

Partsautonomi som lovvalgsregel i internasjonal privatrett

I hvilken grad kan partene selv velge de rettslige rammene for sin kontrakt?
Spørsmålet om partsautonomi som lovvalgsregel i internasjonal privatrett.

Kandidatnummer: 677

Leveringsfrist: 25. april 2015

Antall ord: 17 612



Innholdsfortegnelse

I Innledning

1 Presentasjon av tematikken i oppgaven.....	4
2 Hva er internasjonal privatrett?.....	4
3 Hva er «lovvalg» og «lovvalgsregler»?.....	5
4 Terminologi og begrepsbruk	7
5 Enkelte avgrensninger.....	8
6 Rettskilder og metodespørsmål.....	8
6.1 Hvor finnes rettskildene?.....	8
6.1.2 Særlig om EU-rettens regelverk og deres betydning for norsk internasjonal privatrett.....	11
6.2 Internasjonal privatrettslig metode (den alminnelig anerkjente internasjonale metode og fra et norsk internasjonalprivatrettslig perspektiv).....	13

II Hoveddel

7 Partsautonomi som lovvalgsregel.....	16
7.1 Utgangspunkt og forholdet til avtalefriheten.....	16
7.2 Hjemmelsgrunnlaget.....	16
7.2.1 Analogisk anvendelse av kjøpslovvalgsloven.....	17
7.2.2 Avtalefrihet som hjemmelsgrunnlag.....	18
7.2.3 Partsautonomi som alminnelig anerkjent internasjonalt prinsipp.....	18
7.2.4 Partsautonomi som et alminnelig prinsipp i norsk rett.....	19
8 Hva kvalifiserer som «lovvalg»?.....	20
8.1 Hovedregelen - Uttrykkelig lovvalg.....	20
8.2 Stilltiende lovvalg.....	20
8.3 Andre henvisninger til fremmed rett.....	21
8.3.1 Vernetingsklausul som lovvalg.....	22
8.3.2 Henvisninger til rettslige mekanismer som tydelig er tilknyttet et bestemt rettssystem.....	22
8.3.3 Kontrakten inneholder klausuler med bestemte rettslige virkninger etter fremmed rett.....	22

8.3.4 «Boilerplate-klausuler» eller bruk av kontraktsformuleringer som er typiske for et bestemt rettssystem.....	23
9 Virkning.....	24
9.1 Skillet mellom kollisjonsrettslig og materiellrettslig virkning.....	24
9.1.2 Kollisjonsrettslig lovvalg.....	25
9.1.3 Materiellrettslig lovvalg.....	25
10 Rekkevidde.....	25
10.1 Utgangspunktet - Virker på kontraktsrettens område.....	25
11 Kvalifikasjon.....	26
11.1 Om fremmede rettsinstitutter.....	26
11.2 Om ukjente kategorier innenfor et rettsområde.....	27
12 Renvoi.....	28
13 Begrensninger i partsautonomien som lovvalgsregel.....	28
13.1 Innledningsvis om begrensninger.....	28
13.2 Tvungne lovvalgsregler.....	29
13.3 Internasjonalt preseptoriske regler.....	30
13.4 Ordre public.....	33
13.4.1 EU-ordre public.....	34
13.4.2 Norsk rettspraksis om ordre public.....	35
13.4.3 Forholdet mellom internasjonalt preseptoriske regler og ordre public.....	36
13.5 «Fraus legis» - Rettsomgåelse i internasjonal privatrett	36
13.5.1 Behovet for en slik omgåelseslære i internasjonal privatrett.....	37
13.6 Krav om «aktverdig interesse».....	38
14 Spesielt om «lex mercatoria» som gjenstand for partenes lovvalg.....	38
14.1 Hva er «lex mercatoria».....	38
14.2 Utviklingen av «lex mercatoria».....	39
14.3 Hvilke problemstillinger reiser valg av «lex mercatoria»?.....	39
14.3.1 «Lex mercatoria» som et materiellrettslig lovvalg.....	40
14.3.2 «Lex mercatoria» som et kollisjonsrettslig lovvalg.....	40

14.4 (Den akademiske) debatten omkring «lex mercatoria» som rettskilde.....	41
III Avslutning	
15 Avsluttende bemerkninger om partsautonomi som lovvalgsregel.....	42
16 Kildehenvisninger.....	44
16.1 Bøker.....	44
16.2 Artikler.....	44
16.3 Norske lover.....	45
16.4 Forarbeider.....	45
16.5 Fremmed rett.....	46
16.6 Norsk rettspraksis.....	46
16.7 Fremmed rettspraksis.....	47
16.8 Nettsider.....	47

Innledning:

1 Presentasjon av tematikken i oppgaven

I internasjonal kontraktspraksis er det lett å sitte igjen med det inntrykket at partene utøver stor rettslig kompetanse til å fastsette kontraktsforholdets juridiske rammer gjennom utformingen av kontrakten og bruk av lovvalgsmekanismer.

For slike kontraktsforhold er det flere ulike rettslige problemstillinger som kan oppstå. Det kan for det første være slik at partene ikke har foretatt noe lovvalg, lovvalget kan være uklart eller ufullstendig eller de kan ha foretatt et indirekte lovvalg gjennom for eksempel mer eller mindre tydelige henvisninger til fremmed rett. Partene kan også ha søkt å gjøre seg helt uavhengig av eksterne rettssystemer gjennom å forsøke å fullstendig regulere alle rettslige sider av sitt rettsforhold i kontrakten slik at det ikke skal gjenstå noe rom eller behov for et bakenforliggende og utfyllende rettssystem.¹ Partene har nødvendigvis ikke fullt ut tatt høyde for alle eventualiteter og spørsmålet blir da hvordan slike «nye» rettslige tvister skal løses ut fra partenes kontraktsforhold. En litt nyere problemstilling i forbindelse med internasjonale kontrakter er hvordan henvisninger til anasjonale rettskilder, såkalt *lex mercatoria*, skal håndteres.

Med disse problemstillingene oppstår spørsmålet: I hvilken grad kan partene selv sette de rettslige rammene for sitt kontraktsforhold? Det er dette som er temaet for oppgaven.

2 Hva er internasjonal privatrett?

Når et rettsforhold har tilknytning til flere land kan det oppstå ulike rettslig problemstillinger. Et hovedspørsmål er hvilket lands rett som skal regulere forholdet dersom det oppstår en tvist. Ulike lands regler kan gi svært forskjellige resultater og dermed være av helt sentral betydning for partenes rettsforhold.

Internasjonal privatrett er hvert lands egne regler om lovvalg, jurisdiksjon og anerkjennelse av fremmede rettsavgjørelser på privatrettens område. Det internasjonale elementet er således ikke knyttet til hvor man finner rettskildene, men til det rettsforholdet som nødvendiggjør et rettsvalg.²

I litteraturen er internasjonal privatrett definert noenlunde på tilsvarende måte. Cordes uttrykker at «Rettsdisiplinen IPR behandler samtlige rettsregler innenfor den nasjonale privatrett, som fra ståstedet til en bestemt iaktaker (først og fremst dommer eller advokat) skal avgjøre hvilken stats rett som skal anvendes på et konkret privatrettslig forhold med relevant tilknytning til utenlandsk rett.»³ Gaarder definerer det på denne måten: «Den internasjonale eller interlegale privatrett er det sett regler som bestemmer hvilket lands rett man skal anvende, når det forhold som

¹ I juridisk teori også referert til som forsøk på å tegne såkalte «self-sufficient contracts».

² Giuditta Cordero-Moss (2013) side 19.

³ Jørg Cordes, Laila Stenseng og Peter Lenda (2010) side 28.

skal bedømmes har en relevant tilknytning til flere rettssystemer, eller, som det har vært uttrykt, når det inneholder fremmede elementer.»⁴

Rettsområdet internasjonal privatrett skiller seg noe fra de øvrige juridiske fagene. Først og fremst fordi internasjonal privatrett på mange måter fortøner seg som et metodefag, ettersom det man forholder seg til er fremgangsmåten for å avgjøre hvilket lands rett som skal legges til grunn for den rettslige problemstillingen og ikke de materielle reglene som faktisk skal avgjøre den. Videre foreligger det i internasjonal privatrett, sammenlignet med øvrig norsk rett, et forholdsvis ganske snevert rettskildebilde og lite rettspraksis.⁵ Dette, sammen med høy grad av relativt ukjent begrepsbruk, gjør internasjonal privatrett til en nokså fremmed fugl innenfor norsk rett. Samtidig er det et rettsområde som vokser i aktualitet i takt med fremveksten av kontrakter med tilknytning til flere enn et lands rettssystem.

3 Hva er «lovvalg» og «lovvalsregler»?

«Lovvalg», eller «rettsvalg», nødvendiggjør seg i de situasjoner der et rettsforhold på en eller annen måte har tilknytning til flere land og dermed flere rettssystemer. Et lovvalg innebærer at man innordner rettsforholdet under et bestemt rettssystem til foretrengsel for alle andre rettssystemer. Lovvalget utpeker med andre ord det rettssystemet der man finner de materielle reglene som skal anvendes på rettsforholdet. Det finnes imidlertid enkelte begrensninger fra dette utgangspunktet.

«Lovvalsregler» er de nærmere reglene for hvordan dette lovvalget skal skje. Lovvalsreglene bygger som regel på bestemte kriterier, ofte kalt tilknytningsfaktorer, som anses som hensiktsmessige for å innordne rettsforholdet under det rettssystemet som er best egnet til å løse den rettslige problemstillingen. Eksempler på lovvalsregler som følger dette mønsteret er lovvalsreglen for kontraktsforpliktelser, nemlig partenes valg eller realdebitors bosted. For tvister knyttet til fast eiendom er typisk tilknytningsfaktoren det landet eiendommen befinner seg i (*lex rei sitae*) og for erstatningsrettslige spørsmål (utenfor kontrakt) er tilknytningsfaktoren typisk der skaden intraff (*lex loci delicti*).

Tilknytningsfaktorene kan være klart definert i en lovfestet lovvalsregel, slik tilfellet for eksempel er i norsk internasjonal privatrett i forbindelse med kontraktsforpliktelser for løsørekjøp, jfr. kjøplovloven § 3.⁶

For de tilfeller der man står ovenfor et rettsforhold uten en uttrykkelig lovfestet lovvalsregel bør tilknytningsfaktoren finnes på grunnlag av en tolkning av de materielle reglene på det aktuelle rettsområde som kan ha relevans i internasjonalprivatrettslig sammenheng, samt de prinsipper og retningslinjer som går igjen og ligger til grunn for den internasjonale privatretten.⁷ Det bør her legges vekt på det viktigste hensynet innen internasjonal privatrett generelt, nemlig forutsigbarheten.

⁴ Gaarder/Lundgaard (2000) side 19.

⁵ Jørg Cordes, Laila Stenseng og Peter Lenda (2010) side 23.

⁶ Lov om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausørekjøp av 3.april 1964 nr. 1.

⁷ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 83.

Hensynet til forutsigbarheten er grunnleggende i den internasjonale privatretten. Ettersom det endelige lovvalget kan ha en helt avgjørende betydning for partenes rettslige posisjon bør det være mulig for partene å forutsi dette forut for kontraktsinngåelsen. I alle tilfeller bør dette være mulig før en tvist eventuelt forfølges rettslig. En part som ikke kan forutsi med stor grad av sikkerhet hvilket lands rett rettsforholdet vil bli underlagt vil ikke kunne gjøre seg opp noen hensiktsmessig vurdering av sin juridiske posisjon og da heller ikke på et fornuftig vis kunne vurdere hvorvidt eventuelle tvister bør søkes løst gjennom rettssystemet eller på annet vis. På denne bakgrunn bør ikke rettsvalget kunne komme som en uforutsett overraskelse på partene, men bør være mulig å identifisere på basis av så objektive kriterier som mulig og ikke være helt overlatt til dommernes skjønn.

Hensynet til forutsigbarhet i internasjonale rettslige relasjoner kan igjen spaltes opp i fire mindre bestanddeler: hensynet til gjensidighet, hensynet til harmonisering, hensynet til konsistens og hensynet til nøytralitet.

Hensynet til gjensidighet tilsier at lovvalget ikke bør påvirkes av mer eller mindre helt tilfeldige omstendigheter ved rettsforholdet. Et eksempel her er at det ikke bør utgjøre noen forskjell om den utpekte retten er domstollandets egen eller en annen. Dersom lovvalgsreglene ikke er universielle, i den forstand at de ikke tar hensyn til om utpekt bakgrunnsrett er domstolens egen eller fremmed rett, kan lovvalget bli både komplisert og uforutsigbart.

Hensynet til harmonisering tilsier at lovvalgsreglene bør utformes slik at det ikke spiller noen rolle hvor søksmålet blir anlagt. Dersom alle rettssystemer bruker de samme tilknytningsfaktorene vil rettsforholdet bli underlagt den samme retten uavhengig av søksmålslandet og problematikken med såkalt «forum shopping»⁸ reduseres. Et eksempel her er den uoverenstemmelse som finnes på selskapsrettens område, der enkelte land opererer med stiftelsesstedet som tilknytningsfaktor, mens andre benytter hovedsete som kriterium. Når denne forskjellen eksisterer vil samme saksforhold kunne underlegges ulike rettssystemer og dermed ulike materielle regler avhengig av søksmålsland. Dette er uheldig for forutsigbarheten.

Hensynet til konsistens i internasjonal privatrett knytter seg til at bakgrunnsretten bør være motsigelsesfri og sammenhengende. Situasjonsbaserte tilknytningskriterier er uheldig for forutsigbarheten. På dette punkt er tysk internasjonal privatrett illustrerende. Etter tysk rett har det tradisjonelt vært slik at det er retten i det landet der selskapet har sitt hovedsete som skal legges til grunn (hovedseteteorien). Når andre land opererer med en annen tilknytningsfaktor, nemlig stiftelsesstedet (stiftelsesteorien), kan ett og samme selskap risikere å måtte forholde seg til kravene i forskjellige lands selskapsrett i ulike sammenhenger. Som selskap risikerer man å havne i en slags limbo mellom to tilknytningsfaktorer. Et selskap stiftet i Tyskland, men med hovedsete i USA vil for tyske domstoler være underlagt amerikansk rett og for amerikanske domstoler, som anvender stiftelsesteorien, være underlagt tysk rett. Dette kan skape uoversiktlige og uforutsigbare situasjoner. I tysk rett er dette løst ved at domstolene tilpasser sin internasjonale privatrett og anvender stiftelsesteorien i

⁸ (Misbruk av) muligheten for saksøker til å anlegge sak ved domstolene i flere land.

slike tilfeller. En ytterligere komplisering av dette bidro EU-domstolen med da den slo fast at hovedseteteorien i enkelte tilfeller kan utgjøre en ulovlig begrensning av etableringsfriheten.⁹ På grunn av dette anvender tyske domstoler nå også stiftelsesteorien ved løsning av tvister innenfor EØS og EU. Hovedsete som tilknytningsfaktor kan dermed ikke anvendes fullt ut i alle situasjoner og lovvalgsregelen er derfor inkonsekvent, noe som er uheldig. At tilknytningskriteriet for selskapsretten er på det rene er i tillegg til å være ønskelig for forutsigbarheten i internasjonale relasjoner også hensiktsmessig rent prosessøkonomisk.

Hensynet til nøytralitet innebærer at tilknytningsfaktorer i størst mulig grad bør være basert på faste og objektive kriterier som innordner rettsforholdet under den retten som anses som mest egnet til å løse rettslige konflikter av denne typen.¹⁰

4 Terminologi og begrepsbruk

Som nevnt er det rettsforholdets objekt, og ikke kildene, som er internasjonalt. Navnet «internasjonal privatrett» er således noe misvisende. I litteraturen er dette diskutert uten at alternative formuleringer har fått tilsvarende oppslutning. Noen av formuleringene som er lansert er «interlegal rett»¹¹, «læren om kollisjonsregler»¹², «kollisjonsregler» etter det engelske begrepet «Conflict of Laws» og det franske «Conflict des lois», og også «lovvalgsregler».¹³ De to sistnevnte benyttes i dag innenfor internasjonal privatrett, men mer som en spesialkategori av regler som hører inn under den internasjonale privatretten og ikke som et slags paraplybegrep for rettsområdet som helhet. De to førstnevnte alternative formuleringene er mer i tråd med et overordnet perspektiv, men har likevel ikke slått an i praksis. En hovedinnvending er at de ikke er helt fullverdige begreper og dermed kan gi et bilde av at rettsområdet er henholdsvis litt videre eller snevrere enn hva som faktisk er tilfellet. Så selv om «internasjonal privatrett» kan sies å være noe misvisende er det like fullt det begrepet som kan sies å ha fått hevd, og som kanskje best illustrerer rettsområdets karakter.

Sammenlignet med øvrige juridiske fag er bruken av latinske begreper fortsatt stor. Der det stort sett har utviklet seg egne norske juridiske termer på andre rettsområder lever fortsatt de latinske begrepene godt i internasjonal privatrettslig terminologi. En årsak til dette er nok nettopp fagets internasjonale karakter. Det er lettere å håndtere et rettsområde som i stor grad flyter over landegrensene dersom det opereres med et fellesspråk aktører fra ulike rettssystemer kan gjenkjenne seg i. En annen årsak er at flere av reglene i den internasjonale privatretten er kommet til gjennom internasjonal juridisk teori. En tredje årsak er at nasjonal rettspraksis om internasjonalt privatrettslige spørsmål den dag i dag er forholdsvis knapp sammenlignet med øvrige rettsområder slik at begreper og terminologi ikke har hatt den samme utvikling eller

⁹ Sak C-208/00 «Überseering» avsnitt 95.

¹⁰ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 83-86.

¹¹ Castberg (1948) s. 37.

¹² Jørg Cordes, Laila Stenseng og Peter Lenda (2010) side 32.

¹³ Gaarder/Lundgaard (2000) side 26.

fornorskning som de rettsområder som har en mer aktiv rolle i rettsapparatet.¹⁴ Det er imidlertid i litteraturen tatt høyde for at en slik bruk av spesialbegreper og latinske termer er med på å gjøre rettsområdet lite tilgjengelig og fjernt.¹⁵

Uavhengig av om en finner den utbredte anvendelsen av latinske ord og uttrykk som nyttig base for en felles forståelse på tvers av rettssystemer eller som en fjern og for akademisk tilnærming til et mer og mer praktisk rettsområde kommer en ikke unna at det foreligger en slik begrepsbruk og at en forståelse av denne er helt nødvendig for å kunne sette seg inn i internasjonal privatrett som rettsområde.

5 Enkelte avgrensninger

Lovvalgsproblematikken i internasjonal privatrett kan gjøres meget omfattende og det er derfor nødvendig å gjøre enkelte avgrensninger for å presist kunne redegjøre for de mest sentrale spørsmålene innenfor rammene satt for denne oppgaven.

For det første er oppgaven avgrenset til å omhandle spørsmål knyttet til lovvalg på kontraktsrettens område. Enkelte andre rettsområder vil bli nevnt, men kortfattet og kun i den grad de belyser eller har sammenheng med spørsmål knyttet til kontrakter. For det andre avgrenses oppgaven positivt til kommersielle aktører. Det er i slike tilfeller partsautonomien har størst relevans. Jeg vil derfor ikke redegjøre inngående for de spesifikke reglene som gjelder for forbrukerkjøp. Videre er det kjøp og salg av løsøre som er hovedfokus, slik at kontrakter vedrørende fast eiendom, selskapsrett, entrepris etc., ikke vil bli viet særlig oppmerksomhet. Hovedfokuset vil naturlig nok ligge på forhold som er dekket av partsautonomien og grensene rundt dette.

Videre er oppgaven avgrenset til å gjelde de tilfeller der partene har foretatt et lovvalg, det være seg direkte eller indirekte, slik at reglene som gjelder i mangel av slikt lovvalg ikke vil drøftes inngående.

6 Rettskilder og metodespørsmål

Til tross for at internasjonal privatrett er en del av hvert lands nasjonale rettssystem og følgelig deler metode og kilder med øvrige rettsområder i rettssystemet har internasjonal privatrett likevel enkelte særtrekk som avspeiles i rettskildene og metoden. Disse særtrekkene vil det redegjøres for i punktene under.

6.1 Hvor finnes rettskildene?

Etter norsk rettskildelære finnes det en rekke ulike kilder som kan ha relevans ved rettsanvendelsen. Et vanlig utgangspunkt er Eckhoffs¹⁶ syv rettskildefaktorer: lovtekst, forarbeider, rettspraksis, sedvane, forvaltningspraksis, rettsoppfatninger og reelle hensyn. Listen er ikke uttømmende og i tillegg kommer blant annet rettskildefaktorer med internasjonale impulser. Dette kan være konkrete

¹⁴ Gaarder/Lundgaard (2000) side 25-26.

¹⁵ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 15.

¹⁶ Torstein Eckhoff (2001).

konvensjoner eller andre regelverk som Norge enten har ratifisert¹⁷ eller er forpliktet av på annet folkerettslig grunnlag.¹⁸ Det kan også være internasjonale retningslinjer eller anbefalinger, såkalt «soft law»¹⁹.

Et særtrekk for internasjonal privatrett er at lovverket ikke er like godt utbygget sammenlignet med en rekke andre rettsområder. Det finnes ingen samlet lovgivning om internasjonalprivatrettslige spørsmål²⁰. Justisdepartementet utformet i 1985 et utkast en generell kodifisering av lovvalgsreglene på formuesrettens område, men forslaget ble aldri kodifisert.²¹ Bakgrunnen var at man avventet arbeidet som forelå på området innenfor EU-retten, spesielt utviklingen av Roma I og Roma II²². Ettersom disse forordningene nå er godt etablerte og danner rammen for lovvalgsregler innen EU, er det i juridisk teori antatt at en kodifisering også bør finne sted innen norsk internasjonal privatrett.²³ Utviklingen av den internasjonale privatretten har satt spor i lovgivningen, selv om den ikke kan sies å holde tritt med den utviklingen som har funnet sted for grenseoverskridende rettsforhold generelt. På bakgrunn av at lovgivningen i internasjonal privatrett ikke anses som fullkomment er det i juridisk teori antatt at de bestemmelsene som finnes vil kunne få analogisk anvendelse på beslektede problemstillinger.²⁴

Et annet særtrekk er at rettspraksis om internasjonal-privatrettslige spørsmål ikke er spesielt omfattende. Sammenlignet med rettspraksis angående nasjonal kontraktsrett, som er svært omfattende både i antall avgjørelser og også hva som er gjenstand for tvisten, er den for internasjonal privatrett svært sparsom. Dette har en klar sammenheng med den aktive rollen voldgiftsinstituttet har fått i internasjonal kontraktspraksis. Voldgiftsrettsavgjørelser blir ikke nødvendigvis publisert i tilsvarende utstrekning som avgjørelser fra det ordinære domstolsapparatet og er på langt nær like tilgjengelig. Muligheten til å unndra tvisten offentligheten er en av hovedårsakene til utbredelsen av denne mekanismen innenfor internasjonale kontraktsforhold. Dette betyr at de avgjørelsene som er tilgjengelig ikke nødvendigvis gir et fullstendig bilde av praksisen på området. Videre er det et alminnelig rettskildemessig svakhetstegn ved voldgiftsavgjørelser at de i stor grad er basert på

¹⁷ Ratifikasjon vil si at en stat forplikter seg til å følge, og dermed blir part til, en folkerettslig (mellomstatlig) avtale. Blaker Strand, Vibeke. (2013, 3. april). Ratifikasjon. I Store norske leksikon. <https://snl.no/ratifikasjon>.

¹⁸ For eksempel alminnelig folkerettslig sedvanerett eller jus cogens (preseptorisk sedvanerett).

¹⁹ Ikke-bindende rettskilder som kan ha varierende gjennomslagskraft ovenfor statene.

²⁰ Gaarder/Lundgaard (2000) side 88.

²¹ Justisdepartementets høringsnotat: «Utkast til interlegale lovvalgsregler på formuerettens område» av 20. mai 1985, Jnr 1450/85 E BN/uwg.

²² Roma I-forordningen om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (2008) og Roma II-forordningen om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt (2007).

²³ «Behov for kodifisering av den internasjonale privatretten». Giuditta Cordero Moss. Lov og Rett nr. 1 (2013).

²⁴ Gaarder/Lundgaard (2000) side 90.

partenes premisser²⁵, og dermed ikke har den samme overføringsverdi som domsavgjørelser kan ha. Når en av de mest sentrale og tungtveiende alminnelige rettskildene ikke gjør seg gjeldende i samme tyngde som ellers innebærer dette i seg selv at rettskildesituasjonen er noe særskilt for internasjonal privatrett. Selv om dette i en viss grad er tilfellet for mange litt nyere rettslige problemstillinger, er det en markert forskjell på grunnlag av at søksmål for de ordinære domstolene ikke er eneste mulighet for en autorativ og formell avgjørelse.

Når lovgivningen og rettspraksis ikke i like stor grad som ellers danner en tilstrekkelig rettskildemessig kontekst blir kilder som kanskje ellers rangeres som sekundære mer fremtredende, i betydningen at de i større grad kan anses som relevante og kan tillegges mer vekt.

Andre særtrekk som gjør seg gjeldende i for rettskildefaktorer i internasjonal privatrett er knyttet til de internasjonale impulsene. Ettersom internasjonal privatrett som rettsdisiplin forholder seg til fremmed rett i større grad enn mange øvrige nasjonale rettsområder, spiller rettskilder med internasjonalt opphav eller utvikling ofte en større rolle ved løsning av rettslige spørsmål knyttet til internasjonale kontrakter. Spesielt gjelder dette der partene i større eller mindre grad har knyttet sitt kontraktsforhold til såkalt anasjonal rett, også kalt «lex mercatoria».²⁶

Når rettskildebildet er slik det er sammenholdt med den internasjonale privatrettens virkeområde, grenseoverskridende rettsforhold, blir det naturlig å se hen til struktur og innhold i fremmed internasjonal privatrett.

Å løfte blikket mot nordiske rettskilder er ikke ukjent i norsk rettskildelære. Spesielt er dette vanlig på områder der det er tradisjon for lovsamarbeid, som for eksempel innenfor kontraktsretten. Innenfor internasjonal privatrett er det imidlertid ikke mye å hente fra våre nordiske naboer. Rettsstrukturen og utviklingen av skreven rett er i stor utstrekning utformet etter samme mønster som vår egen internasjonale privatrett. De innehar derav også tilsvarende svakheter i utforming og utvikling som vårt regelverk på område. Det er med andre ord ikke lett å finne svar på de problemstillinger innenfor internasjonal privatrett der norsk rett kommer til kort. Når nordiske kilder ikke er tilstrekkelig kan man være nødt til å ekspandere til øvrig fremmed rett. Særlig nærliggende er det, på bakgrunn av vår tilknytning gjennom EØS-avtalen²⁷, å se på struktur og løsninger av tilsvarende problemstillinger innenfor den europeiske internasjonale privatretten.

²⁵ Det er partene selv som kan avtale voldgift, som oppnevner dommere og i stor grad bestemmer hvilken materiell rett saken skal underlegges, jfr. lov om voldgift av 14. mai 2004 nr. 25, henholdsvis § 1, § 13 og § 31.

²⁶ Jfr. punkt 14.

²⁷ EØS-avtalen (Det europeiske økonomiske samarbeidsområde) er en avtale mellom EFTA-statene og EU som gir EFTA-statene (Island, Liechtenstein og Norge) tilgang til EUs indre marked. Avtalen ble inngått i 1992 og trådte i kraft i 1994, jfr. Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.

6.1.2 Særlig om EU-rettens betydning for norsk internasjonal privatrett

Innenfor EU er kodifiseringen av internasjonal privatrett kommet lengre på vei. Internasjonal privatrett har vært og er et satsningsområde innenfor EU. Parallellt med det arbeidet som er gjort for å søke å harmonisere den materielle retten i medlemsstatene, er det også satset på en tilsvarende utvikling innenfor den europeiske internasjonale privatretten. Dette skaper en forutsigbarhet både for hvor saken kan anlegges, hvilken bakgrunnsrett som kommer til anvendelse og også innholdet i denne bakgrunnsretten. Den europeiske kodifikasjonen av internasjonalprivatrettslige spørsmål består blant annet av de tre sentrale EU-forordningene Roma I som regulerer lovvalg knyttet til kontraktsforhold, Roma II som gjelder tilsvarende utenfor kontraktsstatuttet og Brussel II om verneting og anerkjennelse av sivile dommer (en videreføring av Brussel I). Gjennom disse forordningene er det oppnådd harmonisering av sentrale deler av den internasjonale privatretten innad i EU.²⁸

Utgangspunktet for disse forordningenes forhold til norsk rett er at de faller utenfor rammene av EØS-avtalen og dermed ikke er rettslig bindende for Norge. Justissamarbeidet er ikke en del av EØS-samarbeidet og dersom de nevnte forordningene skulle hatt tilsvarende virkning hos oss som for medlemsstatene i EU måtte det foreligge en særskilt avtale om dette mellom EU og Norge. Noe slik avtale foreligger ikke for Roma I eller Roma II, men innholdet i Brussel I (forløperen til Brussel II) er gjort til norsk lov gjennom Luganokonvensjonen²⁹ som er inntatt som vedlegg til tvisteloven³⁰.

Selv om forordningene ikke formelt har rettslig virkning i Norge er det flere momenter som peker i retning av at de likevel bør tillegges vekt ved løsning av problemstillinger i norsk internasjonal privatrett.³¹ For det første følger dette allerede av det spinkle rettskildebilde som ellers foreligger i norsk internasjonal privatrett, jfr. ovenfor. For det andre er det også fra lovgivningshold anført at dette er hensiktsmessig, selv om det ikke har medført en uttrykkelig kodifikasjon av europeisk rett. I det nevnte høringsnotatet tilknyttet utkastet til en lov om kodifisering av lovvalgsreglene uttrykte Justisdepartementet at det «er ønskelig at flest mulig land har sammenfallende lovvalgsregler» og at «EF-konvensjonens regler [Romakonvensjonen, forløperen til Roma I-forordningen] er også på sitt område i det vesentligste sammenfallende med gjeldende norsk rett».³² I forarbeidene til forsikringslovvalgsloven³³ ble det dualistiske utgangspunktet til forordningene gjentatt, men det ble vist til at Norge uavhengig av dette også «ved en rent ensidig innføring av generelle lovvalgsregler på

²⁸ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 22.

²⁹ Konvensjonen er gjennomført i norsk rett ved lov 19. juni 2009 nr. 79 om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen (2007) om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker.

³⁰ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

³¹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 25.

³² Justisdepartementets høringsnotat: «Utkast til interlegale lovvalgsregler på formuerettens område» av 20. mai 1985, Jnr 1450/85 E BN/uwg side 1.

³³ Ot.prp.nr. 72 (1991-1992).

formuerettens område, bør legge seg enda nærmere ordlyden i Romakonvensjonen enn det foreliggende proposisjonsutkast. Dette ville bl.a gjøre det lettere å søke veiledning i de tolkningsuttalelser som EF-domstolen etterhvert vil komme til å avgi om Romakonvensjonen.» I forarbeidene til en endringslov tilknyttet arbeidsmiljøloven av 1977³⁴ skrev departementet at det «I mangel av positive lovreglar eller andre norske rettskilder blir utanlandske rettskilder i stor grad lagde til grunn også i norsk rett. Særleg aktuell er EU-konvensjonen om lovval i kontraktsforhold, den såkalla Romakonvensjonen.». Også i forarbeidene til lov om finansiell sikkerhetsstillelse av 26. mars 2004 nr. 17 gis det uttrykk for at harmonisering er ønskelig i internasjonale rettsrelasjoner fordi «Det er altså to viktige elementer å ta hensyn til; – rettsenhet og forutberegnelighet».³⁵ I forbindelse med at EU-kommisjonens grønnbok til Roma I ble sendt på høring i 2003 skrev Justisdepartementet igjen at det er nærliggende å se hen til løsningen i europeisk internasjonal privatrett. I høringsbrevet stod det at «Justisdepartementet har i lengre tid hatt planer om å se nærmere på en eventuell kodifikasjon av de ulovfestede reglene om lovvalg på kontraktsrettens område. Ut fra behovet for enhetsløsning i saker som har tilknytning til mer enn én rettsorden er det grunn til å legge stor vekt på hvordan spørsmålene er løst i rettssystemer det er naturlig for oss å sammenligne oss med og som i manke tilfeller er den rettsorden saken alternativt bli å løse i henhold til. De løsninger som følger av Roma-konvensjonen vil derfor ha stor betydning for utformingen av norsk rett.»³⁶

For det tredje er det belegg for å si at Høyesterett på bakgrunn av noen nyere avgjørelser har tilsluttet et slikt resonnement. I et utførlig obiter dictum inntatt i Rt. 2009 s. 1537, «Bokhandlerdommen», uttaler førstvoterende at «Norge ikke er bundet av forordningen [Roma II]. I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelsen av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt.»³⁷ Dette er senere bekreftet i Rt. 2011 s. 531 «Krigsforbryterdommen». I denne dommen går Høyesterett i sin formulering av forholdet til EUs lovvalgsregler også noe lenger idet det uttales at «forordningens lovvalgsregel bør anvendes i norsk internasjonal privatrett ut fra hensynet til behovet for rettsenhet med EU.»³⁸ Høyesterett bruker her det sterkere begrepet «bør anvendes» til sammenligning med uttalelsene i «Bokhandlerdommen» om at EUs lovvalgsregler bør legges vekt på i den utstrekning det ikke foreligger avvikende lovregulering i norsk rett.

Betydningen av løsningen innenfor EUs internasjonale privatrett som rettskildefaktor har nær tilknytning til den tilsvarende problemstillingen i forbindelse med betydningen av den alminnelige fremgangsmetoden for rettslige avgjørelser i internasjonal privatrett. Dette vil sammenholdt danne et fullstendig bilde av den betydningen europeisk internasjonal privatrett har for norsk internasjonal privatrett.

³⁴ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) side 15.

³⁵ Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) side 62.

³⁶ Justisdepartementets høringsnotat: «Grønnbok om mulige endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område», 13. juni 2003, 200206128 EP HCH/IHO/bj, side 1.

³⁷ Jfr. avsnitt 34 i dommen.

³⁸ Jfr. avsnitt 46 i dommen.

6.2 Internasjonal privatrettslig metode (den alminnelig anerkjente internasjonale metode og fra et norsk internasjonalprivatrettslig perspektiv)

Det har utviklet seg en alminnelig anerkjent internasjonalprivatrettslig metode. I grove trekk går den ut på at hvert rettsområde har sin lovvalgsregel basert på en bestemt tilknytningsfaktor og at man først innordner saksforholdet under et bestemt rettsområde og så anvender den tilhørende faste lovvalgsregelen. Denne innordningen har i internasjonal privatrettslig kontekst fått betegnelsen «kvalifikasjon»³⁹. Metoden skiller seg ikke vesentlig fra den juridiske metoden vi kjenner her i Norge. Også etter vår metodelære gjelder det å subsumere rettsforholdet under den relevante rettsregelen som er utformet med den hensikt å gi best mulig løsninger for de typetilfeller som faller inn under denne rettsregelens anvendelsesområde.

Noe paradoksalt er det kanskje derfor at den metoden som er blitt benyttet i norsk internasjonal privatrett har visse trekk som synes å avvike både fra den metoden som internasjonalt er alminnelig anerkjent og den ordinære juridiske metoden i norsk rett for øvrig.

Tradisjonelt har norske domstoler i spørsmål om lovvalg benyttet seg av den såkalte «individualiserende metode». Metoden kalles også «Irma Mignon-formelen» etter dommen med samme navn.⁴⁰ Til forskjell fra den andre metoden følger ikke denne mønsteret med generelle regler basert på bestemte typetilfeller, men går i korte trekk ut på å foreta en helhetsvurdering av det konkrete tilfellet og mer eller mindre rent skjønnsmessig fastsette bakgrunnsretten ut fra hvilket land saksforholdet anses å ha sin nærmeste tilknytning til. En slik metode uten faste kriterier og klare retningslinjer for avveiningen mellom ulike faktorer gjør ikke bare valget av bakgrunnsretten uforutsigbart, men skaper rettsavgjørelser med liten eller ingen prejudikatsvirkning for fremtiden.⁴¹ Det er på denne bakgrunn metoden av sine kritikere også har fått det lite flatterende kallenavnet «prinsippløshetens prinsipp».⁴²

I det følgende vil jeg i korte trekk ta for meg utviklingen av norske domstolars fremgangsmåte i internasjonal privatrett. I dommen som dannet utgangspunktet for den individualiserende metode var saksforholdet at to norskeide skip, Irma og Mignon, kolliderte i engelsk farvann og det oppstod en tvist om erstatningsansvaret. Høyesterett fant frem til den alminnelige regelen for lovvalg ved erstatning, nemlig at saken skal avgjøres etter den materielle retten i det landet der skaden inntraff, *lex loci delicti*. I dette tilfellet skulle det dermed være engelsk rett som ble lagt til grunn. Høyesterett kom imidlertid til at norsk rett skulle anvendes, under henvisning til at begge partene var norske og at rettsforhold «fortrinsvis bør bedømmes etter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører

³⁹ Jeg vil ta for meg begrepet «kvalifikasjon» i forbindelse med rekkevidden av partsautonomien under punkt 11.

⁴⁰ Rt. 1923 II s. 58 «Irma Mignon»

⁴¹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 109-110.

⁴² Knoph (2009) side 791.

hjemme». Etter dette ble hovedregelen for den etterfølgende rettspraksis⁴³ at rettsforhold underlegges retten i det landet der det har sin nærmeste tilknytning. En senere kjennelse, «Leros Strength»⁴⁴, er illustrerende for den utviklingen prinsippet om den nærmeste tilknytning fikk i kjølvannet av «Irma Mignon». Saken dreide seg om tvist om riktig verneting i forbindelse med at kypriotisk skip forliste i Nordsjøen og forårsaket betydelig oljeforurensning av kystlinjen ved Karmøy. Staten v/ Miljøverndepartementet reiste erstatningssøksmål mot skipets kypriotiske eier og skipets engelske ansvarsassurandør for utgifter knyttet til oppryddingen. Saken er av betydning for spørsmål knyttet til lovvalg fordi Høyesterett prejudisielt måtte ta stilling til lovvalgsspørsmålet for å avgjøre hvorvidt norske domstoler var riktig verneting.⁴⁵ Lagmannsretten hadde avgjort vernetingssspørsmålet uten å ta stilling til lovvalgsspørsmålet. Dette kritiserte Høyesterett og henviste saken til ny behandling. Samtidig valgte Høyesterett og angi noen generelle bemerkninger til lovvalget; «Ved den nye behandlingen av saken må lovvalget baseres på norsk lovvalgsrett. Med mindre norsk lovgivning eller rettspraksis løser spørsmålet, vil det måtte foretas en vurdering av hva som vil være den mest naturlige og rimelige løsning i valget mellom norsk og engelsk rett. ... Av betydning er momenter som kravets og rettsforholdets karakter og hvilke hensyn som begrunner de norske rettsregler på området. ... Andre momenter av betydning er sakens tilknytning til Norge ved at skadestedet og skadelidte er norsk og til England ved at søksmålet er rettet mot et engelsk forsikringssselskap i henhold til en forsikringspolise som bestemmer at forholdet mellom selskapet og rederiet reguleres av engelsk.»⁴⁶ Høyesterett ga med andre ord uttrykk for en skjønnsmessig helhetsvurdering av rettsforholdet.

En litt annen vinkling kom imidlertid med kjennelsen inntatt i Rt. 2006 s. 1008, «Agentdommen». Saken gjaldt spørsmål om avvisning grunnet uriktig verneting for en tvist om betaling av agentprovisjon mellom en part i Norge og en part i Tyskland. I kjennelsen ga Høyesteretts kjæremålsutvalg uttrykk for at lovvalget burde være gjenstand for en mer objektiv vurdering og henviste til den samme tilknytningsfaktoren som den som var nedfelt i Romakonvensjonen, nemlig retten i det landet der agenten hadde sitt hovedkontor eller driver sin virksomhet fra. En mer markant endring, i retning bort fra den individualiserende metode, kom med «Bokhandlerdommen».⁴⁷ Saken gjaldt spørsmålet om lovvalg i forbindelse med et erstatningskrav for påståtte personvernskrenkelser i en bok. Forfatteren hadde under arbeidet med boken bodd hos en bokhandlerfamilie i Kabul, Afghanistan. Bokhandlerens andre kone var bosatt i Norge og det var hun som hadde fremsatt søksmål. Hun anførte prinsipielt at saken skulle løses etter afghansk rett. I dommen tar Høyesterett avstand fra fremgangsmåten som ble fulgt i den nevnte «Leros Strength» gjennom å gi anvisning på en metode mer forenelig med den som er alminnelig anerkjent i internasjonal praksis. Høyesterett uttaler, under henvisning til

⁴³ Se blant annet Rt. 1931 s. 1185 «Thamsdommen» og Rt. 1957 s. 246 «Turbussdommen».

⁴⁴ Rt. 2002 s. 180

⁴⁵ Mer presist var det underliggende vernetingssspørsmålet knyttet til om staten kunne reise direkte søksmål mot assurandøren, fordi dette var forutsetningen for verneting etter den dagjeldende Luganokonvensjonen art. 10(2).

⁴⁶ Rt. 2002 s. 180 side 186 flg.

⁴⁷ Rt. 2009 s. 1537.

standarden «hva som vil være den mest naturlige og rimelige løsning», at dette er en noe uheldig formulering ettersom den ikke skiller mellom alminnelige lovvalgsregler og internasjonalt preseptoriske regler. «Dersom en nasjonal rettsreglen blir ansett internasjonalt direkte anvendelig, og således griper inn i de alminnelige rettsvalgsreglene, skal saksforholdet for øvrig bedømmes etter det lands rett som de alminnelige rettsvalgsreglene utpeker.»⁴⁸ Med dette gir Høyesterett uttrykk for at man ikke kan gå direkte på vurderingen av hvilken lands rett som saken antas å ha sin nærmeste tilknytning til, og i alle fall ikke hoppe bukk over lovvalget og anvende nasjonal rett på hele saksforholdet basert på at fremmed rett ikke er like nær tilknyttet eller ikke inneholder tilsvarende reguleringer som den norske. Først etter at bakgrunnsretten er utpekt kan det bli tale om å gripe inn i denne gjennom internasjonalt preseptoriske regler. Denne mer objektive fremgangsmåten, basert på faste tilknytningskriterioer, er også benyttet i «Krigsforbryterdommen».

Etter utviklingen, både i lovgivningen og rettspraksis, kan det ikke lenger være gjeldende rett at den individualiserende metode automatisk går foran en mer systematisk og objektiv tilnærming av lovvalgsspørsmålet.⁴⁹ Utviklingen har definitivt gått i retning av den modellen som finnes innenfor europeisk internasjonal privatrett. Men Høyesterett har på ingen måte definitivt forkastet læren om den nærmeste tilknytning og det kommer nok heller aldri til å skje, hvertfall ikke i form av et bombastisk brudd med tidligere rettspraksis. Senest i 2013 ble det avsagt en dom i Eidsivating lagmannsrett som direkte henviste til løsningen om den nærmeste tilknytning basert på fremgangsmåten i «Irma Mignon».⁵⁰

Når det likevel kan sies å ha skjedd en utvikling blir spørsmålet hvordan disse to ulike fremgangsmåtene lever med hverandre? Til det kan det sies at selv om metodene innebærer to ulike fremgangsmåter er det ikke nødvendigvis slik at de ikke kan gi de samme resultatene. Både den individualiserende metode og de faste lovvalgsreglene bygger på presumpsjonen om at et rettsforhold bør underlegges den retten det har sin nærmeste tilknytning til. Ulikheten beror først og fremst på veien til dette valget. Mens den individualiserende metode tilstreber å finne frem til retten med nærmest tilknytning gjennom en saksspesifikk helhetsvurdering basert på skjønn oppstiller metoden med faste lovvalgsregler løsninger basert på faste tilknytningskriterier som anses som hensiktsmessige for bestemte typetilfeller. Hva som anses som hensiktsmessig ut fra typetilfeller er ofte sammenfallende med hva domstolen ville ha kommet frem til ut fra en helhetsvurdering av det konkrete rettsforholdet. En viktig forskjell på de to metodiske fremgangsmåtene er likevel at den som følger strukturen med faste tilknytningskriterier basert på typetilfeller i større grad er egnet til å ivareta to sentrale aspekter av internasjonal privatrett, nemlig hensynet til harmonisering av internasjonal-privatrettslige systemer og hensynet til forutsigbarhet i internasjonale rettsforhold.

⁴⁸ Jfr. avsnitt 38.

⁴⁹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 89.

⁵⁰ LE-2013-041043 «SAS-dommen»

II Hoveddel

7 Partsautonomi som lovvalgsregel

7.1 Utgangspunkt og forholdet til avtalefriheten

Den klare hovedregel i norsk internasjonal privatrett er at partene som utgangspunkt har full avtalefrihet med hensyn til lovvalget i kontrakter⁵¹, det vil si at partene selv kan velge hvilken rett de vil skal regulere deres kontraktsforhold. Partsautonomi som lovvalgsregel er noe mer enn frihet til å velge å inngå rettslige forpliktelser eller til å avstå fra å gjøre det.⁵² Når partsautonomien virker som lovvalgsregel har den som funksjon å utpeke bakgrunnsretten for partenes rettsforhold. Avtalefriheten er regulert innenfor det enkelte rettssystemet, mens partsautonomien som lovvalgsregel virker utenfra og inn ettersom den utpeker hvilket rettssystem som skal anvendes. Hos oss er for eksempel en rekke helt sentrale bestemmelser om avtaleretten nedfelt i lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (avtaleloven). I denne finnes blant annet generalklausulen om lemping av urimelige avtalevilkår, jfr. § 36, som har preseptorisk virkning og dermed legger bånd på avtalefriheten. Partsautonomi som lovvalgsregel innebærer at dersom partene har valgt en annen bakgrunnsrett enn den norske fortreges også de preseptoriske bestemmelsene i norsk rett, slik som f.eks avtl. § 36. Partsautonomi som lovvalgsregel i internasjonal privatrett har med andre ord andre rettslige virkninger enn den kontraktsrettslige avtalefriheten.

7.2 Hjemmelsgrunnlag for partsautonomi som lovvalgsregel

Lovvalgsreglene knyttet til kontraktsforhold i norsk internasjonal privatrett er i all hovedsak ulovfestet og det finnes ingen eksplisitt generell kodifisering av partsautonomien som lovvalgsregel. Men det finnes en del spredte enkeltbestemmelser som gir partene anledning til å selv velge bakgrunnsretten for sitt kontraktsforhold. Klare eksempler på dette gir kjøpslovvalgsloven § 3⁵³ og forsikringslovvalgsloven § 9a⁵⁴. Men partsautonomi som lovvalgsregel er også forutsatt for bestemmelsene i forbrukerkjøpsloven § 3⁵⁵, idet loven bare begrenser partenes valg av bakgrunnsrett i den grad dette vil svekke forbrukerens rettsstilling sammenlignet med vernet etter forbrukerkjøpsloven. Partsautonomi som

⁵¹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 204.

⁵² Slik partsautonomi fungerer som uttrykk for avtalefrihet i kontraktretten.

⁵³ Lov om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp av 3.april 1964 nr. 1 § 3.

⁵⁴ Lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr. 111 § 9a.

⁵⁵ Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34 § 3.

lovvalgsregel er også forutsatt for agenturloven § 3⁵⁶, finansavtaleloven § 2 og § 3⁵⁷, angrerettloven § 5⁵⁸, timeshareloven § 3 og § 4⁵⁹ og avtaleloven § 37⁶⁰.

Samlet sett gir disse bestemmelsene et relativt solid forankringspunkt for å hevde partsautonomi som generell lovvalgsregel. Men de nevnte enkeltbestemmelsene knytter seg spesifikt til de øvrige bestemmelsene i sine respektive lover og har dermed begrenset anvendelsesområde på generell basis.

Uavhengig av dette gjelder regelen om partsautonomi som utgangspunkt for kontraktsforpliktelser i norsk internasjonal privatrett også utenfor disse lovregulerte tilfellene. Det er i juridisk teori diskutert flere mulige hjemler for en ulovfestet generell regel om partsautonomi som lovvalgsregel. Jeg vil i det følgende ta for meg hver av disse potensielle hjemlene.⁶¹

7.2.1 Analogisk anvendelse av partsautonomien hjemlet i kjøpslovvalgsloven

En analogisk rettsanvendelse betyr at rettsregelen blir anvendt på en situasjon som ikke går direkte inn under ordlyden, men som har så mye til felles med den at man anser det som riktig at de behandles likt. Bruk av analogi er et utslag av grunnsetningen om at like tilfeller bør behandles likt og gir uttrykk for en tendens i retning av å oppnå harmoni og sammenheng i rettssystemet.⁶²

For forholdet mellom bestemmelsen i kjøpslovvalgsloven og partsautonomi som ulovfestet lovvalgsregel betyr dette at man anser det som hensiktsmessig at disse to behandles tilnærmet likt i rettssystemet og tilskrives de samme rettslige egenskapene i kraft av å være nært beslektet med hverandre.

Men en analogisk anvendelse av kjøpslovvalgslovens bestemmelser om partsautonomi som hjemmel for en tilsvarende regel på ulovfestet grunnlag vil være underlagt de samme rettslige begrensninger som partsautonomien etter kjøpslovvalgsloven § 3. Dette vil innebære blant annet at det stilles strengere krav til hva som kvalifiserer som et stilltiende lovvalg⁶³, ettersom det foreligger en høyere terskel for dette etter kjøpslovvalgsloven enn hva som er alminnelig antatt å gjelde for kontraktsretten generelt.⁶⁴ Dersom partenes lovvalg i kraft av partsautonomien for alle typer kontrakter skulle være underlagt de samme begrensningene som etter

⁵⁶ Lov om handelsagenter og handelsreisene av 19. juni 1992 nr. 56 § 3.

⁵⁷ Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr. 46 § 2 og § 3.

⁵⁸ Lov om opplysningsplikt og angrerett m.v. ved fjernslag og salg utenom faste forretningslokaler av 20. juni 2014 nr. 27 § 3.

⁵⁹ Lov om avtaler om deltidsbruksrett og lagtidsferieprodukter m.v. av 25. mai 2012 nr. 27 § 3 og § 4.

⁶⁰ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 § 37.

⁶¹ «Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske reger» av Giuditta Cordero Moss inntatt i Tidsskrift for Rettsvitenskap (2007/5)

⁶² Falkanger, Thor. (2009, 14. februar). Analogi: jus. I Store norske leksikon. Hentet 10. februar 2015 fra <https://snl.no/analogi%2Fjus>.

⁶³ Jfr. punkt 8 om hva som kvalifiserer som «lovvalg».

⁶⁴ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 204-205.

kjøpslovvalgsloven § 3 ville dette føre til resultater som ikke fullt ut samsvarer med partsautonomiens virkninger. Etter dette kan med andre ord ikke partsautonomi som en generell ulovfestet lovvalgsregel hjemles etter en analogi fra kjøpslovvalgsloven.

En grunn til at denne løsningen ved første øyekast virker nærliggende er nok at bestemmelsen inntatt i kjøpslovvalgsloven lenge figurerte som den eneste lovfestede bestemmelsen om partsautonomi. Men som nevnt innledningsvis finnes det nå en rekke enkeltbestemmelser rundt om i lovverket som klart eller forutsetningsvis hjemler partsautonomi som lovvalgsregel. Å basere en ulovfestet regel på analogi fra kjøpslovvalgsloven alene er dermed ikke lenger like nærliggende.

7.2.2 Avtalefrihet som hjemmel for partsautonomi

Det er videre blitt anført at den alminnelige avtalefriheten i kontraktsretten kan hjemle partsautonomi som generell lovvalgsregel. Et slikt perspektiv vil imidlertid frarøve lovvalgsregelen sin kollisjonsrettslige virkning og kan dermed ikke hjemle den internasjonalprivatrettslige siden av partsautonomien. Dersom partsautonomien sees på som et uttrykk for den alminnelige avtalefriheten vil den, i likhet med problemene knyttet til analogisk anvendelse av kjøpslovvalgsloven, være underlagt de samme begrensningene som den interne retten pålegger avtalefriheten. Dette vil innebære at lovvalget ikke kan fravike preseptorisk rett og at det dermed kun virker supplerende, det vil si at lovvalget kun har materiellrettslig virkning. Partsautonomien som lovvalgsregel i internasjonal privatrett kjennetegnes ved at den har kollisjonsrettslig virkning og at den dermed medfører at rettsforholdet underlegges den valgte retten i sin helhet og at andre rettssystemers bestemmelser, også de preseptoriske, ikke kommer til anvendelse.⁶⁵

Jeg vil komme tilbake til skillet mellom kollisjonsrettslig og materiellrettslig virkning under punktet om lovvalgsregelens virkninger senere i oppgaveteksten.⁶⁶

Kontraktsrettens alminnelige avtalefrihet kan på denne bakgrunn ikke hjemle en ulovfestet regel om partsautonomi som lovvalgsregel ettersom den hører hjemme i den internasjonale privatretten og har kollisjonsrettslig virkning, i motsetning til avtalefrihetens materiellrettslige.

7.2.3 Partautonomi hjemlet som alminnelig anerkjent internasjonalt prinsipp

En annen vinkling på hjemmelsproblematikken er å anse partsautnomien som ulovfestet generell lovvalgsregel i kontraktsretten basert på en analyse av flere lands internasjonale privatrett. De fleste land anerkjenner nettopp partenes rett til å velge hvilken rett som skal regulere deres kontraktsforhold. Dermed kan det hevdes at partsautonomi som lovvalgsregel er utslag av et alminnelig anerkjent internasjonalt prinsipp for internasjonal privatrett.⁶⁷

⁶⁵ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 205-206.

⁶⁶ Jfr. punkt 9 i oppgaveteksten.

⁶⁷ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 206.

Problemet med denne vinklingen er at selv om de fleste land anerkjenner at partene kan foreta et lovvalg, så er den nærmere utformingen og reguleringen av partsautonomi som lovvalgsregel forskjellig. Ulikhetene knytter seg til helt sentrale elementer ved partsautonomien, som for eksempel forutsetningene for å utøve partsautonomien, lovvalgets rekkevidde, lovvalgets virkninger og formkrav.⁶⁸

Når den nærmere utformingen av partsautonomi som lovvalgsregel varierer slik er det vanskelig å oppstille en enhetlig universiell regel som hjemler partsautonomien i form av å være et alminnelig anerkjent internasjonalt privatrettslig prinsipp.

7.2.4 Partsautonomi hjemlet som et alminnelig prinsipp i norsk rett

Det potensielle hjemmelsgrunnlaget som i juridisk teori er ansett å ha mest for seg er det å anse partsautonomi som lovvalgsregel for et ulovfestet prinsipp i norsk internasjonal privatrett.⁶⁹

På denne måten slipper man unna de problemene som oppstår ved ulike lands forskjeller i utforming av prinsippet og det lar seg lettere gjøre å utforme et allment prinsipp innenfor norsk internasjonal privatrett. Reglene knyttet til lovvalg, verneing og anerkjennelse av fremmede rettsavgjørelser er jo det som samlet utgjør internasjonal privatrett og som er en del av den nasjonale retten.

Når rettskildebilde generelt er relativt spinkelt i internasjonal privatrett sammenlignet med øvrige rettsområder blir kilder som kanskje ikke ellers tillegges større vekt mer fremtredende. Dette, kombinert med det internasjonale samfunn mye av norsk internasjonal privatrett har sitt opphav i eller hentet inspirasjon fra, gjør det naturlig å rette blikket utover til andre lands internasjonal privatrett. For kontraktsrettens vedkommende vil det være naturlig å se på hvordan spesielt de andre nordiske landene har gjort dette ettersom blant annet mye av kontraktrettslovgivningen har sterke fellestrekk og rettskulturen ellers også er relativt likeartet.

I forlengelsen av dette er det naturlig å ta til etterretning hvordan partsautonomien tolkes innenfor EU-internasjonal privatrett. Hvorfor, og i hvilken utstrekning, EU-internasjonal privatrett er relevant for partsautonomien i norsk internasjonal privatrett er det gjort rede for tidligere i oppgaven.⁷⁰ En slik linje er også anført som hensiktsmessig av Justisdepartementet i sitt høringsbrev rundt grønnboken til Roma I.⁷¹ Det er på denne bakgrunn av interesse hvordan partsautonomien tolkes etter Roma I. Etter Roma I artikkel 3 er hovedregelen at «En aftale er underlagt den lov, som parterne har vedtaget. Lovvalget skal være udtrykkeligt eller klart fremgå af aftalens bestemmelser eller omstændighederne i øvrigt».⁷² I mangel av slikt lovvalg

⁶⁸ «Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske reger» av Giuditta Cordero Moss inntatt i Tidsskrift for Rettsvitenskap (2007/5) side 683-684.

⁶⁹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 207.

⁷⁰ Jfr. punkt 6.

⁷¹ Justisdepartementets høringsnotat - «Grønnbok om mulig endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktrettens område» av 13. juni 2003 side 1.

⁷² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1428858225732&uri=CELEX:32008R0593>

reguleres spørsmålet om bakgrunnsretten av artikkel 4 som i bokstav a underlegger kontraktsforholdet retten i det landet der «sælger har sit sædvanlige opholdssted». Det neste spørsmålet blir følgelig hva som skal til for at partene kan sies å ha foretatt seg et rettmessig lovvalg.

8 Hva kvalifiserer som et «lovvalg»?

Tidligere i oppgaven avgrenset jeg drøftelsen til de tilfeller der partene har foretatt seg et lovvalg. Bare der det foreligger et legitimt valg av rett foretatt av partene vil det være tale om anvendelse av partsautonomien (som lovvalgsregel). En underliggende problemstilling blir således hva som skal til for at partene har foretatt et slikt lovvalg.

8.1 Hovedregelen - Utrykkelig lovvalg

Hovedregelen er at partene kan velge hvilken rett som skal regulere deres kontraktsforhold, og at dette valget skal foretas uttrykkelig.⁷³ Dette er kommet til uttrykk i kjøpslovvalgsloven § 3, jfr. «med reine ord», og i Roma I art. 3.1, jfr. «lovvalget skal være uttrykkelig».

Utrykkelig er for eksempel lovvalget der partene har inntatt en lovvalgs klausul i sin kontrakt. Men lovvalget trenger ikke være skriftlig for å kvalifisere som uttrykkelig. Et muntlig lovvalg reiser andre bevismessige problemstillinger ved en eventuell tvist om lovvalget, men er like fullt uttrykkelig i lovens forstand.

8.2 Stilltiende lovvalg

Dersom partene ikke har kontrahert et uttrykkelig lovvalg, kan det likevel under visse forutsetninger antas at det foreligger et stilltiende lovvalg mellom partene.⁷⁴ Dette er forutsatt i kjøpslovvalgsloven § 3, jfr. «...eller som på annen måte går klart fram av avtalen», og i Roma I art. 3.1 er det formulert slik: «...fremgå klart af kontraktens bestemmelser eller omstændighederne i øvrigt». Sistnevnte er mer lempelig enn bestemmelsen etter kjøpslovvalgsloven. Kjøpslovvalgsloven krever at lovvalget er underforstått ut fra kontrakten, mens Roma I henviser også til at øvrige omstendigheter rundt partenes kontraktsforhold kan kvalifisere som et stilltiende lovvalg. Som nevnt tidligere i oppgaveteksten⁷⁵ antas ikke kjøpslovvalgslovens begrensninger å gjelde utenfor lovens anvendelsesområde.

Ettersom harmoniseringshensynet tilsier at norsk internasjonal privatrett bør vektlegge forståelsen av partsautonomien i europeisk internasjonal privatrett⁷⁶, blir det et underliggende spørsmål hvordan man etter denne forstår rammene for stilltiende samtykke angående lovvalg.

⁷³ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 207-208.

⁷⁴ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 208 flg.

⁷⁵ Jfr. punkt 7.2.

⁷⁶ Jfr. punkt 6.

Roma I åpner for å anse lovvalg som foretatt dersom det er rimelig sikkert at partene har ment å gjøre dette. Det klareste holdepunktet for et slikt standpunkt finnes i «Giuliano-Lagarde-rapporten»⁷⁷, som selv om den er laget i forbindelse med Romakonvensjonen likevel er av stor betydning for den etterfølgende Roma I-forordningen. I rapporten uttrykkes det at «The choice of law by the parties will often be express but the Convention recognizes the possibility that the Court may, in the light of all the facts, find that the parties have made a real choice of law although this is not expressly stated in the contract».⁷⁸ Rapporten oppstiller imidlertid en nedre grense for domstolenes adgang til å innfortolke et lovvalg i partenes kontraktsforhold. Grensen går ved såkalte hypotetiske lovvalg; «This Article does not permit the court to infer a choice of law that the parties might have made where they had no clear intention of making a choice». I situasjoner som rammes av dette er det artikkel 4 som skal anvendes og som regulerer lovvalget i mangel av partenes valg. Det er ikke noe klart skille mellom hvilke lovvalg som kan klassifiseres som stilltiende og hvilke som må anses som hypotetiske. Grønnboken⁷⁹ som ble utarbeidet i forbindelse med Roma I fremhever at grensen er flytende, men gjentar at artikkel 3 kun er anvendelig dersom det foreligger et reelt lovvalg fra partenes side. Terskelen er satt til at partene må ha vurdert og tatt stilling til lovvalgsspørsmålet, selv om de har feilet i å uttrykkelig få dette lovvalget frem i kontrakten.⁸⁰

I norsk internasjonal privatrett er det også oppstilt en grense for hvor langt man kan gå i å fingere partenes lovvalg. Etter kjøpslovvalgslovens forarbeider gjelder det en tilsvarende begrensning for norsk internasjonal privatrett som etter Roma I.⁸¹ Å sette en slik begrensning for tolkning av kontrakten er imidlertid ikke helt naturlig etter den norske tolkningstradisjonen.⁸² Etter denne kan domstolene gå forholdsvis langt i trekke slutninger om hva partene har ment å avtale. En slik tolkning av partenes lovvalg innenfor den norske internasjonale privatretten vil ikke være i tråd med den praksisen som foreligger innen EU eller den som det er lagt opp til etter kjøpslovvalgslovens forarbeider.

8.3 Andre henvisninger til fremmed rett

Spørsmålet om grensene for hva som kvalifiserer til stilltiende samtykke kan bli satt på spissen i situasjoner der det foreligger løsere antydninger om lovvalg enn det det er henvist til ovenfor. Et kontraktsforhold kan på ulike måter inneholde holdepunkter

⁷⁷ Utredning som anses som en av de mest sentrale forarbeidene til Romakonvensjonen utarbeidet av Mario Giuliano, professor ved universitetet i Milano, og Paul Lagarde, professor ved Université de Paris (1980).

⁷⁸ Giuliano-Lagarde-rapporten side 27.

⁷⁹ «Grønnbok om omdannelse af Rom-konventionen af 1980 om, hvilket lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, til en fællesskabsretsakt med opdatering af dens bestemmelser» KOM (2002) 654 endelig, Brüssel, 14.01.2003 (Grønnbok).

⁸⁰ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 209.

⁸¹ Ot.prp.nr. 15 (1963-1964) side 8.

⁸² Giuditta Cordero-Moss (2013) side 209.

som i større eller mindre grad henviser til et bestemt lovvalg.⁸³ I det følgende vil jeg ta for meg noen slike situasjoner.

8.3.1 Vernetingsklausul som lovvalg

Partene kan ha inntatt en klausul om valg av verneting i sin kontrakt, uten å ha gjort tilsvarende for lovvalget. Skal en slik vernetingsklausul også sees på som et uttrykk for et stilltiende lovvalg? Det var foreslått i et utkast⁸⁴ til Roma I å endre Romakonvensjonens bestemmelser i art. 3 slik at valg av verneting utgjorde et stilltiende valg av samme lands rett. Dette ble imidlertid ikke fulgt opp og er ikke inntatt i Roma I. Det kan etter dette ikke være tilstrekkelig å ha avtalt verneting for å kvalifisere til stilltiende lovvalg. Men avtalt verneting er etter forordningens fortale nevnt som ett av flere momenter som kan ha betydning ved vurderingen av om det foreligger et lovvalg basert på kontrakten eller omstendighetene for øvrig.⁸⁵

8.3.2 Henvisninger til rettslige mekanismer som tydelig er tilknyttet et bestemt rettssystem

Et annet eksempel som kan sette spørsmålstegn angående lovvalget er der partene har forfattet kontrakten sin på en måte som har en klar sammenheng med et bestemt rettssystem. I «Giuliano-Lagarde-rapporten» er denne problematikken belyst gjennom et eksempel der kontraktpartene har benyttet seg av Lloyd's sjøforsikringspolise⁸⁶. Rapporten konkluderer med at polisens funksjon er så tett knyttet opp til det engelske rettssystemet at partene må antas bevisst å ha valgt det ene med den andre.⁸⁷

8.3.3 Kontrakten inneholder klausuler med bestemte rettslige virkninger etter fremmed rett

Et tredje eksempel er der partene har inntatt klausuler i kontrakten som etter fremmed rett opererer med bestemte og klare virkninger og det ikke finnes noen tilsvarende klausul som etter norsk rett ivaretar den samme rettslige effekten.⁸⁸ En slik henvisning utgjør ikke et ekte lovvalg, men har kun materieltrettslig virkning. Domstolen kan i slike tilfeller gi partenes klausul virkning i den utstrekning dette ikke er uforenelig med den bakgrunnsretten som etter lovvalgsreglene regulerer kontraktsforholdet. Den fremmede klausulen blir dermed en del av partenes kontrakt

⁸³ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 210 flg.

⁸⁴ Forslag til Europaparlamentets og Rådets Forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I), KOM (2005) 650 endelig.

⁸⁵ Roma I-forordningens fortale punkt 12.

⁸⁶ Lloyd's of London, privat institusjon som formidler forsikring uten å være organisert som et forsikringselskap, ansvaret er i stedet påtatt av en rekke selvstendige medlemmer, som er forsikringsgivere (*underwriters*) for egen regning og risiko. Spesialiserer seg bl.a på luft- og sjøfart. Society Of Lloyd's. (2011, 16. desember). I Store norske leksikon. https://snl.no/Society_of_Lloyd_%27s.

⁸⁷ «For example, the contract may be in a standard form which is known to be governed by a particular system of law even though there is no express statement to this effect, such as a Lloyd's policy of marine insurance.» Giuliano-Lagarde-rapporten side/avsnitt 27.

⁸⁸ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 211.

og tolkes ut fra de regler som gjelder for tolkning av kontrakter i den nasjonale retten. Hos oss vil dette si at den gjelder så lenge den er innenfor rammen av partenes avtalefrihet, det vil igjen si så lenge den ikke støter mot bestemmelser som er gjort preseptoriske.

8.3.4 «Boilerplate-klausuler» eller bruk av kontraktsformuleringer som er typiske for et bestemt rettssystem

Et fjerde eksempel foreligger dersom partene har tatt i bruk såkalte boilerplate-klausuler⁸⁹ eller kontraherer med en stil som er typisk for common law rettssystemer uten at det foreligger noe uttrykkelig lovvalg som henviser til rettssystemet i et common law-land.⁹⁰

Situasjonen kan for eksempel være at partenes kontrakt er forfattet på engelsk og i en kontraktsteknikk som er typisk for kontrakter underlagt engelsk rett. Forskjellen på denne situasjonen og situasjonen behandlet under punkt 8.2.3 er at henvisningen til et bestemt rettssystem ikke her er like klar, men fremgår mer ut fra en helhetsvurdering av utformingen av kontrakten.

At en kontrakt er forfattet på engelsk og i en typisk common law-stil er ikke tilstrekkelig for å tilfredsstille kravet til stilltiende lovvalg slik dette er utformet i Roma I eller i kjøpslovvalgsloven. Det er ikke uvanlig at internasjonale kontrakter forfattes på engelsk. Årsaken kan for eksempel være rent praktisk og innebærer ikke at partene faktisk har reflektert over lovvalget. Videre er det flere land som har en common law-tradisjon uten at den materielle retten i de respektive landene av den grunn er identisk. Det vil da kunne bli rent tilfeldig om man ut fra et slikt perspektiv underlegger kontraktsforholdet engelsk eller for eksempel amerikansk rett. Når partenes eventuelle lovvalg ikke kan kokes ned til å gjelde ett bestemt rettssystem kan det vanskelig sies at noe reellt lovvalg har funnet sted.

Også bruk av såkalte «boilerplate-klausuler» skiller seg fra situasjonen i punkt 8.2.3. Her er det ikke henvist til en klausul tillagt bestemte rettslige virkninger etter et fremmed rettssystem, men om en henvisning til en common law-kontraktstradisjon som går ut på å gjøre kontrakten uavhengig av en eventuell bakgrunnsrett. «Boilerplate-klausuler» har som formål å regulere alle generelle kontraktsrettslige spørsmål og på denne bakgrunn sørge for en selvstendig og selvforsynt avtale.⁹¹ Et poeng ved bruk av slike klausuler er at den ønskede effekten ikke er bruk av engelsk rett, men å gjøre kontraktsforholdet uavhengig av all potensiell bakgrunnsrett. Gjennom «boilerplate-klausuler» gjøres det et forsøk på å skape en kontrakt som autonomt⁹² og uttømmende regulerer partenes kontraktsforhold.

⁸⁹ Standardiserte vilkår om tolkning av kontrakten eller generelle forhold mellom partene, Giuditta Cordero-Moss (2013) side 212.

⁹⁰ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 211 flg.

⁹¹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 212 flg.

⁹² Er selvstyrende. Autonom. (2013, 26. desember). Store norske leksikon. <https://snl.no/autonom>.

Typiske eksempler på slike klausuler er såkalte «entire agreement-, merger- eller integration clauses»⁹³, «no waiver clauses»⁹⁴, «sole remedy clauses»⁹⁵, klausuler om «representation and warranties»⁹⁶ eller «subject to contract-clauses»⁹⁷.

Ofte inntas «boilerplate-klausuler» forholdsvis ukritisk og de typiske klausulene er relativt standardisert slik at de ikke automatisk fullt ut er tilpasset det konkrete kontraktsforholdet. Og dersom bruken av slike klausuler ikke anses å utgjøre et lovvalg blir de gjenstand for anvendelse innen rammen fastsatt av den utpekte bakgrunnsretten. Skulle for eksempel en domstol komme til at bruk av slike klausuler i et tilfelle ikke tilfredstiller kravet til et reelt lovvalg og lovvalgsregelen i mangel av bruk av partsautonomien utpeker en bakgrunnsrett som ikke har en tilsvarende kontraktstradisjon vil mange av de typiske «boilerplate-klausulene» miste sin opprinnelige funksjon eller bli tilskrevet et annet innhold eller andre rettsvirkninger enn det partene kanskje hadde tenkt. De fleste lands kontraktsrett opererer med en tolkning av kontrakten som utgangspunkt for avgjørelsen av rettslige spørsmål. Men det fokuset på en rimelig løsning som er sentral i norsk kontraktsrett, og i andre civil law-systemer, vil kunne medføre en løsning som avviker vesentlig fra hva løsningen ville blitt for eksempel etter engelsk rett, eller et annet common law-land, der slike hensyn i betydelig grad viker for en klar kontraktsregulering i motsatt retning. Dette gjelder riktignok kun i situasjoner der det foreligger et vesentlig gap mellom den løsningen som følger av kontraktsklausulen og det som må anses som rimelig ut fra bakgrunnsretten. Det sentrale er likevel at slike klausulers innhold og virkning ikke er autonome eller fullstendig løsrevet fra bakgrunnsretten. Og selv om kontrakten inneholder slike «boilerplate-klausuler» må testen like fullt være hvorvidt partene faktisk har foretatt et lovvalg.

9 Virkning

9.1 Skillet mellom kollisjonsrettslig og materiellrettslig virkning

Innenfor internasjonal privatrett er lovvalg i alminnelighet tilegnet to mulige rettslige virkninger. Virkningene gir helt ulike rettslige implikasjoner og skillet er av sentral betydning for forholdet mellom partenes lovvalg og bakgrunnsretten. Hva slags virkning partenes lovvalg forutsetter må avgjøres på bakgrunn av kvalifiseringsterskelen omtalt ovenfor.

⁹³ Klausuler som tar sikte på å unngå den oppmykningen som har skjedd kontra en svært kontraktslojal tolkning i engelsk rett.

⁹⁴ Klausuler ment å hindre begrensninger i partenes avtalefrihet knyttet til at man etter engelsk rett kan risikere å miste retten til å håndheve sine rettigheter etter nærmere bestemte vilkår.

⁹⁵ Klausuler som utelukker andre beføyelser enn de spesifikt nevnt i kontrakten.

⁹⁶ Uttømmende opplystninger av forhold som forutsettes i kontrakten.

⁹⁷ Klausuler som skal sikre at partene ikke blir bundet før ved en endelig avtale, selv ikke ut fra lojalitetsbetrakninger.

9.1.2 Kollisjonsrettslig virkning

Lovvalgsregelen har som funksjon innenfor internasjonal privatrett å utpeke hvilken bakgrunnsrett som skal gjelde for rettsforholdet. Lovvalget innebærer at rettsforholdet i utgangspunktet underlegges den valgte retten i sin helhet, og at andre alternative rettsregler ikke kommer til anvendelse.⁹⁸ Dette gjelder også de alternative rettssystemenes preseptoriske regler. Partene kan med andre ord gjennom anvendelse av partsautonomien omgå regler som er ansett som så viktige at de er gjort preseptoriske. Det er når lovvalget har en slik funksjon at det er tale om «kollisjonsrettslig virkning». Et annen begrep som benyttes er «ekte lovvalg». Når lovvalgsregelen har slik kollisjonsrettslig virkning kan domstolene ikke anvende egen rett (lex fori) dersom lovvalgsregelen utpeker et annet lands rett.⁹⁹

9.1.3 Materiellrettslig virkning

Hovedregelen for internasjonal privatrett er at lovvalgsreglene har kollisjonsrettslig virkning. Men innenfor kontraktsretten kan et lovvalg også ha en annen funksjon. I de tilfeller der partenes lovvalg ikke er kollisjonsrettslig er det tale om et materiellrettslig lovvalg. I så tilfelle utpeker ikke lovvalget bakgrunnsretten til foretrengsel for domstollandets rett (lex fori), men fungerer som en henvisning til materielle regler partene ønsker benyttet på sitt rettsforhold innenfor rammen av bakgrunnsretten. Dette kalles også for «uekte lovvalg».

Etter Roma I artikkel 3 (3) gjøres det unntak for fra hovedregelen, jfr. artikkel 3(1), og gis hjemmel for lovvalgets materiellrettslige funksjon gjennom å begrense den kollisjonsrettslige virkningen. Unntaket er riktignok begrenset til de tilfeller der kontrakten og omstendigheter på avtaletidspunktet «...kun har tilknytning til et enkelt land»¹⁰⁰ og gjelder dermed der kontrakten er uten noe internasjonalt element som nødvendiggjør et lovvalg.¹⁰¹ Sammenlignet med kjøpslovvalgsloven favner Roma I videre i det den ikke begrenser sitt anvendelsesområde ved å utelukke interne kontrakter direkte, slik intprkjl. gjør i § 1.

10 Rekkevidde

10.1 Utgangspunkt - Virker på kontraktrettens område

Det er et sentralt premiss og det klare utgangspunktet for partsautonomiens rekkevidde som lovvalgsregel at den kun virker innenfor kontraktretten. Det blir følgende viktig å avgrense hva som ligger innenfor kontraktrettens rammer, og som partene dermed har rådighet over, og hva som ligger utenfor (deres kompetanse gjennom partsautonomien). Jeg vil komme tilbake til hva som gjelder for de deler av et kontraktsforhold som faller utenfor partsautonomiens rekkevidde.¹⁰²

⁹⁸ Jfr. Begrensningene i punkt 13.

⁹⁹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 93.

¹⁰⁰ Roma I art. 3 tredje ledd.

¹⁰¹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 95.

¹⁰² Se punkt 13.2 om tvungne lovvalgsregler.

Et kontraktsforhold vil typisk bestå av ulike elementer knyttet til ulike faser i rettsforholdet mellom partene. Hvis man tenker kontraktsforholdet som en lineær funksjon vil det knytte seg ulike rettslige virkninger og implikasjoner til ulike stadier i kontraktsforholdet. På forhandlingsstadiet er tilknytningen typisk løsere og de rettslige implikasjonene færre enn de vil være jo lenger fremme i kontraktsforholdet man kommer. Ved inngåelse av en kontrakt foreligger det rettslige spørsmål knyttet til kompetansen til å inngå avtaler, samt at det kan foreligge spesielle krav til den typen av kontrakt som inngås. Dette kan omformuleres til spørsmål som knytter seg til rettslig handleevne og formkrav ved inngåelse av kontraktsforpliktelser. Tradisjonelt er dette sider av kontraktsforholdet som er holdt utenfor partsautonomien i norsk internasjonal privatrett.¹⁰³

Dette utgangspunktet for partsautonomiens rekkevidde må sees i sammenheng med de følgende punktene om kvalifikasjon, renvoi og begrensninger.

11 Kvalifikasjon

Reglene omfattet av den internasjonale privatreten, det vil i hovedsak si reglene om verneting og lovvalg, er konstruert slik at de ulike rettsområdene har ulike tilknytningsfaktorer med tilhørende bestemmelser. Innenfor erstatningsretten gjelder som utgangspunkt regelen om *lex loci delicti*, det vil si at rettsforholdet underlegges retten i det landet der skaden oppstod eller ble forvoldt. For spørsmål knyttet til tinglige rettigheter¹⁰⁴ i fast eiendom gjelder *lex rei sitae*, det vil si retten der eiendommen ligger. For kontraktsrett gjelder regelen om partsautonomi eller i mangel av dette regelen om realdebitors bosted.

Når lovvalgsregelen er knyttet til et bestemt rettsområde, som beskrevet ovenfor, blir det nødvendig å kunne subsumere den rettslige tvisten man står ovenfor under et slikt rettsområde. Bare på denne måten kan man finne den tilhørende lovvalgsregelen. Det er dette som utgjør det som i internasjonal privatrett betegnes som «kvalifikasjon».

Denne fremgangsmåten er hverken ukjent eller uforenelig med det som er alminnelig etter norsk juridisk metode.¹⁰⁵ Som regel er dette også helt uproblematisk. Men innenfor internasjonal privatrett kan det forekomme enkelte spesielle problemstillinger knyttet til kvalifikasjonen. Disse knytter seg først og fremst til hvordan man skal behandle fremmede rettsinstitutter eller ukjente kategorier innenfor et rettsområde.

11.1 Om fremmede rettsinstitutter

Når den internasjonaleprivatretslige metode forutsetter en subsumsjon av rettsforholdet under en bestemt lovvalgsregel kan det hende at domstolene blir stilt ovenfor rettsinstitutter som ikke har noen fullverdig «tvilling» i deres eget rettssystem.

¹⁰³ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) side 342.

¹⁰⁴ Jfr punkt 11.2 om tinglige rettigheter vs. obligatoriske rettigheter

¹⁰⁵ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 66 flg.

I juridisk teori er det oppstilt to ulike måter for en domstol å håndtere et slikt tilfelle på.¹⁰⁶ Den første metoden går ut på å konkret vurdere det rettsforholdet man står ovenfor og ut fra analogibetraktninger innordne det under den lovvalgsregelen i egen rett som anses som best egnet. Den andre metoden går ut på å anvende den samme kvalifiseringen som det fremmede rettsinstituttet innehar i sitt opprinnelige rettssystem og så anvende den lovvalgsregelen i domstolens egen rett som følger av denne kvalifiseringen.

Ingen av modellene er fullverdige. Ved anvendelse av den første, å innpasse det fremmede rettsinstituttet i kjente rammer, løper domstolen risikoen for å overse viktige aspekter av rettsforholdet. Selv om kanskje analogisk anvendelse av kategorier domstolen er kjent med virker nærliggende er det ikke sikkert rettssystemet fullt ut beholder de rettslige virkningene som kan ha vært sentrale for partenes valg av den aktuelle løsningen. I dommen inntatt i Rt. 1995 s. 1415 stod Høyesterett ovenfor en slik situasjon. Saken gjaldt en skiftetvist i et dødsbo mellom avdødes ektefelle og særkullsarvinger over eiendomsretten til to såkalte «joint accounts» i en bank i New York. Hovedpoenget med slike «joint accounts» etter amerikansk rett er at kontohaverene har en udelt rett til alt innestående, og at dersom en innehaver dør, blir gjenlevende eneeier uten at dette anses som et arveoppgjør. Noen tilsvarende ordning finnes ikke etter norsk rett. Høyesterett kom frem til at ordningen skulle kvalifiseres som tilhørende formuesordning mellom ektefeller. Følgelig utpekte lovvalgsregelen at bakgrunnsretten der ekteparet hadde sitt første domisil skulle komme til anvendelse, det vil si norsk rett. Etter norsk rett, som ikke inneholder noen tilsvarende regulering for slike konti, tilfalt innholdet på kontoen dødsboet. Dersom Høyesterett hadde benyttet seg av den andre metoden ville utfallet ha blitt et helt annet. Etter amerikansk rett er nemlig slike konti underlagt reguleringen for «property law» og etter lovvalgsregelen i norsk internasjonal privatrett ville det dermed vært retten i det landet der tingen befinner seg som hadde kommet til anvendelse. Dommen er da også kritisert i juridisk teori¹⁰⁷ nettopp for at Høyesteretts løsning ikke fullt ut ivaretar de juridiske virkningene rettsinstituttet har etter amerikansk rett.¹⁰⁸

11.2 Om ukjente kategorier innenfor et rettsområde

Det hender også at lovvalgsreglene forutsetter rettslige begreper som ikke fullt ut er sammenfallende med juridisk tradisjon i domstolslandet.¹⁰⁹ En situasjon som illustrerer problemstillingen er sontringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i internasjonal privatrett. Noen tilsvarende sontring finnes i utgangspunktet ikke i norsk rett.¹¹⁰ Hvordan skal domstolen håndtere denne forskjellen? Høyesterett har avklart dette for spørsmålet om verneting og det er derav nærliggende å utøve en tilsvarende fremgangsmåte for tilgrensede problemstillinger, som for eksempel kvalifikasjon av rettsforhold forut for utpekelse av tilhørende lovvalgsregel. Dette er

¹⁰⁶ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 67 flg.

¹⁰⁷ Helge J. Thue (2002) side 173.

¹⁰⁸ Giuditta Cordero-Moss (2013) 80-81.

¹⁰⁹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 81 flg.

¹¹⁰ Selv om sontringen nevnes i Luganokonvensjonen i relasjon til spørsmålet om verneting.

også best egnet til å ivareta forutberegneligheten i internasjonal privatrett. Etter rettspraksis¹¹¹ skal «tinglige rettigheter» forstås som rettigheter som vedrører eiendommen og som kan gjøres gjeldende ovenfor tredjemann. Rettigheter som gjelder eiendommen, men som kun kan gjøres gjeldende partene imellom skal ikke anses som tingelige, men som obligatoriske.

12 Renvoi

Når lovvalgsregelen, for eksempel i form av partsautonomi, utpeker et lands rett som bakgrunnsrett blir spørsmålet om dette innebærer at det kun er denne rettens materielle regler som kommer til anvendelse eller om det også inkluderer denne rettens egne lovvalgsregler? Dette er kjent som spørsmålet om renvoi i internasjonal privatrett.

Renvoi betyr tilbakevisning eller henvisning og knytter seg til det fenomenet at den bakgrunnsretten som lovvalgsregelen utpeker viser tilbake til domstollandets egen rett (enkel renvoi) eller til et annet lands rett (dobbel renvoi).

Innenfor kontrakts- og deliktsretten er det alminnelig anerkjent at det ikke er rom for renvoi fordi det foreligger klare og faste lovvalgsregler som ofte er harmonisert slik at det ikke melder seg det samme behovet. Og en eventuell adgang til å godta renvoi vil skape usikkerhet og gå på bekostning av forutsigbarheten. Utgangspunktet på disse rettsområdene er derfor at lovvalgsreglene kun gir anvisning på den materielle retten som skal anvendes på sakens substans, og ikke også på lovvalgsreglene.¹¹²

13 Begrensninger i partsautonomien

13.1 Innledningsvis om begrensninger

Den muligheten som ligger i internasjonal privatrett for anvendelse av fremmed rett, også på bekostning av bestemmelser som internt er ansett som så viktige at de er gjort preseptoriske, er ikke helt ukontroversiell. På tross av både faktisk og ønskelig harmonisering av rettsregler på tvers av landegrensener kommer man ikke utenom det faktum at internasjonale rettsforhold spenner over ulike rettssystemer med ulike regler, ulike rettstradisjoner og ulike verdigrunnsetninger. Rettsregler er ofte uttrykk for verdivurderinger og ettersom lovvalgsreglene i utgangspunktet er verdinøytrale, i den forstand at de kan utpeke fremmed rett som ikke nødvendigvis bygger på de samme verdivurderingene som norsk rett, kan partene gjennom sitt lovvalg omgå norsk materiell rett som lovgiver har ansett som ønskelige blant annet på grunn av de verdier vi setter høyt i vårt rettssystem. Det er likevel ikke slik at all omgåelse av norsk materiell rett ikke er legitimt, selv ikke der den norske regelen er gjort preseptorisk. Det er ikke nødvendigvis slik at norsk rett er bedre egnet til å regulere kontraktsforhold enn fremmede rettssystemer. Det kan imidlertid forekomme tilfeller der anvendelse av fremmed rett i sterkere grad kommer i konflikt med de hensyn og verdivurderinger som ligger bak den norske reguleringen av tilsvarende rettslige problemstillinger.

¹¹¹ Rt. 2000 s. 654, Rt. 2002 s. 807 og Rt. 2006 s. 1089.

¹¹² Giuditta Cordero-Moss (2013) side 99 flg.

På denne bakgrunn, og som en slags motbør til den åpenhet mot fremmede rettssystemer som internasjonal privatrett innebærer, finnes det begrensninger som virker inn på partenes mulighet til selv å diktere de rettslige rammene for sitt kontraktsforhold. Det er for det første tvungne lovvalgsregler på en rekke rettsområder som ofte kommer til anvendelse også for enkelte kontraktsforpliktelser. For det annet er det innenfor internasjonal privatrett alminnelig anerkjent to mulige begrensninger i lovvalgsreglens kollisjonsrettslige virkning; internasjonalt preseptoriske regler og prinsippet om ordre public. Det er i juridisk teori også tatt til orde for at disse begrensningene ikke er tilstrekkelig og at det er behov for en ytterligere skranke knyttet til rettstridig rettsomgåelse, såkalt «fraus legis».¹¹³ Videre er det satt spørsmålsteget ved om alt av lovvalg er legitimt eller om det foreligger et krav om «aktverdig interesse» for lovvalget.

13.2 Tvungne lovvalgsregler

Utgangspunktet er at partsautonomien som lovvalgsregel kun virker på kontraktrettens område.¹¹⁴ Dersom rettsforholdet inneholder slagssider til flere rettsområder kan det foreligge tvungne lovvalgsregler med spesifikke tilknytningsvilkår som utpeker bakgrunnsretten for de aktuelle sidene av kontraktsforholdet. I slike tilfeller må lovvalget splittes opp: lovvalgsreglene for kontrakt gjelder for den kontraktsrettlige delen, mens øvrige rettslige sider reguleres av deres respektive lovvalgsregler. At et rettsforhold deles og delene reguleres av ulike lands rett går i internasjonal privatrett under betegnelsen «depeçage».

Når det finnes tvungne lovvalgsregler som også virker inn på kontraktsrettens område er det ut fra hensynet til at partsautonomien ikke alltid er egnet for å ivareta interesser utover kontraktsforholdet, men som likevel anses som viktige i samfunnet. Typisk er dette regler om konkurransevridning, tredjemannsvern, regler som er laget til beskyttelse av den antatt svake part i kontrakter og andre forhold som partene ikke nødvendigvis har noe insentiv til å ivareta i sitt kontraktsforhold.

Eksempler på slike bestemmelser finnes i forbrukerkjøpsloven¹¹⁵, i markedsføringsloven¹¹⁶, i forsikringslovvalgsloven¹¹⁷, i agenturloven¹¹⁸, i

¹¹³ «Rettsomgåelse i internasjonale saksforhold: Fraus legis» av Helge Johan Thue inntatt i festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias (2002) side 715-728.

¹¹⁴ Jfr. punkt 10.1.

¹¹⁵ Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34.

¹¹⁶ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. januar 2009 nr. 2.

¹¹⁷ Lov om lovvalg i forsikrings av 27. november 1992 nr. 111.

¹¹⁸ Lov om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven) av 19. juni 1992 nr. 56.

vekselloven¹¹⁹, i sjekkloven¹²⁰, i voldgiftsloven¹²¹ og i sjølovens¹²² bestemmelser om transportavtaler.

13.3 Internasjonalt preseptoriske regler

Internasjonalt preseptoriske regler er slike som anses å være så viktige at de skjærer gjennom den opprinnelige lovvalgsregelen og gis anvendelse til tross for at rettsforholdet for øvrig reguleres av fremmed rett. Internasjonalt preseptoriske regler innebærer således et skår i lovvalgsreglenes kollisjonsrettslige virkning, som ellers er ansett avgjørende for å kunne opprettholde en forutsigbar og velfungerende internasjonalprivatrettslig mekanisme.¹²³

For norsk internasjonal privatretts vedkommende er prinsippet om internasjonalt preseptoriske regler kommet til uttrykk i forsikringslovvalgsloven § 5¹²⁴ og dens forarbeider¹²⁵. Samlet gir disse en grunnleggende forståelse for hvordan internasjonalt preseptoriske regler skal forstås og anvendes. Bestemmelsen lyder: «Selv om fremmed lov legges til grunn, skal norske domstoler anvende ufravikelige regler i norsk lov når de er tvingende uansett hvilket lands lov som ellers anvendes.» I forarbeidene er det gitt uttrykk for at bestemmelsen er noe vag og åpner for tolkningsproblematikk, men departementet fant at det ikke ville være mulig å presist angi bestemmelsens nedslagsfelt og at det ville gi den beste løsning og overlate dette til domstolene gjennom rettspraksis.¹²⁶

Utrykket «internasjonalt preseptoriske regler» er det som er benyttet i forsikringslovvalgsloven § 5 og dens forarbeider. Dette var også terminologien Justisdepartementet benyttet i det tidligere nevnte høringsnotatet tilknyttet EU-kommisjonens grønbok i forbindelse med arbeidet med Roma I. Høyesterett kritiserte denne terminologien i «Bokhandlerdommen» fordi «uttrykket i for sterk grad peker i retning av ufravikelige kontraktsregler, ... bedre å kalle dem «internasjonalt direkte anvendelige rettsregler» ... eller «inngrepsnormer»»¹²⁷ Innenfor europeisk internasjonal privatrett er terminologien ikke helt harmonisert. I fransk internasjonal privatrett er slike regler betegnet «lois de police», i tysk internasjonal privatrett er det kjent som «eingriffsnormen» og på engelsk betegnes slike regler «overriding mandatory provisions». Innenfor norsk og nordisk internasjonal privatrett er imidlertid «internasjonalt preseptoriske regler» vel innarbeidet og nok også den som kommer til

¹¹⁹ Lov om vekslere av 27. mai 1932 nr. 2.

¹²⁰ Lov om chekker av 27. mai 1932 nr. 3.

¹²¹ Lov om voldgift av 14. mai 2004 nr. 25 som er en implementering av New York-konvensjonen om anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av utenlandske voldgiftsavgjørrelser (1958).

¹²² Lov om sjøfarten av 24. juni 1994 nr. 39.

¹²³ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 122.

¹²⁴ Lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr. 11

¹²⁵ Ot. prp. nr. 72 (1991-1992) punkt 5 «Ny lov om lovvalg i forsikring»

¹²⁶ Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) side 66.

¹²⁷ Jfr. «Bokhandlerdommen» avsnitt 37.

å benyttes på tross av Høyesteretts bemerkninger om begrepets svakhet, risikoen for feilassosiasjon.¹²⁸

Innledningsvis kan det slås fast at det ikke er tilstrekkelig at en bestemmelse nasjonalt er gitt preseptorisk virkning for å oppnå tilsvarende rolle i den internasjonale privatretten. Utgangspunktet og den store hovedregel er at lovvalgsregler har kollisjonsrettslig virkning, i den forstand at den valgte retten fortrenger også internrettslige preseptoriske bestemmelser.

Selv om lovgiver fant det vanskelig å fastsette på forhånd hvilke regler som skal anses som internasjonalt preseptoriske er det enkelte kjennetegn ved de typer av bestemmelser som har fått en slik status. Generelt kjennetegnes internasjonalt preseptoriske regler av at de er egnet til å ivareta viktige almenne samfunnsinteresser og er ansett å være av fundamental karakter i rettssystemet. Typiske kategorier er regler som er gitt for å beskytte den antatt svake part i kontraktsforhold, regler om tredjemannsvern, regler knyttet til regulering av nasjonal økonomi og regler gitt for beskyttelse av samfunnets interesser.¹²⁹

Ut fra rettspraksis kan det utledes eksempler på regler av de typer kategorier nevnt ovenfor som er blitt benyttet til tross for at rettsforholdet for øvrig er underlagt fremmed rett. Det er også rettspraksis som stammer fra før vedtakelsen av forsikringslovvalgsloven. Et eksempel på dette er «Thamsdommen»¹³⁰ fra 1931 som omhandler avtaleloven § 30 om svik. I dommen uttaler Høyesterett følgende: «Som en helt selvstendig grunn til at anvende norsk rett vil jeg ogsaa nevne, at det her er spørsmål om kontraktens ugyldighet paa grunn av svik fra den ene parts side.»¹³¹ Etter uttalelsene i Rt. 1985 s. 1319 er det nærliggende å anta at arbeidsmiljølovens bestemmelser om avskjedigelse er internasjonalt preseptoriske.¹³² I den tidligere nevnte «Bokhandlerdommen»¹³³ gir Høyesterett klart uttrykk for at de norske bestemmelsene om yringsfrihet er av fundamental betydning for vårt samfunn og må anses som «internasjonalt direkte anvendelige».¹³⁴

Hva som til slutt vil rammes av begrensningene som ligger i «internasjonalt preseptoriske regler» er et nasjonalt anliggende. Dette gjelder også for land der mye av den internasjonale privatretten er utformet gjennom overnasjonale kilder, slik tilfellet er innenfor EU. Det er likevel medlemsstatene som gjennom sin lovgivning og rettspraksis definerer hva som for dem utgjør «internasjonalt preseptoriske regler». Innenfor EU er det likevel utformet rammer og kriterier for denne vurderingen som

¹²⁸ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 123.

¹²⁹ Hentet fra power point presentasjonen fra forelesning i internasjonal privatrett med Giuditta Cordero-Moss ved Universitetet i Oslo høsten 2014.

¹³⁰ Rt. 1931 s. 1185.

¹³¹ Rt. 1931 s. 1185 side 1186.

¹³² Høyesteretts kjæremålsutvalg opprettholdt imidlertid Lagmannsrettens tolkning av at dette ikke omfatter kortvarige arbeidsforhold i Norge.

¹³³ Rt. 2009 s. 1537.

¹³⁴ Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 39.

medlemsstatene må ta til etterretning. Internasjonalt preseptoriske regler er for europeisk internasjonal privatrett regulert i Roma I artikkel 9 (og Roma II artikkel 16). Av harmoniseringshensyn er definering av internasjonalt preseptoriske regler innenfor EU-internasjonal privatrett også relevant for norsk internasjonal privatrett. Særlig gjelder dette når det er tale om regelverk med opphav innenfor EU, slik som er bakgrunnen både for forsikringslovvalgsloven og en rekke deler av forbrukerlovgivningen, som er gjort til norsk rett på bakgrunn av EØS-samarbeidet.

Det skåret i lovvalgets kollisjonsrettslige virkning som internasjonalt preseptoriske regler utgjør står i motstrid med ønsket om forutberegnelighet. Dette er i utgangspunktet i seg selv en anmodning om restriktiv anvendelse. Sammen med hensynene til nøytralitet og gjensidighet legger disse tre aspektene føringer på hvilke regler som bør, eller ikke bør, anses som internasjonalt preseptoriske. Det er i juridisk teori oppstilt flere potensielle elementer for dette vurderingstema.¹³⁵ For at en bestemmelse skal anses som internasjonalt preseptorisk er det ikke tilstrekkelig at den etter nasjonal rett regulerer et viktig rettsområde. Domstolen må også vurdere om det er grunnlag for å skjære gjennom med denne bestemmelsen, hvordan den utpekte bakgrunnsretten ville ha regulert situasjonen, se på det konkrete saksforholdets tilknytning til de alternative rettssystemene, veie de positive sidene av en gjennomskjæring opp mot de negative og vurdere den potensielle regelens egnethet til å utgjøre en internasjonalt preseptorisk norm, samt vurdere de eventuelle vanskeligheter det vil medføre å koordinere en løsning etter bakgrunnsrettens regler og samtidig gripe inn med en nasjonal bestemmelse. Det er også viktig for vurderingen at ethvert skjønnsmessig vurderingselement innebærer en redusering av forutsigbarheten. På denne bakgrunn bør domstolene være restriktive med å gi bestemmelser status som internasjonalt preseptoriske. Lovgiver bør utvise tilsvarende forsiktighet med å gi bestemmelser slik status ettersom slike bestemmelser vil kunne føre til anvendelse av domstollandets rett i større utstrekning enn lovvalgsreglene egentlig tilsier. Dersom man ønsker at enkelte rettsforhold skal underlegges en bestemt rett, og dens preseptoriske bestemmelser, bør dette søkes gjennomført gjennom utformingen av de faste lovvalgsreglene og ikke i form av en uthuling av det systemet den internasjonale privatretten bygger på.

Av hensyn til forutberegnelighet og harmonisering er det ønskelig at de ytre rammene for hva som skal anses som internasjonalt preseptoriske regler følger de samme linjene som den alminnelige anerkjente internasjonaltprivatrettslig metode. Men de begrensningene som internasjonalt preseptoriske regler utgjør er like fullt en del av hvert lands interne internasjonale privatrett. Deres nærmere innhold er derfor et internrettslig anliggende og hva som skal kvalifisere til å utgjøre fundamentale bestemmelser egnet for å ivareta viktige samfunnsinteresser vil avhenge av og variere med juridiske, etiske og sosioøkonomiske vurderinger i hvert enkelt land.

¹³⁵ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 127 flg.

13.4 Ordre public

En ytterligere begrensning for lovvalgsregler, også partsautonomien, er læren om ordre public. Terminologien stammer fra det franske «l'ordre public» som kan oversettes til den offentlige ordenen eller samfunnsordenen.

Orde public har som funksjon å fungere som et slags korrektiv til den åpenhet ovenfor fremmede rettssystemer som lovvalgsreglene i internasjonal privatrett bygger på og forutsetter. Lovvalgsreglenes kollisjonsrettelige virkning innebærer jo at domstolene (i utgangspunktet) skal anvende den retten disse utpeker uten hensyn til hvordan denne retten samsvarer med deres interne rett (lex fori). I litteraturen er dette uttrykket som at lovvalgsreglene har universiell virkning og at de ikke tar hensyn til resiprositet, det vil si om det foreligger gjensidighet mellom den utpekte retten og domstolens interne rett. Når rettsystemet i så stor grad åpner for anvendelse av fremmed rett gjør det seg nødvendig å operere med en mulighet for også å kunne la være å gjøre dette dersom dette vil føre til resultater som vil være støtende mot fundamentale prinsipper i domstolens interne rett. Det er her ordre public har sitt anvendelsesområde.¹³⁶

Ordre public er i norsk internasjonal privatrett lovfestet i kjøpslovvalgsloven § 6 som lyder: «Ein framand rettsregel som ikkje er samhøveleg med ålmenskkipnaden (l'ordre public) her i riket, kan ikkje nyttast etter denne lova.». Tilsvarende spørsmål knyttet til anerkjennelse og fullbyrdelse av fremmede rettsavgjørelser reguleres av Luganokonvensjonen artikkel 34 første ledd: «En dom skal ikke anerkjennes dersom anerkjennelse åpenbart vil virke støtende på rettsordenen («ordre public») i mottakerstaten». Og etter tvl. § 19-16 tredje ledd: «...anerkjennes ikke [utenlandske rettsavgjørelser]dersom dette ville stride mot ufravikelige rettsregler eller virke støtende på rettsordenen.»¹³⁷. Etter voldgiftsloven¹³⁸ § 43 annet ledd litra b er det en absolutt ugyldighetsgrunn «dersom voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen (ordre public)» og etter voldgiftsloven § 46 kan anerkjennelse eller fullbyrdelse nektes dersom dette «virker støtende på rettsordenen (ordre public)».

Ordre public-reservasjonen retter seg mot konkrete resultater av anvendelsen av utenlandsk rett som fører til resultater i strid med helt grunnleggende prinsipper i den interne retten. Dette innebærer at vurderingen knytter seg til det spesifikke resultatet av at den rettslige problemstillingen man står ovenfor løses etter fremmed rett. Det er ikke nok at den fremmede retten kan føre til slike resultater, dersom dette ikke er tilfellet i den konkrete sak.¹³⁹ I den såkalte «Krigsforbryterdommen»¹⁴⁰ uttaler Høyesterett, med referanse til «Bokhandlerdommen»¹⁴¹, at «Det følger av bokhandlerdommen avsnitt 37 at et "ordre public"-forbehold er et forbehold om at

¹³⁶ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 162.

¹³⁷ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90 § 19-16.

¹³⁸ Lov om voldgift av 14. mai 2004 nr. 25.

¹³⁹ Giuditta Cordero-Moss (2013) side 169.

¹⁴⁰ Rt. 2011 s. 531.

¹⁴¹ Rt. 2009 s. 1537.

fremmed rett må vike dersom anvendelsen av den fremmede retten vil føre til et resultat som strider sterkt mot vår rettsfølelse.»¹⁴² Dommen gjaldt blant annet spørsmålet om lovvalg ved avgjørelsen av erstatningsansvaret for handlinger som var begått av en utlending i utlandet, men som var straffeforfulgt i Norge. Høyesterett benyttet seg av norsk rett i spørsmålet om erstatning, på tross av at den alminnelige lovvalgsregelen utpekte bosnisk rett (*lex loci delicti*), og valget baserte seg på at de skadelidte ellers ville bli stående uten erstatningsrettslig vern. Tiltalte hadde reist til Norge og på denne måten hindret de skadelidte i å kunne reise sak om erstatning innenfor de foreldelsesfristene som foreligger etter bosnisk rett. Dette var et resultat som ville støte mot helt grunnleggende prinsipper i norsk rett.

Når ordre public-reservasjonen retter seg mot anvendelse av fremmed rett som kan føre til uakseptable resultater blir spørsmålet hva som skal til for at noe kvalifiserer som støtende mot helt fundamentale prinsipper i den interne retten? Dette blir følgelig et spørsmål om hva som skal anses som helt fundamentale prinsipper i et rettssystem.

Av hensyn til forutberegneligheten i internasjonal privatrett er det ønskelig at hva som ligger i begrepet «ordre public» og hvilke virkninger reservasjonen har i størst mulig grad er harmonisert og i tråd med hva som er alminnelig anerkjent internasjonalt.¹⁴³ Men hva som nærmere kvalifiserer som støtende mot et rettssystems fundamentale prinsipper er naturligvis et spørsmål som ikke kan helt presist defineres eller uttømmende listes opp, men som vil variere med det samfunnet som retten tilhører. For det første finnes det helt klare forskjeller på enkelte rettssystemer. Det er for eksempel en rekke ulikheter mellom rettssystemer som baserer seg på common law-tradisjonen versus de som har en civil law-tradisjon. Og videre vil samfunnets egne verdigrunnsetninger spille inn på utformingen, anvendelsen og virkningene i rettssystemet. Videre er ikke samfunnsnormer statiske, men vil variere med tiden. Slik er det for alle typer av såkate rettslige standarder¹⁴⁴. Hva som kvalifiserer som et fundamentalt prinsipp i rettssystemet, og også hva som skal til for å krenke et slikt prinsipp, vil derfor variere og endre seg i takt med samfunnsutviklingen for øvrig.

13.4.1 EU ordre public

Innenfor EU-retten er grensene for hva som skal rammes av ordre public i nasjonal rett i større grad fastsatt, både hva angår vilkår for anvendelse og innholdet av reservasjonen. Gjennom rettspraksis¹⁴⁵ har EU-domstolen utformet som retningslinje at ordre public-reservasjonen kun kan benyttes i helt eksepsjonelle tilfeller der

¹⁴² Rt. 2011 s. 531 avsnitt 52

¹⁴³ Guiditta Cordero-Moss (2013) s. 164.

¹⁴⁴ Rettslig begrep som innebærer at normer utenfor begrepet selv er avgjørende for hvordan begrepet skal tolkes og anvendes. Slike normer kan være av for eksempel samfunnsmessig, forretningsmessig og moralsk art. Gisle, Jon. (2012, 4. januar). https://snl.no/rettslig_standard.

¹⁴⁵ C-7/98 «Krombach», C-38/98 «Renault», C-394/07 «Gambazzi», C-145/86 «Hoffmann», C-414/92 «Solo Kleinmotoren», C-420/07 «Apostolides» og C-619/10 «Trade Agency Ltd v Seramico Investments»

krenkelsen er åpenbar og gjelder fundamentale prinsipper.¹⁴⁶ En del prinsipper som EU-domstolen har ansett som dekket under ordre public-reservasjonen er de som er helt sentrale for det europeiske samarbeidet og «det indre markedet». De idealer og verdier som ligger bak unionstanken er ansett som ordre public av EU-domstolen. I «Eco Swiss»¹⁴⁷ som omhandlet spørsmålet om domstolens rett til å sette til side voldgiftsavgjørelser uttalte EU-domstolen at ordre public i EU internasjonal privatrett er de bestemmelser «der er nødvendig for udfoerelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til Faellesskabet, og navnlig for det indre markeds funktion».¹⁴⁸ Formuleringen er også benyttet i etterfølgende rettsavgjørelser¹⁴⁹. Med dette er det likevel ikke sagt hva som utgjør ordre public utover de grunnleggende fellesskapsprinsippene unionen bygger på og det nærmere innholdet av nasjonal ordre public er også for EU-landene et nasjonalt anliggende.¹⁵⁰

13.4.2 Norsk rettspraksis om ordre public

For norsk internasjonal privatretts del foreligger det ikke rettspraksis med like tydelige retningslinjer som innenfor EU. Men det er allikevel enkelte grunnleggende verdier man kan trekke ut av den rettspraksis som foreligger. Høyesterett uttalte i den tidligere nevnte «Bokhandlerdommen» at «Ytringsfriheten er av fundamental betydning for vårt samfunn, og jeg finner det derfor klart at norske prinsipper om ytringsfrihet må anses som internasjonalt direkte anvendelige.»¹⁵¹ Ytringsfriheten er en så sentral grunnpilar i vårt samfunnssystem at det er nærliggende å anta at avgjørelser som støter mot dette prinsippet også vil kunne rammes av ordre public-begrensningen. I en eldre dom om farskap og bidragsplikt uttalte Høyesterett at hensynet til barnets beste kan falle inn under ordre public-reservasjonen, jfr. «denne regel må tåle vesentlige unntak ut fra "ordre-public"-artede synspunkter, ... , nemlig for så vidt en anvendelse av barnets hjemlandslov ville føre til resultater som må ansees stridende mot fundamentale etiske eller sosiale prinsipper, slik som de er kommet til uttrykk i norsk lovgivning.»¹⁵² I dommen ble reservasjonen likevel ikke benyttet ettersom den alternative retten, tysk rett, var like godt egnet til å ivareta barnets rettigheter. I en sak om polygami¹⁵³ uttalte Høyesterett at «Et polygamt ekteskap mellom ektefeller som har en sterk tilknytning til vart land, er klart uforenlig med vår rettsorden. Det er et grunnleggende prinsipp i vår rett at et ekteskap skal være monogamt» og derfor skulle omstøtelsesproblematikken¹⁵⁴ løses etter norsk

¹⁴⁶ Guiditta Cordero-Moss (2013) s. 165.

¹⁴⁷ C-126/97 «Eco Swiss»

¹⁴⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1424780700008&uri=CELEX:61997CJ0126> Avsnitt 36.

¹⁴⁹ C-168/05 «Claro» og C-381/98 «Ingmar»

¹⁵⁰ Guiditta Cordero-Moss (2013) s. 166.

¹⁵¹ Rt. 2009 s. 1537 «Bokhandlerdommen» avsnitt 39.

¹⁵² Rt. 1953 s. 1132 side 136.

¹⁵³ Rt. 1977 s. 715

¹⁵⁴ Hvorvidt ekteskapet kunne omstøtes etter bestemmelsene i den gamle ekteskapsloven av 1918.

rett. I en dom avsagt av Borgarting lagmannsrett¹⁵⁵ som gjaldt tvist om gyldighet av et ekteskap inngått i Marokko og som senere var kjent ugyldig av marokansk Høyesterett kom ordre public-reservasjonen til anvendelse. Ekteskapet mellom en muslimsk marokkansk kvinne og kristen marokkansk mann (som hadde både marokansk og norsk statsborgerskap) ble kjent ugyldig av marokansk Høyesterett fra det tidspunktet mannen konverterte til kristendommen. Lagmannsretten kom til at ugyldighetsdommen fra høyesterett i Marokko ikke kunne tillegges rettslige virkninger i Norge på bakgrunn av at et slikt resultat ville støte mot våre prinsipper om religionsfrihet og likestilling mellom kjønnene og dermed rammes at ordre public-innsigelsen.

13.4.3 Forholdet mellom internasjonalt preseptoriske regler og ordre public

Ordre public er ikke sammenfallende med internasjonalt preseptoriske regler. Ordre public har en negativ karakter, i den forstand at den beskytter mot anvendelse av fremmed rett som virker krenkende på fundamentale prinsipper i domstollandets rettssystem. Internasjonalt preseptoriske regler er derimot av en positiv karakter ettersom slike regler anvendes til fortrensel av bakgrunnsretten.¹⁵⁶

13.5 «Fraus legis» - Rettsomgåelse i internasjonal privatrett

Å foreta et lovvalg som fortrenger et rettssystem til fordel for et annet er i utgangspunktet helt legitimt. Dette gjelder også der dette er gjort med det formål å omgå visse regler eller å kunne anvende regler man mener er gunstigere for sitt kontraktsforhold. Spørsmålet som et tatt opp i juridisk teori er om det likevel må kunne settes en grense og at norsk internasjonal privatrett bør operere med en egen omgåelselære myntet på denne problematikken.¹⁵⁷ Problemstillingen i festskriftet er i all hovedsak knyttet opp mot rettsomgåelse som problem innenfor familie- og arveretten, men de sentrale poengene gjør seg gjeldende også på kontraktsrettens område (om enn/ei kanskje ikke med like stor styrke). Hovedpoenget er å reise problemstillingen om internasjonalt preseptoriske regler og ordre public-reservasjonen utgjør tilstrekkelige verktøy til å ramme omgåelsestilfeller som kan karakteriseres som rettstridig.

Lovvalsreglene i internasjonal privatrett er av preliminær karakter. De avgjør hvilket lands rett som skal legges til grunn uavhengig av hva denne materielle retten består av. De er med andre ord verdinøytrale. Lovgivning ellers er sjelden verdinøytral. De aller fleste bestemmelser et utslag av en eller annen form for avveininger og gir uttrykk for et verdivalg. Det er ut fra et slikt perspektiv innskrenkningene i partsautonomien er begrunnet: domstolene gis en viss vei ut av situasjoner der anvendelse av fremmed rett fullt ut vil føre til resultater som strider mot grunnleggende verdier i eget rettssystem.

¹⁵⁵ RG 2008 404.

¹⁵⁶ Guiditta Cordero-Moss (2013) s. 172.

¹⁵⁷ «Rettsomgåelse i internasjonale saksforhold: Fraus legis» av Helge Johan Thue inntatt i festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias (2002) side 717.

I fremmed internasjonal privatrett er det litt ulike synspunkter på denne omgåelsesproblematikken, både i forhold til hvorvidt en slik adgang til innskrenkelse bør foreligge og eventuelt den nærmere utformingen av det. I dansk juridisk teori hersker en delt oppfatning på om dansk internasjonal privatrett inneholder en slik omgåelseslære. I svensk internasjonal privatrett har Michael Bogdan antydnet at en slik lære finnes, uten at han klarer å formulere noe mer presist enn en forholdsvis løs parallell med situasjonen for ordre public og at domstolen må stå fritt til «å ta ställning grundad på sunt förnuft och omständigheterna i det enskila fallet»¹⁵⁸. I fransk rett finnes et eget rettsomgåelsesinstitutt, kalt «l'exception de fraude á la loi». Ved omgåelse som utgjør rettsmisbruk¹⁵⁹ etter den franske læren inntreffer rettsvirkningen «fraus omnia corrumpit» som innebærer at den rettsvirkningen man har søkt og oppnå gjennom omgåelsen ikke inntreffer. I tysk rett går rettsomgåelsesproblematikken under termen «Gesetzesumgehung»¹⁶⁰. Her utgjør omgåelseslæren imidlertid ikke et eget rettsinstitutt, men søkes løst gjennom tolkning og analogiske slutninger. I engelsk og amerikansk rett¹⁶¹ har de ingen omgåelseslære. Omgåelse i form av rettsmisbruk er selvsagt et tema, men avgjort mye mer fra sak til sak uten at det utformes noen lære eller norm for dette. Behovet for en slik lære gjør seg heller ikke gjeldende i like sterk grad fordi det i disse landenes rettssystemer er en mye høyere terskel for å gripe inn i partenes lovvalg rett og slett fordi det ikke er domstolstradisjon for noen kontroll utover lovvalgets formelle gyldighet. Hvorvidt lovvalget er basert på en mer eller mindre uhederlig taktikk for å omgå bestemte regelsett spiller en mindre rolle i common law-systemet enn i civil law-systemet, fordi det her sees mer hen til hvorvidt man formelt er på rett eller gal side av en bestemt terskel¹⁶² og ikke hvor tett opp til denne terskelen lovvalget eventuelt befinner seg.¹⁶³

13.5.1 Behovet for en slik omgåelseslære i internasjonal privatrett

Hvis det oppstilles en ytterlige begrensning i rekkevidden av lovvalget, hva slags rom finnes det for en slik omgåelseslære ved siden av læren om internasjonalt preseptoriske regler og ordre public?

Som et illustrerende eksempel basert på et tilfelle fra rettspraksis der resultatet kanskje kunne ha blitt annerledes etter en slik omgåelseslære nevner Thue dommen inntatt i Rt. 1995 s. 1415¹⁶⁴. Dersom hensikten hadde vært å unndra midlene fra livsarvingene i Norge kunne en omgåelseslære medført en smidigere løsning på problemstillingen slik at domstolen ikke måtte gå veien om å nekte å anerkjenne selve ordningen med slike «joint accounts».

¹⁵⁸ Michael Bogdan (1999) side 92.

¹⁵⁹ På fransk betegnet «abus de loi».

¹⁶⁰ Den samme terminologien benyttes i Sveits og Østerriket.

¹⁶¹ Som begge har common law-systemer i motsetning til de andre nevnte som har civil law-tradisjon.

¹⁶² Utviklet i rettspraksis.

¹⁶³ «Rettsomgåelse i internasjonale saksforhold: Fraus legis» av Helge Johan Thue inntatt i festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias (2002) side 724-725.

¹⁶⁴ Dommen er også nevnt under punktet om kvalifikasjon.

Det synes etter dette å virke vanskelig å utforme en presis omgåelseslære med et reellt nedslagsfelt ved siden av de begrensningene som allerede finnes. En slik omgåelsesadgang har kanskje visse positive sider gjennom økt fleksibilitet for domstolene til å tilsidesette rettsomgåelser som er uønsket, men som ikke rammes av de andre innskrenkningene i partsautonomien. Men en slik økt adgang i domstolenes kompetanse til å underkjenne partenes lovvalg vil kunne føre til en svekkelse av den forutsigbarheten som er helt avgjørende for en velfungerende internasjonal kontraktsrett. Thue har i sin artikkel inntatt motsatt standpunkt for internasjonal privatrett på familie- og arverettens område, og mener det både er behov og rom for en slik løsning.¹⁶⁵

13.6 Krav om «aktverdig interesse»

I tillegg til at internasjonalt preseptoriske regler og prinsippet om ordre public utgjør begrensninger i partsautonomien er det i juridisk teori fremsatt en ytterligere skranke for partenes kompetanse, nemlig at lovvalget må ha en aktverdig interesse for å være rettmessig. Hva som ligger i dette er vanskelig å presist angi og har ikke vært tolket strengt. Det finnes ingen eksempler fra norsk rettspraksis der domstolen har satt partenes lovvalg til side under henvisning til at dette kriteriet ikke er oppfylt.¹⁶⁶

Det er med andre ord ikke slik at en ren omgåelsesstrategi fra partenes side er likestilt med urettmessighet og underkjennelse av domstolen. Men en slik omgåelse kan risikere å falle inn under en av de andre to begrensningene for partsautonomien og dermed risikere å bli satt til side av domstolen. Begrensningen må derfor sies å ha mistet sin betydning og er uansett ikke avsatt mye spillerom ved siden av internasjonalt preseptoriske regler og læren om ordre public.

14 Spesielt om «lex mercatoria» som gjenstand for partenes lovvalg

14.1 Hva er «lex mercatoria»?

«Lex mercatoria»¹⁶⁷, også kalt ikke-nasjonal, transnasjonal eller anasjonal rett, er latin for handelsrett eller merkantil rett og kan ha ulike betydninger. Enkelte ganger brukes det som uttrykk for handelsbruk eller kutyme, andre ganger om nasjonale regler som regulerer internasjonal kontraktsrett eller som en henvisning til internasjonale kovensjoner, prinsipper, retningslinjer og standardkontrakter som ikke nødvendigvis er bindende etter nasjonal rett. Men det benyttes også som referanse til et bestemt sett av regler, sedvaner og system for internasjonal kontraktsrett utviklet for og gjennom internasjonal handel, det vil si som et autonomt rettsystem for internasjonale kontrakter. Det er særlig i forbindelse med sistnevnte kategori at utfordringene ved partenes henvisning til en slik rettskilde settes på spissen. Hovedpoenget, og det som til en viss grad gjør henvisninger til en slik rettskilde

¹⁶⁵ «Rettsomgåelse i internasjonale saksforhold: Fraus legis» av Helge Johan Thue inntatt i festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias (2002) side 729, se avsnitt VII.

¹⁶⁶ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) side 342-343.

¹⁶⁷ Selve begrepet «lex mercatoria» ble introdusert av den franske professoren Berthold Goldman i 1964, jfr. «Anasjonal kontraktsrett - «Lex Mercatoria» artikkel av Andreas Meidell (2002).

problematisk, er at den i stor grad utvikler seg uavhengig av og løsrevet fra nasjonal lovgivning.

14.2 Utviklingen av «lex mercatoria»

«Lex mercatoria» er i utgangspunktet ikke noe nytt fenomen. I juridisk teori er det argumentert for at konseptet har røtter tilbake til middelalderen¹⁶⁸ og at det da fungerte som en universiell sedvanerett for den internasjonale handelsstanden.¹⁶⁹ På denne tiden bestod «lex mercatoria» av den sedvaneretten og handelskutymen som ble ansett som felles for handelsmarkedet i Europa, dog med enkelte lokale variasjoner i den nærmere utformingen. Reguleringen var begrunnet ut fra behovet for en effektiv, forståelig og anvendelig kjøpsrett. Det fantes også egne spesialdomstoler for tvisteløsninger. Det sentrale trekket ved denne rettsordningen var at det i stor grad ble oppfunnet, utviklet og håndhevet av de samme kjøpmennene som skulle anvende seg av den.¹⁷⁰

Rettsfenomenet «lex mercatoria» har siden da utviklet seg ytterligere og det er ikke lenger kun tale om en historisk referanse til middelalderens handelsrett, men et mye mer omfattende samlebegrep om rettslige mekanismer knyttet til internasjonal kontraktsrett. Utviklingen er først og fremst av kvantitativ, i den forstand at det nå foreligger et mye mer omfattende materiale som kan betegnes som «lex mercatoria». Men utviklingen er også til dels kvalitativ. Internasjonal kontraktsrett, i vid og snever forstand¹⁷¹, har ikke bare økt sitt omfang, men er også i mye større grad satt i system gjennom en økende grad av kodifisering av felles grenseoverskridende kontraktsrettspraksis samtidig som det har skjedd en kraftig oppblomstring av globale interesseorganisasjoner som arbeider for en mer ensartet og også til dels løsrevet overnasjonal kontraktsrett.

Utviklingen av «lex mercatoria» henger sammen med utviklingen innenfor voldgiftsinstituttet. De fleste større kommersielle aktører opererer i dag med voldgiftsklausuler i sine kontrakter. Voldgiftsinstituttet er en attraktivt løsning for en rekke årsaker, men helt sentralt er partenes adgang til å sette de rettslige rammene for tvisteløsningen, at de selv kan oppnevne dommere, at saken kan foregå for lukkede dører og at rettsforholdet avgjøres raskere enn hva som er mulig ved behandling i de ordinære domstolene.

14.3 Hvilke problemstillinger reiser valg av «lex mercatoria»?

Partenes valg av slike rettskilder for sitt kontraktsforhold reiser ulike problemstillinger. Et hovedskille går mellom de tilfeller der en henvisning til slik anasjonal rett kun

¹⁶⁸ Middelalderen, den vanlige betegnelsen på den perioden i Europas historie som ligger mellom antikken og moderne tid. Det er vanlig å regne tiden fra ca. 500 til ca. 1500 e.Kr. til middelalderen. Middelalderen. (2013, 21. november). I Store norske leksikon. Hentet 15. april 2015 fra <https://snl.no/middelalderen>.

¹⁶⁹ «Advokatens århundre? Globaliseringen og dens følger for advokatmarkedet», Knut Papendorf (2002).

¹⁷⁰ Sealy og Hooley. «Commercial Law: Text, Cases and Materials.» (2008) side 14.

¹⁷¹ Både kontraktsrett utenfor og innenfor nasjonale rettssystemers virke, jfr. punkt 14.1.

utgjør et materialrettslig lovvalg og der den utgjør/er ment som et kollisjonsrettslig lovvalg.¹⁷²

14.3.1 «Lex mercatoria» som et materiellrettslig lovvalg

Der henvisningen til lex mercatoria utgjør et materialrettslig lovvalg (eller uekte) lovvalg blir denne en del av kontraktsforholdet, men er underlagt bakgrunnsretten på lik linje med kontrakten for øvrig.¹⁷³

Dette kan skje på litt ulike måter. Partene kan uttrykkelig ha inntatt spesifikke internasjonale regelverk i sin kontrakt. Disse vil da gjelde for kontraktsforholdet mellom partene, men vil måtte avgrenses opp mot den nasjonale bakgrunnsretten og også måtte vike for denne der domstolene finner at en løsning basert på regelverket det er hensvist til ikke lar seg forene med løsningen etter nasjonal rett. Videre kan det være slik at internasjonale regler, kutyme eller praksis i henhold til bakgrunnsrettens metodelære ansett som relevante rettskilder slik at de kommer til anvendelse for eksempel i tolkningsspørsmål uavhengig av om partene uttrykkelig har anført dette. Slik er det for eksempel etter norsk rettskildelære, der det ved tolkning og utfylling av kontrakter blant annet kan sees hen til internasjonale regelverk og praksis. Hvilken vekt slike rettskilder tillegges i den nasjonale retten kan imidlertid variere.

14.3.2 «Lex mercatoria» som et kollisjonsrettslig lovvalg

Der henvisningen er ment som et kollisjonsrettslig (eller ekte) lovvalg er ikke rettstilstanden like oversiktlig. For voldgift er det på det rene at partene har adgang til å foreta et slikt valg. Men den vide adgangen til å avtale lovvalg ved voldgiftsavgjørelser må sees i sammenheng med den helt sentrale rollen partsviljen innehar i voldgiftsretten. Utenfor voldgiftsinstutttet er ikke partene nødvendigvis levnet noen tilsvarende rettslig kompetanse.

Innen EU-internasjonal privatrett er det alminnelig antatt at Roma I artikkel 3, som regulerer partsautonomien som lovvalgsregel, kun omfatter valg av nasjonale rettssystemer og derav ikke hjemler noen rett til valg av slik anasjonal rett. Tilsvarende regulering følger for norsk internasjonal privatrett av kjøpslovvalgsloven § 3 som uttrykkelig presiserer lovvalget til å gjelde «rettsreglane i det landet som kjøpar og seljar har avtala». Til sammenlikning bruker voldgiftsloven formuleringen «de rettsregler som partene har valgt».¹⁷⁴ Hva rettstilstanden er for kontrakter som ikke reguleres av disse bestemmelsene er ikke like fastsatt, men i lys av den linje domstolene synes å ha lagt seg på hva angår tolkning opp mot EU-domstolen og europeisk internasjonal privatrett, vil nok også andre kontraktstyper i stor utstrekning følge et tilsvarende mønster.¹⁷⁵

¹⁷² Jfr. punkt 4.1 om uekte og ekte lovvalg.

¹⁷³ Guiditta Cordero-Moss (2013) s. 226.

¹⁷⁴ Jfr. voldgiftsloven § 36.

¹⁷⁵ «En enhetlig europeisk privatrett, eller en internasjonal privatrett», Helge J. Thue (1994) side 2 flg.

Den løsningen som foreligger etter Roma I, at lovvalget må være et nasjonalt rettssystem, er en videreføring av rettstilstanden fra Romakonvensjonen. I Grønneboken til Roma I-forordningen ble problemstillingen angående «lex mercatoria» og lovvalg reist og i et utkast til forordningen ble det foreslått at artikkel 3 skulle inneholde et nytt ledd som åpnet opp for at partene kunne velge «aftaleretlige regler og prinsipper, som er anerkendt på internasjonalt plan eller fællesskabsplan». Dette ble imidlertid ikke fulgt opp i den endelige utgaven.

I forarbeidene til kjøpslovvalgsloven er det heller ikke noe som tyder på en slik adgang til å velge anasjonal rett som bakgrunnsrett for kontraktsforholdet. I likhet med dens inspirator, Haagkonvensjonen av 1955 som bare nevner «rettsreglene i det landet partene har avtalt», inneholder forarbeidene til kjøpslovvalgsloven begreper som naturlig og ut fra deres kontekst kun referer seg til nasjonale rettssystemer, som for eksempel «lovgivning» og «lov».¹⁷⁶

Ut fra dette må partene etter norsk internasjonal privatrett, og også europeisk internasjonal privatrett, sies å være avskåret fra å velge anasjonale rettskilder og rettssystemer som enerådende bakgrunnsrett for sitt kontraktsforhold.

14.4 (Den akademiske) debatten omkring «lex mercatoria» som rettskilde

«Lex mercatoria» har vært og er fortsatt omdiskutert i internasjonal juridisk litteratur. En hovedinnvending mot å anerkjenne dette som et autonomt rettssystem eller en fullverdig rettskilde synes å være at «lex mercatoria» som rettsfenomen ikke er tilstrekkelig komplett hverken i utforming eller innhold og dermed ikke er kvalifisert til å inneha en slik posisjon. En annen innfallsvinkel for motstandere er å angripe prosessen forut for dannelsen og utviklingen av et slik system, eller nærmere bestemt mangelen på en tilsvarende (kvalitetssikret) prosess som den vi kjenner fra nasjonal lovgivning. Slik sett kan en rekke av de innvendingene som er kjent fra folkeretten også overføres til/rettes mot «lex mercatoria» som et autonomt rettssystem/rettskilde. De tre elementene som kjennetegner et moderne rettssystem (en lovgivningsmyndighet, en domsmyndighet og en tvangsmyndighet), er alle svakt utbygget og ufullstendig innenfor folkeretten. Videre mangler den en hierarkisk struktur og er ofte mer fragmentert og vag sammenlignet med nasjonal lovgivning. På den andre siden er nok kontraktsreglene utviklet i det internasjonale handelssamfunnet mer presise og innehar jevnt over en mer fullstendig utforming bedre egnet for direkte anvendelse enn for eksempel konvensjoner om menneskerettigheter som i større grad bærer preg av kompromisser og idealer. Og fremveksten av mer konkrete og fullstendige regelverk minsker avstanden mellom internasjonal og nasjonal rett. Mye nasjonal kontraktsrett er også laget etter internasjonale modeller, slik som tilfellet er for vår egen kjøpslov, som er modellert etter CISG¹⁷⁷.

Tilhengere av å gi «lex mercatoria» en slik status begrunner dette ofte med at en slik ordning skaper et spesialisert regelverk som på mange måter er bedre egnet til anvendelse på internasjonale forhold enn nasjonale rettssystemer.

¹⁷⁶ Guiditta Cordero-Moss (2013) s. 227.

¹⁷⁷ United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods.

Meidell har i sin artikkel¹⁷⁸ inntatt det standpunkt at en fullstendig avvisning av rettsfenomenet er lite fruktbart, og begrunner dette både ut fra anasjonal rett i mange tilfeller kan være bedre egnet enn nasjonal rett og fra et rent praktisk perspektiv - «lex mercatoria» har fått et visst innpass/fotfeste i internasjonal kontraktsrett og kan derfor ikke bastant avvises som uholdbart. Debatten bør på denne bakgrunn omhandle hva som ligger eller eventuelt burde ligge i rettsfenomene og ikke hvorvidt det faktisk eksisterer eller ikke.

III Avslutning

15 Avsluttende bemerkninger om partsautonomi som lovvalgsregel

Sammenfatningsvis har partsautonomi som lovvalgsregel flere aspekter som innehar både positive og negative kvaliteter.

Et aspekt som er trukket frem i juridisk teori er partsautonomiens praktiske fordel. Når det, til tross for forsøk på harmonisering, foreligger ulikheter innenfor forskjellige lands internasjonale privatrett vil det dette utgjøre et usikkerhetsmoment som partene selv kan redusere gjennom sitt lovvalg.¹⁷⁹ Dette gjelder riktignok bare dersom rammene for partsautonomien som lovvalgsregel er forholdsvis klare slik at partene ikke risikerer å ufrivillig overskride sin kompetanse. Videre må de mekanismene domstolene har for å gripe inn og skjære igjennom lovvalget ikke få så stort nedslagsfelt at det i realiteten er snakk om en uthuling av det internasjonaltprivatrettslige systemet. I forbindelse med større kommersielle aktører er også en del av de typiske hensyn bak nasjonalt preseptoriske bestemmelsene ikke like aktuelle. Dette fordi slike aktører i større grad må anses for å kunne bære sin egen risiko ved kontraktsforpliktelser. Det er med derimot ikke sagt at en slik inngripelse fra domstolene er uaktuell, store forskjeller i for eksempel forretningsmessig styrke foreligger også blant kommersielle aktører, men at det kanskje må enda mer til for at de skal anvendes. Videre er det også anført at det er partene som kjenner deres forhold best og dermed er de som er nærmest til å vite hvilke bestemmelser eller rettssystem som er mest hensiktsmessig. Partenes lovvalg kan også være et tungtveiende uttrykk for den retten som forholdet må anses å ha sin nærmeste tilknytning til. En siste praktisk fordel ved partsautonomien som lovvalgsregel er at den i de fleste tilfeller gir det resultat at kontraktsforholdet er underlagt ett rettssystem. Selv om partene kan velge å spalte opp lovvalget for ulike deler av kontrakten er den vanligste løsningen å underlegge forholdet et enkelt rettssystem.¹⁸⁰

Satt inn i et større perspektiv kan partsautonomien, med den form for fleksibilitet og forutsigbarhet den innebærer, være et positivt incentiv for grenseoverskridende handel. I internasjonale kontraktsforhold vil partsautonomien innebære ensartede konkurransevilkår for partene.¹⁸¹

¹⁷⁸ Andreas Meidell (2002) side 321.

¹⁷⁹ Gaarder/Lundgaard (2000) side 233.

¹⁸⁰ Gaarder/Lundgaard (2000) side 233.

¹⁸¹ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) side 341.

Den største innvending partsautonomien har blitt konfrontert med er at partenes lovvalg kan fortrenge kontraktsregler som i nasjonal rett er ansett som så viktige at de for interne forhold er gjort preseptoriske. Og en slik mulighet for omgåelse av preseptorisk lovgivning er selvsagt ikke ukontroversiell eller uproblematisk. Men med den gjennomskjæringsadgangen som tross alt finnes etter prinsippet om internasjonalt preseptoriske regler og læren om ordre public vil ikke en domstol måtte treffe avgjørelser som er uforenelig, i den forstand at det strider mot grunnleggende rettsprinsipper, med lex fori.

Partsautonomi som lovvalgsregel innebærer en fleksibilitet som kan være ønskelig på kontraktrettens område. Internasjonal kontraktspraksis er svært mangfoldig og en fleksibel tilnærming til valg av bakgrunnsrett kan være bedre egnet til å imøtekomme partenes særbehov enn en et svært rigid system. Når det foreligger slik fleksibilitet vil dette alltid medføre en fare for misbruk av denne tilliten. Slik er tilfellet for de aller fleste rettslige mekaniser med tilsvarende rom for partsvilje. Ved utformingen av ramme for partsautonomien som lovvalgsregel må man avveie disse to opp mot hverandre: Ønsket om en fleksibel, forutsigbar og praktisk lovvalgsregel mot den rammebetingelsen som best kan sikre at denne friheten ikke misbrukes i strid med grunnleggende rettsverdier.

Uavhengig av de nærmere rammene for partsautonomien slik den foreligger i dagens internasjonale privatrett er det viktig at den videre utformingen og reguleringen har det overveiende perspektiv for øye; nemlig at det bør søkes løsninger som fremmer forutsigbarheten for lovvalget i internasjonale rettsforhold.

16 Kildehenvisninger

16.1 Bøker

Bogdan, Michael. «Svensk internationell privat- och procesrätt», 5. utgave, Stockholm 1999.

Castberg, Frede. «Folkerett», 2. utgave Oslo 1948.

Cordero-Moss, Giuditta. «Internasjonal privatrett på formuerettens område», Oslo 2013, Universitetsforlaget.

Cordes, Jørg., Stenseng, Laila., Lenda, Peter. «Hovedlinjer i internasjonal privatrett», 2. utgave Oslo 2010, Cappelen akademisk forlag.

Eckhoff, Torstein. «Rettskildelære», 5. utgave Oslo 2001.

Lilleholt, Kåre. «Knophs oversikt over norges rett», 13. utgave Oslo 2004, Universitetsforlaget.

Lundgaard, Hans Petter. «Gaarders innføring i internasjonal privatrett», 3. utgave Oslo 2000, Universitetsforlaget.

Sealy, Len S., Hooley, Richard J. A. «Commercial Law: Text, Cases and Materials», 2008, Oxford University Press.

Thue, Helge Johan. «Internasjonal privatrett. Personrett, familierett og arverett. Alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringer.» Oslo 2002, Gyldendal akademisk.

16.2 Artikler

«En enhetlig europeisk privatrett, eller en internasjonal privatrett» av Helge Johan Thue (1994).

«Rettsomgåelse i internasjonale saksforhold: Fraus legis» av Helge Johan Thue inntatt i festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias (2002).

«Anasjonal kontraktsrett - «Lex mercatoria» av Anders Meidell (2002).

«Advokatens århundre? Globaliseringen og dens følger for advokatmarkedet», Knut Papendorf (2002).

«Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske reger» av Giuditta Cordero Moss inntatt i Tidsskrift for Rettsvitenskap (2007/5).

«Behov for kodifisering av den internasjonale privatretten». Giuditta Cordero Moss. Lov og Rett nr. 1 (2013).

16.3 Norske lover

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

Lov om vekslar av 27. mai 1932 nr. 2.

Lov om chekker av 27. mai 1932 nr. 3.

Lov om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp av 3. april 1964 nr. 1.

Lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56.

Lov om lovvalgs i forsikring av 27. november 1992 nr. 111 (forsikringslovvalgsloven).

EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109.

Lov om sjøfarten av 24. juni 1994 nr. 39.

Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46.

Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34 (forbrukerkjøpsloven).

Lov om voldgift av 14. mai 2004 nr. 25 (voldgiftsloven).

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår m.v. av 9. januar 2009 nr. 2.

Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet i sivile og kommersielle saker, gjennomført i norsk rett ved lov av 19. juni 2009 nr. 79 (vedlegg til tvisteloven).

Lov om deltidsbruksrett og langtidsferieprodukter m.v. av 25. mai 2012 nr. 27 (timeshareloven).

Lov om opplysningsplikt og angrenerett m.v. ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrefristloven) av 20. juni 2014 nr. 27.

16.4 Forarbeider

Justisdepartementets høringsnotat: «Utkast til interlegale lovvalgsregler på formuerettens område» av 20. mai 1985, Jnr 1450/85 E BN/uwg.

Justisdepartementets høringsnotat: «Grønnbok om mulige endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område», 13. juni 2003, 200206128 EP HCH/IHO/bj.

Ot.prp. nr. 15 (1963-1964).

Ot.prp.nr. 72 (1991-1992).

Ot.prp. nr. 13 (1999-2000)

Ot.prp. nr. 22 (2003-2004).

16.5 Fremmed rett

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 («Brussel I»).

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 864/2007, av 11. juli 2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt («Roma II»).

Forslag til Europaparlamentets og Rådets Forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I), KOM (2005) 650.

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008, av 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser («Roma I»).

«Giuliano-Lagarde-rapporten» (1980).

«Grønbog om omdannelse af Rom-konventionen af 1980 om, hvilket lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, til en fællesskabsretsakt med opdatering af dens bestemmelser» KOM (2002) 654, Brüssel, 14. januar 2003.

16.6 Norsk retspraksis

Rt. 1923 II s. 58 «Irma Mignon»

Rt. 1931 s. 1185 «Thamsdommen»

Rt. 1953 s. 1132

Rt. 1957 s. 246 «Turbussdommen»

Rt. 1977 s. 715

Rt. 2000 s. 654

Rt. 2002 s. 180 «Leros Strength»

Rt. 2002 s. 807

Rt. 2006 s. 1089

Rt. 2009 s. 1537 «Bokhandlerdommen»

Rt. 2011 s. 531 «Krigsforbryterdommen»

RG 2008 s. 404

LE-2013-041043 «SAS-dommen»

16.7 Fremmed rettspraksis

C-145/86 «Hoffmann»

C-414/92 «Solo Kleinmotoren»

C-126/97 «Eco-Swiss»

C-7/98 «Krombach»

C-38/98 «Renault»

C-381/98 «Ingmar»

C-208/00 «Überseering»

C- 168/05 «Claro»

C-420/07 «Apostolides»

C-394/07 «Gambazzi»

C-619/10 «Trade Agency Ltd v Seramico Investments»

16.8 Nettsider

www.rettsdata.no

www.lovddata.no

www.snl.no

www.eur-lex.europa.eu