

UiO : **Det juridiske fakultet**

Arbeidsrettslige begrensninger på partsautonomien i internasjonal kommersiell voldgift

Kandidatnummer: 205

Leveringsfrist: 1. juni 2014

Antall ord: 34 788



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Plassering av emne.....	1
1.2	Avgrensninger.....	2
1.3	Rettskildebruk og metode.....	3
1.4	Avhandlingens oppbygning.....	4
2	KORT INTRODUKSJON TIL INTERNASJONAL PRIVATRETT OG VOLDGIFTSRETT	5
2.1	Internasjonal privatrett.....	5
2.1.1	Utgangspunkt.....	5
2.1.2	Lovvalg.....	5
2.2	Voldgiftsrett.....	8
2.2.1	Generelt om voldgift.....	8
2.2.2	Voldgiftsdommens virkning.....	11
2.2.3	Grunnlagene i voldgiftsloven §§ 43 og 46.....	13
3	ORDRE PUBLIC	18
3.1	Innledning.....	18
3.2	Kartlegging av rettspraksis.....	24
3.3	Tolkning og anvendelse.....	26
3.3.1	Nasjonalt vurdering.....	26
3.3.2	Snever unntaksregel.....	28
3.3.3	Retningslinjer ved anvendelse.....	28
4	KONKRET UNDERSØKELSE AV ARBEIDSRETTLIG ORDRE PUBLIC I INTERNASJONAL KOMMERSIELL VOLDGIFT	41
4.1	Innledning.....	41
4.2	Diskrimineringsvern.....	45
4.2.1	Typetilfelle.....	45
4.2.2	Forskjell i resultat.....	46
4.2.3	Betydningen av den norske regelen.....	47
4.2.4	Voldgiftsdommens virkning.....	56
4.3	Stillingsvern.....	62
4.3.1	Typetilfelle.....	62
4.3.2	Forskjell i resultat.....	63
4.3.3	Betydningen av den norske regelen.....	64

4.3.4	Voldgiftsdommens virkning	73
4.4	Arbeidsmiljøvern	76
4.4.1	Typetilfelle.....	76
4.4.2	Forskjell i resultat	77
4.4.3	Betydningen av den norske regelen.....	77
4.4.4	Voldgiftsdommens virkning	84
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	88
	REFERANSER.....	90
	Bibliografi	90
	Lover og forskrifter	96
	Forarbeider og offentlige dokumenter.....	97
	Rettspraksis	98
	EU- og EØS-rett	100
	Konvensjoner	100

1 Innledning

1.1 Plassering av emne

I sammenheng med den økende globaliseringen av forretningslivet forekommer det stadig oftere at kommersielle avtaleforhold har tilknytning til flere rettssystemer. Det gryende samarbeidet mellom nasjonale rettssystemer har imidlertid ikke holdt følge med denne utviklingen. Reguleringen av internasjonale avtaler avhenger derfor av nasjonale lovvalgsregler som kun i varierende grad er harmoniserte.¹ Dette er problematisk for parter i internasjonale kommersielle avtaler, som har et sterkt behov for å kunne forutberegne sin situasjon, og dermed kalkulere sin risiko, før de inngår avtaler. Det har derimot foregått en omfattende harmonisering av nasjonal voldgiftslovgivning, med den følge at partene gjennom å innta en voldgiftsklausul i avtalen i stor grad kan unngå at nasjonale domstoler blander seg inn i deres valg av hvilket lands rett som skal regulere avtalen. På dette viset kan partene unngå den rettslige usikkerheten sprikende nasjonale lovvalgsregler medfører. I sammenheng med dette har voldgift blitt en populær tvisteløsningsmekanisme, særlig i internasjonale kommersielle forhold,² og voldgift har i økende grad blitt akseptert av nasjonale rettssystemer.³

Voldgiftsdomstolen er imidlertid begrenset av at den ikke kan tvangsinndrive krav selv – den kompetansen forbeholder nasjonale rettssystemer for sine egne organer. Det er ingen garanti for at tapende part i voldgiftssaken frivillig vil oppfylle sine forpliktelser etter voldgiftsdommen. De aller fleste voldgiftsdommer blir likevel oppfylt frivillig. Det har sammenheng med at nasjonale myndigheter i stor grad anerkjenner voldgiftsdommer som grunnlag for tvangsfullbyrdelse.⁴ Voldgiftsdommens effektivitet avhenger derfor av rettssystemene i de land der tapende part har midler som kan tvangsinndrives. I tillegg reserverer de fleste land rett for sine domstoler til å vurdere gyldigheten av voldgiftsdommer som avgis innenfor deres territorium.⁵ Når alminnelige domstoler får kontakt med avtalen, enten det er i sammenheng med tvangsfullbyrdelse eller ugyldighetssøksmål, kan det føre til at nasjonale lovvalgsregler som overstyrer partenes lovvalg blir anvendt. En voldgiftsdom kan gjennom slik behandling bli ineffektiv ved at den nektes anerkjennelse eller blir kjent ugyldig.⁶ Dette kan komme som en uvelkommen overraskelse for avtalepartene, som inngikk avtalen under forutsetning av at de hadde frihet til å avtale hvilken rett som skulle regulere den.

¹ *Cordero-Moss* 2013a, s. 19–24.

² *Ryssdal* 2012, 577–578.

³ *Berger* 2010, s. 93.

⁴ *Cordero-Moss* 2014, punkt 5.1.4.1.

⁵ *Cordero-Moss* 2014, punkt 5.1.4.1.1.

⁶ *Cordero-Moss* 2014, punkt 5.1.4.1 og 5.2.

Det er derfor viktig at det er klart hvilke nasjonale regler som kan hindre eller begrense voldgiftsdommers effektivitet, slik at partene kan forutberegne sin rettsstilling og voldgiftsdomstolene unngår å avgi ineffektive dommer. Blant annet på grunn av det begrensede tilfanget av rettspraksis om anerkjennelse og ugyldighet av voldgiftsdommer, foreligger det betydelig usikkerhet om slike spørsmål. Det er dermed behov for en kartlegging av grensene for partenes lovvalg og voldgiftsdommens virkninger.⁷ I den hensikt ble prosjektet «Arbitration and Party Autonomy» startet i 2009 ved Institutt for Privatrett, Universitetet i Oslo.⁸ Det er hittil skrevet syv avhandlinger i tilknytning til prosjektet, hver med fokus på et spesifikt rettsområde, blant annet konkurranserett og selskapsrett.⁹ Jeg har i sammenheng med dette fått i oppgave å vurdere hvorvidt partsautonomien i internasjonal kommersiell voldgift begrenses av at alminnelige domstoler kan nekte å anerkjenne en voldgiftsdom, eller kjenne den ugyldig, fordi den er i strid med norske regler på arbeidsrettens område. Arbeidsrett er et område hvor kombinasjonen av omfattende nasjonal regulering, særlige offentlige hensyn og hensynet til arbeidstaker som den svake part i avtaleforholdet tilsier at det kan forekomme begrensninger i partsautonomien.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingens sentrale spørsmål er hvilke muligheter alminnelige domstoler har for å ugyldiggjøre eller nekte å anerkjenne en voldgiftsdom med arbeidsrettslige implikasjoner i en tvist knyttet til en internasjonal avtale mellom to kommersielle parter. Som avhandlingen vil vise, fordrer dette en behandling av flere forskjellige rettsområder, herunder voldgiftsrett, arbeidsrett, internasjonal privatrett, EU- og EØS-rett og internasjonale menneskerettigheter.¹⁰ Det vil imidlertid ikke foretas noen uttømmende behandling av relevante spørsmål under disse rettsområdene. Avhandlingen baserer seg på tre typetilfeller som gjør det mulig å foreta en konkret vurdering av enkelte situasjoner og regler. Spørsmål under de forskjellige rettsområdene blir derfor kun behandlet i den grad det er relevant for løsningen av typetilfellene. For eksempel er alle typetilfellene knyttet til individuell arbeidsrett, og det medfører at kollektiv arbeidsrett kun i meget begrenset grad blir behandlet.

⁷ *Cordero-Moss* 2009, s. 372–373.

⁸ For nærmere informasjon, se <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/> (sist besøkt 22. mai 2014) og *Cordero-Moss* 2009, s. 361–373.

⁹ Avhandlingene er publiserte på prosjektets nettsider, tilgjengelig gjennom <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/publications/> (sist besøkt 22. mai 2014).

¹⁰ For en gjennomgang av voldgiftsrett, se *Woxholth* 2013. For en gjennomgang av individuell og kollektiv arbeidsrett, se *Jakhelln* 2006. For en gjennomgang av internasjonal privatrett, se *Cordero-Moss* 2013 og *Thue* 2002. For en gjennomgang av EU- og EØS-rett, se *Sejersted m.fl.* 2011. For en gjennomgang av internasjonale menneskerettigheter, se *Høstmælingen* 2012.

Jeg mener at de nærmere avgrensningene etter dette stort sett er selvforklarende og følger av sammenhengen i fremstillingen. Noen bør likevel påpekes spesifikt. Det vil ikke redegjøres for mulighetene for domstolskontroll før eller under voldgiftsdomstolens behandling av tvisten. Avhandlingen ser kun på domstolskontroll etter at voldgiftsdommen foreligger. Videre vil enkelte spørsmål behandles utpreget overfladisk, blant annet jurisdiksjon, og de relative grunnlagene for å kjenne en voldgiftsdom ugyldig eller nekte den anerkjennelse i første ledd av voldgiftsloven §§ 43 og 46. Ytterligere avgrensninger og forutsetninger foretas fortløpende.

1.3 Rettskildebruk og metode

Avhandlingen undersøker rettstilstanden i norsk rett og anvender alminnelig norsk rettskildelære.¹¹ Selv om utenlandske og internasjonale rettskilder får betydning og vil bli behandlet der det er hensiktsmessig, har avhandlingen således ikke som mål å foreta noen komparativ analyse. Utgangspunktet tas i de vanlige rettskildefaktorene, som lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur.¹² Rettskildesituasjonen på områdene internasjonal privatrett og voldgiftsrett er imidlertid såpass spesiell at det må gjøres en del unntak fra dette utgangspunktet.

Rettskildetilfanget på disse områdene er mer begrenset enn det som er vanlig innen mange andre rettsområder. Internasjonal privatrett har ifølge Gaarder og Lundgaard «ligget utenfor dommeres og advokaters synskrets, slik at problemene har vært uoppdaget».¹³ Emnet har fått mer oppmerksomhet i tiden etter det ble skrevet, men omfanget av lovverket, rettspraksis og litteratur er fortsatt begrenset.¹⁴ I mer spesifikke sammenhenger kan man nærmest tale om rettskildetørke. Dette betyr at reelle hensyn¹⁵ og analogier fra andre rettsområder blir mer fremtredende enn det som er vanlig i juridiske fremstillinger.¹⁶ Videre får juridisk litteratur, i fravær av andre mer vektige rettskildefaktorer som sier noe om spørsmålet, større betydning.¹⁷ Dette har også sammenheng med at internasjonal privatrett i mindre grad enn andre rettsområder er utviklet gjennom lovgivning og rettspraksis, og i større grad gjennom juridisk litteratur.¹⁸ Utenlandske og internasjonale rettskilder vil også bli anvendt og tillagt større vekt enn det som er vanlig, blant annet fordi det norske rettskildematerialet er magert, fordi utenlands-

¹¹ Se Eckhoff 2001 for en generell redegjørelse for norsk rettskildelære.

¹² Eckhoff 2001, s. 23.

¹³ Gaarder og Lundgaard 2000, s. 69.

¹⁴ Thue 2002, s. XLIV og Cordes m.fl. 2010, s. 47–49.

¹⁵ Skoghøy 2013, s. 257–258.

¹⁶ Eckhoff 2001, s. 378–381 og Boe 2010, s. 147–151.

¹⁷ Eckhoff 2001, s. 270.

¹⁸ Gaarder og Lundgaard 2000, s. 69 og Cordes m.fl. 2010, s. 49.

ke rettskilder har hatt særlig betydning for utviklingen av norsk voldgiftsrett, og av hensyn til det særlige behovet for rettsenhet innen internasjonal privatrett og voldgiftsrett.¹⁹

1.4 Avhandlingens oppbygning

Avhandlingen begynner med en kort introduksjon til internasjonal privatrett og voldgiftsrett i kapittel 2. Hensikten er å gi en grunnleggende innføring i det som er relevant for å følge den videre fremstillingen.

Kapittel 3 og 4 er avhandlingens hoveddel. I kapittel 3 vil det redegjøres grundig for «ordre public-unntaket» og hvordan det virker som en begrensning på partsautonomien i internasjonal kommersiell voldgift.

I kapittel 4 konstrueres det tre forskjellige typetilfeller for å undersøke avhandlingens problemstilling konkret. I hvert av typetilfellene vil reglene som ble gjennomgått i kapittel 3 anvendes for å vurdere om en tenkt voldgiftsdom skal settes til side fordi den er i strid med grunnleggende prinsipper på arbeidsrettens område.

Avslutningsvis vil det i kapittel 5 vurderes hvilke slutninger som kan trekkes fra avhandlingens undersøkelse.

Fremstillingen er ellers lagt opp slik at den beveger seg fra det generelle til det spesifikke, fra det abstrakte til det konkrete og fra det deskriptive til det normative. Hensikten med dette er å unngå gjentakelser, og å gjøre fremstillingen systematisk og effektiv.

¹⁹ Cordes *m.fl.* 2010, s. 50–51 og Cordero-Moss 2007a, s. 249–250, med henvisning til Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 110. Se også Woxholth 2013, s. 903–904.

2 Kort introduksjon til internasjonal privatrett og voldgiftsrett

2.1 Internasjonal privatrett

2.1.1 Utgangspunkt

Avtaler med grenseoverskridende elementer reiser spørsmål om hvilket lands rett og rettsapparat som skal regulere forholdet.²⁰ Hvis for eksempel et britisk selskap har inngått avtale med et norsk selskap om overtakelse av en fabrikk i India, og det senere oppstår uenigheter om denne avtalen, kan det være usikkert hvilket lands domstoler og rettsregler som skal avgjøre tvisten. Internasjonal privatrett er en samlebetegnelse på reglene som er bestemmende for disse spørsmålene.²¹

En nasjonal domstol som mottar søksmål i en internasjonal tvist må først vurdere om den har jurisdiksjon. En domstol kan ikke avgjøre en sak den ikke har jurisdiksjon over. For norske domstoler følger det av domstolloven § 36 at domstolen selv prøver om den har kompetanse til å avgjøre tvisten. I norsk rett er utgangspunktet at norske domstoler har jurisdiksjon hvis det følger av Luganokonvensjonen, eller hvis saken har «tilstrekkelig tilknytning» til Norge, jf. tvisteloven § 4-3.

Hvis en domstol kommer til at den har jurisdiksjon, må den deretter avgjøre om den skal anvende britisk, norsk eller indisk rett for å avgjøre tvisten. Svaret avhenger av nasjonale regler om lovvalg,²² som innen formueretten i hovedsak er ulovfestede.²³

2.1.2 Lovvalg

Lovvalg er spørsmålet om hvilke materielle rettsregler som skal avgjøre en tvist.²⁴ I den sammenheng er kvalifikasjon et viktig begrep.²⁵ Kvalifikasjon er den internasjonalprivatrettslige betegnelsen på subsumsjon av et rettsspørsmål under et rettsområde.²⁶ Forskjellige rettsområder har forskjellige lovvalgsregler.²⁷ For å kunne avgjøre spørsmålet om lovvalg, er det derfor

²⁰ Forutsetningen er altså at kontrakten har tilknytning til mer enn ett land, se *Cordero-Moss* 2013a, s. 203–204.

²¹ Se *Cordero-Moss* 2013a for en mer omfattende fremstilling av internasjonal privatrett innen formueretten og *Thue* 2002, s. 3–213 for en generell fremstilling av internasjonal privatrett.

²² *Cordero-Moss* 2013a, s. 62.

²³ *Cordero-Moss* 2013a, s. 45. Enkelte lovvalgsregler er imidlertid lovbestemte, se for eksempel kjøpslovvalgsloven.

²⁴ En nasjonal domstol anvender alltid sitt eget rettssystemets prosessuelle regler.

²⁵ *Thue* 2002, s. 162–163 kritiserer bruken av begrepet kvalifikasjon. *Cordero-Moss* 2013a, s. 68 mener derimot at begrepet kvalifikasjon er «så godt innarbeidet i dette faget på internasjonalt nivå, at det synes unødvendig å forlate den». Jeg slutter meg til *Cordero-Moss* sin begrunnelse for å anvende begrepet.

²⁶ *Thue* 2002, s. 163 og *Cordes m.fl.* 2010, s. 71.

²⁷ *Cordero-Moss* 2013a, s. 66.

nødvendig først å avgjøre hvilket rettsområde tvisten hører under – og dermed hvilken lovvalgsregel som får anvendelse. Den anvendelige lovvalgsregelen angir deretter hvilket lands materielle rett som skal avgjøre tvisten.²⁸ De fleste lovvalgsregler har et fast kriterium, en tilknytningsfaktor, som anviser hvilket lands rett som skal avgjøre tvisten.²⁹ I praksis kan kvalifikasjonen likevel være usikker, særlig fordi hvilket rettsområde et rettsspørsmål subsumeres under kan variere mellom forskjellige rettssystemer.³⁰

Norske domstoler har tradisjonelt benyttet «den individualiserende metode» for å avgjøre lovvalgsspørsmålet.³¹ Kort fortalt innebærer den at lovvalget skal avgjøres av en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering av hvilket land forholdet har nærmest tilknytning til. Denne metoden er imidlertid kritisert i juridisk litteratur og avviker fra praksis ellers i Europa.³² Nye rettspraksis fra Høyesterett i dommene i Rt-2009-1537 og Rt-2011-531 kan tyde på at lovvalget nå i stedet skal avgjøres etter en objektiv vurdering.³³ Det innebærer at kvalifikasjon av forholdet anviser en lovvalgsregel og denne lovvalgsregelen avgjør hvilket lands rettsregler som skal avgjøre tvisten. Dersom det ikke foreligger noen lovvalgsregel, bør kriteriet om den nærmeste tilknytning ikke anvendes for å gjennomføre en konkret vurdering i hver enkelt sak, men derimot som grunnlag for å formulere en alminnelig lovvalgsregel for alle saker av samme type.³⁴

Partsa autonomi er utgangspunktet for lovvalg i kontraktsforhold.³⁵ Partsa autonomi er en lovvalgsregel som innebærer at partene selv kan avtale hvilket lands rett som skal regulere avtaleforholdet.³⁶ For eksempelet presentert over, om en tvist knyttet til en avtale mellom et britisk selskap og et norsk selskap om overtakelse av en fabrikk i India, betyr dette at partene selv kan avgjøre hvilket lands rett som skal avgjøre tvisten.³⁷

²⁸ *Cordero-Moss* 2013a, s. 63.

²⁹ *Cordero-Moss* 2013a, s. 66–67.

³⁰ *Thue* 2002, s. 163–164, *Cordero-Moss* 2013a, s. 63, *Cordes m.fl.* 2010, s. 71 og *Franzen* 2007, s. 231–232.

³¹ *Cordero-Moss* 2013a, s. 68. Den individualiserende metode er også vanlig å omtale som «Irma-Mignon-formelen», etter skipene «Irma» og «Mignon» i dommen i Rt-1923-II-58, som den individualiserende metode ble utledet fra.

³² *Cordero-Moss* 2013a, s. 87 med videre henvisninger.

³³ *Cordero-Moss* 2013a, s. 68–74.

³⁴ *Cordero-Moss* 2013a, s. 91. Se *Cordero-Moss* 2013a, s. 86–92 for en grundigere redegjørelse for betydningen av kriteriet om den nærmeste tilknytning.

³⁵ *Cordes m.fl.* 2010, s. 340–341. *Cordero-Moss* 2013a, s. 204. Det nøyaktige hjemmelsgrunnlaget for partsa autonomien i norsk rett kan derimot være usikkert. Se *Cordero-Moss* 2013a, s. 204–207 og *Cordero-Moss* 2007b, s. 681–684 som kommer til at partsa autonomi som et alminnelig ulovfestet prinsipp i norsk rett er det mest «overbevisende» grunnlaget for regelen.

³⁶ *Cordero-Moss* 2013a, s. 204.

³⁷ Hvis partene ikke har avtalt lovvalg, må spørsmålet avgjøres på bakgrunn av andre lovvalgsregler. Se *Cordero-Moss* 2013a, s. 231–245 for en nærmere redegjørelse.

Partsaunomien er imidlertid ikke ubegrenset.³⁸ Hvis avtalen ikke er rent kontraktsrettslig – hvis den berører andre rettsområder – må det skilles mellom lovvalget for de kontraktsrettslige rettighetene og forpliktelsene, og for de andre ikke-kontraktsrettslige delene av avtalen.³⁹ Videre finnes det lovfestede regler for visse kontraktstyper som kan anvisse andre lovvalgsregler enn partsautonomi.⁴⁰ En annen sak er at partenes lovvalg kan innebære anvendelse av fremmed rett som fører til resultat som er utålelige for samfunnet. Selv om et rettssystem i utgangspunktet aksepterer anvendelsen av fremmed rett, kan dette ikke gjennomføres ubegrenset. Såkalte «internasjonalt preseptoriske regler» og «ordre public» begrenser derfor partsautonomien i unntakstilfeller.⁴¹

Internasjonalt preseptoriske regler er regler som et rettssystem anser som så viktige at domstolene må anvende dem selv om lovvalget utpeker et annet lands rett.⁴² Slike regler utelukker altså partsautonomi innenfor sitt virkeområde.⁴³ For at en regel skal kunne være internasjonalt preseptorisk må den i det minste være internrettslige ufravikelig, men det er ikke nok i seg selv.⁴⁴ Det finnes ingen uttømmende liste over hvilke regler som regnes som internasjonalt preseptoriske i norsk rett, men et grunnleggende vilkår er at det er regler som har så stor samfunnsmessig betydning at rettssystemet ikke kan akseptere anvendelse av fremmede rettsregler som fører til et annet resultat.⁴⁵ Internasjonalt preseptoriske regler innebærer derfor i utgangspunktet en viktig begrensning i partsautonomien.

Ordre public er en meget snever unntaksregel som virker som en sikkerhetsventil i møtet mellom innenlandsk og utenlandsk rett. For lovvalgets del innebærer det at en norsk domstol kan nekte å anvende en fremmed rettsregel hvis resultatet av å anvende den fremmede rettsregelen vil føre til et utålelig resultat.⁴⁶ Ordre public er relevant i sammenheng med både lovvalg og voldgiftsrett, og blir drøftet utførlig i avhandlingens kapittel 3.

³⁸ *Cordes m.fl.* 2010, s. 342.

³⁹ *Cordero-Moss* 2013a, s. 250. Se s. 250–262 for en rekke eksempler på slik «delt» lovvalg.

⁴⁰ *Cordero-Moss* 2013a, s. 262. Se s. 262–267 for en gjennomgang av slike regler.

⁴¹ Terminologien kan variere. Jeg bruker konsekvent disse to begrepene. Se punkt 3.1 for en grundigere redegjørelse for de forskjellige uttrykkene som anvendes og hva de betyr.

⁴² *Cordes m.fl.* 2010, s. 344–345 og *Cordero-Moss* 2013a, s. 122.

⁴³ *Cordero-Moss* 2013a, s. 121.

⁴⁴ *Thue* 2002, s. 205.

⁴⁵ *Cordero-Moss* 2013a, s. 123.

⁴⁶ *Thue* 2002, s. 181.

2.2 Voldgiftsrett

2.2.1 Generelt om voldgift

Voldgift er en type alternativ tvisteløsning som er særlig populær i internasjonale kommersielle avtaleforhold.⁴⁷ Kort sagt innebærer voldgift at to eller flere parter kan avtale at en konflikt mellom dem skal avgjøres av en voldgiftsdomstol i stedet for en alminnelig domstol. Voldgift må altså spesifikt avtales av partene, og voldgiftsdomstolen utleder sin kompetanse fra denne avtalen.⁴⁸ Det er en forutsetning for voldgift at alminnelige domstoler aksepterer en slik avtalesfrihet, samt at de anerkjenner voldgiftsdomstolenes avgjørelser. En voldgiftsavtale har i utgangspunktet to særlig viktige konsekvenser. For det første får partene rett til å kreve at en voldgiftsdomstol skal avgjøre et krav som omfattes av avtalen, med motsvarende plikt for den andre part til å medvirke til gjennomføring av voldgiften. For det andre får partene rett til å nekte at en alminnelig domstol behandler krav som omfattes av avtalen.⁴⁹

Voldgift innebærer fordeler og ulemper sammenlignet med alminnelig domstolsbehandling. Hvor hensiktsmessig det er å anvende voldgift i en konkret sak avhenger av de nærmere forholdene i saken, men på generell basis kan det sies at voldgift er særlig godt egnet i omfattende kommersielle forhold. Blant disse fordelene finner vi territoriell nøytralitet, ved at partene kan velge domstolsted og dommere som ikke gir noen av partene en hjemmebanefordel. Voldgift gir partene anledning til å velge dommere med særlig kompetanse på det aktuelle rettsområdet, fremfor den tilfeldige utvelgelsen av allmennpraktiserende dommere i alminnelige domstoler. Konvensjoner og harmonisering av nasjonale lover har ført til at voldgiftsdommer oftere og enklere enn vanlige dommer anerkjennes over landegrensene. At partene kan unngå offentliggjøring av avgjørelser og saksgang kan også være motiverende for å velge voldgift. Voldgift kan potensielt være rimeligere og raskere enn alminnelig domstolsbehandling, men det avhenger i stor grad av de konkrete omstendighetene i hver sak. I den sammenheng er det sentralt at avgjørelsene i utgangspunktet er endelige. Det forhindrer potensialet for forsinkelser og kostnader som følger med ankemulighetene normalt assosiert med alminnelige domstoler. Dette bildet må naturligvis nyanseres med ulempene voldgift medfører, blant annet den svakere rettssikkerhet en én-instansbehandling potensielt kan medføre. Det er likevel klart at voldgift vil være å foretrekke i enkelte avtaleforhold – typisk i omfattende kommersielle tvister.⁵⁰

⁴⁷ *Born* 2012, s. 16–17.

⁴⁸ *Cordero-Moss* 2014, punkt 5.1 og 5.1.4, og *Born* 2012, s. 4–6.

⁴⁹ *Mæland* 1988, s. 89–90.

⁵⁰ *Woxholth* 2013, s. 44–61, *Berg* 2006, s. 22–29, *Moses* 2012, s. 3–5 og *Born* 2012, s. 9–15. Det bør nevnes at det er en del uenighet mellom forskjellige forfattere om hvorvidt enkelte aspekter ved voldgift virkelig innebærer en fordel og i hvilken grad de i så fall innebærer fordeler. For eksempel har *Nisja og Shetelig* 2014, s. 47 utført en uformell undersøkelse som taler for at næringslivets motivasjon for å velge voldgift i

Voldgiftsrett har siden begynnelsen av 1900-tallet vært gjenstand for en stadig økende grad av internasjonal harmonisering gjennom konvensjoner og standardiserte avtaler.⁵¹ Blant de viktigste av disse er UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards av 1958 (New York-konvensjonen), som i hovedsak regulerer anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsdommer,⁵² og UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration av 1985 (modelloven), som regulerer voldgiftsinstituttet i sin helhet.⁵³ New York-konvensjonen er per i dag ratifisert av 149 land,⁵⁴ og har spilt en sentral rolle i arbeidet med å utvikle voldgift som tvisteløsningsmekanisme i internasjonale forhold.⁵⁵ Modelloven har derimot ingen formell autoritet, men den har likevel fått stor betydning gjennom at rundt 50 jurisdiksjoner har vedtatt lover basert på den, samt at den har satt agendaen for lovreformer og regler i andre land.⁵⁶

Norge ratifiserte New York-konvensjonen i 1961 og den er per i dag gjennomført ved lov 14. mai 2004 nr. 25 (voldgiftsloven). Voldgiftsloven er bygd opp etter mønster av modelloven,⁵⁷ som selv bygger på New York-konvensjonen.⁵⁸ Dette tilsier at rettskilder knyttet til New York-konvensjonen og modelloven bør tillegges vekt ved tolkning av voldgiftsloven, herunder deres tekst og forarbeider, men også utenlandsk rettspraksis og juridisk litteratur.⁵⁹

Omfanget av partsautonomien er avgjørende for eksistensen og nytten av voldgift. Friheten til å avtale voldgift som eksklusiv tvisteløsningsordning, hvilke regler som skal styre voldgiftsprosessen, og hvilke materielle regler voldgiftsdomstolen skal anvende, avhenger av hvilken voldgiftslovgivning som får anvendelse på tvisten. I utgangspunktet skal voldgiftsdomstolen anvende *lex arbitri* – voldgiftsetets voldgiftslovgivning. Enkelte lands voldgiftslovgivning gir imidlertid partene en varierende grad av partsautonomi til å avtale at andre regler skal styre voldgiftsprosessen.⁶⁰

dag hovedsakelig er et ønske om juridisk fagkompetanse – altså dommere med særlig kompetanse på fagområdet fremfor generalister i det alminnelige domstolsapparatet.

⁵¹ *Woxholth* 2013, s. 95.

⁵² *Born* 2012, s. 18–21.

⁵³ *Born* 2012, s. 24–25.

⁵⁴ Se http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (sist besøkt 22. mai 2014).

⁵⁵ *Born* 2012, s. 18–21.

⁵⁶ *Berg* 2006, s. 34 og *Born* 2012, s. 25.

⁵⁷ NOU 2001: 33, s. 48–49, og Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 24–26.

⁵⁸ *Ryssdal* 2007a, s. 17.

⁵⁹ *Berg* 2006, s. 35–36 og *Ryssdal* 2007a, s. 17–18.

⁶⁰ *Cordero-Moss* 2014, punkt 5.1.4.1.1 og *Born* 2012, s. 39–40.

Voldgiftsloven § 1 sier at «[I]loven gjelder for voldgift som er avtalt eller følger av lov, uten hensyn til om partene er norske eller utenlandske», men likevel «bare for voldgift som finner sted i Norge, om ikke annet følger av annet til fjerde ledd». En voldgiftsdomstol med sete i Norge reguleres altså av voldgiftsloven, uansett om voldgiftssaken er nasjonal eller internasjonal.⁶¹ Det kan spørres om partene har anledning til å avtale at en voldgiftsdomstol med sete i Norge skal anvende prosessuelle regler som avviker fra voldgiftsloven. Det følger av voldgiftsloven § 2 at loven kan fravikes «i den utstrekning det er fastsatt i den enkelte paragraf». Det er ikke uttrykkelig fastsatt noen slik adgang til å fravike bestemmelsen i voldgiftsloven § 1. Som Woxholth viser, skal dette ikke nødvendigvis tolkes som at adgangen til å fravike lex arbitri er totalt avskåret.⁶² Det er vanskelig å se noen gode grunner for en slik begrensning når det gjelder de fravikelige reglene i voldgiftsloven.⁶³ Norske domstoler vil uansett anvende reglene om ugyldighet i voldgiftsloven §§ 42–44 og anerkjennelse i §§ 45–47 for å vurdere voldgiftsdommen, uavhengig av hva partenes avtale måtte si om det.

Etter voldgiftsloven § 31 første ledd første punktum, skal voldgiftsdomstolen anvende «de rettsregler som partene har valgt for de materielle tvistesporsmål saken gjelder». Dette kodifiserer partsautonomien som lovvalgsregel for materiell rett på alle rettsområder ved voldgiftsprosess etter voldgiftsloven. Partene kan også avtale hvilken internasjonal privatrett voldgiftsdomstolen skal anvende, men det må i så fall fremgå av avtalen at partene har ment å avtale seg bort fra norsk internasjonal privatrett, jf. voldgiftsloven § 31 første ledd andre punktum. Partene i en voldgiftsavtale har altså utstrakt frihet til å velge hvilke regler som skal avgjøre en tvist mellom dem.

I de aller fleste tilfeller innretter partene seg lojalt etter voldgiftsdommen, og i praksis oppstår det sjelden spørsmål om voldgiftsdommens rettslige virkning.⁶⁴ Motivasjonen for tapende part til å oppfylle sine forpliktelser etter voldgiftsdommen avhenger imidlertid av trusselen om tvangsfullbyrdelse. Hvis tapende part skulle nekte å innrette seg etter voldgiftsdommen, er seirende part avhengig av nasjonale myndigheter for å få inndrevet sitt krav. En effektiv voldgiftsdom forutsetter derfor samarbeid fra alminnelige domstoler.⁶⁵

Alminnelige domstoler kan komme i kontakt med en voldgiftsavtale på tre forskjellige stadier av prosessen. Det kan skje før en voldgiftsprosess har påbegynt, for eksempel ved at en part reiser søksmål om at voldgiftsavtalen er ugyldig. Det kan videre skje i løpet av voldgiftsdom-

⁶¹ Ryssdal 2007b, s. 25.

⁶² Woxholth 2013, s. 193.

⁶³ Woxholth 2013, s. 195.

⁶⁴ Cordero-Moss 2014, punkt 5.1.4.

⁶⁵ Moses 2012, s. 5.

stolens behandling av saken, for eksempel ved anke til domstolen over voldgiftsdomstolens avgjørelse av sin egen domsmyndighet, jf. voldgiftsloven § 18 fjerde ledd. Til sist kan alminnelige domstoler komme i kontakt med voldgiftsavtalen etter at voldgiftsrettens dom foreligger. Spørsmålet om grensene for voldgift kommer på spissen på dette siste stadiet, etter at voldgiftsdommen foreligger. Selv om voldgiftsdommen er materielt uriktig fordi konklusjonen bygger på feiltolkning av en rettsregel, er den fortsatt i utgangspunktet bindende for partene. Spørsmålet i det følgende er hvilken virkning en voldgiftsdom har og hvilke muligheter partene har for å hindre at en voldgiftsdom får virkning.

2.2.2 Voldgiftsdommens virkning

Når voldgiftsdommen er avgitt, jf. voldgiftsloven § 37, har den samme virkning som en rettskraftig dom, forutsatt at det ikke løper en særlig avtalt ankefrist.⁶⁶ Dette innebærer at samme rettskrav mellom de samme parter skal avvises av domstolene, og at resultatet i saken skal legges uprøvd til grunn i senere rettsaker.⁶⁷ Det følger videre av voldgiftsloven § 45 at en voldgiftsdom kan tvangsfullbyrdes uansett hvilken voldgiftsdomstol som har avsagt den. Det foreligger likevel to muligheter for å få voldgiftsdommen vurdert av en norsk domstol: Enten ved ugyldighetssøksmål, jf. voldgiftsloven §§ 42–44, eller ved behandling av krav om tvangsfullbyrdelse, jf. voldgiftsloven §§ og 45–47.

Når en norsk domstol mottar søksmål i en tvist som hører under voldgift, må den først vurdere om den har kompetanse til å behandle søksmålet. Det følger av voldgiftsloven § 6 at voldgiftsloven er en uttømmende regulering av domstolenes kompetanse i saker som «hører under voldgift». Det innebærer at domstolen må avvise søksmål som ikke hjemles i voldgiftsloven, eller som faller utenfor lovens virkeområde, jf. voldgiftsloven § 1. Når en voldgiftsdom allerede foreligger, har domstolen derfor kun to mulige grunnlag for å vurdere voldgiftsdommen. For det første kan voldgiftsdommen kjennes ugyldig etter voldgiftsloven § 43, men bare hvis voldgiftsdomstolen hadde sete i Norge, jf. voldgiftsloven § 1 første ledd. For det andre kan domstolen nekte å fullbyrde en voldgiftsdom etter voldgiftsloven § 46, uavhengig av hvor voldgiftsdomstolen hadde sete, jf. voldgiftsloven § 1 fjerde ledd. Dette betyr at hvis en part for eksempel fremmer et ugyldighetssøksmål med begrunnelse at voldgiftsdomstolen har anvendt materiell rett feil – som ikke er angitt som et grunnlag i voldgiftsloven § 43 – så må

⁶⁶ Voldgiftsdommens rettskraftvirkning fremgikk tidligere uttrykkelig av tvistemålsloven § 464 andre ledd. Selv om denne bestemmelsen ikke ble videreført i voldgiftsloven, fremgår det av forarbeidene til voldgiftsloven at dette ikke skulle medføre noen rettsendring. Både i NOU 2001: 33 og i Ot.prp. nr. 27 (2003–2004) uttrykkes det konsekvent at voldgiftsdom har samme rettsvirkning som dom.

⁶⁷ *Woxholth* 2013, s. 783–785.

domstolen avvise saken fordi den mangler kompetanse.⁶⁸ Selv om det således kan være adgang til å få overprøvd en voldgiftsdom, er adgangen meget snever og det er høyst sjelden dette skjer.⁶⁹

Begjæring om tvangsfullbyrdelse behandles etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven, jf. § 1-3. Etter tvangsfullbyrdelsesloven §§ 4-1 bokstav d og f, er henholdsvis norske og utenlandske voldgiftsdommer tvangsgrunnlag, og vilkårene for tvangskraft fremgår av tvangsfullbyrdelsesloven § 4-15. Begjæring om tvangsfullbyrdelse avgjøres av «kompetent namsmyndighet», enten namsmannen eller tingretten, jf. tvangsfullbyrdelsesloven §§ 8-3, 9-3, 10-3, 11-3, 12-3 og 13-3. Når slik begjæring om tvangsfullbyrdelse er tatt til behandling av namsmannen eller tingretten, må det vurderes om voldgiftsdommen skal nektes anerkjennelse, jf. voldgiftsloven § 46 andre ledd, og partene kan fremme innsigelse om at voldgiftsdommen ikke kan anerkjennes, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 fjerde ledd jf. voldgiftsloven § 46 første ledd.

Voldgiftsloven skiller som vist over mellom ugyldighet og anerkjennelse, jf. henholdsvis §§ 43 og 46. Bestemmelsene er likevel utformet likt og de skal i størst mulig grad tolkes likt.⁷⁰ Både voldgiftsloven §§ 43 og 46 er uttømmende, jf. første ledd i henholdsvis voldgiftsloven §§ 42 og 45. Bestemmelsene tilsvarende modelloven art. 34, om ugyldighet, og modelloven art. 36 og New York-konvensjonen art. V, om anerkjennelse.⁷¹ Hovedformålet med New York-konvensjonen er å skape gunstige rammebetingelser for voldgift, blant annet gjennom særlig begrensede muligheter for domstoler til å sensurere voldgiftsavgjørelser. Unntakene i voldgiftsloven §§ 43 og 46 bør derfor tolkes restriktivt.⁷²

Selv om det er en stor grad av likhet mellom voldgiftsloven §§ 43 og 46, foreligger det også noen ulikheter. En ting er at voldgiftsloven § 46 første ledd bokstav f, om betydningen av at voldgiftsdommen ikke er blitt bindende mellom partene eller at den er varig eller midlertidig satt til side, savner motstykke i voldgiftsloven § 43, da den etter sitt innhold kun er relevant for spørsmålet om anerkjennelse.⁷³ Det innebærer at virkningene av å kjenne en voldgiftsdom ugyldig og å nekte den anerkjennelse er forskjellige. At en alminnelig domstol nekter å tvangsfullbyrde en voldgiftsdom har i utgangspunktet ingen implikasjoner utover dette. En avsagt dom om ugyldighet kan derimot føre til at også andre lands domstoler anser voldgiftsdommen som ugyldig, jf. New York-konvensjonen art. V (1) (e) og modelloven art. 36 (1) (a) (v), som tilsvarende voldgiftsloven § 46 første ledd bokstav f.⁷⁴

⁶⁸ Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 111 og 113.

⁶⁹ *Cordes m.fl.* 2010, s. 165, *Cordero-Moss* 2014, punkt 5.2 og *Born* 2012, s. 303–304.

⁷⁰ *Cordero-Moss* 2007a, s. 249–250, med henvisning til Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 110 og NOU 2001: 33, s. 113.

⁷¹ *Cordero-Moss* 2007a, s. 246, 249 og 266–267.

⁷² *Cordero-Moss* 2007a, s. 249–250 med videre henvisninger i note 543 og 544.

⁷³ *Cordero-Moss* 2007a, s. 275.

⁷⁴ *Born* 2012, s. 338 viser at betydningen av utenlandske avgjørelser om en voldgiftsdoms gyldighet varierer mellom forskjellige rettssystemer.

Videre fører ugyldighet i utgangspunktet til at voldgiftsavtalen igjen blir virksom, jf. voldgiftsloven § 44 tredje ledd. Likt for både ugyldighet og anerkjennelse er imidlertid at det ikke nødvendigvis er slik at hele dommen blir kjent ugyldig eller nektet anerkjent. Hvis grunnen for å kjenne dommen ugyldig kun hefter ved en del av voldgiftsdommen, er det bare den delen av dommen som skal kjennes ugyldig, jf. voldgiftsloven § 43 tredje ledd, og tilsvarende for anerkjennelse i § 46 tredje ledd. De enkelte forskjellene som er nevnt over kan få betydning i en konkret sak, men de er ikke relevante i den videre fremstillingen. Jeg mener derfor det er mest hensiktsmessig å behandle voldgiftsloven §§ 43 og 46 samlet i det følgende.

Både voldgiftsloven §§ 43 og 46 skiller mellom relative og absolutte grunner for henholdsvis å kjenne en voldgiftsdom ugyldig eller nekte den anerkjennelse. Grunnlagene i første ledd av voldgiftsloven §§ 43 og 46 behandles bare av domstolen i den grad de blir påberopt av en part, og ordlyden «kan» betyr at det er opp til dommerens skjønn å avgjøre hvilke konsekvenser det vil ha om vilkårene er oppfylt. I kontrast til dette, plikter domstolen «av eget tiltak» å vurdere om voldgiftsdommen strider mot grunnlagene (adgangen til å avtale voldgift for denne tvisten og ordre public) i andre ledd av voldgiftsloven §§ 43 og 46. Det følger videre av ordlyden «skal» at domstolen plikter å kjenne voldgiftsdommen ugyldig, eller nekte å anerkjenne den, hvis den ikke kan avgjøres ved voldgift eller er i strid med ordre public, jf. andre ledd i voldgiftsloven §§ 43 og 46.⁷⁵ Det har også betydning at fristreglene i voldgiftsloven § 18 tredje ledd ikke gjelder for grunnlagene i andre ledd av voldgiftsloven §§ 43 og 46.⁷⁶

2.2.3 Grunnlagene i voldgiftsloven §§ 43 og 46

Fremstillingen hittil har vist at norske domstoler kun kan kjenne en voldgiftsdom ugyldig, eller nekte å anerkjenne den, hvis den er i strid med et grunnlag i §§ 43 eller 46. Sett i sammenheng med den utstrakte friheten for partene i en voldgiftsavtale til å avtale seg bort fra norske materielle regler,⁷⁷ betyr dette at voldgiftsloven §§ 43 og 46 er de eneste egentlige begrensningene på partsautonomien i internasjonal kommersiell voldgift.

Lovvalsregler og internasjonalt preseptoriske regler har dermed ikke nødvendigvis noen betydning når det foreligger en voldgiftsdom. At voldgiftsdomstolen anvendte regler som avviker fra de som blir utpekt av lovvalsreglene den nasjonale domstolen anvender, eller at voldgiftsdomstolen anvendte regler som er i strid med domstollandets internasjonalt preseptoriske regler, er ikke i seg selv noe grunnlag for å kjenne voldgiftsdommen ugyldig eller nekte den

⁷⁵ Woxholth 2013, s. 855–856.

⁷⁶ Woxholth 2013, s. 937.

⁷⁷ Se avhandlingens punkt 2.2.1.

anerkjennelse. Lovvalsregler og internasjonalt preseptoriske regler utgjør derfor ikke noen egentlig begrensning av partsautonomien i internasjonal kommersiell voldgift.⁷⁸

Dette har stor betydning for avhandlingens emne. Det betyr at spørsmålet som avhandlingen må besvare, er hvorvidt norske arbeidsrettslige regler kan medføre at en voldgiftsdom er i strid med voldgiftsloven §§ 43 eller 46. I det følgende vil det redegjøres kort for de ulike grunnlagene for å kjenne en voldgiftsdom ugyldig eller nekte den anerkjennelse, herunder hvorvidt arbeidsrettslige regler kan ha noen betydning i sammenheng med disse.

I første ledd av voldgiftsloven § 43 finner vi de relative grunnlagene.⁷⁹ Etter bestemmelsens bokstav a kan en voldgiftsdom kjennes ugyldig hvis «en av partene i voldgiftsavtalen manglet rettslig handleevne; eller voldgiftsavtalen er ugyldig etter de rettsregler som partene har avtalt skal anvendes på avtalen, eller i mangel av slik avtale, etter norsk rett». Sagt på en annen måte er voldgiftsdommen også ugyldig hvis voldgiftsavtalen er ugyldig.⁸⁰

Det følger av voldgiftsloven § 43 første ledd bokstav b at voldgiftsdommen kan kjennes ugyldig dersom «den part som har anlagt ugyldighetssøksmål ikke ble gitt tilstrekkelig varsel om oppnevningen av en voldgiftsdommer eller om voldgiftssaken, eller ikke har fått anledning til å fremstille sitt syn på saken». Dette er grunnleggende prosessuelle krav som skal sikre kontradiksjon i voldgiftsprosessen.⁸¹

Videre kan voldgiftsdommen kjennes ugyldig hvis «voldgiftsdommen ligger utenfor voldgiftsrettens domsmyndighet», jf. voldgiftsloven § 43 første ledd bokstav c. Det vil være tilfellet hvis voldgiftsdomstolen har avgitt dom uten at det foreligger noen voldgiftsavtale, eller hvis voldgiftsdomstolen overskrider kompetansen den er gitt i voldgiftsavtalen. Det innebærer blant annet at voldgiftsdommen potensielt kan kjennes ugyldig hvis voldgiftsdomstolen velger å ikke dømme i henhold til partenes lovvalg, selv om dette lovvalget innebærer at voldgiftsdommen potensielt kan være i strid med andre grunnlag i voldgiftsloven § 43. At voldgiftsdomstolen har tolket eller anvendt materiell rett feil omfattes derimot ikke av grunnlaget.⁸²

⁷⁸ Internasjonalt preseptoriske regler behandles derfor ikke i nevneverdig grad i den videre fremstillingen. Se *Cordero-Moss* 2013a, s. 122–162 for en mer omfattende redegjørelse.

⁷⁹ For å effektivisere fremstillingen bruker jeg i utgangspunktet ordlyden i voldgiftsloven § 43. De små forskjellene som finnes i ordlyden i voldgiftsloven §§ 43 og 46 har ingen betydning for tolkningen av bestemmelsene i denne sammenheng.

⁸⁰ *Woxholth* 2013, s. 867–871.

⁸¹ *Woxholth* 2013, s. 871-

⁸² *Woxholth* 2013, s. 871–877.

Voldgiftsloven § 43 første ledd bokstav d bestemmer at hvis «voldgiftsretten har hatt en uriktig sammensetning», så kan voldgiftsdommen være ugyldig. Dette er et spørsmål om voldgiftsdomstolens sammensetning avviker fra voldgiftslovens bestemmelser om antall voldgiftsdommere eller fra voldgiftsavtalen, eller om dommernes upartiskhet og uavhengighet er kompromittert, jf. henholdsvis voldgiftsloven §§ 18 og 13.⁸³

En voldgiftsdom kan også være ugyldig hvis «saksbehandlingen strider mot loven eller partenes avtale og det er nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for avgjørelsen», jf. voldgiftsloven § 43 første ledd bokstav e. Saksbehandlingsfeil kan følge av avvik fra voldgiftsloven eller voldgiftsavtalen.⁸⁴

Endelig kan voldgiftsdommen nektes anerkjennelse hvis «voldgiftsdommen ennå ikke er bindende for partene, eller den varig eller midlertidig er satt til side av en domstol på voldgiftsstedet eller av en domstol i det landet hvis rettsregler er anvendt ved avgjørelsen av tvistegjenstanden», jf. voldgiftsloven § 46 første ledd bokstav f. Som nevnt over, savner denne bestemmelsen motstykke i voldgiftsloven § 43, da den etter sin natur kun er relevant for spørsmålet om anerkjennelse.⁸⁵

Av denne korte redegjørelsen bør det fremgå at arbeidsrettslige regler ikke har noen nevneverdig betydning for anvendelsen av grunnlagene i voldgiftsloven § 43 første ledd, forutsatt at partene har avtalt seg bort fra norske materielle regler på arbeidsrettens område. De blir derfor ikke kommentert ytterligere.⁸⁶

Voldgiftsloven § 43 andre ledd inneholder de absolutte grunnlagene. En voldgiftsdom skal settes til side som ugyldig hvis «tvisten ikke kan avgjøres ved voldgift etter norsk rett», jf. voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav a. Ifølge forarbeidene er dette et spørsmål om partene har «fri rådighet» over tvisten, jf. voldgiftsloven § 9.⁸⁷ Fri rådighet er et innarbeidet begrep i norsk prosesslovgivning, jf. tvisteloven § 11-2, og må tolkes i henhold til dette.⁸⁸ I utgangspunktet har partene fri rådighet over tvisten hvis de utenfor prosess kan disponere fritt over kravet. Det betyr likevel ikke at dispositive rettsforhold alltid kan voldgis, og ei heller at indispositive rettsforhold aldri kan voldgis. Karakteren av rettstvisten er avgjørende – spørsmå-

⁸³ Woxholth 2013, s. 877–880.

⁸⁴ Woxholth 2013, s. 880–889.

⁸⁵ Woxholth 2013, s. 934–937.

⁸⁶ Se for eksempel Woxholth 2013, kapittel 24 og 25 for en mer omfattende redegjørelse for grunnlagene voldgiftsloven §§ 43 og 46.

⁸⁷ Woxholth 2013, s. 890.

⁸⁸ Ryssdal 2007c, s. 77–78, med henvisning til Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 33.

let er om rettssystemet anser tvistens etter sin art som uegnet for voldgift.⁸⁹ Mer spesifikt uttales det i forarbeidene til voldgiftsloven at «[s]pørsmålet er om de offentlige interesser i avgjørelsen er så betydelige at det av disse grunner ikke kan aksepteres voldgift».⁹⁰ Voldgift vil ofte være uakseptabelt for krav som innebærer en form for offentlig myndighetsutøvelse. Straffekrav er et typisk eksempel på det.⁹¹ Det kan også tenkes at en tvist kan berøre tredjemanns interesser i så stor grad at partene ikke har fri rådighet over tvisten.

Med unntak av noen særlige problemstillinger som blir behandlet der det er relevant i den videre fremstillingen, reiser spørsmålet om en tvist kan avgjøres ved voldgift ikke særlige problemstillinger innenfor denne avhandlingens rammer. Arbeidsrettslige regler om tvister som ikke kan avgjøres ved voldgift innebærer en begrensning i avtalefriheten i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Denne avhandlingen ser imidlertid på et kommersielt forhold mellom arbeidsgiver og en tredjepart. Mellom disse partene innebærer arbeidsrettslige regler i utgangspunktet ingen begrensninger i adgangen til å avgjøre tvister ved voldgift.⁹²

Vi står da igjen med et siste grunnlag, jf. voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav b. En voldgiftsdom kan etter denne bestemmelsen kjennes ugyldig hvis den «virker støtende på rettsordenen (ordre public)». Det innebærer at en voldgiftsdom kan kjennes ugyldig hvis den er i strid med grunnleggende prinsipper i norsk rett, herunder (potensielt) arbeidsrettslige regler.⁹³ Ordre public-unntaket vil derfor bli gjenstand for en omfattende redegjørelse i det følgende kapittelet.

Det kan tenkes tilfeller hvor en voldgiftsdom er i strid med ordre public samtidig som tvisten ikke kan avgjøres ved voldgift, jf. henholdsvis første ledd bokstav a og b i voldgiftsloven §§ 43 og 46. Reglens anvendelsesområde er altså til dels overlappende. Et eksempel på dette kan være en voldgiftsdom som i realiteten er en straffedom.⁹⁴ Det ligger likevel en sentral forskjell i at mens spørsmålet for ordre public er hvorvidt det konkrete resultatet av voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen, så er adgangen til å avgjøre en tvist ved voldgift et spørsmål om tvistegjenstanden etter sin art egner seg for voldgift. At en voldgiftsdom er i strid med ordre public betyr i utgangspunktet bare at akkurat denne dommen, med dette uakseptable resultatet, ikke gis rettsvirkninger. At tvisten ikke kan avgjøres ved voldgift innebærer derimot at voldgift er utelukket, uavhengig av hvilket resultat voldgiftsdomstolen måtte

⁸⁹ Woxholth 2013, s. 223.

⁹⁰ NOU 2001: 33, s. 51.

⁹¹ Mæland 1988, s. 41 og 50.

⁹² Dette må nyanseres når kravet i voldgiftsdommen har grunnlag i en avtale som er i strid med ærbarhet, jf. NL 5-1-2. Se avhandlingens punkt 4.1.

⁹³ Woxholth 2013, s. 891–901.

⁹⁴ Woxholth 2013, s. 895.

komme til. Selv om strid med ordre public således bør føre til at saken sendes tilbake til ny behandling for voldgiftsdomstolen, hvis mulig, vil det være meningsløst hvis tvisten ikke kan avgjøres ved voldgift. Dette bør etter min mening ha betydning for hvilken regel domstolen velger å anvende i en konkret sak, hvis vilkårene for begge er oppfylt.⁹⁵

⁹⁵ *Cordero-Moss* 1999, s. 293–295.

3 Ordre public

3.1 Innledning

Ordre public er et alminnelig prinsipp som tjener som en sikkerhetsventil i møtet mellom intern og fremmed rett. Kort fortalt innebærer det at hvis å tillegge en fremmed rettsregel, en fremmed dom eller en voldgiftsdom virkning vil føre til resultater som er i strid med rettssystemets grunnleggende prinsipper, så kan en nasjonal domstol avskjære deres virkning.⁹⁶ Et slikt unntak er egentlig en nødvendig forutsetning for at et rettssystem skal kunne akseptere at fremmede rettsregler eller dommer går foran nasjonal rett.⁹⁷

Det kan forekomme ulike betydninger av begrepet «ordre public» i forskjellige sammenhenger.⁹⁸ Begrepet anvendes nå vanligvis i negativ forstand – om en unntaksregel som forhindrer anvendelse av fremmed rett når slik anvendelse vil føre til et støtende resultat.⁹⁹ Det kan imidlertid også forekomme, typisk i eldre fremstillinger eller rettspraksis, at ordre public anvendes i positiv forstand – om nasjonale regler som må anvendes uavhengig av partenes lovvalg.¹⁰⁰ I dag brukes vanligvis «internasjonalt preseptoriske regler» eller tilsvarende begreper om slike regler.¹⁰¹ I norsk rett må definisjonen av ordre public anses avklart ved dommen i Rt-2009-1537, hvor førstvoterende skiller klart mellom ordre public og internasjonalt preseptoriske regler.¹⁰² Også internasjonalt har det blitt vanlig å anvende ordre public i den negative forstand, selv om unntak kan forekomme. I engelsk og amerikansk rett brukes derimot uttrykket «public policy», men det har i dag tilnærmet likt innhold som ordre public i negativ forstand.¹⁰³ I denne avhandlingen vil «ordre public» konsekvent kun anvendes slik det er definert i avsnittet over, altså i negativ forstand. Jeg vil hovedsakelig anvende ordre public-begrepet for å vise til selve unntaksregelen, men det kan også i enkelte tilfeller forekomme at jeg anvender det kvalifiserende om en regel eller et prinsippets betydning – altså synonymt med «grunnleggende» eller «fundamentalt».

Når det gjelder ugyldighet og anerkjennelse av voldgiftsdommer i Norge er ordre public-unntaket lovfestet i andre ledd bokstav b av voldgiftsloven §§ 43 og 46, som sier at en voldgiftsdom skal kjennes ugyldig eller nektes anerkjennelse hvis «voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen (ordre public)». Det finnes mange tilsvarende ordre public-unntak, lovfestede og ulovfestede, som anvendes i andre sammenhenger. Grovt sett kan ordre public-

⁹⁶ Thue 2002, s. 181.

⁹⁷ Gaarder og Lundgaard 2010, s. 101, Cordes m.fl. 2010, s. 164, Cordero-Moss 1999, s. 131–132 og Thue 2002, s. 176 og 198.

⁹⁸ Cordes m.fl. 2010, s. 166.

⁹⁹ Cordes m.fl. 2010, s. 168.

¹⁰⁰ Andre avledede begrep kan også forekomme i en del teoretiske fremstillinger, men har i praksis liten betydning. Se Cordero-Moss 2013a, s. 175–176.

¹⁰¹ Cordero-Moss 2013a, s. 172–176 og Thue 2002, s. 181–182. Se avhandlingens punkt 2.1.2 for et kort redegjørelse for internasjonalt preseptoriske regler.

¹⁰² Rt-2009-1537 avsnitt 37. Førstvoterende uttalte riktignok at hun foretrakk uttrykket «internasjonalt direkte anvendelige rettsregler» fremfor «internasjonalt preseptoriske regler». Cordero-Moss 2013a, s. 122–123 kommenterer derimot at selv om terminologien internasjonalt preseptoriske regler innebærer en risiko for feilassosiasjoner, er den innarbeidet i norsk juridisk tradisjon og ligger tett opptil begrepsbruken i våre skandinaviske naboland. For denne avhandlingens del mener jeg det er mest hensiktsmessig å holde meg til den vanlig anvendte terminologien i juridisk litteratur, altså internasjonalt preseptoriske regler.

¹⁰³ Thue 2002, s. 180–181.

regler deles inn i tre kategorier – regler som tjener som sikkerhetsventil mot (1) fremmed rett, (2) fremmede dommer og (3) voldgiftsdommer.

Alle ordre public-unntak stammer imidlertid fra det samme alminnelige prinsippet om ordre public og er følgelig forholdsvis like i utforming og anvendelse.¹⁰⁴ Det er ikke nødvendigvis noen grunn til å anta at forskjellige ordre public-unntak skal tolkes ulikt, og hensynet til harmonisering og forutberegnelighet taler for en enhetlig tolkning av ordre public-unntak på forskjellige rettsområder og i forskjellige rettssystemer.¹⁰⁵ Mitt inntrykk, etter en sammenligning av de forskjellige ordre public-bestemmelsene som det redegjøres for i denne avhandlingen, er at selv om de ulike bestemmelsene kan ha forskjellig utforming og ordlyd, og selv om det kan forekomme enkelte forskjeller, blir de både i juridisk teori og rettspraksis tolket likt.

Cordero-Moss ser for eksempel ingen grunn til at «the reasoning made in respect of public policy as a ground for refusing recognition and enforcement of judgments under the Brussels Convention (or its successor, the Brussels I Regulation) should not also apply to public policy as a ground for refusing recognition and enforcement of awards under the New York Convention or as a ground to set aside and award under the UNCITRAL Model Law».¹⁰⁶ Thue skriver imidlertid at ordre public-unntak i konvensjoner skal tolkes «autonomt og ikke nasjonalt» og at «man må vanligvis operere med en snevrere ordre public-forståelse enn når man griper inn overfor nasjonale rettsregler».¹⁰⁷ Jeg synes ikke dette er spesielt velfundert, jf. drøftelsen av nasjonal rett som det nødvendige utgangspunkt for ordre public-vurderingen i punkt 3.3.1 under. Jeg har heller ikke funnet spor av dette synet i andre fremstillinger av emnet. Gaarder og Lundgaard virker å legge til grunn at det ikke har noen betydning at ordre public-unntaket er formulert ulikt i forskjellige sammenhenger, og kommenterer at «[ordlyden i ordre public-unntak varierer] altså noe fra konvensjon til konvensjon, uten at dette innebærer noen egentlig realitetsforskjell».¹⁰⁸ Heller ikke Cordes ser ut til å gjøre noe prinsipielt skille mellom anvendelsen av ordre public-unntaket på forskjellige rettsområder.¹⁰⁹

De forskjellene i anvendelse som finnes knytter seg stort sett til at det kan gjøre seg gjeldende forskjellige hensyn ved forskjellige ordre public-bestemmelser. For eksempel taler hensynet

¹⁰⁴ Thue 2002, s. 178–181 og Cordes *m.fl.* 2010, s. 164–165.

¹⁰⁵ Cordero-Moss 2013a, s. 163–165. Se også Thue 2002, s. 190 som kommenterer at «[s]elv om de uttrykkene som brukes i lovgivningen for å angi ordre public-forbeholdets innhold, er noenlunde likeartede, hadde en mer enhetlig språkbruk vært å ønske» og at «[m]an står her overfor prinsipper som unndrar seg klare formuleringer og som kan uttrykkes på forskjellig vis».

¹⁰⁶ Cordero-Moss 2013b, s. 21–22, og tilsvarende i Cordero-Moss 2013a, s. 163–164.

¹⁰⁷ Thue 2002, s. 193.

¹⁰⁸ Gaarder og Lundgaard 2000, s. 101–104

¹⁰⁹ Cordes *m.fl.* 2010, s. 176–180.

til forutberegnelighet med styrke mot at ordre public anvendes for å kjenne en voldgiftsdom ugyldig, men tillegges ikke nødvendigvis like stor vekt i andre sammenhenger. Jeg mener derfor at det er hensiktsmessig også å undersøke rettskilder knyttet til andre ordre public-bestemmelser ved tolkning og anvendelse av ordre public-unntaket i voldgiftsloven §§ 43 og 46. I det følgende vil jeg kort kommentere noen andre bestemmelser som gjennom sin anvendelse i rettspraksis, forarbeider og juridisk teori kan være relevante for forståelsen av ordre public-unntaket.

Praksis og teori knyttet til ordre public-unntaket i tvistemålsloven (opphevet) §§ 168 jf. 167 andre ledd, om at utenlandske voldgiftsdommer skal nektes anerkjennelse hvis de er i strid med «ærbarhet eller norske ufravikelige rettsregler», kan være særlig relevant. Bestemmelsen ble tolket innskrenkende, i samsvar med ordre public-unntaket i New York-konvensjonen.¹¹⁰ I forarbeidene til voldgiftsloven foreslo Tvistemålsutvalget at ugyldighetsgrunnene formuleres etter mønster av modelloven, slik voldgiftsloven §§ 43 og 46 ble, og kommenterte i den sammenheng at de «kan ikke se at dette innebærer store endringer i forhold til de grunner som etter tvistemålsloven kan føre til ugyldighet».¹¹¹ Drøftelsene i forarbeidene gjør imidlertid ikke noe klart skille mellom tvistemålsloven §§ 168 jf. 167 andre ledd og tvistemålsloven § 467 nr. 4,¹¹² med lignende ordlyd, men som ikke ble tolket som en ordre public-bestemmelse.¹¹³ Når forarbeidene kommenterer at forslaget § 8-2 andre ledd bokstav b (vedtatt som voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav b) «har et snevrere anvendelsesområde enn tvistemålsloven § 467 nr. 4»,¹¹⁴ er det dermed usikkert om dette bare sikter til tvistemålsloven § 467 nr. 4 eller om det også sikter til § 168 jf. 167 andre ledd. Jeg har imidlertid vanskelig for å se noen gode grunner for at voldgiftsloven §§ 43 og 46 skal praktiseres annerledes enn tvistemålsloven §§ 168 jf. 167. Alle disse bestemmelsene er ment å tolkes i samsvar med New York-konvensjonen (og modelloven) sin forståelse av ordre public og vil derfor typisk være like i anvendelse.

Tvistemålsloven § 467 nr. 4 er det derimot grunn til å være mer varsom med. Fordi terskelen for strid mot lov ikke svarer til terskelen for strid mot ordre public, bør det skilles mellom terskelen for «lov» og terskelen for «ærbarhet» i tvistemålsloven § 467 nr. 4.¹¹⁵ Så lenge man gjør det, mener jeg at teori og praksis knyttet til også tvistemålsloven § 467 nr. 4 kan være

¹¹⁰ *Mæland* 1988, s. 243.

¹¹¹ NOU 2001: 33, s. 76–78.

¹¹² NOU 2001: 33, s. 113–118 og Ot.prp. nr. 27 (2003–2004), s. 114. Forarbeidene har en rekke kommentarer knyttet til ordre public som grunnlag for å kjenne en voldgiftsdom ugyldig, mens kommentarene knyttet til bestemmelsen om anerkjennelse stort sett viser til kommentarene om ugyldighet.

¹¹³ *Mæland* 1988, s. 197–198.

¹¹⁴ NOU 2001: 33, s. 114.

¹¹⁵ *Woxholth* 2013, s. 894.

relevant for vurderingen av ordre public-unntaket i voldgiftsloven §§ 43 og 46. Se kommentarene knyttet til NL 5-1-2 under.

NL 5-1-2 har tilsvarende ordlyd som tvistemålsloven § 467 nr. 5, og sier at en avtale skal holdes hvis den ikke er i strid med «Loven, eller Ærbarhed». Spørsmålet om en avtale er i strid med lov eller ærbarhet har betydelige likhetstrekk med vurderingen av om en voldgiftsdom er i strid med ordre public.¹¹⁶ Woxholth skriver at «[s]elv om en bedømmelse med grunnlag i NL 5-1-2 ikke vil være avgjørende ... er det ikke noe i veien for at man i praksis tar *utgangspunkt* i NL 5-1-2 eller forholder seg til bestemmelsen som en *retningslinje* ved bedømmelsen» av om en voldgiftsdom er i strid med ordre public.¹¹⁷ Jeg mener imidlertid at det for alternativet «Ærbarhed» er grunn til å gå lenger enn kun å anvende det som et utgangspunkt eller en retningslinje. Ifølge Gaarder og Lundgaard er «[strid mot ærbarhet] visstnok det viktigste element i ordre public-regelen».¹¹⁸ I likhet med ordre public, viser ærbarhet til samfunnets grunnleggende moralske og etiske normer.¹¹⁹ Som Hauge formulerer det, er ærbarhet en «*sikkerhetsventil i tilfeller hvor avtalefrihetens etiske grenser utfordres*».¹²⁰ Min konklusjon er derfor at man i hvert fall i utgangspunktet kan legge til grunn at ærbarhetsstandarden i NL 5-1-2 og tvistemålsloven § 467 nr. 4 tilsvarer ordre public.

For eldre bestemmelser som tvistemålsloven §§ 167 og 467, og NL 5-1-2, hvor rettskildematerialet går langt tilbake i tid, er det uansett viktig å huske at ordre public er en dynamisk regel som endrer seg med tid og samfunnsforhold. Selv om et tilfelle ble vurdert til et visst resultat tidligere, vil det ikke nødvendigvis bli vurdert til det samme resultat i dag.¹²¹

Utover disse bestemmelsene, nevner jeg følgende ordre public-bestemmelser i norsk rett, som ikke er knyttet til voldgift: Adopsjonsloven § 20, adoptionsloven (opphevet) 1917 § 32, barnebortføringsloven §§ 7a og 12, ekteskapsloven §§ 18a og 95 fjerde ledd, kjøpslovvalgsloven § 6, lov om nordiske privatrettslige dommer § 8 nr. 5, lov om utenlandske skilsmisser § 2, Luganokonvensjonen 1988 art. 27 og 50 (som gjaldt som norsk lov, jf. luganoloven (opphevet) 1993 § 1, inntil den ble erstattet av Luganokonvensjonen 2007), Luganokonvensjonen 2007 art. 34 og 57 (som gjelder som norsk lov, jf. tvisteloven § 4-8) og tvisteloven § 19-16. Utover disse lovfestede unntakene er det i litteraturen antatt å gjelde et alminnelig ulovfestet

¹¹⁶ Woxholth 2013, s. 894. Se også Gaarder 1939, s. 244–246, som imidlertid drøfter ordre public i positiv forstand, altså internasjonalt preseptoriske regler.

¹¹⁷ Woxholth 2013, s. 894.

¹¹⁸ Gaarder og Lundgaard 2000, s. 111.

¹¹⁹ Hauge 2009, s. 429–431.

¹²⁰ Hauge 2009, s. 430–431.

¹²¹ Cordero-Moss 2013a, s. 166–167.

prinsipp om ordre public i norsk rett.¹²² Som Thue formulerer det, «må man lese [et ordre public-unntak] inn i enhver rettsvalgsregel».¹²³ Dette er bakgrunnen for at det på enkeltområder som mangler lovfestede ordre public-unntak har oppstått ulovfestede unntak.¹²⁴ For eksempel er ordre public-unntaket i ekteskapsloven § 18 bokstav a en kodifisering av ulovfestet rett,¹²⁵ og i rettsteorien er det hevdet at det gjelder et ulovfestet ordre public-unntak i arbeidsforhold.¹²⁶

Internasjonale konvensjoner og instrumenter kan også inneholde ordre public-unntak. I den sammenheng er New York-konvensjonen og modelloven, særlig relevante.¹²⁷ Fordi andre ledd bokstav b av voldgiftsloven §§ 43 og 46 er basert på modelloven, og både modelloven art. 34 (2) (b) (ii) og art. 36 (2) (b) (ii) er tilsiktet lik anvendelse som New York-konvensjonens art. V (2) (b), bør både modelloven og New York-konvensjonen tillegges stor vekt ved tolkning og anvendelse av voldgiftslovens ordre public-unntak.¹²⁸

Enkelte konvensjoner og lover anvender uttrykket «offentlig orden», som er en oversettelse av «ordre public» til norsk.¹²⁹ Noen slike bestemmelser er gjennomført ved menneskerettsloven: EMK Protokoll nr. 4 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede er omfattet av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til Konvensjonen art. 2 (3), Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 12 (3), 14 (1), 16 (3b), 21, 22 (2) og konvensjon om barnets rettigheter art. 10 (2), 13 (2b), 15 (2). Tilsvarende har vi bestemmelser i EØS-retten, for eksempel EØS-avtalen art. 33 som gjør unntak fra retten til fri etablering når det er begrunnet i «hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen». Uttrykket brukes også i norske lover, typisk lover som gjennomfører EU- og EØS-rett eller internasjonale konvensjoner. For eksempel fastslår første ledd i utlendingsloven § 122, om utvisning av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet, at «[e]n utlending med oppholdsrett etter §§ 111, 112, 113 eller 114 kan utvises når hensynet til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det». Bestemmelsen

¹²² Cordes *m.fl.* 2010, s. 165.

¹²³ Thue 2002, s. 176.

¹²⁴ Se også Rt-1996-1288, s. 1290 hvor førstvoterende la til grunn at at «[l]ov 28 juli 1949 om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning» som ikke inneholdt «noen direkte henvisning til ordre publicreservasjonen i tvistemålsloven § 167 annet ledd» likevel måtte «forstås som inneholdende en alminnelig ordre publicreservasjon».

¹²⁵ Ot.prp. nr. 100 (2005–2006), side 69.

¹²⁶ Mo og Lolleng 2001, s. 76.

¹²⁷ Se avhandlingens punkt 2.2.1.

¹²⁸ Cordero-Moss 2007a, s. 250.

¹²⁹ «Ordre public» oversettes til «offentlig orden» på norsk og «public policy» på engelsk. I rettsteorien er det likevel vanligst å bruke ordre public-begrepet også på norsk, som fagterminologisk henvisning.

gjennomfører direktiv 2004/38/EC.¹³⁰ Om forståelsen av dette ordre public-unntaket har EF-domstolen uttalt følgende:

«[R]ecourse by a national authority to the concept of public policy presupposes, in any event, the existence, in addition to the perturbation of the social order which any infringement of the law involves, of a genuine and sufficiently serious threat to the requirements of public policy affecting one of the fundamental interests of society».¹³¹

Selv om utlendingsloven § 122 er gitt på et rettsområde som er vidt forskjellig fra rettsområdet voldgiftsrett, så anvender man altså samme terskel for ordre public-unntaket. Bestemmelsen illustrerer imidlertid også at det kan foreligge enkelte forskjeller på ulike rettsområder. Ifølge utlendingsloven § 122 første ledd første punktum må utvisning på grunnlag av ordre public skyldes «personlige forhold», noe som ikke kan anses å være et vilkår for ordre public-unntaket i alminnelighet.

Det må også tas hensyn til «EU ordre public». Ordre public-unntak er relevant i flere sammenhenger knyttet til EU og EØS. For det første finnes det ordre public-unntak i direktiver og andre rettsakter fra EU. Det følger for eksempel av art. 3 nr. 10 i utstasjoneringdirektivet at medlemsstatene kan gi pålegg om arbeids- og ansettelsesvilkår utover det som er fastsatt i direktivets art. 3 nr. 1 første ledd «når det dreier seg om bestemmelser om *offentlig orden*» (min kursivering).¹³²

For det andre finnes det felleseuropeiske prinsipper som anses som så fundamentale for det europeiske samarbeidet at de også må anses som en del av nasjonal ordre public. Reglene om konkurranserett i art. 81 TFEU er et eksempel på et slikt fellesskapsrettslig prinsipp.¹³³ EF-domstolen har uttalt at tilsvarende bestemmelse i den tidligere art. 81 EFT¹³⁴ «constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community» og at nasjonale domstoler plikter å sette til side en voldgiftsdom som er i strid med det som nå er art. 81 TFEU.¹³⁵ I sammenheng med dette legger forarbeidene til voldgifts-

¹³⁰ Parlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EC av 29. april 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

¹³¹ Sak C-30/77 *Régina v Pierre Bouchereau*, [1977] EFD I-01999, avsnitt 35.

¹³² Parlaments- og rådsdirektiv 96/71/EC av 16. desember 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (Utstasjoneringdirektivet).

¹³³ Treaty on the Functioning of the European Union av 2009.

¹³⁴ Treaty establishing the European Economic Community av 1957, nå Treaty on The Functioning of the European Union av 2009.

¹³⁵ Sak C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV.*, [1999] EFD I-03055, avsnitt 36 og 41.

loven til grunn at en voldgiftsdom som er i strid med konkurransereglene kan være i strid med norsk ordre public.¹³⁶ Så fremt et rettsvalg eller en dom har betydning for Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, bør norsk ordre public derfor tolkes i samsvar med EU ordre public.¹³⁷

For det tredje skal EU-domstolens praksis tillegges vekt ved norske domstolers anvendelse av ordre public-bestemmelsen i Luganokonvensjonen art. 34 første ledd, jf. Luganokonvensjonens Protokoll 2 om ensartet tolkning av konvensjonen art. 1. Alt i alt betyr dette at EU- og EFTA-domstolens praksis kan få stor betydning for norske domstolers tolkning og anvendelse av ordre public-unntaket.

I henhold til det som er sagt over om likhetene i anvendelse av forskjellige ordre public-unntak, og hensynet til harmonisering, mener jeg det er god grunn til å bruke teori og praksis knyttet til de ovennevnte bestemmelsene for å belyse ordre public-unntaket i voldgiftsloven §§ 43 og 46.

3.2 Kartlegging av rettspraksis

I et forsøk på å kartlegge behandlingen av ordre public i norsk rettspraksis, har jeg foretatt et vidt søk i Lovdatas databaser – se petitavsnitt under for nærmere detaljer om parameterne for søket. Søket kan imidlertid ikke anses å være uttømmende, og det har heller ikke hatt som mål å være det. Gjennomføring av et komplett søk reiser en rekke tekniske utfordringer og Lovdatas databaser er langt i fra komplette.¹³⁸ I tillegg kan dommer som ikke spesifikt eller uttrykkelig drøfter ordre public likevel inneholde uttalelser som er relevante for anvendelsen av ordre public-unntaket. Særlig gjelder dette for rettspraksis fra tidlig 1900-tallet, som sjelden bruker moderne terminologi eller lovregler, og dermed ikke gir utslag på søketermer knyttet til ordre public.¹³⁹ Jeg mener likevel at søket, som beskrevet under, er grundig nok til at det bør gi et representativt bilde av rettskildesituasjonen.

Søket ble foretatt i Lovdata sine databaser «Alle sivile avgjørelser» og «Alle strafferettslige avgjørelser».¹⁴⁰ Det ble søkt på dommer som inneholder referanser til enhver av de ovennevnte ordre public-bestemmelsene – men

¹³⁶ NOU 2001: 33, s. 62. Se også *Woxholth* 2013, s. 897–899.

¹³⁷ *Cordero-Moss* 2013a, s. 165–166.

¹³⁸ Lovdatas databaser er meget omfattende for publiserte dommer og dommer fra Høyesterett, men jo lenger ned man kommer i domstolshierarkiet, jo mer er det som mangler. I tillegg er det vanskelig å utforme søkeparametre som treffer alle relevante dommer, men som samtidig unngår å treffe store mengder irrelevante dommer. Med fritekstsøk oppstår også problemet med feilstaving eller forskjellige rettskrivingsnormer, for eksempel «ordre public» kontra «ordre-public» og «ordrepUBLIC».

¹³⁹ Rt-1927-747 og Rt-1937-888. Disse dommene ble ikke truffet av søket, men er lagt til manuelt.

¹⁴⁰ <http://www.lovdata.no> : Avansert søk : Rettsavgjørelser. Søkeresultatet ble sist sjekket og oppdatert 23. mai 2014.

ikke NL 5-1-2.¹⁴¹ Videre ble det søkt på dommer som inneholder uttrykkene «ordre public», «ordre-public», «ordrepUBLIC», «offentlig orden» og «public policy». Deretter ble det utført en manuell sortering hvor alle feiltreff ble luket ut, og alle dommer fra lavere instanser som senere ble overprøvd av en høyere instans for ordre public-unntaket sin del ble fjernet. Jeg forsøkte også å luke ut dommer som egentlig drøfter internasjonalt pre-septoriske regler, ikke ordre public, men det fremgår ikke alltid klart av dommene hvilket grunnlag som anvendes. Etter dette gjensto det 98 dommer på listen. Av disse dommene sier et betydelig antall ingenting som egentlig er relevant om ordre public-unntaket.¹⁴² Etter en skjønnsmessig utsortering er derfor det endelige resultatet av søket en liste på 63 dommer fra forskjellige instanser.¹⁴³ Det er ikke med det sagt noe om den rettskildemessige verdien av innholdet i disse dommene, men det er antallet dommer som kommenterer ordre public-unntaket.

Dette materialet kan anvendes for å si noe om voldgift og ordre public i alminnelighet. For eksempel er resultatet av søket i samsvar med observasjoner i litteraturen om at det finnes lite rettspraksis om ordre public-unntaket,¹⁴⁴ men det viser også at det tross alt finnes noe. Hvis vi bare ser på rettspraksis om ordre public-unntaket som grunnlag for å kjenne en voldgiftsdom ugyldig eller nekte den anerkjennelse, fremstår det klart hvor fattig området er på rettspraksis. Jeg har funnet totalt 11 dommer fra alle instanser, hvor ordre public-unntaket ble anført eller på en eller annen måte drøftet av retten i sammenheng med ugyldighet eller anerkjennelse av en voldgiftsdom.¹⁴⁵ Av disse er det ingen som kjenner voldgiftsdommen ugyldig eller nekter å anerkjenne den med ordre public-unntaket som grunnlag – muligens med unntak for RG-1943-105 (se petitavsnitt under). Det er således betegnende for rettskildesituasjonen når Woxholth kommenterer at det så vidt han vet ikke finnes noen eksempler fra skandinavisk rettspraksis i nyere tid på at en «voldgiftsdom er blitt kjent ugyldig som stridende mot ordre public».¹⁴⁶

Merk likevel Jæren herredsrett sin dom i RG-1943-105, hvor en norsk voldgiftsdom ble opphevet med grunnlag i «lov eller ærbarhet», jf. tvistemålsloven § 467 nr. 4. Jf. det som er sagt i punkt 3.1 over, om forskjellene og likhetene mellom tvistemålsloven § 467 nr. 4 og ordre public-unntaket i voldgiftsloven §§ 43 og 46, er det mulig at

¹⁴¹ NL 5-1-2 er ingen egentlig ordre public-bestemmelse, selv om det som vist over i punkt 3.1 er betydelige likhetstrekk, og rettspraksis om bestemmelsen kan være relevant ved anvendelse av ordre public-unntaket.

¹⁴² Se for eksempel dommene i Rt-1995-1415, LA-2011-178201 og TOSLO-2012-34975, hvor ordre public-unntaket anføres eller nevnes, uten at det drøftes eller er noen del av domsgrunnlaget.

¹⁴³ Følgende dommer drøfter på en eller annen måte ordre public-unntaket: Rt-1927-747, Rt-1934-152, Rt-1935-330, Rt-1937-888, Rt-1953-1132, Rt-1961-957, Rt-1962-369, Rt-1969-664, Rt-1977-715, Rt-1979-122, HR-1989-126-K, HR-1996-183-K, Rt-1996-502, Rt-1996-1288, Rt-1999-837, Rt-2001-1322, Rt-2004-20, Rt-2009-613, Rt-2009-705, Rt-2011-124, Rt-2011-531, Rt-2012-1253 og Rt-2013-258. RG-1959-162, LE-1990-131, LE-1990-657, LG-1994-468, LA-1995-972, LG-1996-515, LA-2002-902, LE-2002-971, LF-2006-10045, LB-2006-16680, RG-2007-1461, LF-2007-17684, LE-2007-52448, LB-2007-109907, LF-2007-152298, RG-2008-404, RG-2009-348, RG-2009-613, LB-2010-111243-2, LB-2010-23574, RG-2011-125, LB-2011-25337, LB-2011-136313, LB-2011-77536, LB-2012-79121, LH-2012-40124, LB-2003-2175, LB-2013-75148, LB-2013-108865, LB-2013-116383 og LB-2013-169058. RG-1943-105, RG-1961-538, TOSLO-2000-5838, TVARD-2001-284, TOBYF-2004-990, TSAFO-2007-136300, TOSLO-2010-35611, TOSLO-2011-123742 og TOSLO-2011-124401.

¹⁴⁴ Se for eksempel *Cordero-Moss* 2013a, s. 166.

¹⁴⁵ Rt-1927-747, Rt-1935-330, Rt-1979-122, HR-1989-126-K og Rt-1995-1585. RG-1974-213 og LB-2010-111243-2. RG-1943-105, TOSLO-2000-5838, TOSLO-2007-60676 og TOSLO-2010-35011.

¹⁴⁶ *Woxholth* 2013, s. 893.

grunnlaget i dommen svarer til ordre public-unntaket. Slik jeg tolker dommen, baserer retten sin avgjørelse utelukkende på at voldgiftsdommen er i strid med loven («redelighet og god tro», jf. avtaleloven § 33, og «de alminnelige prisforskrifter § 2»). De konkrete omstendighetene i saken er for fremmede for dagens samfunn til at det kan foretas noen egentlig vurdering av dommen, men for meg fremstår det ikke som om den ble avgjort på et grunnlag som tilsvarer dagens ordre public-unntak. Dommen har liten relevans, annet enn som en milepæl for hvorvidt en norsk domstol noensinne har kjent en voldgiftsdom ugyldig på grunn av ordre public-strid.

Etter å ha gjennomgått materialet, mener jeg at det ikke er hensiktsmessig å foreta noen samlet gjennomgang eller analyse av rettspraksis søket har avdekket. Materialet blir isteden anvendt der det er relevant. I den videre fremstillingen vil jeg bruke rettskilder knyttet til andre ordre public-unntak – særlig kommentarer i rettspraksis, forarbeider og teori – for å belyse ordre public-unntaket i voldgiftsloven §§ 43 og 46. Jeg mener det er forsvarlig gitt redegjørelsen over, men det er likevel viktig å ha i mente at slike analogier må foretas med varsomhet.

3.3 Tolkning og anvendelse

3.3.1 Nasjonal vurdering

Etter andre ledd bokstav b av voldgiftsloven §§ 43 og 46, skal en voldgiftsdom kjennes ugyldig eller nektes anerkjennelse hvis «voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen (ordre public)». Det fremgår ikke uttrykkelig av bestemmelsene hvilket rettssystemets regler ordre public-vurderingen skal skje etter. Modelloven art. 34 (2) (b) (ii) og art. 36 (2) (b) (ii) er derimot klarere, når de sier at en voldgiftsdom kan kjennes ugyldig eller nektes anerkjennelse hvis «the recognition or enforcement of the award would be contrary to *the public policy of this State*» (min kursivering). Mæland beskriver ordre public som en «kautsjuk-regel», noe som innebærer at innholdet bestemmes av den enkelte stat.¹⁴⁷ At ordre public i utgangspunktet er en nasjonal vurdering fremgår for øvrig også implisitt av det som er sagt om regelens formål som sikkerhetsventil i møtet mellom nasjonal og fremmed rett.¹⁴⁸

Thue argumenterer imidlertid for en «europaisk ordre public-norm». Han skriver blant annet at «ordre public-begrepet har ikke, og bør ikke [gis], et nasjonalt særpreg», at det «[ikke går an i denne sammenheng] å tale om en norsk, eller for så vidt nordisk, kultur» og at hvis man la til grunn en slik nasjonal ordre public-norm ville det føre til «hyppige inngrep overfor fremmed rett».¹⁴⁹ På bakgrunn av dette konkluderer han at:

«Rettslige ordninger som er akseptable i stater innenfor vår europeiske kulturkrets, holdes utenfor ordre public-begrepet, ordninger som enten finnes i disse staters interne rett, eller som

¹⁴⁷ Mæland 1988, s. 243. Se også Woxholth 2013, s. 894 og Cordero-Moss 1999, s. 306.

¹⁴⁸ Se avhandlingens punkt 3.1.

¹⁴⁹ Thue 2002, s. 191.

blir godtatt av disse stater når ordningen kommer utenfra. Innenfor ordre public-begrepet kommer fremmede ordninger som er ufordragelige også i andre europeiske stater».¹⁵⁰

Jeg er enig med Thue i at det komparative aspektet er viktig ved vurdering av ordre public-unntaket. Tolkningen av ordre public-unntaket bør i størst mulig grad harmoniseres for å sikre forutberegnelighet i internasjonale forhold. Observasjonen at «man i dag vanskelig kan forestille seg tilfeller der man må gripe til ordre public overfor retten i et annet land innenfor vår kulturkrets»¹⁵¹ er nok også riktig i den forstand at det svært sjelden skjer i praksis. Jeg er likevel uenig i at det dermed er grunnlag for å sette opp en europeisk ordre public-norm som utelukker at retten i et annet land innenfor vår kulturkrets kan være i strid med ordre public. En slik tolkning kan neppe anses som gjeldende rett – jeg har i hvert fall ikke funnet spor av noen europeisk ordre public-norm i lovverket, forarbeidene eller rettspraksis.¹⁵²

Argumentene for en slik europeisk ordre public-norm er i min mening heller ikke særlig gode de lege ferenda. En kategorisk begrensning av ordre public passer dårlig med regelens formål som sikkerhetsventil og den konkrete vurderingen det innebærer. En slik europeisk ordre public-norm reiser videre vanskelige spørsmål om nøyaktig hvilke land som inngår i «vår kulturkrets». Selv i nært beslektede europeiske land med rettssystemer og normer som i stor grad ligner våre egne, kan det «oppstå et ufordragelig regime, som f.eks. skjedde i Tyskland under Hitler», som Thue selv innrømmer.¹⁵³ Dermed må man, om man velger Thues tilnærming, også konstruere unntaksregler som risikerer å gjøre vurderingen enda mer komplisert. En slik forståelse av ordre public er heller ikke i samsvar med praksis fra EU-domstolen, som har uttalt at «the concept of public policy may vary from one country to another and from one period to another, and it is therefore necessary in this matter to allow the competent national authorities an area of discretion within the limits imposed by the treaty».¹⁵⁴ Jeg mener etter dette at det er riktig å holde fast ved at ordre public som utgangspunkt er en nasjonal standard.

¹⁵⁰ Thue 2002, s. 192.

¹⁵¹ Thue 2002, s. 192.

¹⁵² Som særlig eksempel kan nevnes dommen i Rt-1996-502, hvor Høyesterett nekter en engelsk dom anerkjennelse med grunnlag i ordre public-unntaket. Dommen blir behandlet i detalj i den videre fremstillingen.

¹⁵³ Thue 2002, s. 192.

¹⁵⁴ Sak C-41/74 *Yvonne van Duyn v Home Office*, [1974] EFD I-01337, avsnitt 18. Se også noe tilsvarende uttalelse i sak C-7/98 *Dieter Krombach v André Bamberski*, [2000] EFD I-01935, avsnitt 22: «It follows that, while the Contracting States in principle remain free, by virtue of the proviso in Article 27, point 1, of the Convention, to determine, according to their own conceptions, what public policy requires, the limits of that concept are a matter for interpretation of the Convention.»

3.3.2 Snever unntaksregel

Anvendelsesområdet for ordre public-unntaket er snevert. Høyesterett har i dommen i Rt-1996-1288 uttalt at «[d]et skal svært meget til for at ordre publicregelen får anvendelse».¹⁵⁵ Ifølge Gaarder og Lundgaard, jf. tilsvarende formulering i Rt-1996-1288 s. 1291, må det kreves «en *sterk motstrid* med vår *etiske og/eller sosiale oppfatning*» (min kursivering) for å anvende ordre public-unntaket.¹⁵⁶ Denne formuleringen illustrerer to sentrale vilkår i enhver vurdering av hvorvidt ordre public-unntaket skal anvendes for å kjenne en voldgiftsdom ugyldig eller nekte å anerkjenne den. For det første må hensynet voldgiftsdommen krenker være tilstrekkelig tungtveiende og for det andre må krenkelsen av dette særlig tungtveiende hensynet være tilstrekkelig betydelig.

Det ovenstående bør ses i sammenheng med New York-konvensjonens hovedformål – å skape gunstige rammebetingelser for voldgift, noe som innebærer i størst mulig grad å begrense domstolenes adgang til å overprøve voldgiftsdommer.¹⁵⁷ EF-domstolen har formulert dette som at «it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be *limited in scope* and that annulment of or refusal to recognise an award should be possible only in *exceptional circumstances*» (min kursivering).¹⁵⁸ New York-konvensjonens og modellovens regler om ugyldighet og anerkjennelse er basert på hensynet til forutberegnelighet og effektivitet.¹⁵⁹ Ordre public-unntaket bør derfor kun anvendes på en voldgiftsdom når hensynene som taler for at den skal kjennes ugyldig eller nektes anerkjennelse veier tyngre enn hensynet til å opprettholde voldgiftsordningens effektivitet, herunder særlig hensynet til forutberegnelighet, og eventuelt andre hensyn som taler for å opprettholde voldgiftsdommen i den konkrete sak.

3.3.3 Retningslinjer ved anvendelse

3.3.3.1 Metodisk inndeling

Ordre public-unntaket viser til en utpreget konkret vurdering. Som Thue formulerer det, er «[o]rdre public ... en humanistisk standard som bare kan konkretiseres i forhold til enkeltsa-

¹⁵⁵ Rt-1996-1288, s. 1291.

¹⁵⁶ Gaarder og Lundgaard 2000, s. 104. Tilsvarende formulering anvendes også for eksempel i amerikansk rett, jf. *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale de L'Industrie Du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, U.S. Court of Appeals, 2d Cir., 1974. U.S. Second Circuit Court of Appeals uttalte der at «the Convention's public policy defense should be construed narrowly. Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice».

¹⁵⁷ Cordero-Moss 2007a, s. 250.

¹⁵⁸ Sak C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV.*, [1999] EFD I-03055, avsnitt 35.

¹⁵⁹ Cordero-Moss 2007a, s. 249–250.

ker med sine individuelle særtrekk». ¹⁶⁰ Det innebærer at det er begrenset hvor hensiktsmessig en generell analyse av ordre public vil være. I norsk rettsteori om ordre public – som fortsatt er meget sparsom, selv om den har økt i sammenheng med den voksende interessen for internasjonal privatrett i nyere tid – går behandlingen av ordre public stort sett ut på å gi eksempler på tilfeller som kan tenkes å være i strid med ordre public, og å redegjøre for hva norske og utenlandske domstoler tidligere har ansett som ordre public. ¹⁶¹

Kommentarer knyttet til hvordan ordre public-vurderingen bør foretas rent metodisk er sjeldne. ¹⁶² Dette har en naturlig sammenheng med hvor konkret ordre public-vurderingen er, noe som gjør det vanskelig å stille opp en fast fremgangsmåte. ¹⁶³ Holger Kallehaug har imidlertid analysert dansk rettspraksis om ordre public og på bakgrunn av det oppstilt metodiske retningslinjer for anvendelsen av ordre public-unntaket på lovvalg i dansk rett. ¹⁶⁴ Slike metodiske retningslinjer kan presisere den konkrete helhetsvurderingen anvist av ordre public-unntaket og dermed gjøre rettsanvenderens oppgave klarere og mer oversiktlig. Jeg har derfor undersøkt norsk rettspraksis, avdekket gjennom søket beskrevet i punkt 3.2 over, for å finne ut om det kan oppstilles noen metodiske retningslinjer for anvendelsen av ordre public på voldgiftsdommer i norsk rett. På bakgrunn av det har jeg konstruert tre spørsmål som man kan strukturere vurderinger av hvorvidt en voldgiftsdom er i strid med ordre public etter:

- a) Avviker resultatet i voldgiftsdommen fra hvordan resultatet i saken ville blitt hvis den ble avgjort på bakgrunn av norsk rett, av en norsk domstol?
- b) Hvilken betydning har den norske regelen som er tilsidesatt av voldgiftsdommen?
- c) Hva er virkningen av voldgiftsdommen? ¹⁶⁵

¹⁶⁰ Thue 2002, s. 188.

¹⁶¹ Arbitration and Party Autonomy-prosjektet, som denne avhandlingen skrives i tilknytning til, er en følge av denne økte interessen. Prosjektet er et samarbeid mellom Institutt for Privatrett ved Universitetet i Oslo og flere store aktører innen norsk næringsliv. Ytterligere informasjon om prosjektet og deltakerne er tilgjengelig gjennom <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/> (sist besøkt 22. mai 2014).

¹⁶² Cordes *m.fl.* 2010, s. 168–175 stiller opp «to kumulative krav som normalt må være oppfylt» for at ordre public-unntaket kan anvendes. Dette er «[k]rav om et fundamentalt samfunnsstridig resultat» og «[k]rav om innenlandstilknytning». Dette innebærer egentlig ikke noe mer enn at de har skilt ut et krav om tilknytning fra den konkrete helhetsvurderingen. Jeg synes ikke at dette fører til noen meningsfull presisering av vurderingstemaet.

¹⁶³ Thue 2002, s. 188–189.

¹⁶⁴ Nielsen 1997, 65–66 med videre henvisninger.

¹⁶⁵ Spørsmålene er utformet for vurdering av voldgiftsdommer etter andre ledd bokstav b i voldgiftsloven §§ 43 og 46. Slik jeg ser det bør de også kunne tilpasses til vurdering av fremmede dommer eller fremmed rett, jf. kategoriseringen av ordre public-regler i punkt 3.1 over, uten større problemer. Kallehauges retningslinjer i dansk rett, som jeg har hentet inspirasjon fra, er skrevet for vurdering av fremmed rett. Se Nielsen 1997, s. 65–66 med videre henvisninger.

Jeg mener at denne inndelingen kan bidra til å presisere behandlingen av ordre public i praksis. Det vil likevel ikke være nødvendig å strukturere drøftelsene etter disse retningslinjene i alle tilfeller. Hvis det er åpenbart at voldgiftsdommen ikke er i strid med ordre public, er det ingen grunn til å foreta en omfattende vurdering av de forskjellige spørsmålene. Se for eksempel dommen som ble stadfestet av Høyesterett i Rt-1961-957: Byretten uttalte kort at «[u]tenlandsk rett må kunne anvendes også om den strider mot norske preseptoriske lovbud» og konkluderte at lovvalget ikke var i strid med ordre public.¹⁶⁶ Her var konklusjonen på det andre spørsmålet – at den tilsidesatte regelen ikke var av grunnleggende betydning for norsk rett – så klar at det ikke var grunn til å vurdere spørsmålene om forskjell eller virkning.

Høyesterettsdommen i Rt-2013-258 (Verftssaken), og den forutgående behandlingen av saken i lagmannsretten, er så vidt jeg vet den første, og foreløpig eneste, gangen en norsk domstol har anvendt ordre public-unntaket i arbeidsrettslig sammenheng. Saken gjaldt gyldigheten av forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien.¹⁶⁷ For Høyesterett anførte ankende part at en rekke bestemmelser i forskriften var i strid med utstasjoneringsdirektivet og EØS-avtalen art. 36, som forbyr restriksjoner på adgangen til å yte tjenester over landegrensene i EØS, og at forskriften derfor måtte kjennes ugyldig. Førstvoterende vurderte hver enkelt av de omtvistede bestemmelsene i forskriften konkret. Under behandlingen av forskriften § 7, om dekning av utgifter til reise, kost og losji, kom spørsmålet om ordre public på spissen. EFTA-domstolen hadde avgitt en rådgivende uttalelse i anledning saken, hvor det fremgikk at slik utgiftsdekning ikke omfattes av begrepet «minstelønn» i utstasjoneringsdirektivet art. 3 nr. 1 og at utgiftsdekningen dermed falt utenfor den uttømmende reguleringen av hva som kan allmenngjøres i art. 3 nr. 1. Som følge av dette var forskriften § 7 kun forenlig med EØS-retten hvis den kunne «rettferdiggjøres på grunnlag av bestemmelser om offentlig orden» – altså ordre public.¹⁶⁸

Høyesterett ga uttrykk for uenighet med EFTA-domstolen på spørsmålet om utgiftsdekningen var å regne som lønn, men avgjorde ikke saken på dette punkt.¹⁶⁹ Førstvoterende uttalte i stedet at han «under enhver omstendighet finner det klart at bestemmelser om dekning av utgifter til reise, kost og losji for utsendte arbeidstakere ivaretar hensynet til offentlig orden».¹⁷⁰ Om begrunnelsen for dette, uttalte førstvoterende deretter at «spørsmålet om allmenngjøring

¹⁶⁶ Rt-1961-957, side 961.

¹⁶⁷ Forskrift 22. mars 2013, nr. 381 om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien.

¹⁶⁸ Rt-2013-258, avsnitt 139. Se for øvrig avsnitt 158 i dommen, hvor førstvoterende angir terskelen for å anvende ordre public-unntaket.

¹⁶⁹ Rt-2013-258, avsnitt 154–155.

¹⁷⁰ Rt-2013-258, avsnitt 155.

av Verkstedsoverenskomstens regler om dekning av utgifter til reise, kost og losji for utsendte arbeidstakere gjelder 'offentlig orden', [må] bedømmes med utgangspunkt i den såkalte norske arbeidslivs- eller lønnsforhandlingsmodellen». ¹⁷¹ Ved den vurderingen ble det lagt vekt på uttalelser fra Fordelingsutvalget om den norske lønnsforhandlingsmodellen, som ifølge førstvoterende viste at den «den norske arbeidslivsmodellen, herunder frontfagsmodellen, har lange tradisjoner og er en del av vårt samfunnssystem». ¹⁷²

Førstvoterende viste videre til uttalelser i forarbeidene til endringslov til allmenngjøringsloven mv. og uttalte at den norske arbeidslivsmodellen, herunder frontfagsmodellen, er en «grunnleggende samfunnsordning [som] kan sies å angå 'offentlig orden'» og at forskriften § 7 har «betydning for stabiliteten» i denne modellen. ¹⁷³ Deretter drøftet førstvoterende erklæringer fra sakkyndige, om de eventuelle følgende av et bortfall av retten til utgiftsdekning, og konkluderte at «allmenngjøring av Verkstedsoverenskomstens regler om dekning av utgifter til reise, kost og losji er av betydning for stabiliteten i den norske arbeidslivs- og frontfagsmodellen». ¹⁷⁴ I den sammenheng ble det lagt «atskillig vekt» på at ugyldiggjøring av forskriften § 7 ville ha en «dominoeffekt ... for andre allmenngjorte tariffavtaler som har likelydende ordninger». ¹⁷⁵ Vilkårene for ordre public-unntaket i utstasjoneringsdirektivet art. 3 nr. 10 var derfor oppfylt. Høyesterett konkluderte enstemmig at § 7 i forskriften var forenlig med EØS-retten og forkastet anken. ¹⁷⁶

Høyesteretts metodikk ved vurderingen av ordre public-unntaket svarer i hovedtrekk til den ovenfor beskrevne inndelingen i tre spørsmål. Førstvoterende vurderte først om utgiftsdekningen var «minstelønn» etter utstasjoneringsdirektivet art. 3 nr. 1. Det er et spørsmål om resultatet etter forskriften § 7 avviker fra resultatet etter utstasjoneringsdirektivet, jf. det første spørsmålet i inndelingen. Hvis Høyesterett hadde konkludert at utgiftsdekningen var å regne som lønn, ville det ikke vært noen grunn til å gå inn i en videre vurdering av ordre public. Førstvoterende vurderte deretter hvilken betydning forskriften § 7 hadde, jf. det andre spørsmålet i inndelingen, og kom til at stabiliteten i den norske arbeidslivsmodellen, herunder frontfagsmodellen, var et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Endelig vurderte førstvoterende virkningen av å anvende utstasjoneringsdirektivets regel, jf. det tredje spørsmålet i inndeling-

¹⁷¹ Rt-2013-258, avsnitt 159, jf. NOU 2009:10.

¹⁷² Rt-2013-258, avsnitt 159–161.

¹⁷³ Rt-2013-258, avsnitt 159–161.

¹⁷⁴ Rt-2013-258, avsnitt 170. Førstvoterendes redegjørelse for de relevante uttalelsene i forarbeidene og erklæringene fra sakkyndige finnes i dommens avsnitt 161–169.

¹⁷⁵ Rt-2013-258, avsnitt 170.

¹⁷⁶ NHO har i tiden etter domsavsigelsen sendt en formell klage til ESA. Om ESA vil forfølge saken videre er foreløpig usikkert.

en, og konkluderte at det ville svekke stabiliteten i den norske arbeidslivsmodellen i så stor grad at ordre public-unntaket måtte anvendes.

I det følgende vil jeg redegjøre nærmere for hva de enkelte spørsmålene i inndelingen innebærer, herunder enkelte momenter i ordre public-vurderingen. I kapittel 4 vil jeg anvende inndelingen for å gjennomføre en konkret vurdering av tre forskjellige typetilfeller for å undersøke hvilke arbeidsrettslige regler som kan begrunne anvendelse av ordre public-unntaket for å kjenne en voldgiftsdom ugyldig eller nekte den anerkjennelse.

3.3.3.2 *Forskjell i resultat*

Det første spørsmålet er om resultatet i voldgiftsdommen avviker fra hvordan resultatet i saken ville blitt hvis den ble avgjort av en norsk domstol. Hvis en norsk domstol ville kommet til samme konklusjon som voldgiftsdomstolen, så kan voldgiftsdommen åpenbart ikke være støtende på rettsordenen. Det samme vil være tilfellet hvis det bare foreligger ubetydelige forskjeller. Det er kun resultatet av dommen som er relevant i denne sammenheng. Hvis resultatet er likt, har det ingen betydning hvilke regler voldgiftsdomstolen har anvendt for å komme til sin konklusjon. At det foreligger et avvik av et visst omfang er imidlertid ikke i seg selv noe grunnlag for å anvende ordre public-unntaket, men det er en forutsetning for at voldgiftsdommen i det hele tatt kan tenkes å være i strid med ordre public.

Dommen i Rt-1996-1288 ble avgjort på dette grunnlag. Spørsmålet for kjæremålsutvalget var om et svensk skattekrav måtte nektes anerkjennelse fordi det var i strid med ordre public. Forskjellene mellom norsk og svensk rett var relativt små og førstvoterende uttalte i den sammenheng følgende: «I saken her er det ikke anført noe om at saksbehandlingen hos de svenske myndigheter var i strid med svenske rettsregler. Etter det kjæremålsmotparten har opplyst, vil heller ikke norske skattemyndigheter varsle en umyndig skattyters verge uten etter særlig oppfordring.¹⁷⁷ I utgangspunktet er det dermed lite rom for noe ordre publicsynspunkt her. Det at domstolene bringes inn i skattesaksbehandlingen i større grad i Sverige enn i Norge, kan etter utvalgets mening ikke føre til noe annet resultat.» Se videre dommen i Rt-1969-664, hvor førstvoterende avfeide en anførsel om ordre public med begrunnelse at når «forholdet heller ikke kan karakteriseres som åger etter norsk rett, finner jeg det ikke nødvendig å gå inn på detaljene i italienske rettsregler om åger».¹⁷⁸ I dommen i Rt-1979-122 løste Høyesterett saken på et annet grunnlag enn lagmannsretten, men følgende kommentar fra lagmannsretten på er likevel illustrerende: «Etter israels lov er foreldelse ikke inntrådt, og det blir heller ikke spørsmål om å modifisere dette resultatet ut fra ordre public-lignende betraktninger når heller ikke norsk rett ville føre til foreldelse».¹⁷⁹

Å vurdere dette spørsmålet om forskjell i resultat først innebærer to fordeler. Det kan effektivisere behandlingen ved at saker hvor det ikke er forskjell kjapt kan avvises uten å bruke tid eller plass på mer omfattende vurderinger av ordre public. Videre vil behandlingen av spørsmålet an vise hvilke regler og hensyn i nasjonal rett som voldgiftsdommen eventuelt har satt til side, og som man deretter må vurdere betydningen av i den videre behandlingen. Det vil imid-

¹⁷⁷ Rt- 1996-1288, s. 1291.

¹⁷⁸ Rt-1969-664, s. 666.

¹⁷⁹ Rt-1979-122, s. 143.

lertid ikke alltid være hensiktsmessig å vurdere om det er forskjell mellom voldgiftsdommens resultat og resultatet etter norsk rett. Hvis svaret for eksempel avhenger av om partenes lovvalg er i strid med ordre public eller ikke, fører det bare til dobbeltbehandling.

3.3.3.3 *Betydningen av den norske regelen*

Det andre spørsmålet er hvor stor betydning den tilsidesatte norske regelen har. Ifølge forarbeidene «kan [en voldgiftsdom] virke støtende på rettsordenen når fundamentale rettsprinsipper av materiell eller prosessuell karakter er satt til side», med videre utdypning at «[d]et må dreie seg om mer grunnleggende regler eller prinsipper i materiell lovgivning eller om saksbehandlingen».¹⁸⁰ EF-domstolen har formulert det som at det må være «en retsregel, der anses for væsentlig i retsordenen» eller «en rettighet, der er anerkendt som grunnleggende i den pågældende retsorden».¹⁸¹ Thue viser derimot kun til «grunnleggende prinsipper», ikke «regler».¹⁸² Uavhengig av terminologien som brukes, er meningsinnholdet uansett at det er særlig vektige verdier som rettssystemet ikke kan akseptere at en voldgiftsdom gjør inngrep i.¹⁸³ Uttrykket «grunnleggende prinsipp» er innarbeidet i norsk juridisk tradisjon, og det tilsvarende uttrykket «fundamental principles» er vanlig å anvende internasjonalt. Jeg mener derfor at det i denne avhandlingen er mest hensiktsmessig å holde seg til dette begrepet. At man klarer å identifisere et grunnleggende prinsipp som voldgiftsdommen kan være i strid med er således en forutsetning for anvendelse av ordre public-unntaket.

I dommen i Rt-1961-957 handlet tvisten om betaling for amerikanske reparasjonsarbeider på et norsk skip. Lovvalget var avgjørende, da verkstedet ville ha sjøpant for hele kravet etter amerikansk rett, men bare for deler av kravet etter norsk rett. Høyesterett drøftet ikke selv ordre public, men stadfestet enstemmig byrettens dom. Byretten konkluderte at amerikansk rett fikk anvendelse, og uttalte følgende i sammenheng med en anførsel om ordre public: «Ordre public-betraktninger, at det som påstått av rederiet strider mot norsk rettsoppfatning om domstolene anvender mer liberale utenlandske rettsregler enn de norske, finnes heller ikke å være avgjørende. Utenlandsk rett må kunne anvendes også om den strider mot norske prepositoriske lovbud. Man kan ikke se at Ordre public-hensyn er til hinder for i denne sak å anvende amerikansk rett.»¹⁸⁴

Cordero-Moss presiserer at det er de underliggende prinsippene som ligger til grunn for reglene – «their inspiring principles» – som kan begrunne anvendelse av ordre public-unntaket.¹⁸⁵ Høyesterettsdommen i Rt-2013-258 viser at dette i utgangspunktet må være riktig. Saken gjaldt gyldigheten av forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for

¹⁸⁰ NOU 2001: 33, s. 114. Se tilsvarende formuleringer i Rt-1999-837, RG-2007-1461 og RG-1961-538.

¹⁸¹ Sak C-7/98 *Dieter Krombach v André Bamberski*, [2000] EFD I-01935, avsnitt 37.

¹⁸² Thue 2002, s. 189.

¹⁸³ Frøberg 2013, s. 117–119.

¹⁸⁴ Rt-1961-957, s. 962.

¹⁸⁵ Cordero-Moss 2013b, s. 22.

skips- og verftsindustrien.¹⁸⁶ Det avgjørende spørsmålet var om unntak fra EØS-retten, som forskriften § 7 medførte, kunne begrunnes i ordre public. Førstvoterende vurderte da om bortfall av forskriften ville være i strid med hensynet til stabiliteten i den norske arbeidslivsmodellen.¹⁸⁷ Forskriften § 7 var et utslag av dette underliggende prinsippet om stabilitet i den norske arbeidslivsmodellen. Når det er usikkert hvorvidt et prinsipp er grunnleggende, vil reglene som skal beskytte prinsippet imidlertid kunne vise hvilken betydning det underliggende prinsippet har i rettssystemet.

Det er ikke nok i seg selv at voldgiftsdommen strider mot norsk ufravikelig lovgivning.¹⁸⁸ Det er heller ikke nok at den strider mot en internasjonalt preseptorisk regel.¹⁸⁹ Som Gaarder og Lundgaard formulerer det, må det kreves «en sterk motstrid med vår *etiske og/eller sosiale oppfatning*» (min kursivering).¹⁹⁰ Det avgjørende er om dommen innebærer brudd på det norske rettssystemets fundamentale prinsipper – prinsipper som er grunnleggende for rettssystemet og samfunnet.¹⁹¹ Dette kan være rettslige, moralske, etiske, sosiale, økonomiske eller politiske prinsipper.¹⁹² Hva som omfattes kan imidlertid ikke avgjøres på generelt grunnlag. Hvilke prinsipper som anses som grunnleggende vil variere fra land til land, fra rettssystem til rettssystem, med skiftende samfunnsforhold, og over tid.¹⁹³ En generell fremstilling må derfor begrense seg til å gi noen eksempler på hva som har vært ansett som grunnleggende i rettspraksis tidligere og hva som kan tenkes å være grunnleggende nå. For eksempel nevner Cordero-Moss at «[g]runnsetninger som vanligvis anses som fundamentale, gjelder slikt som bekjempelse av korrupsjon, smugling, narkotika og menneskesmugling».¹⁹⁴ Fra rettspraksis kan for eksempel nevnes prinsipp om erstatningsrettslig vern,¹⁹⁵ religionsfrihet og likestilling,¹⁹⁶ monogami,¹⁹⁷ sannhetsplikt for vitner¹⁹⁸ og kontradiksjon.¹⁹⁹ Mer generelt uttaler førstvotere-

¹⁸⁶ Forskrift 22. mars 2013, nr. 381 om delvis allmenngjøring av Industriovertenskomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien.

¹⁸⁷ Rt-2013-258, avsnitt 161.

¹⁸⁸ NOU 2001: 33, s. 114.

¹⁸⁹ Cordero-Moss 2013b, s. 22.

¹⁹⁰ Gaarder og Lundgaard 2000, s. 104, jf. avhandlingens punkt 3.3.1.

¹⁹¹ Woxholth 2013, s. 894.

¹⁹² Nielsen 1997, s. 65–66 og Cordero-Moss 1999, s. 300–301.

¹⁹³ Cordero-Moss 2014, punkt 5.2.6.4, Cordero-Moss 2013b, s. 22 og Gaarder og Lundgaard 2000, s. 108–109.

¹⁹⁴ Cordero-Moss 2013a, s. 167. En rekke andre eksempler på grunnleggende prinsipper kan finnes i annen litteratur om ordre public. Se for eksempel Woxholth 2013, s. 895–900, Meidell 2006, s. 327–331, Cordes m.fl. 2010, s. 168–180 og Gaarder og Lundgaard 2000, s. 109–117. Tidligere avhandlinger skrevet i sammenheng med Arbitration and Party Autonomy-prosjektet har også avdekket flere prinsipper i norsk rett som kan være grunnleggende. Se <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/publications/> for en liste over avhandlingene med lenker for nedlasting.

¹⁹⁵ Rt-2011-531.

¹⁹⁶ RG-2008-404 og Cordes m.fl. 2010, s. 171.

¹⁹⁷ Rt-1977-715.

rende i dommen i Rt-2004-1582, om strid mot ærbarhet etter NL 5-1-2, at «en avtale som forplikter partene til å begå en alvorlig forbrytelse, representerer et kvalifisert brudd på allment aksepterte moralnormer».²⁰⁰ Jeg kan ikke se noen grunn til at dette bør være annerledes når spørsmålet er om en voldgiftsdom er i strid med ordre public.

Høyesterett konkluderte i dommen i Rt-2013-258 at å opprettholde stabiliteten i «den norske arbeidslivsmodellen, herunder frontfagsmodellen» var et grunnleggende prinsipp i norsk rett.²⁰¹ Utover dette er ordre public på arbeidsrettens område så vidt jeg vet ikke behandlet i rettspraksis. Spørsmålet er heller ikke behandlet i større grad i andre rettskilder. Det er gjort noen spredte forsøk i juridisk litteratur på å gi eksempler på grunnleggende arbeidsrettslige prinsipper. Mo og Lolleng foreslår «[at en utenlandsk lov] ikke har regler om oppsigelsesvern, eller at den innebærer diskriminering på grunn av rase, kjønn, nasjonalitet eller etnisk opprinnelse» kan føre til anvendelse av ordre public-unntaket.²⁰² Videre refererer de til en svensk høyesterettsdom i NJA 1987 s. 885, hvor foreningsfriheten og retten til bruk av arbeidskamp ble ansett for å være grunnleggende prinsipper.²⁰³ Også Krüger nevner «arbeidsrettslige verneverger (f eks oppsigelsesvernet)», men sammenhengen tyder på at kommentaren er knyttet til internasjonalt preseptoriske regler, ikke ordre public.²⁰⁴ Komparativt nevner Franzen diskriminering basert på «race, sex or religion etc.», mangelfull kompensasjon for berøvelse av pensjonsrettigheter, livslange arbeidskontrakter, uetisk lave lønninger, urimelig lange oppsigelsesfrister eller langvarige konkurranseklausuler, utilstrekkelig stillingsvern, utilbørlig høye straffer og rett for ektemann til å gripe inn i sin kones arbeidskontrakt.²⁰⁵ Franzen skriver videre, mer generelt, at spørsmålet om arbeidsrettslig ordre public «is a question to be answered above all in the light of the fundamental rights and liberties of the employee and the basic principles of a good social order».²⁰⁶

Identifikasjon av grunnleggende prinsipper på arbeidsrettens område er et sentralt spørsmål for denne avhandlingen. Arbeidsretten preges av sterke offentlige og menneskelige hensyn, og norsk rett bygger på en lang «sosial tradisjon».²⁰⁷ Det er et rettsområde hvor partene ofte har

¹⁹⁸ LB-2013-108865.

¹⁹⁹ Rt-1996-502.

²⁰⁰ Rt-2004-1582, avsnitt 40.

²⁰¹ Rt-2013-258, avsnitt 161, jf. redegjørelsen for dommen i punkt 3.3.1 over.

²⁰² *Mo og Lolleng* 2001, s. 75–76.

²⁰³ *Mo og Lolleng* 2001, s. 76.

²⁰⁴ *Krüger* 1989, s. 894.

²⁰⁵ *Franzen* 2007, s. 232.

²⁰⁶ *Franzen* 2007, s. 232.

²⁰⁷ *Jakhelln* 2006, s. 132–144.

et ujevnt styrkeforhold,²⁰⁸ med omfattende straffebelagt ufravikelig lovgivning som i stor grad håndheves av staten.²⁰⁹ Internasjonale konvensjoner som Norge har ratifisert bør her, som ellers, tillegges vekt ved tolkningen av norske regler.²¹⁰ På arbeidsrettens område er det betydelige innslag av konvensjonsfestede menneskerettigheter, blant annet i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og en rekke konvensjoner fra Den Internasjonale Arbeidsorganisasjonen²¹¹ (ILO).²¹² Det er derfor tenkelig at det på arbeidsrettens område finnes flere grunnleggende prinsipper som kan føre til at en voldgiftsdom må kjennes ugyldig eller nektes anerkjennelse.

Nøyaktig hvilke prinsipper dette er, er imidlertid usikkert, som redegjørelsen hittil har vist. I det generelle kan det være fornuftig å ta utgangspunkt i de sentrale menneskerettighetskonvensjonene som er nevnt over. I den sammenheng bør det legges vekt på de åtte mest grunnleggende ILO-konvensjonene, ofte omtalt som «ILO Core Conventions».²¹³ Disse konvensjonene dekker emner som ILO anser som «fundamental principles and rights at work».²¹⁴ Norge har ratifisert alle åtte konvensjoner, og de aller fleste andre land har også ratifisert alle, eller de fleste, av konvensjonene.²¹⁵ Konvensjonene kan deles inn i fire hovedgrupper, om (1) organisasjonsfrihet,²¹⁶ (2) forbud mot tvangsarbeid,²¹⁷ (3) forbud mot barnarbeid,²¹⁸ og (4) forbud mot diskriminering.²¹⁹ Jeg mener det bør være rimelig klart at disse prinsippene også

²⁰⁸ *Mo og Lolleng* 2001, s. 36 og *Born* 2012, s. 77–78.

²⁰⁹ *Jakhelln* 2006, s. 90–100 og 131–132.

²¹⁰ *Jakhelln* 2006, s. 82–89. Om tolkning av internasjonale rettskilder og deres betydning i nasjonal rett, se *Høstmølingen* 2012, s. 89–134.

²¹¹ ILO er en internasjonal organisasjon, etablert i 1919 som et organ innen Folkeforbundet og er nå et FN-organ. Les mer om ILO i *Jakhelln* 2006, s. 80 og *Høstmølingen* 2012, s. 62–64.

²¹² *Jakhelln* 2006, s. 80–90.

²¹³ De åtte kjernekonvensjonene er tilgjengelige i fulltekst gjennom <http://ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm> (sist besøkt 22. mai 2014). Se <http://www.fn.no/ILO/Konvensjoner> (sist besøkt 22. mai 2014) for en oversikt over ILO-konvensjonene oversatt til norsk.

²¹⁴ ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work av 1998, tilgjengelig gjennom <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm> (sist besøkt 22. mai 2014).

²¹⁵ ILO publiserer ratifikasjoner av de åtte kjernekonvensjonene, tilgjengelig gjennom http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:10011:0::NO::P10011_DISPLAY_BY,P10011_CONVENTION_TYPE_CODE:1,F (sist besøkt 22. mai 2014).

²¹⁶ ILO Convention No. 87, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 og ILO Convention No. 98, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949.

²¹⁷ ILO Convention No. 29, Forced Labour Convention, 1930 og ILO Convention No. 105, Abolition of Forced Labour Convention, 1957.

²¹⁸ ILO Convention No. 138, Minimum Age Convention, 1973 og ILO Convention No. 182, Worst Forms of Child Labour Convention, 1999.

²¹⁹ ILO Convention No. 100, Equal Remuneration Convention, 1951 og ILO Convention No. 111, Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958.

anses som grunnleggende i norsk rett. Det nærmere omfanget av hvert enkelt grunnleggende prinsipp kan derimot være usikkert. Hva innebærer for eksempel et grunnleggende prinsipp om forbud mot diskriminering? Dette spørsmålet, og spørsmålet om hvilke andre arbeidsrettslige prinsipper som kan være grunnleggende, vil drøftes innenfor de konkrete rammene av typetilfellene i avhandlingens punkt 4.

I henhold til det som er sagt om betydningen av EU ordre public for norsk rett i punkt 3.1 over, bør også relevant EU- og EØS-rett tas i betraktning. I den sammenheng kan det være grunn til å legge særlig vekt på EUs pakt om grunnleggende rettigheter (EUCFR), som er ment å være en kodifisering av særlig viktige rettigheter i EU, jf. paktens preambel.²²⁰ Mot dette kan argumenteres at rettighetene som stadfestes i pakten har et begrenset anvendelsesområde, jf. art. 51 EUCFR. En rådgivende uttalelse fra daværende generaladvokat Tizzano (nå dommer i EU-domstolen) i BECTU-dommen viser imidlertid hvorfor EUCFR, uavhengig om den formelt sett får anvendelse, vil være relevant:

«I think therefore that in proceedings concerned with the nature and scope of a fundamental right, the relevant statements of the Charter cannot be ignored; in particular, we cannot ignore its clear purpose of serving, where its provisions so allow, as a substantive point of reference for all those involved – Member States, institutions, natural and legal persons – in the Community context. Accordingly, I consider that the Charter provides us with the most reliable and definitive confirmation of the fact that the right to paid annual leave constitutes a fundamental right.»²²¹

Uttalelsen må ses i sammenheng med at EUCFR på det tidspunktet ikke var bindende for medlemslandene. Det ble den først ved ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten i 2009, jf. art. 6 nr. 1 TEU. Argumentet er imidlertid like relevant for spørsmålet om betydningen av begrensningene i anvendelsesområdet i art. 51 EUCFR. Pakten bør derfor i alle tilfeller kunne gi en indikasjon på hvilke rettigheter som anses som særlig viktige i EU.

3.3.3.4 *Voldgiftsdommens virkning*

Det tredje spørsmålet er hva virkningen av voldgiftsdommen er. At voldgiftsdomstolen har anvendt andre regler enn de som skulle vært anvendt etter norsk rett og derfor har kommet til et annet resultat enn en norsk domstol ville kommet til, er ikke nok i seg selv. Brudd på ordre

²²⁰ Charter of fundamental rights of the European Union (C364/1) av 18. desember 2000, tilgjengelig i fulltekst gjennom http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (sist besøkt 22. mai 2014).

²²¹ Rådgivende uttalelse av generaladvokat Tizzano av 8. februar 2001, avsnitt 28, i sak C-173/99 *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) v Secretary of State for Trade and Industry*, [2001] EFD I-04881.

public vil kun forekomme når voldgiftsdommens virkning gjør inngrep i det grunnleggende prinsippet. Dette nødvendiggjør en utpreget konkret helhetsvurdering som det kun i begrenset grad kan stilles opp retningslinjer for.

I dommen i LE-2007-52448 gjaldt saken spørsmål om fullbyrding i Norge av en tyrkisk avgjørelse om ektefellebidrag. Selv om forholdet innebar bigami, konkluderte lagmannsretten at fullbyrding av avgjørelsen ikke var i strid med ordre public og begrunnet det på følgende vis: «Realiteten er at saken gjelder underholdsbidrag, ikke samliv. Det er ikke noe støtende i at en person som er gift på nytt, må betale underholdsbidrag til en tidligere ektefelle.» Se videre dommen i LB-2013-108865. Saken handlet om tvangfullbyrding av en engelsk dom i Norge. Det ble anført at et vitne hadde uttalt seg usant i saken, at dette var i strid med sannhetsplikten, og at dommen derfor ikke kunne anerkjennes fordi den var i strid med ordre public. Lagmannsretten uttalte i den sammenheng at «[det] er ikke tvilsomt at sannhetsplikten er en grunnleggende rettsgrunnsetning», men konkluderte likevel med at dommen ikke var i strid med ordre public, etter en nærmere vurdering av de aktuelle vitneutsagnene, domstolens saksbehandling og utsagnetens mulige betydning for resultatet i den engelske dommen. Den rettskildemessige vekten av disse dommene er begrenset, men jeg mener likevel at de er nyttige for å illustrere hvordan domstolene anvender ordre public-unntaket i praksis.

Bagatellmessig strid med det grunnleggende prinsippet er ikke nok til å utløse ordre public-unntaket. Selv om for eksempel «punitive damages» muligens ikke aksepteres etter norsk rett,²²² må erstatningssummen være av et visst omfang før det kan bli tale om å anvende ordre public-unntaket for å tilsidesette en voldgiftsdom som tilkjenner «punitive damages».²²³ Som Gaarder og Lundgaard skriver, må det kreves «en *sterk motstrid* med vår etiske og/eller sosiale oppfatning» (min kursivering).²²⁴ Det er derimot usikkert i hvor stor grad voldgiftsdommen må være i strid med det grunnleggende prinsippet. I enkelte ordre public-bestemmelser fremgår det uttrykkelig at det må kreves kvalifisert strid med prinsippet. Noen lovtekster inneholder forsterkende uttrykk som «åpenbart virke støtende»²²⁵ eller «manifestly incompatible».²²⁶ Andre ledd bokstav b i voldgiftsloven §§ 43 og 46 nøyter seg derimot med ordlyden «støtende på» og modelloven art. 34 (2) (b) (ii) og 36 (2) (b) (ii) anvender tilsvarende de mer nøytrale uttrykkene «in conflict with» og «contrary to». Om disse forskjellige formuleringene innebærer noen realitetsforskjell er tvilsomt, jf. redegjørelsen for forskjellige ordre public-unntak i punkt 3.1 over. I og med at hovedformålet med New York-konvensjonen er å skape gunstige rammebetingelser for voldgift, blant annet gjennom særlig begrensede muligheter for domstoler til å sensurere voldgiftsavgjørelser, bør unntakene i voldgiftsloven §§ 43 og 46 tolkes restriktivt.²²⁷ Jeg mener derfor at det i utgangspunktet bør kreves at voldgiftsdomstolen er kvalifisert i strid med det grunnleggende prinsippet. Hvor mye som kreves kan derimot ikke defi-

²²² Meidell 2006, s. 329 og Cordes *m.fl.* 2010, s. 178. «Punitive damages» er en type erstatning hvor det pønale formålet er særlig fremtredende, fremfor det gjenopprettende, som anvendes blant annet i USA.

²²³ Cordero-Moss 2014, punkt 5.2.6.3, Cordero-Moss 2013a, s. 350–351 og Born 2012, s. 404.

²²⁴ Gaarder og Lundgaard 2000, s. 104, jf. avhandlingens punkt 3.3.1.

²²⁵ Lov om nordiske privatrettslige dommer § 8 nr. 5.

²²⁶ Parlaments- og Rådsforordning (EC) 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Roma I), art. 16.

²²⁷ Cordero-Moss 2007a, s. 249–250 med videre henvisninger i note 543 og 544.

neres på generelt grunnlag. Det avgjørende i hver enkelt sak vil være en konkret avveining mellom hensynene som taler for og mot anvendelse av ordre public-unntaket.

Dommen i Rt-1996-502 og LH-2012-40124 viser både hvor konkret vurderingen er og hvor stor grad av stridighet som kreves.²²⁸ Avgjørelsene er basert på den tidligere Luganokonvensjonen art. 27 (1) og Luganokonvensjonen 2007 art. 34 første ledd, som har samme nøytrale ordlyd som andre ledd bokstav b i voldgiftsloven §§ 43 og 46. I begge sakene hadde en utenlandsk domstol avgitt fraværdom uten å varsle eller innkalle den saksøkte parten til rettsmøtet. Fraværdommen ble heller ikke forkynt for saksøkte, slik at ankefristen gikk ut før han ble klar over at det forelå en dom mot ham. I dommen i Rt-1996-502 konkluderte kjæremålsutvalget enstemmig at en engelske dom var i strid med ordre public, med følgende begrunnelse:

«Kvål har fått en avgjørelse ved en engelsk domstol mot seg uten at han overhodet har hatt kjennskap til saken, og uten at den som oppga ham som part overfor domstolen, hadde noe rettslig grunnlag for å gjøre det. At saksøkte må ha adgang til å avverge fullbyrdelse av en slik avgjørelse må være klart. Enten har engelsk rett regler om ekstraordinære rettsmidler slik at avgjørelsen kan bringes ut av verden ved bruk av rettsmidler i England, eller engelsk rett vil føre til så støtende resultater at konvensjonens art 27 nr 1 må komme til anvendelse.»²²⁹

I dommen i LH-2012-40124 konkluderte derimot Lagmannsretten (anke til Høyesterett forkastet) at en polsk dom ikke var i strid med ordre public, med følgende begrunnelse: «I motsetning til Rt-1996-502 var saksøkte her kjent med at det var anlagt sak mot ham i utlandet. Profesjonelle aktører som innlater seg på forretningsmessige forhold med utlandet, bør sette seg inn i relevant lovgivning i vedkommende land, og i særdeleshet når vedkommende blir saksøkt.» At saksøkte verken var innkalt til rettsmøte eller fikk dommen forkynt for seg før ankefristen utløp, var altså ikke nok til å begrunne anvendelse av ordre public-unntaket.

Ordre public kan imidlertid ikke brukes som middel for å gjennomføre en ny realitetsvurdering i saken. Hvorvidt dommen er materielt korrekt, om voldgiftsdomstolens bevisvurdering eller rettsanvendelse er riktig, er ikke temaet for ordre public-vurderingen. Voldgiftsdommens innhold har betydning for vurderingen, men spørsmålet er om voldgiftsdommens virkning er i strid med ordre public. Det kan tenkes at voldgiftsdomstolens feiltolkning av en prosessuell regel fører til at saksgangen i voldgiftsdommen ikke var kontradiktorisk, som kan være i strid

²²⁸ Den rettskildemessige verdien av lagmannsrettsdommer er i utgangspunktet begrenset, men denne dommen er likevel nyttig fordi den er grundig begrunnet og viser forskjellen i vurderingstemaet sammenlignet med Høyesterettsdommen.

²²⁹ Rt-1996-502, s. 504.

med ordre public.²³⁰ Da er det ikke voldgiftsdomstolens feiltolkning som er relevant – spørsmålet er om voldgiftsdommens virkning er i strid med kontradiksjonsprinsippet.²³¹

²³⁰ Se omtalen av dommene i Rt-1996-502 og LH-2012-40124 over.

²³¹ *Cordero-Moss* 1999, s. 307 og *Born* 2012, s. 403. I dommen i RG-2007-1461, om tvangsfullbyrding av en svensk dom, kommenterer lagmannsretten følgende om vurderingen etter ordre public-unntaket i Luganokonvensjonen 1993 art. 29: «En dom skal ifølge Rognlien aldri kunne nektes anerkjennelse bare av den grunn at den er materielt feilaktig, uansett om feilen gjelder prøvingen av faktiske forhold eller rettsanvendelsen. Lagmannsretten slutter seg til denne rettsoppfatning». Tilsvarende forståelse er lagt til grunn av EU-domstolen, se for eksempel sak C-619/10 *Trade Agency Ltd v Seramico Investments Ltd.*, dom 6. september 2012, [2012] EUD I-0000, avsnitt 50.

4 Konkret undersøkelse av arbeidsrettslig ordre public i internasjonal kommersiell voldgift

4.1 Innledning

I de følgende delkapitlene vil det oppstilles flere typetilfeller hvor en voldgiftsdomstol gir en dom på erstatning som har arbeidsrettslige implikasjoner. Det vil deretter drøftes hvorvidt voldgiftsdommen er i strid med ordre public, og derfor vil bli kjent ugyldig av en norsk domstol. Disse konkrete problemstillingene typetilfellene reiser har så vidt jeg kan se aldri blitt behandlet for norske domstoler, og de er heller ikke nevneverdig behandlet i juridisk litteratur. Vurderingene vil få et normativt preg og det vil bli nødvendig å finne støtte i rettskilder knyttet til andre rettsregler, særlig NL 5-1-2, og utenlandske rettskilder, jf. redegjørelsen for forskjellige ordre public-unntak i punkt 3.1 over.

Typetilfellene er konstruert for å belyse hvorvidt arbeidsrettslige regler og hensyn kan begrunne anvendelse av ordre public-unntaket for å begrense partsautonomien i internasjonal kommersiell voldgift. De er forsøkt utformet så håndfast som mulig, men det har vært nødvendig å foreta betydelige forenklinger for å hindre at typetilfellene blir uhensiktsmessig kompliserte. Det kan likevel ikke utelukkes at typetilfellene reiser problemstillinger utover anvendelse av ordre public-unntaket. Det avgrenses i så fall mot disse. For i størst mulig grad å presisere fremstillingen, må det legges flere forutsetninger til grunn for typetilfellene. Tre av disse legger rammene for den videre behandlingen og er felles for alle typetilfellene:

- a) Det foreligger en voldgiftsdom som er avgitt av en norsk voldgiftsdomstol.
- b) Den tapende parten i voldgiftssaken reiser søksmål for norske domstoler for å få voldgiftsdommen kjent ugyldig, jf. voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav b.
- c) Det eneste relevante ugyldighetsgrunnlaget er ordre public, jf. voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav b. Det avgrenses altså mot spørsmålet om tvisten kan avgjøres ved voldgift, jf. voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav a. Videre avgrenses det mot ugyldighetsgrunnlagene i voldgiftsloven § 43 første ledd, herunder at voldgiftsavtalen er ugyldig og at voldgiftsretten har gått utenfor sin kompetanse.

Felles for alle typetilfellene er dermed at den norske domstolen må avgjøre om voldgiftsdommen er «støtende på rettsordenen», jf. andre ledd bokstav b i voldgiftsloven § 43.

Twister mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om plikter og rettigheter i arbeidsmiljøloven kan, med unntak for arbeidstaker som er øverste leder, ikke avgjøres ved voldgift, jf. arbeidsmiljøloven §§ 17-1 og 15-16. Det er imidlertid ikke bare disposisjoner mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som kan reise arbeidsrettslige problemstillinger. Arbeidsgivers disposisjoner med andre enn arbeidstakerne kan føre med seg vidtrekkende følger for arbeidstakerne, og de kan også tenkes å være i strid med offentlige interesser. Typetilfellene omhandler derfor situasjo-

ner hvor voldgiftsdommen kan ha implikasjoner utover det interne forholdet mellom avtalepartene. Vi ser på tilfeller hvor arbeidsgiver har inngått en avtale med en tredjepart som forplikter arbeidsgiver til å foreta en handling som er i strid med ufravikelige norske arbeidsrettslige regler, men som er lovlig etter retten partene har avtalt at skal regulere avtalen. Arbeidsgiver må da velge mellom å begå et lovbrudd eller å misligholde avtalen.

Hvis vi forutsetter at arbeidsgiver velger å misligholde avtalen fremfor å bryte loven, og at voldgiftsdomstolen anvender partenes avtalte lovvalg fullt ut, kan vi se for oss to forskjellige situasjoner: I den første situasjonen gir voldgiftsdomstolen dom på naturaloppfyllelse, og i den andre gir voldgiftsdomstolen dom på erstatning for kontraktsbrudd.

Hvis voldgiftsdomstolen derimot ser bort i fra partenes avtale om lovvalg, for ikke å avgi en voldgiftsdom som kan være i strid med ordre public, oppstår det risiko for at voldgiftsdomstolen i stedet avgir en dom som kan kjennes ugyldig eller nektes anerkjennelse fordi voldgiftsdomstolen har overskredet sin kompetanse, jf. første ledd bokstav c i voldgiftsloven §§ 43 og 46.²³²

I den første situasjonen, med en voldgiftsdom på naturaloppfyllelse, er det vanskelig å se for seg tilfeller hvor voldgiftsdommen ikke vil være i strid med ordre public. I litteraturen er voldgiftsdommer som pålegger noen å utføre en ulovlig handling brukt som eksempel på dommer som må antas å være i strid med ordre public.²³³ Dette fremstår som helt klart i tilfeller hvor utførelsen av handlingen er straffbar – noe annet ville føre til absurde situasjoner hvor man først blir tvunget av rettsapparatet til å utføre handlingen, for så å bli straffet for å ha utført den.²³⁴ Spørsmålet ble drøftet i den engelske dommen *Soleimany v Soleimany*, hvor dommer Waller uttalte følgende om tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsdom som innebar naturaloppfyllelse av en ulovlig avtale:

«The reason in our judgment is plain enough. The court declines to enforce an illegal contract ... not for the sake of the defendant, nor (if it comes to the point) for the sake of the plaintiff. The court is in our view concerned to preserve the integrity of its process, and to see that it is not abused. The parties cannot override that concern by private agreement. They cannot by procuring an arbitration conceal that they, or rather one of them, is seeking to enforce an illegal contract. Public policy will not allow it.»²³⁵

²³² Dilemmaet drøftes blant annet i *Cordero-Moss* 2009, s. 368–369 og *Cordero-Moss* 2008, s. 163.

²³³ *Meidell* 2006, s. 328. Dette standpunkt gjentas i *Woxholth* 2013, s. 942–943.

²³⁴ *Stang* 1935, s. 581–582 og *Hauge* 2009, s. 467. Det må bemerkes at denne litteraturen drøfter ugyldighet av slike disposisjoner etter NL 5-1-2, men det er ingen grunn til å se på spørsmålet annerledes ved vurdering av ordre public-unntaket.

²³⁵ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Soleimany v Soleimany* [1998] EWCA Civ 285, 19. februar 1998, avsnitt 49.

Det er vanskelig å være uenig i dette resonnementet. I og med at ordre public-unntaket viser til en konkret vurdering av hvert tilfelle er det problematisk å oppstille en alminnelig regel, men det må i det minste være en sterk presumsjon for at en voldgiftsdom på naturaloppfyllelse av en ulovlig avtale vil være i strid med ordre public.

Når voldgiftsdommen går ut på erstatning, er det derimot ikke grunnlag for å gjøre noen presumsjoner om ordre public. I utgangspunktet berører en voldgiftsdom på erstatning for kontraktsbrudd kun det interne forholdet mellom avtalepartene, men det kan ikke utelukkes at en slik voldgiftsdom kan ha implikasjoner utover dette. Spørsmålet om en voldgiftsdom på erstatning for kontraktsbrudd er i strid med ordre public må vurderes konkret. Som Mæland skriver om strid mot ærbarhet i den tidligere tvistemålsloven § 467 nr. 4, kan en dom være ugyldig selv om «domsslutningen isolert sett er grei».²³⁶ En ting er at selve erstatningssummen kan være i strid med ordre public (dette kan muligens være tilfellet for en voldgiftsdom som tilkjenner «punitive damages»)²³⁷ men det kan også foreligge forhold knyttet til den misligholdte forpliktelsen som gjør en voldgiftsdom på erstatning for mislighold støtende. Som eksempel på dette nevner Mæland at en voldgiftsdom som går ut på betaling av penger, men hvor pengene er oppgjør for en forbrytelse, kan være ugyldig.²³⁸ Ussing skriver tilsvarende at «den Omstændighed at Løftet har til Formaal at skade Trediemand, kan gøre Løftet ugyldigt».²³⁹ Når det skal vurderes om en voldgiftsdom som tilkjenner erstatning for mislighold av en ulovlig avtale er i strid med ordre public, vil rettskilder knyttet til NL 5-1-2 være særlig relevante. Sammenhengen kan illustreres ved at mens en avtale om å utføre en alvorlig forbrytelse er ugyldig etter NL 5-1-2,²⁴⁰ så er en voldgiftsdom som fordeler utbyttet av denne alvorlige forbrytelsen ugyldig etter voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav b.²⁴¹

Det kan derfor tenkes at en voldgiftsdom som tilkjenner erstatning for mislighold av en avtale som er i strid med arbeidsrettslige regler vil være i strid med ordre public. Voldgiftsdommen må i så fall ha implikasjoner utover avtalepartene – dens virkning må være i strid med tredjemanns interesser eller offentlige hensyn.²⁴² Det kan kanskje være tilfellet hvis trusselen om en slik voldgiftsdom vil innebære et oppfyllellespress for parter i andre tilsvarende avtaler sene-

²³⁶ Mæland 1988, s. 198 og Cordero-Moss 2013a, s. 350–351.

²³⁷ Meidell 2006, s. 329 og Cordes m.fl. 2010, s. 178.

²³⁸ Mæland 1988, s. 198, riktignok om ugyldighet etter tvistemålsloven § 467 nr. 4.

²³⁹ Ussing 1986, s. 202, om «Lov eller Ærbarhed» i Danske Lov 5-1-2, som tilsvarende NL 5-1-2.

²⁴⁰ Rt-2004-1582, avsnitt 40.

²⁴¹ Resonnementet er en videreføring av Juul og Thommessen 2008, s. 265, som er mer kategorisk. Drøftelsen der dreier seg om Danske Lov 5-1-2, som tilsvarende NL 5-1-2, sammenlignet med ordre public-unntaket i den danske voldgiftsloven § 37 andre ledd bokstav b. Den danske bestemmelsen er noe ulik voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav b i ordlyd, men begge er utviklet fra modelloven og har likt meningsinnhold.

²⁴² Cordero-Moss 2013b, s. 23 og Cordero-Moss 2013a, s. 167–168.

re.²⁴³ I så fall vil voldgiftsdommen kunne innebære en svekkelse av det arbeidsrettslige vernet som gjør den underliggende avtalen ulovlig å gjennomføre. Videre kan en voldgiftsdom på erstatning innebære at kreditor blir stilt som om avtalen faktisk ble gjennomført. Det kan være motiverende for å inngå tilsvarende avtaler i fremtiden, noe som vil være i strid med offentlige interesser i at slike avtaler ikke inngås. Hvis den ulovlige avtalen er særlig moralsk og etisk utålelig, kan det å tillegge avtalen rettsvirkninger, herunder erstatning for mislighold, i seg selv være moralsk og etisk uakseptabelt.²⁴⁴ Dette kan illustreres med en voldgiftsdom på erstatning for mislighold av en avtale om å utføre et drap. En slik (høyst teoretisk) voldgiftsdom ville åpenbart vært i strid med ordre public. Hvilke, hvis noen, arbeidsrettslige regler som kan føre til at en voldgiftsdom på erstatning for mislighold kan være i strid med ordre public er usikkert. Hensikten med de følgende typetilfellene er derfor å undersøke hvorvidt en voldgiftsdom som tilkjenner erstatning for mislighold av en avtale som ville vært ulovlig å gjennomføre etter enkelte utvalgte regler i norsk arbeidsrett, er i strid med ordre public.

Krav om tvangsfullbyrdelse av en ulovlig forpliktelse, eller krav om erstatning for mislighold av en ulovlig forpliktelse, kan muligens ikke avgjøres ved voldgift, jf. andre ledd bokstav a i voldgiftsloven §§ 43 og 46. Det avgjørende er om partene har «fri rådighet» over kravet, jf. voldgiftsloven § 9. Hvis avtalens innhold er så grunnleggende uakseptabelt for rettssystemet at den må anses «reprobert», så kan det spørres om det innebærer at partene ikke har fri rådighet over kravet.²⁴⁵ Avtaler som er i strid med ærbarhet eller lov og ærbarhet etter NL 5-1-2 skal i utgangspunktet ikke tillegges rettsvirkninger. Det betyr blant annet at de skal avvises fra domstolsbehandling.²⁴⁶ Terskelen for å anse en avtale som reprobert etter NL 5-1-2 vil nok være noenlunde sammenfallende med terskelen for ordre public, jf. det som tidligere er sagt om NL 5-1-2 og tvistemålsloven § 467 nr. 4 sammenlignet med ordre public.²⁴⁷ Det er derfor mulig at man kan komme til samme resultat uavhengig av om man anvender bokstav a eller b i voldgiftsloven §§ 43 og 46 som grunnlag.²⁴⁸

Hvis voldgiftsdommen går ut på erstatning for mislighold av en ulovlig avtale er det en forutsetning for anvendelse av ordre public-unntaket at den misligholdte avtalen er ugyldig etter norsk rett. Hvis avtalen er gyldig etter norsk rett, vil også resultatet etter norsk rett bli en dom på erstatning. I så fall er voldgiftsdommen ikke i strid med ordre public, forutsatt at det ikke er forhold knyttet til erstatningssummen eller erstatningsgrunnlaget som avviker fra norsk rett.²⁴⁹

²⁴³ Rt-2004-1582, avsnitt 35 og 36.

²⁴⁴ *Ussing* 1986, s. 200.

²⁴⁵ Reprobasjon er et uttrykk som beskriver de typiske kjennetegn ved ugyldighetsvirkningen av ærbarhetsstrid og lov- og ærbarhetsstrid. Se *Hauge* 2009, s. 427–429, for en videre redegjørelse.

²⁴⁶ *Hauge* 2009, s. 425.

²⁴⁷ Se avhandlingens punkt 3.1.

²⁴⁸ *Juul og Thommessen* 2008, s. 51–52, synes å legge til grunn at tvister om avtaler som er i strid med Danske Lov 5-1-2, som svarer til NL 5-1-2, ikke kan avgjøres ved voldgift. Se også *Cordero-Moss* 2013a, s. 153–154, som behandler NL 5-1-2 under internasjonalt preseptoriske regler, noe jeg mener må være riktig kategorisering.

²⁴⁹ Se avhandlingens punkt 3.3.3.2.

En ulovlig avtale er imidlertid ikke nødvendigvis ugyldig. Som førstvoterende i dommen i Rt-1993-312 formulerte det, gjelder det ingen «alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene».²⁵⁰ Spørsmålet må derimot «avgjøres ved en tolkning av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertrедelsen får slik virkning». Spørsmålet om en ulovlig avtale er ugyldig er omfattende og vil til dels overlappe med ordre public-vurderingen, som følge av de betydelige likhetene mellom ærbarhetsstandarder i NL 5-1-2 og ordre public. Jeg mener derfor at det ikke er hensiktsmessig å drøfte denne problemstillingen under hvert enkelt typetilfelle i denne avhandlingen. For øvrig kan det vanskelig tenkes at den underliggende avtalen vil være gyldig dersom man skulle komme frem til at en voldgiftsdom som gjennomfører partenes avtale er i strid med ordre public som følge av innholdet i avtalen. I praksis er det dermed ikke nødvendigvis så viktig hvilken rekkefølge man tar spørsmålene i. I de følgende typetilfellene forutsettes det at når den misligholdte avtalen er ulovlig å oppfylle, er den også ugyldig.

4.2 Diskrimineringsvern

4.2.1 Typetilfelle

Anta at en saudi-arabisk investor er i forhandlinger om å investere i et norsk selskap som produserer et produkt som er særlig populært blant konservative muslimer i Saudi-Arabia. Investoren er bekymret for at de liberale holdningene til homofile i Norge kan føre til reaksjoner fra kundene i Saudi-Arabia. Selskapet forsikrer investoren om at de ikke har noen homoseksuelle ansatte og de inngår en investeringsavtale med en klausul om at selskapet må gjennomføre tiltak for å forhindre at de ansetter homofile i fremtiden. De avtaler samtidig at saudi-arabisk rett skal regulere avtalen og at en norsk voldgiftsdomstol skal avgjøre alle konflikter knyttet til avtalen.

Homoseksualitet er straffbart i Saudi-Arabia.²⁵¹ Landet har ratifisert ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i arbeidsforhold, men diskriminering på basis av seksuell orientering er ikke omfattet av konvensjonen. De nærmere detaljene krever en dypere analyse av saudi-arabisk rett, men for denne avhandlingen sin del virker det mest hensiktsmessig å forutsette at saudi-arabisk rett aksepterer diskriminering på basis av seksuell orientering.

Selskapet unnlater imidlertid å gjennomføre de avtalte tiltakene. Vi kan se for oss at Peder, som er homoseksuell, derfor blir ansatt i selskapet etter et alminnelig intervju. Kort tid etter ansettelsen får Peder nyss om selskapets avtale med investoren og blir rasende over at selskapet i det hele tatt vil ha noe med investoren å gjøre. Han tar opp en video av seg selv på arbeidsplassen hvor han forteller at han er homoseksuell og at han deltar i produksjon av pro-

²⁵⁰ Rt-1993-312, s. 315.

²⁵¹ *The Equal Rights Trust* 2008, s. 4.

duktene. Videoen, som blir lagt ut på Internett, får etter hvert stor oppmerksomhet i mediene og sprer seg til Saudi-Arabia. Som følge av dette starter konservative muslimske kunder i Saudi-Arabia en boikott av produktet, med medfølgende redusert omsetning. Investoren får dermed ikke realisert forventet avkastning av investeringen.

Investoren går til voldgiftsdomstolen med krav om erstatning for mislighold. Det oppstår ikke spørsmål om investeringsavtalens gyldighet fordi diskriminering av homoseksuelle er lovlig etter saudi-arabisk rett. Voldgiftsdomstolen konkluderer at selskapet misligholdt avtalen ved ikke å implementere rutiner for å hindre at homoseksuelle ble ansatt i selskapet, og at investorens tap er en følge av dette avtalebruddet. Selskapet dømmes til å betale en betydelig erstatningssum til investoren. Selskapet reiser søksmål for tingretten med påstand at voldgiftsdommen kjennes ugyldig. Spørsmålet etter dette er om voldgiftsdommen «virker støtende på rettsordenen (ordre public)», jf. voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav b.

4.2.2 Forskjell i resultat

Det følger av arbeidsmiljøloven § 13-1 (7) at diskrimineringsloven om seksuell orientering gjelder ved «diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk». Diskriminering på grunn av seksuell orientering er forbudt, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.²⁵² Unntaket for diskriminering med «saklig formål», jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6, får ikke anvendelse. Gjennomføring av avtalen ville derfor vært ulovlig, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 15, som i bokstav b og e uttrykkelig sier at slik diskriminering ved ansettelse og opphør av arbeidsforhold er ulovlig. I henhold til det som er sagt i punkt 4.1 over, om ugyldighet av ulovlige avtaler, forutsettes det at avtalen er ugyldig etter norsk rett. Resultatet i voldgiftsdommen avviker dermed klart fra hvordan resultatet i saken ville blitt hvis den ble avgjort på bakgrunn av norsk rett, av en norsk domstol.

²⁵² Forskjellsbehandling er ikke diskriminering hvis tre vilkår er oppfylt, etter en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering: (1) om forskjellsbehandlingen har et saklig formål, (2) om den er nødvendig for å oppnå dette formålet og (3) om den er forholdsmessig. Se Prop. 88 L (2012–2013), s. 17.

4.2.3 Betydningen av den norske regelen

4.2.3.1 Identifikasjon av relevant regel

Forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 er et utslag av et underliggende prinsipp om ikke-diskriminering.²⁵³ Som forarbeidene til diskrimineringsloven om seksuell orientering formulerer det:

«Ikke-diskriminering er et prinsipp og en rettslig norm som også er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner Norge har ratifisert. Det er i konvensjonene det internasjonale diskrimineringsvernet er blitt operasjonalisert. Konvensjonene dekker ulike områder og har ulike formål. Det sentrale for utvalgets arbeid er det menneskerettslig forankrede diskrimineringsvernet. Prinsippet om likhet og ikke-diskriminering ligger som en begrunnelse for de enkelte rettighetene etter menneskerettighetskonvensjonene, som gjelder 'enhver', det vil si alle individer uavhengig av status mv.»²⁵⁴

Ved vedtakelsen av den nåværende arbeidsmiljøloven ble «å sikre ... likebehandling i arbeidslivet» tatt inn i lovens formålparagraf, jf. arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav b, for å fremheve at dette er et formål med loven.²⁵⁵ Grunnloven inneholder riktignok ikke noe generelt diskrimineringsforbud²⁵⁶ (forbud mot usaklig forskjellsbehandling),²⁵⁷ men forbud mot diskriminering følger av flere konvensjoner Norge har ratifisert.²⁵⁸ Arbeidsmiljøloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering sine bestemmelser bør ses i sammenheng med disse internasjonale konvensjonene.²⁵⁹ Særlig viktig er SP art. 26, som i utgangspunktet er gitt forrang fremfor annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Bestemmelsen er et autonomt diskrimineringsforbud som forplikter statene til å gjennomføre prinsippet om ikke-diskriminering i alle deler av lovverket, også det som ikke omfattes av SP.²⁶⁰ Ikke-diskriminering bør videre ses i sammenheng med retten til arbeid, jf. blant annet ØSK art. 6.²⁶¹

²⁵³ Aall skiller mellom bestemmelser om diskrimineringsforbud og likhetsprinsipp i EMK, se *Aall* 2011, s. 70–71. Han kommenterer imidlertid at skillet ikke nødvendigvis har særlig betydning i praksis. *Jakhelln* 2006 kommenterer at det ikke ligger noen realitetsforskjell i de to uttrykkene, men at det snarere er samme fenomen sett fra to ulike synsvinkler. For denne avhandlingens del mener jeg derfor det er mest hensiktsmessig å forenkle fremstillingen ved å anvende «ikke-diskriminering» som et generelt begrep for alle regler som innebærer forbud mot diskriminering.

²⁵⁴ NOU 2009: 14, s. 44.

²⁵⁵ *Thorkildsen* 2013, s. 29.

²⁵⁶ *Aall* 2011, s. 32-33.

²⁵⁷ *Aall* 2011, s. 63.

²⁵⁸ *Aall* 2011, s. 62 og 70.

²⁵⁹ *Jakhelln* 2006, s. 66 og *Storeng m.fl.* 2014, s. 275.

²⁶⁰ *Kälin og Künzli* 2009, s. 350–351.

²⁶¹ *Høstmølingen* 2012, s. 299–300.

Ikke-diskriminering er anerkjent som folkerettslig sedvanerett og anses som et generelt rettsprinsipp i internasjonal rett.²⁶² Det er en av grunnsteinene i den internasjonale menneskerettighetsbeskyttelsen.²⁶³ Ikke-diskriminering er også trukket frem som et mulig grunnlag for ordre public i rettsteorien. For eksempel skriver Cordes at «ordre public-normen [tradisjonelt er] blitt anvendt på fremmed rett som har diskriminerende regler om rase, religion, likestilling og personlig frihet».²⁶⁴

På bakgrunn av det ovenstående bør det være rimelig klart at ikke-diskriminering er et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Det kan imidlertid være usikkert nøyaktig hva som omfattes av dette prinsippet.²⁶⁵ Som diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov formulerer det, er «rekkevidden av rettsreglene ... vanskelig å fastslå med sikkerhet nettopp fordi kriteriene for hva som utgjør rettsstridig diskriminering ikke er entydige».²⁶⁶ Utvalget viser videre til at ulike diskrimineringsgrunnlag har forskjellig grad av uttrykkelig vern i konvensjoner og at noen har lengre historiske tradisjoner enn andre:

«Det menneskerettslige diskrimineringsvernet har historisk sett først og fremst rettet seg mot diskriminering på grunn av kjønn, etnisitet og minoritetsbakgrunn, språk samt politisk og religiøs overbevisning. Diskriminering på grunn av eiendom, fødsel og sosial opprinnelse og status er også regulert i flere konvensjoner. Diskriminering som følge av helsetilstand er kun uttrykkelig omtalt i Den europeiske sosialpakt, men vil også kunne tenkes omfattet av andre konvensjoner. Alder og seksuell orientering er ikke særskilt nevnt i noen av konvensjonenes ikke-diskrimineringsbestemmelser, men ifølge praksis omfatter flere av konvensjonene også seksuell orientering og aldersdiskriminering.»²⁶⁷

I litteraturen har Mo og Lolleng foreslått diskriminering på grunn av «rase, kjønn, nasjonalitet eller etnisk opprinnelse» som grunnlag for ordre public-unntaket, men altså ikke seksuell orientering.²⁶⁸ Heller ikke Franzen nevner diskriminering på grunn av seksuell orientering som eksempel på grunnlag for ordre public-unntaket. Den mer åpne formuleringen «race, sex or religion *etc.*» (min kursivering) tyder imidlertid på at han ikke har ment å foreta noen uttøm-

²⁶² NOU 2009: 14, s. 44.

²⁶³ *Kälin og Künzli* 2009, s. 344.

²⁶⁴ *Cordes m.fl.* 2010, s. 171.

²⁶⁵ *Høstmølingen* 2012, s. 145.

²⁶⁶ NOU 2009: 14, s. 44.

²⁶⁷ NOU 2009: 14, s. 44–45.

²⁶⁸ *Mo og Lolleng* 2001, s. 75–76.

mende opprømsing.²⁶⁹ Verken Mo og Lolleng eller Franzen viser til andre rettskilder til støtte for sine eksempler. Jeg kan ikke se at det er grunn til å tillegge disse uttalelsene i teorien vekt i noen retning, men de illustrerer at det er usikkert hva som omfattes av prinsippet om ikke-diskriminering utover de tradisjonelle diskrimineringsgrunnlagene som kjønn, religion og etnisitet. Spørsmålet i det følgende er derfor om diskriminering på grunn av seksuell orientering er omfattet av prinsippet om ikke-diskriminering.

4.2.3.2 *Forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering i norsk rett*

Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov uttaler at det er vanskelig å se noen god begrunnelse for en del av ulikhetene i vernet mellom forskjellige diskrimineringsgrunnlag og samfunnsområder, og at «regler som i praksis fortolkes likt, i flere tilfeller likevel [er] formulert ulikt».²⁷⁰ På bakgrunn av dette kommenterte utvalget at harmonisering av gjeldende diskrimineringsregler er «et sentralt premiss for arbeidet med å samle diskrimineringsreglene» og at «[n]oe av formålet med en samlet lov er å unngå hierarki mellom ulike diskrimineringsgrunnlag, der noen har sterkere vern enn andre».²⁷¹ Forslaget om en samlet diskrimineringslov ble ikke vedtatt, på grunn av «bekymring for at en samlet diskrimineringslov vil kunne svekke diskrimineringsvernet for kvinner ved at likestillingsloven oppheves».²⁷² Det fremgår imidlertid av forarbeidene til diskrimineringsloven om seksuell orientering at vedtakelsen av de nye adskilte diskrimineringslovene hadde samme formål som forslaget til en samlet lov:

«Et viktig formål med lovforslaget er å gjøre diskrimineringslovene mest mulig like både når det gjelder innhold, ordlyd og lovstruktur. Departementet mener at ulike grunnlag i utgangspunktet bør ha samme diskrimineringsvern. Eventuelle ulikheter mellom reglene knyttet til de ulike diskrimineringsgrunnlagene må derfor begrunnes særskilt.»²⁷³

Vedtakelsen av forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering i diskrimineringsloven om seksuell orientering, med anvendelse generelt i norsk rett, i likhet med etnisitet, religion og livssyn i diskrimineringsloven om etnisitet, gir derfor et signal om at disse diskrimineringsgrunnlagene har lik status.

²⁶⁹ Franzen 2007, s. 232.

²⁷⁰ NOU 2009: 14, s. 96.

²⁷¹ NOU 2009: 14, s. 96.

²⁷² Prop. 88 L (2012–2013), s. 47–48.

²⁷³ Prop. 88 L (2012–2013), s. 48.

Forarbeidene gir også uttrykk for at de forskjellige diskrimineringslovene skal tolkes likt.²⁷⁴ Dette betyr likevel ikke at alle diskrimineringsgrunnlag nødvendigvis blir praktisert like strengt. Som Aall påpeker, viser rettspraksis fra EMD om art. 14 at terskelen for hvorvidt en forskjellsbehandling er saklig og rimelig, og dermed ikke diskriminerende, varierer mellom forskjellige diskrimineringsgrunnlag.²⁷⁵ Aller strengest praktiseres forbudene mot diskriminering på grunnlag av rase og etnisitet, men også religion, kjønn og seksuell legning krever tungtveiende grunner for å berettiggje forskjellsbehandling.²⁷⁶ Alt i alt tyder dette på at det ikke er noen grunn til å trekke noe prinsipielt skille mellom diskriminering på bakgrunn av seksuell orientering og andre mer tradisjonelle diskrimineringsgrunnlag.

Forbud mot diskriminering i arbeidsforhold på grunn av seksuell orientering er ikke lenger noen nyhet i norsk rett, selv om det heller ikke har lange tradisjoner. Før vedtakelsen av diskrimineringsloven om seksuell orientering var et tilsvarende forbud mot «[d]irekte og indirekte diskriminering på grunn av ... seksuell orientering» lovfestet i arbeidsmiljøloven § 13-1 (1). Før det igjen var tilsvarende diskrimineringsforbud lovfestet arbeidsmiljøloven 1977 § 55 B, først inntatt som § 55 A i 1998.²⁷⁷ Også de andre nordiske landene har tilsvarende forbud mot diskriminering i arbeidsforhold på grunn av seksuell orientering.²⁷⁸ Utover dette finnes det flere regler i straffelovgivningen som kan få betydning for diskriminering i arbeidslivet på grunn av seksuell orientering, selv om disse ikke får anvendelse i denne saken. Se for eksempel straffeloven §§ 135 a og 349 a, samt straffeloven 2005 § 77 bokstav i (ikke trådt i kraft), men kodifiserer gjeldende rett).²⁷⁹ En annen sak er at oppfyllelse av avtalen i typetilfellet kunne ført til straff for «innehaver av virksomhet, arbeidsgiver og den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten», jf. arbeidsmiljøloven § 19-1. Mer generelt begrenser også det alminnelige saklighetsprinsippet i hvilken grad, og hvordan, seksuell orientering kan tillegges vekt ved forvaltningens myndighetsutøvelse.²⁸⁰

Det er imidlertid forskjell i straffansvaret i diskrimineringsloven om seksuell orientering og diskrimineringsloven om etnisitet. Diskriminering på grunn av etnisitet kan straffes med «bøter eller fengsel inntil 3 år» hvis overtredelsen er grov og begått av flere i fellesskap, jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 26. Diskriminering på grunn av seksuell orientering er derimot ikke straffbart. Den som er utsatt for diskriminering kan kreve oppreisning eller erstat-

²⁷⁴ Prop. 88 L (2012–2013), s. 157.

²⁷⁵ Aall 2011, s. 67.

²⁷⁶ Aall 2011, s. 67–70.

²⁷⁷ St.meld. nr. 25 (2000–2001), punkt 9.4.1.

²⁷⁸ Prop. 88 L (2012–2013), s. 112.

²⁷⁹ Prop. 88 L (2012–2013), s. 115.

²⁸⁰ Prop. 88 L (2012–2013), s. 115.

ning, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 24. Dette kan i utgangspunktet tyde på at diskriminering på grunn av etnisitet, religion eller livssyn er ansett som viktigere enn diskriminering på grunn av seksuell orientering. Forarbeidene til diskrimineringsloven om etnisitet viser til forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i den gamle diskrimineringsloven § 10.²⁸¹ Der uttaler Kommunal- og regionaldepartementet at «diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. som skjer i samvirke mellom flere personer er særlig skadelig», at «[p]otensialet for fremtidige diskriminerende handlinger kan lettere bli større dersom rasismen og intoleransen settes i system», og at «[d]er rasismen blir organisert i fastere former, vil også ideologisk tankegods bygget på rasisme, nasjonalsosialisme osv. kunne næres og utbres».²⁸² Tanken synes å være at rasisme i fellesskap kan ha virkninger utover bare den enkelte rasistisk motiverte handling, og at det derfor er et sterkere behov for preventiv lovgivning enn ved andre diskrimineringsgrunnlag. Følgelig er det ikke nødvendigvis grunn til å tolke forskjellen i strafferamme til at forbudet mot diskriminering på grunn av etnisitet verdsettes høyere enn forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Regelen kan antageligvis ses i sammenheng med at rasistisk motiverte drap utført i fellesskap har fått stor oppmerksomhet i Norge i tiden etter Benjamin Hermansen-drapet.

Grunnloven inneholder per i dag ikke noe generelt diskrimineringsforbud, men spørsmålet om grunnlovsfesting har fått adskillig oppmerksomhet de siste årene. Den tidligere omtalte utredning om en samlet diskrimineringslov tok også opp spørsmålet om grunnlovsværn.²⁸³ I den sammenheng kommenterte Diskrimineringslovsutvalget at fordi «ikke-diskriminering er del av de internasjonale rettigheter som er gjennomført hos oss gjennom menneskerettsloven, har det også i norsk rett allerede status som et grunnleggende rettsprinsipp».²⁸⁴ Utvalget anbefalte at diskrimineringsvernet ble grunnlovsfestet, men at det «ikke bør gå lenger enn diskrimineringsvernet etter diskrimineringslovgivningen».²⁸⁵ I samsvar med dette har Lønningutvalget foreslått en samlet grunnlovsfesting av likhetsprinsippet og forbud mot diskriminering, med følgende forslag til grunnlovstekst: «Alle ere like for Loven. Intet Menneske maa udsættes for usaglig eller uforholdsmæssig Forskelsbehandling.»²⁸⁶ Denne formuleringen er helt generell og omfatter derfor blant annet diskriminering på grunn av seksuell orientering. Utvalgets forslag til ny Grunnlov er per dags dato ikke tatt til følge av Stortinget. Dette føyer seg likevel inn i rekken av materiale som viser den generelle tendensen – at det ikke skilles mellom diskriminering på grunnlag av seksuell orientering og for eksempel kjønn eller etnisitet.

²⁸¹ Prop. 88 L (2012–2013), s. 179.

²⁸² Ot.prp. nr. 33 (2004–2005), s. 159.

²⁸³ NOU 2009: 14, del IV.

²⁸⁴ NOU 2009: 14, s. 309.

²⁸⁵ NOU 2009: 14, s. 318–319.

²⁸⁶ Dokument 16 (2011–2012), s. 152.

4.2.3.3 Internasjonale konvensjoner

Forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering er ikke uttrykkelig omfattet av SP, ØSK, EMK eller Den reviderte europeiske sosialpakt (RESC).²⁸⁷ Det kan ha sammenheng med at likestilling for lesbiske, homoseksuelle, bifile og transpersoner (LHBT) kom senere på agendaen enn for eksempel likestilling mellom menn og kvinner.²⁸⁸ I punkt 3.2 over ble det nevnt at det ved spørsmålet om hva som er grunnleggende prinsipper i norsk arbeidsrett bør legges vekt på de åtte grunnleggende ILO-konvensjonene, som også er ratifisert av Norge. ILO-konvensjonen nr. 100 (1951) og nr. 111 (1958), om likelønn og likebehandling i arbeidsforhold, inneholder forbud mot diskriminering, men de omfatter ikke diskriminering på grunn av seksuell orientering.²⁸⁹

Graden av aksept for LHBT-personer varierer i stor grad internasjonalt, og i flere øst-europeiske land virker trenden å peke mot minkende aksept og økende diskriminering.²⁹⁰ Ifølge Europarådets komite for rettslige anliggender og menneskerettigheter er homofobiske og transfobiske holdninger dypt forankret i de fleste av Europarådets medlemsstater.²⁹¹ Det innebærer at LHBT-personer opplever sterke fordommer, fiendtlighet og omfattende diskriminering over hele Europa.²⁹² Studier gjort i flere europeiske land viser at diskriminering på grunn av seksuell orientering er et omfattende problem i arbeidslivet.²⁹³

Homoseksualitet er fortsatt straffbart i store deler av verden, særlig i afrikanske og asiatiske land.²⁹⁴ Homoseksuelle handlinger var forbudt i Norge helt frem til 1972, da den daværende straffeloven § 213 ble opphevet ved lov 21. april 1972 nr. 18. Selv om det siden da er blitt lagt ned betydelig arbeid i å sikre LHBT-personer like rettigheter som heterofile, forekommer det

²⁸⁷ NOU 2009: 14, s. 132. The European Social Charter (revised) er tilgjengelig i fulltekst gjennom <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm> (sist besøkt 22. mai 2014).

²⁸⁸ *Ben-Israel og Foubert* 2007, s. 396-397. Se også *ILO* 2007, hvor diskriminering på grunn av seksuell orientering plasseres under «Newly recognized forms of discrimination».

²⁸⁹ *Swepston* 2007, s. 148.

²⁹⁰ *Helfer og Voeten* 2014, s. 85.

²⁹¹ *Gross* 2009, del C punkt II (i) (11).

²⁹² Parliamentary Assembly Resolution 1728 of 29 april 2010 Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, avsnitt 3, tilgjengelig gjennom <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17853&lang=EN> (sist besøkt 28. mai 2014).

²⁹³ *Bell* 2002, s. 88.

²⁹⁴ *Amnesty International*, Verdens verste steder å være homo, tilgjengelig gjennom <http://www.amnesty.no/aktuelt/flere-nyheter/verdens-verste-steder-%C3%A5-v%C3%A6re-homo> (sist besøkt 28. mai 2014).

fortsatt omfattende diskriminering, trakassering og marginalisering av lesbiske, homoseksuelle, bifile og transpersoner i Norge.²⁹⁵

Alt i alt viser det ovenstående at LHBT-rettigheter, herunder forbud mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, er kontroversielle.²⁹⁶ Dette kan tale mot at seksuell orientering er omfattet av det grunnleggende prinsippet om ikke-diskriminering.

Seksuell orientering er imidlertid innfortolket i forbudene mot diskriminering i SP, ØSK, EMK og Den reviderte europeiske sosialpakt.²⁹⁷ Den stadig mer progressive praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) tyder også på at LHBT-rettigheter i økende grad aksepteres og prioriteres.²⁹⁸ EMD har for eksempel konstatert diskriminering på grunn av homoseksualitet i saker om barnefordeling, husleie og adopsjon.²⁹⁹ Domstolen har uttalt at det kreves «particularly serious reasons» for at forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering ikke skal innebære diskriminering.³⁰⁰ EMD har videre uttalt at negative holdninger mot homofile ikke er tilstrekkelig grunn til forskjellsbehandling, på lik linje med negative holdninger mot kjønn, etnisk opprinnelse eller hudfarge.³⁰¹ I samme retning som dette kan nevnes resolusjon 17/19 om menneskerettigheter, seksuell orientering og kjønnsidentitet (A/HRC/RES/17/19), vedtatt av FNs menneskerettighetsråd i 2011.³⁰² Som resolusjonen også uttrykker, bør den ses i sammenheng med Menneskerettighetserklæringen av 1948, som i art. 2 slår fast at «[e]nhver har krav på alle de rettigheter som er nevnt i denne erklæring, uten forskjell av noen art, f. eks. på grunn av rase, farge, kjønn ... eller annet forhold» (min kursivering).³⁰³ Jeg kan derfor ikke se at diskriminering på grunnlag av seksuell orientering har noen lavere status enn diskrimineringsgrunnlagene som uttrykkelig omfattes av konvensjonene.

I 2010 vedtok Europarådet «Recommendation CM/Rec(2010)5»³⁰⁴ om tiltak for å bekjempe diskriminering på grunnlag av «sexual orientation or gender identity».³⁰⁵ Anbefalingen er ikke

²⁹⁵ St.meld. nr. 25 (2000–2001), punkt 9.3.

²⁹⁶ *Ben-Israel og Foubert* 2007, s. 379.

²⁹⁷ NOU 2009: 14, s. 132 og *Ben-Israel og Foubert* 2007, s. 399–400.

²⁹⁸ *Helfer og Voeten* 2014, s. 79 og NOU 2009: 14, s. 44–45.

²⁹⁹ *Werlauff* 2010, s. 91–92.

³⁰⁰ EMD, dom 24. juli 2003 (sak nr. 40016/98), *Karner v. Austria*.

³⁰¹ EMD, dom 27. september 1999 (sak nr. 31417/96), *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, avsnitt 90.

³⁰² Prop. 88 L (2012–2013), s. 112. Det bør imidlertid bemerkes at det var et betydelig mindretall som stemte mot vedtakelse av resolusjonen.

³⁰³ Tilgjengelig gjennom <http://www.fn.no/Bibliotek/Avtaler/Menneskerettigheter/FNs-verdenserklæring-om-menneskerettigheter> (sist besøkt 22. mai 2014).

³⁰⁴ Tilgjengelig i fulltekst gjennom <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1606669> (sist besøkt 22. mai 2014).

bindende for Norge, men den er veiledende. Del V i anbefalingen handler spesifikt om tiltak i arbeidsforhold, og i art. 29 slås det fast at medlemsstatene skal sikre etablering og implementering av passende tiltak som gir «effective protection against discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity in employment».

Samlet sett mener jeg det er en oppsiktsvekkende stor grad av konsensus mellom de ulike konvensjonenes vern av diskriminering på grunn av seksuell orientering. Med unntak av ILO-konvensjonene, har alle en tilsvarende grad av vern for seksuell orientering som for de mer tradisjonelle diskrimineringsgrunnlagene (for eksempel hudfarge, etnisitet og kjønn).

4.2.3.4 EU- og EØS-rett

Utover menneskerettskonvensjoner Norge har bundet seg til å gjennomføre, finnes det forbud mot diskriminering i EU- og EØS-retten som kan være av særlig relevans for spørsmålet. Ifølge Jakhelln har «[d]et EU-rettslige vern mot diskriminering ... satt tydelige spor nasjonalt».³⁰⁶ I den sammenheng er Direktiv 2000/78/EC om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidsforhold (rammedirektivet) særlig viktig.³⁰⁷ Norge har gjennomført direktivet ved arbeidsmiljøloven og de forskjellige diskrimineringslovene, herunder diskrimineringsloven om seksuell orientering, selv om det ikke er en del av EØS-avtalen.³⁰⁸ Direktivet forbyr blant annet diskriminering i arbeidsforhold på grunn av «sexual orientation», jf. art. 2 (1) jf. art. 1. Punkt 11 og 12 i direktivets preambel utdyper bakgrunnen for diskrimineringsforbudet:

«Discrimination based on ... sexual orientation may undermine the achievement of the objectives of the EC Treaty, in particular the attainment of a high level of employment and social protection, raising the standard of living and the quality of life, economic and social cohesion and solidarity, and the free movement of persons. ... To this end, any direct or indirect discrimination based on ... sexual orientation as regards the areas covered by this Directive should be prohibited throughout the Community.»

Det følger videre av art. 67 (1) i Traktaten om den europeiske unions virkeområde (TFEU)³⁰⁹ at unionen skal respektere «fundamental rights». som blant annet følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon. Forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering er som

³⁰⁵ Prop. 88 L (2012–2013), s. 112.

³⁰⁶ Jakhelln 2006, s. 67.

³⁰⁷ Rådsdirektiv 2000/78/EC av 27. november 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

³⁰⁸ Prop. 88 L (2012–2013), s. 22 og NOU 2003: 2, s. 7.

³⁰⁹ Treaty on the functioning of the European Union.

gjennomgått over innfortolket i EMK art. 14. Det kan også nevnes at Rådet for Den europeiske union har myndighet til å «take appropriate action to combat discrimination based on ... sexual orientation.», jf. art. 19 (1) TFEU.³¹⁰

På bakgrunn av det som er sagt hittil kan det spørres om diskriminering på grunn av seksuell orientering vil være i strid med EU ordre public. Ikke-diskriminering har blitt trukket frem som et særdeles viktig EU-rettslig prinsipp i juridisk teori. Som Corthaut formulerer det, går ikke-diskriminering til «the heart of the EU legal order».³¹¹ I likhet med det som er sagt om ikke-diskriminering i norsk rett, kan det være usikkert nøyaktig hva et grunnleggende prinsipp om ikke-diskriminering omfatter. EU-domstolens praksis tyder på at i hvert fall forbudene mot kjønns- og aldersdiskriminering er grunnleggende prinsipper i EU-retten.³¹² Antageligvis har diskriminering på grunn av nasjonalitet, hudfarge og etnisitet samme stilling.³¹³

Det derimot usikkert om diskriminering på grunn av seksuell orientering er omfattet av et slikt grunnleggende EU-rettslig prinsipp om ikke-diskriminering. Spørsmålet har inntil videre ikke kommet opp for EU-domstolen. De ovennevnte bestemmelsene om ikke-diskriminering gjør ingen distinksjon mellom vernet av de forskjellige diskrimineringsgrunnlagene. Det er videre en stor grad av likhet mellom rammedirektivet og Direktiv 2000/43/EC om implementering av prinsippet om likebehandling mellom personer uavhengig av hudfarge eller etnisk opprinnelse (etnisitetslikhetsdirektivet),³¹⁴ hvilket skulle tyde på at seksuell orientering nyter et like grunnleggende vern som hudfarge og etnisitet. Det er imidlertid også betydelige ulikheter mellom direktivene, som kan tyde på det motsatte. I hovedsak går ulikhetene ut på at enkelte tiltak i etnisitetslikhetsdirektivet er utelatt fra rammedirektivet, herunder at rammedirektivet ikke inneholder noe krav om opprettelse av et organ som skal fremme likebehandling, samt at rammedirektivet har flere unntakshjemler som ikke finnes i etnisitetslikhetsdirektivet. Videre har rammedirektivet et snevrere anvendelsesområde enn etnisitetslikhetsdirektivet, jf. art. 3 i direktivene.³¹⁵ Praksis fra EU-domstolen tyder også på at domstolen praktiserer forskjellige diskrimineringsgrunnlag ulikt. Forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering har ikke blitt behandlet like strengt som for eksempel forskjellsbehandling på grunn av hudfarge, men

³¹⁰ Prop. 88 L (2012–2013), s. 21.

³¹¹ Corthaut 2012, s. 303 og 322.

³¹² Sak C-149/77 *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, [1978] EFD I-01365 og sak C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, [2005] EFD I-09981. Dommene er omtalt i *Nielsen* 2013, s. 67.

³¹³ Corthaut 2012, s. 303 og 305

³¹⁴ Rådskommisjonsdirektiv 2000/43/EC av 29. juni 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

³¹⁵ *Bell* 2002, s. 114–118.

har likevel blitt tillagt stor vekt.³¹⁶ Alt i alt kan det derfor være noe større rom for legitim forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering enn på grunn av hudfarge, kjønn og nasjonalitet.

Art. 21 EUCFR gir imidlertid et viktig signal når den uttrykkelig slår fast at diskriminering på grunn av «sexual orientation» skal være forbudt. Sett sammen med det ovenstående mener jeg at det er overvekt av grunner for å konkludere at forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering er et grunnleggende EU-rettslig prinsipp. Det knytter seg derimot større usikkerhet til spørsmålet om når forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering vil kvalifisere som diskriminering.

Altså – hvis det kan påvises *diskriminering* på grunn av seksuell orientering, så vil det antageligvis være i strid med EU ordre public.³¹⁷ Det betyr at diskriminering på grunn av seksuell orientering også bør være i strid med norsk ordre public i spørsmål som har betydning for Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, jf. det som er sagt om EU ordre public i punkt 3.1 over.

4.2.3.5 Konklusjon

Jeg mener at redegjørelsen for norsk og internasjonal rett over har vist at diskriminering på grunn av seksuell orientering er omfattet av det grunnleggende prinsipp om ikke-diskriminering. Selv om seksuell orientering er et kontroversielt tema internasjonalt og i Norge, så fremgår det konsekvent av det norske lovverket, av EU- og EØS-retten og av de fleste internasjonale konvensjoner på området, at diskriminering på grunn av seksuell orientering er vernet på lik linje som andre særlig vektige diskrimineringsgrunnlag, selv om det kan være enkelte forskjeller i vurderingen av hvilken forskjellsbehandling som innebærer diskriminering. Jeg kan heller ikke se noen grunn de lege ferenda for at seksuell orientering ikke bør være omfattet av et grunnleggende prinsipp om ikke-diskriminering.

4.2.4 Voldgiftsdommens virkning

4.2.4.1 Utgangspunkt

Spørsmålet er så om voldgiftsdommens virkning er i strid med prinsippet om ikke-diskriminering i arbeidsforhold på grunn av seksuell orientering. Som redegjort for i punkt 4.1 over er dette en dom på erstatning mellom partene, som i utgangspunktet ikke har noen betydning for arbeidsgiverens plikter utenfor avtaleforholdet. Voldgiftsdommen kan imidlertid

³¹⁶ Corthaut 2012, s. 305–306 og Nielsen 2013, s. 348–349.

³¹⁷ Corthaut 2012, s. 307.

ha implikasjoner utover det interne forholdet mellom partene som kan innebære at den er i strid med prinsippet om ikke-diskriminering. Hvilke momenter som kan vektlegges i en slik vurdering er usikkert. Spørsmålet er så vidt jeg vet ikke behandlet verken i lovverket, rettspraksis eller i litteraturen. Det er betydelige likheter med spørsmålet om en avtale er ugyldig fordi den strider mot ærbarhet etter NL 5-1-2.³¹⁸

Avtaler som strider mot ærbarhet håndheves ikke av domstolene. Dette kan begrunnes i at det er under domstolens verdighet å beskjefte seg med slike avtaler.³¹⁹ Enkelte avtaler er så etisk eller moralsk uakseptable at domstolene anser dem som om de ikke eksisterte.³²⁰ Som førstvoterende i dommen i Rt-2004-1582 formulerer det, «[vil det] være støtende om en avtale som den foreliggende skulle kunne håndheves med domstolens hjelp».³²¹ En annen mulig begrunnelse kan være at domstolene har en selvstendig plikt til å håndheve grunnleggende etiske normer.³²² Om, og i hvilken grad, avtalen kjennes ugyldig på dette grunnlag avhenger av hva som i størst grad vil motvirke det ærbarhetsstridige forhold.³²³

Anvendt i en vurdering av ordre public, innebærer dette at voldgiftsdommens virkning må vurderes opp mot det relevante grunnleggende prinsippet. Voldgiftsdommen kan være ugyldig hvis dens inngrep i prinsippet er så etisk eller moralsk uakseptabelt at det er under domstolens verdighet å beskjefte seg med den. Videre kan voldgiftsdommen være ugyldig hvis dens ugyldighet kan ha en preventiv effekt, eller motsatt, hvis dens gyldighet vil være motiverende for å utføre den ærbarhetsstridige handling i fremtidige tilsvarende situasjoner.³²⁴ Deretter må behovet for å kjenne voldgiftsdommen ugyldig etter disse vurderingene veies mot hensynene som taler for at voldgiftsdommen skal opprettholdes.

4.2.4.2 *Domstolens verdighet*

I utgangspunktet er det ingenting i veien med en dom på erstatning for mislighold. I dette typetilfellet er imidlertid grunnlaget for erstatningen umoralsk. «[T]he deliberate commission of illegal acts is contrary to public policy ... such conduct is immoral.» Dette gjelder tilsvarende når kreditor har inngått en avtale som er lovlig etter sitt lands rett, men ulovlig etter retten i det land hvor avtalen skal oppfylles.³²⁵

³¹⁸ Se avhandlingens punkt 3.1 og 4.1.

³¹⁹ Hauge 2009, s. 425–426.

³²⁰ Hauge 2009, s. 426.

³²¹ Rt-2004-1582, avsnitt 39.

³²² Hauge 2009, s. 426.

³²³ Hauge 2009, s. 426.

³²⁴ Hauge 2009, s. 426 og Rt-2004-1582, avsnitt 36.

³²⁵ Lee 1998, s. 11–12.

En hypotetisk gjennomføring av avtalen ville vært i strid med prinsippet om ikke-diskriminering. Å inngå en avtale som søker å hindre en tredjepart i å delta i arbeidslivet, basert på utenforliggende hensyn som seksuell orientering, er klart uetisk. I den sammenheng er det grunn til å legge vekt på betydningen av deltakelse i arbeidslivet for det moderne menneske. Det er her grunnlaget legges for utvikling av videre karriere, levekår og livskvalitet.³²⁶ En voldgiftsdom som tilkjenner erstatning på grunn av mislighold av en slik avtale er det derfor grunn til å se på med skepsis.

Avtalen går imidlertid ikke ut på å gjennomføre en alvorlig forbrytelse, som drap, hvor jeg har vanskelig for å se at en voldgiftsdom på erstatning for mislighold av avtalen ikke vil være i strid med ordre public.³²⁷ Det umoralske elementet bør tillegges en viss vekt, men jeg kan ikke se at det er avgjørende i seg selv.

4.2.4.3 *Prevensjon*

Voldgiftsdommens potensielt motiverende virkning vil være det sentrale moment i denne vurderingen. I utgangspunktet er det problematisk å akseptere at noen blir idømt erstatningsplikt for å ha valgt å opptre lovlydig. Dette kan minne om Mælands eksempel, med en dom på betaling av penger, men hvor pengene er oppgjør for en alvorlig forbrytelse.³²⁸ I stedet for å kreve oppgjør fordi avtalen er gjennomført, krever kreditor erstatning fordi avtalen ikke er gjennomført. Enten grunnlaget for dommen er krav om oppfyllelse av et betalingskrav eller et erstatningskrav, så vil en eventuell visshet om at domstolene håndhever slike avtaler kunne være motiverende i fremtiden. Trusselen om et eventuelt erstatningskrav innebærer et oppfyllelsespress som kan være i strid med tredjepersons og samfunnets interesse i opprettholdelse av ikke-diskrimineringsprinsippet.³²⁹

Det avgjørende vil være hvor stor den motiverende effekten av opprettholdelse av voldgiftsdommen er, målt opp mot den eventuelle demotiverende effekten det vil ha å kjenne voldgiftsdommen ugyldig.

Dommen i Rt-2004-1582 er illustrerende. Saken handlet om gyldigheten av avtale mellom selger og kjøper av en konsesjonspliktig landbrukseiendom, om at kjøperen skulle betale et hemmelig tillegg til den offisielle kjøpesummen. Høyesterett konkluderte enstemmig at avtalen var ugyldig fordi den var i strid med lov og ærbarhet. Førstvoterende vurderte spørsmålet

³²⁶ St.meld. nr. 25 (2000–2001), punkt 9.1.

³²⁷ Jf. det som er sagt om Rt-2004-1582 i punkt 3.3.3 over.

³²⁸ *Mæland* 1988, s. 198.

³²⁹ *Hagstrøm* 2011, s. 466.

etter NL 5-1-2 og uttalte at det er et «sentralt moment at tilleggsavtalen tok sikte på å omgå et av konsesjonslovens sentrale formål – å oppnå ‘en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling’». Dette formålet var begrunnet i to hovedhensyn: Å forhindre at prisene på landbrukseiendommer blir drevet så høyt i været at «yrkesutøverne i landbruket fordrives» og å beskytte kjøperne fra å måtte betale overpris. Dette talte sterkt for ugyldighet.³³⁰ Førstvoterende la videre vekt på at selv om effekten kunne være begrenset i praksis, så ville ugyldighet være det mest effektive virkemiddelet for å motvirke at slike avtaler ble inngått. Dette ble begrunnet i en sammenligning av virkningene av gyldighet og ugyldighet for slike avtaler. Hvis slike avtaler var gyldige, ville det motivere kjøper til å bryte loven, som igjen ville motivere selger til å inngå slike avtaler i utgangspunktet. Hvis slike avtaler derimot var ugyldige, ville det motivere kjøper til å bryte avtalen fremfor loven, som ville gjøre slike avtaler lite attraktive for selger.³³¹ Å la avtalen forbli gyldig ville derfor kunne forhindre at lovens formål ble oppnådd og at samfunnsmessig viktige hensyn ble ivaretatt – i dette tilfellet en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling.

Jeg mener det er grunn til å anvende et tilsvarende resonnement i vurderingen av voldgiftsdommens virkning i denne saken. Hvis den norske domstolen opprettholder voldgiftsdommen, vil det kunne motivere parter i fremtidige tilsvarende avtaler til å gjennomføre diskrimineringen for å unngå et potensielt erstatningsansvar. Slike avtaler vil også være lukrative for kreditor, som dermed kan sikre seg mot risiko for tap: Enten får han oppfyllelsesinteressen gjennom debtors frivillige naturaloppfyllelse, eller så får han den i form av erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Dette må ses i sammenheng med den lave risikoen arbeidsgiver i en slik avtale løper ved å forsøke å gjennomføre avtalen, og den potensielle betydningen gjennomføring kan få for homofile arbeidstakere. Diskrimineringsvernet er særlig utsatt i ansettelsessituasjoner. Dette er en konkurransesituasjon, hvor det er vanskelig å bevise at valget av å ansette en person fremfor en annen var begrunnet i diskriminering. Problemet kan illustreres gjennom betydningen av søkerens navn for sannsynligheten for å bli innkalt til intervju. En studie av problemstillingen fra 2012 viser at søkere med navn som indikerer etnisk minoritetsbakgrunn har omtrent 25 % lavere sannsynlighet for å bli innkalt til intervju enn andre søkere.³³² Det er vanskelig for en slik søker, som blir avvist, å vite om avvistningen var på grunn av diskriminering eller andre forhold, og enda vanskeligere å bevise det.³³³ Selv i en situasjon hvor det er klart at en søker med svakere kvalifikasjoner ble valgt fremfor en med sterkere kvalifikasjoner, kan det

³³⁰ Rt-2004-1582, avsnitt 35.

³³¹ Rt-2004-1582, avsnitt 36.

³³² *Midtbøen og Rogstad* 2012, s. 151–152.

³³³ *Midtbøen og Rogstad* 2012, s. 157–158.

foreligge saklige grunner for å velge den svakere søkeren. Midtbøen og Rogstad bruker begrepet «personlig egnethet» om slike grunner, som i sin natur er vanskelige å etterprøve. Hvordan skal man bevise diskriminering når arbeidsgiver for eksempel begrunner valget i overbevisende opptreden på intervju? Så lenge arbeidsgiver ikke innrømmer den egentlige begrunnelsen, eller den fremgår av omstendighetene rundt ansettelsen, har arbeidsgiver liten grunn til å frykte sanksjoner.

Det ville derfor ikke vært særlig risikabelt for virksomhetseieren om han hadde forsøkt å gjennomføre avtalen i dette typetilfellet. Det er lav sannsynlighet for at slik diskriminering blir oppdaget. Videre kan vi anta at det er høy sannsynlighet for at en virksomhetseier blir dømt til å betale erstatning hvis diskrimineringen ikke blir gjennomført – altså mislighold av avtalen. Denne kombinasjonen av lav risiko ved gjennomføring og høy risiko ved mislighold medfører at voldgiftsdommen i typetilfellet innebærer et betydelig incitament for å gjennomføre fremtidige tilsvarende avtaler. Den lave sannsynligheten for at en eventuell diskriminering vil bli oppdaget betyr også at gjennomføring av avtalen innebærer en høy sannsynlighet for at diskrimineringen blir effektiv.

Hvis voldgiftsdommen derimot er ugyldig, vil det innebære en motsatt motivasjon for virksomhetseieren til ikke å gjennomføre diskrimineringen. Han løper da ingen risiko ved å nekte å gjennomføre avtalen. Sannsynligheten for at gjennomføring av avtalen vil bli oppdaget er fortsatt lav, men det er likevel en risiko som en rasjonell aktør vil ta i beregning ved vurdering av sine handlingsalternativer. Dette vil også fjerne investorens interesse i å inngå en slik avtale i utgangspunktet. En avtale som ikke kan håndheves har liten verdi.

Det bør også legges vekt på at prevensjon er et særlig viktig hensyn for opprettholdelse av prinsippet om ikke-diskriminering. En ting er at undersøkelser viser at den mest direkte diskrimineringen foregår innen områder hvor ikke-diskriminering er vernet i lov, som innen arbeidslivet.³³⁴ Det er derfor et særlig behov for effektiv gjennomføring av diskrimineringsvernet. Viktigere er at frykten for negative reaksjoner, herunder diskriminering ved ansettelse, fører til at mange homofile foretrekker å skjule sin seksuelle orientering på arbeidsplassen, fremfor å stå frem åpent.³³⁵ Det er imidlertid ønskelig fra samfunnets side at så mange som mulig står frem åpent, både av hensyn til deres egen trivsel og for den positive effekten det kan ha på normalisering av forholdet mellom heterofile og LHBT-personer. Ikke bare kan den motiverende effekten av voldgiftsdommen, som beskrevet over, gi LHBT-personer ytterligere

³³⁴ NOU 2009: 14, s. 133.

³³⁵ St.meld. nr. 25 (2000–2001), punkt 9.3.

re grunn til å holde sin seksuelle orientering skjult, men domstolenes aksept av en slik dom kan også gi en uheldig signaleffekt med tilsvarende virkning.

Jeg mener derfor at hensynet til prevensjon bør tillegges vekt. Det er vanskelig å si noe mer nøyaktig om hvor stor motiverende effekt voldgiftsdommen i typetilfellet innebærer, men jeg mener at voldgiftsdommen i det minste innebærer et betydelig potensiale for å motivere arbeidsgivere i fremtidige saker til å gjennomføre diskrimineringen i tilsvarende fremtidige avtaleforhold. Ugyldighet vil være den mest effektive måten å forhindre at slike avtaler gjennomføres og inngås.³³⁶

4.2.4.4 Hensyn til partenes forhold

Avhengig av omstendighetene i den konkrete sak, kan det tenkes at partenes individuelle forhold kan få en viss betydning.³³⁷ Utgangspunktet bør likevel være at hensynet til avtalepartenes interesser har liten vekt. Det er for eksempel ikke noen grunn til å tro at den erstatningspliktiges interesse er noe mer beskyttelsesverdig enn den erstatningsberettigedes. Den erstatningspliktige har med vitende vilje inngått en avtale, for så å nekte å oppfylle den. I en sak som den foreliggende, anvendes ikke ordre public-unntaket for å beskytte noen av partene. Det anvendes derimot fordi domstolene er uvillige til å bistå en part som begrunner sitt krav i en ulovlig eller umoralsk forpliktelse, eller fordi voldgiftsdommens virkning ellers kan være i strid med offentlige eller tredjeperson sine interesser.³³⁸

Det kan likevel ikke utelukkes at partenes forhold kan ha betydning i konkrete tilfeller. Pacta sunt servanda, at avtaler skal holdes, er et hensyn som i utgangspunktet taler mot at voldgiftsdommen kjennes ugyldig. I dette typetilfellet har partene imidlertid inngått en avtale om å gjennomføre diskriminering som er ulovlig i Norge. Som vist i punkt 4.2.2 er voldgiftsdommen, og avtalen, uetisk. Det er da mindre grunn til å legge vekt på hensynet til pacta sunt servanda. Investoren har ingen beskyttelsesverdig interesse i å beholde sin fordel av den uetiske avtalen gjennom erstatningskravet, selv om det heller ikke er noen grunn til å berømme virksomhetseieren som tross alt gikk med på avtalen.

³³⁶ Rt-2004-1582, avsnitt 36, selv om man som førstvoterende siterer fra lagmannsrettens dom «ikke bør ha for store forventninger om hva som kan oppnås».

³³⁷ Hauge 2009, s. 427. Se for eksempel dommen i Rt-2004-1582, avsnitt 39, hvor førstvoterende legger vekt på at det var selger som hadde størst interesse i å inngå den ulovlige avtalen og at han ikke hadde noen beskyttelsesverdig interesse i å beholde fordelene.

³³⁸ Lee 1998, s. 11. Resonnementet hans er riktignok knyttet til restitusjon, men jeg ser ingen god grunn til å se på dette annerledes ved spørsmål om erstatning. Se tilsvarende i *Soleimany v Soleimany* [1998] EWCA Civ 285, 19. februar 1998, avsnitt 49.

4.2.4.5 Konklusjon

Ordre public-unntaket skal bare anvendes i ekstreme unntakstilfeller. Det kreves at voldgiftsdommen er kvalifisert i strid med prinsippet om ikke-diskriminering. Hensynene som taler for å kjenne voldgiftsdommen ugyldig må veie tyngre enn hensynene som taler for å opprettholde voldgiftsdommen.

Å kjenne voldgiftsdommen ugyldig kan bidra til å skape usikkerhet om voldgiftsordningens effektivitet. Hensynet til en effektiv voldgiftsordning, som forutsetter forutberegnelighet, taler derfor mot at voldgiftsdommen kjennes ugyldig. Hensynet til *pacta sunt servanda* er det derimot mindre grunn til å legge vekt på.

Den motiverende effekten av voldgiftsdommen i dette typetilfellet er i strid med prinsippet om ikke-diskriminering. Å kjenne voldgiftsdommen ugyldig er den mest effektive måten å forhindre at diskrimineringsvernet blir svekket. Voldgiftsdommen bygger videre på en umoralsk avtale, som domstolene har grunn til å vegre seg fra å ha noen befatning med.

Hvorvidt dette innebærer at voldgiftsdommen er i strid med ordre public er usikkert. I Rt-2004-1582 var det umoralske elementet mer fremtredende, da avtalen i den saken «forplikte[t] partene til å begå en alvorlig forbrytelse». Avtalen i dette typetilfellet innebærer ikke noen forpliktelse til å foreta en forbrytelse. Jeg mener likevel at det er gode grunner som taler for at denne voldgiftsdommen bør settes til side. Diskriminering er umoralsk, en avtale om å diskriminere er umoralsk, og en voldgiftsdom som tilkjenner erstatning på grunn av en slik avtale innebærer en anerkjennelse av den umoralske avtalen og forpliktelsen. Selv om rekkevidden av en motiverende effekt er vanskelig å kvantifisere, mener jeg likevel at den er betydelig nok til at det taler for å kjenne voldgiftsdommen ugyldig.

Min vurdering er derfor at voldgiftsdommen i typetilfellet er i tilstrekkelig grad i strid med det grunnleggende prinsippet om ikke-diskriminering, til at det er riktig å si at den er «støtende på rettsordenen». Voldgiftsdommen skal kjennes ugyldig, jf. voldgiftsloven § 46 andre ledd bokstav b.

4.3 Stillingsvern

4.3.1 Typetilfelle

Vi kan se for oss at eieren av en norsk virksomhet er i forhandlinger med en amerikansk kjøper om virksomhetsoverdragelse.³³⁹ Virksomheten er lokalisert i Norge, og alle ansatte har

³³⁹ Typetilfellet er konstruert ut i fra et eksempel presentert i *Cordero-Moss* 2014, punkt 4.4.3.2.

arbeidssted i Norge. Kjøperen stiller som forutsetning for kjøpet krav om at eieren må si opp en tredjedel av sine ansatte.³⁴⁰ Eieren godtar dette og de avtaler at en tredjedel av de ansatte skal være sagt opp innen en viss dato, hvoretter kjøperen overtar virksomheten for en viss sum. Begrunnelsen for oppsigelsene er altså utelukkende knyttet til virksomhetsoverdragelsen. De velger samtidig at amerikansk rett fra staten Georgia skal regulere avtalen og at en norsk voldgiftsdomstol skal avgjøre alle konflikter som måtte oppstå knyttet til avtalen.

I amerikansk rett kan en arbeidsgiver i utgangspunktet si opp arbeidstakere når som helst, for hvilken som helst grunn eller uten noen grunn, uten varsel eller drøfting. Dette omtales vanligvis som «employment at will».³⁴¹ Det finnes enkelte unntak fra dette utgangspunktet og omfanget av unntakene varierer fra stat til stat. I Georgia er «employment at will» lovfestet i Georgia Code, Labor and Industrial Relations, Title 34, Section 34-7-1 med følgende formulering: «An indefinite hiring may be terminated at will by either party».³⁴²

Eieren velger likevel ikke å gjennomføre de avtalte oppsigelsene. Kjøperen reiser derfor sak for voldgiftsdomstolen med krav om erstatning for mislighold. Voldgiftsdomstolen vurderer saken ut i fra partenes valgte rett og etter «employment at will»-doktrinen i Georgia er slike oppsigelser lovlige. Voldgiftsdomstolen konstaterer mislighold og pålegger eieren et betydelig erstatningsansvar. Eieren nekter å akseptere resultatet og reiser søksmål for tingretten med påstand at voldgiftsdommen kjennes ugyldig. Spørsmålet etter dette er om voldgiftsdommen «virker støtende på rettsordenen», jf. voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav b, altså om den er i strid med ordre public.

4.3.2 Forskjell i resultat

Virksomhetsoverdragelse «er ikke *i seg selv* grunn for oppsigelse» (min kursivering), jf. arbeidsmiljøloven § 16-4 (1). Oppsigelser foretatt før virksomhetsoverdragelsen, men som utelukkende er begrunnet i den nye eierens behov, rammes av dette.³⁴³ Formålet med reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 16 er å forhindre at arbeidstakers rettigheter blir svekket av virksomhetsoverdragelse.³⁴⁴ Forbudet mot oppsigelser som utelukkende er begrunnet i virksomhetsoverdragelsen, jf. arbeidsmiljøloven § 16-4, er nødvendig for at dette vernet skal bli reelt. Bestemmelsen gjennomfører art. 4 i direktiv 2001/23/EC i norsk rett.³⁴⁵ Direktiver skal gjen-

³⁴⁰ De kan innebære en betydelig fordel for en kjøper å slippe å selv måtte gjennomføre krevende nedbemanningstiltak etter overdragelsen, jf. blant annet arbeidsmiljøloven § 15-7 om krav til saklig grunn for oppsigelse. Se *Storeng m.fl.* 2014, s. 512–513 og *Fougner m.fl.* 2013, s. 1017.

³⁴¹ *Goldman* 1996, s. 63–64 og *Summers* 2000, s. 65.

³⁴² Se <http://law.onecle.com/georgia/34/34-7-1.html> (sist besøkt 22. mai 2014).

³⁴³ *Fougner m.fl.* 2011, s. 197.

³⁴⁴ *Holo* 2013, s. 890.

³⁴⁵ Rådsdirektiv 2001/23/EC av 12. mars 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses. Den nærmere bakgrunnen for gjennomføringen i norsk rett er beskrevet i *Jakhelln* 2006, s. 498-499 og *Holo* 2013, s. 891.

nomføres på en måte som sikrer at formålet som ligger til grunn for dem blir ivaretatt. Formålene bak direktivet må derfor tillegges vekt ved tolkningen av arbeidsmiljøloven § 16-4.³⁴⁶ Hensikten med direktivet er dels å sikre at arbeidstakernes rettigheter blir ivaretatt og dels å forhindre nasjonale ulikheter som kan hindre effektiv gjennomføring av det indre marked.³⁴⁷ Direktivet sikter ikke å innføre et felles minimumsvern for arbeidstakerne, men derimot å sikre at det vernet som gjelder for arbeidstakere ellers i landet også skal gjelde likt når virksomhet overdras.³⁴⁸ Arbeidsmiljøloven § 16-4 må følgelig ses i sammenheng med arbeidsmiljøloven § 15-7, som krever at oppsigelse skal være «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold».³⁴⁹ Det avgjørende vil altså være om arbeidsgiver kan påvise et annet grunnlag for oppsigelsen enn virksomhetsoverdragelsen.³⁵⁰

Grunnlaget for de avtalte oppsigelsene ville utelukkende vært virksomhetsoverdragelsen. Saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 ville derfor ikke vært oppfylt. Det følger av arbeidsmiljøloven § 15-12 at usaklige oppsigelser er ugyldige. Dermed er oppsigelsene som er beskrevet i avtalen ulovlige å gjennomføre etter norsk rett.³⁵¹ I henhold til det som er sagt om ugyldighet av ulovlige avtaler i punkt 4.1 over, forutsettes det at avtalen er ugyldig etter norsk rett. Resultatet i voldgiftsdommen avviker da klart fra hvordan resultatet i saken ville blitt hvis den ble avgjort på bakgrunn av norsk rett, av en norsk domstol.

4.3.3 Betydningen av den norske regelen

4.3.3.1 Identifikasjon av relevant regel

Regler om stillingsvern har stor betydning i norsk rett. Som Jakhelln formulerer det, er regler «som knytter seg til arbeidstakernes vern mot usaklig oppsigelse og uberettiget avskjed ... blant de grunnleggende regler innen arbeidsretten».³⁵² Ifølge Mo og Lolleng sitt eksempel kan en voldgiftsdom som er i strid med norske «regler om oppsigelsesvern» potensielt være i strid med ordre public.³⁵³ I internasjonal sammenheng nevner også Franzen stillingsvern. Overført til voldgift innebærer hans eksempel at en voldgiftsdom som fører til «insufficient protection against dismissal» kan være i strid med ordre public, avhengig av den nærmere vektleggingen av vern mot oppsigelse i det aktuelle rettssystemet.³⁵⁴ Verken Mo og Lolleng eller Franzen

³⁴⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 68.

³⁴⁷ Jakhelln 2006, s. 498, Næss 2013, s. 13 og Holo 2013, s. 893–894.

³⁴⁸ Holo 2013, s. 895–896 og Nielsen 2013, s. 433–434.

³⁴⁹ Jakhelln 2006, s. 521 og Storeng m.fl. 2014, s. 565.

³⁵⁰ Sundet 2013, s. 1015–1016.

³⁵¹ Storeng m.fl. 2014, s. 607.

³⁵² Jakhelln 2006, s. 416 og tilsvarende i Fougner 2013c, s. 792.

³⁵³ Mo og Lolleng 2001, s. 75–76.

³⁵⁴ Franzen 2007, s. 232.

viser til rettskilder som støtter opp om deres eksempler. Jeg mener likevel at Franzens formulering er treffende. Den viser til at samfunnet og rettssystemet muligens krever et visst minimum av stillingsvern, og at inngrep i denne minstestandarden ikke kan aksepteres.

Ifølge forarbeidene skal arbeidsmiljølovens formålsparagraf speile viktige sider ved loven og slå fast sentrale prinsipper loven bygger på.³⁵⁵ Etter arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav b er et av formålene med loven «å sikre trygge ansettelsesforhold» i arbeidslivet. Denne formålsformuleringen er i hovedsak uendret siden arbeidsmiljøloven av 1977, til tross for store endringer i loven ellers, og har vist seg å være robust.³⁵⁶ Den er ment å gi uttrykk for hovedformålet bak stillingsvernet.³⁵⁷ Jeg mener derfor det er naturlig å ta utgangspunkt i formålet om «trygge ansettelsesforhold» som minstestandard. Spørsmålet er så om trygge ansettelsesforhold er et grunnleggende prinsipp i norsk rett, og eventuelt hva som omfattes av dette prinsippet.

For å undersøke betydningen av trygge ansettelsesforhold i norsk rett vil det være nyttig å se på reglene som er skal gjennomføre prinsippet. Stillingsvernet er hovedsakelig regulert i arbeidsmiljøloven kapittel 15 og 16. Reglene om drøfting, informasjon, frister, form, m.m. ved oppsigelse i arbeidsmiljøloven kapittel 15 er viktige for å effektivisere stillingsvernet.³⁵⁸ Oppsigelsesfrister sikrer for eksempel at arbeidstakere som blir oppsagt får tid til å lete etter ny jobb før oppsigelsen får virkning, slik at samfunnet, og arbeidstakeren selv, i størst mulig grad unngår de uheldige effektene av lediggang. Den sentrale bestemmelsen om stillingsvern er imidlertid saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7,³⁵⁹ og det er innholdet i (og virkningen av) dette saklighetskravet som gir størst grunnlag for å si noe om betydningen av trygge ansettelsesforhold.

4.3.3.2 Saklighet i vid forstand

Arbeidsgiver må ha saklig grunn for å gå til oppsigelse, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Fougner omtaler dette som et «grunnleggende vilkår» i arbeidsretten.³⁶⁰ Kjernen i bestemmelsen er kravet om at oppsigelsen må være saklig begrunnet i «virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold», jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 (1).³⁶¹ Det innebærer at det må foretas en skjønnsmessig avveining av virksomhetens behov for oppsigelse og arbeidstakerens behov for

³⁵⁵ NOU 2004: 5, s. 140.

³⁵⁶ NOU 2004: 5, s. 140.

³⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 70.

³⁵⁸ *Jakhelln* 2006, s. 420.

³⁵⁹ *Jakhelln* 2006, s. 416 og tilsvarende i *Fougner* 2013c, s. 792.

³⁶⁰ *Fougner m.fl.* 2011, s. 246

³⁶¹ *Fougner* 2013c, s. 792.

å beholde arbeidet.³⁶² Denne interesseavveiningen er uttrykkelig lovfestet for oppsigelser be-
grunnet i arbeidsgivers forhold, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 (2), men det følger av rettspraksis
at interesseavveiningen også må foretas ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold.³⁶³

Arbeidsmiljøloven § 15-7 er ufravikelig til arbeidstakers ugunst, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9.
Om en regel er fravikelig eller ufravikelig kan gi indikasjoner om dens betydning for rettssys-
temet.³⁶⁴ At arbeidsmiljøloven § 15-7 er ufravikelig tyder på at den er ansett som en særlig
viktig regel av lovgiver, og videre at formålet med regelen (trygge ansettelsesforhold) er an-
sett som særlig viktig. Hvorvidt en regel er internasjonalt preseptorisk kan gi ytterligere in-
dikasjoner om regelens vekt. Dommen i Rt-1985-1319 er i juridisk litteratur tatt til inntekt for
at arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern er internasjonalt preseptoriske.³⁶⁵ Hjort og Cord-
ero-Moss sine redegjørelser viser imidlertid at dette er å tolke dommen for vidt – dommen kan
på det meste tas til inntekt for at arbeidsmiljølovens regler om avskjed er internasjonalt pre-
septoriske.³⁶⁶ Jeg ser derfor ikke at dommen kan vektlegges i noen retning når det gjelder sak-
lighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 eller trygge ansettelsesforhold. Hvorvidt stillingsver-
net er internasjonalt preseptorisk er dermed usikkert, men Hjort skriver at «det er gode grun-
ner for å konkludere med at oppsigelsesreglene, og da særlig reglene om vern mot usaklig
oppsigelse og uberettiget avskjed, er internasjonalt ufravikelige».³⁶⁷

Saklighetskravet innebærer en høy terskel for å si opp ansatte. Bestemmelsen er en rettslig
standard, slik at hva som er saklig til enhver tid avhenger av gjeldende samfunnsforhold og vil
endre seg over tid.³⁶⁸ Vernet gjelder i utgangspunktet for alle arbeidstakere.³⁶⁹ Hensynene i
interesseavveiningen kan likevel slå ut forskjellig for ledere og alminnelige ansatte. Videre er
enkelte av reglene om stillingsvern gjort fravikelige for ledere, for eksempel arbeidsmiljølo-
ven § 15-16 som hjemler unntak fra enkelte bestemmelser i loven for «virksomhetens øverste
leder». Dette må ses i sammenheng med at hensynet til vern av den svakere part i avtalefor-
holdet er en sentral begrunnelse for stillingsvernet.

³⁶² Storeng *m.fl.* 2014, s. 511.

³⁶³ Rt-1992-1023 og Rt-2001-1589.

³⁶⁴ Meidell 2006, s. 327. Meidell påpeker at det er naturlig å ta utgangspunkt i om den aktuelle bestemmelsen er
preseptorisk eller deklarasorisk, uten at det er nok til å begrunne anvendelse av ordre public-unntaket.

³⁶⁵ Fanebust 2001, s. 19 og Mo og Lolleng 2001, s. 91–92.

³⁶⁶ Hjort 2009, s. 58–59 og Cordero-Moss 2013a, s. 141. Det kan også være verdt å merke seg at dommen
tidligere ble omtalt i Fougner 2006, s. 46, men er ikke å finne i den nyeste utgaven, Fougner 2013a.

³⁶⁷ Hjort 2009, s. 162. På s. 156 presiserer hun imidlertid at «[d]et er neppe grunnlag for å hevde at prinsippet i
[arbeidsmiljøloven] § 15-7 kan anses internasjonalt tvingende i enhver sammenheng».

³⁶⁸ Fougner 2013c, s. 793.

³⁶⁹ Fougner 2013c, s. 792–793.

Det følger av det som er sagt hittil at saklighetskravet er en viktig regel i norsk rett, og dette taler for at formålet om trygge ansettelsesforhold, som saklighetskravet verner, er et grunnleggende prinsipp i norsk rett.

4.3.3.3 Saklighet i snever forstand

Saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 omfatter også den mer snevre forståelsen av saklighet, som ellers anvendes i sammenheng med arbeidsgivers styringsrett og innen forvaltningsretten.³⁷⁰ Jeg velger å anvende uttrykket «det alminnelige saklighetsprinsipp» som betegnelse på denne mer snevre forståelsen av saklighet.³⁷¹

Jakhelln definerer styringsretten som «retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør».³⁷² Oppsigelse er altså en utøvelse av styringsretten, og oppsigelsesvernet er en begrensning av denne. Innholdet i det alminnelige saklighetsprinsippet gjelder likt ved oppsigelse som ved andre endringer i arbeidsforholdet, selv om hjemmelen ved oppsigelse formelt sett er arbeidsmiljøloven § 15-7 (som omfatter mer enn bare det alminnelige saklighetsprinsippet).³⁷³

Det alminnelige saklighetsprinsippet innebærer et krav om at beslutninger som kan ha inngripende følger for de som berøres må ha et forsvarlig grunnlag. Enten den knytter seg til oppsigelse for å avslutte arbeidsforholdet eller andre endringer i arbeidsforholdet, så kan en beslutning ikke aksepteres hvis den er begrunnet i utenforliggende hensyn, vilkårlighet eller hevngjerrighet.³⁷⁴ Jakhelln skriver at denne snevre forståelsen av saklighet «må i dag kunne karakteriseres som et generelt arbeidsrettslig prinsipp»³⁷⁵ og Fougner kommenterer at det er «en grunnleggende begrensning i arbeidsgivers styringsrett».³⁷⁶ Det alminnelige saklighetsprinsippet rammer typisk umoralske eller uetiske disposisjoner. Beslutninger med inngripende følger for andre som er begrunnet i utenforliggende hensyn, hevngjerrighet eller vilkårlighet strider mot den alminnelige rettsfølelse.

Det alminnelige saklighetsprinsippet er på samme tid både mer og mindre omfattende enn saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7. Forskjellen kan illustreres hvis man ser for seg en

³⁷⁰ Rt-2001-418, kommentert i *Fougner m.fl.* 2011, s. 246.

³⁷¹ Regelen omtales med forskjellige navn av forskjellige forfattere. *Jakhelln* 2006, s. 50 anvender for eksempel «det generelle saklighetskrav», mens førstvoterende i dommen i Rt-2001-418, s. 427–428 bruker uttrykket «den allmenne saklighetsnorm». *Fougner* 2007, s. 167 anvender «saklighetskravet» og «saklighetsprinsippet» i samme betydning. For å unngå sammenblanding anvender jeg konsekvent uttrykket «det alminnelige saklighetsprinsipp» om denne regelen og uttrykket «saklighetskravet» om regelen i arbeidsmiljøloven § 15-7.

³⁷² *Jakhelln* 2006, s. 48.

³⁷³ Se *Jakhelln* 2006, s. 48–64 og *Evju* 2010, s. 29–51 for en generell redegjørelse for arbeidsgivers styringsrett.

³⁷⁴ Rt-2001-418, s. 427. og *Jakhelln* 2006, s. 50.

³⁷⁵ *Jakhelln* 2006, s. 50.

³⁷⁶ *Fougner* 2007, s. 167.

oppsigelse begrunnet i et ønske om å øke overskuddet i en virksomhet ytterligere. En slik begrunnelse oppfylder definisjonen av saklighet i det alminnelige saklighetsprinsippet.³⁷⁷ Avhengig av blant annet interesseavveiningen i den konkrete saken, kan begrunnelsen derimot potensielt være usaklig etter saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7.³⁷⁸

Rettspraksis fra Høyesterett og Arbeidsretten viser at det alminnelige saklighetsprinsippet anvendes tilsvarende innen arbeidsretten og forvaltningsretten, noe som illustrerer den allmenne betydningen av prinsippet.³⁷⁹ Også våre nærmeste naboland har lignende regler, selv om Fougner i sin gjennomgang av dansk og svensk rettspraksis viser at deres alminnelige saklighetsprinsipp går noe videre enn det norske.³⁸⁰ I den sammenheng kan ILO-konvensjon nr. 158 om oppsigelse av arbeidsforhold nevnes.³⁸¹ Den slår fast at arbeidstaker ikke kan sies opp «unless there is a valid reason for such termination», jf. art. 4.³⁸² Norge har ikke tiltrådt konvensjonen, men den er ratifisert av 36 andre land, noe som viser at prinsippet har en viss anerkjennelse ellers i verden.³⁸³ En tilsvarende regel følger av art. 24 i Den reviderte europeiske sosialpakt (RESC), som stadfester en generell rett til «protection in cases of termination of employment». Videre forpliktes medlemslandene til å anerkjenne «the right of all workers not to have their employment terminated without valid reasons for such termination connected with their capacity or conduct or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service».

Selv i amerikansk rett – som er blant rettssystemene med svakest oppsigelsesvern, jf. «employment at will»-doktrinen – finnes det unntak fra arbeidsgivers styringsrett,³⁸⁴ og disse svarer mer eller mindre til det alminnelige saklighetsprinsippet i norsk rett. Graden av vern varierer mellom statene. Noen stater (blant annet Georgia) anerkjenner ikke unntakene i det hele tatt. De fleste statene anerkjenner likevel unntak for «public policy» og en «implied-contract exception», og et mindretall av statene anvender unntak for «good faith and fair

³⁷⁷ Se likevel *Evju* 2010, s. 42–44 som reiser spørsmål om det alminnelig saklighetsprinsippet også omfatter en interesseavveining.

³⁷⁸ *Storeng m.fl.* 2014, s. 513–514.

³⁷⁹ *Fougner* 2007, s. 167–171.

³⁸⁰ *Fougner* 2007, s. 171–176.

³⁸¹ ILO Convention No. 158, Termination of Employment Convention, 1982, tilgjengelig gjennom http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158 (sist besøkt 22. mai 2014).

³⁸² *Nielsen* 2013, s. 419–420.

³⁸³ En liste over ratifikasjoner av konvensjonen er tilgjengelig gjennom http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303:NO (sist besøkt 22. mai 2014).

³⁸⁴ *Fougner* 2007, s. 120.

dealing».³⁸⁵ Unntakene for «public policy» og «good faith and fair dealing» svarer til en viss grad til det alminnelige saklighetsprinsippet i norsk rett.³⁸⁶

Det ovenstående illustrerer for det første at det alminnelige saklighetsprinsippet har bred anerkjennelse og for det andre at det er likhetstrekk mellom det alminnelige saklighetsprinsippet og ordre public-unntaket. Visse grunnlag for arbeidsgivers beslutninger er så utålelige at rettssystemet ikke kan akseptere dem, selv om det i utgangspunktet er innenfor arbeidsgivers styringsrett å ta slike beslutninger. Som eksempel kan nevnes avgjørelsen fra den amerikanske Eighth Circuit Court of Appeals i *Lucas v. Brown & Root, Inc.*, hvor domstolen konkluderte at oppsigelse av en arbeidstaker fordi hun nektet å ha sex med en arbeidsleder var i strid med «public policy».³⁸⁷ Resultatet ville utvilsomt blitt det samme hvis en slik oppsigelse ble bedømt etter det alminnelige saklighetsprinsippet i Norge.

4.3.3.4 EU ordre public

Ifølge art. 30 EUCFR, har alle arbeidstakere en «right to protection against unjustified dismissal». Dette skulle i utgangspunktet indikere at en viss grad av stillingsvern er EU ordre public. Bestemmelsen lar imidlertid det nærmere innholdet i dette vernet være opp til «Community law and national laws and practices». Det kan derfor være usikkert hva bestemmelsen egentlig innebærer.

Menéndez skriver i den sammenheng at retten til beskyttelse mot «unjustified dismissal» er av en «dubious fundamental nature».³⁸⁸ Ifølge han kan passusen «in accordance with Community law and national laws and practices» innebære at art. 30 EUCFR ikke medfører noen begrensning på nasjonale lovgivere utover det som allerede følger av deres egne konstitusjonelle regelverk.³⁸⁹ Kenner tillegger derimot passusen mindre betydning når han skriver at «[t]he extent of which this restricts the scope of Article 30 is doubtful».³⁹⁰

For å vurdere innholdet i art. 30 EUCFR, kan det være nyttig å se på bestemmelsens kilder i internasjonal rett. Kenner nevner rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol,

³⁸⁵ I 2001 anvendte 43 av 50 stater unntak for «public policy», 38 for «implied-contract» og 11 for «good faith and fair dealing», jf. *Muhl* 2001, s. 4.

³⁸⁶ I tillegg kommer føderale statutter som forbyr blant annet diskriminering på grunn av kjønn og fagforeningsmedlemskap, herunder som grunnlag for oppsigelse. Se *Muhl* 2001, s. 4–11 og *Summers* 2000, s. 70–84 for en gjennomgang av de forskjellige unntakene og deres rekkevidde.

³⁸⁷ *Lucas v. Brown & Root, Inc.*, 736 F.2d 1202, U.S. Court of Appeals, 8th Cir., 1984. Dommen er omtalt i *Summers* 2000, s. 74 note 50.

³⁸⁸ *Menéndez* 2003, s. 9 tabell 2, jf. s. 4.

³⁸⁹ *Menéndez* 2003, s. 5–7.

³⁹⁰ *Kenner* 2014, s. 807.

FN-traktater, ILO-konvensjoner og Europaråd-traktater.³⁹¹ I og med at art. 30 EUCFR er basert på den ovenfor siterte art. 24 RESC, som igjen er basert på ILO-anbefalinger og konvensjoner, er det grunn til å legge særlig vekt på disse kildene.³⁹² Kjernen i art. 24 RESC er kravet om gyldig grunn («valid reason») for oppsigelse.³⁹³ Hvis art. 30 EUCFR skal ha noen selvstendig betydning, må den i det minste innebære et krav om gyldig grunn, og ifølge Bruun er det tilfellet.³⁹⁴ Hvilke grunner som anses som gyldige avhenger av EU-retten og nasjonale regler, men som et minimum må dette innebære et tilsvarende krav til begrunnelsen som det alminnelige saklighetsprinsippet i norsk rett. Utover dette følger det for eksempel av art. 4 i direktiv 2001/23/EC at overføring av virksomhet ikke er gyldig grunn for oppsigelse.³⁹⁵

Betydningen av art. 30 EUCFR de lege lata er likevel usikker. Inntil det kommer en avklaring fra EU-domstolen er det vanskelig å si med noe sikkerhet om vern mot «unjustified dismissal» er EU ordre public, og enda mindre om hva dette vernet faktisk innebærer.³⁹⁶

4.3.3.5 Trygge ansettelsesforhold

Fremstillingen hittil har vist at det underliggende prinsippet om trygge ansettelsesforhold vernes av regler som er tillagt stor vekt i norsk, utenlandsk og internasjonal rett, selv om uklarhetene i EU- og EØS-retten kan trekke i motsatt retning. Alt i alt mener jeg at det ovenstående taler for at trygge ansettelsesforhold er et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Det avgjørende må likevel være om prinsippet verner interesser som er så tungtveiende at inngrep i det ikke kan aksepteres.

Stillingsvernet er begrunnet i det særlige behovet for vern av arbeidstaker som den svakere part i kontraktsforholdet.³⁹⁷ Forskjellen i forhandlingsposisjon mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er en av hovedgrunnene til at den individuelle arbeidsretten i stor grad preges av ufravelige regler.³⁹⁸ Selv om det naturligvis forekommer tilfeller hvor arbeidstaker holder de sterkeste kortene, eller hvor partene er jevnbyrdige, og selv om det kan argumenteres for at forholdene i dagens arbeidsliv er mer balanserte enn tidligere,³⁹⁹ er det i norsk rett fortsatt slik at arbeidstaker i utgangspunktet anses som den svakere part.⁴⁰⁰

³⁹¹ Kenner 2014, s. 814–817.

³⁹² Kenner 2014, s. 816–817 og Bruun 2006, s. 341.

³⁹³ Kenner 2014, s. 817 og 819.

³⁹⁴ Bruun 2006, s. 352 og 354.

³⁹⁵ Bruun 2006, s. 346.

³⁹⁶ Kenner 2014, s. 832.

³⁹⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975–76), s. 13.

³⁹⁸ Jakhelln 2006, s. 131.

³⁹⁹ Fanebust 2013, s. 17–18. Fougner 2007, s. 326–328.

⁴⁰⁰ Evju 2010, s. 30–33 og Storeng m.fl. 2014, s. 44.

Arbeidsmiljøloven kapittel 15, herunder saklighetskravet, er imidlertid unntatt fra straffansvaret i arbeidsmiljøloven, jf. § 19-1 fjerde ledd.⁴⁰¹ Det er altså ikke straffbart å bryte stillingsvernsregler, i motsetning til for eksempel regler om helse, miljø og sikkerhet i arbeidsmiljøloven kapittel 4 til 7. Dette har sammenheng med at stillingsvernsreglene er av privatrettslig art.⁴⁰² Det er opp til arbeidstakeren selv å kreve sin rett hvis han blir rammet av en usaklig oppsigelse, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12. Det er heller ingen offentlig myndighet som fører tilsyn med oppsigelser, i motsetning til for eksempel brudd på arbeidsmiljølovens regler om helse- miljø og sikkerhet, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6.

Trygge ansettelsesforhold har likevel stor betydning ikke bare for de individuelle arbeidstakerne, men også for samfunnet i sin helhet. Effekten av de økonomiske, sosiale og psykiske konsekvensene stillingsvernet forsøker å forhindre innebærer potensielt store byrder for samfunnet. Selv om stillingsvernet er av privatrettslig art, og ikke håndheves av det offentlige, så har det offentlige likevel en interesse i at reglene blir overholdt.

Arbeidsmiljølovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold bør ses i sammenheng med Grunnloven § 110, som gir uttrykk for at det å ha et arbeid og en inntektsmulighet er en særlig beskyttelsesverdig interesse.⁴⁰³ Denne bestemmelsen tjener som symbolsk uttrykk for beskyttelsen som er gjennomført i blant annet arbeidsmiljøloven.⁴⁰⁴ Tilsvarende følger det av ØSK art. 6 at staten plikter å anerkjenne «the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right».⁴⁰⁵ Også Verdenserklæringen art. 23 stadfester en rett til arbeid – «[e]veryone has the right to work ... and to protection against unemployment».⁴⁰⁶

I 2012 leverte Lønning-utvalget sin rapport om styrking av grunnlovens menneskerettighetsvern til Stortingets presidentskap. Rapporten foreslår blant annet konkrete endringer i Grunnloven § 110 for å sikre individuelle rettigheter, i motsetning til dens nåværende form som politisk programerklæring. Noen rett til trygge ansettelsesforhold er imidlertid ikke foreslått inkludert i Grunnlovsvernet. Under drøftelsen av rett til rettferdige og gode arbeidsforhold nevner rapporten at arbeidsmiljølovens formål etter § 1-1 blant annet er å sikre «gode og trygge

⁴⁰¹ Straffeloven § 410 hjemler straff for urettmessig avskjedigelse av arbeidstaker, men omfatter ikke oppsigelse. Bestemmelsen har liten betydning i praksis og er ikke videreført i straffeloven 2005 (ikke trådt i kraft per i dag). Reglene om informasjon om masseoppsigelse i arbeidsmiljøloven § 15-2 og attest i arbeidsmiljøloven § 15-15 er imidlertid ikke unntatt, se *Fougner* 2013b, s. 748.

⁴⁰² *Fougner* 2013, s. 747b.

⁴⁰³ *Johansen* 2011, s. 969.

⁴⁰⁴ *Fougner m.fl.* 2011, s. 23.

⁴⁰⁵ *Fougner m.fl.* 2011, s. 23–24.

⁴⁰⁶ The Universal Declaration of Human Rights av 1948, tilgjengelig gjennom <http://www.un.org/en/documents/udhr/> (sist besøkt 22. mai 2014).

arbeidsforhold». ⁴⁰⁷ Det er uklart hva utvalget viser til med dette, da den påfølgende drøftelsen handler om helse-, miljø- og sikkerhetstiltak og diskrimineringsvern. Rapportens forslag til reform av Grunnloven har inntil videre ikke blitt tatt til følge av Stortinget. ⁴⁰⁸

Verken Grunnloven § 110, ØSK art. 6 eller Verdenserklæringen art. 23 gir individuelle rettigheter. ⁴⁰⁹ Retten til arbeid kan ikke tolkes som en absolutt rett til å få jobb eller til ikke å miste en jobb man allerede har. ⁴¹⁰ Retten til arbeid handler derimot dels om å etablere et sikkerhetsnett og dels om full sysselsetting som politisk målsetting. ⁴¹¹ Stillingsvern er en form for sikkerhetsnett. I den sammenheng følger det av preambelet til ILO-konvensjon nr. 168 at arbeid og ansettelse er av stor betydning i ethvert samfunn, ikke bare på grunn av ressursene de skaper for fellesskapet, men også «because of the income which they bring to workers, the social role which they confer and the feeling of self-esteem which workers derive from them». ⁴¹²

En sikker arbeidsplass gir tilgang til et viktig og nødvendig sosialt fellesskap. De psykiske virkningene av lediggang kan bli betydelige og et ufrivillig skifte av arbeidsplass kan gi praktiske og menneskelige problemer for arbeidstaker selv og hans nærmeste familie. ⁴¹³ Vern mot oppsigelse er derfor av stor betydning for de som måtte bli rammet av urettmessige oppsigelser. Som førstvoterende i dommen i Rt-1980-52 formulerte det, vil retten til arbeid «både etter forholdene i dag og etter den utvikling som kan ventes, være av den største betydning for den enkelte» og videre at «[r]ettssaker om oppsigelse og avskjed vil for de mennesker sakene angår, være av større betydning enn svært mange tvister om formuesgoder». ⁴¹⁴

Selv om graden av vern varierer fra land til land, er hensynene som er gjennomgått ovenfor i stor grad anerkjent internasjonalt. Fanebust viser for eksempel at Danmark, Sverige, Finland, Tyskland og Storbritannia, alle har en eller annen form for stillingsvern. Selv USA, som i utgangspunktet anser arbeid som en vare lik alle andre varer, har et visst stillingsvern i de fleste stater. ⁴¹⁵ Dette tyder på at det er allment anerkjent at det er nødvendig med et visst minimum av vern.

⁴⁰⁷ Dokument 16 (2011–2012), s. 229.

⁴⁰⁸ Dokument 16 (2011–2012), s. 227–234.

⁴⁰⁹ *Fliflet* 2014, note 261 og og *Høstmælingen* 2012, s. 299–300.

⁴¹⁰ *Høstmælingen* 2012, s. 299.

⁴¹¹ *Høstmælingen* 2012, s. 300.

⁴¹² ILO Convention No. 168, Employment Promotion and Protection against Unemployment Convention, 1988, tilgjengelig gjennom http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C168 (sist besøkt 22. mai 2014).

⁴¹³ *Fanebust* 2001, s. 38.

⁴¹⁴ Rt-1980-52, s. 58–59, også gjengitt i *Fougner m.fl.* 2003, s. 23.

⁴¹⁵ *Muhl* 2001, s. 4.

4.3.3.6 Konklusjon

Jeg mener at den store betydningen av de individuelle og samfunnsmessige interessene stillingsvernet beskytter, taler avgjørende for at trygge ansettelsesforhold bør anses som et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Oppsigelse og avskjed er dramatisk for de som rammes. De drastisk negative konsekvensene det kan få for enkeltmennesker og samfunnet hvis arbeidstaker ikke til en viss grad vernes mot tap av stilling bør unngås. Disse hensynene er så tungtveiende at det kan tenkes at hensynet til voldgiftsdommens effektivitet må vike for hensynet til beskyttelse av arbeidstaker mot den personlige ulykke ubegrunnet tap av stilling kan medføre. Dette synet støttes av at prinsippet om trygge ansettelsesforhold har et sterkt vern i norsk rett gjennom krav til saklig grunn for oppsigelse, som særlig i snever forstand har tilsvarende vern internasjonalt og er anerkjent i internasjonale konvensjoner. Min konklusjon er derfor at trygge ansettelsesforhold er et grunnleggende prinsipp i norsk rett.

Det nærmere innholdet i dette prinsippet er derimot usikkert. I utgangspunktet mener jeg at det ikke er grunn til å skille mellom de forskjellige reglene om stillingsvern i arbeidsmiljøloven kapittel 15 og 16. Spørsmålet om trygge ansettelsesforhold bør i stedet bero på en helhetsvurdering, hvor det kan legges vekt på hvilken regel som er brutt, hvor grovt bruddet er, herunder om det foreligger brudd på flere regler, og hvilken betydning bruddet hadde for arbeidstaker. Det avgjørende bør være om voldgiftsdommens virkning totalt sett innebærer et inngrep i prinsippet om trygge ansettelsesforhold – eller, sagt på en annen måte, om voldgiftsdommens virkning fører til utrygge ansettelsesforhold. Enkelte regler om stillingsvern er imidlertid viktigere enn andre. Antageligvis vil det være brudd på en sentral regel som saklighetskravet, eller brudd på flere bestemmelser i konkurranseloven, som kan tenkes å føre til utrygge ansettelsesforhold. Brudd på mindre sentrale enkeltregler, som arbeidsmiljøloven § 15-4 om formkrav ved oppsigelse, vil derimot vanskelig kunne medføre tilstrekkelige inngrep i stillingsvernet til at det kan bli aktuelt å anvende ordre public-unntaket.⁴¹⁶

4.3.4 Voldgiftsdommens virkning

4.3.4.1 Utgangspunkt

Det avgjørende spørsmål vil deretter være om voldgiftsdommen kan sies å være i strid med prinsippet om trygge ansettelsesforhold i stor nok grad til at det kan begrunne en tilsidesettelse av hensynene som ligger til grunn for voldgift. Voldgiftsdommen i typetilfellet går ut på erstatning mellom partene. Dette har i utgangspunktet ingen betydning for arbeidsgiverens plikter overfor arbeidstaker. Voldgiftsdommen kan imidlertid ha implikasjoner utover det

⁴¹⁶ Krüger 1989, s. 894.

interne forholdet mellom partene som kan innebære at den er i strid med prinsippet om trygge ansettelsesforhold. Jeg tar utgangspunkt i spørsmålet om det er under domstolenes verdighet å beskjefte seg med saken, og om voldgiftsdommens motiverende effekt er så betydelig at å opprettholde den vil være i strid med prinsippet om trygge ansettelsesforhold.⁴¹⁷

4.3.4.2 *Domstolens verdighet*

Å inngå en ulovlig avtale er i utgangspunktet uetisk.⁴¹⁸ Det gjelder desto mer når avtalen går ut på å frata arbeidstaker sitt levebrød. En gjennomføring av avtalen ville ført at opptil flere arbeidstakere mistet jobben. En voldgiftsdom som tilkjenner erstatning på grunn av mislighold av en slik avtale er det grunn til å se på med skepsis.

Å gjennomføre avtalen er derimot ikke en alvorlig forbrytelse – det er ikke en forbrytelse i det hele tatt. Jeg vurderer det også slik at det umoralske elementet heller ikke er fullt så fremtredende som i typetilfellet om diskrimineringsvern over. Det er da tvilsomt om dette alene kan begrunne at voldgiftsdommen er støtende på rettsordenen.⁴¹⁹

4.3.4.3 *Prevensjon*

I utgangspunktet ligner situasjonen i dette typetilfellet på situasjonen i det forrige typetilfellet.⁴²⁰ En erstatningssum kan innebære et oppfyllellespress som kan være motiverende for å inngå og gjennomføre avtaler om urettmessige oppsigelser. Det foreligger imidlertid en viktig forskjell mellom dette typetilfellet og typetilfellet om diskriminering. Stillingsvernet er av privatrettslig art og håndheves ikke av det offentlige. Arbeidstaker må selv rette påstand til retten om å kjenne oppsigelsen ugyldig, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 (1) første punktum. Hvis han gjør det, og oppsigelsen er urettmessig, har arbeidstakeren krav på å bli gjeninnsatt i sin stilling, forutsatt at det ikke er «åpenbart urimelig», jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 (1) andre punktum.

Det er da vanskelig å se for seg at en slik voldgiftsdom på erstatning kan motivere arbeidsgivere i tilsvarende saker i fremtiden til å forsøke å gjennomføre avtalen. Sannsynligheten for at det vil kunne forbedre arbeidsgivers situasjon er lav. Arbeidsgiver må ta med i beregningen at det er en risiko for at arbeidstaker vil motsette seg en urettmessig oppsigelse. Forsøk på gjennomføring av avtalen kan da ikke bare føre til erstatningskrav fra arbeidstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 (2), men også til at arbeidstaker krever å få stå i stillingen, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 (1), med den følge at avtalen likevel ikke blir oppfylt. En rasjonell arbeidsgiver

⁴¹⁷ Se avhandlingens punkt 4.2.4.1 og 4.2.4.3.

⁴¹⁸ *Lee* 1998, s. 11–12.

⁴¹⁹ Rt-2004-1582, avsnitt 40.

⁴²⁰ Se avhandlingens punkt 4.2.4.3.

vil derfor ikke ha liten motivasjon til å forsøke å gjennomføre avtalen, uavhengig av om voldgiftsdommen er gyldig eller ikke.

Videre er det vanskelig å se at en eventuell motiverende effekt vil innebære noe betydningsfullt inngrep i prinsippet om trygge ansettelsesforhold. Arbeidstaker vil uansett kunne kreve sin stilling tilbake, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 (1), og kreve erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 (2). Hvis arbeidstakerne krever sin rett etter arbeidsmiljøloven § 15-12, er det derfor i realiteten umulig for arbeidsgiver å gjennomføre avtalen. Et argument mot dette er at en slik prosess er en stor påkjenning for arbeidstakerne. Det er påregnelig at enkelte heller aksepterer oppsigelsen, selv om den er urettmessig, for å unngå konflikt. Dette vil dermed innebære at arbeidsforholdene blir mindre trygge. Jeg mener at dette kun i begrenset grad kan tillegges vekt. Disse vanskene har lovgiver, ved å utforme bestemmelsen slik, konkludert at arbeidstaker må tåle.

4.3.4.4 Konklusjon

Ordre public-unntaket skal bare anvendes i ekstreme unntakstilfeller. Det kreves at voldgiftsdommen er kvalifisert i strid med prinsippet om ikke-diskriminering. Hensynene som taler for å kjenne voldgiftsdommen ugyldig må veie tyngre enn hensynene som taler for å opprettholde voldgiftsdommen.

Å kjenne voldgiftsdommen ugyldig kan bidra til å skape usikkerhet om voldgiftsordningens effektivitet. Hensynet til en effektiv voldgiftsordning, som forutsetter forutberegnelighet, taler mot at voldgiftsdommen kjennes ugyldig.

Selv om grunnlaget for erstatningskravet i voldgiftsdommen til en viss grad er umoralsk, og selv om voldgiftsdommens virkning kan ha enkelte uheldige konsekvenser for berørte arbeidstakere i fremtidige lignende saker, mener jeg at dette ikke er nok til å begrunne anvendelse av ordre public-unntaket. Jeg kan ikke se at denne voldgiftsdommen er kvalifisert i strid med prinsippet om trygge ansettelsesforhold. Verken de uetiske elementene eller den motiverende effekten av voldgiftsdommen veier tyngre enn hensynet til voldgiftsordningens effektivitet. Min konklusjon er derfor at voldgiftsdommen i dette typetilfellet ikke er støtende på rettsordenen, jf. voldgiftsloven § 46 andre ledd bokstav b, og den skal følgelig opprettholdes.

Dette utelukker likevel ikke at en annen voldgiftsdom på erstatning for mislighold av en avtale om å foreta urettmessige oppsigelser kan være i strid med ordre public – det vil avhenge av omstendighetene i den konkrete saken. Innvendingene som er reist i drøftelsen over fører imidlertid til at jeg har vanskelig for å se for meg tilfeller hvor en slik voldgiftsdom kan være i strid med ordre public.

En høyst teoretisk situasjon, kan kanskje være hvor det er virksomheten selv som blir pålagt erstatningsansvar. Hvis dette erstatningsansvaret er tyngende nok, kan det føre til at virksomheten går konkurs eller blir så økonomisk svekket at den får saklig grunn til å si opp ansatte. I så fall vil voldgiftsdommen innebære at arbeidstakerne mister jobben, som indirekte følge av den ulovlige avtalen. For arbeidstakerne får en dom på erstatning da samme virkning som en dom på naturaloppfyllelse av den ulovlige avtalen.

Jeg mener at det selv med disse forutsetningene er tvilsomt om man kan anvende ordre public-unntaket for å kjenne dommen ugyldig. Situasjonen er ikke noe annerledes for de ansatte enn hvis arbeidsgiveren selv skulle valgt å nedlegge virksomheten på et annet grunnlag. Arbeidsmiljøloven stiller ikke krav til arbeidsgivers begrunnelse for å gå til nedleggelse av hele virksomheten.⁴²¹ Som det ble formulert i dommen i Rt-1989-508, «[hører det i prinsippet] til bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelse om nedlegging eller fortsatt drift».⁴²² At grunnlaget i dette tilfellet er insolvens på grunn av et erstatningskrav begrunnet i mislighold av en ulovlig avtale om å si opp arbeidstakerne endrer antageligvis ikke på dette.

4.4 Arbeidsmiljøvern

4.4.1 Typetilfelle

Anta at en utenlandsk investor er i forhandlinger med eieren av et norsk entreprenørfirma med 50 ansatte om en betydelig investering. Som forutsetning krever investoren at eieren reduserer virksomhetens driftskostnader, for å øke overskuddet som eventuelt kan hentes ut i form av utbytte. De avtaler derfor at eieren skal avvikle alle arbeidsmiljøtiltak i firmaet. Samtidig avtaler de at ingen nasjonale eller internasjonale regler fra arbeidsrettens område skal få anvendelse på avtalen og at en norsk voldgiftsdomstol skal avgjøre alle konflikter knyttet til avtalen.

Begge partene er klar over at gjennomføring av avtalen er i strid med norske krav til arbeidsmiljøet, og betydningen det har for arbeidstakers risiko for å bli skadet på arbeidsplassen. Entreprenørfirmaets ansatte utfører til daglig arbeidsoppgaver knyttet til en rekke alvorlige risikofaktorer som er iboende ved anleggsarbeid. En avvikling av arbeidsmiljøtiltakene vil innebære en høynet risiko både for at skade oppstår og for at eventuelle skader som oppstår ikke blir behandlet riktig og dermed får alvorligere konsekvenser.

⁴²¹ Storeng *m.fl.* 2014, s. 513

⁴²² Rt-1989-508, s. 513.

Eieren velger imidlertid ikke å gjøre noen endringer i firmaets arbeidsmiljøtiltak, i strid med avtalen.⁴²³ Investoren reiser sak for voldgiftsdomstolen med krav om erstatning for mislighold. Voldgiftsdomstolen avgjør saken i henhold til partenes avtale og ser derfor bort i fra alle regler om krav til arbeidsmiljøvern. Investoren blir tilkjent erstatning for sin positive kontraktsinteresse. Eieren aksepterer ikke voldgiftsdommen og reiser søksmål for tingretten med påstand at den kjennes ugyldig. Spørsmålet er om denne voldgiftsdommen «virker støtende på rettsordenen», jf. voldgiftsloven § 43 andre ledd bokstav b.

4.4.2 Forskjell i resultat

Arbeidsmiljøloven pålegger arbeidsgiver å utføre en rekke tiltak for å sikre arbeidstaker mot fysiske og psykiske skadevirkninger på arbeidsplassen, herunder blant annet at: (1) arbeidsgiver skal «sørge for at det utføres systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid på alle plan i virksomheten» (internkontroll), jf. arbeidsmiljøloven § 3-1, (2) arbeidsgiver må ta særskilte forholdsregler for å ivareta sikkerheten, jf. arbeidsmiljøloven § 3-2 og (3) at det skal velges verneombud, jf. arbeidsmiljøloven § 6-1.⁴²⁴ For virksomheten i dette typetilfellet er alle disse reglene ufravikelige til arbeidstakers ugunst, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9.⁴²⁵ Arbeidsgiver har ansvaret for gjennomføring av tiltakene, jf. arbeidsmiljøloven § 2-1.

En gjennomføring av avtalen vil føre til at disse tiltakene ikke blir utført. Det vil derfor være ulovlig å gjennomføre avtalen, og som i tidligere typetilfeller forutsettes det da at avtalen er ugyldig etter norsk rett. Resultatet i voldgiftsdommen avviker dermed klart fra hvordan resultatet i saken ville blitt hvis den ble avgjort på bakgrunn av norsk rett, av en norsk domstol.

4.4.3 Betydningen av den norske regelen

4.4.3.1 Identifikasjon av relevant regel

Brudd på arbeidsmiljøvern er i seg selv ikke nevnt som mulig grunnlag for anvendelse av ordre public-unntak i litteraturen. Franzen skriver imidlertid mer generelt at spørsmålet om hva som kan være i strid med ordre public innen arbeidsretten «is a question to be answered above all in the light of the fundamental rights and liberties of the employee and the basic principles

⁴²³ Det forutsettes altså at entreprenørfirmaet handlet fullt ut i henhold til arbeidsmiljølovens regler både før og etter avtaleinngåelsen.

⁴²⁴ Dette er kun et utvalg av arbeidsmiljøtiltak i arbeidsmiljøloven. Se arbeidsmiljøloven kapittel 3–7.

⁴²⁵ Pliktig valg av verneombud er fravikelig for virksomhet med færre enn ti ansatte, jf. arbeidsmiljøloven § 6-1 (1). Virksomheten i typetilfellet har 50 ansatte.

of a good social order».⁴²⁶ Jeg mener dette er et fornuftig utgangspunkt. Spørsmålet i det følgende er hvilken betydning arbeidsmiljøvern har for arbeidstaker og samfunnet.

Hensynet til arbeidstakers helse, herunder den betydning arbeidstakernes helse i et større perspektiv har for samfunnet som helhet, begrunner hvorfor vi har regler om arbeidsmiljøvern.⁴²⁷ For å verne arbeidstakers helse har lovgiver ansett det som nødvendig å begrense friheten til partene i arbeidsforholdet gjennom positive handleplikter som skal forhindre skader på arbeidsplassen.

Det generelle krav om et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven § 4-1, angir den sentrale standarden for arbeidsmiljøvernet i arbeidsmiljøloven kapittel 3–7.⁴²⁸ Dette er lovens angivelse av hvordan arbeidsmiljøet skal være. Arbeidsmiljølovens andre regler, herunder arbeidsmiljøloven §§ 3-1, 3-2 og 6-1 om internkontroll, særskilte forholdsregler og verneombud, skal gjennomføre standarden om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.⁴²⁹ Kravet vil derfor vanligvis være oppfylt hvis virksomheten oppfyller de andre bestemmelsene i loven og forskrifter.⁴³⁰ Fullt forsvarlig-standard brukes både som selvstendig materiell bestemmelse og som tolkningsfaktor når det oppstår tvil om rekkevidden av mer spesifikke arbeidsmiljøkrav.⁴³¹ Jeg mener derfor at det er naturlig å ta utgangspunkt i kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø ved spørsmålet om hva et grunnleggende prinsipp om vern av arbeidstakers helse eventuelt kan omfatte.

4.4.3.2 *Kravet om et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø*

Begrepet «fullt forsvarlig» kan ikke gis noe presist innhold, men er snarere en rettslig standard som skal tolkes og anvendes i samsvar med samfunnsutviklingen.⁴³² Standarden anviser hva virksomhetene skal oppnå ved gjennomføring av de ulike arbeidsmiljøtiltakene i arbeidsmiljøloven.⁴³³ Det kreves ikke at alle risikofaktorer i virksomheten elimineres, men arbeidstakerne må sikres mot ulykker og helseskader «så langt dette rent praktisk lar seg gjennomføre». Hvis det ikke er mulig å gi arbeidstakerne «rimelig trygghet mot ulykker og helseskader»

⁴²⁶ Franzen 2007, s. 232.

⁴²⁷ Hansen 2010, s. 16.

⁴²⁸ Sundet 2013, s. 163 og Storeng m.fl. 2014, s. 318.

⁴²⁹ Storeng m.fl. 2014, s. 318–319.

⁴³⁰ Jakhelln 2006, s. 623.

⁴³¹ Pedersen 2011, s. 173.

⁴³² Jakhelln 2006, s. 620.

⁴³³ Pedersen 2011, s. 173, Storeng m.fl. 2014, s. 318–319 og Fanebust 2013, s. 176.

under utførelsen av en aktivitet, så må aktiviteten stanses.⁴³⁴ Hvilke tiltak som er nødvendige, avhenger følgelig av virksomhetens art, aktiviteter, risikoforhold og størrelse.⁴³⁵ Hensynet til virksomhetens økonomi tillegges derimot lite vekt. Ifølge forarbeidene til arbeidsmiljøloven er kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø «et minstekrav til alle virksomheter uten hensyn til den enkelte virksomhets økonomiske stilling»,⁴³⁶ og «[h]ensynet til helse, miljø og sikkerhet må være overordnet, og kan ikke gjøres til et økonomisk spørsmål».⁴³⁷

Ifølge arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse i § 1-1 bokstav a, er et av formålene med loven «å sikre et arbeidsmiljø ... som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger». Den noe sterkere formuleringen «full trygghet», sammenlignet med «fullt forsvarlig», er et ideelt siktemål som sannsynligvis aldri vil nås fullt ut, men som tjener som en viktig visjon for arbeidsmiljøarbeidet.⁴³⁸ Det innebærer at terskelen for å oppfylle kravet om et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø må være relativt høy.⁴³⁹ Arbeidsmiljøvernet bygger nødvendigvis på et føre-var-prinsipp.⁴⁴⁰ Trygghet mot farer knyttet til arbeidsplassen oppnås ved forebyggende arbeid som senker risikoen for at skade oppstår.

Ifølge Jakhelln kommer «det offentliges engasjement [særlig utpreget] til uttrykk i forhold som berører arbeidstakernes sikkerhet og helse».⁴⁴¹ Det er ikke bare de enkelte arbeidstakerne som har en interesse i at reglene overholdes, men også samfunnet som helhet.⁴⁴² For å sikre at loven blir gjennomført i størst mulig grad, er det opprettet et arbeidstilsyn som fører tilsyn med loven, jf. arbeidsmiljøloven § 18-1. Arbeidstilsynet er gitt hjemmel til å kontrollere at lovens krav er overholdt, jf. arbeidsmiljøloven § 18-4 og 18-5, og til å reagere med administrative sanksjoner når loven ikke er overholdt, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6 og 18-7.⁴⁴³

Overtredelse av kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø er straffbart, jf. arbeidsmiljøloven § 19-1. Innehaver av virksomhet, arbeidsgiver eller den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten kan i utgangspunktet straffes med «bøter eller fengsel inntil tre måneder eller begge

⁴³⁴ Ot.prp. nr. 3 (1975–76), s. 103. De siterte uttalelsene er knyttet til den tidligere arbeidsmiljøloven 1977, men har fortsatt relevans da kravet om et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø i arbeidsmiljøloven § 4-1 er en videreføring fra 1977-lovens § 7 nr. 1. Se *Sundet* 2013, s. 164.

⁴³⁵ *Hansen* 2010, s. 200.

⁴³⁶ Ot.prp. nr. 3 (1975–76), s. 103. Det kan likevel ikke helt utelukkes at økonomiske hensyn kan få betydning, se *Jakhelln* 2006, s. 622.

⁴³⁷ Ot.prp. nr. 24 (2005–2006), s. 3.

⁴³⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 69–70 og *Thorkildsen* 2013, s. 28.

⁴³⁹ *Jakhelln* 2006, s. 620.

⁴⁴⁰ *Storeng m.fl.* 2014, s. 319.

⁴⁴¹ *Jakhelln* 2006, s. 133.

⁴⁴² *Storeng m.fl.* 2014, s. 44 og *Jakhelln* 2006, s. 133.

⁴⁴³ *Jakhelln* 2006, s. 661–662.

deler» ved «forsettlig eller uaktsom overtredelse av pålegg gitt i eller i medhold av denne lov», herunder arbeidsmiljøloven § 4-1, jf. arbeidsmiljøloven § 19-1 første ledd. Strafferammen økes til «fengsel inntil to år» når det foreligger «særlig skjerpene omstendigheter» og det skal i den sammenheng legges særlig vekt på om overtredelsen «har eller kunne ha medført alvorlig fare for liv eller helse», jf. arbeidsmiljøloven § 19-1 andre ledd. I tillegg hever arbeidsmiljøloven § 19-3 tredje ledd aktsomhetskravet til «fullt forsvarlig» når overtredelsen «har eller kunne ha medført alvorlig fare for liv eller helse». De strenge strafferammene viser hvor stor vekt rettssystemet legger på oppfyllelse av kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

Det kan forekomme at en overtredelse av arbeidsmiljølovens regler også er omfattet av straffeloven eller straffebestemmelser i annen lovgivning. Ved arbeidsulykker kan det for eksempel være aktuelt å anvende straffeloven § 239 om uaktsomt drap.⁴⁴⁴ Dommen i LB-2005-71041, hvor en arbeidsformann og en arbeidsleder ble dømt til fengsel for uaktsomt drap på to bygningsarbeidere, er et eksempel fra rettspraksis. Ulykken som førte til dødsfallene i saken var en følge av at arbeidsmiljøet ikke var fullt forsvarlig. Dette illustrerer, i likhet med det som er sagt over, den grunnleggende betydning kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø har for samfunnet.

Alt i alt innebærer kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og reglene som er gitt for å gjennomføre det, et strengt arbeidsmiljøvern. Det oppstår likevel et stort antall skader i arbeidsforhold. Ifølge Arbeidstilsynet blir omtrent 90 000 arbeidstakere skadet på arbeidsplassen hvert år.⁴⁴⁵ I 2013 ble det registrert hele 48 arbeidsskadedødsfall, mens tallet for 2012 var 37.⁴⁴⁶ Det er mulig at det reelle antallet arbeidsskadedødsfall er enda høyere enn dette.⁴⁴⁷ Til sammenligning ble 45 personer drept i Norge i 2013, og i 2012 var det 29 ofre for drap.⁴⁴⁸ Hvert år skjer det altså flere arbeidsskadedødsfall enn drap i Norge, hvis vi ser bort i fra terrorangrepet 22. juli. Dette illustrerer omfanget av skadene arbeidsmiljøvernet har til formål å forhindre. Hansen kommenterer i den sammenheng at det er «åpenbart at det bak ulykkestallene skjuler seg mye menneskelig lidelse og et enormt samfunnsøkonomisk tap».⁴⁴⁹ Gjennomføring av regler som forhindrer slike negative følger for enkeltmennesker og samfunnet har derfor både en etisk og en økonomisk side.⁴⁵⁰ Det er uetisk å organisere arbeidsplassen på en

⁴⁴⁴ Hansen 2010, s. 90–91.

⁴⁴⁵ Arbeidstilsynet 2012, s. 9.

⁴⁴⁶ Arbeidstilsynet 2014.

⁴⁴⁷ Se Wergeland *m.fl.* 2009, som viser at det i perioden 2000–2003 forelå underrapportering og manglende kvalitetssikring i Arbeidstilsynets register over arbeidsskadedødsfall.

⁴⁴⁸ Kripes 2014, s. 2.

⁴⁴⁹ Hansen 2010.

⁴⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 62.

slik måte at arbeidstaker blir utsatt for unødig risiko, og det er kostbart for samfunnet når denne risikoen blir realisert.

I Rt-2013-258 (Verftssaken) vurderte Høyesterett hvorvidt stabiliteten i den norske arbeidslivsmodellen var et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Førstvoterende la i den sammenheng blant annet vekt på at «den norske arbeidslivsmodellen, herunder frontfagsmodellen, har lange tradisjoner og er en del av vårt samfunnssystem».⁴⁵¹ Krav til arbeidsmiljø har meget lange tradisjoner i norsk rett. Arbeidstakernes helse og sikkerhet har stått sentralt i norsk arbeidsrett helt siden fabrikktilsynsloven ble vedtatt i 1892.⁴⁵² Kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø ble innført med arbeidsmiljøloven 1977 § 7 nr. 1 og er videreført i arbeidsmiljøloven § 4-1.⁴⁵³ Regelen er allment akseptert. Som forarbeidene uttrykker, er det i «et moderne samfunn ... naturlig å sette en høy standard for arbeidsmiljøforholdene på arbeidsplassene».⁴⁵⁴ Hansen er enda mer kategorisk, når han sier at det i vår tid er «et alminnelig krav, og bortimot en selvfølge, at arbeidsmiljøet er trygt, og at arbeidsgiver har hovedansvaret for det ansattes sikkerhet, helse og velferd».⁴⁵⁵

Sett sammen mener jeg at fremstillingen hittil tyder sterkt på at kravet til et vern av arbeidstakers helse er et grunnleggende prinsipp i norsk rett. Innholdet i (og virkningen av) fullt forsvarlig-standard viser at vern av helse er utpreget viktig både av menneskelige og økonomiske hensyn, for enkeltindivider og samfunnet. De strenge strafferammene for brudd på regler om arbeidsmiljø viser hvor stor vekt rettssystemet legger på vern av helse og hvor betydelig den offentlige interesse i at reglene blir overholdt er. Sammenlignet med typetilfellene om diskrimineringsvern og stillingsvern, som også er særlig viktige, er reglene om arbeidsmiljøvern de eneste som har strenge strafferammer. Det burde i hvert fall tyde på at vern av arbeidstakers helse ikke er ansett som mindre viktig enn prinsippet om ikke-diskriminering og trygge ansettelsesforhold.

4.4.3.3 Internasjonale forpliktelser

Arbeidsmiljøvernet må ses i sammenheng med EU-direktiver som Norge, gjennom medlemskapet i EØS, er forpliktet til å gjennomføre. I tillegg til dette kommer ILO-konvensjoner og andre menneskerettighetskonvensjoner som Norge har ratifisert.⁴⁵⁶

⁴⁵¹ Rt-2013-258, avsnitt 161.

⁴⁵² *Storeng m.fl.* 2014, s. 318, *Fanebust* 2013, s. 31 og *Hansen* 2010, s. 16–17.

⁴⁵³ *Pedersen* 2011, s. 173.

⁴⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 62.

⁴⁵⁵ *Hansen* 2010, s. 16.

⁴⁵⁶ *Sundet* 2013, s. 158–159.

Etter art. 5 nr. 1 i direktiv 89/391/EEC plikter arbeidsgiver å «ensure the safety and health of workers in every aspect related to the work».⁴⁵⁷ Videre plikter arbeidsgiver å foreta de tiltak som er nødvendige for «the safety and health protection of workers, including prevention of occupational risks and provision of information and training, as well as provision of the necessary organization and means», jf. direktivets art. 6 nr. 1. EUs pakt om grunnleggende rettigheter illustrerer at disse rettighetene er særlig viktige i EU-retten, når det i art. 31 nr. 1 stadfestes en rett for alle arbeidstakere til «working conditions which respect his or her health, safety and dignity». Som Corthaut skriver, kan det kan argumenteres for at «public health and safety» er en nødvendig del av EU ordre public.⁴⁵⁸ I så fall bør arbeidstakers sikkerhet og helse i det minste være grunnleggende prinsipp i norsk rett for spørsmål som har betydning for Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.⁴⁵⁹

I tillegg kan utstasjoneringdirektivet nevnes, som er gjennomført i norsk rett ved forskrift 16. desember 2005, nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.⁴⁶⁰ Det følger av § 2 i forskriften at reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 4, herunder § 4-1 om krav til et «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø, skal anvendes uansett hvilket lands rett som for øvrig regulerer arbeidsforholdet, så fremt den avtalte retten ikke gir den utsendte arbeidstakeren bedre vern. Dette bidrar til å forhindre «sosial dumping» og inklusjonen av krav til arbeidsmiljø illustrerer den store betydningen arbeidsmiljø har også internasjonalt.⁴⁶¹

Art. 4 nr. 1 i ILO-konvensjon nr. 155 om sikkerhet, helse og arbeidsmiljøet forplikter medlemmene, herunder Norge, til å gjennomføre en helhetlig «national policy on occupational safety, occupational health and the working environment».⁴⁶² Målet skal være å forhindre ulykker og helseskader i tilknytning til arbeid, ved å minimisere farene knyttet til arbeidsmiljøet i så stor grad som det er mulig, jf. konvensjonens art. 4 nr. 2.

Norge er forpliktet til å anerkjenne en rett for alle arbeidstakere til «[s]afe and healthy working conditions», jf. ØSK art. 7 (b). Den reviderte europeiske sosialpakten (RESC) del 1 punkt 3 stadfester i samme retning en plikt for medlemslandene til å gjennomføre tiltak for å

⁴⁵⁷ Rådsdirektiv 89/391/EEC av 12. juni 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work.

⁴⁵⁸ Corthaut 2012, s. 321–322.

⁴⁵⁹ Jf. det som er sagt om EU ordre public i avhandlingens punkt 3.1.

⁴⁶⁰ Parlaments- og rådsdirektiv 96/71/EC av 16. desember 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (Utsasjoneringdirektivet).

⁴⁶¹ Nielsen 2013, s. 370.

⁴⁶² ILO Convention No. 155, Occupational Safety and Health Convention, 1981, tilgjengelig gjennom http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312300 (sist besøkt 22. mai 2014).

realisere en «right to safe and healthy working conditions» for alle arbeidstakere.⁴⁶³ Art. 3 RESC stadfester videre konkrete tiltak som skal gjennomføres for å effektivisere denne retten.

Komparativt kan USA være en nyttig kontrast til norske forhold. I USA er krav til arbeidsmiljøtiltak kodifisert i «Occupational Safety and Health Act of 1970» (OSHA).⁴⁶⁴ Disse reglene blir utdypet av «OSHA standards» som alle arbeidsgivere må følge,⁴⁶⁵ med unntak for avvikende regulering i enkelte stater.⁴⁶⁶ De amerikanske reglene skiller seg fra de norske på flere punkter, blant annet ved at de amerikanske reglene ikke stiller krav til verneombud eller arbeidsmiljøutvalg, men det er også betydelige likheter. Når det gjelder et grunnleggende krav til vern av arbeidstakers helse har amerikansk rett omfattende regler. Forordet til OSHA illustrerer likhetene med norsk rett:

«To assure safe and healthful working conditions for working men and women; by authorizing enforcement of the standards developed under the Act; by assisting and encouraging the States in their efforts to assure safe and healthful working conditions; by providing for research, information, education, and training in the field of occupational safety and health; and for other purposes.»

Det ovenstående viser at arbeidsmiljøvern er ansett som et særlig viktig hensyn internasjonalt, og Norge er forpliktet gjennom flere konvensjoner til å sikre et trygt arbeidsmiljø. Videre er vern av arbeidstakers helse og sikkerhet antageligvis å anse som EU ordre public. Dette taler for at vern av arbeidstakers helse er et grunnleggende prinsipp i norsk rett.

4.4.3.4 Konklusjon

Høyesteretts anvendelse av EFTA-domstolens uttalelser om ordre public i dommen i Rt-2013-258 (Verftssaken) viser at praksis fra EFTA-domstolen bør tillegges vekt ved tolkning av ordre public-unntaket.⁴⁶⁷ Dette gjelder i utgangspunktet bare i sammenheng med Norges forplik-

⁴⁶³ *Høstmølingen* 2012, s. 300–301.

⁴⁶⁴ Fullstendig lovttekst tilgjengelig gjennom https://www.osha.gov/pls/oshaweb/owadisp.show_document?p_table=OSHACT&p_id=2743 (sist besøkt 22. mai 2014). For en oversikt over HMS-tiltak i amerikansk rett, se International Labour Organization, *Occupational safety and health country profile: United States*, <http://www.ilo.org/safework/countries/americas/united-states/lang--en/index.htm> (sist besøkt 22. mai 2014).

⁴⁶⁵ For en liste over gjeldende standarder, se Occupational Safety & Health Administration, *OSHA Law & Regulations*, <https://www.osha.gov/law-regs.html> (sist besøkt 22. mai 2014).

⁴⁶⁶ Occupational Safety & Health Administration, *Frequently Asked Questions about State Occupational Safety and Health Plans – What is a State OSHA Program?*, <https://www.osha.gov/dcsp/osp/faq.html#oshaprogram> (sist besøkt 22. mai 2014).

⁴⁶⁷ Rt-2013-258, avsnitt 158.

telser etter EØS-avtalen. Det generelle hensynet til harmonisering taler imidlertid også for en enhetlig anvendelse av ordre public-unntaket ellers.⁴⁶⁸

I EFTA-domstolens dom i sak E-12/10, ble Island dømt for brudd på art. 3 i utstasjoneringsdirektivet. EFTA-domstolen uttalte i den sammenheng at de avvikende bestemmelsene i islandsk rett ikke var «imperative for the protection of workers and crucial to the social order in Iceland».⁴⁶⁹ Vilkårene for unntak fra direktivet på grunn av ordre public var derfor ikke oppfylt. Jeg mener at dette kan være veiledende for spørsmålet om vern av arbeidstakers helse er et grunnleggende prinsipp. Spørsmålet er om vern av arbeidstakers helse er påkrevd av hensyn til beskyttelsen av arbeidstaker og nødvendig for den sosiale orden i Norge.

Jeg mener at fremstillingen hittil har vist at det er tilfellet. Arbeidstakers helse er tillagt stor vekt nasjonalt og internasjonalt. En minimering av antallet skader på arbeidsplassen er av høyeste betydning både for de enkeltindivider som kan rammes og for samfunnet som helhet. Det betydelige antallet skader og dødsfall som forekommer årlig selv med et strengt arbeidsmiljøvern viser nødvendigheten av slike tiltak for beskyttelsen av arbeidstaker og samfunnet. Min konklusjonen er derfor at vern av arbeidstakers helse er et grunnleggende prinsipp i norsk rett.

4.4.4 Voldgiftsdommens virkning

4.4.4.1 Utgangspunkt

Det avgjørende vil være om voldgiftsdommen gjør tilstrekkelig inngrep i vernet av arbeidstakers helse til at det begrunner en tilsidesettelse av hensynene som begrenser adgangen til å kjenne en voldgiftsdom ugyldig. Voldgiftsdommen i typetilfellet går ut på erstatning mellom partene. Dette har i utgangspunktet ingen betydning for arbeidsgiverens plikter overfor arbeidstaker. Voldgiftsdommen kan likevel ha implikasjoner utover det interne forholdet mellom partene som kan innebære at den er i strid med prinsippet om trygge ansettelsesforhold. Jeg tar utgangspunkt i spørsmålet om det er under domstolens verdighet å beskjefte seg med saken, og om voldgiftsdommens motiverende effekt er så betydelig at å opprettholde den vil være i strid med prinsippet om trygge ansettelsesforhold.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Cordero-Moss 2013b, s. 164.

⁴⁶⁹ Sak E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, [2011] EFTA Ct. Rep. p. 117, avsnitt 59.

⁴⁷⁰ Se avhandlingens punkt 4.2.4.1 og 4.2.4.3.

4.4.4.2 *Domstolens verdighet*

Som i de tidligere typetilfellene er det i utgangspunktet uetisk å inngå en ulovlig avtale. Avhengig av hvor uetisk avtalen er, kan det innebære at en norsk domstol vil nekte å anerkjenne krav som har grunnlag i avtalen, herunder en voldgiftsdom på erstatning.

Det er imidlertid en viktig forskjell mellom dette typetilfellet og de tidligere typetilfellene. Overtredelse av de ulike kravene til arbeidsmiljøtiltak i arbeidsmiljøloven er straffbart, jf. arbeidsmiljøloven § 19-1. Arbeidsmiljøloven §§ 3-1, 3-2 og 6-1 om internkontroll, særskilte forholdsregler og verneombud, pålegger arbeidsgiver en handleplikt. Det samme gjelder for kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven § 4-1. Unnlatelse av å gjennomføre tiltakene er følgelig straffbart i seg selv, og det kreves ikke at unnlatelsen har resultert i en faktisk skade.⁴⁷¹

Straffansvar krever i alminnelighet at det er utvist skyld.⁴⁷² I dette typetilfellet ville arbeidsgiver utvist forsett ved gjennomføring av avtalen, da det bevisst er inngått en avtale om å bryte loven. Dette gjelder både i forhold til de enkelte bestemmelsene om arbeidsmiljøtiltak og det generelle kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Vi kan derfor konkludere at gjennomføring av avtalen ville vært straffbart.

Etter arbeidsmiljøloven § 19-1 (2) kan «fengsel inntil to år» anvendes ved «særlig skjerpene omstendigheter». Av bestemmelsens annet punktum fremgår det uttrykkelig at det «særlig [skal] legges vekt på om overtredelsen har eller kunne ha medført alvorlig fare for liv eller helse». Det er tilstrekkelig å konstatere at overtredelsen kunne ha medført en alvorlig fare, det er ikke nødvendig at risikoen er realisert gjennom skade på arbeidstaker.⁴⁷³ Ved en avvikling av alle arbeidsmiljøtiltak, herunder særlig internkontrollen, jf. arbeidsmiljøloven § 3-1, i en utsatt bransje som entreprenørbransjen, er det påregnelig at gjennomføring av avtalen vil kunne føre til alvorlig fare for liv eller helse.⁴⁷⁴ Gjennomføring av avtalen om å avvikle arbeidsmiljøtiltakene i entreprenørfirmaet ville derfor vært en forbrytelse.⁴⁷⁵

En slik avtale er grovt umoralsk. Både arbeidsgiver og investor er klar over at gjennomføring av avtalen vil innebære risiko for alvorlige skader på arbeidstaker, og at det er i strid med norsk straffelovgivning. Som Høyesterett formulerte det i dommen i Rt-2004-1582, representerer en avtale om å «begå en alvorlig forbrytelse ... et kvalifisert brudd på allment aksepterte

⁴⁷¹ Hansen 2010, s. 90.

⁴⁷² Andenæs 2004, s. 208.

⁴⁷³ Rt-1995-278, kommentert i Hansen 2010, s. 101.

⁴⁷⁴ Hansen 2010, s. 98.

⁴⁷⁵ Andenæs 2004, s. 7.

moralnormer». Dette taler for at avtalen er i strid med ærbarhet. Å anerkjenne et erstatningskrav med grunnlag i en slik avtale er i strid med domstolens verdighet.

4.4.4.3 *Prevensjon*

Situasjonen i dette typetilfellet minner om situasjonen i typetilfellet om diskrimineringsvern. En voldgiftsdom på erstatning for ikke å ha gjennomført avtalen i typetilfellet kan tenkes å tjene som et oppfyllellespress for en arbeidsgiver i en fremtidig lignende sak. Videre innebærer erstatningskravet at investoren er sikret mot risiko for tap. Erstatning for positiv kontraktsinteresse virker som et oppfyllellessubstitut. Det kan motivere fremtidige avtaleparter i samme situasjon som investoren til å inngå slike avtaler. Spørsmålet er derfor hvor vesentlig den motiverende effekten av denne konkrete voldgiftsdommen er, og om den motiverende effekten eventuelt kan motvirkes ved å kjenne voldgiftsdommen ugyldig.

På den ene siden kan risikoen for å bli tatt for brudd på regler om arbeidsmiljøvern være liten i dette typetilfellet.⁴⁷⁶ De strenge strafferammene i arbeidsmiljøloven § 19-1 kan antas å ha en preventiv effekt som motvirker oppfyllellespresset en forventning om erstatningskrav innebærer.⁴⁷⁷ Det kan tale for at den motiverende effekten av voldgiftsdommen er svakere enn i typetilfellet om diskrimineringsvern.

Den potensielle virkningen hvis en arbeidsgiver likevel skulle bli motivert av trusselen om erstatningsplikt er imidlertid alvorligere i dette typetilfellet enn i typetilfellet om diskrimineringsvern. Avvikling av arbeidsmiljøtiltak innebærer risiko for skade og dødsfall. Det statistiske materialet om omfanget og hyppigheten av skader på arbeidsplassen gjennomgått i punkt 4.4.3.2 over viser hvor stor betydning overholdelse av arbeidsmiljøvernet har.⁴⁷⁸ Det bør også tas med i beregningen at overtredelsen av reglene om arbeidsmiljøvern i enkelte tilfeller først vil bli oppdaget når risikoen realiseres og skade oppstår. Det innebærer at en eventuell motiverende effekt vil være effektiv – det vil føre til en reell svekkelse av arbeidstakernes vern om helse og sikkerhet.

En motiverende effekt vil også kunne innebære en forskyvning av markedssituasjonen ved at arbeidsgivere som overholder reglene taper i konkurransen mot arbeidsgivere som kutter kostnader ved å nedprioritere vernet av arbeidstakers helse og sikkerhet.⁴⁷⁹ Som førstvoterende uttalte i dommen i Rt-2000-1451, «er det viktig at reglane blir handheva, slik at andre som

⁴⁷⁶ Hansen 2010, s. 247.

⁴⁷⁷ Hansen 2010, s. 247.

⁴⁷⁸ Se også Hansen 2010, s. 20 og 244.

⁴⁷⁹ Hansen 2010, s. 17.

tek omsyn til trafikktryggleik og arbeidsmiljø, ikke kjem i ein dårlegare konkurransesituasjon enn den som neglisjerar reglane».⁴⁸⁰

Selv om den motiverende virkningen av en voldgiftsdom på erstatning kan være begrenset i en slik sak, innebærer de potensielt meget alvorlige følgene at dette likevel bør tillegges vekt. Hvis voldgiftsdommen kjennes ugyldig, vil det bety at oppfyllellespresset trusselen om erstatningskrav innebærer forsvinner, samt at kreditor mister interesse i å inngå slike avtaler fordi de ikke kan håndheves.

4.4.4.4 Konklusjon

Ordre public-unntaket skal bare anvendes i ekstreme unntakstilfeller. Det kreves at voldgiftsdommen er kvalifisert i strid med prinsippet om ikke-diskriminering. Hensynene som taler for å kjenne voldgiftsdommen ugyldig må veie tyngre enn hensynene som taler for å opprettholde voldgiftsdommen.

Å kjenne voldgiftsdommen ugyldig vil kunne bidra til å skape usikkerhet om voldgiftsordningens effektivitet. Hensynet til en effektiv voldgiftsordning, som forutsetter forutberegnelighet, taler mot at voldgiftsdommen kjennes ugyldig.

Den motiverende effekten av voldgiftsdommen i dette typetilfellet taler for at voldgiftsdommen bør kjennes ugyldig. Like betydningsfullt er hensynet til domstolens verdighet. Erstatningskravet i voldgiftsdommen bygger på en grovt uetisk avtale om å utføre en forbrytelse med potensielt alvorlige følger for tredjeperson. Å skulle tillegge en slik avtale rettsvirkninger strider mot den alminnelige rettsfølelse. Jeg mener derfor at voldgiftsdommen er støtende på rettsordenen og skal kjennes ugyldig, jf. voldgiftsloven § 46 andre ledd bokstav b.

⁴⁸⁰ Rt-2000-1451, s. 1454.

5 Avsluttende bemerkninger

Jeg har i denne avhandlingen undersøkt hvorvidt arbeidsrettslige regler innebærer begrensninger på partsautonomien i internasjonal kommersiell voldgift. Fremstillingen har vist at adgangen til å sette en voldgiftsdom til side er meget snever. Den eneste aktuelle og reelle arbeidsrettslige begrensningen på partsautonomien i internasjonal kommersiell voldgift er ordre public-unntaket i voldgiftsloven §§ 43 og 46 andre ledd bokstav b.⁴⁸¹

Selv om konklusjonene i typetilfellene er beheftet med betydelig usikkerhet, mener jeg at avhandlingens undersøkelse har vist at arbeidsrettslige regler innebærer en begrensning av partsautonomien i internasjonal kommersiell voldgift.

Omfanget av denne begrensningen på partsautonomien bør imidlertid ikke overdrives. Typetilfellene er utformet med ekstreme forutsetninger for å muliggjøre undersøkelsen. Det har så vidt jeg ved aldri skjedd at en voldgiftsdom har blitt satt til side av en norsk domstol på grunn av arbeidsrettslig ordre public, og det er heller ingen grunn til å tro at det vil skje i den nærmere fremtid. Som dommen i Rt-2013-258 (Verftssaken) viser er det likevel ikke utenkelig at spørsmålet om arbeidsrettslig ordre public vil komme opp for domstolene igjen i fremtiden, enten det er i sammenheng med lovvalg, voldgift, eller unntak fra EU- eller EØS-rett. Spørsmålene denne avhandlingen har undersøkt for Arbitration and Party Autonomy-prosjektet kan derfor ha praktisk relevans.

Regler om diskrimineringsvern, stillingsvern og arbeidsmiljøvern er alle begrunnet i underliggende prinsipper og hensyn som bør anses som grunnleggende i norsk rett. Prinsippet om ikke-diskriminering, trygge ansettelsesforhold og hensynet til vern av arbeidstakers helse er alle vektige nok til å begrunne en tilsidesettelse av hensynet til voldgiftsordningens effektivitet, avhengig av de konkrete omstendighetene i enhver sak.

Avhandlingen viser imidlertid også at det ikke er nok at hensynene er vektige. Det må kunne påvises at voldgiftsdommens virkning er kvalifisert i strid med hensynene. For typetilfellene om diskrimineringsvern og arbeidsmiljøvern er det vist hvilke konkrete omstendigheter en slik kvalifisert virkning kan oppstå under. For typetilfellet om stillingsvern er det derimot vist at det er vanskelig å se for seg hvilke omstendigheter en slik virkning kan oppstå. Konklusjonene under disse typetilfellene er imidlertid knyttet til de konkrete omstendighetene og det er derfor begrenset hvilken overføringsverdi de vil ha under andre forutsetninger.

⁴⁸¹ Med mulig unntak for at en tvist om et krav som er reprobert etter NL 5-1-2 ikke kan avgjøres ved voldgift, jf. avhandlingens punkt 4.1.

Betydningen av grunnleggende prinsipper på arbeidsrettens område er på langt nær avklart ved denne avhandlingen. Undersøkelsen har begrenset seg til tre konkrete kategorier av arbeidsrettslige regler, og forutsetningene i typetilfellene har snevret dette inn ytterligere. Det foreligger fortsatt mange uopplarte spørsmål i denne sammenheng. Kollektiv arbeidsrett kan særlig nevnes. Både omfanget av beskyttelsen av kollektive rettigheter i nasjonal rett, herunder organisasjonsfriheten, og det omfattende internasjonale vernet tyder på at det kan foreligge særlig vektige hensyn innen kollektiv arbeidsrett som kan begrunne anvendelse av ordre public-unntaket. Dommen i Rt-2013-258 (Verftssaken) har allerede vist at Høyesterett mener at stabiliteten i den norske arbeidslivsmodellen er grunnleggende og jeg ser ingen grunn til å tro at de vil stanse der.

Referanser

Bibliografi

- Aall 2011 Aall, Jørgen, *Rettsstat og Menneskerettigheter*, Bergen: Fagbokforlaget, 2011.
- Allstrin m.fl. 2008 Allstrin, Tor, Dale, Gry Brandshaug og Østensvig, Jon, *Endring og opphør av arbeidsforhold*, Oslo: Kommuneforlaget, 2008.
- Andenæs 2004 Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Arbeidstilsynet 2012 Arbeidstilsynet, *Årsrapport 2011*, 2012, tilgjengelig gjennom <http://www.arbeidstilsynet.no/binfil/download2.php?tid=234662> (sist besøkt 27. mai 2014).
- Arbeidstilsynet 2014 Arbeidstilsynet, *48 omkom på jobb i 2013*, 17. januar 2014, tilgjengelig gjennom <http://www.arbeidstilsynet.no/nyhet.html?tid=245140> (sist besøkt 27. mai 2014).
- Bell 2002 Bell, Mark, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Ben-Israel og Foubert 2007 Ben-Israel, Ruth og Foubert, Petra, «Equality and Prohibition of Discrimination in Employment», i: *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Roger Blanpain (red.), 9. rev. utg., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, s. 377–419.
- Berg 2006 Berg, Borgar Høgetveit, *Voldgiftsloven med kommentarer*, Oslo: Gyldendal Akademisk, 2006.
- Berger 2010 Berger, Klaus Peter, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2. utg., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- Boe 2010 Boe, Erik, *Grunnleggende juridisk metode – en introduksjon til rett og rettsenkning*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Born 2012 Born, Gary B., *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.
- Brooks og Sanga 2013 Brooks, Richard R.W. og Sanga, Sarath, *Commercial Arbitration Agreements Between Sophisticated Parties: An Empirical View*, 2013, tilgjengelig gjennom <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/BrooksSanga2013.pdf> (sist besøkt 22. mai 2014).
- Bruun 2006 Bruun, Niklas, [Protection against unjustified dismissal (Article 30)], i: Brian Bercusson (red.), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden-Baden: Nomos, 2006, s. 337–356.
- Cordero-Moss 1999 Cordero-Moss, Giuditta, *International commercial arbitration : Party Autonomy and Mandatory Rules*, Oslo: Tano Aschehoug, 1999.
- Cordero-Moss 2007a Cordero-Moss, Giuditta, [Kommentar til voldgiftsloven § 43], i: Helge Jakob Kolrud (red.), Kristin Bjella, Giuditta Cordero-Moss og Anders Ryssdal, *Vold-*

- giftsloven : kommentarutgave*, Oslo: Universitetsforlaget, 2007, s. 248–261.
- Cordero-Moss 2007b* Cordero-Moss, Giuditta, «Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler», 5 *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2007, s. 679–717.
- Cordero-Moss 2008* Cordero-Moss, Giuditta, «Arbitration and Private International Law», 11 *International Arbitration Law Review* 4, 2008, s. 153–164.
- Cordero-Moss 2009* Cordero-Moss, Giuditta, «Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift – Et tillegg og et forskningsprosjekt», 6 *Lov og rett* 2009, s. 361–373.
- Cordero-Moss 2013a* Cordero-Moss, Giuditta, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Cordero-Moss 2013b* Cordero-Moss, Giuditta, *International commercial arbitration : different forms and their features*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Cordero-Moss 2014* Cordero-Moss, Giuditta, *International Commercial Contracts*, upublisert manuskript som publiseres ved Cambridge: Cambridge University Press i 2014.
- Cordes m.fl. 2010* Cordes, Jørg, Stenseng, Laila og Lenda, Peter, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, 2. utg., Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2010.
- Corthaut 2012* Corthaut, Tim, *EU Ordre public*, Alphen aan den rijn: Kluwer Law International, 2012.
- Eckhoff 2001* Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Egeland 2011* Egeland, Lill Christin, [Kommentarer til § 15-16 Virksomhetens øverste leder], i: Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *arbeidsrett.no : kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2011, s. 1137–1148.
- Evju 2010* Evju, Stein, *Arbeidsrett : utvalgte artikler 2001–2010*, Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Fanebust 2001* Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Fanebust 2013* Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett : den individuelle del*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Fliflet 2014* Fliflet, Arne, [Kommentar til Grunnloven § 110], i: Steinar Tjomsland (red.), Arnfinn Bårdsen (red.) og Aage Thor Falkanger (red.), *Norsk Lovkommentar*, Oslo: Gyldendal Rettsdata, tilgjengelig gjennom <http://rettsdata.no/direkte?grlink=gL18140517> (sist besøkt 22. mai 2014), 2014.
- Fougner 1999* Fougner, Jan, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Oslo: Tano Aschehoug, 1999.
- Fougner 2006* Fougner, Jan og Holo, Lars, *Arbeidsmiljøloven : kommentarutgave*, 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2006.
- Fougner 2007* Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold : styringsrett og arbeidsplikt*, Oslo:

- Universitetsforlaget, 2007.
- Fougner m.fl.* 2011 Fougner, Jan, Breibøl, Camilla, Frogner, Marit B., Solheim, Trond Erik, Sundet, Tron Løkken, Øydegård, Johan Kr. Og Aasheim, Eli, *Omstilling og nedbemanning*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Fougner* 2013a Fougner, Jan, Holo, Lars, Sundet, Tron Løkken og Thorkildsen, Tarjei, *Arbeidsmiljøloven : kommentarutgave*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Fougner* 2013b Fougner, Jan, [Kommentarer til Kapittel 15 opphør av arbeidsforhold], i: Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven : kommentarutgave*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2013, s. 736–748.
- Fougner* 2013c Fougner, Jan, [Kommentarer til § 15-7 Vern mot usaklig oppsigelse], i: Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven : kommentarutgave*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2013, s. 791–820.
- Franzen* 2007 Franzen, Martin, «Conflicts of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations», i: Roger Blanpain (red.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, 9. rev. utg., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, s. 215–237.
- Fredriksen* 2013 Fredriksen, Halvard Haukeland, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», 06 *Jussens Venner* 2013, s. 371–399.
- Frøberg* 2013 Frøberg, Thomas, «Rettslig Prinsippargumentasjon», *Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo No. 66*, Oslo: Akademika Publishing, 2013.
- Gaarder* 1939 Gaarder, Karsten, «Om anvendelse av fremmed rett i kontraktsforhold», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1939, s. 244–246.
- Gaarder og Lundgaard* 2000 Gaarder, Karsten og Lundgaard, Hans Petter, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 2000.
- Goldman* 1996 Goldman, Alvin L., *Labor and Employment Law in the United States*, Den Haag: Kluwer Law International, 1996.
- Gross* 2009 Gross, Andreas, «Explanatory memorandum, by Mr Gross, rapporteur», i: Council of Europe Parliamentary Assembly Committee on Legal Affairs and Human rights of the Parliamentary Assembly, *Report Doc. 12087 av 8. desember 2009, Discrimination on the basis of gender identity*, tilgjengelig gjennom <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=12403&lang=EN> (sist besøkt 22. mai 2014).
- Hagstrøm* 2011 Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Hansen* 2010 Hansen, Rune Bård, «Arbeidsmiljøkriminalitet», *Økokrims skriftserie, fagbok nr. 19*, 2010.
- Hauge* 2009 Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuesrettslige disposisjoner*, Oslo: Universitetsforlaget, 2009.

- Helfer og Voeten* 2014 Helfer, Laurence R. og Voeten, Erik, «International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe», 1 *International Organization* 68, 2014, s. 77–110.
- Hjort* 2009 Hjort, Kristin Slørdahl, «Internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten – En rettskildemessig analyse» 4 *Arbeidsrett og Arbeidsliv* 2009, 41–177.
- Holo* 2006 Holo, Lars, *Ferieloven av 29. april 1988 nr. 21 med kommentarer*, 3. utg., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2006.
- Holo* 2013 Holo, Lars, [Kommentarer til Kapittel 16 Arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse], i: Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven : kommentarutgave*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2013, s. 890–898..
- Høstmælingen* 2012 Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- ILO* 2007 International Labour Organization, *Equality at work: Tackling the challenges – Global Report under the follow-up to the ILO Declaration*, 2007.
- Jakhelln* 2006 Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, Oslo: N.W. Damm & Søn, 2006.
- Jakhelln* 2011 Jakhelln, Henning, [Kommentarer til § 1-9 Ufravikelighet], i: Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *arbeidsrett.no : kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2011, s 67–69.
- Johansen* 2011 Johansen, Lise, [Kommentarer til § 3-1 Krav til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid], i: Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *arbeidsrett.no : kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2011, s 124–131.
- Johnsen* 2011 Johnsen, Stig Åkenes, [Kommentarer til § 15-7 Vern mot usaklig oppsigelse], i: Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *arbeidsrett.no : kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2011, s 955–1009.
- Juul og Thommesen* 2008 Juul, Jakob og Thommesen, Peter Fauerholdt, *Voldgiftsret*, 2. utg, København: Thomson, 2008.
- Kenner* 2014 Kenner, Jeff, [Article 30 – Protection in the Event of Unjustified Dismissal], i: Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner og Angela Ward, «The EU Charter of Fundamental Rights : A Commentary», Portland: Hart Publishing, 2014, s. 805–832.
- Kripos* 2014 Kripos, *Nasjonal drapsoversikt 2013, 2014*, tilgjengelig gjennom https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/kripos/Vedlegg_2398.pdf (sist besøkt 27. mai 2014).

- Krüger* 1989 Krüger, Kai, *Kontraksrett*, Bergen: Alma Mater Forlag AS, 1989.
- Kälin og Künzli* 2009 Kälin, Walter og Künzli, Jorg, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Lee* 1998 Lee, Stephen, «Restitution, Public Policy and the Conflict of Laws», *University of Queensland Law Review* 2009, tilgjengelig gjennom <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UQLJ/1998/1.pdf> (sist besøkt 22. mai 2014).
- Meidell* 2006 Berg, Borgar Høgetveit, *Voldgiftsloven med kommentarer*, Gyldendal Akademisk, 2006.
- Menéndez* 2003 Menéndez, Agustín José, «The rights' foundations of solidarity: Social and economic rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *ARENA Working Papers WP 03/1*, 2003, tilgjengelig gjennom http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2003/wp03_1.pdf (sist besøkt 22. mai 2014).
- Midtbøen og Rogstad* 2012 Midtbøen, Arnfinn H. og Rogstad, Jon, *Diskrimineringens omfang og årsaker – etniske minoriteters tilgang til norsk arbeidsliv*, 2012, tilgjengelig gjennom http://www.samfunnsforskning.no/content/download/36713/694474/file/R_2012_1_web.pdf (sist besøkt 22. mai 2014).
- Mo og Lolleng* 2001 Mo, Einar og Lolleng, Geir, *Internasjonale arbeidsforhold*, Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2001.
- Moses* 2012 Moses, Margaret L., *The principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2. utg., Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Muhl* 2001 Muhl, Charles J., «The employment-at-will doctrine: three major exceptions», *Monthly Labor Review* 2001, s. 3–11, tilgjengelig gjennom <http://www.bls.gov/opub/mlr/2001/01/art1full.pdf> (sist besøkt 22. mai 2014).
- Mæland* 2013 Mæland, Henry John, *Voldgift*, Oslo: Universitetsforlaget, 1988.
- Nielsen* 1997 Nielsen, Peter Arnt, *International privat- og procesret*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.
- Nielsen* 2013 Nielsen, Ruth, *EU Labour Law*, 2. utg., København: DJØF Publishing, 2013.
- Nisja og Shetelig* 2014 Nisja, Olav Ø. og Shetelig, Kaare A., «Hvorfor velger næringslivet private domstoler?», 1 *Juristkontakt* 2014, s. 47.
- Næss* 2013 Næss, Mona, *Virksomhetsoverdragelse*, Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Pedersen* 2011 Pedersen, Harald, [Kommentarer til § 4-1 Generelle krav til arbeidsmiljøet], i: Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), *Arbeidsrett.no : kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2011, s 171–184.

<i>Thue</i> 2002	Thue, Helge Johan, <i>Internasjonal Privatrett: Personrett, familierett og arverett</i> , Oslo: Gyldendal Akademisk, 2002, s. 163.
<i>The Equal Rights Trust</i> 2008	<i>Country Overview : Saudi Arabia</i> , 2008, tilgjengelig gjennom: http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Saudi%20Arabia%20final%20version.pdf (sist besøkt 22. mai 2014).
<i>Ussing</i> 1986	Ussing, Henry, <i>Aftaler : paa formuerettens omraade</i> , 3. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1986.
<i>Wergeland m.fl.</i> 2009	Wergeland, Ebba, Gjertsen, Finn og Lund, Johan, «Arbeidsskadedødsfall blir underrapportert», 10 <i>Tidsskrift for norsk legeförening</i> 2009, 981–986, tilgjengelig gjennom http://tidsskriftet.no/pdf/pdf2009/981-6.pdf (sist besøkt 27. mai 2014).
<i>Werlauff</i> 2010	Werlauff, Erik, <i>Europæiske Menneskerettigheder – en praktisk indføring</i> , 2. utg., København: Gjellerup, 2010.
<i>Woxholth</i> 2012	Woxholth, Geir, <i>Avtalerett</i> , 8. utg., Oslo: Gyldendal Akademisk, 2012.
<i>Woxholth</i> 2013	Woxholth, Geir, <i>Voldgift</i> , Oslo: Gyldendal Akademisk, 2013.

Lover og forskrifter

Norske lover

Adopsjonsloven	Lov 28. februar 1986 om adopsjon.
Adoptionsloven	Lov 2. april 1917 (opphevet) om adoption.
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Arbeidsmiljøloven 1977	Lov 4. februar 1977 (opphevet) om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Barne bortføringsloven	Lov 8. juli om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn.
Diskrimineringsloven om etnisitet	Lov 21. juni 2013 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn.
Diskrimineringsloven om seksuell orientering	Lov 21. juni 2013 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.
Domstolloven	Lov 13. august 1915 om domstolene.
Ekteskapsloven	Lov 4. juli 1991 om ekteskap.
Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.
Kjøpslovvalgloven	Lov 3. april 1964 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp.
Lov om nordiske privatrettslige dommer	Lov 10. juni 1977 om anerkjennelse og fullbyrding av nordiske dommer på privatrettens område.

Lov om utenlandske skilsmisser	Lov 2. juni 1978 om anerkjennelse av utenlandske skilsmisser og separasjoner.
Luganoloven	Lov 8. januar 1993 (opphevet) om gjennomføring i norsk rett av Lugano-konvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker.
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
NL	Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687.
Straffeloven	Lov 22. mai 1902 Almindelig borgerlig Straffelov.
Straffeloven 2005	Lov 20. mai 2005 (delvis trådt i kraft) om straff.
Tvangsfullbyrdsloven	Lov 26. juni 1992 om tvangsfullbyrdelse.
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Tvistemålsloven	Lov 13. august 1915 (opphevet) om rettergangsmåten for tvistemål.
Voldgiftsloven	Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift.

Norske forskrifter

Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

Forskrift 22. mars 2013 nr. 381 om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten/VO-delen for skips og verftsindustrien.

Utenlandske lover

Georgia Code, Labor and Industrial Relations, Title 34, Section 34-7-1 (USA).

Occupational Safety and Health Act of 1970 (USA).

Forarbeider og offentlige dokumenter

Stortingsmeldinger

St.meld. nr. 25 (2000–2001) *Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg.*

Proposisjoner til Stortinget

Prop. 88 L (2012–2013) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).*

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 3 (1975–76) *Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*

Ot.prp. nr. 41 (1975–76) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.*

Ot.prp. nr. 27 (2003–2004) *Om lov om voldgift.*

Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (dis-*

kriminierungsloven).

- Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).*
- Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) *Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).*
- Ot. prp. nr. 100 (2005–2006) *Om lov om endringer i ekteskapsloven og straffeprosessloven mv. (iltak for å forhindre tvangsekteskap mv.).*

Norges offentlige utredninger

- NOU 2001: 33 *Lov om voldgift (voldgiftsloven).*
- NOU 2003: 2 *Skjerpert vern mot diskriminering i arbeidslivet.*
- NOU 2004: 5 *Arbeidslivslovutvalget : Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.*
- NOU 2009: 10 *Fordelingsutvalget.*
- NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern : Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.*

Rapporter

- Dokument 16 (2011–2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, tilgjengelig gjennom <https://www.stortinget.no/Global/pdf/Dokumentserien/2011-2012/dok16-201112.pdf> (sist besøkt 22. mai 2014).*

Rettspraksis

Norsk Retstidende

Rt-1923-II-58	Rt-1985-1319	Rt-2001-1589
Rt-1927-747	Rt-1989-508	Rt-2001-418
Rt-1934-152	Rt-1992-1023	Rt-2004-1582
Rt-1935-330	Rt-1993-312	Rt-2004-20
Rt-1937-888	Rt-1995-1415	Rt-2009-1537
Rt-1953-1132	Rt-1995-1585	Rt-2009-613
Rt-1961-957	Rt-1995-278	Rt-2009-705
Rt-1962-369	Rt-1996-1288	Rt-2011-124
Rt-1969-664	Rt-1996-502	Rt-2011-531
Rt-1977-715	Rt-1999-837	Rt-2012-1253
Rt-1979-122	Rt-2000-1451	Rt-2013-258
Rt-1980-52	Rt-2001-1322	

Utrykte Høyesterettsdommer

HR-1989-126-K	HR-1996-183-K
---------------	---------------

Rettens Gang

RG-1943-105	RG-1974-213	RG-2009-613
RG-1959-162	RG-2007-1461	RG-2011-125
RG-1961-538	RG-2008-404	
RG-1961-538	RG-2009-348	

Utrykte lagmannsrettsdommer

LA-1995-972	LB-2011-136313	LE-1990-657
LA-2002-902	LB-2011-25337	LE-2002-971
LA-2011-178201	LB-2011-77536	LE-2007-52448
LB-2003-2175	LB-2012-79121	LF-2006-10045
LB-2005-71041	LB-2013-108865	LF-2007-152298
LB-2006-16680	LB-2013-116383	LF-2007-17684
LB-2007-109907	LB-2013-169058	LG-1994-468
LB-2010-111243-2	LB-2013-75148	LG-1996-515
LB-2010-23574	LE-1990-131	LH-2012-40124

Utrykte tingrettsdommer

TOBYF-2004-990	TOSLO-2010-35011	TOSLO-2012-34975
TOSLO-2000-5838	TOSLO-2011-123742	TSAFO-2007-136300
TOSLO-2007-60676	TOSLO-2011-124401	TVARD-2001-284

EFTA-domstolen

E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, [2011] EFTA Ct. Rep. p. 117.

EU-/EF-domstolen

C-41/74 *Yvonne van Duyn v Home Office*, [1974] EFD I-01337.

C-30/77 *Régina v Pierre Bouchereau*, [1977] EFD I-01999.

C-149/77 *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, [1978] EFD I-01365.

C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV.*, [1999] EFD I-03055.

C-619/10 *Trade Agency Ltd v Seramico Investments Ltd.*, dom 6. september 2012, [2012] EUD I-0000.

C-7/98 *Dieter Krombach v André Bamberski*, [2000] EFD I-01935.

C-173/99 *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) v Secretary of State for Trade and Industry*, [2001] EFD I-04881

C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, [2005] EFD I-09981.

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol

Dom 27. september 1999 (sak nr. 31417/96), *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*.

Dom 24. juli 2003 (sak nr. 40016/98), *Karner v. Austria*.

Utenlandske dommer

Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale de L'Industrie Du Papier (RAKTA), 508 F.2d 969, U.S. Court of Appeals, 2d Cir., 1974.

Lucas v. Brown & Root, Inc., 736 F.2d 1202, U.S. Court of Appeals, 8th Cir., 1984.

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Soleimany v Soleimany* [1998] EWCA Civ 285, 19. februar 1998.

EU- og EØS-rett

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen).

Charter of fundamental rights of the European Union (C364/1) av 18. desember 2000

Parlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EC av 29. april 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

Parlaments- og rådsdirektiv 96/71/EC av 16. desember 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (Utstasjoneringdirektivet).

Parlaments- og Rådsforordning 2008/593/EC av 17. juni 2008 on the law applicable to contractual obligations (Roma I)

Rådsdirektiv 2000/43/EC av 29. juni 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

Rådsdirektiv 2000/78/EC av 27. november 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

Rådsdirektiv 2001/23/EC av 12. mars 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

Rådsdirektiv 89/391/EEC av 12. juni 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work.

Treaty establishing the European Economic Community av 1957.

Treaty on European Union av 2009 (TEU).

Treaty on the Functioning of the European Union av 2009 (TFEU).

Konvensjoner

De forente nasjoner (FN)

Den reviderte europeiske sosialpakt (RESC) The European Social Charter av 1961 (revised).

EMK Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms av 1950, med tilleggsprotokoller.

Konvensjon om barnets rettigheter	Convention on the Rights of the Child av 1989.
Luganokonvensjonen	Lugano Convention av 2007.
Modelloven	United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration, 1985.
New York-konvensjonen	United Nations (UN) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958.
SP	International Covenant on Civil and Political Rights av 1966.
Verdenserklæringen	The Universal Declaration of Human Rights av 1948.
ØSK	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights av 1966.

Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO)

ILO Constitution av 1919.

ILO Convention No. 29, Forced Labour Convention, 1930.

ILO Convention No. 87, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948.

ILO Convention No. 98, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949.

ILO Convention No. 100, Equal Remuneration Convention, 1951.

ILO Convention No. 105, Abolition of Forced Labour Convention, 1957.

ILO Convention No. 111, Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958.

ILO Convention No. 138, Minimum Age Convention, 1973.

ILO Convention No. 155, Occupational Safety and Health Convention, 1981.

ILO Convention No. 158, Termination of Employment Convention, 1982.

ILO Convention No. 168, Employment Promotion and Protection against Unemployment Convention, 1988.

ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work av 1998.

ILO Convention No. 182, Worst Forms of Child Labour Convention, 1999.

Europarådet

Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2010)5 of 31 March 2010 on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity.

Parliamentary Assembly Resolution 1728 of 29 April 2010 Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity.