

## Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift

### Et tillegg og et forskningsprosjekt

Av professor dr.juris Giuditta Cordero Moss

I *Lov og Rett*, 2009 s. 43–53 argumenterer Ivar Alvik for at partenes autonomi og lovvalgsadgang står sterkere i internasjonal kommersiell voldgift enn i tvister som avgjøres ved nasjonale domstoler. Dette igjen skaper en viss utvidet materiell kontraktsfrihet i rettsforhold som underlegges internasjonal voldgift. Samtidig bemerker Alvik at prinsippet om partsautonomien ikke nødvendigvis er absolutt: Det kan blant annet være usikkert hvor langt partenes lovvalg rekker. Denne artikkelen omhandler spørsmålet om partsautonomiens rekkevidde i internasjonal kommersiell voldgift og foreslår et alternativt syn på lovvalgsreglenes rolle. Økt bevissthet om internasjonal privatrett kan spare de kommersielle parter for ubehagelige overraskelser og betydelige kostnader. Et forskningsprosjekt ved Universitetet i Oslo tar for seg dette spørsmålet.

GIUDITTA CORDERO MOSS (f. 1961) er jurist fra La Sapienza, Roma (1984), ph.d. ved Institutt for stat og rett, Det russiske vitenskapsakdemi, Moskva (1995) og dr. juris. ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo (1999). Professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo fra 2004.

#### 1 INNLEDNING

Rekkevidden av partenes autonomi blir spesielt utfordret i kommersielle internasjonale forhold som ikke er rent kontraktsrettslige. Kommerielle avtaler har ofte implikasjoner som går ut over det bilaterale forhold mellom partene ved at de kan ha relevans for tredje part (for eksempel kreditorer) eller spesiell betydning for samfunnet (for eksempel ved konkurransevridding). Når disse aspekter av partenes juridiske forhold har en internasjonal dimensjon, må man avgjøre hvilket lands rett de er underlagt. Partenes lovvalg er ikke nødvendigvis avgjørende, ettersom rettsystemene ofte opererer med ufravikelige lovvalgsregler på disse områdene. Enkelte av reglene som ville blitt anvendt hvis voldgiftsretten hadde sett bort fra partenes valg og hadde anvendt lovvalgsreglene, kan ha en slik karakter at en voldgiftsdom som er i strid med dem, risike-

er å bli satt til side eller nektet tvangfullbyrdet. Det er derfor ikke alltid riktig å oppfatte nasjonale lovvalgsregler som irrelevante når partenes kontrakt inneholder en voldgiftsklausul.<sup>1)</sup>

## 2 LOVVALG OG DETS VIRKNING PÅ VOLDGIFTSDOMMEN

En illustrasjon på hvordan lovvalgsreglene begrenser voldgiftsavgjørelsens virkninger, er en dom fra 2007 hvor Svea hovrätt satte til side en voldgiftsavgjørelse avgitt i regi av Stockholm Handelskammars voldgiftsinstitutt.<sup>2)</sup> Avtalen som voldgiftsavgjørelsen var basert på, var inngått mellom Norsk Hydro og den ukrainske stat og inneholdt en lovvalgs klausul til fordel for svensk rett samt en voldgiftsklausul. Ukraina hevdet at man ikke var bundet av avtalen, ettersom denne ikke var signert av personer som hadde tilstrekkelig fullmakt etter ukrainsk rett. Voldgiftsretten fant at avtalen var underlagt svensk rett og bindende for begge parter som hadde signert den. Svea hovrätt tok blant annet utgangspunkt i det internasjonaltprivatretslige prinsipp at lovvalget som er foretatt av partene, gjelder deres kontraktsrettslige forhold, ikke partenes rettshandleevne. Denne reguleres av partenes egen rett. Voldgiftsavgjørelsen, som kun hadde tatt hensyn til retten avtalt mellom partene, ble derfor underkjent.

Et annet eksempel på en voldgiftsdom som ble nektet tvangfullbyrdet fordi voldgiftsretten ikke hadde tatt hensyn til partenes egen rett, er en avgjørelse avgitt av den engelske High Court i 2008:<sup>3)</sup> Voldgiftsdommen var avgitt i regi av Det internasjonale handelskammer (ICC) i Paris og ble søkt tvangfullbyrdet i England. Den engelske

- 1) En detaljert analyse av problemstillingen finnes i G. Cordero Moss, «International Arbitration and the Quest for the Applicable Law», (2008) *Global Jurist*: vol. 8 issue 3 (Advances), Article 2 s. 1–42 og G. Cordero Moss, «Arbitration and Private International Law», (2008) *International Arbitration Law Review*, vol. 11 issue 4, s. 153–164.
- 2) Dom 27.12.2007 i sak T 3108-06, *Norsk Hydro ASA v Ukraine*. Dommen ble anket, men Högsta domstolen fant ikke grunn til å behandle anken (2.6.2008). Avgjørelsen ble avsagt under den tidligere svenske voldgiftsloven, men det er uten betydning i denne sammenheng, fordi den nye voldgiftsloven ikke har endret substansen i de relevante bestemmelser. Ugyldighetsgrunnen som omtales her – partens manglende rettshandleevne – finnes nå i voldgiftsloven av 1999 artikkel 34(1), jfr. SOU 1994:81 s. 77 og prop. 1998/99:35 s. 48. Den er ikke lenger en absolutt ugyldighetsgrunn som rammer voldgiftsavgjørelsen uansett om den tapende part anlegger ugyldighetssøksmål, men en «klander» som må påberopes av den tapende part, jfr. prop. 1998/99:35 s. 138 flg. At voldgiftsloven artikkel 35(1) dekker også partenes manglende rettshandleevne, bekreftes for eksempel av L. Heuman, S. Jarvin, *The Swedish Arbitration Act of 1999, five years on: a critical review of strengths and weaknesses*, New York 2006, s. 237 flg.
- 3) *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2008] EWHC 1901 (Comm).

domstolen kom til at den tapende part ikke kunne anses å være bundet av voldgifts-avtalen, fordi regler om fullmakt i partens egen rett ikke var overholdt.<sup>4)</sup>

Også i Russland ble det nylig slått fast at voldgiftsretten må, ved løsning av tvister som springer ut av aksjonæravtaler, se bort fra partenes lovvalg i spørsmål som angår selskapets juridiske personlighet, dets rettslige handleevne, selskapsorganenes funksjon og selskapets forhold til aksjonærene.<sup>5)</sup> Bestemmelsene som regulerer disse forhold, anses som *ordre public* i russisk rett, og en voldgiftsavgjørelse som er i strid med dem, kan settes til side, eventuelt nektes tvangsfullbyrdet. Lignende standpunkt har domstolene i Ukraina nylig inntatt.<sup>6)</sup>

Videre foreligger et eksempel hvor en amerikansk domstol tok hensyn til insolvensreglene i Sverige, til tross for at de ikke var en del av voldgiftsavgjørelsen eller av partenes avtale.<sup>7)</sup> Voldgiftsavgjørelsen var avgitt i London og påla en svensk debitor å betale et visst beløp. Den amerikanske domstolen nektet å tvangsfullbyrde den: Debitor var under konkursbehandling i Sverige, og den amerikanske domstolen fant at det ville ha vært i strid med amerikansk *ordre public* å tvangsfullbyrde en voldgiftsdom som ikke hadde tatt hensyn til svenske regler om fordeling mellom kreditorene.

Et annet, kjent eksempel på rettsregler som påvirker voldgiftsdommen til tross for partenes og voldgiftsrettens manglende henvisning (eller til og med partenes ønske om å ikke anvende disse regler), er EF-domstolens *ECO Swiss*-avgjørelse om at europeiske konkurranseregler er fundamentale bestemmelser som er vesentlige for å nå målene i det europeiske samarbeid – med særlig hensyn til det interne markedet. Avtaler som bryter med europeisk konkurranserett, er således i strid med europeisk *ordre public* selv om partene valgte en bakgrunnsrett fra en annen del av verden, og voldgiftsdommer som baserer seg på disse avtaler må derfor underkjennes.<sup>8)</sup>

4) Den svenske og den engelske avgjørelse har forskjellige tilnærminger til spørsmålet, men resultatet er det samme: Det skal tas hensyn til partens egen rett når det skal avgjøres hvorvidt avtalen og voldgiftsavtalen er bindende. For en analyse se G. Cordero Moss, «Arbitration, Legal Capacity and Private International Law», K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, (red.), *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Utrecht 2010.

5) Avgjørelse 31. desember 2006 av Federal Commercial Court of West Siberia om en voldgiftsavgjørelse som baserte seg på en aksjonæravtale mellom OAO Telecominvest, Sonera Holding B.V., Telia International AB, Avenue Ltd, Santel Ltd, Janao Properties Ltd, og IPOC International Growth Fund Ltd.

6) Se anbefaling nr 04-5/14 utstedt av Presidium of the Higher Commercial Court of Ukraine 28. desember 2007.

7) Saken *Dry Cargo AB v. Victrix Steamship Co*, i (1990) *Yearbook Commercial Arbitration* XV, s. 534 flg.

8) Sak C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. mot Benetton International N.V.*, Sml. 1999 s. I-3055.

EF-domstolen har også betegnet reglene som beskytter handelsagenter, som vesentlige for å nå det europeiske samarbeidet, med særlig hensyn til etableringsfrihet og fri konkurranse.<sup>9)</sup> I lys av *ECO Swiss* tyder mye på at også en voldgiftsdom som ikke tar hensyn til slike regler, vil krenke europeisk *ordre public*.

I en senere avgjørelse har EF-domstolen betegnet som *ordre public* regelen i direktiv 93/13 om at urimelige kontraktsvilkår i forbrukeravtaler ikke er bindende.<sup>10)</sup> Avgjørelsen gjelder forbrukerforhold, og det er ikke uten videre grunn til å utvide dens anvendelseområde til å omfatte også bestemmelser om rimelighet i kommersielle avtaler. Det kan dog bemerkes at man i arbeidet som pågår om en mulig europeisk kontraktsrett, kan spore en viss tendens til å utvide bestemmelsene som beskytter forbrukeren eller den svakere kontraktspart, slik at de anvendes også på kommersielle kontrakter.<sup>11)</sup> Selv om det ikke synes å være grunn til å støtte en slik utvikling, bør den ikke ignoreres.

### 3 INNSIGELSER MOT VOLDGIFTSDOMMEN: GYLDIGHET OG TVANGSFULLBYRDELSE

Toneangivende internasjonale instrumenter som UNCITRALs modell av internasjonal kommersiell voldgift av 1985 (revidert i 2006) og New York-konvensjonen om anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av utenlandske voldgiftsdommer av 1958 gir adgang til og regulerer nasjonal domstolskontroll med voldgiftsdommer. De aller fleste nasjonale voldgiftslover, inklusiv den norske (som er basert på UNCITRALs modell og New York-konvensjonen), gjør det samme.

Generelt er det to muligheter for en domstol til å utøve kontroll over voldgiftsdommer: Ved ugyldighetssøksmål som den tapende part anlegger i landet der voldgiftsretten hadde sitt sete, kan domstolen sette en voldgiftsdom til side. For voldgiftsdommer som er avgitt i Norge, er dette regulert i voldgiftsloven §§ 42–44. I UNCITRALs modell er ugyldighetssøksmål regulert i art. 34. Ved begjæring om tvangsfullbyrdelse som den vinnende part anlegger i landet eller landene der den tapende part har aktiva, kan domstolen nekte tvangsfullbyrdelse. For voldgiftsdommer som søkes

9) Sak C-381/98, *Ingmar GB Ltd mot Eaton Leonard Technologies Inc.*, Sml. 2000 s. I-9305, avsnitt 24.

10) Sak C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro mot Centro Móvil Milenium SL*, Sml. 2006 s. I-10421.

11) For nærmere detaljer om denne utvikling og en kritikk se G. Cordero Moss, «Commercial Contracts between Consumer Protection and Trade Usages: Some Observations on the Importance of State Contract Law», R. Schulze (red.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, München 2008, s. 65–93.

tvangsfyllbyrdet i Norge, er dette regulert i voldgiftsloven §§ 45–47. I UNCITRALs modellov er anerkjennelse og tvangsfyllbyrdelse regulert i art. 36, og i New York-konvensjonen i art. V.

Vilkårene for å sette en voldgiftsdom til side eller nekte tvangsfyllbyrdelse finnes i forskjellige kilder: Ugyldighetssøksmål er regulert i den nasjonale voldgiftsrett og kan følgelig variere fra land til land. Den nevnte UNCITRALs modellov har imidlertid ledet til en viss harmonisering blant de over 50 land som har valgt å benytte den som mønster for sin voldgiftslovgivning (herunder Norge). Adgangen til å nekte tvangsfyllbyrdelse er regulert folkerettslig gjennom den nevnte New York-konvensjonen, som er ratifisert av rundt 150 land (herunder Norge). UNCITRAL valgte bevisst å harmonisere vilkårene for ugyldighet og for å nekte tvangsfyllbyrdelse og brukte for begge formål de samme vilkårene som New York-konvensjonen lister opp uttømmende. Med det forbehold at ugyldighetsvilkår, som altså er regulert i nasjonal voldgiftsrett, kan variere fra land til land hvis ikke modelloven er benyttet som mønster, kan man derfor anse New York-konvensjonens liste av grunner for å nekte tvangsfyllbyrdelse som rettssystemenes smertegrense: Voldgift gjør det mulig for partene å ha full kontraktsfrihet innenfor disse grenser. Når grensene overskrides, risikerer man derimot at en voldgiftsavgjørelse som gir full virkning til partenes avtale, blir underkjent eller blir nektet tvangsfyllbyrdet.

#### 4 KRITEIRER: IKKE BINDENDE VOLDGIFTSAVTALE OG STRID MOT *ORDRE PUBLIC*

Innenfor rammene av spørsmålet om lovvalg og voldgift er det enkelte av disse grenser som er spesielt relevante: Ekseplene ovenfor gjelder alle tilfeller hvor enten voldgiftsavtalen ikke var bindende for en part, eller hvor avgjørelsen stred mot *ordre public*. Førstnevnte kan gjøres gjeldende av den tapende part i ugyldighetssøksmålet som parten kan anlegge i landet der voldgiftsavgjørelsen ble avgitt,<sup>12)</sup> eller som innsigelse mot tvangsfyllbyrdelse av voldgiftsdommen.<sup>13)</sup> Sistnevnte kan gjøres gjeldende av den tapende part eller av rettens eget tiltak innen rammen av et ugyldighetssøksmål anlagt av den tapende part i voldgiftsdommens opprinnelsesland<sup>14)</sup> eller i forbindelse med tvangsfyllbyrdelse initiert av den vinnende part.<sup>15)</sup>

12) For voldgiftsavgjørelser avgitt i Norge er dette regulert i voldgiftsloven § 43 første ledd litra a.

13) For voldgiftsavgjørelser som søkes tvangsfyllbyrdet i Norge er dette regulert i voldgiftsloven § 46 første ledd litra a.

14) For voldgiftsavgjørelser avgitt i Norge er dette regulert i voldgiftsloven § 43 annet ledd litra b.

15) For voldgiftsavgjørelser som søkes tvangsfyllbyrdet i Norge, er dette regulert i voldgiftsloven § 46 annet ledd litra b.

Hvorvidt voldgiftsavtalen er bindende for en part, er et spørsmål som ikke nødvendigvis avgjøres av retten som partene valgte til å regulere avtalen, som eksemplene nevnt ovenfor viser. Dette er et rent lovvalgsspørsmål. Hvilket lands rett som skal regulere dette spørsmål, vil bli behandlet i pkt. 6 nedenfor.

Hvorvidt en voldgiftsdom strider mot domstollandets *ordre public*, er en mer omfattende problemstilling.<sup>16)</sup> Lovvalgsspørsmålet ligger her i bakgrunnen, idet en voldgiftsdom risikerer å stride mot *ordre public* hvis resultatet i saken ikke er i overensstemmelse med hva utfallet ville blitt dersom lovvalgsreglene var blitt anvendt. Imidlertid er det ikke tilstrekkelig å konstatere at lovvalgsreglene ikke ble anvendt, og at partenes lovvalg førte til et annet resultat. For at voldgiftsdommen skal anses å stride mot *ordre public*, må de reglene som ikke ble overholdt, ha en slik karakter at de kan anses som fundamentale i rettsystemet. I tillegg må resultatet av regelbruddet være så alvorlig at fundamentale prinsipper i systemet må anses krenket. Hvilke regler som har slik karakter, og når utfallet er så støtende, er et spørsmål om skjønn, og det er vanskelig å angi en kategorisering som gjelder i alle systemer og uavhengig av tidsperioden. Eksemplene ovenfor viser at der partenes lovvalg førte til at bestemmelser i retten som skulle ha vært bakgrunnsretten innenfor selskaps-, insolvens-, konkurranse- og forbrukerrett ikke ble overholdt, ble voldgiftsdommen ansett å stride med *ordre public*.

Dette betyr ikke at ethvert brudd med lovvalgsreglene fører til at voldgiftsdommen krenker fundamentale prinsipper i systemet. At en lovvalgsregel ikke ble anvendt, er i seg selv ingen grunn til å underkjenne voldgiftsdommen. Hvilke kriterier kan man bruke for å forstå om manglende anvendelse av lovvalgsreglene vil føre til at voldgiftsdommen blir ansett som i strid med *ordre public*, og blir underkjent?

Et felles trekk ved de lovvalgsreglene som i eksemplene ovenfor førte til at voldgiftsdommen ble ansett å stride mot *ordre public*, synes å være at de aktuelle lovvalgsreglene har som hovedhensyn å verne rettssikkerhet i situasjoner der forholdet mellom partene kan ha faktiske implikasjoner ut over den bilaterale situasjonen. Rettsystemene har i disse situasjoner lagt inn mekanismer for å sikre at partene ikke fritt kan bestemme hvordan slike forhold skal reguleres: Når forholdet er rent internt, er partenes kontraktsfrihet begrenset gjennom preseptoriske regler; når forholdet er internasjonalt, er partenes frihet begrenset gjennom lovvalgsregler. Den klassiske måte for å utelukke partenes mulighet til å velge bakgrunnsretten er at det finnes eksklusive lovvalgsregler som bestemmer, ved hjelp av spesifikke tilknytningsfaktorer, hvilket lands rett som

16) For nærmere detaljer og henvisninger se G. Cordero Moss, «Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007, s. 679–717 (på s. 709 flg.).

skal anvendes på visse rettsområder. På disse områder er det ikke partsautonomi. Selskapsrett, insolvensrett og konkurranserett er eksempler på rettsområder der partene ikke kan velge bakgrunnsretten, og denne velges kun på basis av de tilknytningsfaktorer som er nedfelt i lovvalgsreglene. En annen måte å utelukke partsautonomien på er å bestemme at visse materiellrettslige regler er så viktige at de skal anvendes uansett om forholdet er internasjonalt, og uansett om partene har valgt et annet lands rett, såkalte internasjonalt preseptoriske regler. Eksempler på internasjonalt preseptoriske regler finnes innen forbrukerretten og annet regelverk som skal beskytte den svakere part, for eksempel handelsagenten.

Av hensyn til rettssikkerhet og ut fra offentlige interesser er altså visse rettsområder unndratt partenes frie regulering, både i interne og i internasjonale forhold. En domstol skal ikke håndheve en kontrakt der partene har valgt bakgrunnsretten i strid med slike lovvalgsregler eller internasjonalt preseptoriske regler, hvis dette fører til brudd på de materiellrettslige regler som skulle ha vært anvendt. Det er på de samme områder at valg av voldgift som tvisteløsning ikke uten videre fører til at partene kan omgå disse begrensninger. De samme hensyn som har ført til at rettsystemene opererer med eksklusive lovvalgsregler eller med internasjonalt preseptoriske regler, kan føre til at en voldgiftsdom som fulgte partenes lovvalg og derved ikke tok hensyn til de materielle regler som skulle ha vært anvendt, kan anses som støtende mot fundamentale prinsipper og underkjennes.

Hvis dette er kriteriene som er utslagsgivende for å gi reglene potensiell *ordre public*-karakter, er det flere rettsområder som kan ha regler med slik karakter: For eksempel har bestemmelser innenfor tingsrett, panterett, arbeidsrett og forsikringsrett enten tredjemannsvern eller beskyttelse av den svakere part som hovedhensyn, mens forvaltningsretten har samfunnets interesse som overordnede hensyn. På alle disse områder er partenes kontraktsfrihet begrenset internrettslig, og deres adgang til å velge bakgrunnsretten er begrenset enten av eksklusive lovvalgsregler (tingsrett, panterett, forsikringsrett, forvaltningsrett) eller av internasjonalt preseptoriske regler (arbeidsrett). Hensynet bak disse begrensningene i partsautonomien kan være så tungveieende at de kan gjøres gjeldende selv når man skal vurdere gyldigheten eller tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsdom.

En voldgiftsdom som følger partenes lovvalg og dermed tilsidesetter nasjonale regler som verner tredjemann, den svakere kontraktspart eller samfunnet, risikerer å være uvirksom fordi utfallet støter mot fundamentale prinsipper i domstolens system.

Til tross for dette er det nokså utbredt i kontraktspraksis å forutsette at partenes lovvalg er absolutt og ikke kan begrenses når voldgift er valgt som tvisteløsning.

## 5 VOLDGIFTSRETTENS MYNDIGHET TIL Å GRIPE INN I PARTENES LOVVALG: INTERNASJONAL PRIVATRETT

Etter å ha konstatert at *ordre public*-innsigelsen har vært gjort gjeldende mot voldgiftsdommer som stolte på partenes lovvalg på visse rettsområder, og at innsigelsen kan tenkes brukt på flere rettsområder, er neste spørsmål hvilken adgang voldgiftsretten har til å se bort fra partenes lovvalg.

Voldgiftsretten kan i utgangspunktet ikke se bort fra partenes vilje; hvis partenes instruksjoner ikke er fulgt, risikerer voldgiftsdommen å være uvirksom fordi voldgiftsretten har handlet ut over grensene for sitt verv. Dette er ett av kriteriene som er listet opp i New York-konvensjonen og i UNCITRALs modelllov, og som fører til uvirkosomme voldgiftsdommer.

At voldgiftsretten skal innrette seg etter partenes vilje, er et hovedprinsipp i voldgiftsinstituttet og årsak til den utbredte oppfatning nevnt ovenfor om at partsautonomien er ubegrenset. Det at voldgiftsretten henviser til en konkret fare for at dommen ellers blir uvirksom, kan muligens være tilstrekkelig hjemmel for å anvende bestemmelser med *ordre public*-karakter til tross for at partene valgte en annen lov. Det er imidlertid ingen heldig situasjon for en voldgiftsdommer å måtte velge mellom to potensielle grunner for innsigelser mot dommen: strid mot *ordre public* hvis han følger partenes vilje, eller overskridelse av vervet hvis han ser bort fra partenes vilje.

En fornuftig tilnærming til spørsmålet synes å være å se på partenes lovvalg innenfor sin rettslige sammenheng. Partsautonomien er en lovvalgsregel som riktig nok er anerkjent i de fleste rettssystemer, men er ikke ubegrenset og ikke løsrevet fra reguleringen i rettsordningen som den har sin hjemmel i: Den internasjonale privatretten som regelen tilhører, bestemmer blant annet forutsetningene for å kunne utøve partsautonomi (Skal den kunne utøves kun ved internasjonale kontrakter? Er det nødvendig at partene er bosatt i to forskjellige land for at en kontrakt er internasjonal? osv.) eller eventuelle krav til form (Skal den utøves skriftlig? Kan den være implisitt? osv.). I tillegg til forutsetningene og formkravene er også partsautonomiens anvendelsesområde definert i den internasjonale privatretten som regelen hører til. Således bestemmer den internasjonale privatretten om partsautonomien er tillatt for visse typer avtaler (for eksempel arbeidsavtaler), om hvilke regler som skal anses som internasjonalt preseptoriske og må anvendes selv om partenes lovvalg fører til at avtalen har en annen bakgrunnsrett (for eksempel regler som beskytter handelsagenter), om partsautonomien skal utelukkes i visse rettsområder (for eksempel selskapsrett eller panterett), og om partsautonomien er begrenset av andre prinsipper (for eksempel *ordre public*).

Hvis partenes adgang til lovvalg ikke anses som et absolutt fenomen uten begrensinger, men som en av mange lovvalgsregler som tilhører den internasjonale privatretten,



så er det naturlig å tolke den innenfor rammene som den internasjonale privatretten setter. Voldgiftsretten vil derfor ikke handle mot partenes instruksjoner når den tolker partenes lovvalg i lys av de forutsetningene, formelle krav og ikke minst anvendelsesområde som partsautonomien har i den aktuelle internasjonale privatretten. Dermed er voldgiftsretten ikke tvunget å se bort fra en (gyldig) partsavtale om bakgrunnsretten for å forhindre at dommen strider mot fundamentale prinsipper. Det voldgiftsretten gjør, er å erkjenne at en partsavtale om bakgrunnsretten ikke er gyldig fordi den går utover partenes kompetanse å foreta et lovvalg. Førstnevnte vil kunne føre til innsigelser mot voldgiftsdommen fordi retten overskred sitt verv, sistnevnte ikke.

Å anse partsautonomien for det den er, nemlig en lovvalgsregel, sikrer at voldgiftsretten kan følge partenes lovvalg innenfor de rammene som er akseptable for at voldgiftsdommen ikke mister sine juridiske virkninger.<sup>17)</sup> Samtidig øker dette bevisstheten om at partsautonomien ikke er absolutt. Dette igjen bidrar til å unngå overraskelser som de eksemplene som ble nevnt i punkt 2 ovenfor, der voldgiftsdommer ble underkjent eller nektet tvangsfullbyrdet for å ha fulgt partsautonomien uten å ta hensyn til den egentlig anvendbare rett.

## 6 HVILKEN INTERNASJONAL PRIVATRETT SKAL ANVENDES?

Etter å ha konstatert at enkelte regler potensielt kan ha *ordre public*-karakter, at voldgiftsretten ikke uten videre kan følge partenes lovvalg, og at voldgiftsretten med hjemmel i internasjonal privatrett har en viss myndighet til å se bort fra partenes lovvalg, gjenstår det å finne ut hvilke begrensinger partenes lovvalg har, og hvilket lands rett som ville være anvendbar hvis partenes valg ikke skal legges til grunn. Disse spørsmål besvares ved hjelp av lovvalgsreglene, og disse finnes i den internasjonale privatrett.

Internasjonal privatrett er som kjent en del av hvert lands nasjonal rett – i den grad den ikke er enhetlig regulert gjennom internasjonale konvensjoner eller supranasjonale instrumenter, som for eksempel forordninger i EU. Det finnes altså ikke én enhetlig kilde for internasjonal privatrett over hele verden. Selv innenfor Europa, der store deler av den internasjonale privatrett ble europeisert gjennom flere forordninger, er lovvalgsreglene på mange områder fortsatt regulert på nasjonalt nivå.

Hvilket lands lovvalgsregler som anvendes, er ikke likegyldig, ettersom forskjellige land har forskjellige kriterier (såkalte tilknytningsfaktorer) for å utpeke bakgrunns-

17) Dette betyr ikke at voldgiftsretten er bundet til å anvende alle internasjonalprivatsrettslige detaljer, jf. nærmere om dette i G. Cordero Moss, «Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties?», *Stockholm International Arbitration Review*, 2005:1, s. 1–21.

retten: For eksempel er i noen rettssystemer et selskap underlagt retten i det landet der det er stiftet, mens i andre rettssystemer er det underlagt retten i det landet der det har sin hovedadministrasjon.

Det blir derfor nødvendig å avgjøre hvilket lands internasjonale privatrett som skal anvendes for å bestemme partsautonomiens anvendelsesområde, og hvilken tilknytningsfaktor som skal brukes for å utpeke bakgrunnsretten der partenes lovvalg ikke er avgjørende.

Som Alvik riktig påpeker,<sup>18)</sup> finnes det ikke en enhetlig regel om hvilken internasjonal privatrett voldgiftsretten skal anvende.

Noen voldgiftslover har egne lovvalgsregler; også New York-konvensjonen har enkelte lovvalgsregler, for eksempel spesifiserer den at spørsmålet om en parts retts-handleevne skal avgjøres etter denne parts egen rett.<sup>19)</sup>

Enkelte voldgiftslover er tause om lovvalgsspørsmålet, andre utelater den internasjonale privatretten og gir voldgiftsdommerne myndighet til å velge direkte den materielle retten som er mest passende. Det er ikke uten videre en fordel å utelukke internasjonal privatrett fra internasjonal kommersiell voldgift. En voldgiftsdommer trenger mer enn et alminnelig prinsipp om partsautonomi som slår fast at partenes vilje skal følges. Som vist ovenfor, er partenes autonomi ikke ubegrenset, og grensene kommer til syne når partsautonomien ses i sammenheng med de øvrige regler i den internasjonale privatretten som den tilhører.<sup>20)</sup>

Enkelte rettssystemer henviser voldgiftsretten til den internasjonale privatretten som den mener er mest passende; UNCITRALs modellov har en slik regel. Hvilket

18) I. Alvik, «Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift», *Lov og Rett*, 2009 s. 43–53 på s. 46.

19) Derved er ikke avklart hvilket lands rett som er partenes egen rett: Retten i det landet der selskapet er registrert, eller retten i det landet der selskapet har sin hovedadministrasjon? Man må ty til internasjonal privatrett for å besvare dette spørsmålet.

20) Alvik påpeker (på s. 47) at henvisninger til internasjonal privatrett kan begrense partenes adgang til å velge ikke-nasjonal rett som bakgrunnsrett for sin kontrakt. Internasjonal privatrett har dog ikke merkbar virkning på dette området selv om den tolkes slik at den utelukker at partene kan velge slik bakgrunnsrett. Dette fordi ikke-statlige instrumenter ikke er tilstrekkelig systematiske og detaljerte til å fungere som bakgrunnsretten til full fortrensel for nasjonal rett. Derfor vil en nasjonal rett til syvende og sist måtte anvendes selv om partene hadde valgt en ikke-statlig rett til å regulere deres forhold. Dessuten er disse instrumenters virkeområde som oftest klart innenfor rammene av kontraktsfriheten og blir derfor ikke begrenset i særlig grad av bakgrunnsretten – annet enn gjennom tolking og utfylling. Instrumentene bør anses heller som utfyllende kontraktsvilkår enn som et rettsystem på lik linje med nasjonal rett; derfor er partenes adgang til å velge slike instrumenter som bakgrunnsrett mer av teoretisk enn av praktisk karakter – en adgang som dessuten blir brukt meget sjelden i kommersiell praksis. For flere detaljer se G. Cordero Moss, «Commercial contracts between consumer protection and trade usages», *op.cit.*, s. 75 flg.

lands internasjonal privatrett som voldgiftsretten kommer til å anse som mest passende, kan ikke forutsies med sikkerhet: I enkelte saker foretar voldgiftsretten en komparativ analyse av flere lands internasjonalprivatrettslige regler og anvender det som den anser for å være en fellesnevner; ofte velger voldgiftsretten å anvende den internasjonale privatretten som tilhører rettsystemet i det landet der den har sitt sete.

Sistnevnte er løsningen som den norske voldgiftsloven har valgt å kodifisere i § 31. Dette er ikke løsningen som blir ansett som den mest moderne, som Alvik påpeker.<sup>21)</sup> Av hensyn til den sentrale rolle den internasjonale privatretten spiller, synes dette dog å være en hensiktsmessig løsning, ettersom den skaper klarhet om hvilken internasjonal privatrett som voldgiftsretten bør anvende.

Modellovens fleksibilitet gjør det riktig nok mulig for voldgiftsretten å ta hensyn til den internasjonale privatretten blant annet i landet der voldgiftsavgjørelsen muligens skal fullbyrdes. Dette er fordelaktig med tanke på å forebygge innsigelser for tvangsfullbyrdelsesdomstolen. Det er imidlertid ikke alltid lett å forutse hvor voldgiftsdommen skal tvangsfullbyrdes – først og fremst fordi man, i den tidlige fase der man identifiserer bakgrunnsretten, ikke ennå vet hvilken av partene kommer til å vinne. Dessuten kan en voldgiftsavgjørelse tvangsfullbyrdes i et hvert land der den tapende part har aktiva eller til og med gods i transitt (hvis det landet har ratifisert New York-konvensjonen). Dette øker betraktelig antallet land som kan bli aktuelle. Fullbyrdelseslandet er uansett ikke det eneste som er relevant: Landet hvor voldgiftsretten har sitt sete, er også relevant, ettersom voldgiftsavgjørelsen kan bli underkjent der. Prøver voldgiftsretten å ta hensyn til alle disse lands lovvalgsregler, og de ikke er sammenfallende, er resultatet høyst usikkert: Kommer voldgiftsretten til å danne en helt ny lovvalgsregel som kompromiss mellom dem? Kommer den til å velge lovvalgsreglene fra ett system, og i så fall hvilket?

Når partene ikke på forhånd og objektivt kan forutsi hvilke lovvalgsregler som kommer til anvendelse, vet de ikke heller hvilken materiell rett som er bakgrunnsretten, og de er følgelig ikke i stand til å vurdere sin juridiske posisjon. Kontraktskriving, forhandlinger ved ulikheter og beslutningen om å gå til sak er basert på risikovurderinger som foretas av partene, og slike er umulig når man ikke på forhånd vet hvilken rett risikoen skal vurderes under. Dette trenger ikke å ramme alle tvister, ettersom en stor del av tvistene kan løses på basis av kontrakten og en vurdering av de faktiske forhold; videre er det ikke uvanlig at de potensielt anvendbare retter ikke avviker fra hverandre i de materielle bestemmelser som skal anvendes. Behovet for å kartlegge hvilket lands rett som skal anvendes, er dog absolutt ikke kun av teoretisk interesse: Man kan tenke

---

21) *Lov og Rett*, 2009 s. 46.

på situasjonen der valget er mellom italiensk og norsk kontraktsrett og kravet er fem år gammelt. Kravet vil være foreldet etter norsk rett, men ikke etter italiensk rett. Partenes vurdering om hvorvidt de skal gå til sak, er helt avhengig av deres mulighet til å forutse hvilket lands rett kommer til anvendelse.

Derfor er regelen i den norske voldgiftsloven, som spesifiserer at voldgiftsretten skal anvende de lovvalsreglene som gjelder ved sitt sete, dvs. i Norge, en fornuftig regel som skaper mer forutsigbarhet enn en annen, åpen eller ekstremt fleksibel regel.

Den skepsis som til tider er uttrykt overfor retten i det landet der voldgiftsretten har sitt sete (såkalt *lex arbitri*), er ofte begrunnet med påstanden om at voldgiftsstedet kan være valgt av rene bekvemmelighetshensyn, noe også Alvik nevner. Det kan nok hende at noen pragmatiske parter velger voldgiftssete ut av logistiske og ikke juridiske grunner. Det kan imidlertid ikke ignoreres at rettsystemet i det landet der voldgiftsretten har sitt sete, har juridisk relevans på en rekke meget viktige områder: For å nevne kun noen eksempler er det *lex arbitri* som bestemmer hvor vidt tvisten kan være gjenstand for voldgift, hvilke formkrav som gjelder for voldgiftsavtalens gyldighet, hvilke myndighet voldgiftsretten har med hensyn til midlertidig forføyning, hvilke kriterier som avgjør om voldgiftsdommen er gyldig – i tillegg til de prosessuelle regler. At disse forhold bestemmes av *lex arbitri*, legges til grunn både i UNCITRALs modell og i New York-konvensjonen; videre blir en voldgiftsavgjørelse som ble underkjent av domstolene i det landet der den ble avsagt, som regel ikke tvangsfullbyrdet under New York-konvensjonen.<sup>22)</sup>

Tatt i betraktning de sentrale områder som er regulert av *lex arbitri*, er det nærliggende å la *lex arbitri* regulere også det internasjonaltprivatretslige – spesielt når dette allerede gjøres i praksis av mange voldgiftsdommer som i henhold til UNCTRALs modell anvender setets internasjonale privatrett som den mest passende.

## 7 BEHOV FOR KARTLEGGING: FORSKNINGSPROSJEKT

Som sett ovenfor, kan kommersielle parter langt på vei regulere deres interesser helt fritt, velge en bakgrunnsrett som ikke begrenser deres kontraktsregulering, og unnta deres mellomværende fra de nasjonale domstolenes jurisdiksjon ved å skrive en voldgiftsklausul. Dette kan gi partene illusjonen om å ha løsrevet seg fra rettsystemene i de respektive land eller der kontrakten skal oppfylles – inntil den part som ønsker å hånd-

22) De få eksempler der voldgiftsdommen ble tvangsfullbyrdet til tross for at den var blitt underkjent i opprinnelseslandet, er blitt gjenstand for meget skarp kritikk, jfr. A. Redfern, M. Hunter, *Law and practice of international commercial arbitration*, London 2004, s. 452 flg.

heve kontrakten, eventuelt finner ut at den voldgiftsdom som ga ham medhold, blir satt til side eller ikke kan tvangsfullbyrdes.

Det er derfor viktig å kartlegge hvilke grenser som gjelder for partenes lovvalg og for voldgiftsdommens virkninger, slik at partene ikke inngår kontrakter som til syvende og sist ikke kan håndheves.

Ved Universitetet i Oslo begynner høst 2009 et forskningsprosjekt, i nært samarbeid med og finansiert av StatoilHydro ASA, Orkla ASA, Advokatfirma Selmer DA og YARA International ASA, for å avklare dette område.

Prosjektet skal identifisere kontraktsklausuler eller -mekanismer der partenes regulering muligens ikke kan håndheves, og der partenes lovvalg muligens ikke slår gjennom, for eksempel: klausuler om salgspant; pant i rettigheter; pant i fremtidig inntekt; motregning; netting av betalinger; heving ved utsikter til at debitor blir insolvent; aksjonærvtaler med vetorettigheter; verdifastsettelse av kapitalbidrag; begrensninger av selskapsorganenes kompetanse; fullmakt; ansvarsbegrensninger; heving uten kompensasjon i agentforhold; samarbeid som har virkning på markedet; omorganisering og nedbemanning; konsesjonsrettigheter; tilgang til infrastruktur m.v.

Etter å ha foretatt en komparativ analyse av hvordan utvalgte rettsystemer regulerer disse områder materiellrettslig, vil det bli kartlagt hvilke tilknytningsfaktorer som legges til grunn i de forskjellige lovvalgsregler for å finne ut om partenes lovvalg kan håndheves – og, hvis ikke, hvilket lands rett som bør anvendes. Basert på dette vil det kartlegges hvorvidt en voldgiftsdom som kun følger partenes autonomi, er virksom.

Gjennom det nære samarbeid med prosjektets samarbeidspartnere, som har utstrakt internasjonal virksomhet og møter daglig utfordringer knyttet til lovvalgs-klausuler i internasjonale kontrakter, sikres det at forskningen har praktisk relevans og aktualitet.

Prosjektet har en hjemmeside hvor man kan finne flere opplysninger: <http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/>.