). Høgetveit Berg, Borgar (red.). *Voldgiftsloven: Med kommentarer*. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2006.
- Berg og Nisja (2015). Berg, Borgar Høgetveit og Ola Ø. Nisja (red.). *Avtalt prosess*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Bergsåker (2011). Bergsåker, Trygve. *Pengekravsrett*. 3. utg., Oslo: Gylden Juridisk, 2011.
- Binder (2010). Binder, Peter. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. 3. utg., Thomson Reuters (Legal) Limited, 2010.
- Blackaby m.fl. (2022). Blackaby KC, Nigel, Constantine Partasides KC, og Alan Redfern. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7. utg., Oxford: Oxford University Press, 2022.
- Bond (2011). Bond, Stephen og Frédéric Bachand (red.). *International Arbitration Court Decisions*. 3. utg., New York: JurisNet, LLC, 2011.
- Bonomi og Bochatay (2018). Bonomi, Andrea og David Bochatay. «*Jura Novit Arbitrator in Swiss Arbitration Law*». I

- Iura Novit Curia in International Arbitration*. Franco Ferrari, Giuditta Cordero-Moss (red.), New York: JurisNet, LLC, 2018, s. 377–401.
- Born (2022) og (2023). Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3. utg., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2022–2023. (Oppdateres fortløpende på Wolters Kluwer, Kluwer Arbitration).
- Born (2014). Born, Gary B. *International Commercial Arbitration: Volume III: International Arbitral Awards*. 2. utg., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- Cordero-Moss (2020). Cordero-Moss, Giuditta. «Country Report: Norway». I *Due Process as a Limit to Discretion in International Commercial Arbitration*. Franco Ferrari, Friedrich Jakob Rosenfeld, Dietmar Czernich (red.), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020, s. 313–328.
- Cordero-Moss (2022). Cordero-Moss, Giuditta. «Iura Novit Curia». I *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*. Franco Ferrari, Friedrich Jakob Rosenfeld (red.), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2022, s. 111–138.
- Cordero-Moss (2016). Cordero-Moss, Giuditta. «The Arbitral Tribunal’s Power in respect of the Parties’ Pleadings as a Limit to Party Autonomy: *On Iura Novit Curia and Related Issues*». I *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*. Franco Ferrari

- (red.), New York: JurisNet, LCC, 2016, s. 289–330.
- Cordero-Moss (2018). Cordero-Moss, Giuditta. «4 Hovedtrekk ved anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsavgjørelser». I *Norsk ordre public som skranke for partsautonomi i internasjonale kontrakter og internasjonal tvisteløsning*. Giuditta Cordero-Moss (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2018, s. 51–62.
- Da Silveira m.fl. (2008). Da Silveira, Mercédeh Azeredo og Laurent Lévy. «Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention». I *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention In Practice*. Emmanuel Gaillard, Domenico Di Pietro (red.), London: Cameron May Ltd, 2008, s. 639–678.
- Ekelöf m.fl. (2009). Ekelöf, Per Olof, Henrik Edelstam og Lars Heuman. *Rättegång: Fjärde Häftet*. 7. utg., Stockholm: Nordstedts Juridik, 2009.
- Eng (2007). Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Ferrari m.fl. (2020). Ferrari, Franco, Friedrich Jakob Rosenfeld, Dietmar Czernich. «General Report». I *Due Process as a Limit to Discretion in International Commercial Arbitration*. Franco Ferrari, Friedrich Jakob Rosenfeld, Dietmar Czernich (red.), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020.
- Gaillard (1999). Gaillard, Emmanuel og John Savage (red.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haag:

- Haaskjold (2017). Kluwer Law International, 1999.
Haaskjold, Erlend. *Obligasjonsrett: En innføring*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Hagstrøm m.fl. (2021). Hagstrøm, Viggo, Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger Berg Ørstavik. *Obligasjonsrett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2021.
- Heuman (2003). Heuman, Lars. *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*. New York: Juris Publishing, Inc., 2003.
- Heuman (1999). Heuman, Lars. *Skiljemannarätt*. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 1999.
- Hobér (2020). Hobér, Kaj. *International Commercial Arbitration in Sweden*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Hope og Hallberg (2018). Hope, James og Elisabet Hallberg. «*Jura Novit Arbitrator in Swedish Arbitration Law*». I *Jura Novit Curia in International Arbitration*. Franco Ferrari, Giuditta Cordero-Moss (red.), New York: JurisNet, LLC, 2018, s. 355–376.
- Ivars (2018). Ivars, Nils. *Jura novit curia. En analys av hur principen bör tillämpas i internationella skiljeförfaranden som äger rum i Sverige*. Uppsala: Uppsala Universitet, Juridiska institutionen, 2018.
- Juul og Thommesen (2008). Juul, Jakob og Peter Fauerholdt Thommesen. *Voldgiftsret*. 2. utg., København: Forlaget Thomson A/S, 2008.
- Kiurunen (2011). Kiurunen, Petra. «Observations by Petra Kiurunen: Finality of Arbitral Awards – Common Grounds?» I *International Arbitration Court Decisions*. Stephen Bond,

- Kolrud m.fl. (2007). Frédéric Bachand (red.), 3. utg., New York: JurisNet, LLC, 2011, s. 765–774.
- Kolrud, Helge Jakob, Kristin Bjella, Giuditta Cordero-Moss og Anders Ryssdal. *Lov om voldgift: Kommentartutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Kronke (2010). Kronke, Herbert. «Introduction: The New York Convention Fifty Years on: Overview and Assessment». I *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port (red.), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 1–18.
- Lindencrone Petersen m.fl. (2020). Petersen, Lars Lindencrone og Erik Welauff. *Dansk retspleje – Civil-, faged-, skifte- og straffeprocessen*. 8. utg., København: Karnov Group Denmark A/S, 2020.
- Lindencrone Petersen m.fl. (2007). Petersen, Lars Lindencrone og Erik Welauff. *Dansk retspleje*. 4. utg., København: Forlaget Thomson A/S, 2007.
- Lindskog (2020). Lindskog, Stefan. *Skiljeförfarande: En kommentar*. 3. utg., Stockholm: Norstedts Juridik, 2020.
- Lookofsky og Petersen (2018). Lookofsky, Joseph M. og Clement Salung Petersen. «*Iura Novit Arbiter* in Danish Arbitration Law». I *Iura Novit Curia in International Arbitration*. Franco Ferrari, Giuditta Cordero-Moss (red.), New York: JurisNet, LLC, 2018, s. 115–133.
- Madsen (2009). Madsen, Finn. *Skiljeförfarande i Sverige*. 2. utg., Stockholm: Jure Förlag AB, 2009.

- Mantakou (2014). Mantakou, Anna P. «The Misadventures of the Principle *Jura Novit Curia* in International Arbitration – A Practitioner’s Approach». I *Essays in Honour of Professor Emeritus Spyridon Vrellis*. Athen: Nomiki Bibliothiki, 2014, s. 487–498.
- Merkin (2004). Merkin, Robert. *Arbitration Law*. London: Informa Professional, 2004.
- Merkin og Flannery (2008). Merkin, Robert og Louis Flannery. *Arbitration Act 1996*. 4. utg., London: Informa Law, 2008.
- Mistelis og Potocnik (2018). Mistelis, Loukas og Metka Potocnik. «*Jura Novit Arbitrator* in England and Wales: The Exercise of Arbitral Discretion». I *Jura Novit Curia in International Arbitration*. Franco Ferrari, Giuditta Cordero-Moss (red.), New York: JurisNet, LLC, 2018, s. 135–167.
- Mæland (1988). Mæland, John Henry. *Voldgift*. Oslo: Universitetsforlaget, 1988.
- Nappert (2011). Nappert, Sophie. «Observations by Sophie Nappert». I *International Arbitration Court Decisions*. Stephen Bond, Frédéric Bachand (red.), 3. utg., New York: JurisNet, LLC, 2011, s. 775–778.
- Oldenstam og Löf (2015). Oldenstam, Robin og Kristoffer Löf. «Best Practice in International Arbitration». I *Avtalt prosess*. Borgar Høgetveit Berg, Ola Ø. Nisja (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2015, s. 279–305.
- Park (2011). Park, William W. «The Four Musketeers of Arbitral Duty (*Les Devoirs De L’Arbitre: Ni Un Pour Tous, Ni Tous Pour Un*)». *Boston University School of Law Working Paper*

- Pedersen og Skoghøy (2020). Pedersen, Jussi Erik og Edvin A. Skoghøy. *Grunnleggende sivilprosess*. Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Ristvedt og Nisja (2008). Ristvedt, Per M. og Ola Ø. Nisja. *Alternativ tvisteløsning*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2008.
- Robberstad (2021). Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 5. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2021.
- Schei (1990). Schei, Tore. *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr 6, 1915: Kommentarer til tvistemålsloven med utgangspunkt i Altens kommentarutgave (1954): B. II*. Oslo: Tano, 1990.
- Schei (1998). Schei, Tore. *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr 6, 1915: Med kommentarer: B. I: §§ 1-182*. 2. utg., Oslo: Tano Aschehoug, 1998.
- Schiersing (2016). Schiersing, Niels. *Voldgiftsloven: Med kommentarer*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016.
- Solvang (2022). Solvang, Trond. «Domstolskontroll». I *Idrett og juss*. Gunnar-Martin Kjenner, Morten Justad Johnsen (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2022, s. 230–275.
- Sutton m.fl. (2007). Sutton, David St. John, Judith Gill og Matthew Gearing. *Russel on Arbitration*. 23. utg., London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Tørum, Amund (2022). Tørum, Amund. *Reassuransekontrakter: Norsk og nordisk rett i komparativ belysning*. Oslo: Universitetsforlaget, 2022.

- Van den Berg (1981). Berg, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Haag: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.
- Wilhelmsson (1979). Wilhelmsson, Thomas. *Avtal om fastighetsförmedling*. Vammala: Finlands Juristförbunds Förlag AB, 1979.
- Wiliński (2020). Wiliński, Piotr. *Excess of Powers in International Commercial Arbitration*. Haag: Eleven International Publishing, 2020.
- Wolff (2012). Wolff, Reinmar (red.). *New York Convention: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards og 10 June 1958: Commentary*. München: Beck, 2012.
- Woxholth (2013). Woxholth, Geir. *Voldgift*. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2013.

Artikler

- Aasland (1967). Aasland, Gunnar. «Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål». *Tidsskrift for rettsvitenskap* årg. 80 (1967) s. 157–200.
- Berg (2017). Berg, Borgar Høgetveit. «Materiell prosessleing i voldgift?» *Tidsskrift for forretningsjus* årg. 23, nr. 2 (2017), s. 81–96.
- Bermann (2018). Bermann, George A. «What does it mean to be ‘pro-arbitration’?» *Arbitration International* vol. 34, nr. 3 (2018) s. 341–353.
- Brækhus (1999). Brækhus, Sjur. «Voldgift – erfaringer og refleksjoner». *Lov og rett* årg. 38, nr. 5 (1999) s. 259–282.

- Christoffersen (2005). Christoffersen, Margrethe Buskerud. «Virksomhetsoverdragelser – noen kjøpsrettslige spørsmål i lys av Rt. 2002 s. 1110 (Bodum-dommen).» *Jussens Venner* vol. 40, nr. 1 (2005) s. 19–39.
- Heuman (2015). Heuman, Lars. «Är avtaltolkning endast en rättslig verksamhet?». *Svensk Juristtidning* (2015), s. 793–825.
- Jung (2023). Jung, Haneul. «Jura Novit Curia – ‘The Court Knows the Law’ – Or does it?: An International Arbitration Perspective». *SiLO Perspectives* nr. 1 (2023). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4326705>
- Knuts (2012). Knuts, Gisela. «Jura Novit Curia and the Right to Be Heard – An Analysis of Recent Case Law». *Arbitration International* vol. 28, nr. 4 (2012) s. 669–688.
- Park (1999). Park, William W. «Duty and Discretion in International Arbitration». *American Journal of International Law* vol. 93, nr. 4 (1999) s. 805–823.
- Paulsson (1998). Paulsson, Jan. «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments». *Asia Pacific Law Review* vol. 6, nr. 2 (1998) s. 1–28.
- Runesson (2018). Runesson, Eric. «Jura novit curia and due process with particular regard to arbitration in Sweden». *Juridisk Tidskrift* 2017/18, nr. 1 (2018) s. 281–309.
- Skoghøy (2020). Skoghøy, Jens Edvin A. «Partenes påstandsgrunnlag som kompetansebegrensning for domstolene i

Tørum (2018).
dispositive sivile saker». *Jussens Venner* vol. 55, nr. 4 (2020) s. 207–233.
Tørum, Amund Bjøranger. «Best Practice i norsk og nordisk voldgift og NOMAs Guidelines.» I *Tidsskrift for Forretningsjus* årg. 24, nr. 2 (2018) s. 111–133.

Foredrag

Tørum (2022).
Tørum, Amund. “*Jura novit curia*”: *Selected topics on “best practice” in commercial arbitration*. Copenhagen Arbitration Day, København, 15. September 2022.

Resolusjoner

ILA (2018).
International Law Association. *Resolution No. 6/2008. Final Report Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*. (21. august 2018).

Andre kilder

UNCITRAL

UNCITRAL modellov. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (24. mai 2023, 17:46).

UNCITRAL Arbitration Rules. UNCITRAL Arbitration Rules (2013).
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-ebook.pdf (24. mai 2023, 17:46).

Nettsider

Store norske leksikon. «Rettsvesen i Sverige». (29.09.2021)

https://snl.no/Rettsvesen_i_Sverige (hentet 19. mai 2023, 13:40).

Swiss International Arbitration Decisions. «Annulment of an award by the Federal Tribunal, because of the use of an unexpected legal argument». (2009).

<https://www.swissarbitrationdecisions.com/annulment-of-an-award-by-the-federal-tribunal-because-of-the-use> (hentet 22. mai 2023, 17:02).