

Lovvalget i internasjonale kontrakter om fast eiendom

Kandidatnummer: 362

Leveringsfrist: 25.04.07

Til sammen 14505 ord

Oslo 24.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstillingen	1
1.2	Skillet mellom obligasjonsrettslige og tinglige rettigheter	2
1.3	Avgrensninger	4
1.4	Oppbygning	5
<u>2</u>	<u>RETTSKILDESITUASJONEN</u>	<u>6</u>
<u>3</u>	<u>ROMAKONVENSJONEN</u>	<u>8</u>
3.1	Tolkning	8
3.2	En vanlig konvensjon? – Den felleseuropeiske internasjonale privat- og prosessrett	8
3.3	Anvendelsesområde	10
3.4	Stilling som rettskilde i norsk rett	11
<u>4</u>	<u>KVALIFIKASJON</u>	<u>13</u>
4.1	Generelt	13
4.2	Fast eiendom eller løsøre	14
4.3	Tinglig eller obligasjonsrettslig	15
4.3.1	Norsk rettspraksis	21
4.3.2	Praksis fra EF-domstolen	23
4.3.3	Betydningen av rettspraksis om artikkel 16 nr. 1 a) i Luganokonvensjonen og dens parallelle regelverk for sontringen etter artikkel 4 nr. 3 i Romakonvensjonen	25

4.3.4	Hvilket lands regler får anvendelse på tinglige rettigheter i fast eiendom	30
5	<u>HVILKET LANDS REGLER FÅR ANVENDELSE PÅ KONTRAKTSRETTLIGE RETTIGHETER I FAST EIENDOM?</u>	34
5.1	Utgangspunktet om partsautonomi på kontraktsrettens område	34
5.2	Unntaksregel for fast eiendom?	38
5.3	Hva om partene ikke har valgt lov?	39
5.4	Hva gjelder for formkrav?	42
6	<u>EVALUERING AV LOVVALGET PÅ FAST EIENDOMS OMRÅDE</u>	46
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	48

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Emnet for oppgaven er lovvalg relatert til fast eiendom. Lovvalg er en del av norsk internasjonal privatrett. Lovvalsreglene avgjør hvilket rettssystem som får anvendelse på et rettsforhold når det er knyttet til mer enn ett land eller stats rettssystem. Reglene er formelle, de avgjør med andre ord ikke rettstvisten, bare hvilke materielle regler som kommer til anvendelse. Oppgaven vil søke å avklare hvilket lands lov som kommer til anvendelse på tvister vedrørende fast eiendom som har en tilknytning til flere enn ett rettssystem. Omfanget av lovgivning og rettspraksis som regulerer lovvalg er beskjedent. Juridisk teori har derfor tradisjonelt sett stått for mesteparten av utviklingen på området. Blant annet i lys av dette har utenlandsk teori og praksis større gjennomslag enn ellers.¹ Harmonisering regnes, sammen med forutsigbarhet, å være et grunnleggende hensyn ved utformingen av lovvalsregler. Hvor en sak blir reist kan være tilfeldig, for eksempel kan det oppstå usikkerhet hvor det ikke er klart hvilket rettslig område saken faller under. Dette kan for eksempel være tilfelle i grenselandet mellom art. 5 nr. 1 og 16 nr. 1 a) i Luganokonvensjonen som gjelder ”kontraktforhold” og ”tinglige rettigheter i fast eiendom” respektivt. Videre har partene ofte en valgmulighet.² De materielle rettsregler varierer ofte fra sted til sted. Det er ansett som ønskelig at lovvalget er mest mulig likt for å hindre at partenes valg av forum kan påvirke resultatet, såkalt forum shopping. At partene er i stand til å forutse hvilken lov som får anvendelse på deres forhold er prosessøkonomisk og kan redusere antall tvister som kommer opp for domstolene.

¹ Gaarder, (2000) s. 39

² Eksempelvis dersom forholdet faller under art. 6 i Luganokonvensjonen av 1988, vedtatt 8. jan. 1993

Fast eiendom er ofte tildelt en spesiell stilling, både i interne regler, og på lovvalgets område. Utlendingers atkomst til fast eiendom har tradisjonelt vært begrenset og de nasjonale rettssystemer har i stor grad ansett seg selv for å være enerådende på området. Situasjonen har nok blant annet hatt sammenheng med den nære knytning mellom nasjonalstaten og territoriet. Begrensningene har imidlertid i den nyere tid gradvis blitt bygget ned, da særlig i Europa som en følge av utviklingen av den Europeiske Union. Antallet internasjonale eiendomstransaksjoner har økt betraktelig de senere år. Individuer får seg arbeid og derfor bolig over landegrensene. I Norge er det spesielt anskaffelse av en feriebolig som har vært aktuelt, gjerne i Sverige eller et sydlig land. Investorer og eiendomsselskaper har også i mye større grad enn tidligere begynt å kjøpe fast eiendom i utlandet.

Disse forhold innebærer en økt risiko for rettstvister med tilknytning til flere rettssystem på fast eiendoms område. Noe som igjen vil bety at behovet for å avklare hvilke regler som gjelder for slike forhold vil øke.

Her til lands, som i store deler av Europa, har vi lenge operert med et skille mellom obligasjonsrettslige og tinglige rettigheter. Grensen kan få betydning for hvilken lov som får anvendelse på et forhold. Romakonvensjonen, som gjelder for medlemmene av EU, regulerer i utgangspunktet ikke de tinglige rettigheter.³ Sondringen kan imidlertid være problematisk.

1.2 Skillet mellom obligasjonsrettslige og tinglige rettigheter

Tinglige rettigheter reguleres ifølge norsk internasjonal privatrett etter tingsstatuttet, det vil si at retten i landet hvor tingen/den faste eiendommen befinner seg legges til grunn. Riktignok er det ikke klar rettspraksis på området, men regelen er ansett som sikker og har

³ Se nedenfor i avsnitt 3 og Romakonvensjonen art. 1 nr. 1

generell oppslutning i juridisk teori.⁴ For kontrakter om fast eiendom er det større usikkerhet, kanskje mer etter at Romakonvensjonen trådte i kraft. Som nevnt ovenfor regulerer ikke Romakonvensjonen de tinglige rettigheter. Den regulerer kun de ”kontraktlige forpliktelser” jf. artikkel 1 nr. 1. Norge er ikke part i konvensjonen, men i juridisk teori har flere tatt til orde for at våre regler bør ligge tett opp til konvensjonens regler.⁵ Dette vil bli drøftet under.

Det er således nødvendig å foreta en kvalifikasjon for å skille mellom obligasjonsrettslige og tinglige rettsvirkninger.

Den følgende fremstillingen er i hovedsak basert på Falkangers Tingsrett og Ross sitt rettsfilosofiske verk *Ret og retfærdighet*.⁶ Når sistnevnte verk brukes i denne sammenheng er det for å sette søkelyset på de vanskeligheter som oppstår ved grensetrekningen. Ross belyste umuligheten i å tillegge de to begrepene hvert sitt separate innhold.

Inndelingen er gammel og stammer fra den romerske rettens sontring mellom *actiones in personam* og *actiones in rem*.⁷ Grovt sett gjelder obligasjonsrettslige rettigheter for forholdet mellom en kreditor og en debitor. Tinglige rettigheter har derimot front mot enhver. De vedrører en parts umiddelbare rådighet over et formuesgode. Ved sontringen har det blitt lagt avgjørende vekt på en rettighets beskyttelse. Noen endelig sontring av de to etter et logisk prinsipp har imidlertid vist seg ugjennomførlig.

Hovedproblemet med sontringen gjelder nettopp ved avhending av fast eiendom. Kjøpekontrakten skulle etter skillet være typisk obligasjonsrettslig. Som sådan skulle den dermed ikke ha tinglig beskyttelse. Det får den imidlertid ved tinglysning. Bakgrunnen for

⁴ Se Gaarder, (2000) s. 283, Gjelsvik, (1936) s. 176 og Cordes (1999) s. 335

⁵ Justisdepartementets høringsbrev fra 2003 om grønnbok om mulige endringer i Romakonvensjonen uttaler at de ”løsninger som følger av Roma-konvensjonen vil (...) ha stor betydning for utformingen av norsk rett”, se også Moss, (2000)a s. 132-152, Hov, (1998) s. 418 og Bull (1993) s. 40

⁶ Falkanger, (2000) s. 33 og Ross, (1953) s. 228 ff

⁷ Hagstrøm, (2004) s. 28

problemet ligger i begrepenes asymmetriske natur, de er ikke semantisk sett gjensidig utelukkende.

For lovvalgsspørsmålet får imidlertid begrepene rettslig betydning. Avhengig av hvilken av kategoriene rettsforholdet subsumeres under, kan det regulerende rettssystem variere. For de obligasjonsrettslige spørsmål gjelder i utgangspunktet rettssystemet partene har pekt ut, altså partsautonomien. Hovedregelen for tinglige rettigheter er at det er reglene til stedet hvor eiendommen befinner seg, også kalt *lex rei sitae*, som gjelder.

Oppgaven vil søke å trekke opp grensene for de to ovennevnte begrepene.

1.3 Avgrensninger

Avhandlingen vil ta for seg lovvalget ved rettsspørsmål vedrørende kontrakter om fast eiendom som har tilknytning til to eller flere land. Pant i fast eiendom faller inn under oppgavens tema. Problemstillinger som reiser seg angående negotiable pantebrev vil ikke drøftes da slike følger lovvalsreglene for pantebrevet. Hvor en rettstvist om fast eiendom kommer opp innenfor rammen av et formueskompleks, eksempelvis i ekteskap, konkurs eller dødsbo, finnes egne lovvalsregler. Disse faller utenfor oppgavens nedslagsfelt. Vernetings spørsmål som kan oppstå i forbindelse med internasjonale avtaler om fast eiendom har i utgangspunktet ikke relevans for oppgaven. I fremstillingen vil det imidlertid benyttes noe rettspraksis og litteratur om felleseuropeiske prosessregler for å vurdere eventuell relevans i forhold til forståelsen av lovvalsreglene.

Hovedvekten av utenlandsk teori vedrørende lovvalg vil være fra Sverige, Danmark og Storbritannia. Øvrige avgrensninger vil tas opp i fremstillingen hvor det passer.

1.4 Oppbygning

Kapittel 2 vil belyse rettskildesituasjonen på området. I kapittel 3 gis en kort beskrivelse av Romakonvensjonen, dens posisjon i forhold til prosessretten og eventuell relevans som rettskilde i Norge. Kapittel 4 og 5 er de sentrale kapitler i oppgaven, da særlig sistnevnte. Kapittel 4 drøfter problemstillinger i forbindelse med kvalifikasjon, med hovedvekt på sontringen mellom tinglige og obligasjonsrettslige rettigheter. Her vil avgjørelser om verneting for fast eiendom fra EF-domstolen og Høyesterett trekkes inn for å avklare innholdet av begrepet tinglige rettigheter. Lovvalget for slike retter i fast eiendom behandles i forlengelsen av dette. Kapittel 5 tar for seg lovvalgsreglene for kontraktsrettslige rettigheter i fast eiendom. Til slutt vil det gis en evaluering av lovvalgsreglene som gjelder på området i kapittel 6.

2 Rettskildesituasjonen

Internasjonal privatrett regnes som en del av norsk rett på samme måte som erstatningsretten og tingsretten. Kildebruken er derfor i utgangspunktet den samme som på de andre rettsområder. Per dags dato foreligger det imidlertid lite nasjonal lovgivning som regulerer lovvalg. Av den lovgivning som eksisterer er mye basert på internasjonale traktater. Ved anvendelsen av disse bestemmelsene bør en derfor se hen til ordlyden i og formålet med traktatene. Her spiller ikke bare hensynet til forståelsen av den aktuelle regelen inn, men også ønsket om å oppnå rettslikhet blant traktatspartene. For fast eiendoms vedkommende foreligger det imidlertid ingen internasjonale traktater om lovvalg hvor Norge er part. Det er mulig at traktater inngått på tilstøtende områder og traktater som er ratifisert av land Norge samhandler mye med kan få betydning på området. Dette drøftes nedenfor.

Mengden sedvanerett er også begrenset på området. Rettsutviklingen på området bunnar i stor grad i juridisk teori.

I og med at rettskildetilstanden er preget av få lover og lite rettspraksis er det naturlig å anta at flere rettskilder vil være relevante enn ellers. Dette underbygges av hensynet til enhetsløsning. Utenlandsk litteratur har vært spesielt viktig i utviklingen av rettsreglene på området.⁸

Harmoniseringshensynet medfører videre at andre internasjonale rettskilder kan få forholdsvis stor vekt, da særlig kilder fra Norges nære referansekreter.⁹ En svært stor andel av den totale handel foregår med medlemmene av den Europeiske Union. Romakonvensjonen gjelder lovvalg for kontraktsrettslige forpliktelser. Den er ratifisert av samtlige av medlemmene i den Europeiske Union. At konvensjonen gjelder for en så stor gruppe av Norges viktigste samhandlingspartnere taler for at dens løsninger veier tungt i en

⁸ Gaarder, (2000) s. 86

⁹ Frantzen, (2002) s. 75

samlet vurdering. Ikke minst ettersom den fungerer universelt. Det vil si at den får anvendelse også for norske parter dersom en sak med tilknytning til flere land kommer opp i en medlemsstat. Hovedformålet for den internasjonale privatrett er at lovvalget blir det samme uavhengig av hvor saken reises. Skal dette oppfylles er det naturlig at reglene i Norge tilsvarer de innenfor EU. Innholdet i Romakonvensjonen og dens løsninger vil bli drøftet under avsnitt 3.

Luganokonvensjonen har en noe annen stilling. Den gjelder ikke lovvalg, men valg av verneting. Konvensjonen er imidlertid utarbeidet som et ledd i arbeidet med å skape et enhetlig rettsområde hvor målet er at en persons rettsstilling ikke skal variere etter hvor saken kommer opp. I lys av den nære knytning mellom internasjonal privat- og prosessrett kan det derfor være hjelpsomt å se hen til konvensjonen. Den speiles av Brusselkonvensjonen som gjaldt innenfor EU, og som nå i all hovedsak er erstattet av Brusselordningen.¹⁰ Alle tre over nevnte regelverk opererer med særbestemmelser for saker vedrørende tinglige rettigheter i fast eiendom. Ved anvendelsen av disse er det derfor ofte nødvendig å avklare skillet mellom tinglige og obligasjonsrettslige rettigheter. Det er i denne forbindelse det kan være relevant å se hen til konvensjonen og rettspraksis rundt denne. Konvensjonens innhold og relevans i forhold til lovvalg vedrørende fast eiendom vil bli drøftet under avsnitt 4.

Tross den begrensede rettskildesituasjonen er det enstemmighet i teorien om at *lex rei sitae* gjelder som norsk rett for tingsrettslige spørsmål.¹¹ For obligasjonsrettslige spørsmål er imidlertid hovedregelen partsautonomi.¹² Regelen er uttrykk for et ulovfestet sedvanerettslig prinsipp.¹³ Den går ut på at partene i utgangspunktet står fritt til å velge lov. I hvilken grad dette også gjelder for fast eiendom er imidlertid uavklart. I den juridiske litteratur er det tatt til orde for at *lex rei sitae* kommer inn i større eller mindre grad.¹⁴

¹⁰ Brusselkonvensjonen gjelder fortsatt for Danmark, franske oversjøiske territorier samt Mayotte, og for Nederlands vedkommende Aruba, se EF-domstolens uttalelse 7. feb. 2006 (1/03) premiss 14-15 62003V0001

¹¹ Se Gaarder, (2000) s. 283, Gjelsvik, (1936) s. 176 og Cordes (1999), s. 335

¹² Se Moss, (2000)a s. 138, Gaarder, (2000) s. 232 og Cordes (1999) s. 282

¹³ Moss, (2000)a note 14 og Konow, (2006) s. 340

¹⁴ Se Gaarder, (2000) s. 284 og Cordes (1999) s. 288 og 336-337

3 Romakonvensjonen

3.1 Tolkning

Romakonvensjonen gjelder lovvalg på kontraktsrettens område. Norge er dermed ikke part, men det er mulig dens løsninger får anvendelse også her.¹⁵

Artikkel 18 i Romakonvensjonen gir anvisning på hvordan konvensjonens regler skal tolkes. Etter denne skal det tas hensyn til reglens internasjonale karakter og ønsket om ensartethet ved deres fortolkning og anvendelse. Meningen som søkes uttrykt er ifølge Giuliano/Lagarde-rapporten for det første at avgjørelser fra de andre medlemmers domstoler skal vektlegges. For det andre fastslås at ”(...) domstolene følgelig ikke i henseende til fortolkning må sidestille konvensjonens bestemmelser med rent interne bestemmelser.”¹⁶ Med dette antydes at prinsippet om autonom tolkning skal til en viss grad få gjennomslag.¹⁷ Dette anses som nødvendig for å sikre uniform bruk, og hindre at konvensjonens begreper smuldrer opp i ulike forståelser hos de enkelte parter.

For å trygge slik enhetlig forståelse ble to tolkningsprotokoller vedtatt i 1988, hvis formål var å gi EF-domstolen jurisdiksjonsmyndighet på området. De trådte imidlertid aldri i kraft. Resultatet er at det per i dag ikke finnes rettspraksis fra domstolen om konvensjonen. Arbeid er imidlertid underveis for å omdanne konvensjonen til en unionsforordning.¹⁸ Det vil i tilfelle gi ankerett til EF-domstolen i kraft av Romatraktaten art. 234.

3.2 En vanlig konvensjon? – Den felleseuropeiske internasjonale privat- og prosessrett

I preambelet til Romakonvensjonen erklæres at den utgjør en del av et helhetlig harmoniseringsarbeid innenfor den internasjonale privat- og prosessrett innenfor det som i

¹⁵ Se blant annet Høringsbrev om Grønnebok [s. 1] og Moss, (2000) a s. 143

¹⁶ Giuliano/Lagarde-rapporten s. 38

¹⁷ Pålsson, (1998) s. 23

¹⁸ Se Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpliktelse (Rom I) COM (2005) 650 endelig

dag er EU. Artikkel 28 gir videre uttrykk for at den bare er åpen for EUs medlemsstater. Tar en også i betraktning at EF-domstolen har fortolkningsrett får en inntrykk av at konvensjonen er mer et unionsprosjekt enn en vanlig internasjonal traktat.¹⁹

På den andre siden finnes det enkelte elementer som kan gi inntrykk av en distanse til EU-retten. At den i utgangspunktet er tidsbegrenset og kan sies opp av signaturstatene trekker i en slik retning. I motsetning til Brusselkonvensjonen har den ingen direkte tilknytning til unionen.²⁰ Likevel er det nok riktigst å se den som et EU-prosjekt. Særlig gjelder dette tatt i betraktning det pågående arbeidet med å omdanne konvensjonen til forordning.

Bakgrunnen for Romakonvensjonen er å finne i arbeidet med Brusselkonvensjonen som gir enhetlige regler for domstolenes internasjonale kompetanse for sivile saker innenfor unionen. Denne innebar at partene på mange områder fikk et valg mellom ulike lands retter. Giuliano/Lagarde-rapporten fremholder i lys av dette at en bør utvikle enhetlige regler for lovvalg for å unngå såkalt ”forum-shopping”, øke rettssikkerheten og gjøre det lettere å forutsi hvilken lov som kommer til anvendelse.²¹ Det nære forholdet mellom regelsettene taler for at det ved tolkning av Romakonvensjonen også ses hen til forståelsen av Brusselkonvensjonen. I teorien er det flere forfattere som trekker frem det ønskelige i at kontraktsbegrepet bør følge den autonome definisjon som er lagt til grunn for artikkel 5 nr. 1 i domskonvensjonen.²² Standpunktet bunnar i hensiktsmessighetsbetraktninger.

Allan Phillip stiller seg mer tvilende til det hensiktsmessige med en slik løsning. Philip avviser ikke at autonom forståelse vil bli lagt til grunn, men stiller seg nølende til å trekke en for streng grense.²³ For eksempel vil han åpne for å anvende konvensjonen på erstatning utenfor kontrakt og spørsmål som ikke kan betegnes som kontraktlige, men som kommer

¹⁹ Pålsson, (1998) s. 24

²⁰ Pålsson, (1998) s. 24

²¹ Giuliano-Lagarde rapporten s. 5, punkt 2

²² Se Nielsen, (1997) s. 490, jf. også bl.a. Svénné Schmidt (1987) s. 217, Pålsson (1998) s. 32, Lookofsky (2004) s. 53 og Collins (2006) s. 1547

²³ Philip, (1994), s. 129

opp i sammenheng med en kontrakt.²⁴ Etter hans syn er det ikke like nødvendig med en klar grense for lovvalgsreglene som ved valg av verneting. Blant annet er oppfatningen begrunnet i at det ikke, per dags dato, finnes tilstøtende regler for eksempel på erstatningsrettens område som krever et visst anvendelsesområde. Med andre ord ser han ikke behov for å trekke opp en felles forståelse av Romakonvensjonens begreper som samsvarer med Brusselkonvensjonen. Det kan skytes inn her at et utkast til forordning som gjelder lovvalg utenfor kontrakt siden har blitt publisert, den såkalte Roma II. Videre har tingsstatuttet en så vidt fast og akseptert stilling på fast eiendoms område at det er mindre grunn til å legge vekt på de ovennevnte betraktninger.

I motsetning til hva som gjelder for Brusselkonvensjonen, er det ikke mulig å henvise tolkningsspørsmål vedrørende lovvalgskonvensjonen til EF-domstolen. Det finnes derfor foreløpig ikke rettspraksis om den.

Om det legges til grunn at de ovennevnte konvensjoner ses i sammenheng, finnes gode argumenter for å bedømme Luganokonvensjonen på samme måte.²⁵ Den er en parallellkonvensjon til og på de viktigste punktene likelydende med Brusselkonvensjonen.²⁶ Vedtagelsen av Brusselforordningen i 2000, som i stor grad erstattet konvensjonen, innebar enkelte endringer, men tilsier allikevel ikke at forbindelsen mellom dem svekkes.

3.3 Anvendelsesområde

Konvensjonens anvendelsesområde går frem av art 1 nr. 1:

”Bestemmelsene i denne konvention finder anvendelse paa kontraktlige forpligtelser i alle situationer, hvor der skal foretages et valg mellom lovene i forskellige lande”

²⁴ Philip, (1994) s. 129

²⁵ Luganokonvensjonen er gjennomført i norsk rett jf. tvml. § 36a)

²⁶ Gaarder, (2000) s. 46

Uttrykket ”kontraktlige forpliktelser” tyder på at tinglige rettigheter ikke går under konvensjonen. At uttrykket er slik å forstå er også slått fast i Giuliano/Lagarde-rapporten. Ifølge denne var avgrensningen uttrykkelig formulert i første utkast, men forklaringen ble ansett som overflødig og utelatt i den endelige utgave.²⁷ Etter forfatterens syn ville en slik forklaring innebære et behov for å redegjøre for forskjellene mellom de ulike rettssystemene.

Artikkel 10 lister opp enkelte områder som kan sies å utgjøre kjernen i konvensjonens anvendelsesområde, herunder avtaletolkning, misligholdsbeføyelser og ugyldighetsvirkninger. At listen ikke er uttømmende går frem av betegnelsen ”navnlig”.²⁸

Av dette følger at spørsmål om tredjemannsvern faller utenfor. Den nærmere grensdragning mot tinglige rettigheter må tolkes i lys av konvensjonens bestemmelser, da særlig artikkel 18, og fastsettes i rettspraksis.²⁹

Skillet vil drøftes nærmere med hensyn til fast eiendom i avsnitt 4.

3.4 Stilling som rettskilde i norsk rett

Når Romakonvensjonen av 1980 kommer i betraktning som mulig rettskilde her i landet selv om Norge ikke er part har det sammenheng både med det beskjedne rettskildegrunnlaget i Norge og de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldene på den internasjonale privatretts område. Spesielt hensynet til rettsenhet taler for anvendelse av konvensjonens prinsipper og regler.³⁰ Konvensjonen ses i sammenheng med den forutgående Brusselkonvensjonen, som senere har blitt omgjort til forordning innad i EU, og Luganokonvensjonen som Norge har ratifisert. Disse tillater partene å avtale verneting,

²⁷ Giuliano/Lagarde rapporten s. 10, punkt 2

²⁸ Giuliano/Lagarde rapporten s. 32, jf. også den engelske utgaven av konvensjonen hvor uttrykket ”in particular” er benyttet.

²⁹ Pålsson, (1998) s. 32

³⁰ Moss, (2000) s. 143

og gir tidvis saksøker anledning til å velge forum. Dersom lovvalgsreglene i medlemslandene gir anvisning på at ulike lands rettsregler skal anvendes oppstår en fare for at saksøker velger det forum som er mest fordelaktig for dennes sak. Romakonvensjonen søker å unngå slik forum shopping gjennom uniforme lovvalgsregler.³¹ Formålet er som nevnt å tilse at den samme loven blir anvendt uansett hvor en sak blir ført.³²

Konvensjonen operer med et universalitetsprinsipp i artikkel 2. I dette ligger at også fremmede lands lover kan få anvendelse.³³ Hvorvidt partene har statsborgerskap, bopel eller fast oppholdssted i en av konvensjonsstatene eller ei får således ikke betydning for dens anvendelse.³⁴ Avhengig av hvor saken kommer opp kan altså norske lovvalgsregler eller Romakonvensjonen gjelde for partene. Det virker tilfeldig om lovvalgsreglene skal variere for de samme norske parter ettersom saken kommer opp i Norge eller i EU. Ved å legge de norske reglene tett opp til Romakonvensjonen blir det lettere for partene å forutse hvilke lover som får anvendelse på et rettsforhold. Hensynet til at partene bør kunne forutse sin rettsstilling, taler i så henseende for at norske regler tilnærmer seg konvensjonens løsninger. Det samme gjelder hensynet til harmonisering. Dersom dette ikke gjøres vil målet om at samme lovvalg skal praktiseres uavhengig av verneting vanskelig la seg gjennomføre.

I et høringsbrev fra Justisdepartementet vedrørende grønboken om mulige endringer i Romakonvensjonen legges det for øvrig til grunn at konvensjonen gir uttrykk for mange prinsipper som også er gjeldende norsk rett.³⁵

³¹ Grønbog om omdannelse af Rom-konvensjonen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, til en fællesskabsretsakt med opdatering af dens bestemmelser, KOM(2002) 654 endelig, Brussel, 2003 og Giuliano/Lagarde-rapporten s. 4 punkt 2

³² Giuliano/Lagarde-rapporten s. 8 punkt 7

³³ Giuliano/Lagarde-rapporten s. 13

³⁴ Giuliano/Lagarde-rapporten s. 8 punkt 8

³⁵ Høringsbrev om grønbok

4 Kvalifikasjon

4.1 Generelt

Kvalifikasjonsspørsmålet har vært gjenstand for utallige teorier. For denne avhandlingens del vil det imidlertid føre for vidt å gi en uttømmende gjengivelse. Fremstillingen under vil ta sikte på å gjøre rede for de sentrale problemstillinger som har vært diskutert i norsk juridisk litteratur med relevans for lovvalget i forbindelse med fast eiendom.

Før en kan finne frem til hvilken lov som kommer til anvendelse på et forhold er det nødvendig å subsumere de faktiske forholdene og tvilsspørsmålet de reiser under den riktige lovvalgsregel. Dommeren må altså kvalifisere saksforholdet for å bestemme dets rettslige natur. Gaarder har beskrevet prosessen som "(...) å innordne et saksfaktum under en viss rettsregel eller en viss gruppe rettsregler."³⁶ De fleste forfattere på området er samstemte om at utgangspunktet er kvalifisering etter lex fori for avgjørelsen av hvilket rettssystem som kommer til anvendelse.³⁷ Enkelte har tatt til orde for at det i neste omgang, altså etter at riktig rettssystem er utpekt, skal foretas en såkalt sekundær kvalifikasjon.³⁸ Tanken er at kollisjonsreglene har pekt ut en viss gruppe regler, for eksempel kontraktsrettslige, i det fremmed lands rett. Spørsmålet er da hvorvidt det er lex fori eller lex causae som skal avgrense dette rettsområdet. Det er imidlertid delte meninger om en slik etterfølgende kategorisering overhodet er nødvendig. Thue og Konow mener at henvisningen til lex causae bør innebære at dommeren skal anvende enhver relevant regel i det fremmede landets rett.³⁹ Oppfatningen har støtte i nordisk internasjonal privatrettslig litteratur.⁴⁰ Argumentet bygger på at lovvalgsregelen henviser rettstvisten som helhet til den fremmede rett. Formålet om at utfallet av en sak ikke bør avhenge av hvor den reises kan sies å tale for et slikt synspunkt. En innvending er at fremgangsmåten kan føre til

³⁶ Gaarder, (2000) s. 121, se også Thue, (2002) s. 161-164 og Konow, (2006) s. 269-271 om gjenstanden for kvalifikasjon

³⁷ Gaarder, (2000) s. 125 se også Cordes, (1999) s. 74, Hov, (1998) s. 425 og Konow, (2006) s. 272

³⁸ Gaarder, (2000) s. 125-126, Cordes, (1999) s. 76-78 tar opp problemstillingen men konkluderer ikke entydig

³⁹ Thue, (2002) s. 175 og Konow, (2006) s. 284

⁴⁰ Svønné Shmidt, (1987) s. 34 og Gihl, (1951) s. 378 flg. hvor han beskriver prosessen som et seilskip hvor seileren ser det utpekte rettssystem stige opp foran seg, mens domstolslandets internasjonale privatrett "sjunker (...) ned under horisonten bakom honom."

urimelige resultater i den enkelte sak. Konow mener imidlertid dette bør avhjelpes på andre måter enn gjennom sekundær kvalifikasjon.⁴¹

Gjeldende norsk rett er som nevnt kvalifikasjon etter *lex fori*, men det tas forbehold om at den fremmede bakgrunn kan påvirke kvalifiseringen av kravet.⁴² Oppfatningen støttes av Joint Account dommen, hvor førstvoterende fastslår at løsningen er i samsvar med sikker tradisjon.⁴³ Bakgrunnen for å tillegge det utenlandske rettssystem vekt er særlig muligheten for en sammenheng mellom den nasjonale inndeling av rettsområder og den materielle rett. For å hindre at rettsstillingen til den enkelte blir svekket kan det være nødvendig å ta hensyn til den fremmede retts systematikk. Retten la også til grunn at hensyn bak de ulike lovvalgsreglene er relevant i vurderingen.⁴⁴

4.2 Fast eiendom eller løsøre

Etter hvilket lands rett sontringen mellom løsøre og fast eiendom skal foretas er et spørsmål som har reist mye tvil. Ettersom fast eiendoms rettsforhold vanligvis bedømmes etter *lex situs* har det blitt hevdet at bedømmelsen av hva som er fast eiendom også bør styres av denne lov.⁴⁵ Thue mener et slikt unntak fra kvalifikasjon etter *lex fori* er selvsagt.⁴⁶ Fordelen med en slik metode er at kvalifikasjonen vanligvis vil løses etter samme lands rett som forholdet skal underkastes. Således kan løsningen sies å tilgodese hensynet til omsetningslivet. Til dette kan innvendes at *lex situs* ikke nødvendigvis peker ut det lands rett som er *lex causae* for det øvrige rettsforholdet.⁴⁷ Spørsmålet vil i hovedsak komme opp i forbindelse med om en løsøreobjekt skal regnes som tilbehør til den faste eiendom eller ei.⁴⁸ Løsøreobjektet er da fokus for forholdet, ikke den faste eiendommen. Forankringen til *situs*loven er dermed ikke like sterk som for fast eiendoms

⁴¹ Konow, (2006) s. 284

⁴² Gaarder, (2000) s. 125

⁴³ Rt 1995 s. 1415 (s. 1419)

⁴⁴ Rt 1995 s. 1415

⁴⁵ Gaarder, (2000) s. 284 og Nielsen, (1997) s. 616

⁴⁶ Thue, (2002) s. 174

⁴⁷ Konow, (2006) s. 276

⁴⁸ Konow, (2006) s. 276

rettsforhold. Konow har pekt på at hva som regnes som regnes som *lex situs* avhenger av når rettsspørsmålet oppstår.⁴⁹ Man må således tolke lovvalgsregelen for å slå fast tidspunktet. Hvilket lands rett som er *lex situs* er da vanskelig å forutse.

Gaarder fremhever en løsning foreslått av tyskeren Lewald.⁵⁰ Dersom *lex fori* sin internasjonale privatrett peker ut forskjellige lover for løsøre og fast eiendom er det denne som skal benyttes. Blir derimot lovvalget det samme etter *lex fori*, men *lex causae* materielle rett er ulik for de to kategoriene, skal kvalifikasjonen foretas etter *lex causae*. Konow støtter en slik fremgangsmåte, men antar at kvalifikasjon etter *lex fori* bør være utgangspunktet.⁵¹ Fordelen med løsningen er at den unngår å bryte opp en eventuell tilsiktet sammenheng mellom skillet og de materielle reglene. I lys av den uenighet som eksisterer i litteraturen må gjeldende norsk rett anses å være usikker.

4.3 Tinglig eller obligasjonsrettslig

Kvalifikasjon skal som nevnt foretas etter *lex fori*. Grensen som trekkes mellom obligasjonsretten og tingsretten internt kan være et naturlig utgangspunkt. Dermed er det ikke sagt at den følger de samme linjer.⁵² Som beskrevet i avsnitt 1.2 er det ikke tydelig avklart hvor skillet går, verken teoretisk, for den materielle retten eller for lovvalgsinndelingen.

Hva gjelder utgangspunktet regnes tinglige rettigheter for å være de som har virkning ovenfor enhver, mens obligasjonsrettslige anses å gjelde *inter partes*. Det er på denne bakgrunn at partsautonomien ikke anses som særlig egnet til å avgjøre tingsrettslige spørsmål. Dersom partene får mulighet til å foreta lovvalg for slike spørsmål vil de kunne avgjøre hvilket lands lovgivning som skulle anvendes også på forholdet til tredjemann.⁵³ I tilfelle vil partenes lovvalg kunne få konsekvenser i to henseender. Tredjeparten vil for det

⁴⁹ Konow, (2006) s. 276

⁵⁰ Gaarder, (2000) s. 127

⁵¹ Konow, (2006) s. 277

⁵² Konow, (1999) s. 474

⁵³ Nielsen, (1997) s. 615

første ikke ha mulighet til å sette seg inn i sin rettsstilling før en eventuell tvist oppstår. Han vil i tillegg være underlagt partenes lovvalg, som han ikke har mulighet til å påvirke.⁵⁴ At tingsrettslige spørsmål som hovedregel er styrt av *lex rei sitae*, og ikke kontraktstatuttet, er i stor grad basert på slike betraktninger.⁵⁵

Tredjemanns rettsstilling er imidlertid ikke uavhengig av forholdet mellom partene. Et ankepunkt ved inndelingen er i forhold til en kjøpekontrakt i fast eiendom, i utgangspunktet en obligasjonsrettslig rettighet. Denne kan imidlertid få rettsvern gjennom tinglysning og får derigjennom virkning ovenfor alle.⁵⁶ Etter dette vil for eksempel spørsmålet om en slik avtale er kommet i stand kunne ses på som både tingsrettslig og obligasjonsrettslig.

For innholdet av de tinglige rettigheter tar Gjelsvik det følgende utgangspunktet:

”(...) spørsmålet om ein tingleg rett hev kome up, gjenge til grunns, eller er yverførd til nokon annan”⁵⁷

Når han legger vekt på en tinglig retts tilblivelse kan det forstås som at også en avtale om stiftelse av en tinglig rettighet faller inn under begrepet. En slik forståelse er imidlertid ikke nødvendigvis tilsiktet. Det understrekes at *lex rei sitae* ikke skal gjelde for alle prejudisielle spørsmål som er avgjørende for om en tinglig rett eksisterer.⁵⁸ I lys av dette synes han å mene at avtaler om tinglige rettigheter i fast eiendom kan regnes som obligasjonsrettslige. Han peker også på at det avgjørende er den tinglige virkningen, ikke omstendigheten som skaper virkningen.⁵⁹ Ut i fra dette synes det mulig å i det minste identifisere et kjerneområdet for de tinglige retter. Betydningen av at det er stiftet en rettighet i fast eiendom er således klart tingsrettslig. Rettsvern- og prioritetspørsmål i forhold til omsetningsserververe i aktsom god tro. Det samme gjelder slike spørsmål i relasjon til

⁵⁴ Nielsen, (1997) s. 615

⁵⁵ Nielsen, (1997) s. 615

⁵⁶ Falkanger, (2000) s. 33

⁵⁷ Gjelsvik, (1936) s. 177

⁵⁸ Gjelsvik, (1936) s. 177

⁵⁹ Gjelsvik, (1936) s. 177 med videre henvisning til Zitelman II s. 302-312

enkeltfølgende kreditorer og konkursbo så vel som bortfall av rettigheter på grunnlag av rettsvernsforeldelse. Hvordan det stiller seg for gyldigheten av en avtale om rettigheter i fast eiendom er imidlertid mer uklart.

Gaarder peker på to dommer som tar opp lovvalg på fast eiendoms område.⁶⁰ I RG 1959.162 avviste retten at norske prisforskrifter kunne få anvendelse på en leieavtale om et hus i Italia. Dommen kan sies å gi uttrykk for *lex rei sitae*. Den er avsagt av lagmannsretten og dermed av begrenset rettskildemessig vekt.

Rt.1924.1181 gjaldt salg av fast eiendom, beliggende i Norge. Eieren var bosatt i USA. Denne tilbød eiendommens norske forpakter å kjøpe eiendommen. Tilbudet ble akseptert men av en eller annen grunn kom aksepten for sent frem. Spørsmålet var om eieren, som en følge av forsinkelsen, med rette kunne anse salget som bortfalt. Etter amerikansk rett var selger fri, men etter norsk rett gjaldt et krav om reklamasjon uten ugrunnet opphold, jf. dagens avtalelov § 4, om aksepten ikke skulle godtas. Flertallet anvendte norsk rett på forholdet og anså at salget sto ved lag.

Bakgrunnen for flertallets lovvalg fremgår ikke klart av teksten, norsk rett legges til grunn uten videre begrunnelse. Det er mulig retten har vurdert det dit hen at kravet gjaldt hvem som hadde eierrettighetene til eiendommen og at det derfor var tale om en tinglig rettighet. Gaarder henviser blant annet til dommen i kapitlet om den internasjonale tingsretten under avsnittet om fast eiendom.⁶¹ Det påpekes imidlertid at begrunnelsen er uklar, og saken drøftes også under kapitlet om kontraktsrett. Flertallet drøfter videre utelukkende ut fra avtalerettslige prinsipper. Det er således tenkelig at retten la til grunn en regel om *lex rei sitae* for kontrakter som gjelder fast eiendom, eventuelt bare for avtaleinngåelsens del. Borum synes å anlegge en lignende synsvinkel.⁶² Mindretallet la klart til grunn at det var snakk om en kontraktsrettslig rettighet og ville derfor benytte selgerens hjemsteds rett, USA. Ingen ny høyesterettspraksis har kommet til på området. Alderen tilsier imidlertid at

⁶⁰ Gaarder, (2000) s. 283

⁶¹ Gaarder, (2000) s. 283

⁶² Borum, (1968) s. 153

den er av begrenset rettskildemessig vekt. Internasjonal privatrett er et rettsområde under utvikling, og det bør derfor utvises forsiktighet med å overføre løsninger etter eldre rettspraksis på lignende saker i dag.⁶³

Romakonvensjonens vedtagelse medfører muligens at betydningen av tidligere praksis og oppfatninger svekkes. Det er støtte i litteraturen for at de norske lovvalgsreglene ligger tett opp til konvensjonens løsninger.⁶⁴ Synspunktet baserer seg i stor grad på harmoniseringshensyn. Skal ønsket om rettsenhet oppfylles vil det også være naturlig å se hen til hvordan kontraktsbegrepet avgrenses mot tinglige rettigheter etter denne. Dersom kategoriernes innhold i Norge er ulikt det som fastsettes i resten av Europa vil følgelig lovvalget kunne bli forskjellig alt etter hvilket forum saken kommer inn for. Særlig vil det kunne bli relevant å se hen til rettspraksis når EF-domstolen får kompetanse ved en eventuell omdannelse til forordning.

Med hensyn til gyldighet mener Konow spørsmålet må deles opp og at ulike ugyldighetsgrunner må gjennomgås hver for seg for å kaste lys over tilknytningen til kontraktsretten og tingsretten.⁶⁵ Hun går inn for at lovvalget må vurderes særskilt for spørsmål om formkrav, hva som skal til for at avtale er kommet i stand, tilblivelsesmangler og innholdsmangler.⁶⁶ Jeg vil gå nærmere inn på de tre sistnevnte her, formkrav vil belyses under kapittel 5 om lovvalget for de kontraktsrettslige rettigheter i fast eiendom.

Høyesterettsavgjørelsen fra 1924 som ble omtalt under kapittel 4.3 gjaldt nettopp om en avtale var kommet i stand.⁶⁷ Dommen kan muligens tas til inntekt for at spørsmålet er av tingsrettslig karakter hvor det er tale om rettigheter i fast eiendom. Begrunnelsen er derimot så vidt uklar at det er tvilsomt om en slik regel kan utledes. Saken gir imidlertid en illustrasjon på at kvalifikasjon kan få stor betydning for utfallet av en rettstvist.

⁶³ Konow, (2006) s. 236

⁶⁴ Se blant annet Høringsbrev om Grønnbok s. 1 og Moss, (2000)a s. 143

⁶⁵ Konow, (2006) s. 308

⁶⁶ Konow, (2006) s. 309

⁶⁷ Rt. 1924 s. 1181

Det enkeltstående spørsmål om avtalen er kommet til må klart nok betegnes som et avtalerettslig spørsmål. At kontrakten gjelder fast eiendom tilsier ikke at problemstillingen om avtaleslutning endrer karakter. Utenforstående vil riktignok kunne bli påvirket av om avtalen anses som inngått eller ei. Partenes rettigheter vil imidlertid uansett måtte stiftes og registres i samsvar med reglene til landet hvor eiendommen ligger. Hensynet til tredjemenns rettigheter er i så henseende ivaretatt. Derimot vil parter som inngår avtale om for eksempel overdragelse av en eiendom ikke nødvendigvis ha videre tilknytning til landet hvor eiendommen ligger. Dersom *lex rei sitae* i et slikt tilfelle legges til grunn risikerer partene at deres avtale ikke anses inngått. Et slikt resultat vil ofte være overraskende på partene som formentlig vil forvente at loven de selv har valgt regulerer et slikt forhold.

Statens behov for å øve kontroll med stiftelse av rettigheter over fast eiendom på statens territorium er en annen begrunnelse for å anvende *lex rei sitae* som har blitt sterkt fremhevet.⁶⁸ Mot dette kan anføres at det finnes andre metoder for staten å øve kontroll med slike rettshandler.⁶⁹ Det foreligger i så måte ingen nødvendighet i å anvende *lex rei sitae* på spørsmålet om en avtale er kommet i stand.

De avgjørende hensyn bak regelen om *lex rei sitae* gjør seg således ikke gjeldende i særlig grad for spørsmålet om avtaleslutning. Det synes da mest naturlig å anse problemstillingen som kontraktsrettslig. Konow oppgir et slikt synspunkt som mest fordelaktig.⁷⁰ Å vurdere spørsmålet om en avtale er kommet til som kontraktsrettslig også for fast eiendom er trolig også mest i tråd med Romakonvensjonen.⁷¹

Spørsmål i forbindelse med tilblivelsesmangler har mange av de samme trekk som det ovenstående. Med tilblivingsmangler menes mangler ved måten avtalen er blitt til på. Innenfor avtaleretten opereres det med flere typetilfeller av tilblivelsesmangler. Noen klassiske eksempler er falsk, forfalskning, forvanskning, uberettiget utfylling, tvang, svik

⁶⁸ Jf. Gjelsvik, (1936) s. 187 og Gaarder, (2000) s. 283

⁶⁹ Jf. Konow, (2006) s. 344

⁷⁰ Se Konow, (2006) s. 345

⁷¹ Jf. dens artikler 3 og 4 nr. 3

og simulasjon. Alle disse eksemplene er mangler ved en avtale som foreligger allerede ved avtaleinngåelsen. Spørsmålet er typisk avtalerettslig, det er således grunn til å tro at kontraktsstatuttet kommer til anvendelse. Dette synes også å være løsningen etter Romakonvensjonen jamfør dens artikkel 8 nr. 1.

Videre kan en avtale anses som ugyldig hvor innholdet er i strid med det rettsordenen godtar. For spørsmål om innholdsmangler i avtaler om rettigheter i fast eiendom vil hensyn bak situsregelen gjøre seg sterkt gjeldende. Underrettsdommen fra 1959 gjaldt hvorvidt norske prisforskrifter kunne få anvendelse på innholdet av en leieavtale om fast eiendom i Italia. Regler som begrenser hva som kan avtales vedrørende fast eiendom har ofte sammenheng med statens behov for å øve kontroll over rådighetsstiftelser i fast eiendom. Det kan i så måte synes naturlig å anse spørsmålet om å innholdsmangler som tinglig.

Begrepet ”tinglig rett i fast eiendom” benyttes også i artikkel 16 nr. 1 i den såkalte Brusselkonvensjonen om domstolenes kompetanse. Bestemmelsen utpeker eksklusivt verneing til stedet for eiendommens beliggenhet. Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker er som nevnt en parallellkonvensjon. Det er slått fast både i de medfølgende tolkningsprotokoller og i rettspraksis at konvensjonene skal underlegges autonom og felles fortolkning.⁷² Med autonom tolkning menes at de skal forstås uavhengig av forståelsen de nasjonale domstoler i konvensjonsstatene har lagt til grunn. Schlosser-rapporten, som er en tolkningsrapport utarbeidet i tilknytning til Brusselkonvensjonen, bidrar til å utdype innholdet av bestemmelsen.⁷³ Rapporten tar utgangspunkt i retter som kan gjøres gjeldende mot enhver og setter disse opp mot retter som bare kan gjøres gjeldende inter partes.⁷⁴ Fortolkningen av

⁷² Jf. den medfølgende tolkningsprotokollen og Rt. 2000.654 (s. 663) hvor førstvoterende viser til dom av EF-domstolen av 10. april 1990, Reichert m.fl. mot Dresdner Bank.

⁷³ Ble vedtatt ved Danmark, Irland og Storbritannias tiltrædelse og gjelder ved siden av den såkalte Jenard-rapporten

⁷⁴ Schlosser-rapporten s.121 pkt. 168 c) (i Konow, (1999) s. 475)

uttrykket som følger av de ovennevnte regelverk kan muligens være aktuell også for fastleggingen av skillet etter lovvalgsreglene.⁷⁵

4.3.1 Norsk rettspraksis

a) Rt. 2000.654

Et dødsbos konkursbo inngikk et utenrettslig forlik med en loddeier og hans ektefelle. Spørsmålet var om forliket, eller slutningen av konkursboet, avskar den andre loddeieren i dødsboet fra å få prøvet om de samme eiendelene tilhørte dødsboet. Det var blant annet tvist om eiendomsretten til fast eiendom. Av premissene går det frem at ”tvist om eiendomsretten til en fast eiendom omfattes klart av konvensjonens ordlyd idet eiendomsretten gir grunnlag for alle eierbeføyelser som ikke er særskilt unntatt”.⁷⁶ Førstvoterende viser deretter til den såkalte Jenardrapporten, som er en annen tolkningsrapport tilknyttet Brusselkonvensjonen. På side 35 i rapporten begrunnes regelen med, i tillegg til muligheten for åstedsbefaring, at det ofte eksisterer sedvaner på feltet som er særegne for området eiendommen befinner seg på. Behovet for å undersøke tingbøker eller registre som føres på stedet blir også tillagt vekt. Bakgrunnen for å legge vekt på muligheten for undersøkelse på stedet er at rettergangen og avgjørelsen blir riktig og rimelig. Dette er viktig også for å unngå at tredjemanns rettigheter blir påvirket på uriktig grunnlag. Kjennelsen peker på to avgjørelser fra EF-domstolen.⁷⁷ Av premissene fra særlig saken Webb mot Webb trekker førstvoterende den konklusjon at ”søksmål som tar sikte på bindende å avgjøre eiendomsretten til fast eiendom, omfattes av artikkel 16.” De overnevnte avgjørelsene vil drøftes nærmere under 4.3.2. Saken omhandlet tredjemanns rettigheter i forhold til avtalen.

⁷⁵ Konow, (1999) s. 475 og Philip, (1994) s. 146 hvor han skriver at art. 16 nr. 1 a) kan ha en ”vis vejledende betydning for afgrænsningen af regelen”

⁷⁶ Rt. 2000.654, s. 663

⁷⁷ Sak C-261/90 61990J0261 Reichert m.fl. mot Dresdner Bank [1992] og Sak C-294/92 61992J0294 Webb mot Webb [1994]

b) Rt. 2002.807

To parter hadde inngått avtale om en eiendom i Spania. Saksøker nedla påstand om at avtalen var bindene i sin helhet mellom partene, og at eiendommen var eiet med en ideell halvpart på hver. Motparten anførte at avtalen var proforma. Kjæremålsutvalget la til grunn at saken gjaldt avtalens rettslige konsekvenser, eiendomsretten. Søksmålet omhandlet derfor ”tinglige rettigheter i fast eiendom”. Retten fastslo at så også gjelder når det anføres at avtalen er proforma. Spørsmålet gjelder i tilfelle hvem som sitter med eierrådigheten, og gjelder tinglige rettigheter. Hvem som er den reelle eier av eiendommen vil kunne få stor betydning for andre rettighetshavere.

c) Rt. 2006.391 og Rt. 2006.1089

Sakene gjaldt samme forhold. Et par kjøpte en bolig sammen i Spania. Ved den enes død rettet gjenlevende sameier krav om oppløsning, eventuelt utløsning, av avdøde sameiers arvinger vedrørende en bolig i Spania. Saken var anlagt i Oslo ved dødsboets hjemting. I den første avgjørelsen opphevet kjæremålsutvalget lagmannsrettens kjennelse på grunn av uklare kjennelsesgrunner. Det ble imidlertid uttalt at lagmannsretten hadde bygget på riktig tolkning av Luganokonvensjonens artikkel 16 nr. 1 a) når den la til grunn at et utløsningskrav basert på avtale ikke var en sak om ”tinglige rettigheter”. Avgjørelsen ble begrunnet med at avtalen bare kunne gjøres gjeldende mot arvingene og at den hadde en overveiende personlig karakter.

I Rt. 2006.1089 la retten til grunn at spørsmålet gjaldt hvorvidt vilkårene for oppløsning var tilstede. Det ble fastslått at en oppløsning ville innebære salg av eiendommen.

Kjæremålsutvalget trakk frem rettspraksis fra EF-domstolen for å klargjøre motivene bak bestemmelsen og dens anvendelsesområde.⁷⁸ Det kom til at saken gjaldt en fordring og ikke ”tinglige rettigheter. Avgjørelsen ble delvis begrunnet med at artikkel 16 nr.1 a) er en

⁷⁸ Sak C-518/99 61999O0518 Gaillard mot Chekili [2001] (med videre henvisning til Lieber mot Goebel), Sak C-343/04 62004C0343 Land Oberösterreich mot CEZ [2006], (med vider henvisning til Sanders mot Van der Putte og Reichert mot Dresdner Bank i premissene trukket ut av HR) og Sak C-294/92 61992J0294 Webb mot Webb [1994]

unntaksbestemmelse som ikke skal forstås videre enn formålet tilsier. Bakgrunnen er at den fratar partenes mulighet til å velge verneting. I saken ville anvendelse av eksklusivitetsregelen innebære at den kompetente domstolen lå i Spania, som ikke var hjemting til noen av partene. De prosessøkonomiske hensyn som slutter opp om avgjørelsen må veies opp mot hensynet til god rettspleie og virkningen på tredjemanns rettsstilling.

4.3.2 Praksis fra EF-domstolen

a) Reichert m.fl. mot Dresdner Bank⁷⁹

Spørsmålet gjaldt hvorvidt en bank ved en såkalt Actio Pauliana⁸⁰ kunne oppnå at en avtale om gaveoverdragelse av eiendommen mellom eieren og hans sønn kunne frakjennes virkning i forhold til banken. Omstøtelsessøksmål ble vurdert til å ikke omfattes av artikkel 16 (Avsnitt 11). Saken er ikke direkte relevant for sontringen, men retten fastsetter utgangspunktet for forståelsen av tinglige rettigheter. Det uttales at begrepet ikke omfatter alle saker om rettigheter over fast eiendom men kun de hvor det skal tas stilling til eiendommens utstrekning og bestanddeler, eier og besittelsesforhold eller eksistensen av andre tinglige rettigheter over eiendommen med henblikk på å sikre innehaveren av disse rettigheter beskyttelse av de beføyelser som knytter seg til deres rett.

b) Webb mot Webb⁸¹

En far gikk til sak mot sin sønn vedrørende en eiendom i Frankrike. Faren hadde inngått kjøpekontrakt om eiendom i Frankrike, den ble betalt fra hans konto, men lisensen til utenlandsoverføringen ble utstedt i sønnens navn og det samme gjaldt registreringen av eiendommen. Faren hevdet at sønnen bare satt som trustee (tillitsmannsordning) og at denne skulle idømmes å opprette de nødvendige dokumentene for å overføre atkomsten⁸² til ham. EF-domstolen forsto kravet til å gjelde rettigheter i forhold til sønnen. At faren hevdet å allerede inneha eiendomsretten synes ikke å ha bli tillagt vekt ettersom han ikke

⁷⁹ Sak C-261/90 61990J0261 Reichert m.fl. mot Dresdner Bank [1992]

⁸⁰ Dekningsloven § 5-9 i norsk rett

⁸¹ Sak C-294/92 61992J0294 Webb mot Webb [1994]

⁸² "the legal ownership"

krevde dom for det. Det var således tale om personlige rettigheter og ikke tinglige rettigheter over fast eiendom jf. Art 16 nr. 1 a). Tvister som oppstår i forbindelse med avtaler om salg av fast eiendom synes dermed ikke å falle inn under artikkelen, noe som ble bekreftet i Gaillard mot Chekili.⁸³ Synet bunner nok i det antatte snevre anvendelsesområde for unntaksbestemmelsen. Partene var bosatt i England. Hadde bestemmelsen fått anvendelse ville de måttet føre saken på stedet hvor eiendommen befant seg. Hensynet til at saksøkte skal slippe å måtte reise til et annet land for forsvare seg ville i tilfelle ikke bli godt ivaretatt. Samtidig som behovet for å undersøke forholdene på stedet ikke melder seg i særlig grad når saken gjelder hvordan en avtale mellom partene skal forstås. Saken siktet å avklare hvorvidt faren eller sønnen skulle stå som eier av eiendommen. Etter rettens oppfatning var det imidlertid tale om at motparten skulle tilpliktes å overføre atkomstdokumentene, ikke om hvem som var eier allerede. Eierforholdet vil da bli avklart senere og ikke i saken. Behovet for å undersøke tingbøker og registre fremstår ikke som like presserende i en slik sak. Hjemmelsdokumentet vil i tilfelle bli overført på et senere tidspunkt. Dermed er ikke tredjemenns rettigheter utsatt på samme måte som når saken gjelder hvem som står med eierrådigheten. Saken kan settes opp mot Rt. 2000.654 hvor saksøker krever å være eier allerede. Motparten hevdet at avtalen er proforma. Dersom den hadde blitt ansett som proforma hadde saksøker aldri vært eier. Hadde den derimot blitt betraktet som bindende ville saksøker alltid ha vært eier av en ideell halvpart. Det er i en slik sak viktigere å kunne undersøke de reelle eierforhold enn hvor det er tale om at eiendommen skal overføres.

c) Gaillard mot Chekili⁸⁴

To personer inngikk avtale om overdragelse av en rekke eiendommer beliggende i Frankrike. 10 % av kjøpesummen ble betalt på salgsdagen som depositum. Det ble avtalt at notardokumentet skulle undertegnes innen fire måneder. Da kjøper ikke fikk utferdiget dokumentet gikk selger til sak i Belgia, hvor kjøper var bosatt, med krav om heving og erstatning. EF-domstolen kom til at søksmålet ikke var omfattet av eksklusivitetsregelen i artikkel 16 nr. 1. Beslutningen ble fundert på at kravet om heving av en kjøpekontrakt var

⁸³ Plender, (2001) s. 128

⁸⁴ Sak C-518/99 61999O0518 Gaillard mot Chekili [2001]

basert på en kjøpekontrakt. Ettersom et slikt krav kun kan rettes mot medkontrahenten bygget det på en personlig rett som bare kan få virkning ovenfor denne. Retten bygget også på en uttalelse i Schlosserrapporten som drøfter et slikt ”blandet søksmål” på side 122. Der fremholdes at ”meget taler for, at sådanne søksmål har en sådan overvejende personlig karakter, at Bruxelles-konventionens artikel 16, nr. 1, ikke kan bringes i anvendelse.”⁸⁵ Domstolen vedkjenner at en heving kan få innvirkning på eiendomsretten til den faste eiendom, men finner at dette ikke er avgjørende.

4.3.3 Betydningen av rettspraksis om artikkel 16 nr. 1 a) i Luganokonvensjonen og dens parallelle regelverk for sontringen etter artikkel 4 nr. 3 i Romakonvensjonen

Spørsmålet er om forståelsen av uttrykket ”tinglige rettigheter” etter Luganokonvensjonens artikkel 16 nr. 1 a) og dens parallelle regelverk kan anvendes også for avgrensningen mot kontraktsrettslige rettigheter vedrørende fast eiendom i Romakonvensjonens artikkel 4 nr.3 jf. artikkel 1 nr. 1 og Giuliano/Lagarde-rapporten s. 2.

Romakonvensjonen har som nevnt sitt utspring blant annet i at Brusselkonvensjonen åpnet for flere kompetente verneting i et og samme rettsforhold. Forbindelsen mellom dem tilsier at det kan være relevant å se på tolkningen fra sistnevnte, og å tilse at unødvendige forskjeller oppstår. Det er imidlertid ikke gitt at den samme forståelse kan legges til grunn.

Ordlyden i artikkel 4 nr. 3, ”en ret over fast ejendom, herunder en brugsret” ligger tett opp til artikkel 16 nr. 1 i domstolskonvensjonen som gjelder ”i sager om rettigheder over fast ejendom samt om leje eller forpagtning af fast ejendom”.⁸⁶ I den juridiske teori er flere av den oppfatning at vernetingsbestemmelsen kan få betydning for tolkningen av

⁸⁵ Schlosser-rapporten s. 122 (i dommen)

⁸⁶ Jf. de danske versjoner av Romakonvensjonen og Brusselkonvensjonen. Luganokonvensjonens formulering er identisk, den norske teksten utelater ”forpagtning”, men det er ikke tilsiktet noen realitetsforskjell.

Romakonvensjonens artikkel 4 nr. 3.⁸⁷ Synspunktet er imidlertid ikke uten forbehold.⁸⁸
Særlig Plender uthever forskjellene i uttryksmåte og formål.⁸⁹

I forbindelse med tolkningen tilsier både hensyn til ensartet forståelse og effektiv formålsoppnåelse at tekstene sammenlignes med henblikk til de andre autentiske språkversjonene. Den engelske versjonen av lovvalgskonvensjonen benytter ikke uttrykket ”in rem”, til forskjell fra Brusselkonvensjonen. Ved en sammenligning med de danske, franske og tyske versjonene synes dette imidlertid ikke å innebære at de skal forstås ulikt. Ingen av de ovennevnte operer med en slik forskjell. Det kan heller ikke antas å ligge noen betydningsavvik i at en har benyttet entallsform i Romakonvensjonen, men flertallsform i Brusselkonvensjonen.⁹⁰

Hva gjelder Romakonvensjonens anvendelsesområde har det hittil vært opp til de enkelte lands domstoler å fastslå. Situasjonen kan føre til at ulike fortolkninger legges til grunn i de enkelte land. Ved en eventuell omdannelse til forordning vil EF-domstolen få kompetanse til å behandle saker vedrørende lovvalget på kontraktsrettens område, noe som vil legge forholdene til rette for felles og autonom forståelse. Flere har understreket viktigheten av at anvendelsesområdets minimumsinnhold klarlegges.⁹¹ Grensedragningen mot andre felt har ikke vært ansett like maktpåliggende.⁹² Bakgrunnen er den manglende enhetlige regulering for lovvalg på tilgrensende rettsområder. Argumentet får imidlertid ikke gjennomslag for avgrensningen mot tinglige rettigheter i fast eiendom da det allerede eksisterer en fast regel i alle europeiske land om *lex rei sitae*.⁹³ For øvrig inkludert i utkastet til Roma II.⁹⁴ Særlig hensynet til tredjemenn gjør her at det blir viktigere å trekke grensen.

⁸⁷ Se Phillip, (1994) s. 146, Pålsson, (1998) s. 63 og Plender, (2001) s. 126-131

⁸⁸ Phillip (1994) s. 146 gir uttrykk for at artikkel 16 nr.1 kan få en ”viss vejledende betydning for afgænsningen, Pålsson (1998) s. 63 påpeker at den kan få betydning ”även vid tolkningen av (...) presumtionsregeln”

⁸⁹ Plender, (2001) s. 127

⁹⁰ Plender, (2001) s. 127

⁹¹ Se Phillip, (1994) s. 129 og Pålsson, (1998) s. 33

⁹² Se Phillip, (1994) s. 129 og Pålsson, (1998) s. 33

⁹³ European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, Real Property Law and Procedure in the European Union, General Report, s. 83

⁹⁴ L.c. s. 83

Et moment som kan tale mot å utvide tolkningen av vernetingsregelen til lovvalg er deres ulike funksjoner. Det sentrale må være å sørge for at de interesser som konvensjonene skal ivareta sikres på en effektiv måte.⁹⁵

Lovvalgsreglene har i første rekke til formål å skape forutberegnelighet med hensyn til hvilket lands rett som kommer til anvendelse i en tvist med tilknytning til to eller flere land.⁹⁶ Derigjennom søkes å styrke rettssikkerheten til begge parter, både saksøker og saksøkt.⁹⁷ Jurisdiksjonsreglene er derimot tilvirket med saksøktes interesse særlig for øye, ut i fra et ønske om å fjerne de såkalte eksorbitante verneting.⁹⁸ Formålet er at saksøkte ikke skal bli tvunget til å forholdet seg til et fremmed domstolsystem som ikke har nevneverdig tilknytning til saken. Situsbestemmelsen i artikkel 16 er imidlertid en unntaksbestemmelse. Den er i stor grad basert på prosessøkonomiske hensyn. Domstolen kan undersøke forhold knyttet til eiendommen raskere og mer kostnadseffektivt om den befinner seg på samme sted. EF-domstolen har ved flere anledninger slått fast at artikkelen skal tolkes snevert.⁹⁹ Det samme har blitt lagt til grunn av Høyesterett i blant annet Rt. 2006 s. 1089. Avgjørelsene peker på at regelen fratrukker den muligheten som ellers finnes til å velge forum. Det blir også understreket at den i enkelte tilfeller utpeker et forum som ikke er hjemting for noen av partene, som var situasjonen i Rt. 2002.807.

For lovvalget kommer ikke de samme prosessøkonomiske hensyn inn. Artikkel 4 nr. 3 i Romakonvensjonen gjelder riktignok også et unntak fra hovedregelen, som utpeker loven til landet saken har sin nærmeste tilknytning til jf. artikkel 4 nr. 1. Regelen er imidlertid bare en sterk formodning for at en *avtale* som har som gjenstand tinglige rettigheter i fast eiendom skal reguleres av *lex rei sitae*.¹⁰⁰ Bakgrunnen er delvis behovet til staten for å øve

⁹⁵ Cordero Moss, (2000)b s. 144

⁹⁶ Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 2 punkt 2

⁹⁷ Giuliano/Lagarde-rapporten, s. 2 punkt 2

⁹⁸ Cordero Moss, (2000)b s. 141

⁹⁹ Jf. blant annet Sak C-518/99 61999O0518 Gaillard mot Chekili og Sak C-343/04 62004C0343 Land Oberösterreich mot CEZ

¹⁰⁰ Grønnbok om omdanning av Romakonvensjonen s. 28

kontroll med rådighet over fast eiendom.¹⁰¹ Den legger i så henseende ikke særlige bånd på hva som skal regnes som en tinglig rett. Om noe kan bakgrunnen trekke i retning av en videre anvendelse av begrepet.

Etter Romakonvensjonen gjelder partsautonomien for de obligasjonsrettslige rettigheter vedrørende fast eiendom jf. artikkel 3 sammenholdt med artikkel 4 nr. 3. Regelen bygger i stor grad på hensyn til forutberegnelighet og klarhet. I Rt 2006 s. 391 la som nevnt retten til grunn at et utløsningskrav basert på avtale ikke var en sak om ”tinglige rettigheter”. Det synes naturlig at forholdet anses som obligasjonsrettslig. En slik overenskomst har hovedsakelig virkning mellom partene. Et moment som har vært fremholdt for å anvende *lex rei sitae* på tinglige rettigheter er den nære tilknytning til staten hvis territorie den ligger på. Dersom avtalen om utløsning hadde blitt ansett ugyldig ville det innebåret at eiendommen ble solgt. I så måte gjør hensynet til at staten kan regulere rådighet og rettsstiftelser i fast eiendom seg til dels gjeldende. Som påpekt av Konow er det imidlertid andre mekanismer som kan anvendes for å tilgodese et slikt behov. Hensynet til tredjemenn i en slik sak kommer ikke inn i særlig stor grad.

Det kan anføres at en tredjemann med rettigheter i en fast eiendom risikerer å få sin rettsstilling svekket dersom uklarhet med hensyn til eierforholdet løses i et annet lands domstoler. Delvis gjelder det samme for hvilken lov som får anvendelse på forholdet. Dersom lovvalget blir overlatt til partene kan tredjemanns rettigheter bli påvirket av en lov annen enn denne har forutsatt. Særlig gjelder dette i lys av den utbredte anerkjennelse for betydningen av eiendommens beliggenhet på lovvalget.¹⁰² Dette kan tale for at tolkningen utvides til lovvalg. Saken *Webb mot Webb*¹⁰³ er interessant i så måte. Der var det tale om å overføre atkomst dokumenter til en eiendom. De samme vurderinger som gjorde seg gjeldende om tredjemenns stilling i forbindelse med vernetingsvalget kan sies å få betydning for lovvalget. Hvor eierrettighetene skal overføres på et senere tidspunkt er ikke utenforståendes forventning om at deres rettigheter i eiendommen reguleres av loven på

¹⁰¹ Grønbok om omdanning av Romakonvensjonen s. 28

¹⁰² Plender, (2001) s. 126

¹⁰³ Sak C-294/92 61992J0294 *Webb mot Webb* [1994]

stedet for dens beliggenhet inn i særlig grad. I motsetning til det som var tilfellet i Rt. 2000 s. 654 hvor det var tale om hvem som allerede sto med eierrettigheter.

I lys av det som er sagt om snever tolkning for vernetingsbestemmelsen er det imidlertid grunn til å utvise forsiktighet med å trekke linjer mellom konvensjonene. Dersom begrepet tinglige rettigheter tolkes snevert vil tredjemanns rettigheter i større grad være underlagt den lov partene har valgt. I så tilfelle vil det vanskeliggjøre tredjemanns mulighet til å vurdere sin egen rettsstilling.

I en dom avsagt av EF-domstolen, Land Oberösterreich mot CEZ om artikkel 16 nr. 1 a)¹⁰⁴ påpekes sammenhengen mellom lovvalgsregler og vernetingsregler i avsnitt 29.

”Hva navnlig angår sager om rettigheter over fast ejendom skal de sædvanligvis pådømmes efter reglene i den stat, hvor ejendommen er beliggende, og sådanne sager kræver ofte efterprøvelser, forespørgsler og syns- og skønsforretninger, som nødvendigvis må afholdes på stedet, hvorfor anerkendelsen af en eksklusiv kompetence for retten på det sted, hvor den faste ejendom er beliggende, som henset til nærheden bedst er i stand til at skaffe sig kendskab til de faktiske forhold, modsvarer de krav, som hensynet til en ordnet rettspleje kræver (jf. bl.a. Sanders-dommen, præmis 13, og dommen i sagen Reichert og Kokler, præmis 10).”

Rettsens uttalelser her indikerer at bestemmelsene ligger tett opp til hverandre med hensyn til anvendelsesområde. I grønnboken vedrørende omdanning av Romakonvensjonen til forordning er det lagt opp til at presumsjonen skal omgjøres til en fast regel og oppstilles et unntak for korttidsleie. Strukturen på regelverkene vil da være enda mer sammenlignbar. Det bør imidlertid bemerkes at avgjørelsen ikke trekker opp en nødvendighetssammenheng mellom dem. Felles anvendelse antas hvor hensynet til rettergangen tilsier at lokale undersøkelser er nødvendig. Som nevnt skal vernetingsregelen ikke tolkes videre enn formålet tilsier. Således er det mulig at en sak anses å gjelde tinglige rettigheter i fast

¹⁰⁴ Sak C-343/04 62004C0343 Land Oberösterreich mot CEZ

eiendom hva gjelder lovvalget, men ikke for hvilken domstol som er kompetent. Så lenge loven som kommer til anvendelse er den samme er det ikke av like stor viktighet hvilken domstol som regulerer forholdet.

Det er med andre ord mulig at tolkningen av bestemmelsen kan utvides til lovvalget, men det er grunn til å tro at begrepet tinglige rettigheter vil forstås noe videre på lovvalgets område.

4.3.4 Hvilket lands regler får anvendelse på tinglige rettigheter i fast eiendom

Tingsrettslige lovkonflikter vedrørende fast eiendom vil i alminnelighet gjelde omstridte eiendomsretter, servitutter eller bruksrettigheter og lignende. De kan også oppstå i forbindelse med grenseendringer eller hvor tilbehør til fast eiendom sendes utenlands til reparasjon.

Mens kontraktsretten har løsørekjøpslovvalgsloven og romakonvensjonen å falle tilbake på, finnes det så godt som ingen skriftlige kilder for lovvalg på tingsrettens område. Reglene på området er i all hovedsak utviklet i juridisk teori. Det er i stor grad trukket veksler på utenlandsk, da særlig nordisk, teori og praksis. Gaarder peker også på to dommer hvor regelen kan ha blitt lagt til grunn.¹⁰⁵

Den norske konfliktregel på området gir anvisning på å anvende loven til landet hvor eiendommen befinner seg, *lex situs*. Regelen regnes som sikker rett.¹⁰⁶ *Situs*, altså beliggenheten, byr ikke på særlige problemer hva angår fast eiendom da dens plassering i utgangspunktet ikke kan endre seg. Teoretisk sett kan det tenkes at en fast eiendom beliggende på leid grunn kan bli flyttet til et annet land og plassert på leid grunn der. En slik situasjon er imidlertid lite praktisk. Regelen fremstår i så måte som forutsigbar.

¹⁰⁵ Gaarder, (2000) s. 283, med henvisninger til Rt. 1924.1181 og RG 1959.162

¹⁰⁶ Gjelsvik, (1936) s. 176, Gaarder (2000) s. 283 og Cordes (1999) s. 332

Det kan tenkes uklarheter i forbindelse med grensetvister. Dersom statsgrensene har endret seg kan det bli spørsmål om eiendommen er underlagt en ny rettsorden. En slik tvist ville imidlertid i realiteten være et grensespørsmål og ikke en egentlig lovkonflikt.

Hvor en eiendom ligger sammenhengende over to tilgrensende land kan det også oppstå tvil om hvordan forholdet skal håndteres. Det var tilfelle i en avgjørelse av EF-domstolen om vernetingsspørsmålet etter Brusselkonvensjonens artikkel 16 nr. 1 a).¹⁰⁷ Saken gjaldt leie av fast eiendom. Retten slo fast at slike saker skal i utgangspunktet deles, og domstolene i de respektive land skal avgjøre saken for de respektive delene som ligger innenfor grensene av deres jurisdiksjon. Det åpnes for enkelte unntak hvor eiendommen er av en slik natur at det blir vanskelig å dele opp saken. Muligens gjelder dette hvor bare en liten, ubetydelig del av eiendommen ligger utenfor et lands grenser. Hvor det er spørsmål om hvilken lov som kommer til anvendelse kan det stille seg annerledes. For enkelte forhold er det mulig å behandle eiendommen som to enheter, en på hver side av grensen. For andre, for eksempel ved overdragelse, kan det bli problematisk å anvende to lover simultant.¹⁰⁸

Med hensyn til begrunnelsen har ulike synspunkt blitt fremmet. Flere forfattere har som nevnt fremhevet statssuvereniteten.¹⁰⁹ Synspunktet baserer seg på at de faste eiendommer befinner seg på statens territorie. Rådighet og rettsstiftelser i disse vil således være underlagt dens herredømme. Anvendelsen av utenlandsk rett på fast eiendom i Norge ville i tilfelle stride mot norsk suverenitet. Gjelsvik mener oppfatningen beror på en misforståelse da det er staten selv som avgjør hvilken rett som skal brukes. Den vil dermed også ha mulighet til å bestemme at rådighet og rettsstiftelser over fast eiendom kan reguleres av fremmed rett.¹¹⁰ Derimot fremholdes statens behov for å øve kontroll med rettshandler over fast eiendom på statens territorium som et gyldig argument for å anvende *lex situs*.¹¹¹ Dette har også blitt påpekt som en hovedbegrunnelse i annen norsk internasjonal privatrettslig

¹⁰⁷ Sak C-158/87 61987J0158 Scherrens mot Maenhout [1988]

¹⁰⁸ Carruthers, (2005) s. 20

¹⁰⁹ Blant annet av Borum, (1968) s. 135

¹¹⁰ Gjelsvik, (1936) s. 177

¹¹¹ Gjelsvik, (1936) s. 177

litteratur.¹¹² Gjelsvik fremhever imidlertid den praktiske side som det sentrale moment. Som han poengterer ville det være upraktisk om utlendinger som eier fast eiendom her i landet skulle stå under sin egen naborett.¹¹³ Gaarder synes ikke å utdype i særlig grad hvorfor regelen om *lex rei sitae* bør anvendes, men henviser til Gjelsviks fremstilling og slutter seg til hans synspunkter. Konow mener henvisningen til praktiske hensyn bidrar lite til å avklare hvorfor situsregelen favoriseres, og peker på at alternative løsninger ikke belyses.¹¹⁴

Situsregelen gjelder også som hovedregel for hvilken domstol som er kompetent. Ved rettsforhold vedrørende fast eiendom vil det som regel være en fordel å kunne anvende den lokale lov og sedvane som er tilpasset de lokale forhold. At domstolen bruker sitt eget lands rett er en hensiktsmessig regel som vil lette saksgangen og forbedre mulighetene til et riktig og rimelig resultat. Hensynet til forutsigbarhet taler også for anvendelse av *lex rei sitae*. Ettersom de tinglige rettigheter i stor grad henvender seg til tredjeparter er det viktig at det er klarhet i hvilken lov som kommer til anvendelse. Uten en regel om *lex rei sitae* ville de reelle eierforhold kunne være mer usikre. Rettighetshaveres stilling ville svekkes om de risikerte å miste eller få nedgradert sine rettigheter over en fast eiendom etter utenlandsk rett. Skulle forholdet blitt regulert av partsautonomien eller nærmeste tilknytning ville kreditorer og andre tredjemenn være prisgitt andres valg av forum eller lov.

Regelen innebærer også fordeler med hensyn til etablering av rettsvern for rettigheter i en eiendom. Dersom eierrådighet skulle avgjøres etter fremmede lover ville registreringen kunne blitt langt mer komplisert og usikkert, og antageligvis en del dyrere.¹¹⁵ Videre er det grunn til å beskytte tredjemenn som akter å tilegne seg rettigheter i en fast eiendom. Uten en regel om *lex rei sitae* risikerer denne at anskaffelsen blir bedømt ugyldig etter fremmed

¹¹² Gaarder, (2000) s. 283, Gjelsvik, (1936) s. 177-178 og Konow, (2006) s. 344

¹¹³ Gjelsvik, (1936) s. 54

¹¹⁴ Konow, (2006) s. 312

¹¹⁵ Carruthers, (2005) s. 195

rett.¹¹⁶ Absolutt forvisning sikrer imidlertid ikke regelen. For gyldigheten av en tinglig rett er det ofte en forutsetning at retten er gyldig også i det innbyrdes forholdet mellom to kontraktsparter. Dersom partsautonomien gjelder også for kontraktsrettslige rettigheter i fast eiendom vil partenes lovvalg kunne innvirke på tredjemanns rett.¹¹⁷ I dansk teori har Lookofsky fremhevet sammenhengen med den relevante sikringsakten, som etter sakens natur bare kan gjennomføres i samsvar med de lokale registreringsregler.¹¹⁸ Nielsen peker på at det bare er myndighetene i staten hvor eiendommen ligger som kan iverksette og gjennomføre eventuelle tvangsfullbyrdelsesskritt vedrørende eiendommen.¹¹⁹

Ifølge Konow er den viktigste grunnen til å opprettholde regelen at den i de fleste tilfeller vil føre til et godt resultat.¹²⁰ For eksempel vil tredjemannskonflikter som regel oppstå der eiendommen befinner seg, det vil da være naturlig å legge loven på stedet til grunn. På den andre side er tingsstatuttet en fast regel som tidvis kan medføre urimelige resultater. I det grenseområdet mellom tinglige og obligasjonsrettslige rettigheter som er beskrevet over kan det være aktuelt å legge vekt på en eventuell lovvalgs klausul. Hvor en befinner seg i randsonen av lovvalgsregelen kan det være aktuelt å benytte partsautonomi eller nærmeste tilknytning som et slag korrektiv.¹²¹ Her bør imidlertid bemerkes at det tradisjonelt sett vært svært lite rom for partshenvisning på tingsrettens område. Som nevnt er det sentralt at partene ikke skal kunne påvirke rettsstillingen til en personkrets som ikke er part i avtalen.

¹¹⁶ Carruthers, (2005) s. 196

¹¹⁷ Nielsen, (1999) s. 156

¹¹⁸ Lookofsky, (2004) s. 121

¹¹⁹ Nielsen, (1997) s. 616

¹²⁰ Konow, (2006) s. 317

¹²¹ Konow, (2006)s. 306

5 Hvilket lands regler får anvendelse på kontraktsrettslige rettigheter i fast eiendom?

5.1 Utgangspunktet om partsautonomi på kontraktsrettens område

Tradisjonelt sett har det hersket mye uklarhet om både gjennomslagskraften og gyldigheten av partenes lovvalg i et kontraktsrettslig forhold.¹²² I senere tid har imidlertid prinsippet om at partene selv kan velge lov fått større gjennomslag, det fremstår i dag klart at partsautonomi er hovedregelen i internasjonale kontrakter.¹²³ At dette gjelder for løsørekjøp følger av kjøpslovvalgsloven av 3. april 1964. Prinsippet er også lovfestet for lovvalg i forsikring, forbrukerkjøp og agenturforhold. Utenfor de lovfestede områdene innen kontraktsretten har Gaarder tatt til orde for at regelen bygges på analogi fra loven av 1964 og Romakonvensjonens artikkel 3 nr. 1.¹²⁴ For øvrig i den juridiske litteraturen synes det å være oppslutning om å se partsautonomien som et utslag av ulovfestet sedvanerett.¹²⁵ Partshenvisning benyttes etter fast praksis i kontraktsforhold og Høyesterett har ved flere anledninger akseptert avtalefunderte lovvalg.¹²⁶

Partsautonomien har gode grunner for seg. Viktigst er kanskje muligheten den gir partene i et kontraktsforhold til å forutberegne sin egen rettsstilling. Hvor partene selv velger rettssystem vil det fremstå som forholdsvis klart hvilke regler som kan få anvendelse på deres forhold. Dette står i motsetning til en annen metode som har stått sterkt på formuesrettens område i norsk internasjonal privatrett, nærmeste tilknytning. Metoden vil belyses nedenfor under kapittel 5.3. Denne tar utgangspunkt i en konkret helhetsvurdering når rettsvisten allerede har oppstått. Hvilket lands lov som kommer til anvendelse vil derfor ofte fremstå som uklart. En kan også se på partenes lovvalg som deres oppfatning av hvor den nærmeste tilknytningen ligger. De kontraherende parter er normalt de best plasserte til å vurdere hvor deres forhold hører hjemme. Dersom det foreligger en

¹²² Bl.a. Gjelsvik (1936) s. 216-217 fremhevet partshenvisningens underordnede stilling i forhold til debitors hjemlands lov

¹²³ Se Moss, (2000)a s. 138 og Gaarder, (2000) s. 242

¹²⁴ Gaarder, (2000) s. 234

¹²⁵ Moss, (2000)a note 14, Konow, (2005) s. 340

¹²⁶ Jf. Rt. 1956 s. 1172 (Ostmarksaken) og Rt. 1982 s. 394

lovvalgsklausul er det mulig forholdet er innordnet etter det valgte landets regler. Å se bort fra denne vil kunne bryte med partenes forventninger og muligens forstyrre balansen i kontraktsforholdet. Det er de som står nærmest til å vurdere hvilke regler som bør regulere deres mellomværende. Det er også fordelaktig at forholdet underkastes en lov. Tidligere var debitors bopel det sentrale tilknytningspunktet i norsk rett.¹²⁷ Stedet for oppfyllelsen har også blitt lagt til grunn, særlig etter tysk rett.¹²⁸ Dersom disse tilknytningspunkter benyttes risikerer en imidlertid at to lover kommer til anvendelse i tilfellet hvor begge parter skal levere hver sin ytelse.¹²⁹ Et slikt torettssystem kan avhjelpest ved å legge hele kontraktsforholdet under loven til den debitors ytelse som er karakteristisk for kontrakten. Romakonvensjonen bygger på et slikt system for den subsidiære tilknytning jamfør artikkel 4 nr. 2. Det kan imidlertid være usikkert hva som skal regnes som den karakteristiske ytelse. Å legge partenes valg til grunn vil nok tilgodese partenes forutberegnelighet på en bedre måte.

Samtidig gir partsautonomien anledning til å avtale seg bort fra ufravikelige regler i loven til landet som ellers ville vært anvendelig. Særlig vil dette kunne gå utover en svakere part som ikke har forutsetninger til å beregne konsekvensene av valget. Slike virkninger er forsøkt unngått gjennom spesifikke lovvalgsregler og internasjonalt preseptoriske regler. Det kan muligens også innvendes mot partsautonomien at den innebærer en slags lovgiverstilling for partene. Dette blir kanskje særlig betenkelig for spørsmål vedrørende fast eiendom tatt i betraktning den påpekte nære tilknytning til staten. På den andre side gjelder partsautonomien for de obligasjonsrettslige sider ved slike forhold, ikke de tinglige. I så måte fremstår ikke knytningen til statsterritoriet påtrengende.

I den såkalte Ostmarksaken fra 1956 mener imidlertid Konow Høyesterett går for langt i å tilkjenne partenes valg av lov virkning.¹³⁰ Lovvalget ble utvidet til også å gjelde for en sildoljefabrikk som ikke var part i avtalen og dermed heller ikke hadde sluttet seg til

¹²⁷ Gjelsvik, (1936) s. 217

¹²⁸ Gaarder, (2000) s. 231

¹²⁹ Gaarder, (2000) s. 233

¹³⁰ Konow, (2006) s. 295-296

lovvalgsklausulen. Hvor man befinner seg i grenseområdet for en lovvalgsregel rekkevidde, er det naturlig å foreta en avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende. At partene har foretatt et lovvalg kan være et moment som taler for anvendelsen av denne lov. For fast eiendom er det særlig yttergrensen av tingsstatuttet hvor dette kan være aktuelt, jamfør sontringen ovenfor mellom tinglig og obligasjonsrettslige rettigheter. Hvor det oppstår tvil om tingsstatuttet får anvendelse på forholdet er det mulig det vil bero på en helhetsvurdering hvilket lands lov som skal benyttes. Samlet bedømmelse av avtalen, hvor forholdet har sitt tyngdepunkt, partenes forventninger og konkret rimelighet er andre argumenter som kan tilsi at partenes valgte rettssystem legges til grunn.¹³¹ Hensynet til tredjemenns forventninger og den sterke tilknytning til landet hvor eiendommen ligger taler for anvendelse av *lex rei sitae*.

En lovvalgsklausuls gjennomslagskraft vil hovedsakelig bestemmes av om partene har avtalefrihet med hensyn til lovvalget.¹³² Kjerneområdet for partsautonomien er hvor rettsreglene i den nasjonale rett er deklarasjonelle. Her vil partene uansett kunne fravike reglene gjennom særskilt regulering i kontrakten. En annen mulighet er å inkorporere et lands regler i kontrakten. I så måte er det liten grunn til å nekte partene å velge lov. Å åpne for at partene selv kan styre lovvalget i slike tilfeller vil også kunne forenkle avtaleinngåelsen. Behovet for å detaljregulere blir mindre hvor interessentene i et internasjonalt kontraktsforhold kan bygge på én lov som begge har tiltro til. I den forbindelse kan også hensynet til omsetningslivet fremheves. For å trekke til seg internasjonale handelspartnere er det ønskelig at Norge ikke har rigide og kompliserte regler som gjør handel her vanskelig tilgjengelig.

Hvor det foreligger preseptoriske regler kan det være større grunn til å begrense partenes rådighet over lovvalget. Dersom lovvalgsklausulen får gjennomslag vil det være mulig å omgå de tvingende reglene ved å velge et lands rett som ikke har de samme bestemmelser. Preseptoriske regler avskjærer imidlertid ikke nødvendigvis at partene kan avtale

¹³¹ Konow, (2006) s. 295

¹³² Konow, (2006) s. 295

regulering etter annen lov. Slike regler er skapt for nasjonale forhold og passer tidvis dårlig til saker med internasjonal tilknytning.¹³³

Hvorvidt partsautonomien får virkning også utenom de deklarasjonelle rettsregler avhenger av hvorvidt den tilkjennes kollisjonsrettslig eller kun materiellrettslig virkning av domstolslandet. Kjøpslovvalgsloven av 1964 anerkjenner partshenvisningens kollisjonsrettslige virkning på sitt område. Konsekvensen er at de internt preseptoriske rettsregler fravikes til fordel for den valgte lov. Det motsatte er følgelig tilfelle om lovvalgsklausulen bare tilstås materiellrettslig virkning. Etter norsk rett har en partshenvisning i utgangspunktet kollisjonsrettslig virkning i internasjonale kontraktsforhold. For løsørekjøp følger dette av lov. Romakonvensjonen slår indirekte fast prinsippet i artikkel 3 nr. 3. Justisdepartementets høringsbrev vedrørende grønnbok om mulige endringer i Romakonvensjonen slår fast at ”rettstilstanden utenfor 1964-lovens anvendelsesområde bør være sammenfallende med det som følger av konvensjonen.”¹³⁴

I denne sammenheng er det imidlertid viktig å huske på at partsautonomi er en konfliktregel, og som sådan fortsatt underlagt *lex foris* internasjonale privatrett.¹³⁵ Den kollisjonsrettslige virkning av partsautonomien begrenses av såkalte internasjonalt preseptoriske regler. Slike regler skal anvendes også hvor en gyldig lovvalgsavtale har blitt inngått. Nasjonale reglers gjennomslagskraft på tross av partshenvisning kan være særskilt regulert, som i forsikringslovvalgslovens § 5. Den kan også bero på en konkret tolkning av bestemmelsen. Rekkevidden av partsautonomien bestemmes også av andre lovvalgsregler som regulerer spesifikke rettsområder. I denne sammenheng har det blitt hevdet at partenes valg av lov ikke kan få gjennomslag i rettsvister vedrørende fast eiendom.¹³⁶

¹³³ Gaarder, (2000) s. 235

¹³⁴ Høringsbrev om Grønnbok [s. 2]

¹³⁵ Moss, (1999) s. 53

¹³⁶ Gaarder, (2000) s. 235

5.2 Unntaksregel for fast eiendom?

Selv om partsautonomien er hovedregelen for tvister om obligasjonsrettslige krav, har det fremstått som uklart om dette også gjelder for fast eiendom. Gaarder synes å legge til grunn en ufravikelig lovvalgsregel som innebærer at *lex rei sitae* kommer til anvendelse i slike forhold.¹³⁷ Oppfatningen synes å bunne i at tilknytningen til norsk rett er såpass sterk at partene ikke bør kunne avtale seg bort fra norsk rett. I den nærmere begrunnelse skriver han at hensynene bak lovvalgsregelen for de tinglige spørsmål kommer inn "(...) langt på vei også når det er spørsmål om rettsforholdet mellom kontraherende parter". Disse hensyn er drøftet over i kapittel 4.3.4. Cordes og Stenseng anser at løsningen er tvilsom, men at *lex rei sitae* trolig bør være det enerådende tilknytningsmoment.¹³⁸ Praktiske betraktninger vil nok kunne tale for anvendelsen av loven til landet hvor eiendommen ligger. Det fremheves også at de faste eiendommer er deler av statsterritoriet. Som sådan bør staten ha herredømme over de rådigheter og rettsstiftelser som stiftes i dem.¹³⁹ Gaarder åpner imidlertid for at partene kan velge lov for eksempelvis misligholdsreglene. Jeg forstår dette dit hen at tingsstatuttet ikke hindrer et materiellrettslig lovvalg, bare det kollisjonsrettslige. Ettersom partene uansett kunne inkorporert et utenlandsk lands misligholdsbeføyelser i sin avtale er dette et naturlig utgangspunkt.

Dommen fra 1924 som ble drøftet i kapittel 4.3 bygger muligens på de samme betraktninger som Gaarder utlegger. Som tidligere nevnt er imidlertid bakgrunnen for rettens avgjørelse så vidt uklar at det er tvilsomt om den kan benyttes i denne sammenheng.

Konow mener det er naturlig å tilkjenne partsautonomien virkning også for obligasjonsrettslige krav i fast eiendom. Hun innvender mot Gaarders oppfatning at staten har andre fremgangsmåter for å regulere rettshandler over fast eiendom enn gjennom en preseptorisk lovvalgsregel.¹⁴⁰ En løsning hvor en kontrakt om fast eiendom underkastes *lex rei sitae* vil kunne bryte med partenes forventninger hvor de har valgt en annen lov.

¹³⁷ Gaarder, (2000) s. 235

¹³⁸ Cordes (1999), s. 337

¹³⁹ Jf. Gaarder, (2000) s. 283

¹⁴⁰ Se Konow, (2006) s. 344

Rettighetens innhold og registreringen av den må riktignok skje etter loven hvor eiendommen befinner seg. Derimot synes det ikke å være noen nødvendighet i at gyldighetsspørsmålet med hensyn til avtalen reguleres av denne loven. I denne sammenheng kan det også være grunn til å legge vekt på at Romakonvensjonen gir rom for kontraktsstatuttet. Artikkel 3 sammenholdt med artikkel 4 nr. 3 må forstås dit hen at partsautonomi også gjelder for avtaler om tinglige retter i fast eiendom. Som uttalt i det norske høringsbrevet om forslaget til omdannelse av Romakonvensjonen til forordning bør det legges stor vekt på dens løsninger også i norsk internasjonal privatrett.¹⁴¹ Synspunktet har støtte hos flere juridiske forfattere.¹⁴² Etersom USA og Sveits også tillater lovvalgsklausuler på området benytter en overveiende stor andel av våre handelspartnere den samme regel. Behovet for ensartede løsninger tilsier således at Norge bør følge det samme system.

Dersom en partshenvisning påberopes er det i første rekke nødvendig å undersøke hvorvidt en lovvalgsavtale er kommet i stand mellom partene. Det igjen medfører et behov for å avgjøre hvilket lands rett som skal avgjøre spørsmålet. Ugyldighet basert på rekkevidden av lovvalgsregelen skal som nevnt vurderes etter lex fori. Andre ugyldighetsgrunner, basert på generell kontraktsrett, vurderes imidlertid etter den valgte lov.¹⁴³

5.3 Hva om partene ikke har valgt lov?

Dersom det ikke foreligger en partshenvisning er det neste skritt å undersøke om andre lovvalgsregler kommer til anvendelse på forholdet. Hvor det ikke grunnlag å bygge på annet er utgangspunktet i norsk rett den såkalte individualiserende metode.¹⁴⁴ Under forutsetning av at tingsstatuttet ikke legges til grunn for de obligasjonsrettslige krav i fast eiendom er det dermed grunn til å tro at spørsmålet vil løses ut i fra den en samlet vurdering av de konkrete forhold i saken. Hensikten er å finne det land rettsforholdet

¹⁴¹ Høringsbrev om Grønnbok [s. 1]

¹⁴² Moss, (2000)a s. 143, Hov, (1998) s. 418, Bull, (1993) s. 40

¹⁴³ Gaarder, (2000) s. 243

¹⁴⁴ Moss, (2000)a s. 143

objektivt sett har sin nærmeste tilknytning til. Metoden er også kalt Irma-Mignon formelen etter dommen hvor den først ble anvendt.

Fremgangsmåten er utviklet i rettspraksis med utgangspunkt i den over nevnte høyesterettsavgjørelse fra 1923.¹⁴⁵ Saken gjaldt to norske skip som kolliderte på den engelske elven Tyne. Spørsmålet var om rederen for det ene skipet var ansvarlig for losens feil. Etter norsk rett forelå ansvar, men ikke etter engelsk. Domstolen slo fast at norsk rett skulle anvendes etter en konkret helhetsvurdering av hvor forholdet hadde sin nærmeste tilknytning. At individualiserende metode også gjelder for kontraktsforhold er slått fast i Rt. 1931 s. 1185 (Thamsdommen). Prinsippet har støtte i den juridiske litteraturen.¹⁴⁶ Den utstrakte bruk av formelen har imidlertid blitt kritisert, hovedsakelig på bakgrunn av dens mangler hva gjelder forutberegnelighet.¹⁴⁷ Tilknytningspunktet kan her bare fastslås retrospektivt. Imidlertid må det anses å ha eksistert fra rettsforholdet ble etablert.¹⁴⁸ Tatt i betraktning situsregelens sterke stilling i fast eiendoms rettsforhold er det sterke grunner til å anta at *lex rei sitae* vil være bestemmende hvor partene ikke har valgt lov. Løsningen må nok anses som usikker i norsk rett.

I lys av den sterke innflytelse Romakonvensjonen antas å ha på rettsforholdet kan det være nærliggende å spørre hvorvidt den gjelder også hvor partene ikke har valgt lov. Som nevnt operer Romakonvensjonen i så tilfelle med en presumsjon for *lex rei sitae* som kan fravikes jf. artiklene 4 nr. 3 og 4 nr. 5. Hvorvidt dens spesifikke utforming også skal gjelde i dette tilfelle er imidlertid ikke klart. Konvensjonens artikkel 4 nr. 3 er en presumsjonsregel til fordel for *lex rei sitae*, som kan fravikes ved nærmere tilknytning til annet land. Konow peker på at det kan synes noe anstrengt ut fra det foreliggende rettskildemateriale å ta inn en presumsjonsregel og samtidig åpne for en annen tilknytning etter modell fra konvensjonen.¹⁴⁹ Etter hennes oppfatning har likevel den norske internasjonale privatrett rom for tilsvarende fleksible løsninger. Eiendommens beliggenhet vil i alle tilfelle være et

¹⁴⁵ Rt. 1923 II s. 59 (Irma-Mignon)

¹⁴⁶ Bl.a. Gaarder, (2000) s. 91-97, Philip, (1976) s. 40-47

¹⁴⁷ Se bl.a. Moss, (1999) s. 48 flg. og Konow, (2006) s. 255

¹⁴⁸ Carruthers, (2005) s. 4

¹⁴⁹ Se Konow, (2006) s. 343

tungtveiende moment ved lovvalget. Problemstillingen vil drøftes nærmere for de enkelte ugyldighetsgrunner.

Som nevnt kan Romakonvensjonens presumsjonsregel i artikkel 4 nr. 3 fravikes om avtalen har en nærmere tilknytning til en annen stat. Artikkel 4 nr. 5 har blitt ansett særlig aktuell for korttidsleie i fast eiendom. For artikkel 16 nr. 1 a) i Brusselkonvensjonen ble spørsmålet reist i saken Rösler mot Rottwinkel.¹⁵⁰ To personer bosatt i England hadde inngått leieavtale om hus i Paris. EF-domstolen fastslo at domstolen i England ikke var kompetent til å avgjøre kravet om kompensasjon og leie selv om det var tale om korttidsleie. Dommen er blitt kritisert, og konvensjonen er senere endret til å unnta kontrakter om leie av kort varighet fra det eksklusive vernetinget. Dette er tatt hensyn til i forslaget til omdanning av Romakonvensjonen til forordning. En lignende løsning kan muligens antas i norsk rett. I et kortvarig leieforhold hvor ingen av partene hvor eiendommen befinner seg i et annet land enn partene har bopel vil trolig tyngdepunktet i forholdet anses å befinne seg i partenes hjemland.

Romakonvensjonens presumsjonsregel i art. 4 nr. 3 om at rettsordenen hvor den faste eiendommen befinner seg regulerer kontrakten ”to the extent that the subject matter of the contract is a right in immovable property or a right to use immovable property”. Dette innebærer at en og samme rettsvist kan bedømmes etter flere lands lover. I utgangspunktet trenger ikke en slik oppstyking by på videre problemer. I enkelte tilfeller risikerer imidlertid delingen av rettsforholdet å bryte med partenes forventninger. At ulike rettssystemer anvendes kan også skape en uoversiktelig situasjon for partene. I verste fall kan det forrykke balansen i avtaleforholdet. Hvor det blir spørsmål om å dele opp kontrakten på en slik måte er det mulig retten vil ty til artikkel 4.5. På den andre side kan hensynet til forutberegnelighet og enhetsløsninger tale for at de faste og klare lovvalgsregler opprettholdes.

¹⁵⁰ Sak C-241/83 61983J0241 Rösler mot Rottwinkel

Forslaget til forordning om lovvalgsregler for kontraktsrettslige forpliktelser innebærer imidlertid en videre endring av dagens artikkel 4 nr. 3 i konvensjonen. Formodningen om *lex rei sitae* i avtaler om tinglige rettigheter i fast eiendom skal ifølge forslaget endres til en fast regel, med unntak for korttidsleie.¹⁵¹ I lys av det som tidligere er sagt om Romakonvensjonens stilling i norsk internasjonal privatrett kan det være grunn til å tro at løsningen vil gjelde også her. Justisdepartementet avventer som nevnt forordningens vedtagelse før en eventuell utarbeidelse av en nasjonal lov.

5.4 Hva gjelder for formkrav?

Formregler er materielle rettsregler som setter opp visse formelle krav som betingelse for gyldigheten av en rettsstiftende disposisjon. Eksempelvis kan det være satt krav til skriftlighet for at en kontrakt skal være gyldig. Norsk rett har i utgangspunktet ingen særlige formkrav. To unntak finnes imidlertid på familieretten og arverettens område. Hovedregelen etter norsk internasjonal privatrett er at spørsmål om formkrav reguleres etter det lands rett hvor avtalen ble inngått.¹⁵² Hva gjelder begrunnelsen er det ofte fremført praktiske hensyn. Ved avtaleinngåelsen fremstår det ofte uklart hvilket lands rett som skal regulere avtalen, noe som kan medføre usikkerhet om hvilke formkrav som gjelder. Konow peker på at formkravene i enkelte land krever medvirkning fra offentlige myndigheter, slik medvirkning vil i praksis tilbys av myndighetene på stedet hvor avtalen inngås.¹⁵³ Formkrav kan også være gitt for å sikre bevis for avtalen. I tilfelle vil det være fordelaktig å anvende retten hvor avtalen er inngått. Ofte vil det imidlertid ikke være mulig å utpeke hvor avtalen er sluttet, for eksempel hvor den inngås per telefon, e-post eller telefaks. Regelen anses dels på dette grunnlag som fakultativ.¹⁵⁴ Sentralt her er hensynet til partenes forventninger, det vil virke urimelig om en avtale anses som ugyldig som en følge av uventede formkrav. Det er således mulig, og tilstrekkelig, å anvende formkravene etter det

¹⁵¹ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpliktelser (Rom I) KOM(2005) 650 endelig s. 16

¹⁵² Jf. Gjelsvik, (1936) s. 110, Cordes, (1999) s. 94 og Gaarder, (2000) s. 284

¹⁵³ Konow, (2006) s. 346

¹⁵⁴ Jf. Gjelsvik, (1936) s. 112, Cordes, (1999) s. 94 og Konow, (2006) s. 347

lands rett som regulerer avtalen.¹⁵⁵ Bakgrunnen for å benytte *lex causae* er at form og innhold ofte henger nært sammen. Utgangspunktet er det samme i Romakonvensjonens artikkel 9 nr. 1-4. I forslaget til den såkalte Roma I oppstilles partenes sedvanlige oppholdssted som et tredje fakultativt tilknytningspunkt for lovvalget med hensyn til formkrav.¹⁵⁶ Justisdepartementets høringsbrev slår fast at hovedregelen for formkrav er den samme i norsk rett som etter konvensjonen.¹⁵⁷ Det kan i så måte være grunn til å legge vekt på eventuell fremtidig rettspraksis fra EF-domstolen om artikkelen.

For avtaler om fast eiendom er det imidlertid oppslutning i norsk doktrin om at *lex rei sitae* skal få anvendelse på spørsmål om formkrav.¹⁵⁸ Sentrale hensyn bak regelen er vern av tredjemann og trygging av kreditten. En slik løsning sikrer en fast regel for spørsmålet om hvilket lands rett som kommer til anvendelse. I hvilken grad den er forutberegnelig er mer usikkert. Romakonvensjonens artikkel 9 nr. 6 oppstiller en lignende regel. Hvor det oppstår spørsmål om formkrav for slike avtaler skal de underkastes eventuelle ufravikelige regler i retten til landet hvor eiendommen ligger, dersom denne lov gjelder uansett i hvilket land avtalen inngås og uansett hvilken lov som ellers skal anvendes på avtalen. Formkravene i *lex rei sitae* må med andre ord være internasjonalt preseptoriske. Bestemmelsen gjelder avtaler om tinglige rettigheter i fast eiendom. Dens anvendelsesområde er det samme som for artikkel 4 nr. 3, og skal gis samme innhold i så henseende.¹⁵⁹ Rettspraksis fra eksklusivitetsbestemmelsene i Lugano- og Brusselregelverkene kan da være relevant.¹⁶⁰ Det antas imidlertid at formkrav sjelden vil være internasjonalt preseptoriske.¹⁶¹ Hvis de ikke er det vil de vanlige lovvalgsregler som følger av artikkel 9 nr. 1-4 få anvendelse. *Lex causae* får i så måte stor betydning også her.¹⁶² Situsregelen vil da i hovedsak fungere bare som en formodningsregel jamfør artikkel 4 nr. 3. Dette vil trolig endre seg noe ettersom

¹⁵⁵ Jf. Gjelsvik, (1936) s. 112, Cordes, (1999) s. 94 og Konow, (2006) s. 347

¹⁵⁶ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) KOM(2005) 650 endelig s. 19

¹⁵⁷ Høringsbrev om grønnbok [s.3]

¹⁵⁸ Jf. Gjelsvik, (1936) s. 113, Cordes, (1999) s. 100, Gaarder, (2000) s. 284 og Konow, (2006) s. 348

¹⁵⁹ Giuliano/Lagarde-rapporten s. 31

¹⁶⁰ Jf. fremstillingen i kapittel 4.3.3.

¹⁶¹ Giuliano/Lagarde-rapporten s. 31

¹⁶² Se Konow, (2006) s. 350

utkastet til forordning som nevnt setter opp en fast regel til fordel for *lex rei sitae* hvor partene ikke har valgt lov.¹⁶³ Hvor det ikke eksisterer internasjonalt preseptoriske formkrav i *lex rei sitae* vil imidlertid avtalen uansett anses som gyldig dersom formkravene i landet hvor avtalen ble inngått er oppfylt.¹⁶⁴ Eventuelt også etter retten i landet til partenes faste bopel dersom utkastet til Roma I blir vedtatt.

I lys av Romkonvensjonens sterke stilling i norsk internasjonal privatrett kan det argumenteres for at lovvalget legges tett opp mot konvensjonens løsning.¹⁶⁵ Spørsmålet som reiser seg er med andre ord om det bør åpnes for at andre, fakultative tilknytningspunkter kan benyttes.

Formkrav ved stiftelse av tinglige rettigheter i fast eiendom oppstilles både av hensyn til partene og til utenforstående. For å avklare om det hviler heftelser på eiendommen kan tredjemenn ha behov for å vite når avtalen er inngått og innholdet av den. Dette kan tale for å anvende bestemmelser om form som oppstilles av landet hvor eiendommen befinner seg. På den andre side er slike hensyn vel ivaretatt for fast eiendom i og med de ulike tinglysnings- og registerordningene som eksisterer på området. Alle europeiske land operer med slike registre av større eller mindre omfang.¹⁶⁶

Derimot kan det være grunn til å vektlegge sammenhengen som ofte foreligger mellom formkrav og rettsvernsbestemmelsene. Etter amerikansk og britisk rett regnes sågar registrering som et formkrav, altså et gyldighetsvilkår mellom partene.¹⁶⁷ Det kan likeledes være en fordel i seg selv å få til en enhetlig bedømmelse av ulike sider ved et forhold. Den faste eiendommens beliggenhet sikrer et fast tilknytningspunkt. Situsregelen kan således utpeke samme lands rett i forhold til ulike typer problemstillinger.¹⁶⁸

¹⁶³ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) KOM(2005) 650 endelig s. 16

¹⁶⁴ Jf. artikkel 9 nr. 1-4

¹⁶⁵ Jf. Høringsbrev om grønbok

¹⁶⁶ European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, Real Property Law and Procedure in the European Union, General Report, s. 27

¹⁶⁷ Konow, (2006) s. 354

¹⁶⁸ Konow, (2006) s. 354

Å kunne fastslå tidspunktet for inngåelsen og innholdet av en avtale vil også være av betydning for partene. Videre har det blitt anført at formkrav kan fungere som et slags hinder som kan bidra til at disposisjonene vurderes nøye i forkant av inngåelsen.¹⁶⁹ I internasjonale avtaler er det imidlertid ikke sikkert at partene forventer anvendelse av formkrav i landet for eiendommens beliggenhet. Det vil trolig komme overraskende på to norske parter at deres muntlige avtale om overdragelse av fast eiendom i Sverige anses som ugyldig som en følge av det svenske krav om skriftlighet i slike kontraktsforhold. Det må formodes at avtalepartene har til hensikt å inngå en gyldig avtale. Hensyn til enhetsløsninger og forutberegnelighet gjør seg gjeldende. I så måte bør også de norske lovvalsreglene kunne utpeke det lands rett som verner om avtalens gyldighet.

¹⁶⁹ Konow, (2006) s. 354

6 Evaluering av lovvalget på fast eiendoms område

Oppgaven har tatt opp spørsmålet om lovvalget for fast eiendom. Som det er kommet frem i fremstillingen finnes det relativt lite veiledning i norske rettskilder på området. Denne situasjonen sammenholdt med de overhengende hensyn om harmonisering og forutberegnelighet taler for at internasjonale løsninger tillegges relativt stor vekt. Spesielt er det grunn til å se hen til Romakonvensjonen i lys av dens vide utbredelse og anvendelsesområde.

Når en skal vurdere lovvalget i forbindelse med rettighetsstiftelser i fast eiendom oppstår gjennomgående et behov for å avklare skillet mellom tinglige og obligasjonsrettslige rettigheter. Sondringen er vanskelig da begrepene ikke er gjensidig utelukkende. Spørsmålet reiser seg ettersom det opereres med ulike lovvalsregler for de to typer rettigheter. I norsk juridisk litteratur har det blitt tatt til orde for å *lex rei sitae* på begge. Romakonvensjonen har en sterk formodning for å anvende situsregelen på avtaler om tinglige rettigheter i fast eiendom. Utgangspunktet er imidlertid partsautonomi. Tatt i betraktning hensynene som gjør seg gjeldende er det grunn til å anta at lovvalg foretatt av partene også godtas i norsk internasjonal privatrett. Ved en eventuell vedtagelse av utkastet til Roma I forordningen vil *lex rei sitae* gjelde som en fast regel dersom partene ikke har valgt lov. En omdanning til forordning vil også innebære at EF-domstolen får kompetanse, noe som blant annet bør bidra til at den over nevnte sontring blir avklart i større grad. Justisdepartementets høringsbrev om grønnboken vedrørende mulige endringer i Romakonvensjonen har lagt til grunn at de norske regler bør legges tett opp til de felleseuropeiske løsninger. Høringsbrevet nevner at det foreligger planer om en kodifisering av de ulovfestede regler om lovvalg på kontraktsrettens område, som i tilfelle vil utarbeides etter lovgivningsarbeidet i EU er sluttført. Det er således grunn til å tro at utviklingen i EU i stor grad vil følges her til lands.

Situsregelen synes god for de tinglige rettigheter idet den som regel ivaretar tredjemenns forventninger til loven som får anvendelse og statens behov for å øve kontroll over

eiendom på dens territorie. For de obligasjonsrettslige rettigheter i fast eiendom er det naturlig at partene er det naturlig at deres eget valg av lov legges til grunn. Den motsatte løsning ville risikere å skuffe partenes forventninger og i verste fall medføre rettighetstap. Hvor avtalen ikke inkluderer en lovvalgsklausul er eiendommens beliggenhet et naturlig tilknytningspunkt som sjelden vil virke overraskende. Regelen virker i så måte klar og forutberegnelig. Det uklare grenseland mellom tinglige og obligasjonsrettslige rettigheter kan imidlertid tidvis gjøre det vanskelig å forutse hvilket lands rett som vil få anvendelse hvor partene har valgt. Forhåpentligvis vil EF-domstolens fortolkningsrett ved en omdanning til forordning bedre på dette. Problemet er nok heller ikke urovekkende stort. I lys av de bakenforliggende hensyn vil nok rettens løsning som regel være den samme som virker naturlig for partene.

7 Litteraturliste

- Alvik Ivar: Lovvalg og jurisdiksjon for ikke-kontraktuelle erstatningskrav, Jussens Venner, 2005 s. 281 - 304
- Bogdan Michael: Svensk internationell privat- og processrätt, 6. utg. Lund 1999.
- Borum O. A., Lovkonflikter, København, 1968
- Bull Henrik, "Lovvalg og verneting innen bank og forsikring", IUSEF nr 9, 1993
- Carruthers Janeen M., The transfer of property in the conflict of laws, Oxford, 2005
- Collins Morris & Collins, The conflict of laws, redigert av Lawrence Collins m.fl., London, 2006
- Cordes Jørg og Laila Stenseng, Hovedlinjer i internasjonal privatrett, Oslo, 1999
- EUI European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, Real Property Law and Procedure in the European Union, General Report (<http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/ProjectRealPropertyLaw.shtml>)
- Falkanger Thor, Tingsrett, Oslo, 2000

- Frantzen Torstein: Den internasjonale privatrettens europeisering. Hvilket rom er det for internordisk internasjonal familierett? Jussens Venner, 2002, s. 73 - 84
- Gaarder Karsten, Gaarders innføring i internasjonal privatrett ved Hans Petter Lundgaard, 3. utgave, 2000
- Gihl Torsten, Den internationella privaträttens historia, Stockholm, 1951
- Gjelsvik Nikolaus, Millomfolkeleg privatrett, 2. utg., Oslo, 1936
- Hagstrøm Viggo, i samarbeid med Magnus Aarbakke, Obligasjonsrett, 2. utg., Oslo, 2003
- Hov Jo, Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo, 1998
- Karlgren Hjalmar, Kortfattad larobok i Internationell privat- och processratt, 4 uppl., Lund 1971
- Konow Berte-Elen Reinertsen, Løsøre pant over landegrenser (Doktoravhandling) Bind I og II, Bergen, 1999
- Konow Berte-Elen Reinertsen, Løsøre pant over landegrenser, Bergen, 2006
- Lookofsky Joseph, International privatret på formuesrettens område, 3. utg. København 2004

- Moss [a] Moss, Giuditta Cordero, Lovvalg i kontraktsforhold - norsk retts Askepott slår tilbake?: Jussens Venner, 2000, s. 132-152
- Moss [b] Moss, Giuditta Cordero, Jurisdiksjon og lovvalg for europeiske kontrakter – noen spørsmål om Lugano- og Brussel- og Romakonvensjonene, Lov og Rett, 2000 s. 131 - 147
- Moss Moss, Guiditta Cordero, International commercial arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules, Oslo, 1999
- Nielsen Nielsen, Peter Arnt, Internasjonal privat og procesret, København, 1997
- Nielsen Nielsen, Peter Arnt, Internasjonal erhvervsret: privat og procesret, København, 1999
- Philip Philip, Allan, Dansk international privat- og procesret, 3. utg., København, 1976
- Philip Philip, Allan, EU-IP, 2. utg., København, 1994
- Plender Plender, Richard og Michael Wilderspin, The european contracts convention, 2. utg., London, 2001
- Pålsson Pålsson, Lennart, Romkonventionen: tillemplig lag for avtalsforpliktelse, Stockholm, 1998, (Instituttet för rättsvetenskaplig forskning, nr. 162)

Ross	Ross, Alf, Om ret og retfærdighed : en indførelse i den analytiske retsfilosofi, København, 1953, s. 228 ff
Schmidt	Schmidt, Torben Svenné, Internasjonal formuerett, 1987
Thue	Internasjonal privatrett, Oslo, 2002

Norsk lovgivning

Lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål

Lov av 31. mai 1918 nr 4 om avtaler

Lov av 3. april 1964 om mellomfolkelege-privatrettslege regler for lausøyrekjøp

Lov av 8. januar 1993 nr. 21 om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker.

Norske forarbeider o.l.

Høringsbrev om lovutkast Høring – Utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuesrettens område, 20. mai 1985
(Ref: Jnr 1450/85 E BN/uwg)

Høringsbrev om Grønnbok Høring – Grønnbok om mulige endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område (Ref: 200206128 EP HCH/IHO/bj)
(<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2003/Horing-Grønnbok-om-mulige-endringer-i-Roma-konvensjonen-19-juni-1980-om-lovvalg-pa-kontraktsrettens-omrade/1.html?id=95803>) (14.04.2007)

Europeisk lovgivning

Brusselkonvensjonen	Bruxelles-konventionen af 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EF-Tidende nr. C 027 af 26/01/1998 s. 0001 – 0027)
Brusselkonvensjonens tolkningsprotokoll	Protocol on the interpretation by the Court of Justice on the Convention of 27.September 1968 on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters”, signert i Luxembourg 3.6.1971 (Official Journal 1990 C 189)
Brusselordningen	Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EF-Tidende L 12 af 16.1.2001, s. 1–23)
Luganokonvensjonen	88/592/EØF: Konvention om Retternes Kompetence og om Fuldbyrdelse af Retsafgørelser i Borgerlige Sager, herunder Handelssager - Udfærdiget i Lugano den 16. september 1988 (EF-Tidende nr. L 319 af 25/11/1988 s. 0009 – 0048)
Romakonvensjonen	Rom-konventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (EF-Tidende nr. C 027 af 26/01/1998 s. 0034-0046)

Konvensjonsrapporter og andre lovforarbeider

- Giuliano-Lagarde rapporten Betænkning om konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser udarbejdet af Mario Giuliano, professor ved universitet i Milano, og Paul Lagarde, professor ved Université de Paris I
(EF-Tidende nr. C 282 af 31/10/1980 s. 0001 – 0050)
- Grønbok Grønbog om omdannelse af Rom-konvensjonen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, til en fællesskabsretsakt med opdatering af dens bestemmelser,
(KOM(2002) 654 endelig)
- Roma I - forslag Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I)
(KOM(2005) 650 endelig - 2005/0261 (COD))

Dommer:

Norske:

- Rt. 1923 II s. 59 (Irma Mignon-dommen)
Rt. 1924 s. 1181 (Nittedalssaken)
Rt. 1931 s. 1185 (Thams-saken)
Rt. 1937 s.888 (Gullklausul-saken)
Rt. 1956 s. 1172 (Ostmarksaken)
Rt. 1957 s. 246 (Turbuss-saken)
Rt. 1995 s. 1415 (Joint Account-dommen)
Rt. 2000 s. 654
Rt. 2002 s.807

Rt. 2006 s. 391

Rt. 2006 s. 1089

RG 1959 s. 162

EF-domstolen:

Sak C-241/83 61983J0241 Rösler mot Rottwinkel [1985]

Sak C-158/87 61987J0158 Scherrens mot Maenhout [1988]

Sak C-294/92 61992J0294 Webb mot Webb [1994]

Sak C-518/99 61999O0518 Gaillard mot Chekili [2001]

Sak C-343/04 62004C0343 Land Oberösterreich mot CEZ [2006]

Uttalelse 1/03 62003V0001 7. februar 2006 ([http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003V0001:DA:HTML)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003V0001:DA:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003V0001:DA:HTML))

