

Grenser for hva som kan være gjenstand for voldgift

- internasjonale utviklingstrekk og forholdet til *ordre public*



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 230
Leveringsfrist: 01.06.2012

Til sammen 35 074 ord

30.05.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Plassering av emnet	1
1.2	Avhandlingens rettskildebruk og metode.....	3
1.3	Kort om lovvalg på de ulike stadiene spørsmålet om hva som kan voldgis oppstår	5
1.4	Voldgift som alternativ form for tvisteløsning.....	7
1.5	Veien videre.....	9
<u>2</u>	<u>HOVEDKRITERIET FOR HVA SOM KAN VOLDGIS: «FRI RÅDIGHET».....</u>	<u>12</u>
2.1	Generelt	12
2.2	Nærmere om vilkårene etter voldgiftsloven	14
2.3	Forholdet til <i>ordre public</i> og de internasjonalt preseptoriske regler.....	19
2.4	Forholdet til voldgiftsavtalens ugyldighet	24
2.5	Ulikheter fra avtaletolkning	29
2.6	Hvem foretar vurderingen av om tvisten kan behandles ved voldgift?	30
2.6.1	Prinsippet om «Kompetenz-Kompetenz»	30
2.6.2	En mulig implikasjon.....	31
<u>3</u>	<u>HVILKE OFFENTLIGE INTERESSER OG HENSYN BEGRENSER HVA SOM KAN VOLDGIS?</u>	<u>35</u>
3.1	Generelt	35
3.2	Forholdet til tredjeparter.....	38
3.2.1	Generelt	38
3.2.2	Beskyttelse av tredjemenn i konkursretten	39
3.2.3	Beskyttelse av tredjemenn i aksjeselskapsretten.....	45

3.3	Voldgiftsrettens mulighet for å avsi et effektivt resultat.....	48
3.4	Voldgiftsinstituttets saksopplysningsprosess.....	50
3.5	Partenes stilling.....	53
3.6	Relevansen av at tvisten utspringer fra <i>ordre public</i>-relaterte regler: «second look»-doktrinen.....	55
3.6.1	Innledning.....	55
3.6.2	Er voldgiftsretten i stand til å ivareta fundamentale hensyn?	56
3.6.3	Mulige implikasjoner.....	62
3.7	Oppsummering	63
4	<u>VOLDGIFTSKLAUSULEN UTFORDRES: «THE LIKELIHOOD OF NON-APPLICATION»</u>	64
4.1	Innledning	64
4.2	Hensyn som taler for at nasjonale rettsreglers tvingende karakter bør være avgjørende for voldgiftsmessigheten.....	66
4.2.1	Innledning.....	66
4.2.2	Vil den norske domstolen få mulighet til å kontrollere voldgiftsavgjørelsen?	67
4.2.3	Vil voldgift medføre uakseptabel tidkrevende og fordyrende prosess?	71
4.3	En ny internasjonal trend?	72
4.3.1	Generelt	72
4.3.2	Er alle internasjonalt preseptoriske regler relevante?	79
4.4	Kan «the likelihood of non-application»-doktrinen legges til grunn i norsk rett?	81
4.4.1	Innledning.....	81
4.4.2	Doktrinens rettslige grunnlag: Et spørsmål om voldgiftsmessighet?.....	81
4.4.3	En åpen invitasjon til å kunne nekte voldgiftsbehandling?.....	84
4.4.4	Behovet for forutberegnelighet i kommersielle avtaler	86
4.4.5	Konklusjon.....	88
4.5	Oppsummering	89

5	<u>VOLDGIFTSAVGJØRELSEN UTFORDRES: RELEVANSEN AV TVISTENS TILKNYTNING TIL DOMSTOLSLANDETS RETT</u>	91
5.1	Innledning	91
5.2	Forholdet mellom tvisten og domstolslandets rett	92
5.3	Voldgiftsmessighet som en eksklusiv jurisdiksjonsregel?	94
5.4	<i>Ordre public</i> som supplement?	100
5.5	I hvilken grad ivaretas hensynene gjennom <i>ordre public</i> -reservasjonen?	104
5.6	Konklusjon	110
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	111
7	<u>KILDEHENVISNINGER</u>	114
7.1	Litteratur	114
7.2	Norske rettskilder	127
7.2.1	Norsk lovgivning	127
7.2.2	Norske lovforarbeider	128
7.2.3	Norsk rettspraksis	129
7.3	Konvensjoner og andre internasjonale rettskilder	129
7.4	Utenlandske rettskilder	131
7.4.1	Utenlandsk lovgivning	131
7.4.2	Utenlandske avgjørelser	131

1 Innledning

1.1 Plassering av emnet

Voldgift er en tvisteløsningsmekanisme bestående av «private dommere», som er utpekt av kontraktspartene for å avsi en avgjørelse med bindende virkning mellom dem. I dag utgjør voldgift den vanligste tvisteløsningsmekanisme innenfor internasjonale kommersielle kontrakter. Den viktige posisjonen voldgift har i internasjonal handel i dag, er et resultat av staters vellykkete politikk for å sikre en vidtrekkende respekt for voldgift som et legitimt tvisteløsningsorgan. Det kanskje viktigste utslaget av dette samarbeidet er New York-konvensjonen av 1958,¹ som forplikter dens mange medlemstater, herunder Norge, til å anerkjenne og tvangsfullbyrde voldgiftsavgjørelser avsagt i utlandet.² New York-konvensjonens utbredelse medfører til og med at det kan være enklere å håndheve en voldgiftsavgjørelse enn en dom som er avsagt av en utenlandsk domstol. Det klare utgangspunkt er med andre ord at voldgiftsavgjørelser skal godtas av de nasjonale rettssystemer som rettskraftige dommer.

Internasjonal voldgift er imidlertid ikke et fullstendig «delokalisert» rettssystem som er uavhengig av nasjonale rettssystemer og domstoler. Man er avhengig av de nasjonale institusjoner for at voldgiftsavgjørelser skal kunne håndheves som rettskraftige dommer.

Det fremkommer av lovmotivene til lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven) at effektiv voldgiftsbehandling og offentlige interesser er de to hovedhensyn som har vært avgjørende for dens utforming.³ De aktuelle

¹ Konvensjonens fulle navn er «Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards», New York 1958.

² For oppdatert liste over medlemslandene, se http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (lest 16.4.2012).

³ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 9-10.

problemstillingene som behandles i denne avhandling, er imidlertid når disse to hensyn er på kollisjonskurs.

Utgangspunktet er at voldgiftsavgjørelser er endelige og bindende også på et nasjonalt plan. Nasjonale domstoler skal ikke opptre som en «ankeinstans» som uten videre kan overprøve voldgiftsdommene. Dette utgangspunktet er imidlertid ikke absolutt. Der viktige offentlige interesser berøres, er de nasjonale rettssystemer tildelt to sentrale reserverasjoner for å kunne nekte voldgiftsavgjørelsens effektivitet: At voldgiftsavgjørelsen omhandler en tvist som ikke lar seg voldgis etter domstolens egen rett, eller at avgjørelsen virker stridende mot rettsordenen, det såkalte forbeholdet om *ordre public*.⁴ Hovedtyngden av denne avhandlingen vil omhandle den førstnevnte reserverasjon. Det skal imidlertid vise seg at den vanskelig kan behandles uten å vise til den sistnevnte, *ordre public*. Tradisjonelt var dette spørsmål som hang nært sammen, men som nyere rettspraksis har gått langt i å adskille. Vi skal imidlertid se at forholdet mellom dem stadig skaper utfordringer på ulike plan i voldgiftsbehandlingen.

Avhandlingen utgjør en del av «Arbitration and Party Autonomy» (APA), et forskningsprosjekt ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.⁵ Prosjektet har blant annet til formål å avdekke hvilke offentlige interesser som kan sette skranker for partsautonomien på områder som ikke er rent kontraktsrettslige. Prosjektets øvrige publikasjoner behandler kort sagt hvordan *ordre public*-reserverasjonen setter slike skranker på utvalgte rettsområder. Temaet i det følgende skiller seg følgelig fra disse, da utgangspunktet her er spørsmålet om hva som kan voldgis i sin alminnelighet, og de enkelte rettsområder vil først og fremst brukes for å belyse prinsipper som er avgjørende for reserverasjonens anvendelse.

⁴ De relevante bestemmelser er for New York-konvensjonens vedkommende artikkel V(2)(a) og (b). Disse utgjør imidlertid ikke de eneste nektelsesgrunner. V (1) oppstiller andre grunner slik som manglende rettslig handleevne, ugyldig voldgiftsavtale, feil ved saksbehandlingen osv.

⁵ For mer informasjon om forskningsprosjektet vises det til dets hjemmesider: <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/> (lest 24.3.2012).

1.2 Avhandlingens rettskildebruk og metode

Det er norsk rett som skal belyses gjennom avhandlingen. Utgangspunktet for drøftelsen er voldgiftsloven § 9 første ledd, som tilsvarer den tidligere bestemmelse i lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) § 452 første ledd første punktum. Rettspraksis og litteratur knyttet til den tidligere bestemmelse vil følgelig fremdeles være relevant.

Rettskildesituasjonen som ligger til grunn for de norske regler, er imidlertid sterkt preget av temaets internasjonale karakter, og det samarbeidet som har medført en stor grad av harmonisering av lands regelverk på området. En viktig del av dette samarbeidet var etableringen av UNCITRAL,⁶ som ble stiftet med det formål å harmonisere de ulike lands handelsrett. Samarbeidet om internasjonal handelsrett ble ytterligere forsterket da kommisjonen i 1978 startet arbeidet med å utarbeide en modellov som skulle regulere internasjonale tvister.⁷ I en FN-resolusjon fra 1985 ble det vedtatt en anbefaling om at statene skal ta modelloven i betraktning ved utforming av nasjonal lovgivning om internasjonal voldgift.⁸ Voldgiftsloven bygger på UNCITRAL Model Law (heretter modelloven), som på noen områder er basert på New York-konvensjonen av 1958.

En ensartet og harmonisert lovgivning blant modellovens medlemsland er et sentralt hensyn innenfor internasjonal voldgift, og en av hovedgrunnene for at modelloven ble lagt til grunn for den norske voldgiftslov.⁹ Det internasjonale grunnlaget for voldgiftsloven tilsier følgelig at man bør legge relativt stor vekt på ikke-norske rettskilder ved tolkningen av dens bestemmelser. Rettskilder som modellovens tekst og dens forarbeider vil derfor være sentrale. Videre vil man kunne legge vekt på

⁶ United Nations Commission on International Trade Law.

⁷ *Voldgiftsloven med kommentarer*. Borgar Høgetveit Berg (red.). Oslo, 2006. s. 34.

⁸ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 25. For modellovens status vises det til http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (lest 16.4.2012).

⁹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 24-25.

internasjonal publisert voldgiftspraksis, rettspraksis fra andre modellovland og internasjonal juridisk litteratur.¹⁰

I motsetning til hva som er tilfellet i flere andre land, skiller ikke den norske voldgiftslov mellom nasjonale og internasjonale tvister.¹¹

Når det gjelder det konkrete emnet for avhandlingen, nemlig spørsmålet om hva som kan være gjenstand for voldgift, er dette overlatt til de enkelte modellovland å bestemme.¹² Både spørsmålet om hvilke tvister som skal voldgis og spørsmål om *ordre public* er, som vi skal se, definert nasjonalt. Men ettersom det er få tvister av disse slag som har kommet opp i norsk rettspraksis, vil likevel betraktninger uttrykt i utenlandske rettskilder stå sentralt for mine vurderinger av hva som er gjeldende norsk rett. Den videre fremstilling vil derfor i stor grad vise til utenlandske dommer og internasjonal litteratur, for å ytterligere belyse spørsmålet om hva som kan voldgis i norsk rett. Det gjeldende harmoniseringshensynet underbygger også en slik henvisning, selv om det må tas høyde for de nasjonale særegenheter.

Det kan også nevnes at flere av spørsmålene avhandlingen behandler, ble tatt opp og behandlet i en paneldebatt under et seminar 21. og 22. november 2011 i Statoils lokaler på Vækerø i Oslo. På seminaret, som var en del av APA-prosjektet, deltok advokater, professorer og dommere, alle med bakgrunn fra internasjonal voldgift.¹³

¹⁰ *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 35-36.

¹¹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 23. Hvilke tvister som skal anses nasjonale og internasjonale, er ikke uten videre lett å fastslå. Som det påpekes av *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*. Emmanuel Gaillard og John Savage (red), Haag, 1999 s. 46 er det en rekke faktorer som kan spille inn.

¹² Se eksempelvis modellovens artikkel 34 (2)(b)(i) om at avgjørelsen kan settes til side når tvisten ikke kan settes til side når «the subject-matter of the dispute is in not capable of settlement by arbitration under the law of this State» (mine kursiveringer).

¹³ For agenda og deltakerlister vises det til APA-prosjektets nettsider:

<http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/events/conferences/2011-arbitration-and-the-not-unlimited-party-autonomy.html> (lest 24.3.2012).

1.3 Kort om lovvalg på de ulike stadiene spørsmålet om hva som kan voldgis oppstår

Tvister som utspringer fra internasjonale kontrakter, vil naturlig nok være tilknyttet mange ulike land. Partene vil for eksempel høre til i ulike land, mens det utpekes en voldgiftsrett i et tredje, nøytralt land. Videre vil partene kunne ha mange aktiva i ennå flere land. Dette kan medføre potensielt vanskelige lovvalgsspørsmål.¹⁴ Ettersom spørsmålet om hva som kan voldgis er regulert forskjellig fra land til land, er det derfor nødvendig å fastslå hvilket lands rett vurderingen skal skje etter.

Svaret på hvilken rett som vil være anvendelig, vil kunne bero på i hvilken fase spørsmålet om hva som kan voldgis oppstår.¹⁵ Vi skal derfor se på lovvalgsspørsmålet ut fra i hvilken fase spørsmålet dukker opp.

Spørsmålet om hva som kan voldgis, oppstår i første omgang der en nasjonal domstol blir forelagt en tvist utspringende fra en kontrakt med voldgiftsklausul. Dette er det såkalte henvisningsstadiet.¹⁶ Utgangspunktet er at en norsk domstol skal avvise et søksmål dersom tvisten utspringer fra et forhold hvor partene har inngått en voldgiftsavtale, jf. voldgiftsloven § 7 første ledd første punktum. I annet punktum fremkommer det imidlertid at den skal fremme saken dersom voldgiftsavtalen er «ugyldig eller av andre grunner ikke kan gjennomføres». Dersom tvisten ikke lar seg voldgi, vil den nasjonale domstolen således kunne behandle den. Det fremkommer av lovmotivene til voldgiftsloven at domstolen skal på eget initiativ prøve «hvorvidt tvisten i det hele tatt kan avgjøres ved voldgift etter *norsk rett*» (mine kursiveringer).¹⁷

¹⁴ Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn, 2009 s. 516.

¹⁵ Cordero-Moss, Giuditta. *International Commercial Law*. Institutt for privatrett, skriftserie 185. Oslo, 2010 s. 491.

¹⁶ På engelsk betegnes dette stadiet som «pre-award», mens stadiet etter at det foreligger en voldgiftsavgjørelse kalles «post-award». Se eksempelvis Kröll, Stefan. *The «Arbitrability» of Disputes Arising From Commercial Representation*. I: *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009 s. 348.

¹⁷ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 90.

Forarbeidene legger altså opp til at den norske domstolen skal legge norske rettsregler til grunn ved avgjørelsen av hva som kan voldgis.¹⁸

Spørsmålet er også aktuelt etter at voldgiftsbehandling har funnet sted og voldgiftsretten har avsagt en dom. Dette kalles for kontrollstadiet.¹⁹ Hvis den part som kommer tapende ut av en voldgiftsbehandling godtar avgjørelsen, er det ikke noe poeng med kontakt mellom voldgiften og de nasjonale domstoler. I et slikt tilfelle vil ikke de nasjonale domstolene ha noen mulighet til å kontrollere voldgiftsdommerens avgjørelse.²⁰ Dersom den tapende part derimot ikke godtar voldgiftsavgjørelsen, har vedkommende to muligheter for å angripe avgjørelsen.

For det første kan den tapende part angripe gyldigheten av avgjørelsen på det stedet hvor voldgiftsdommen ble avsagt. Hvis voldgiftsdommen er avsagt i Norge, kan parten angripe gyldigheten for de norske domstoler, jf. voldgiftsloven § 43 annet ledd, litra a jf. § 1 første ledd. Der heter det at de norske domstoler kan sette avgjørelsen til side dersom «tvisten ikke kan avgjøres ved voldgift etter *norsk rett*» (min kursivering). Det er således norske begrensninger i hva som kan voldgis som skal legges til grunn. Dette er i samsvar med modellovens artikkel 34 (2)(b)(i) som også viser til *lex fori*, altså etter retten i det landet domstolen har sitt sete.

For det andre kan vedkommende nekte å innrette seg etter voldgiftsavgjørelsen, slik at den vinnende part blir tvunget til å søke avgjørelsen fullbyrdet der hvor den tapende

¹⁸ Internasjonalt har det vært stor uenighet om lovvalg når det gjelder spørsmålet om hva som kan voldgis. Artikkel II i New York-konvensjonen som omhandler dette henvisningsstadiet, utpeker ikke eksplisitt hvilken rett som skal legges til grunn. Enkelte har derfor tatt til orde for at V(2)(a) som utpeker domstolslandets rett - *lex fori* -, kan anvendes analogisk på henvisningsstadiet. Se Born (2009) s. 518 for mer om den pågående debatten.

¹⁹ Med «kontroll» siktes det her til å vurdere om voldgiftsavgjørelsen kan rammes av de nektelses- og ugyldighetsgrunner som oppstilles i voldgiftsloven, modelloven og New York-konvensjonen. Som vi har sett, er domstolen ingen ankedomstol, og har ingen kompetanse til å overprøve avgjørelses materielle innhold.

²⁰ Cordero-Moss, Giuditta. *Can an Arbitral Tribunal Disregard the Choice of Law Made by the Parties?* I: Stockholm International Arbitration Review, 2005 s. 2

part har aktiva.²¹ Dersom avgjørelsen søkes tvangsfullbyrdet eller anerkjent i Norge, vil de norske domstolene nekte dette også med henvisning til at tvisten ikke lar seg voldgi etter «norsk rett», jf. § 46 annet ledd, litra a. Det fremkommer av § 1 fjerde ledd at dette også gjelder utenlandske voldgiftsavgjørelser. Vi finner den tilsvarende regulering i New York-konvensjonen artikkel V (2)(a) hvor det vises til «the law of that country» hvor «recognition and enforcement is sought».

Det gjelder altså her en spesiell lovvalgsregel som fastslår at spørsmålet om hvorvidt tvisten kan voldgis skal vurderes etter *lex fori*.²²

Det kan også stilles spørsmål om hvilken rett voldgiftsretten skal legge til grunn når den tar stilling til dens egen kompetanse. Særlige spørsmål som oppstår i denne sammenheng omhandles nedenfor i avsnitt 2.6.2.

1.4 Voldgift som alternativ form for tvisteløsning

Bruk av voldgift er et sentralt element i internasjonal handel, og vi har sett at den er den mest foretrukne form for tvisteløsning blant kommersielle parter som handler over landegrensene. Det er derfor nærliggende å spørre seg om hva som er grunnen til at disse velger å anvende voldgift fremfor å frembringe sine tvister for de nasjonale domstoler.

Et første hensyn som kan påpekes er *fleksibilitet vedrørende voldgiftsrettens sammensetning og prosess*. Reguleringen av rettergangen til de alminnelige domstoler

²¹ Cordero-Moss (2005) s. 2.

²² Som Cordero-Moss, Giuditta. *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules*. Oslo, 1999 s. 389 skriver kan det også være andre lands rettsregler om hva som kan voldgis enn *lex fori* som er relevante for domstolen å vurdere. Både voldgiftsloven §§ 43 og 46 første ledd litra a fastslår at voldgiftsavgjørelsen kan underkjennes dersom «voldgiftsavtalen er ugyldig etter de rettsregler som partene har avtalt skal anvendes på avtalen». Dersom det ikke foreligger en slik avtale, vil retten på voldgiftsstedet – den såkalte *lex loci arbitri* - videre være relevant, jf. 46 første ledd litra a. Se avsnitt 2.4 for mer om dette.

vil ofte være preget av at de er utformet for å behandle alle typer saker. Dette kan gå på bekostning av sakens fremdrift. Ettersom partene i voldgift selv kan bestemme hvordan voldgiftsbehandlingen skal foregå, øker rommet for å tilpasse tvisteløsningen deres egen bransje.²³ Ved å ha adgang til selv å utpeke voldgiftsdommere øker videre sannsynligheten for gode avgjørelser på områder som er teknisk kompliserte, og som krever høy grad av sakkyndighet hos dommerne.

Det kan også fremheves at rettsforholdets *løsrivelse fra nasjonale rettsystemer* er en viktig faktor for partenes valg av voldgift. Her er det tale om et ønske om å underlegge sine tvister et organ som både er nøytralt og uavhengig av de enkelte rettsystemer.²⁴ Med voldgiftsklausuler unngår man følgelig at en av partene får «hjemmebanefordel», da prosessreglene for de alminnelige domstoler vil variere fra land til land.²⁵

Hensynet til *effektiv og rask* saksbehandling er også et sentralt moment ved partenes valg av voldgift.²⁶ Ventetiden for å få berammet saken sin for de nasjonale domstoler kan ofte være lang. Videre vil mulige ankemuligheter kunne forsinke prosessen ytterligere. Voldgiftsavgjørelser er på sin side endelige, og vil i utgangspunktet ikke være gjenstand for ankebehandling, slik vi kjenner igjen fra alminnelig domstolsbehandling.

Fremveksten av voldgift i internasjonal handel i dag skyldes imidlertid først og fremst til *mulighetene for å få tvangsfullbyrdet* voldgiftsavgjørelsen i et av de mange land som

²³ Cordero-Moss (2010) s. 365.

²⁴ Se *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Nigel Blackaby ... [et al.]. 5. utg. New York, 2009 s. 31 og Cordero-Moss (2010) s. 367.

²⁵ Det uttales om dette i den amerikanske høyesterettsavgjørelsen *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, U.S. Supreme Court, 417 U.S. 506 (1974) s. 516 at «such a provision obviates the danger that a dispute might be submitted to a forum hostile to the interests of one of the parties or unfamiliar with the problem area involved».

²⁶ Mæland, Henry John. *Voldgift*. Oslo, 1988 s. 15.

er tilknyttet New York-konvensjonen.²⁷ Tvangsfullbyrdelse av alminnelige utenlandske dommer krever i utgangspunktet at det foreligger bilaterale avtaler, selv om det også her foreligger konvensjonssamarbeid.²⁸

Konfidensialitet blir ofte pekt på som en sentral faktor for partenes valg av voldgift. For norsk retts vedkommende er imidlertid utgangspunktet at voldgiftsbehandlingen og voldgiftsavgjørelsen ikke er underlagt taushetsplikt, med mindre partene har avtalt noe annet i den enkelte sak, jf. voldgiftsloven § 5 første ledd. Grunnen til at partene ofte velger å avtale noe annet, er muligheten for å behandle sine tvister uten negativ publisitet, eller at tvisten omhandler forretningshemmeligheter eller andre opplysninger de ønsker å holde skjult.²⁹

1.5 Veien videre

Den økende bruken av internasjonal voldgift, New York-konvensjonens liberale regulering, samt partenes frihet til å legge opp voldgiftsbehandlingen etter deres preferanser, har medført en debatt om forholdet mellom voldgift i internasjonale kontrakter og de nasjonale rettssystemer. Enkelte har gått så langt som å hevde at internasjonal kommersiell voldgift er et fenomen som er løsrevet – delokalisert – fra de nasjonale rettssystemer.³⁰ Ut fra en slik såkalt delokaliseringsteori bygger voldgift på generelle prinsipper og har ingen tilknytning til noen spesifikk nasjonal lovgivning.

²⁷ Se *Redfern and Hunter on International Arbitration* (2009) s. 32-33 og Cordero-Moss (2010) s. 366-367. Etter lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) § 4-1 annet ledd litra d utgjør en voldgiftsdom et tvangsgrunnlag, jf. voldgiftsloven §§ 45 første og tredje ledd.

²⁸ Se for eksempel Luganokonvensjonen 2007 som sikrer tvangsfullbyrdelse og anerkjennelse av sivile rettsavgjørelser blant EU- og EFTA-land.

²⁹ Se *Redfern and Hunter on International Arbitration* (2009) s. 33 og Cordero-Moss (2010) s. 361. Den økte bruken av voldgift har også vært gjenstand for kritikk. Se Smith, Carsten. *Voldgift – domstolens konkurrent og hjelper*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 106 (1993) s. 479 flg. der det blant annet påpekes at bruk av voldgift begrenser de alminnelige domstolers tvisteløsningsgrunnlag og begrenser også muligheten for å drive rettsskapende virksomhet.

³⁰ Se Cordero-Moss (1999) s. 58-59 som stiller seg kritisk til en slik teori.

Selv om de fleste voldgiftsprosesser og avgjørelser blir etterlevd av partene slik de har avtalt, forekommer det stadig, som vist i avsnitt 1.3, tilfeller hvor de nasjonale rettssystemer involveres. Det er i slike tilfeller at forholdet til de nasjonale offentlige interesser som blir påvirket ved voldgiftsbehandlingen, aktualiseres. Dersom det ikke forekom noen forbindelse mellom de nasjonale rettssystemer og voldgift, ville sistnevnte institusjon befinne seg i et rettslig «vakuum» da voldgiftsavgjørelsene ikke ville kunne anerkjennes eller få noen virkning.³¹

Temaet for denne avhandlingen er følgelig å avdekke hvilken anledning alminnelige domstoler har til å pålegge partene sine nasjonale interesser i kontraktsforholdet gjennom regler om hvilke tvister partene kan underlegge voldgiftsbehandling.

Dette vil gjøres ved å dele avhandlingen opp i tre deler. Første del (kapittel 2) vil se på essensen i regelen som begrenser hva som kan voldgis. Sentralt i denne del vil være å se på reservasjonens forhold til andre mekanismer som begrenser partsautonomien eller utelukker voldgift.

Annen del (kapittel 3) vil ta for seg hensyn og momenter som begrenser rekkevidden av de tvister som kan voldgis, belyst gjennom lovgivning og rettspraksis. Det underliggende i denne del vil være å avdekke hvilke offentlige interesser som kan begrunne en begrensning i hva som kan voldgis, og hvordan dette har kommet til uttrykk på ulike rettsområder. Denne del søker ikke å gi en uttømmende fremstilling av regelen, men snarere å belyse faktorer avgjørende for dens rekkevidde.

Den tredje og siste del (kapittel 4 og 5) vil ta for seg ulike situasjoner hvor formålet bak begrensningen i hva som kan voldgis utfordres, på grunn av temaets internasjonale karakter.

³¹ Se Lew, Julian, Loukas Mistelis og Stefan Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haag, 2003 s. 67 som skriver at denne bemerkning er «[t]he main argument against delocalised arbitration».

I kapittel 4 skal det undersøkes om reservasjonen kan anvendes på et henvisningsstadium der det foreligger fare for at den utpekte voldgiftsrett ikke vil anvende tvingende norske rettsregler, og at det ikke vil være adgang for domstolskontroll.

Kapittel 5 vil på sin side analysere hvor langt begrensningen i hva som kan voldgis rekker på kontrollstadiet. Vil reservasjonen alltid være tilgjengelig der tvisten har lite eller ingen tilknytning til det nasjonale rettssystem? Det undersøkes deretter om *ordre public* i denne relasjon stiller seg noe annerledes, og om denne reservasjonen eventuelt ivaretar noen av de samme hensynene som ligger bak begrensningen i hva som kan voldgis.

Sentralt i denne siste delen vil være hvordan man kan finne løsninger som sikrer ivaretagelsen av offentlige hensyn, samtidig som man legger til rette for effektiv voldgift. Samspillet mellom regelen om hva som kan voldgis og *ordre public* vil stå sentralt i denne sammenheng.

2 Hovedkriteriet for hva som kan voldgis: «fri rådighet»

2.1 Generelt

Det mest grunnleggende prinsippet i internasjonal kommersiell voldgift er prinsippet om partenes autonomi, som innebærer at partene langt på vei kan regulere deres interesser helt fritt. Dette dreier seg ikke bare om retten å velge en bakgrunnsrett som regulerer kontrakten dem i mellom, men også det å kunne unnta deres mellomværende fra de nasjonale domstolars jurisdiksjon ved å innta en voldgiftsklausul i kontrakten.³²

For kommersielle parter er det to sentrale forventninger som vil gjøre seg gjeldende når de har avtalt voldgift. *For det første* vil de ha en forventning om at ved å utpeke voldgift som form for tvisteløsning, så vil tvisten mellom dem løses med endelig virkning. *For det andre* vil de ha en klar forventning om at de alminnelige domstoler ikke skal trenge inn i rettsforholdet dem i mellom. For å imøtekomme disse forventninger kreves det at de nasjonale domstolars adgang til å påtvinge partene sine interesser, holdes på et minimumsnivå. Dette gjelder ikke bare for å oppfylle partenes forventninger, men også for å legge til rette for et effektivt voldgiftssystem.³³ Det klare utgangspunktet er følgelig at domstolene skal avvise søksmål som hører under voldgift, jf. voldgiftsloven § 7 første ledd første punktum, og at voldgiftsavgjørelsen skal anerkjennes og tvangsfullbyrdes, jf. voldgiftsloven § 45 første ledd.

³² Cordero-Moss, Giuditta. *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift: Et tillegg og et forskningsprosjekt*. I: Lov og Rett. 2009 s. 372. Se også Kröll (2009) s. 346 som betegner den sistnevnte frihet som den prosessuelle partsautonomi, som bygger på at partene kjenner deres interesser best, ikke bare når det gjelder det materielle grunnlaget for tvisten, men også i relasjon til hvordan prosessen rundt skal foregå.

³³ Mourre, Alexis og Luca Radicati di Brozolo. *Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back*. I: Journal of International Arbitration nr 23, 2006 s. 171.

Det er imidlertid ikke alle tvister partene kan overlate til en voldgiftsrett å behandle. Det underliggende hensyn bak en innskrenkning av voldgiftsadgangen er at enkelte tvister er så vesentlige, enten for samfunnet, partene eller tredjemenn, at en rettslig avgjørelse bør treffes av de nasjonale domstoler.³⁴ Dette er for å tilstrebe en mest mulig korrekt rettsanvendelse, der alle rettssikkerhetsgarantier gjøres gjeldende. Med andre ord er det tale om hvilke tvister som faller innenfor de alminnelige domstolers eksklusive jurisdiksjon.

For norsk retts vedkommende er grensene for adgangen til å voldgi angitt til de rettsforhold partene har «fri rådighet» over, jf. voldgiftsloven § 9 første ledd. Bestemmelsen angir altså et generelt kriterium for hvilke tvister partene kan voldgi. I engelsk litteratur omtales dette som et spørsmål om «arbitrability», mens det på tysk tales om «Schiedsfähigkeit» og i svensk rett om «skiljedomsförmåga».³⁵ Det finnes ikke noe tilsvarende innarbeidet begrep i norsk litteratur, men jeg vil bruke formuleringer som «voldgiftsmessighet» og om hvorvidt tvisten «kan voldgis». Disse begrepene synes å være mest i overensstemmelse med begrepsbruken i de nevnte land.³⁶

Det er opp til ethvert medlemsland av New York-konvensjonen å avgjøre rekkevidden av hvilke tvister som kan voldgis, jf. artikkel V(2)(a). Det har imidlertid utpekt seg en tendens som har vært felles for flere land. Fra å ha et nokså restriktivt syn på voldgiftsretten som et egnet tvisteløsningsorgan, har blant annet det økte fokuset på

³⁴ Juul, Jakob og Peter Fauerholdt Thommesen. *Voldgiftsret.* 2. utg. København, 2008 s. 50.

³⁵ Se eksempelvis *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration* (1999) s. 330, Horn, Norbert. *Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Schieds VZ, 2008 s. 217 og Heuman, Lars. *Skiljemannarätt.* Stockholm, 1999 s. 156 for henholdsvis engelsk, tysk og svensk begrepsbruk.

³⁶ Begrepsbruken er ikke helt entydig. I USA brukes ordet «arbitrability» om flere aspekter ved voldgiftsrettens jurisdiksjon. Det er altså et videre begrep, da det også omfatter spørsmål om hvorvidt partene gyldig har samtykket til voldgift. Se *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration* (1999) s. 312.

ønskeligheten av handel på tvers av landegrensene medført en økt aksept når det gjelder privat tvisteløsning.³⁷

Innholdet i voldgiftsmessighetsbegrepet er ikke definert i New York-konvensjonen, og det er vanskelig å gi en presis definisjon. Vurderingstemaet som oppstilles i motivene til voldgiftsloven er om tvisten kan være «gjenstand for voldgift», og det fremheves der at det er «karakteren av rettsvisten som er avgjørende».³⁸ I New York-konvensjonen heter det i forbindelse med tvangsfullbyrdelse at vurderingen knytter seg til tvistens «subject matter», jf. artikkel V(2)(a). En ren språklig fortolkning av disse uttrykk kan tenkes forstått dithen at vurderingen knytter seg til den *kategorien* av tvist man står overfor, og ikke en vurdering av hvert enkelt tilfelle. Van den Berg uttrykker dette som at: «the non-arbitrability of a subject matter is not to be accepted if it is only of an incidental nature in the resolution of dispute».³⁹ En slik oppfatning er i samsvar med det blant andre Di Pietro kaller et «*rationae materiae*»-begrep, da en tvists voldgiftsmessighet er uavhengig av partenes vilje og kvalitet.⁴⁰ Som det vil komme til uttrykk flere steder i denne avhandlingen, vil det imidlertid ofte kunne oppstå vanskelige grensetilfeller om hvorvidt man står overfor et spørsmål om voldgiftsmessighet, eller om det er andre rettslige mekanismer som kommer til anvendelse.

2.2 Nærmere om vilkårene etter voldgiftsloven

Det er de «rettsforhold» partene har fri rådighet over som omfattes av § 9 første ledd. Med dette menes at det kun er de tvister som kan bringes inn for de alminnelige domstoler, partene kan voldgi.⁴¹ De aktuelle kravene må altså basere seg på rettsregler. I lovmotivene til lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker

³⁷ *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration* (1999) s. 331.

³⁸ NOU 2001: 33 s. 51.

³⁹ van den Berg, Albert. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haag, 1981 s. 374.

⁴⁰ Di Pietro. *General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention*. I: *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009 s. 91.

⁴¹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 31.

(tvisteloven) heter det at «[i]nteressetvister, faktiske omstendigheter og faglige vurderinger» følgelig ikke kan gjøres til tvistegenstand.⁴²

Med «fri rådighet» siktes det til skillet mellom de såkalte dispositive og indispositive saker.⁴³ Dette er et sentralt skille innenfor alminnelig prosess, og har følgelig vært gjenstand for omfattende behandling i litteraturen.⁴⁴ Forarbeidene til voldgiftsloven fastslår at utgangspunktet for vurderingen er om «partene ved avtale utenfor prosess kan disponere over kravet». Dette vil måtte bero på en tolkning av de aktuelle rettsregler.⁴⁵ Som det påpekes i *Voldgiftsloven, Kommentartutgave* er det i kraft av avtalefriheten i utgangspunktet opp til partene å bestemme over egne formuesgoder og private posisjoner ved avtale.⁴⁶

Etter min mening retter kriteriet om «fri rådighet» seg mot noe annet en avtalefrihet.⁴⁷ Sistnevnte omhandler det partene materielt kan avtale seg i mellom. Fri rådighet retter seg på sin side mot saker som partene utenfor rettergang relativt fritt kan inngå avtale om eller på annen måte disponerer rettslig over.⁴⁸ Kriteriet om «fri rådighet» utgjør rammene for partenes prosessuelle rådighet, og retter seg som sådan ikke mot hva som materielt kan avtales. Det angir således ikke hva man kan gi avkall på av rett, men hva som man kan gi avkall på av forum.

Det heter i forarbeidene at karakteren av rettsvisten er avgjørende for om det foreligger fri rådighet. Spørsmålet er om de «offentlige interesser er så betydelige at det av disse

⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364. Det vises videre til sivilprosessens litteratur om «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 første ledd. Det er også en omfattende rettspraksis knyttet til dette skillet.

⁴³ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 31.

⁴⁴ Det kan her vises til Skoghøy, Jens E. *Tvistløsning: Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis*, Oslo, 2010 s. 527 flg. og Hov, Jo. *Rettergang I*, Oslo, 2010 s. 477 flg.

⁴⁵ NOU 2001: 33 s. 51.

⁴⁶ *Voldgiftsloven, Kommentartutgave*. Helge Jakob Kolrud ... [et al.] Oslo, 2007 s. 78.

⁴⁷ Se også *Tvisteloven, Kommentartutgave, Bind 1*. Tore Schei ... [et al.] Oslo, 2007 s. 517 som forutsetter dette ved å skrive at «begrensninger i avtalefriheten utenfor prosess vil på den annen side som hovedregel også medføre begrensninger i den prosessuelle rådigheten».

⁴⁸ Skoghøy (2010) s. 527.

grunner ikke kan aksepteres voldgift».⁴⁹ Dette innebærer at dersom voldgift skal være utelukket, må dette være på grunn av at de offentlige interesser i en betryggende rettergang krever at tvisten hører innenfor de alminnelige domstolars eksklusive kompetanse.⁵⁰

Det faktum at det foreligger preseptoriske regler på et rettsområde, er ikke ensbetydende med at den aktuelle tvisten ikke kan voldgis.⁵¹ Den enkelte lovbestemmelse må tolkes. Hvis formålet med en rettsregel må tolkes dithen at tvisten skal behandles hos en bestemt kompetent myndighet, vil dette utelukke voldgift. Men hvis regelen må tolkes dithen at den bare angir hva den materielle avgjørelsen skal gå ut på, vil det i utgangspunktet ikke være noe i veien for at den voldgis.⁵²

Det er enkelte rettsområder som er klart utenfor partenes frie rådighet, og hvor de aktuelle tvistene følgelig ikke lar seg voldgi. Det er imidlertid ikke slike typer tvister som det har vært knyttet tvil til. Når det gjelder tvister av formuerettslig art, foreligger det en vid adgang til å inngå avtaler om rettigheter og plikter.⁵³ Voldgiftsmessighet er det klare utgangspunktet. De tvilstilfellene som har oppstått i denne sammenheng, har vært hvor aktørene har opptrådt på en privat arena, men hvor også offentlige interesser spiller en rolle. Konkurranseretten kan nevnes som et eksempel der aktørene vil være private parter som opptrer kommersielt, men hvor deres engasjement ofte vil påvirke offentlige interesser, som for eksempel interessen av å unngå konkurransebegrensende avtaler. Tidligere var det internasjonalt knyttet tvil til om voldgiftsretten hadde kompetanse ved konkurranserettslige tvister. Dette er bakgrunnen for at man i voldgiftsloven § 9 annet ledd eksplisitt har valgt å fastslå at de «privatrettslige virkningene av konkurranselovgivningen» kan behandles ved voldgift.⁵⁴ Med «privatrettslig» menes de kontraktuelle konsekvenser ved brudd på konkurranseretten

⁴⁹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 31 og NOU 2001: 33 s. 51.

⁵⁰ *Voldgiftsloven, Kommentartutgave* (2007) s. 79.

⁵¹ NOU 2001: 33 s. 51.

⁵² NOU 2001: 33 s. 51.

⁵³ Se Hov (2010) s. 484, samt Skoghøy (2010) s. 532.

⁵⁴ Se Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 33.

og vil typisk omfatte en påstand om at en avtale er ugyldig mellom partene på grunn av at den strider mot konkurranselovgivningen.⁵⁵

Et moment som har blitt fremholdt som svært sentralt ved tolkningen av om en regel setter skranker for partenes frie rådighet eller ikke, er hvorvidt regelen er gitt av hensyn til partene eller om den er gitt av hensyn til samfunnet som helhet.⁵⁶ I denne sammenheng har det blitt vist til lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeseerklæringer (avtaleloven) § 36 som et godt eksempel.⁵⁷ Regelen må først og fremst antas å være oppstilt til beskyttelse av den part avtalen virker urimelig overfor, og ikke til vern av brede samfunnsmessige interesser.

Det finnes delvis indispositive saker fordi saken er dispositiv i en retning, men ikke i en annen. Det kan her for eksempel vises til patentretten. Man kunne tro at ettersom et patent tilkjenner patenthaveren en eksklusiv enerett til å utnytte patentgjenstanden, burde vedkommende fritt hatt muligheten til å gi avkall på denne, og at den følgelig ligger innenfor den frie rådighet. Et vedtak om ugyldighet forutsetter imidlertid registrering av offentlige myndigheter. Ettersom patentet har en offentligrettslig side, må det en delvis nasjonal avgjørelse til for at patentet skal kunne strykes fra registeret.⁵⁸ Partene vil følgelig ikke ha fri rådighet over at et patent er ugyldig. De vil imidlertid ha det dersom det kjennes gyldig. Utfallet av dette må bli at hele saken ikke lar seg voldgi, idet saken kun er dispositiv i den retning at patentet kjennes gyldig. Ellers ville voldgiftsretten måtte ta stilling til hvorvidt patentet er gyldig når den vurderer sin egen kompetanse, hvilket som må anses som uholdbart.⁵⁹

Det kan også foreligge delvis indispositive saker der det bare er den ene parten som kan disponere over rettsforholdet. Etter lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 5-22 kan en aksjeeier, styremedlem eller daglig leder i et selskap reise søksmål med påstand om at en generalforsamlingsbeslutning er ugyldig. En slik rett kan

⁵⁵ NOU 2001: 33 s. 51 og Cordero-Moss (2010) s. 489.

⁵⁶ Hov (2010) s. 484.

⁵⁷ Se eksempelvis Skoghøy (2010) s. 533-534.

⁵⁸ Hov (2010) s. 487.

⁵⁹ Se her Skoghøy (2010) s. 542.

ikke begrenses gjennom en voldgiftsklausul.⁶⁰ Bakgrunnen for dette må være at de som har partsrettighetene for aksjeselskapet handler på vegne av styret, og ikke generalforsamlingen. Styret vil ikke kunne omgjøre en generalforsamlingsbeslutning uten at generalforsamlingen selv treffer vedtak om det. Den som har anlagt saken vil derimot på sin side «stå fritt til å frafalle sitt krav om at generalforsamlingsbeslutningen skal kjennes ugyldig».⁶¹ Ettersom det kun er den ene part som kan råde over forholdet, må resultatet bli at en slik tvist ikke kan voldgis.

Undertiden kan det forekomme tilfeller der partene ikke har fri rådighet over et prejudisielt rettsforhold, men hvor de har fri rådighet over selve kravet. Med prejudisielt rettsforhold menes et «spørsmål som retten tar stilling til som ledd i sitt resonnement fram til avgjørelsen av det krav parten har reist», men som ikke blir rettskraftig avgjort.⁶² Selv om dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, må utgangspunktet i slike situasjoner være at tvisten kan voldgis.⁶³

Det legges imidlertid til grunn i lovmotivene at gyldigheten av en privatrettslig rettighet oppnådd ved bevilling eller offentlig rettighetsregistrering, ikke kan prøves prejudisielt.⁶⁴ Løsningen som forarbeidene synes å legge opp til, er at dersom partene retter privatrettslige krav mot hverandre, slik som erstatning, i en tvist som beror på gyldigheten av et offentligrettslig vedtak, må voldgiftsretten kunne behandle tvisten og samtidig legge til grunn at det offentlige vedtaket er gyldig. I *Voldgiftsloven*, *Kommentarutgave* heter det imidlertid at dette kun må gjelde som et utgangspunkt, og at hensynet til effektiv voldgift tilsier at en voldgiftsrett også prejudisielt må kunne prøve gyldigheten av offentlige vedtak, især når det er tale om lovbundne

⁶⁰ Se *Aksjeloven og allmennaksjeloven, Kommentaarutgave*. Aarbakke, Magnus ... [et. al] 2. utg. Oslo, 2004 s. 408.

⁶¹ NOU 2001: 32, Bind B s. 707. Se også *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 124 og Skoghøy (2010) s. 531.

⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 258.

⁶³ NOU 2001: 33 s. 51 og Ot.prp .nr. 27 (2003-2004) s. 33.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 33.

forvaltningsvedtak. Skulle de vise seg at de aktuelle vilkårene ikke var oppfylt, ville følgelig voldgiftsretten kunne trekke de privatrettslige konsekvensene av dette.⁶⁵

At det foreligger regler om tvungent verneting eller særlig prosessform, utelukker ikke at det avtales voldgift.⁶⁶ Det må antas at disse reglene er ment å ivareta andre hensyn, fremfor å avgjøre hvorvidt en bestemt tvist kan avgjøres ved voldgift. Men det er ingen automatikk i dette. Hvorvidt en slik bestemmelse utelukker muligheten for voldgift, vil bero på en tolkning av bestemmelsen.

2.3 Forholdet til *ordre public* og de internasjonalt preseptoriske regler

Som nevnt innledningsvis er partene i betydelig grad gitt frihet til å velge hvilken rett deres rettsforhold skal reguleres av. Cordero-Moss beskriver partsautonomien som en konfliktregel som lokaliserer det rettslige forholdet mellom partene til et valgt rettssystem som erstatter den rett som ellers ville være anvendelig.⁶⁷ Selv om partsautonomien er den grunnleggende hovedregel for lovvalg i internasjonale kontraktsforhold, vil denne være underlagt visse nasjonale begrensninger, bestemt ut fra *lex fori*.

Partsautonomien er også et begrep som skiller seg fra avtalefriheten. Avtalefriheten vil være underlagt preseptoriske regler. Partsautonomien vil som konfliktregel bare være underlagt preseptoriske regler dersom de regnes for å være så tungtveiende at de er å anse som «internasjonalt preseptoriske regler». Disse bygger på et prinsipp om at visse tvingende nasjonale rettsregler kommer til anvendelse uavhengig av partenes lovvalg. I Roma I-forordningen artikkel 9 heter det at dette er bestemmelser «regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests (...) to such an extent that they are

⁶⁵ *Voldgiftsloven, Kommentirutgave* (2007) s. 81.

⁶⁶ NOU 2001: 33 s. 51.

⁶⁷ Cordero-Moss (1999) s. 73.

applicable to any situation falling within their scope». En slik definisjon er i overensstemmelse med det norsk rettspraksis har lagt til grunn.⁶⁸

Den alminnelige norske betegnelse av slike prinsipper har vært internasjonalt preseptoriske regler. I tysk rett brukes «Eingriffsnormen», mens det i engelsk rett betegnes som «overriding mandatory provisions» og i fransk rett som «lois de police».⁶⁹ Ettersom «internasjonalt preseptoriske regler» synes å være innarbeidet i norsk litteratur, velger jeg å bruke dette i den følgende fremstilling.⁷⁰

Videre vil *ordre public*-reservasjonen også utgjøre en skranke på partsautonomien. *Ordre public*-reservasjonen og de såkalte internasjonalt preseptoriske regler har det til felles at de begge gir de nasjonale domstoler et «verktøy» til å fravike det lovvalg partene har foretatt.

Prinsippet om *ordre public* innebærer at partenes lovvalg underkjennes der resultatet av anvendelsen av den utenlandske rett ville være i strid med fundamentale prinsipper i

⁶⁸ En slik forståelse av de internasjonalt preseptoriske regler ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2009 s. 1537 hvor det ble vist til at ytringsfriheten er av fundamental betydning for samfunnet og følgelig kan være å anse som direkte anvendelig, jf. avsnitt 39. Selv om Roma I-forordningen formelt kun er bindende for medlemslandene i EU, er det fremholdt av Høyesterett at ensartete europeiske løsninger taler for at forordningen skal tillegges betydelig vekt ved fastleggelsen av norsk rett, jf. Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 34.

⁶⁹ Cordero-Moss, Giuditta. *Domskommentar: En mer moderne og systematisk rettspraksis om lovvalg etter Bokhandleren i Kabul-dommen*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, nr 04-05, 2010 (II) s. 837. Det har også vært knyttet diskusjon til hvorvidt «lois de police» direkte lar seg oversette til de engelske og tyske begreper, blant annet på seminar 21. november 2011, Vækerø.

⁷⁰ Se eksempelvis Thue, Helge J. *Internasjonal privatrett – Personrett, familierett og arverett*, Oslo, 2002 s. 205 og Cordero-Moss (2010) II s. 833. Det har også blitt forsøkt å kalle disse rettsregler for «positiv» *ordre public* som en betegnelse beskrivende for dens funksjon, jf. Lundgaard, Hans Petter. *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. 3. utg. Oslo, 2000 s. 105. Dette er i motsetning til den såkalte negative *ordre public*, som på sin side er en forsvarsmekanisme. I det følgende vil imidlertid *ordre public* bli brukt om den «negative» delen, da dette samsvarer med den tradisjonelle begrepsbruk og er lagt til grunn i voldgiftsloven. For mer om ulik begrepsbruk knyttet til *ordre public* vises det til Cordero-Moss, Giuditta. *Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler I*: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2007 nr. 5 s. 679 flg.

nasjonal rett.⁷¹ Prinsippet har blant annet kommet til uttrykk i lov 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp (kjøpslovvalgsloven) § 6.⁷² Dette er en sikkerhetsventil som sørger for at de nasjonale domstoler slipper å måtte anvende rettsregler som kan virke støtende mot vårt rettssystem. Det er verdt å merke seg at *ordre public*-reservasjonen er ment å ha et snevert anvendelsesområde, og er ikke ment å bli brukt på enhver uoverensstemmelse mellom den nasjonale retten til *lex fori* og den retten partene har utpekt til å regulere avtalen.⁷³ I common law-jurisdiksjonene brukes begrepet *public policy*. Det antas i det følgende at disse begrepene overlapper.⁷⁴

En *ordre public*-vurdering skal foretas helt konkret og er ikke rettet mot utenlandske regler og rettssystemer generelt. Videre vil de fundamentale prinsipper som utgjør *ordre public* være relative i to henseender: De vil variere fra land til land, og fra tid til tid. Det er således tale om en dynamisk regel.⁷⁵

Både de internasjonalt preseptoriske regler og *ordre public*-reservasjonen gir uttrykk for visse nasjonale verdier som ikke kan undergraves av partenes lovvalg. Forskjellen mellom dem består i deres mekanismer. De internasjonalt preseptoriske regler utgjør et verktøy for å anvende nasjonal rett, mens *ordre public* på sin side motvirker at fremmede rettsregler anvendes.⁷⁶

Ordre public-reservasjonen er, slik som voldgiftsmessighetsbegrensningen, også et mulig grunnlag for å gjøre en voldgiftsavgjørelse ugyldig eller uvirksom, jf.

⁷¹ Høyesterett har her brukt noe ulike formuleringer. I Rt. 2009 s. 1537 i avsnitt 37 bruker førstvoterende formuleringen «strider sterkt med vår rettsfølelse».

⁷² I bestemmelsen heter det at en fremmed rettsregel som ikke er «samhøveleg med ålmennskipnaden (l'ordre public)» ikke kan anvendes.

⁷³ Cordero-Moss, Giuditta. *International Arbitration and the Quest for the Applicable Law*. Global Jurist: Volume 8, Issue 3 (Advances), Article 2, 2008. s. 26.

⁷⁴ Tradisjonelt bestod det engelske «public policy» av mer statspolitiske elementer, men dette har blitt dempet ned, og begrepet er i dag tilnærmet lik den kontinentale «ordre public». Se Thue (2002) s. 181. Når det eksempelvis i New York-konvensjonen vises til «public policy» i artikkel V(2)(b), vil det følgelig legges til grunn det samme begrepsinnhold som *ordre public*.

⁷⁵ Cordero-Moss (2007) s. 710-712.

⁷⁶ Cordero-Moss (2010) II s. 834.

voldgiftsloven §§ 43 og 46 annet ledd litra b.⁷⁷ Som det vil fremkomme flere steder i avhandlingen, er det imidlertid ikke tilstrekkelig for tilsidesettelse eller uvirksomhet av en voldgiftsavgjørelse at voldgiftsretten ikke har anvendt internasjonalt preseptoriske regler. En internasjonal preseptorisk regel kan imidlertid beskytte så tungtveiende hensyn at en ikke-anvendelse av den må anses som en krenkelse av *ordre public*. Da vil voldgiftsavgjørelsen kunne angripes. Men det er ingen automatikk i at det foreligger en slik sammenheng.⁷⁸

Adgangen til å angripe voldgiftsavgjørelser etter voldgiftsloven §§ 43 og 46 er uttømmende angitt.⁷⁹ Tilkjennes de nasjonale domstoler en for vid adgang til å kunne underkjenne voldgiftsavgjørelsene, vil de stå i fare for å fungere som en anke-domstol. Dette er ikke meningen og heller ikke ønskelig da partene nettopp har valgt voldgift ut fra en forventning om at voldgiftsavgjørelsen skal være endelig og effektivt skal kunne håndheves. På denne bakgrunn uttaltes det av EU-domstolen⁸⁰ i den kjente *Eco Swiss*-avgjørelsen 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».⁸¹

⁷⁷ I en voldgiftskontekst vil den potensielt kunne ramme flere forhold, da man ikke bare vurderer avgjørelsens materielle innhold, men også *hvordan* avgjørelsen har blitt til. Se avsnitt 5.5 i denne sammenheng.

⁷⁸ Se Cordero-Moss (2007) s. 711.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 110 og 113.

⁸⁰ Selv om domstolen har gått under navnet EF-domstolen tidligere, vil det av fremstillingsmessige grunner vises til EU-domstolen også når eldre avgjørelser omtales.

⁸¹ *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, C-126/97, European Court reports 1999 s. I-03055, Avsnitt 35. EU-domstolen kom til at en voldgiftsavgjørelse som fastholder en avtale i strid med artikkel 81 i EF-traktaten (i dag EUF-trakten artikkel 101) om ulovlig markedsdeling kan settes til side på grunnlag av *ordre public*. Forholdet til konkurranseretten har skapt særlige motstrømninger blant juridiske forfattere med henholdsvis voldgiftsrett og konkurranserett som sine fagfelt. Standpunktet til de sistnevnte er at nasjonale domstoler bør tilkjennes en vid adgang til å underkjenne voldgiftsavgjørelser som ikke anvender relevante konkurranseregler for å motvirke at disse reglene utflyter. For mer om forholdet mellom konkurransereglene og voldgift vises det til Blanke, Gordon. *The «Minimalist» and*

I tråd med oppfatningen om at et snevert *ordre public*-unntak er nødvendig for å sikre effektiv voldgift, ble det i arbeidet med modelloven vurdert om man skulle operere med en henvisning til en såkalt *internasjonal ordre public*.⁸² En slik reservasjon er ment å slå fast at det kun er de mest betydelige prinsipper som rammes, de som regnes som fundamentale på et internasjonalt plan. Formålet med en slik definisjon ville være å unngå at det enkelte medlemsland legger til grunn et for vidt *ordre public*-begrep, og på denne måten motarbeide hensynet til effektiv voldgift. Forslaget om innføring av *internasjonal ordre public* ble imidlertid forkastet, men diskusjonen illustrerer viktigheten av at de unntak som fraviker utgangspunktet om at voldgiftsavgjørelser er endelige og bindende, bør tolkes snevert.

Nasjonale domstoler skal følgelig ikke behandle de underliggende materielle krav. Det at en norsk domstol mener at det foreligger feil i voldgiftsrettens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse, vil følgelig ikke være relevant med mindre utfallet strider mot fundamentale prinsipper i norsk rett.⁸³

Forholdet mellom voldgiftsmessighet og *ordre public* har vært gjenstand for debatt i teorien. Enkelte mener at voldgiftsmessighetsregelen er et underkonsept av *ordre public*, og at voldgiftsmessighetsregelen til og med er overflødig.⁸⁴ Med dette menes at det også vil være nasjonale verdier som er styrende for hva som kan underlegges voldgiftsbehandling. Som Redfern og Hunter skriver: «Whether not a particular type of

«Maximalist» Approach to Reviewing Competition Law Awards: A Never-Ending Saga. I: Stockholm International Arbitration Review 2007 nr. 2 s. 51 flg. og Nielsen, Nicolai. *Avtaler med konkurranserettslige implikasjoner: voldgift og lovvalg*. Masteroppgave levert ved Det juridiske fakultet 2010. Tilgang: <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/publications/nielsen.pdf> (lest 27.5.2012).

⁸² Se UN-Doc.A/CN.9/233, avsnitt 154 Tilgang: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V83/538/60/PDF/V8353860.pdf?OpenElement> (lest 2.5.2012), samt *Voldgiftsloven, Kommentartutgave* (2007) s. 259-260.

⁸³ Se Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 110 i forbindelse med ugyldighet.

⁸⁴ Se Cordero-Moss (1999) s. 294, som viser til van den Berg (1981) s. 360 flg.

dispute is «arbitrable» under a given law is in essence a matter of public policy for that law to determine».⁸⁵

Det er imidlertid ikke til å legge skjul på at de to reservasjoner utgjør selvstendige grunner for å underkjenne voldgiftsavgjørelser etter voldgiftsloven, modelloven og New York-konvensjonen. Det synes derfor nærliggende å anta at det er en grunn til å skille mellom dem, selv om de langt på vei vil ivareta de samme underliggende offentlige hensyn.

Det er i denne sammenheng viktig å fremheve at *ordre public* og spørsmålet om hva som skal voldgis er ulike konsepter. Dette vil tydelig fremkomme av typetilfellet i kapittel 5. En begrensning i adgangen til å avtale voldgift skal bevare de nasjonale domstolars eksklusive jurisdiksjon over enkelte bestemte typer tvister, mens *ordre public* er en forsvarsmekanisme som skal beskytte enkelte fundamentale rettsprinsipper. Førstnevnte begrensning forutsetter en abstrakt vurdering av tvistetyper som sådan, en såkalt *a priori*-virkning uavhengig av muligheten for konkrete krenkelser. *Ordre public*-reservasjonen er på sin side en sikkerhetsventil som kun er ment å ramme de mest graverende tilfeller, og den kommer bare til anvendelse ved faktiske krenkelser knyttet til erfaringen. Den forutsetter altså en *a posteriori*-vurdering.⁸⁶

Videre skal vi se at det ikke er noe i veien for at en voldgiftsrett anvender rettsregler som er beskyttet av *ordre public*-hensyn. I så henseende kan det heller ikke settes noe likhetstegn mellom voldgiftsmessighet og *ordre public*.

2.4 Forholdet til voldgiftsavtalens ugyldighet

Ofte kan det være vanskelig å avgjøre om en nasjonal regel regnes for å regulere hva som kan voldgis. Her skal forholdet til voldgiftsavtalens gyldighet undersøkes.

⁸⁵ *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Alan Redfern... [et al.]. 4. utg. London, 2004 s. 164.

⁸⁶ Se Cordero-Moss (1999) s. 294 for denne begrepsbruk. Begge begrepene kommer fra latin. *A priori* betyr «fra det tidligere», mens *a posteriori* betyr «fra det senere».

En voldgiftsavtale kan bli ugyldig etter alminnelige avtalerettslige regler.⁸⁷ Resultatet av en ugyldighetsregel vil kunne bli akkurat det samme som en begrensning av hva som kan voldgis: Voldgiftsklausulen blir ikke effektiv.

Noen viktige forskjeller mellom de to regelsett må imidlertid fremheves. Brekoulakis skriver at:

«Arbitrability is (...) a specific condition pertaining to the jurisdictional aspect of arbitration agreements, and therefore, it goes beyond the discussion on validity. Arbitrability is a condition precedent for the tribunal to assume jurisdiction over a particular dispute (a jurisdictional requirement), rather than a condition of validity of an arbitration agreement (contractual requirement)».⁸⁸

Voldgiftsmessighetsbegrensningen retter seg altså mot en bestemt kategori av tvister, og ikke mot den generelle gyldigheten eller virksomheten til voldgiftsklausulen i seg selv.⁸⁹

Dersom en voldgiftsavtale derimot kjennes ugyldig etter alminnelige avtalerettslige regler, vil hele hjemmelsgrunnlaget for voldgiftsrettens kompetanse bortfalle. Av dette følger det at hvis en voldgiftsavtale kjennes ugyldig, så vil hele grunnlaget for å kunne ekskludere de nasjonale domstolers jurisdiksjon falle bort.⁹⁰ I et slikt tilfelle vil den påfølgende voldgiftsavgjørelsen verken være bindende eller kunne fullbyrdes.⁹¹ En avtalerettslig ugyldighetsgrunn vil følgelig alltid medføre at alle typer tvister ikke kan voldgis. En voldgiftsmessighetsbegrensning vil på sin side kun utelukke at voldgiftsretten har kompetanse til å behandle den aktuelle tvisten, mens kompetansen

⁸⁷ *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 142.

⁸⁸ Brekoulakis, Stavros. *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*. I: *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn (2009) s. 39.

⁸⁹ Born (2009) s. 708.

⁹⁰ Det sees her bort i fra voldgift som følge av at en lovbestemmelse henviser tvisten til behandling av en voldgiftsrett, se Mæland (1988) s. 39 flg. for mer om dette.

⁹¹ Cordero-Moss (1999) s. 279.

består når det gjelder andre typer tvister. Man kan formulere det som at avtalen vil være ugyldig når det gjelder den aktuelle tvisten. Dersom voldgiftsmessighetsbegrensningen retter seg mot kontraktsforholdets art, vil imidlertid rettsvirkningen bli være den samme.

Regler om tvang og svik osv., jf. avtaleloven §§ 28-33, vil være typiske eksempler på generelle regler om avtalers inngåelse.⁹² Dette er spørsmål som tradisjonelt ikke regnes som voldgiftsmessighetsspørsmål, da de ikke er spørsmål som fokuserer på de offentlige interesser i forholdet mellom voldgiftsdomstoler og alminnelige domstoler. Knytter imidlertid ugyldigheten seg til tvistens objekt vil vi derimot være over i spørsmålet om voldgiftsmessighet.

Forholdet mellom ugyldighet og voldgiftsmessighet er ikke bare av ren teoretisk interesse, men kan også få praktisk betydning, da det vil kunne få betydning for hvilket lands rett som skal regulere de ulike regelsett.⁹³

Sondringens betydning kan for eksempel vise seg når det er spørsmål om en voldgiftsavgjørelse skal kunne tvangsfullbyrdes. Etter voldgiftsloven skal spørsmålet om tvisten kan voldgis som sagt vurderes etter «norsk rett», jf. § 46 annet ledd litra a. Men dersom den aktuelle avgjørelsen angripes ved ugyldighetsregler knyttet til voldgiftsavtalen, vil det kunne være andre lovvalgsregler som gjelder. Etter voldgiftsloven § 46 første ledd litra a kan nemlig fullbyrdelse av voldgiftsavgjørelsen nektes dersom voldgiftsavtalen er ugyldig etter de rettsregler partene har avtalt skal anvendes, eller i mangel av en slik avtale, etter det lands rett hvor «voldgiftsdommen

⁹² For mer om mulige ugyldighetsgrunner, se Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 8. utg. Oslo, 2012 s. 229 flg. I voldgiftsloven trekkes det videre et skille mellom voldgiftsavtalens ugyldighet og manglende rettslig handleevne som alternative grunnlag for å angripe voldgiftsavgjørelsen på, jf. eksempelvis § 43 første ledd litra a.

⁹³ Se de tilsvarende betraktninger i Cordero-Moss (1999) s. 389, samt Siig, Kristina. *Manglende arbitrabilitet eller kontraktuel ugyldighet – et causeri om visse usikkerheder i den transportretlige regulering af voldgiftsinstituttet*. I: Festskrift i anledning af Den danske søretsforenings 100 års jubilæum, Danmark, 2000. s. 163 flg.

ble avsagt». Ofte vil ikke partene ha avtalt noe om hvilken rett som skal regulere voldgiftsavtalen, og følgelig blir voldgiftsstedets rett som oftest avgjørende.⁹⁴

Dette kan illustreres ved følgende eksempel: Anta at en brasiliansk person ansettes som daglig leder av et norsk selskap. Det inngås en voldgiftsavtale som utpeker voldgiftsbehandling i Brasil. Senere opphører arbeidsforholdet, og det oppstår tvist knyttet til et sluttvederlag den tidligere lederen mener han har krav på. Saken behandles av voldgiftsretten som gir den tidligere daglige lederen fullt sluttvederlag.

Vedkommende søker deretter å tvangsfullbyrde voldgiftsavgjørelsen i Norge.

Det står eksplisitt i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) at arbeidsgiver skriftlig kan inngå avtale om voldgift med «virksomhetens øverste leder», jf. § 15-16 første ledd. Den norske domstolen vil følgelig ikke kunne nekte fullbyrdelse av avgjørelsen etter voldgiftsloven § 46 annet ledd litra a. Men dersom spørsmålet sees på som et spørsmål om ugyldighet, vil også et annets lands rett komme til anvendelse.

I vårt tilfelle ble voldgiftsdommen avsagt i Brasil, og spørsmålet om voldgiftsavtalens gyldighet skal følgelig behandles etter brasiliansk rett, jf. § 46 første ledd litra a.

Spørsmålet blir således om en slik avtale er gyldig etter brasiliansk rett.

Voldgiftsmessigheten av slike tvister har vært omstridt i Brasil. Nyere rettspraksis tyder imidlertid på at tvister mellom toppledere og arbeidsgivere ikke kan voldgis.⁹⁵ Om en

⁹⁴ Det fremkommer også av bestemmelsen at forholdet mellom ugyldighet og manglende voldgiftsmessighet får avgjørende betydning for om nektelse av tvangsfullbyrdelse må påberopes av en part, eller om domstolen må vurdere det av eget tiltak. Etter § 46 annet ledd litra a skal domstolen av «eget tiltak» nekte fullbyrding når tvisten ikke lar seg voldgi etter norsk rett, mens det oppstilles ikke et slikt krav ved nektelsesgrunnene i § 46 første ledd.

⁹⁵ Se TST-RR-79500-61.2006.5.05.0028, Xerox Comércio e Indústria LTDA ("Xerox") v Mário de Castro Guimarães Neto ("Guimarães"), en avgjørelse avsagt av den brasilianske arbeidsretten, Tribunal Superior do Trabalho. Domstolen fastslo at en tvist mellom «branch manager» av et multinasjonalt selskap og hans arbeidsgiver ikke var voldgiftsmessig. Avgjørelsen er imidlertid påanket og per 28.3.2012 ennå ikke blitt behandlet av den brasilianske høyesterett. Se Serec, Fernando og Antonio Neto. *Highest labour court rejects use of arbitration*. 2010 Tilgang:

<http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=68260893-48cb-4527-8b44-616eff561f04> (lest 30.5.2012).

slik regel tolkes som en ugyldighetsgrunn, vil norske domstoler følgelig kunne nekte tvangsfullbyrdelse på grunnlag at voldgiftsavtalen ikke er gyldig etter brasiliansk rett. Eksempelet illustrerer altså at partene vil måtte ta hensyn til retten i flere land for å være sikre på at deres valg av voldgift vil bli respektert.

2.5 Ulikheter fra avtaletolkning

Undertiden kan det også oppstå tvist om hvorvidt voldgiftsavtalen omfatter den aktuelle tvisten. Dette er imidlertid ikke et spørsmål om voldgiftsmessighet, men et alminnelig spørsmål om avtaletolkning. Det vil følgelig bero på alminnelige avtalerettslige prinsipper om hvorvidt det er inngått en voldgiftsavtale som rammer den type tvist som er oppstått mellom partene. Konsekvensen av avtaletolkningen og manglende voldgiftsmessighet kan imidlertid bli den samme, da begge kan medføre at voldgiftsretten ikke har kompetanse til å behandle tvisten. Begge grunnene vil medføre at den etterfølgende voldgiftsavgjørelsen kan underkjennes, enten på grunn av manglende voldgiftsmessighet, jf. voldgiftsloven §§ 43 og 46 annet ledd litra a, eller at voldgiftsretten går utenfor sin domsmyndighet, jf. §§ 43 og 46 første ledd litra c.

Ofte vil en voldgiftsavtale inneholde generelle begreper som at «enhver tvist i forbindelse med denne kontrakt, eller andre kontrakter som følger av denne, skal endelig løses ved voldgift».⁹⁶ En slik vid klausul kan gi grunnlag for tolkningsspørsmål. Det har i den anledning blitt lagt til grunn at en voldgiftsavtale må tolkes restriktivt.⁹⁷ Det underliggende bak en slik tilnærming er at det å inngå en voldgiftsavtale innebærer å gi et avkall på de rettssikkerhetsgarantier behandling hos de alminnelige domstoler fører med seg. Fremgår det ikke klart hva partene har ment, har det blitt lagt til grunn at man bør velge det tolkningsalternativ som er gir voldgiftsavtalen minst omfang.⁹⁸

Selv om ordet voldgift ikke er brukt i avtalen, kan en slik avtale etter omstendighetene likevel anses å foreligge. Dette illustreres i en kjennelse avsagt av Agder lagmannsrett i LA-2009-90969. Her hadde partene avtalt at verdsettelsen ved innløsning av aksjer skulle fastsettes av takstmann «med bindende virkning for partene». Lagmannsretten uttalte at etter en språklig forståelse sett i lys av formålet, hadde det «formodningen mot

⁹⁶ Eksempelet er hentet fra Oslo Handelskammers hjemmesider, se <http://www.chamber.no/no/tvistelosning/tvistelosningsklausuler/> (lest 20.3.2012).

⁹⁷ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 40.

⁹⁸ Se Mæland (1988) s. 80.

seg at partene kan ha ment at dette spørsmålet skulle bringes inn for de alminnelige domstoler».

Foreligger det flere krav og motkrav mellom partene, bør man anta at partene ikke har ment å skille mellom de ulike kravene, der noen skal behandles ved voldgift, mens andre ikke, så lenge kravene springer ut av den samme kontrakten.⁹⁹

2.6 Hvem foretar vurderingen av om tvisten kan behandles ved voldgift?

2.6.1 Prinsippet om «Kompetenz-Kompetenz»

Voldgiftsloven § 18 første ledd fastslår at voldgiftsretten avgjør spørsmål om sin egen kompetanse. Dette omfatter blant annet innsigelser mot voldgiftsavtalens eksistens, at «voldgiftsavtalen ikke dekker tvisten eller at tvisten i det hele tatt ikke kan være gjenstand for voldgift».¹⁰⁰ Dette er et uttrykk for det såkalte prinsippet om «Kompetenz-Kompetenz».¹⁰¹ Prinsippet medfører at det er voldgiftsretten selv som i første instans skal vurdere sin kompetanse og ikke de alminnelige domstoler.¹⁰² Følgelig trenger ikke voldgiftsretten å avbryte sin behandling i påvente av en avgjørelse fra en nasjonal domstol om hvorvidt den har kompetanse til å behandle tvisten eller ikke. Prinsippet gir voldgiftsretten muligheten til selv å vurdere sin egen kompetanse, og anledning til å avsi en etterfølgende avgjørelse på det grunnlag. Hensynet bak

⁹⁹ Mæland (1988) s. 81.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 96.

¹⁰¹ Prinsippet ligger i forlengelsen av doktrinen om separabilitet, det vil si at «kontrakten og voldgiftsavtalen skal sees på som to selvstendige avtaler, selv om voldgiftsavtalen er inntatt i kontrakten», jf. Rt. 1998 s. 1224. Voldgiftsavtalens gyldighet skal altså vurderes uavhengig av gyldigheten til hovedavtalen mellom partene. Se *Voldgiftsloven, Kommentarutgave* (2007) s. 127 og Cordero-Moss, Giuditta. *Legal Capacity, Arbitration and Private International Law*, I: Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr, 2010 (III) s. 621 for mer om denne doktrine.

¹⁰² *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 198.

regelen om «Kompetenz-Kompetenz» er følgelig å motvirke faren for trenering dersom en part skulle motsette seg voldgift.¹⁰³

Det kan forekomme tilfeller hvor tvisten behandles parallelt både for voldgiftsretten og for de nasjonale domstoler. Voldgiftsloven § 7 tredje ledd fastslår nemlig at voldgiftsbehandlingen kan starte eller fortsette dersom den allerede er startet, selv om søksmål verserer for domstolene. Bestemmelsen innebærer imidlertid ikke at det blir to rettskraftige avgjørelser. Det fremheves i *Voldgiftsloven med kommentarer* at dersom de alminnelige domstoler avsier en dom hvor det fastslås at tvisten ikke lar seg voldgi, skal voldgiftsretten avslutte sin behandling. Dersom voldgiftsretten på den annen side fastslår at den har kompetanse og behandler tvisten, vil den nasjonale domstolen kunne kjenne voldgiftsavgjørelsen ugyldig.¹⁰⁴

Det kan videre stilles spørsmål ved om voldgiftsretten har plikt til å vurdere sin egen kompetanse av eget tiltak, eller om en slik plikt bare foreligger når en av partene har innsigelser mot den. En slik plikt lar seg ikke lese ut av lovens ordlyd, men det fremkommer av forarbeidene at spørsmål rundt de innsigelser partene ikke har rådighet over, plikter voldgiftsretten å avgjøre, herunder hvorvidt «tvisten kan være gjenstand for voldgift».¹⁰⁵ Det følger motsetningsvis av dette at når det gjelder innsigelser som det er fritt opp til partene å ta opp, så vil voldgiftsretten som den klare hovedregel være «avskåret fra å ta opp» spørsmålet dersom innsigelse ikke er fremsatt.¹⁰⁶

2.6.2 En mulig implikasjon

En voldgiftsrett etablert for å løse en internasjonal kommersiell tvist befinner seg i en helt annen rettslig kontekst enn det en nasjonal domstol gjør. I internasjonal voldgift vil ikke en voldgiftsrett ha noen *lex fori* i samme forstand som en alminnelig domstol har. I

¹⁰³ Denne bakgrunnen fremkommer av Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 47. Se også Cordero-Moss (2010) III s. 625.

¹⁰⁴ *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 198.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 96.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 96.

Redfern and Hunter on International Arbitration beskrives det som at mens en nasjonal dommer forholder seg til en klart definert rettsorden, vil en voldgiftsdommers plikter og kompetanse utspringe fra «a complex mixture of the will of the parties, the law governing the arbitration agreement, the law of the place of arbitration, and the law of the place where recognition or enforcement of the award may be sought».¹⁰⁷

Ut fra et delokaliseringssyn er en voldgiftsrett et uavhengig organ, uten eget rettssystem. Dens eneste formelle grunnlag er partenes avtale, og voldgiftsretten vil derfor i utgangspunktet ikke måtte være lojal overfor de nasjonale lover når det gjelder rekkevidden av dens kompetanse. At dens kompetanse utspringer fra voldgiftsavtalen, gjør at partenes vilje blir helt avgjørende.

Foreligger det en voldgiftsavtale som omfatter den aktuelle tvist, vil det være en presumsjon for at partene har ønsket å voldgi tvisten. Voldgiftsretten vil ut fra dette utgangspunkt plikte å måtte behandle tvisten, uavhengig av hva som fremkommer av de tilknyttede nasjonale rettssystemer. Det er derfor blitt hevdet at en voldgiftsdommers primære oppgave er å vurdere om avtalen omfatter den tvisten vedkommende har blitt forelagt.¹⁰⁸ Voldgiftsdommeren skal med andre ord først og fremst tolke avtalen, for å kartlegge om partene har ment at vedkommende skal behandle den aktuelle tvist.

Ut fra en delokalisering betraktning vil imidlertid også de offentlige interessene til de nasjonale rettssystemer være relevante. Det vil ikke være ut fra det syn at voldgiftsretten er forpliktet til å tilgodese dem, men ut fra forsiktighetshensyn. Det underliggende her er at en voldgiftsdommer må legge til grunn at partene er rasjonelle og ønsker et effektivt resultat. For at et slikt effektivt resultat skal kunne oppnås vil den etterfølgende voldgiftsavgjørelse måtte kunne anerkjennes og tvangsfullbyrdes av de nasjonale rettssystemer som saksforholdet har en relasjon til. Ellers ville voldgiftsbehandlingen kun være en ressurs- og tidkrevende prosess som ikke ville fått

¹⁰⁷ *Redfern and Hunter on International Arbitration* (2009) s. 313.

¹⁰⁸ Pamboukis, Charalambos. *On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver*. I: *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn (2009) s. 130, som sier at utgangspunktet er det motsatte for en nasjonal dommer. En nasjonal dommer skal som utgangspunkt vurdere om tvisten i det hele tatt lar seg voldgis.

noe reelt utfall for partene. Dette kan defineres dit hen at selv om voldgiftsretten formelt ikke vil være bundet av de nasjonale regler om hva som kan voldgis, vil det være praktiske forhold som begrenser voldgiftsrettens kompetanse. Som Brekoulakis skriver:

«The crucial arbitrability question for the tribunal should be whether an arbitral award is able to successful dispose of the dispute».¹⁰⁹

Det avgjørende for voldgiftsretten i sin tilstrebelse etter å nå et effektivt resultat vil være å fastslå hvilke rettssystemer man har hvor avgjørelsen kan tenkes utfordret.

Retten på voldgiftsstedet, den såkalte *lex loci arbitri*, vil i denne sammenheng spille en sentral rolle.¹¹⁰ At det må tas hensyn til denne rett, fremkommer av voldgiftsloven § 31 fjerde ledd hvor det heter at når voldgiftsretten skal ta stilling til sin egen jurisdiksjon etter § 18, skal den anvende de rettsregler som de alminnelige domstoler er bundet av ved ugyldighetssøksmål etter §§ 43 første ledd litra a og annet ledd. Dette er fordi voldgiftsavgjørelsen risikerer å bli satt til side av domstolene på voldgiftsstedet, med henvisning til at tvisten ikke lar seg voldgis.¹¹¹

For å imøtekomme partenes ønske om et effektivt resultat må det videre tas hensyn til de begrensninger som foreligger i de land hvor voldgiftsavgjørelsen kan tenkes søkt anerkjent eller tvangsfullbyrdet.¹¹² Dette vil igjen bero på hvor partene har sine aktiva. Som regel vil det seg enkelt fastslå hvor avgjørelsen vil kunne utfordres. Men en slik vurdering vil imidlertid ikke alltid være uproblematisk. Ved internasjonale kommersielle kontrakter vil partene ofte ha aktiva i utallige land. Da kan det tenkes at mange potensielle rettssystemer kan begrense voldgiftsrettens kompetanse. På

¹⁰⁹ Brekoulakis, Stavros. *Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori*. I: *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009 (II) s. 113.

¹¹⁰ Brekoulakis (2009) II s. 111.

¹¹¹ De aktuelle bestemmelser det her er tale om, er voldgiftsloven § 43 annet ledd litra a, hvilken er den norske implementering av modelloven artikkel 34 (2)(b)(i).

¹¹² Dersom tvisten ikke lar seg voldgi i det aktuelle land, vil voldgiftsavgjørelsen som kjent nektes anerkjent eller tvangsfullbyrdet, jf. New York-konvensjonen artikkel V(2)(a).

avgjørelsetidspunktet kan det være nærmest umulig å fastslå hvor avgjørelsen kommer til å bli søkt fullbyrdet.¹¹³ På bakgrunn av den manglende muligheten for å forutse hvilken rett voldgiftsmessigheten vil vurderes ut fra har det blitt hevdet at voldgiftsmessighetsspørsmålet utgjør det vesentligste usikkerhetsmoment i internasjonal voldgift.¹¹⁴

¹¹³ Det kan her også stilles spørsmål om voldgiftsavgjørelsens eventuelle manglende virksomhet er en risiko som ligger hos partene. For liknende betraktninger vises det til det tilsvarende spørsmål om *ordre public*, omtalt i avsnitt 3.6.2.

¹¹⁴ Siig (2000). s. 164.

3 Hvilke offentlige interesser og hensyn begrenser hva som kan voldgis?

3.1 Generelt

Selv om rettspraksis i nyere tid har gått langt i å åpne adgangen for hvilke tvister som kan voldgis, er det også i dag alminnelig anerkjent i internasjonal voldgift at visse tvister er av en slik karakter at de ikke bør voldgis. Som påpekt i avsnitt 2.2, er vurderingstemaet om de berørte offentlige interesser tilsier at partene ikke har «fri rådighet» over tvisten etter voldgiftsloven § 9 første ledd.¹¹⁵

Offentlige interesser er ikke et snevert begrep. I forbindelse med skillet mellom de dispositive og indispositive saker etter tvisteloven § 11-4 heter det i forarbeidene at offentlige hensyn skal tolkes meget vidt.¹¹⁶ Videre heter det at det sentrale spørsmålet ved en slik vurdering er om «rettsforholdet er slik at hensyn til andre interesser enn de sakens parter kan råde over, nødvendiggjør begrensninger i partenes adgang til å råde over saken».¹¹⁷ Det er således mer enn snevre samfunnshensyn som omfattes.

Formålet med dette kapittel er ikke å gi en uttømmende fremstilling av hvilke tvister som kan behandles ved voldgift. Dette ville ikke vært mulig innen denne avhandlingens ramme. De følgende avsnitt vil følgelig heller søke å avdekke om det er noen felles faktorer ved voldgiftsinstituttet som begrenser dets kompetanse.

Det er som påpekt ovenfor opp til lovgiver å avveie hvilke tvister som skal forbeholdes nasjonal domstolsbehandling. En vil derfor måtte tolke vedkommende lov for å finne ut

¹¹⁵ NOU 2001: 33 s. 51.

¹¹⁶ Som fremhevet ovenfor skal dette tolkes likt i forbindelse med kravet om «fri rådighet» etter voldgiftsloven.

¹¹⁷ NOU 2001: 32, Bind B, s. 707.

om det settes skranker for hva som kan voldgis. Ofte vil det ikke foreligge noen eksplisitt bestemmelse som uttrykkelig forbyr voldgiftsbehandling. Lovbestemmelsene vil ofte være så generelt utformet at det vanskelig lar seg utlede konkrete regler. Da må det antas at formålsbetraktninger vil kunne spille en viktig rolle for å fastslå om hvorvidt tvisten kan være gjenstand for voldgift eller ikke.

Det er verdt å merke seg at disse innskrenkningene bør holdes innenfor en begrenset ramme. En for vidtrekkende anledning for norske domstoler til å gripe inn i partenes valg av voldgift ville fratatt voldgiftsinstituttet noen viktige aspekter. For det er nettopp hensynet til at partene selv kan legge opp prosessen etter sine behov, og hensynet til at de kan få endelige avgjørelser som gjør voldgift til en attraktiv form for tvisteløsning. Dersom det regelverk som gir norske domstoler muligheter for å innskrenke voldgiftsadgangen ikke var begrenset og klart definert, ville hensynet til effektiv voldgift undergraves.¹¹⁸

I forlengelsen av en slik argumentasjon har det blitt hevdet i utenlandsk rett at det gjelder et prinsipp om at tolkningstvilen skal komme voldgift til gode.¹¹⁹ Prinsippet har muliggjort en stadig mer liberal holdning til voldgift. Den amerikanske høyesterett har formulert det slik:

«any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration» (mine kursivering).¹²⁰

Verken voldgiftsloven eller dens forarbeider referer direkte til et slikt prinsipp. Men basert på de nevnte hensyn synes det nærliggende at man også i norsk rett skal være restriktiv med å se bort fra voldgiftsklausulen, enten ved å angripe voldgiftsavtalen

¹¹⁸ Se de tilsvarende betraktninger i forbindelse med Cordero-Moss' analyse av internasjonal kommersiell voldgift og delokaliseringsteorien i Cordero-Moss (1999) s. 59.

¹¹⁹ Se eksempelvis redegjørelsen for amerikansk og fransk rett hos Youssef, Karim. *The Death of Inarbitrability*. I: *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn (2009) s. 57 flg.

¹²⁰ *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp*, U.S. Supreme Court, 460 U.S. 1 (1983) s. 24.

direkte eller ved å tilsidesette eller nekte anerkjennelse eller tvangsfullbyrdelse av den senere voldgiftsavgjørelse. På den annen side har det blitt nevnt i forbindelse med avtaletolkning at voldgiftsavgjørelser skal tolkes restriktivt, hvilket tyder på at slikt prinsipp ikke uten videre lar seg fastslå i norsk rett.¹²¹ Etter min mening er dette spørsmål som må la seg adskille. Det syn at avtaler skal tolkes restriktivt er gitt av hensyn til partene, da det krever at det klart skal fremkomme at partene har ment å gi avkall på en alminnelig domstolsbehandling. Begrensninger i voldgiftsmessighet er på sin side definert ut fra offentlige interesser, hvor sterke mothensyn som effektiv voldgift og harmonisering gjør seg gjeldende. Ut fra slike betraktninger synes det nærliggende å fastslå at hensynet til voldgift må veie tyngst der det er tvilsomt om norsk rett har ment å begrense voldgiftsmessigheten.

Der man ikke kan utlede noe konkret av en lovbestemmelse om hvorvidt tvisten kan voldgis eller ikke, vil det være overlatt til domstolene å fastsette grensene nærmere. Selv om ethvert tilfelle må vurderes konkret, er det, som det fremheves av Born, en rekke faktorer som gjentatte ganger har blitt behandlet av de nasjonale domstolene i land tilknyttet New York-konvensjonen. Dette er faktorer som kan utfordre tvisters voldgiftsmessighet. Disse spiller i stor grad på trekk som skiller voldgiftsretter fra de alminnelige nasjonale domstolene. Born omtaler disse som kjernefaktorer, og de som nevnes er:

«the «public values» or «public interests» at issue, the extent to which arbitral procedures (as distinguished from judicial or administrative procedures) are suited to resolution of the dispute, whether such disputes involve unacceptable, systemic disparities of the bargaining power between the parties, the effect of a decision on third party rights, the ability of an arbitral tribunal to grant legislative-mandated relief and (most generally) legislative intent».¹²²

I det følgende skal jeg ta for meg disse hensyn og momenter enkeltvis belyst med eksempler fra lovgivning og rettspraksis. Som regel vil det ikke være ett hensyn som er

¹²¹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 40.

¹²² Born (2009) s. 789-790.

avgjørende, men flere i samvirke. For eksempel vil saksopplysningsprosessen og partenes styrke ofte trekke i samme retning, da førstnevnte ofte ikke vil være tilstrekkelig til å få frem de momenter som taler i den svakere parts favør. Hensynene behandles likevel hver for seg for å belyse formålet bak voldgiftsmessighetsbegrensningen. Det er som nevnt norsk rett som er utgangspunktet for fremstillingen. Men ettersom vi befinner oss på et rettsområde med et relativt spinkelt rettskilebilde, etterlater det et rom for å trekke inn betraktninger fra utenlandsk rett. Dette gjelder særlig rettspraksis fra land som også er tilknyttet New York-konvensjonen eller som også har implementert modelloven.

3.2 Forholdet til tredjeparter

3.2.1 Generelt

Ettersom voldgiftsrettens kompetanse baserer seg på en kontrakt, innebærer dette at også enkelte betraktninger med kontraktsrettslig opphav kommer inn i voldgiftsmessighetsvurderingen. Det er i denne sammenheng viktig å fremheve at voldgift bygger på samtykke.¹²³ En voldgiftsavgjørelse, slik som en alminnelig dom, vil derfor i utgangspunktet kun ha virkning mellom partene. Dette følger av at en voldgiftsavgjørelse har de samme rettskraftvirkninger som en dom.¹²⁴ Det vil imidlertid kunne tenkes at avgjørelsen likevel får virkning for tredjeparter. Dette skal illustreres ved aktuelle problemstillinger fra konkurs- og selskapsretten. Den mulige virkningen vil følgelig kunne redusere voldgiftsmessigheten av tvister der tredjeparter er involvert. Som det uttales av den danske høyesterett i U.1972.138/2V må det som utgangspunkt slås fast at «hvor det offentlige har begrænset aftalefriheden af hensyn til trediemand, f.eks. kreditorernes interesser, må parternes adgang til at aftale voldgift være tilsvarende begrænset».¹²⁵ Det underliggende bak en slik begrensning er at hensynet til tredjemann

¹²³ Brekoulakis (2009) s. 32-33.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 7.

¹²⁵ Det fremkommer av avgjørelsen at voldgiftsmessigheten også etter dansk rett er begrenset til de «tvistigheder, som parterne har fri dispositjonsret over». Dette er i dagens danske voldgiftslov fastslått i § 6, jf. «fri rådgighed».

ikke anses tilstrekkelig ivaretatt der tvisten behandles av en privat aktør utnevnt av partene. Dette hensynet vil følgelig kunne kreve at tvisten blir behandlet under de rettssikkerhetsgarantier den alminnelige domstolsbehandlingen sikrer.

3.2.2 Beskyttelse av tredjemenn i konkursretten

Innenfor konkursretten aktualiseres særlig forholdet til tredjemenn. Ved konkurs avvikles skyldnerens virksomhet, og hans eiendeler realiseres til fordeling for kreditorene.¹²⁶ Det foretas med andre ord et generalopphør der skyldnerens verdier fordeles. Flere av reglene innenfor konkursretten vil beskytte skyldnerens gjenværende verdier, og følgelig være utformet til beskyttelse av interessene til dens kreditorer.

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) § 155 tredje punktum sammenholdt med lovmotivene, forutsetter at boet i utgangspunktet er bundet av de voldgiftsavtaler skyldneren har inngått før konkursåpningen.¹²⁷ I lovmotivene fremheves at de hensyn som var bestemmende ved inngåelsen av voldgiftsavtalen, fremdeles vil være gjeldende for medkontrahenten. Selv om skyldneren er konkurs, vil medkontrahenten for eksempel fremdeles ha interesse av effektiv avklaring, lite publisitet og dommere med særlig sakkyndighet.¹²⁸ Det fremheves videre at man også må se hen til «at voldgiftsavtalen ofte inngår som en del av et større avtalekompleks, og dette taler for at man bør være forsiktig med å gripe inn i samspillet mellom avtalens enkelte regler».¹²⁹ Voldgiftsavtalen vil med andre ord ikke påvirkes av at den ene parten går konkurs.¹³⁰

¹²⁶ Huser, Kristian. *Gjeldsforfølgingsrett*. Bergen, 1995 s. 286.

¹²⁷ Se også Mæland (1988) s. 88.

¹²⁸ Se NOU 1972: 20 s. 236 hvor det også gis uttrykk for hensyn som kunne tale imot et utgangspunkt om at boet skal være bundet av voldgiftsavtalen. Det nevnes at «det kan hevdes at konkursboet ikke bør avskjæres fra å benytte de garantier som rettergangsreglene gir for god behandling og riktig bedømmelse». I lovmotivene til konkursloven ble imidlertid hensynet til medkontrahentens forventninger ansett som mer tungtveiende da utgangspunktet om at boet vil være bundet ble fastslått.

¹²⁹ NOU 1972: 20 s. 236. En mulig begrensning kunne tenkes oppstilt i konkursloven § 145 første ledd nr. 3 hvor det heter at en tvist om en anmeldt masse- eller konkursfordring «hører under *tingretten* å avgjøre» (min kursivering). En streng språklig forståelse av

Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Dersom den aktuelle tvisten ikke kan voldgis, vil ikke boet være bundet av voldgiftsklausulen. For dansk retts vedkommende fremkommer det i denne sammenheng en sentral uttalelse publisert i U.1983.44H, der den danske høyesterett fastslår at tvister som kan behandles «uafhængigt af konkursen» kan voldgis. De rene kontraktsrettslige krav vil følgelig kunne voldgiftsbehandles. Et slikt utgangspunkt må antas å også gjelde etter norsk rett.

Av de krav som ikke kan behandles uavhengig av konkursen, vil typisk være tvister knyttet til omstøtelse.¹³¹ Kan skyldneren for eksempel avtale at omstøtelsestvister som oppstår ved en eventuell senere konkursbehandling skal behandles ved voldgift?

Omstøtelsesreglene gjør det mulig for konkursboet å omgjøre disposisjoner skyldneren har foretatt seg før boåpning, og som har virket forringende på kreditorenes dekningsgrunnlag.¹³² I forarbeidene til lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) heter det at omstøtelsesreglene har «til formål å beskytte de alminnelige kreditorer mot skadegjørende disposisjoner fra debtors side».¹³³ Reglene skal altså hindre forskjellsbehandling, da de motvirker at enkelte kreditorer blir bedre stilt, bare fordi de får dekning for sine krav før den formelle konkursbehandlingen er innledet. Med tanke på hensynet til de øvrige kreditorene vil en vanskelig kunne tenke seg at en skyldner har fri rådighet til å binde et etterfølgende konkursbo til å gi avkall på alminnelig domstolsbehandling.

bestemmelsen tilsier at et krav medkontrahenten gjør gjeldende overfor boet, eksklusivt tilhører tingrettens kompetanse, og følgelig ikke kan behandles ved voldgift. Lovmotivene til konkursloven åpner imidlertid for at slike krav kan behandles ved voldgift, da det heter i NOU 1972: 20 s. 225 at «overføring av en tvist til (...) voldgift kan bare skje for visse av de tvister som omfattes av skifterettens eksklusive kompetanse, nemlig for tvister som nevnt i første ledd nr. 3».

¹³⁰ Dette er et utgangspunkt som deles av en rekke andre lands rettssystemer, jf. Born (2009) s. 810.

¹³¹ Se Kamm, Jens C. *Nationale konkursreglers indvirkning på gyldigheden af voldgiftsaftaler*. I: Erhvervsjuridisk Tidsskrift, nr. 1, 2012 s. 59-60 som også nevner frisdagens etablering, motregning, anmeldelsesrett osv.

¹³² Andenæs, Mads H. *Konkurs*. 3. utg. Oslo, 2009. s. 285.

¹³³ NOU 1972: 20 s. 281.

Disse betraktninger ble også lagt til grunn av den danske høyesteretts kjæremålsutvalg i U.1986.440H i forbindelse med en omstøtelsessak anlagt som ledd i tvangsakkord:

«Det lægges til grund, at det var en forudsætning for stadfæstelse af akkorden med den opnåede dividende, at der søgtes gennemført omstødelse af tilbagetagelsesdispositionerne. Sagsanlæggene er herefter sket i kreditorernes interesse og med skifterettens tiltræden. En voldgifts- og værnetingsaftale mellem parterne kan derfor ikke tillægges betydning».¹³⁴

Det kan også vises til avgjørelse avsagt av ankeinstansen i Singapore i *Larsen Oil and Gas Pte Ltd vs. Petroprod Ltd*.¹³⁵ Saken gjaldt konkursboet til et insolvent Cayman Island selskap, Petroprod, som ville omstøte en rekke betalinger foretatt til Larsen Oil, på det grunnlag at «these payments amounted to unfair preferences or transactions at an undervalue», og at en rekke av betalingene var «made with the intent to defraud it as a creditor of the subsidiaries».¹³⁶ Larsen Oil ønsket så å løse denne konflikt med voldgift på bakgrunn av en voldgiftsavtale som ble inngått med Petroprod før konkursen. Voldgiftsavtalen utpekte Singapore som setet for voldgiftsbehandling. Da saken kom opp for den singaporske domstolen, behandlet de spørsmålet om det konkursrelaterte kravet var voldgiftsmessig.

Domstolen argumenterte med at mange av bestemmelsene i konkursretten er utformet med tanke på å gjøre opp for noe av det tap som et konkursrammet selskaps kreditorer lider. Dette hensynet ville blitt uthulet hvis selskapsledelsen før konkurs hadde mulighet til å begrense kreditorenes mulighet til å fullbyrde «the very statutory remedies which were meant to protect them against the company's management».¹³⁷ Det underliggende i domstolens argumentasjon er hvordan voldgiftsavtalen vil påvirke tredjemenn, altså

¹³⁴ U.1986.440H s. 441. Se videre Juul (2008) s. 58-59 for dansk rettspraksis på området.

¹³⁵ *Larsen Oil and Gas PTE LTD v. Petroprod LTD* [2011] SGCA 21, Singapore Court of Appeal, avsagt 11. mai 2011. Tilgang:

<http://arbitration.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247303643711&ssbinary=true> (lest 28.5.2012).

¹³⁶ Avsnitt 4.

¹³⁷ Avsnitt 45.

personer som ikke er part i forbindelse med voldgiftsavtalen. Selv om uttalelsene knytter seg tett til konkursboinstituttet, er dommen belysende for hvordan domstolen hele tiden retter fokus på hvordan personer som ikke er part til voldgiftsavtalen påvirkes.

I teorien har det blitt poengtert at domstolen kunne grepet spørsmålet på en annen måte.¹³⁸ Man kunne for eksempel si at de konkursbestemmelser som lå til grunn for domstolens vurdering ikke er krav som lar seg utlede ut fra debtors rettigheter. Man vil etter en slik tilnærming ikke anse konkursboet som part i voldgiftsavtalen. Det kan videre hevdes at typiske formuleringer i voldgiftsklausuler som «enhver tvist i forbindelse med denne kontrakt» ikke omfatter omstøtelsestvister som kan oppstå ved den ene kontraktsparts konkurs. Det vil følgelig ikke være en tvist som utspringer fra kontrakten, men som følge av konkursåpning, en rettsmekanisme som er adskilt fra de kontraktuelle forhold. Slike tilnærminger ville ikke være et spørsmål om tvistens voldgiftsmessighet, men avtalerettslige spørsmål om konkursboet i det hele tatt er bundet av avtalen. Dette aspekt illustrerer at voldgiftsmessighetsregelen grenser mot flere rettsregler som også kan tenkes anvendt.

Det synes nærliggende å anta at de samme betraktningene som i den gjennomgåtte rettspraksis, vil være avgjørende for norsk retts vedkommende, og at en skyldner følgelig ikke vil kunne avtale voldgift med tanke på tvister som utspringer som følge av at det er åpnet konkursbehandling. Det må derfor antas at hensynet til tredjemenn utelukker at slike tvister faller innenfor skyldnerens og medkontrahentens frie rådighet, jf. voldgiftsloven § 9 første ledd.

Eventuelle pantsettelser skyldneren har inngått avtale om, vil også ha avgjørende betydning for kreditorenes muligheter for å dekke sine krav ved konkurs. Etter dekningsloven § 2-2 kan konkursboet ta beslag i ethvert formuesgode skyldneren eier på beslagstidspunktet. Bestemmelsen må imidlertid tolkes innskrenkende der det

¹³⁸ Chan, Darius. *Singapore Apex Court Lays Down Clear Framework for Arbitrability of Insolvency-Related Claims*. 2011. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/05/23/singapore-apex-court-lays-down-clear-framework-for-non-arbitrability-of-insolvency-related-claims/> (lest: 14.4.2012).

aktuelle formuesgode er pantsatt, da et pant som kjent utgjør en «særrett» for en kreditor til å ta dekning for sine krav i skylderens aktiva, jf. lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven) § 1-1 første ledd.¹³⁹ Et konkursbo må derfor respektere en slik rett, jf. dekningsloven §§ 8-14 flg. Den utgjør således en såkalt *separatistrett*, en rett som gir vedkommende kreditor en fortrinnsrett i forhold til de øvrige kreditorer.¹⁴⁰ Selv om skyldneren i norsk rett er tilkjent en vid adgang til å pantsette sine eiendeler, vil hensynet til de øvrige fordringshaverne følgelig kreve at det oppstilles enkelte begrensninger i pantsettelsesadgangen.¹⁴¹

Vi finner flere bestemmelser som reduserer de enkelte kreditorens adgang til å sikre seg separatistrettigheter i panteloven. Hvis for eksempel en selger har inngått en avtale med skyldneren om at han beholder eiendomsretten til de aktuelle eiendelene frem til skyldneren har betalt sine forpliktelser, vil dette være et forhold som reguleres av bestemmelsen om salgspant, jf. panteloven § 3-22 første ledd. Et slikt eiendomsforbehold kan ikke avtales i ting som er ment for videresalg, jf. panteloven § 3-15 annet ledd.

Det kan oppstå tvist mellom boet og selgeren om panteretten har rettsvern, for eksempel om panteobjektet var ment for videresalg eller ikke.¹⁴² Vil konkursboet ved en slik tvist være bundet av en eventuell voldgiftsavtale skyldneren har inngått?

I utgangspunktet kunne man hevde at tvist om et sikret krav ikke stod i noen annen stilling enn andre krav som kan gjøres gjeldende mot boet.¹⁴³ Innsigelser boet vil ha

¹³⁹ Hafeld, Siri. *Avtaler om pant med implikasjoner for kreditorene: Lovvalg og voldgift*. Masteroppgave levert ved Det juridiske fakultet 2011. s. 80. Tilgang:

<http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/publications/hafeld.pdf> (lest 27.5.2012).

¹⁴⁰ Begrepet *separatistrett* anvendes ikke i loven, men synes å være et innarbeidet begrep i litteraturen. Se eksempelvis Andenæs (2009) s. 156.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 39 (1977-1978) s. 12.

¹⁴² Dette spørsmålet må holdes adskilt fra spørsmålet om pantet mellom skyldneren og selgeren er gyldig. En panterett kan være gyldig *inter partes* selv om den ikke har rettsvern. Se Hafeld (2011) s. 79.

mot pantet, vil være utledet av rettighetene til skyldneren. Her har lovgiver, som vi har sett, foretatt et valg om å tillate at slike tvister kan behandles ved voldgift, da den eksplisitt har slått fast at konkursboet vil være bundet av skyldnerens inngåtte voldgiftsavtaler.

For at selger skal få en slik særrett til dekning for sitt krav, må pantet ligge innenfor de betingelser som panteloven oppstiller.¹⁴⁴ En avtale om salgspant i ting som er ment for videresalg, vil dermed ikke ha rettsvern overfor etterfølgende kreditorbeslag, mens en avtale som ikke er ment for videresalg har det. Det er derfor lagt til grunn i teorien at bestemmelsen i § 3-15 annet ledd i denne sammenheng må vurderes ut i fra en alminnelig begrensning i muligheten for å forringe kreditorenes dekningsgrunnlag.¹⁴⁵

Den aktuelle bestemmelsen tilkjenner følgelig de øvrige kreditorer et vern. Dersom skyldneren og selgeren skulle kunne avtale at tvisten om separatistretten skulle kunne behandles ved voldgift, ville man kunne stå i fare for at konkursboet ville bli bundet av en voldgiftsavgjørelse til ugunst for kreditorene. En slik adgang ville følgelig kunne medføre en omgåelse av kreditorvernet. Dette er et hensyn som etter min mening sterkt taler for at rådigheten bør være begrenset.

Selv om løsningen ikke er helt opplagt, vil de offentlige interesser bak de berørte regler derfor tilsi at dette er et krav som ligger utenfor partenes frie rådighet. Slike tvister må følgelig behandles av de alminnelige domstoler, jf. voldgiftsloven § 9 første ledd.¹⁴⁶

¹⁴³ Sammenlikn her betraktningene til Liebscher, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. I: Arbitrability: International & Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn, 2009. s. 169 i sin redegjørelse for østerrisk rett.

¹⁴⁴ Hafeld (2011) s. 82.

¹⁴⁵ Se Hafeld (2011) s. 82 flg. for en nærmere drøftelse av de underliggende hensyn som begrunner begrensninger i adgangen til å avtale salgspant. Hennes fremstilling illustrerer at *ordre public* her vil kunne være et alternativt grunnlag for å nekte tvangsfullbyrdelse eller tilsidesette en eventuell voldgiftsavgjørelse som ikke etterlever slike regler.

¹⁴⁶ Dette resultat ble også lagt til grunn av dansk høyesterett i den ovennevnte avgjørelse publisert i U.1972.138/2V hvor det uttales at en avtale om voldgift «må være ugyldig, for så vidt som den angår spørsmålet om ejendomsforbehold et spørsmål, som ikke er egnet til afgørelse ved en ikke-juridisk voldgiftsret».

3.2.3 Beskyttelse av tredjemenn i aksjeselskapsretten

Innenfor selskapsretten finner vi også problemstillinger knyttet til voldgift og fri rådighet. Et aksjeselskap er et eget rettssubjekt og kan følgelig inngå voldgiftsavtaler. Selskapets aksjonærer vil ikke ta del i en voldgiftsbehandling mellom aksjeselskapet og en medkontrahent til tross for at utfallet av voldgiftssaken vil ha betydelige økonomiske ettervirkninger for dem. Selv om påvirkningen potensielt kan bli stor for aksjonærene, er intet i veien for at også selskaper er parter i voldgift.

Vanskeligere problemstillinger oppstår imidlertid når det gjelder avtaler som angår selskapets indre struktur og styring. Det kan stilles spørsmål om hensynet til selskapets kreditorer og aksjonærer påvirker adgangen til å avtale voldgift i denne sammenheng.¹⁴⁷ I det følgende skal spørsmål knyttet til aksjonæravtaler behandles.

Aksjonæravtaler er avtaler som typisk inngås mellom to eller flere aksjeeiere om utøvelsen av sine aksjerettigheter. En slik avtale kan for eksempel rette seg mot utøvelsen av stemmeretten ved generalforsamling, eller en innskrenking av adgangen til å selge eller pantsette aksjene.¹⁴⁸ En aksjonæravtale vil først og fremst ha kontraktsrettslige virkninger for partene, og det vil følgelig ikke være noe i veien for at tvister utspringende av disse voldgis.¹⁴⁹ Dette kan være tvister om påståtte brudd, og vil ikke berøre interesser annet enn til dem som er parter i voldgiftsavtalen.¹⁵⁰ Det kan for

¹⁴⁷ Tvister knyttet til slike avtaler omtales på engelsk som «intra-corporate disputes». Et spørsmål som er særlig behandlet i teorien, er hvorvidt aksjeselskapets vedtekter kan danne hjemmelsgrunnlag for voldgift. Se *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 132-133 for denne diskusjon.

¹⁴⁸ Giertsen, Johan. *Har aksjonæravtaler selskapsrettslige virkninger?* I: Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002. Bergen, 2002 s. 533.

¹⁴⁹ At tvister utspringende fra aksjonæravtaler i utgangspunktet kan voldgis, kan utledes fra kravet om fri rådighet i voldgiftsloven § 9 første ledd. Dette utgangspunktet er eksplisitt slått fast i *Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards* [2011] EWCA Civ 855.

¹⁵⁰ Se Weiniger, Matt. *Court of Appeal Rules on Arbitrability of Shareholders' Claims*. 2011 Tilgang: <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=cb37697f-5702-4edd-a57d-a3708dd3db17> (lest 24.4.2012).

eksempel være erstatning for brudd på kontraktsforpliktelse til å stemme på en viss måte.

Aksjeloven åpner imidlertid også for at aksjonæraftalene kan få selskapsrettslige virkninger. Dette innebærer at selv om en aksjonæraftale kun er bindende for partene, vil den potensielt få virkning for selskapet indre forhold. Det kan stilles spørsmål om aksjeloven oppstiller noen bestemmelser som begrenser partenes frie rådighet etter voldgiftsloven § 9 første ledd i denne sammenheng.¹⁵¹

Det vil bero på en tolkning av den enkelte lovbestemmelse om den begrenser voldgiftsmessigheten. Som det uttales i den engelske Court of Appeal-avgjørelsen *Fulham Football Club v. Richards* vil vurderingstemaet være hvorvidt det aktuelle kravet «attracts a degree of state intervention and public interest such as to make it inappropriate for disposal by anything other than judicial process».¹⁵²

Det vil som regel vanskelig kunne utledes noe konkret av ordlyden av den enkelte bestemmelse, men sentralt i vurderingen vil være hvilken persongruppe det er som vernes ved den aktuelle bestemmelse.¹⁵³ Aksjeloven oppstiller en rekke bestemmelser til vern om enkelte persongrupper. Som det uttales i Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 56 utgjør:

¹⁵¹ Spørsmål knyttet til forholdet mellom aksjonæraftaler og fri rådighet har blitt reist i Knudsen, Gudmund. *Selskapet som part i aksjonæraftale*. I: Tre foredrag om aksjonæraftaler, Institutt for privatrett skriftserie 175. Oslo, 2009 s. 36 flg. Når det gjelder aksjonæraftalers selskapsrettslige virkninger og forholdet til *ordre public*, kan det vises til Bjoland, Cathrine. *Aksjonæraftaler og selskapsrettslige implikasjoner: Lovvalg og voldgift*. Masteroppgave levert ved Det juridiske fakultet, 2010. Tilgang: <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/publications/bjoland.pdf> (lest 27.5.2012).

¹⁵² Avsnitt 50.

¹⁵³ Se Giertsen (2002) s. 535 som skriver dette i forbindelse med avtalefrihetens grenser. Vi har sett at avtalefriheten er et begrep som skiller seg fra partenes frie rådighet, men det kan antas at der den aktuelle bestemmelse setter skranker for avtalefriheten med hensyn til vern av andre persongrupper, kan den også sette skranker for partenes rådighet.

«Aksjeeier- og kreditorvernet (...) grunnleggende prinsipper i aksjeretten som gir føringer også på utformingen av regelverket om styringsstrukturen og beslutningsprosessen i et aksjeselskap».

Dersom det foreligger et vern for en persongruppe som ikke er part i voldgiftsavtalen, oppstår det spørsmål knyttet til partenes frie rådighet etter voldgiftsloven § 9 første ledd.¹⁵⁴

I denne sammenheng kan det pekes på det såkalte materielle kreditorvernet. Aksjeloven §§ 8-1 flg. regulerer hva som kan deles ut som utbytte hvert år. Slike begrensninger innebærer at selskapets kapital ikke kan tilbakeføres fritt til eierne av selskapet, og at det sikres en buffer for at selskapets kreditorer skal få dekket sine krav.¹⁵⁵ Ettersom aksjeeierne ikke hefter overfor kreditorene for aksjeselskapets forpliktelser, er det naturlig at aksjeloven inneholder regler som har til formål å avbøte enkelte uheldige virkninger av denne ansvarsbegrensningen.

De begrensninger aksjeloven oppstiller for adgangen til å utdele utbytte, vil også være gitt som beskyttelse av minoritetsaksjonærer, da en forsvarlig selskapskapital også sikrer grunnlag for en videre drift av selskapet.¹⁵⁶

Anta at en aksjonær har inngått en aksjonæravtale med en annen aksjonær som forplikter vedkommende til å stemme for et utbytte utover det som følger av § 8-1. Aksjonæravtalen inneholder videre en voldgiftsklausul. Den ene parten motsetter seg følgelig avtalen med henvisning til at avtalen strider mot loven. Vil en slik tvist kunne avgjøres ved voldgift?

Partene vil ikke kunne inngå en aksjonæravtale som forplikter dem å handle i strid med slike bestemmelser, jf. prinsippet i Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april

¹⁵⁴ Salvesen, Einar Lieungh. *Rettsgrunnlag og gjenstand for voldgift i aksjeselskapsretten*.

Masteravhandling levert ved Det juridiske fakultet 2011. s. 44. Tilgang: <http://www.duo.uio.no/publ/jus/2011/116355/116355.pdf> (lest 27.4.2012).

¹⁵⁵ Woxholth, Geir. *Selskapsrett*. 4. utg. Oslo, 2012 s. 68.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 28-30 og Bjoland (2010) s. 83.

1687 (NL) 5-1-2 om at avtaler som ikke er i strid med loven skal holdes.¹⁵⁷ At en slik aksjonæravtale er ugyldig vil imidlertid, som vi har sett, ikke være ensbetydende med at tvisten ikke kan voldgis. Det avgjørende vil i denne sammenheng være hvordan tredjeparter påvirkes.

Ettersom vi har sett at bestemmelsen er oppstilt både til vern for kreditorene og selskapets kreditorer, ville dette kunne lede tankene hen til at bestemmelsene kom i veien for voldgiftsbehandling. Hensynet til en effektiv håndhevelse av aksjelovens regler kunne tilsi at partene ikke kan underlegge en slik tvist til voldgift. Vissheten om at avtalen ville bli kjent ugyldig ved en alminnelig domstol, ville sørget for at parten ikke var forpliktet til å stemme imot lovens minstekrav. Dermed ville man sikre en slik effektivitet.

Etter min mening vil imidlertid hensynet til tredjepartene, det vil si kreditorene og andre aksjonærer enn avtalepartene, være tilstrekkelig ivaretatt ved at generalforsamlingsvedtaket vil kunne kjennes ugyldig på grunn av at det strider mot aksjeloven § 8-1. Gyldigheten av aksjonæravtalen vil i så henseende ikke ha noe med vedtaket å gjøre, da sistnevnte vil rammes av egne selskapsrettslige ugyldighetsregler.

Resultatet må etter dette bli at det er tale om et rettsforhold som ligger innenfor partenes frie rådighet, jf. voldgiftsloven § 9 første ledd. Hensynet til effektiv voldgift og partenes forutberegnelighet vil også tale for dette resultat.¹⁵⁸

3.3 Voldgiftsrettens mulighet for å avsi et effektivt resultat

Brekoulakis skriver at «inarbitrability» i visse sammenhenger kan være ensbetydende med manglende evne til å frembringe «an effective resolution of a specific dispute».¹⁵⁹

¹⁵⁷ Se Knudsen (2009) s. 37 som også legger dette til grunn.

¹⁵⁸ Sammenlikn Knudsen (2009) s. 37 som kommer til det motsatte resultat, da han mener at hensynet til selskapets kreditorer og øvrige aksjonærer i et slikt tilfelle vil utelukke muligheten for at partene kan avtale voldgift om dette.

¹⁵⁹ Brekoulakis (2009) s. 34.

Det er nemlig ikke i alle tvister at voldgiftsrettene har de samme mulighetene som de nasjonale domstolene til å frembringe et effektivt resultat. Er det tale om en avgjørelse voldgiftsretten ikke har mulighet til å faktisk treffe, vil voldgiftsmessigheten være tilsvarende begrenset. Det er med andre ord tale om påstander som partene ikke kan disponere over.

Det er en alminnelig oppfatning at internasjonal voldgift er et tvisteløsningsorgan for å oppnå en pengeytelse fra motparten eller slippe å betale denne.¹⁶⁰ Det er imidlertid ikke noe i veien for at voldgiftsretten kan pålegge partene andre typer plikter.¹⁶¹ Som det uttales i lovmotivene til tvangsfullbyrdsloven, må en voldgiftsdom «gi et pålegg til saksøkte om en ytelse, handling eller unnlåttelse» for at den skal kunne gi grunnlag for tvangsfullbyrdsing.¹⁶² Det forutsettes følgelig at en voldgiftsrett også kan pålegge partene slike plikter.

Enkelte avgjørelser er imidlertid kun forbeholdt de nasjonale domstoler å treffe. Et eksempel finner vi i konkursloven hvor det oppstilles en rekke tvister som eksklusivt er tillagt tingretten å behandle. Disse «kjernebestemmelser» er oppstilt i konkursloven § 145, hvor det blant annet heter at det «hører under tingretten å avgjøre» spørsmål om åpning og gjennomføring av konkurs, jf. første ledd nr. 2. Dette er oppgaver som klart faller innenfor statens domene, og en voldgiftsrett vil ikke kunne avsi en bindende avgjørelse i relasjon til dette.

Den manglende voldgiftsmessigheten av gyldighetstvister knyttet til patenter kan også sees på fra denne vinkel. I norsk rett kan som nevnt en tvist vedrørende et patents

¹⁶⁰ *Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration*. Redigert av Michael Schneider og Joachim Knoll. Huntington, 2011. s. 3.

¹⁶¹ I denne sammenheng foreligger det et viktig skille mellom common law og civil law-jurisdiksjoner. For mens det i civil law-land er vanlig å pålegge partene ytelsesplikter, er dette en heller eksepsjonell forføyning innenfor common law. Se *Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration* (2011) s. 51 flg.

¹⁶² Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 103.

gyldighet ikke voldgis, jf. Rt. 1958 s. 1326.¹⁶³ Dette fremkommer også av lovmotivene til voldgiftsloven der det heter at spørsmålet om et meddelt patent «eller annen rettighet oppnevnt ved *offentlig rettighetsregistrering*» (min kursivering) ikke kan avgjøres ved voldgift.¹⁶⁴ Dersom et patent skal kjennes ugyldig, er man avhengig av adgang til det offentlige rettighetsregisteret.¹⁶⁵ Ettersom voldgiftsretten ikke har en slik adgang, vil den ikke ha mulighet til å avsi et effektivt resultat, og slike krav vil følgelig ligge utenfor partenes frie rådighet.

Tilsvarende vil gjelde når det kommer til bøter eller andre sanksjoner ved overtredelse av konkurranserettslige regler. En part vil følgelig ikke kunne begjære en voldgiftsrett om å pålegge sin medkontrahent slike plikter, da slike forføyninger bærer preg av å være former for offentlig myndighetsutøvelse.¹⁶⁶

3.4 Voldgiftsinstituttets saksopplysningsprosess

Det kan innvendes mot voldgiftsinstituttet at dets prosessuelle regler ofte ikke i tilstrekkelig grad sikrer en forsvarlig behandling av tvister. Som det fremheves i forarbeidene til voldgiftsloven er:

«Voldgiftsinstituttet tuftet på en grunnleggende tanke om at partene selv skal ha mulighet til å råde over saken. Dette innebærer en betydelig valgfrihet for partene om hvorledes saken skal behandles av voldgiftsretten, blant annet for å kunne tilpasse behandlingsmåten til den aktuelle tvisten».¹⁶⁷

¹⁶³ Se s. 1331 hvor flertallet uttaler at «partene ikke kan overlate til en voldgiftsrett å avgjøre om et patent er gyldig eller ikke».

¹⁶⁴ NOU 2001: 33 s. 51.

¹⁶⁵ Se Grantham, William. *The Arbitrability of Intellectual Property Disputes*. I: Berkeley Journal of International Law. Volume 14. 1996. s. 182 og Cook, Trevor og Alejandro Garcia. *International Intellectual Property Arbitration*. Alphen aan den Rijn, 2010 s. 63.

¹⁶⁶ Cordero-Moss (2010) s. 489.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 57.

Denne valgfriheten er tuftet på en tanke om at partene selv best er egnet til å frembringe en effektiv behandling. Dette kan medføre at saksbehandlingen i stor grad skiller seg fra den alminnelige domstolsbehandling. I denne sammenheng har noen sentrale betraktninger kommet til uttrykk i den amerikanske høyesterettsavgjørelsen *Wilko v. Swan*.¹⁶⁸ Der fremholdes det at gjennom voldgift sikres partene en omgående, økonomisk og adekvat løsning av tvister, mot å være villig til å «accept less certainty of legally correct adjustment».¹⁶⁹

Det vil med andre ord ikke være noe til hinder for voldgiftsmessigheten at partene ikke er sikret en like omfattende behandling av sine tvister. Formodningen er at de har godkjent dette gjennom å godta avtalen. En viss risiko for feil resultater må partene godta, for å kunne ha et effektivt, privat tvisteløsningsorgan. Lovgiver har også i stor grad tillat partene å godta denne risiko.

Det er likevel viktig å merke seg at man ikke står helt fritt i forhold til saksbehandlingen ved en voldgiftsdomstol. Ettersom voldgiftsavgjørelser også får rettskraftvirkning og anerkjennes av rettsordenen, må også disse «ha blitt til i samsvar med grunnleggende rettsprinsipper».¹⁷⁰

Noen tvister er imidlertid av en slik karakter at de bør behandles av de alminnelige domstoler. Dette er tvister som berører viktige offentlige interesser i den grad at de er nødt til å behandles innenfor de rettssikkerhetsgarantier de nasjonale domstoler frembringer, og det kan ikke tillates at disse prinsipper fravikes av partene ved at partene henviser saken til voldgiftsbehandling.

¹⁶⁸ *Wilko v. Swan*, U.S. Supreme Court, 346 U.S. 427 (1953).

¹⁶⁹ s. 438.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 57. Voldgiftslovens kapittel 6 oppstiller regler for saksbehandlingen ved voldgift.

Dette var bakgrunnen for at den amerikanske høyesterett i *Alexander v. Gardner-Denver Co.* kom til at en tvist om hvorvidt en arbeidstaker var utsatt for diskriminering ikke kunne behandles av en voldgiftsrett.¹⁷¹

Sentralt i resonnetet var hvordan voldgiftsrettens saksbehandling var uegnet til å løse slike tvister. Den amerikanske høyesterett uttalte at voldgiftsprosessen, som er godt egnet for løsningen av kontraktuelle tvister, «make arbitration a comparatively inappropriate forum for the final resolution of rights created by Title VII». ¹⁷² De uttalte videre at saksopplysningsprosessen i voldgift ofte ikke er «equivalent to judicial fact-finding». ¹⁷³ Dette var på grunn av at reglene rundt voldgiftsprosessen ikke er like komplette, da de vanlige bevisreglene ikke gjelder. Det ble blant annet påpekt at muligheten for «discovery, compulsory process, cross-examination, and testimony under oath» ofte er veldig begrenset eller helt fraværende. ¹⁷⁴

Avslutningsvis i dette resonnet ble det også pekt på at dersom voldgiftsdomstoler skulle hatt disse mulighetene til å innhente bevis, ville dette gjort instituttet til en komplisert, dyr og tidkrevende prosess, som igjen ville fratatt voldgiftsinstituttet et av dets største fordeler, nemlig å være et effektivt tvisteløsningsorgan. ¹⁷⁵

For norsk retts vedkommende har imidlertid voldgiftsretten adgang til å innhente bistand fra de alminnelige domstoler. Det fremkommer av § 30 første ledd første punktum at voldgiftsretten kan be om at domstolene opptar «partsforklaringer, vitneforklaringer og andre bevis» som ikke oppfylles frivillig. En slik mulighet øker rekkevidden voldgiftsmessige tvister, idet en slik bistand øker muligheten for å oppnå et materielt riktig resultat.

¹⁷¹ *Alexander v. Gardner-Denver Co.*, U.S. Supreme Court, 415 U.S. 36 (1974).

¹⁷² s. 56. Her siktes det til Title VII i den amerikanske Civil Rights Act av 1964 som forbyr diskriminering i arbeidsforhold.

¹⁷³ s. 57.

¹⁷⁴ s. 57-58.

¹⁷⁵ s. 58-59.

Vi skal se senere at voldgiftsadgangen er begrenset når det er tale om forbrukertvister og arbeidstakerfrister. Dette kan begrunnes med at ettersom saksopplysningen er såpass partstyrt, vil de presumtivt svakere kontraktsparter stå i fare for å ikke få opplyst sin side av saken på en tilstrekkelig adekvat måte.

3.5 Partenes stilling

I forlengelsen av saksopplysningsprosessen er ulikheter i partenes forhandlingskraft også en faktor som fremheves for å unnta tvister fra voldgiftsbehandling. Bakgrunnen for en slik innskrenkning er at slike avtaler ofte ikke inngås fritt, da den svakere parten ofte vil ha dårligere innsikt i hva en voldgiftsklausul innebærer. Der det foreligger et avhengighetsforhold, vil dessuten den sterke part kunne utnytte dette til å påtvinge den andre part en voldgiftsklausul på den sterke parts premisser. Videre kan det antas at en svakere kontraktspart ofte ikke vil belyse sin side av saken tilstrekkelig under en voldgiftsbehandling.

For norsk retts vedkommende gjelder dette for eksempel som nevnt for forbrukere, da voldgiftsloven § 11 første ledd fastslår at en voldgiftsavtale som er inngått før tvisten oppstår, ikke er bindende for forbrukeren. Bakgrunnen for bestemmelsen er at forbrukere ofte ikke vil ha oversikt over de konsekvenser en voldgiftsklausul fører med seg, som for eksempel at den innebærer et avkall på alminnelig domstolsbehandling.¹⁷⁶

Ved lovforberedelsen til voldgiftsloven ble det vurdert om det skulle innføres begrensninger på adgangen til å inngå voldgiftsavtale mellom ikke jevnbyrdige parter mer generelt. Det ble uttalt at selv om parter som ikke er forbrukere kan antas å ha behov for et tilsvarende vern, er det ikke grunn til å oppstille en generell begrensning, da dette «ville skape meget vanskelige grensedragninger».¹⁷⁷

Lovmotivene gir noen interessante kommentarer i forlengelsen av dette:

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 35.

¹⁷⁷ NOU 2001: 33 s. 53.

«Skulle det oppstå et tilfelle hvor det på grunn av omkostningene i uventet og i helt særegen grad viser seg å bli urimelig om voldgift skal anvendes, må for øvrig en avtale om voldgift kunne tenkes satt til side etter avtaleloven § 36. Det kan ikke være til hinder for dette at avtalen om voldgift gjelder et prosessuelt forhold. Også voldgiftsavtalen er en del av det totale avtaleforholdet mellom partene». ¹⁷⁸

At kontraktspartene har ulik forhandlingskraft vil følgelig ikke være tilstrekkelig for å nekte voldgift. Disse betraktningene kommer også til uttrykk i amerikansk rettspraksis. Amerikansk rett har for eksempel gått langt i å tillate at arbeidstvister voldgis. ¹⁷⁹ I *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp* ¹⁸⁰ uttaler retten for eksempel at ulik «bargaining power» mellom partene ikke alene er tilstrekkelig til å nekte voldgiftsbehandling i arbeidssaker. ¹⁸¹ Det ble i denne sammenheng vist til at det ofte vil foreligge ulikheter i partenes forhandlingskraft, uten at det begrenser voldgiftsmessigheten.

Grunnet de særlige behandlingsregler om innbringelse av slike saker for domstolene som gjelder for arbeidstakere i norsk rett, er det ikke adgang til å forhåndsavtale at tvister som oppstår mellom arbeidsgivere og arbeidstakere om rettigheter og plikter etter arbeidsmiljøloven skal avgjøres ved voldgift. ¹⁸² Et unntak oppstilles imidlertid i arbeidsmiljøloven § 15-16(1) der det heter at «virksomhetens øverste leder» kan inngå avtale med arbeidsgiver om at tvister vedrørende «opphør av arbeidsforholdet» skal voldgis. Lovgiver antar altså her at virksomhetens øverste leder vil være forhandlingsdyktig på egne vegne, og dermed er bedre stilt til å vurdere hvilke

¹⁷⁸ NOU 2001: 33 s. 53. Avtaleloven § 36 oppstiller imidlertid en svært høy terskel for tilsidesettelse av avtalen. Se i denne sammenheng Woxholth (2012) s. 288 flg.

¹⁷⁹ Born (2009) s. 818.

¹⁸⁰ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, U.S. Supreme Court, 500 U.S. 20 (1991).

¹⁸¹ s. 33.

¹⁸² Jf. Rt. 1992 s. 534. Se også Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo, 2006 s. 462. Det følger motsetningsvis av dette at arbeidstakerrettigheter som ikke omfattes av arbeidsmiljøloven, i utgangspunktet kan voldgis.

konsekvenser som inntreer ved å inngå en voldgiftsavtale enn det en alminnelig arbeidstaker er. Som det uttales i Ot.prp. nr. 101 (2001-2002) s. 6 vil styrkeforholdet mellom virksomhetens øverste leder og arbeidsgiver med andre ord være «jevne enn når det dreier seg et alminnelig arbeidstaker/arbeidsgiver forhold. En toppleder vil av den grunn normalt ikke ha det samme behovet for vern som en alminnelig arbeidstaker».

3.6 Relevansen av at tvisten utspringer fra *ordre public*-relaterte regler: «second look»-doktrinen

3.6.1 Innledning

De hensyn og momenter som ble behandlet ovenfor viser at det kan være gode grunner for å begrense rekkevidden av voldgiftsmessige tvister. Det er imidlertid ingen av dem alene som tilsier at en voldgiftsrett er mindre skikket til å anvende nasjonale rettsregler enn det en alminnelig dommer er. Dette gjelder selv om de hensyn som ligger bak de aktuelle rettsreglene, kan sies å veie så tungt at de må anses som fundamentale, at en ikke-anvendelse av dem vil konstituere en *ordre public*-krenkelse. Man kan derfor ut fra dette utgangspunkt slå fast at en materiell regel ikke definerer grensene for hva som kan voldgis, uansett hvor tungtveiende hensyn regelen bygger på. Som Born uttaler, er disse sett av regler adskillbare:

«although mandatory law requires that particular substantive rules be applied, it does not necessarily preclude the arbitrability of those mandatory law claims». ¹⁸³

Tradisjonelt regjerte det imidlertid et sammenfall mellom voldgiftsmessighetsbegrensningen og *ordre public*-hensyn. Sammenfallet bestod av at tvister som berørte tungtveiende offentlige interesser ikke kunne voldgis, og dersom en voldgiftsrett tok stilling til slike spørsmål, ville den kunne settes til side med henvisning

¹⁸³ Born (2009) s. 771.

til *ordre public*.¹⁸⁴ I dag er imidlertid denne tilnærming langt på vei forlatt. At en tvist berører materielle tungtveiende offentlige interesser, er i seg selv ikke til hinder for voldgiftsrettens kompetanse. På bakgrunn av denne utvikling er det til og med flere som hevder at spørsmålet om voldgiftsmessighet ikke burde forbindes med saker om *ordre public*.¹⁸⁵

Temaet for dette avsnitt er å undersøke forholdet mellom voldgift og nasjonale regler som beskytter tungtveiende nasjonale interesser. Har den rettsutvikling som har funnet sted gode grunner for seg?

3.6.2 Er voldgiftsretten i stand til å ivareta fundamentale hensyn?

Ofte vil den nasjonale lovgiver frykte at de materielle reglene ikke vil få sin anvendelse i voldgiftsprosessen, og derfor av rene forsiktighetshensyn ved lovbestemmelse uttrykkelig utelukke at de relevante tvister som disse rettsregler regulerer, kan voldgis.¹⁸⁶ Tungtveiende nasjonale hensyn vil følgelig være «beskyttet» under en slik lovbestemmelse. Men hva skjer hvis det ikke foreligger en slik lovbestemmelse som begrenser hva som kan voldgis?

Det som har muliggjort den liberale rettspraksis vi har vært vitne til de siste tiår, er at de nasjonale domstoler etter voldgiftsbehandlingen har hatt mulighet til å kontrollere voldgiftsavgjørelsen. Det å tillate voldgiftsretten å ta stilling til tvisten, for så på kontrollstadiet å ta stilling om legitime hensyn har blitt ivaretatt, omtales ofte som «second look»-doktrinen.¹⁸⁷ Tanken er at de nasjonale domstoler bekymringsløst kan henvise partene til voldgift ettersom de likevel på nytt vil kunne kaste blikk på rettsforholdet, og kontrollere om den foreliggende voldgiftsavgjørelse er i tråd med det nasjonale rettssystemets mest fundamentale verdier. Doktrinen ble tatt i bruk av den

¹⁸⁴ Carbonneau, Thomas. *Mitsubishi: The Folly of Quixotic Internationalism*. I: *Arbitration International*, Volume 2, Issue 2 (1986), s. 118.

¹⁸⁵ Brekoulakis (2009) s. 21 flg.

¹⁸⁶ Sammenlikn Cordero-Moss (1999) s. 120-121.

¹⁸⁷ Born (2009) s. 796.

amerikanske høyesterett i den velkjente dommen *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*.¹⁸⁸ I dommen kom høyesteretts flertall (dissens, fem mot tre) til at tvister i internasjonale kontrakter som berører amerikansk «antitrust»-lovgivning var voldgiftsmessig.¹⁸⁹ Dommen går langt i å fremme voldgiftsmessighet, sett hen de viktige offentlige hensyn som ligger bak konkurransereglene.¹⁹⁰

At konkurranserettslige spørsmål kan behandles av en voldgiftsrett, er for norsk retts vedkommende som vist eksplisitt fastslått i voldgiftsloven § 9 annet ledd. Der heter det at de «privatrettslige virkningene av konkurranselovgivningen kan prøves i en voldgiftssak». Det uttales i denne anledning i lovmotivene at:

«En konsekvens av at voldgiftsretten skal kunne prøve de privatrettslige sidene av konkurranseretten, vil være at det er tenkelig med voldgiftsavgjørelser som legger til grunn en uriktig fortolkning av konkurranserettslige regler. En voldgiftsavgjørelse som lider av slike feil, vil kunne settes til side som ugyldig fordi den virker støtende mot rettsordenen (ordre public)».¹⁹¹

Dette er en uttalelse som klart er i tråd med det som ble fastslått i *Mitsubishi*. Videre fremholdes det av lovmotivene at bestemmelsen ikke må tolkes antitetisk, da de privatrettslige virkninger av preseptoriske regler på andre rettsområder også vil kunne voldgis, da også disse vil ligge innenfor den frie rådighet. Grunnen til at det er foretatt en presisering i § 9 annet ledd når det gjelder konkurranseretten, er at dette er spørsmål som «internasjonalt sett har voldt særlig tvil».¹⁹²

¹⁸⁸ *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, U.S. Supreme Court, 473 U.S. 614 (1985).

¹⁸⁹ Antitrust tilsvarer konkurranselovgivningen i Norge.

¹⁹⁰ Den amerikanske høyesterett tar et forbehold i avgjørelsens fotnote nr. 19 der det uttales at: «We merely note that in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses *operated in tandem as a prospective waiver* of a party's right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy» (mine kursivering).

¹⁹¹ NOU 2001: 33 s. 52.

¹⁹² Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 91.

Tradisjonelt var det regjerende synet at voldgiftsdommere, som private beslutningstakere, ikke nødvendigvis er skikket til å få frem hensynene bak *ordre public*-relaterte bestemmelser, og at det kun er nasjonale domstoler som kan avgjøre tvister knyttet til disse.¹⁹³ Det er særlig to grunner som tradisjonelt har vært hevdet å være til hinder for at en voldgiftsrett behandler en tvist der slike tvingende regler er innblandet.

For det første ble det hevdet at en voldgiftsdommer ikke alltid vil ha den nødvendige innsikt for å kunne løse de spørsmål som blir presentert for vedkommende. Som *Mitsubishi*-dommen illustrerer, har særlig konkurranseretten her blitt trukket frem. På dette rettsområdet foreligger det sterke tvingende hensyn som i betydelig grad begrenser partenes autonomi. Det har vært innvendt at de konkurranserettslige vurderingene ofte er kompliserte, og at voldgiftsrettene derfor bør holde seg unna slike spørsmål.

Som Ryssdal fremhever, har voldgiftsinstituttet en slik begrensning på flere rettsområder i forbindelse med faktavurderinger.¹⁹⁴ Når det gjelder rettsspørsmål derimot, antas voldgiftsmenn å besitte minst like god innsikt som nasjonale dommere, da voldgiftsretten kan besettes av personer med særlig innsikt innenfor det aktuelle rettsområde.¹⁹⁵ Om dette uttales det av flertallet i *Mitsubishi* at:

«potential complexity should not suffice to ward off arbitration. (...) In any event, adaptability and access to expertise are hallmarks of arbitration. The anticipated subject matter of the dispute may be taken into account when the arbitrators are appointed, and arbitral rules typically provide for the participation of experts either employed by the parties or appointed by the tribunal. Moreover, it is often a judgment that streamlined proceedings and expeditious results will best serve their needs that causes parties to agree to arbitrate their disputes; it is typically a desire to keep the effort and expense required to

¹⁹³ Brekoulakis (2009) s. 27.

¹⁹⁴ Se nærmere om dette i avsnitt 3.4

¹⁹⁵ Ryssdal, Anders. *Voldgift og EUs konkurranserett – domstolenes kontrollerende funksjon*. I: *Rettsteori og Rettsliv: Festskrift til Carsten Smith*. Oslo, 2002 s. 685. Det kan for øvrig vises til avsnitt 3.4 om saksopplysningsprosessen ved voldgift.

resolve a dispute within manageable bounds that prompts them mutually to forgo access to judicial remedies. In sum, the factor of potential complexity alone does not persuade us that an arbitral tribunal could not properly handle an antitrust matter». ¹⁹⁶

Ved kommersielle kontrakter vil partene som oftest ha en sterk interesse av at relevante rettsregler anvendes. De vil av denne grunn ofte sørge for å utpeke dommer som besitter den nødvendige kompetansen som skal til for å anvende slike kompliserte regler.

For det andre har det blitt innvendt at voldgiftsretten står i et avhengighetsforhold til partene, og derfor ikke lojalt vil anvende relevant nasjonal lovgivning. Denne skepsisen har i stor grad bygd på det faktum at det er partene som utpeker voldgiftsretten. Det er disse som har bestemt dens sammensetning, og dens kompetanse er basert på partenes vilje. Et slikt avhengighetsforhold vil ikke foreligge mellom partene og en alminnelig domstol. Som Pamboukis fremhever, er en nasjonal dommer en «*social engineer*» i den forstand at han må ta stilling til saken innenfor de rammer samfunnets interesser tillater. En voldgiftsdommer er på en annen side ikke mer enn en pragmatisk tvisteløser som opererer innenfor de rammene partene setter. ¹⁹⁷

Flertallet i *Mitsubishi* erkjente at en voldgiftsrett kun er bundet av voldgiftsavtalen, og derfor ikke skylder noen lojalitet til lovgivningen i det aktuelle landet. Den har med andre ord ingen formell forpliktelse til å ivareta de nasjonale *ordre public*-hensyn. ¹⁹⁸ Det underliggende her er at voldgiftsretten kun er formelt bundet av partenes instruksjoner, idet deres avtale er hele grunnlaget for dens kompetanse. Har partene foretatt et lovvalg, er det lovvalgsklausulen som utgjør det rettslige grunnlaget for hva voldgiftsdommeren materielt kan idømme. Annen nasjonal rett, inkludert i det landet voldgiften finner sted, vil følgelig i utgangspunktet være irrelevant. Hanotiau uttaler det som:

¹⁹⁶ *Mitsubishi*. s. 633-634.

¹⁹⁷ Pamboukis (2009) s. 125.

¹⁹⁸ Se 473 U.S. 614, s. 636 hvor det uttales at: «the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates».

«For an arbitrator, all state laws are on an equal footing and none of them has a privileged status. Unlike a state judge, an international arbitrator is therefore never the guardian of state public policy. In fact, for him, there are neither domestic policy laws, nor foreign policy laws, but only policy laws foreign to the *lex contractus*». ¹⁹⁹

Det ble imidlertid minnet om i *Mitsubishi* at voldgiftsretten på den annen side er bundet av å «effectuate the intentions of the parties». ²⁰⁰ Bak dette ligger det resonnement at voldgiftsretten, for å unngå at dens avgjørelse skal bli nektet fullbyrdet, vil måtte ta hensyn til de fundamentale hensyn som begrunner *ordre public*-unntaket. Ellers vil de nasjonale domstolene sette avgjørelsen til side, eller nekte anerkjennelse eller tvangfullbyrdelse av avgjørelsen på grunnlag av *ordre public*-reservasjonen. Denne er oppstilt for norsk retts vedkommende i voldgiftsloven §§ 43 og 46 annet ledd litra b.

At voldgiftsretten vil ha en forpliktelse til å avsi en avgjørelse i samsvar med de fundamentale prinsipper synes også forutsatt i lovmotivene til voldgiftsloven, der det for konkurranseretts vedkommende uttales at «[r]egelen må i alle fall være at hvor voldgiftsdommen kan bli satt til side som støtende mot rettsordenen (*ordre public*) fordi konkurranseregler ikke er fulgt, må voldgiftsretten kunne anvende disse av eget tiltak – og ha plikt til det». ²⁰¹

Enkelte har tatt til orde for at risikoen for manglende fullbyrdelse burde påligge partene, og at de ikke skal være opp til voldgiftsdommeren å gripe inn i partenes risikovurderinger. ²⁰² Det kan foreligge situasjoner hvor partene ikke har behov for å søke tvangfullbyrdelse av avgjørelsen i det aktuelle landet. Her kan en mulig løsning være å skille mellom de tilfellene hvor partene ønsker å ta risikoen for manglende fullbyrdelse, og der hvor de er ignorante eller av andre grunner uvitende om faren for at

¹⁹⁹ Hanotiau, Bernard. *What Law Governs the Issue of Arbitrability? I: Arbitration International*. Volume 12, 1996. s. 396-397.

²⁰⁰ 473 U.S. 614, s. 636.

²⁰¹ NOU 2001: 33 s. 52.

²⁰² Michael Schneider, seminar 21.11.2011, Vækerø.

voldgiftsavgjørelsen ikke vil la seg fullbyrde.²⁰³ En slik løsning vil kreve at voldgiftsdommeren følger partenes instruks så lenge den er basert på en kalkulert risiko for om hvorvidt voldgiftsavgjørelsen vil kunne fullbyrdes eller ikke. Dersom partene ikke har foretatt en slik avveining, vil voldgiftsdommeren kunne ha mulighet til å gå utover sitt «mandat» og sikre et effektivt resultat. Et spørsmål er om partene eksplisitt har ment at *ordre public* skal krenkes. Med tanke på at rasjonelle parter vil tilstrebe å oppnå en voldgiftsavgjørelse som de skal kunne tvangsfullbyrde, må det antas at det også her skal mye til for at en slik instruksjon må antas å finne sted. Det kan neppe legges til grunn at partene ved å foreta et lovvalg har ment å krenke *ordre public* i det aktuelle land. Det kan være at partene har vært uvitende om hva anvendelsen av den aktuelle rettsregelen medfører.

Dersom man hevder at voldgiftsretten har en plikt til å avsi et resultat i tråd med de nasjonale fundamentale prinsipper, vil voldgiftsdommeren potensielt vil kunne havne i et dilemma. For mens en ordinær domstol kun trenger å ta stilling til de nasjonale interesser som måtte foreligge, vil en voldgiftsdommer måtte balansere mellom partenes intensjoner og de nasjonale interesser. En voldgiftsdommer vil nemlig også stå i fare for å avsi en ineffektiv voldgiftsdom selv om vedkommende tar hensyn til de nasjonale fundamentale prinsipper. Representerer en slik avgjørelse et avvik fra partenes lovvalg, vil avgjørelsen kunne underkjennes på det grunnlag at den ligger utenfor «voldgiftsrettens domsmyndighet», jf. voldgiftsloven §§ 43 og 46 første ledd litra c. Selv om en slik regel i utgangspunktet retter seg mot de tilfeller voldgiftsretten har gått utenfor tvistens gjenstand, kan det tenkes at den også er anvendelig på de tilfeller der voldgiftsretten har gått utenfor sin myndighet når det gjelder de anvendelige rettsregler.²⁰⁴

Med andre ord er spørsmålet om en voldgiftsdommer er tvunget til å velge mellom to grunnlag som kan medføre at avgjørelsen kjennes ugyldig eller nektes fullbyrdet; nemlig reglene om å gå utover sin domsmyndighet eller reglene om *ordre public*. Cordero-Moss fremhever imidlertid at internasjonal privatrett gir en løsning på den

²⁰³ Gustaf Möller, seminar 21.11.2011, Vækerø.

²⁰⁴ Les mer om dette hos Cordero-Moss (2005) s. 6 flg.

tilsynelatende konflikten ved å redefinere spørsmålet. Hun mener det er et spørsmål om hvor langt partsautonomien går. Partene kan ganske enkelt ikke avtale seg bort fra de nasjonale *ordre public*-regler, og voldgiftsretten vil følgelig ikke stå i fare for å avsi en avgjørelse som underkjennes med henvisning til at den har gått utenfor sin domsmyndighet.²⁰⁵

Det synes følgelig nærliggende å fastslå at en voldgiftsrett kan og må anvende nasjonale regler, dersom en ikke-anvendelse av dem vil komme i veien for et effektivt resultat. Der er slike betraktninger som ligger til grunn for den generelle voldgiftsvennlige tendensen som er inntatt av både amerikanske og europeiske domstoler, og som også er kommet til uttrykk i norske forarbeider.²⁰⁶

3.6.3 Mulige implikasjoner

Et problem i relasjon til en doktrine om «second look» kan være hvis partene, slik som mange internasjonale selskaper i dag, har formuesgoder i flere land. Det kan da være vanskelig for en voldgiftsdommer å forutse hvor avgjørelsen vil søkes tvangsfullbyrdet eller anerkjent. For å sikre et effektivt resultat, vil voldgiftsretten med andre ord måtte ta hensyn til en sum av *ordre public*-hensyn, avhengig av de land som er involvert. For å unngå at slike problemer oppstår, har land langt på vei begrenset sine *ordre public*-reservasjoner til kun å ramme de alvorligste krenkelser av fundamentale nasjonale rettsprinsipper.

²⁰⁵ Cordero-Moss, Giuditta. *Arbitration and Private International Law*. I: International Arbitration Law Review. Volume 11, Issue 4, 2008. (II) s. 163.

²⁰⁶ Kirry, Antoine. *Arbitrability: Current Trends in Europe*. I: Arbitration International, 1996 s. 374. Til illustrasjon kan det vises til Frankrike, hvor rettsutviklingen har vært særlig bemerkelsesverdig idet det i den franske Code Civil artikkel 2060 in fine heter at man ikke kan inngå voldgiftsavtaler i saker som berører «matières qui intéressent l'ordre public». Ut fra ordlyden utelukkes voldgift i alle saker som relaterer seg til *ordre public*, men de franske domstoler har gått langt i å tolke bestemmelsen liberalt når det gjelder internasjonale tvister. Se Born (2009) s. 779 flg. og *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration* (1999) s. 330 flg.

Selv om det er klart for en voldgiftsdommer hvor avgjørelsen kommer til å bli håndhevet, kan det imidlertid likevel knyttes tvil til om vedkommende vil ivareta de fundamentale hensynene på disse stedene. En grunn kan være hvis voldgiftsdommeren aldri blir stilt overfor disse tungtveiende hensynene. Dette kan for eksempel være tilfelle hvis voldgiftsretten holder til i et fjerntliggende rettssystem, som bygger på andre fundamentale rettsprinsipper. En nasjonal domstol vil følgelig da kunne være i tvil om at den fremmede voldgiftsretten vil fatte en avgjørelse i samsvar med den nasjonale domstolens gjeldende fundamentale prinsipper. Spørsmålet som oppstår er da om denne tvilen er tilstrekkelig for å nekte at tvisten henvises til voldgiftsbehandling. Denne problemstillingen behandles nærmere i kapittel 4.

3.7 Oppsummering

De ovennevnte hensyn viser at det at en tvist berører materielle fundamentale hensyn ikke er avgjørende for hvilke tvister som kan voldgis. Adgangen for de nasjonale rettssystemer til å forsvare sine fundamentale verdier gjennom en kontroll av voldgiftsavgjørelsen på fullbyrdelsesstadiet åpner langt på vei rekkevidden for de tvister som kan voldgis. Ved å tillate nasjonale domstoler å underkjenne voldgiftsavgjørelser med henvisning til *ordre public*, vil de nasjonale retter ha en sikkerhetsventil som ivaretar deres grunnleggende interesser. Begrensningene i voldgiftsmessigheten er derimot begrunnet ut fra trekk ved voldgiftsinstituttet som tilsier at den aktuelle tvistetyper bør underlegges alminnelig domstolsbehandling.

4 Voldgiftsklausulen utfordres: «The likelihood of non-application»

4.1 Innledning

Når en tvist berører rettsregler som er å anse som internasjonalt preseptoriske, oppstår det en mulig spenning mellom offentlige interesser og hensynet til effektiv internasjonal voldgift. Selv om tvisten knytter seg til materielle rettsregler som må antas å beskyttes av *ordre public*-forbeholdet, har vi sett at det i utgangspunktet ikke er noe i veien for at den nasjonale domstolen henviser partene til voldgift. En slik henvisning er imidlertid ikke alltid uproblematisk. Det kan forekomme tilfeller hvor den nasjonale domstolen, henvisningsdomstolen, vil kunne ha en berettiget tvil om hvorvidt disse reglene, eller deres underliggende formål, vil bli ivaretatt.²⁰⁷ Dette kan være tilfellet hvis det i kontrakten mellom partene utpekes at fremmed rett skal anvendes, og at eventuelle tvister skal voldgis i et fjerntliggende rettssystem. Vil den nasjonale domstolen alltid få anledning til å kontrollere voldgiftsrettens behandling? Hvordan skal den nasjonale domstolen forholde seg til denne usikkerheten?²⁰⁸

Problemstillingen kan illustreres med et eksempel. Anta at en norsk handelsagent inngår en kommersiell agenturavtale med en produsent fra California. Kontrakten mellom partene inneholder en lovvalgsklausul som utpeker at rettsforholdet dem i mellom skal reguleres av retten i California. Videre inneholder avtalen en voldgiftsklausul som gir anvisning på voldgiftsbehandling i California.²⁰⁹ Deretter sier hovedmannen opp avtalen. Dette gir handelsagenten rett til avgangsvederlag etter nærmere vilkår i lov 19. juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven) § 28 første ledd, men ettersom det er foretatt et lovvalg til fordel for retten i California, kommer

²⁰⁷ Som fremhevet ovenfor i avsnitt 3.6 kan det være flere grunner til at en voldgiftsrett ikke anvender de fundamentale prinsipper i den nasjonale rett hvor avgjørelsen kan tenkes tvangfullbyrdet.

²⁰⁸ Jeg tok opp disse spørsmålene på seminar den 22.11.2011, Vækerø.

²⁰⁹ Eksempelet er inspirert av faktum som lå til grunn for en tysk og belgisk dom fra 2006, som blir nærmere omtalt i avsnitt 4.3.1.

bestemmelsen i utgangspunktet ikke til anvendelse. Det følger imidlertid av agenturloven § 3 at de bestemmelser i agenturloven som beskytter agentens interesser, ikke kan fravikes ved lovvalg. Bestemmelsen fastslår med andre ord at agenturloven § 28 må anses som en internasjonalt preseptorisk regel.²¹⁰

Den norske handelsagenten anlegger dermed sak for norske domstoler for å gjøre sitt avgangsvederlagskrav gjeldende. Hovedmannen motsetter seg at den norske domstolen har kompetanse til å dømme i saken, med henvisning til den foreliggende voldgiftsklausul. Spørsmålet for den norske domstolen er om den skal avvise søksmålet og henvise partene til voldgiftsbehandling, jf. voldgiftsloven § 7 første ledd første punktum, eller om den til tross for voldgiftsklausulen likevel kan behandle saken.

I utgangspunktet må en tvist om avgangsvederlag antas å ligge innenfor partenes frie rådighet, jf. voldgiftsloven § 9 første ledd. Selv om agenturloven § 28 er en preseptorisk regel er det opp til den part som er beskyttet av lovbestemmelsen, altså handelsagenten, om han vil påberope seg beskyttelsen.²¹¹ Tvisten vil følgelig i utgangspunktet kunne voldgis. En konsekvens av å henvise partene til voldgift vil imidlertid kunne by på problemer. Etersom det i vårt tilfelle er utpekt voldgift i California og et lovvalg i favør av retten i California, synes det nærliggende å tro at norske regler om avgangsvederlag vil stå i fare for å ikke komme til anvendelse. Vil den norske domstolen få muligheten til å kontrollere at avgjørelsen ikke strider mot norske fundamentale prinsipper? Vil den kunne nekte å henvise partene til voldgift på grunn av § 28 tvingende karakter?

²¹⁰ Bestemmelsens ufravikelige karakter bekrefte av EU-domstolen i *Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc*, C-381/98, European Court reports 2000 s. I-09305, en avgjørelse som gjaldt 86/653/EEC: Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents artikkel 17, den artikkel som § 28 implementerer i norsk lov. I saken hadde partene foretatt et lovvalg i favør at et land utenfor EU. Domstolen uttalte at: «[I]t is essential for the Community legal order that a principal established in a non-member country, whose commercial carries on his activity within the Community, cannot evade those provisions by the simple expedient of a choice-of-law clause», jf. avsnitt 25. Se Rühl, Giesela. *Extending Ingmar to Jurisdiction and Arbitration Clauses: The End of Party Autonomy in Contracts with Commercial Agents?* I: European Reveiw of Private Law nr. 6, 2007 s. 892 for en nærmere redegjørelse avgjørelsen.

²¹¹ Sammenlikn med Skoghøy (2010) s. 534 om fri rådighet og preseptoriske regler til beskyttelse av kontraktsparter.

4.2 Hensyn som taler for at nasjonale rettsreglers tvingende karakter bør være avgjørende for voldgiftsmessigheten

4.2.1 Innledning

Hensynet til effektiv håndhevelse av de internasjonalt preseptoriske regler kunne tilsi at man nektet voldgiftsretten å behandle krav som springer ut av disse.

Dette kan illustreres med vårt eksempel om handelsagenter. Det fremkommer av *Ingmar* at formålet med direktivet om handelsagenter også er å «protect, for all commercial agents, freedom of establishment and the operation of undistorted competition in the internal market».²¹² Reglene synes følgelig å være sentralt for det europeiske samarbeidet. En viktig årsak til at bestemmelsen om avgangsvederlag har blitt ansett som så viktig, er å sikre en vidtrekkende beskyttelse av den svakere part. I utgangspunktet opptrer handelsagenter i næringsvirksomhet, og vil i prinsippet ikke ha behov for ekstra rettslig beskyttelse. Men som det fremheves i forarbeidene til agenturloven, vil handelsagenten: «være økonomisk svakere enn hovedmannen og dermed i en dårligere forhandlingsposisjon».²¹³ Agenten vil også som regel befinne seg i en ugunstig forhandlingsposisjon, da vedkommende ved inngåelsen av slike avtaler enten vil måtte godta tilbudet som hovedmannen tilbyr, eller måtte risikere å miste virksomheten sin.²¹⁴ En rett til avgangsvederlag vil sikre handelsagenten en kompensasjon for sin innsats i å etablere produktet i vedkommende land, hvilket først vil gi avkastning etter at salgene begynner å komme.²¹⁵ For å være sikre på at handelsagenten mottar et slikt vederlag, vil en nektelse av å henvise partene til voldgiftsbehandling være et effektivt middel.

²¹² *Ingmar*, avsnitt 24.

²¹³ Ot.prp. nr. 49 (1991-92) s. 8.

²¹⁴ Se Kröll (2009) s. 320.

²¹⁵ Cordero-Moss (1999) s. 87.

I tråd med betraktningene fremhevet i avsnitt 3.6 om «second look» vil man imidlertid i utgangspunktet henviser partene til voldgift, uavhengig av hvor tungtveiende rettsregler det omtvistede krav bygger på. En etterfølgende domstolskontroll vil sørge for at de mest grunnleggende nasjonale prinsipper ivaretas. Avgjørelsen vil da kunne rammes av *ordre public*-forbeholdet.²¹⁶ Å stole på en etterfølgende domstolskontroll kan imidlertid være betenkelig i flere henseender. I den følgende skal jeg undersøke hvilke hensyn som kan tale imot en slik ordning.

4.2.2 Vil den norske domstolen få mulighet til å kontrollere voldgiftsavgjørelsen?

Det kan innvendes mot en løsning etter «second look» at det kan stille seg tvilsomt om det vil være en adgang for de nasjonale domstolene til å foreta en domstolskontroll.

Hvis voldgiftsretten i California i vårt eksempel ikke tilkjenner den norske handelsagenten vederlag i samsvar med agenturloven § 28, oppstår spørsmålet om avgjørelsen vil kunne gjennomgås av de norske domstoler i ettertid, og om denne gjennomgangen i et slikt tilfelle vil være tilstrekkelig grundig.²¹⁷

Dette ble vurdert i en avgjørelse avsagt av den amerikanske ankedomstolen Eleventh Circuit i *Thomas v. Carnival*,²¹⁸ som omtales nærmere nedenfor i avsnitt 4.3.1. Saken gjaldt et lønnskrav, som ankedomstolen mente ikke ville tilkjennes arbeidstakeren Thomas hvis voldgiftsretten anvendte den fremmede, utpekte rett. Domstolen uttalte at:

²¹⁶ For det tilfellet at ikke-anvendelsen av den internasjonalt preseptoriske regelen ikke ville vært tilstrekkelig for å kunne statuere en *ordre public*-krenkelse etter voldgiftsloven § 46 annet ledd litra b, jf. betraktningene fremholdt i avsnitt 2.3, ville den norske domstolen alternativt måtte utvikle en rettsregel som tilsier at den aktuelle tvisten ikke lar seg «avgjøres ved voldgift etter norsk rett», jf. § 46 annet ledd litra a. Hvis en slik regel ikke lar seg oppstille, må den norske domstolen som kjent tvangsfullbyrde voldgiftsavgjørelsen, selv om den internasjonalt preseptoriske regel ikke er anvendt av voldgiftsretten.

²¹⁷ Dette er spørsmål som fremheves hos Born, Gary. *International Arbitration: Cases and Materials*, Alphen aan den Rijn, 2011 s. 444.

²¹⁸ *Thomas v. Carnival Corp.*, 11th Circuit, 573 F.3d 1113 (2009).

«If, applying Panamanian law, Thomas receives no award in the arbitral forum-a distinct possibility given the U.S. based nature of his claim-he will have *nothing to enforce* in U.S. courts, which will be *deprived of any later opportunity to review*» (mine kursiveringer).²¹⁹

Anvendt på vårt eksempel følger det av dette at dersom den norske handelsagenten vinner frem ved voldgiftsbehandling i USA, vil vedkommende kunne håndheve avgjørelsen i California.²²⁰ Hvis den norske agenten derimot kommer tapende ut av voldgiftsbehandlingen, og ikke mottar noe avgangsvederlag, vil vedkommende ikke ha noe å håndheve i Norge. Voldgiftsavgjørelsen vil i et slikt tilfelle ikke bli søkt tvangsfullbyrdet i Norge, og det vil ikke være noen mulighet for norsk domstolskontroll.

Det er imidlertid blitt fremholdt en innvending mot dette argument. Dersom agenten ikke vinner frem ved voldgift, vil vedkommende sannsynligvis gå til de nasjonale domstoler, i vårt eksempel de norske, for å fremme sin rett til avgangsvederlag. Den amerikanske hovedmannen vil da kunne vise til at tvisten allerede er rettskraftig avgjort ved voldgift og derfor kreve at den nasjonale domstolen avviser saken. Den norske domstolen vil da bli presentert for voldgiftsavgjørelsen, og kan vurdere om den strider mot *ordre public*.²²¹ I et slikt tilfelle vil domstolen etter voldgiftsloven § 46 annet ledd litra b kunne nekte å anerkjenne voldgiftsavgjørelsen, og den vil følgelig ikke ha noen *res judicata*-virkning. Den vil med andre ord ikke ha noen rettskraftvirkning overfor den nasjonale domstolen.

²¹⁹ 573 F.3d 1124. En slik betraktning er også lagt til grunn av Kessedjian, Catherine. *Contrats de Distribution*, fasc. 571-20, Jurisclasseur Droit international, LexisNexis 2011 s. 80 i sin kritikk av en fransk høyesterettsdom som behandles nedenfor i avsnitt 4.3.1.

²²⁰ Agenten vil også kunne tenkes å søke avgjørelsen tvangsfullbyrdet i andre land hovedmannen har aktiva.

²²¹ Dette argument fremkommer i Kröll (2009) s. 349, samt Schwarz, Daniel. *A Regression from the New York Convention: Questions Raised by Thomas v. Carnival Corporation*. I: University of Miami Law Review. Volume 64. (2009-2010) s. 1461.

Det ovenstående gjelder imidlertid kun dersom den amerikanske hovedmannen viser til den foreliggende voldgiftsavgjørelsen. Dersom han derimot kun henviser til at det aktuelle rettsforholdet er underlagt voldgift på grunn av voldgiftsklausulen, vil den norske domstolen etter en streng språklig forståelse av voldgiftsloven § 7 første ledd i så fall måtte avvise søksmålet. Det kan imidlertid stilles spørsmål om en voldgiftsavtale i et slikt tilfelle vil være ugyldig på grunn av strid mot *ordre public*. Som vi skal se i avsnitt 4.4.2, forutsetter forarbeidene til voldgiftsloven at *ordre public*-reservasjonen kan komme til anvendelse på voldgiftsavtalen.²²² Ettersom *ordre public*-vurderingen er konkret, kan man ikke utelukke at voldgiftsavgjørelsens strid med *ordre public* kan smitte over til voldgiftsavtalen.²²³ En voldgiftsavgjørelse som ikke tilkjenner agenten avgangsvederlag kan altså innvirke på voldgiftsavtalen. Dersom den nasjonale domstolen finner at voldgiftsavtalen er ugyldig på dette grunnlag, vil den likevel kunne behandle tvisten, jf. voldgiftsloven § 7 første ledd annet punktum.

Det kan imidlertid være rent praktiske grunner til at domstolen ikke får adgang til å kontrollere voldgiftsavgjørelsen. Dersom for eksempel handelsagenten lider av pengemangel, vil dette kunne hindre ham i å anlegge søksmål for norske domstoler.

Selv om voldgiftsavgjørelsen til tross for dette bringes inn for henvisningsdomstolen igjen, kan det videre stilles spørsmål om domstolskontrollen vil være grundig nok. En forutsetning for full gjennomgang er at voldgiftsavgjørelsen må kunne åpnes, altså være tilgjengelig slik at man på et «post-award» stadium har tilstrekkelig mulighet til å kunne kontrollere om de internasjonalt preseptoriske regler har blitt håndhevet.²²⁴ Et likende synspunkt ble fremmet av den dissenterende dommeren Stevens i *Mitsubishi*. Han fremholdt blant annet at den enkle prosedyren som gjør voldgift så ettertraktet i

²²² Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 90.

²²³ Skal en foreliggende voldgiftsavgjørelse som strider med *ordre public* kunne innvirke på voldgiftsavtalen, må det forutsettes at kravet er identisk med kravet som ble avgjort i voldgiftsdommen. Voldgiftsavtalen vil i et slikt tilfelle ikke i seg selv i strid med *ordre public*, så andre krav vil fortsatt være dekket av den.

²²⁴ Dette ble fremholdt av Michael Schneider, seminar 22.11.11, Vækerø.

kommersielle forhold, medfører at «the record is so inadequate that the arbitrators' decision is virtually unreviewable».²²⁵

Voldgiftsprosessen være regulert av det lands rett hvor voldgiftsretten har sitt sete. Dette kan gjøre at man vanskelig vil kunne vite hvordan den konkrete voldgiftsavgjørelse vil fremstå i sin utforming og innhold.

I vårt tilfelle vil for eksempel muligheten for en reell kontroll bero på hvilke krav retten i California stiller. California er et modellov-medlem, og det fremkommer av modelloven artikkel 31(2) at partene kan avtale seg bort fra begrunnelseskravet, selv om det klare utgangspunktet er at voldgiftsavgjørelsene skal begrunnes. Det kan videre fremheves at modelloven artikkel 31 (1) krever at avgjørelsen skal være skriftlig. Dette er essensielt for å forstå klart og tydelig hva voldgiftsdommeren har kommet til, både for partene og for den eventuelt etterfølgende nasjonale domstolskontroll med avgjørelsen.

Dersom voldgiftsavgjørelsen skulle være så mangelfull at det ikke er mulig å utlede om den vil stride mot noen fundamentale prinsipper i norsk rett, må det antas at dette i seg selv etter omstendighetene vil kunne statuere et brudd på *ordre public* etter voldgiftsloven. I denne sammenheng kan det eksempelvis vises til Vardøs namsretts avgjørelse av 10. juli 2002, i TVARD-2001-284. Selv om avgjørelsen har begrenset rettskildemessig verdi, illustrerer den et viktig poeng. I saken anførte saksøkte blant annet at voldgiftsavgjørelsen skulle nektes tvangsfullbyrdet som følge av manglende domsslutning. Namsretten uttalte at selv om det i andre land er andre tradisjoner for utforming av domsslutning, må det likevel «aksepteres at en dom, uten slik domsslutning som kjennetegner norske avgjørelser, er gjenstand for fullbyrdelse i Norge *forutsatt at domsresultat fremstår som klart*» (mine kursiveringer). Det følger motsetningsvis av dette at dersom en voldgiftsavgjørelsen fremstår som uklar, så vil dette kunne utgjøre en selvstendig grunn for å nekte tvangsfullbyrdelse av voldgiftsavgjørelsen etter New York-konvensjonen.

²²⁵ 473 U.S. 614, s. 656-657.

En kunne også tenke seg at muligheten for at voldgiftsavgjørelsens konfidensialitet kunne kommet i veien for at avgjørelsen ble åpnet opp for de nasjonale domstoler. Det er imidlertid vidt anerkjent at det kan foreligge omstendigheter hvor avgjørelsen må bli gjort offentlig for andre enn partene, slik som ved tvangsfullbyrdelse.²²⁶ Dette er for norsk retts vedkommende slått fast i lovmotivene til voldgiftsloven.²²⁷

Etter dette er det etter min mening gode grunner for å fastslå at de nasjonale domstolene vil få en reell anledning til å kontrollere om voldgiftsavgjørelsen er i samsvar med domstolslandets fundamentale prinsipper.

4.2.3 Vil voldgift medføre uakseptabel tidkrevende og fordyrende prosess?

Selv om det vil være adgang for de nasjonale domstoler til å kontrollere om voldgiftsavgjørelsen er i samsvar med dens rettssystems fundamentale prinsipper, kan det, som blant annet gjort av Born, stilles spørsmål om en løsning i tråd med «second look» alltid vil være tilfredsstillende, eller om den kun medfører en unødvendig forsinkelse for en part til å hevde sine behørig rettigheter.²²⁸ Kröll uttaler om «second look»-tilnærmingen at:

«From the perspectives of procedural economy such an approach may appear objectionable. It creates additional expenses for the commercial representative who would firstly have to go through unsuccessful arbitration proceedings before being then allowed to pursue its claims before the state courts».²²⁹

Argumentet er mest presserende når det allerede ved henvisningsstadiet lar seg fastslå at den utpekte voldgiftsretten mest sannsynlig ikke vil komme til et resultat som

²²⁶ Redfern and Hunter on *International Arbitration* (2009) s. 139.

²²⁷ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 89, der det heter at avtalt taushetsplikt ikke er i veien for å «gjøre dommen kjent for å kunne oppnå den rett som dommen gir, for eksempel i forbindelse med å få dommen anerkjent og fullbyrdet».

²²⁸ Born (2011) s. 456.

²²⁹ Kröll (2009) s. 349-350.

samsvarer med de fundamentale prinsippene til henvisningsdomstolen. Det må imidlertid antas at man vanskelig kan gjøre rede for en slik sannsynlighet på et henvisningsstadium. Voldgiftsrettens sammensetning vil som oftest variere, og det vil for eksempel ikke være mulig å redegjøre for en fast praksis om at den aktuelle voldgiftsretten pleier å nekte et slikt avgangsvederlag.

Et viktig argument mot å anvende «second look»-doktrinen i vårt eksempel er at handelsagenten påføres økte kostnader for å hevde sine sentrale rettigheter etter norsk agenturlovgivning. På den andre side skjer dette på frivillig basis idet handelsagenten har gitt sitt samtykke til å voldgi tvisten ved å inngå voldgiftsavtalen med hovedmannen.²³⁰ Det vil alltid være en risiko for at den utpekte voldgiftsrett ikke anvender slike relevante regler til vern om ham, noe som handelsagenten vil være klar over ved avtaleinngåelsen.

4.3 En ny internasjonal trend?

4.3.1 Generelt

Ettersom vi har sett at en løsning i tråd med «second look» kan ha sine svakheter, synes det nærliggende å se på en alternativ tilnærming. En annen mulighet for henvisningsdomstolen vil kunne være å ikke gi voldgiftsklausulen virkning, med henvisning til faren for at den utpekte voldgiftsrett ikke vil anvende de internasjonalt preseptoriske regler. I det følgende vil denne tilnærmingen omtales som «the likelihood of non-application»-doktrinen.²³¹

Denne løsning ble lagt til grunn av den tyske ankeinstans Oberlandesgericht München i 2006.²³² Saken gjaldt det samme faktum oppstilt i vår

²³⁰ Kröll (2009) s. 350.

²³¹ «The likelihood of non-application» er brukt av Rühl (2007) s. 896. Se også liknende begrepsbruk hos Kröll (2009) s. 336.

²³² OLG München, 17.5. 2006. Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, nr. 27, 2007. s. 322.

situasjonsbeskrivelse, bare at det var tale om en tysk handelsagent som ønsket avgangsvederlag etter tyske internasjonalt preseptoriske regler. Avtalen inneholdt en voldgiftsklausul som utpekte AAA²³³ som tvisteløser. I 2004 sa selskapet fra California opp agenturavtalen. Det tyske selskapet krevde derfor vederlag («Handelsvertreterausgleich») etter den tyske § 89 b HGB.²³⁴ Bestemmelsen er den tyske kodifikasjon av EUs agentdirektiv artikkel 17. Hovedmannen motsatte seg dette, og det tyske selskapet anla sak for de tyske, nasjonale domstoler.

Den lavere instans som behandlet kravet, Landgericht München, henviste partene til voldgiftsbehandling, da den kom til at dens jurisdiksjon ikke kunne avhenge av en usikker spekulasjon om hvorvidt en annen rett vil innvilge en slik kompensasjon etter direktivet, selv om denne var å anse som internasjonal preseptorisk.²³⁵ Saken ble påanket til Oberlandesgericht.

Oberlandesgericht München forkastet imidlertid avgjørelsen til Landgericht, og viste til tysk rettspraksis som fokuserer på den kombinerte effekten av lovvalg- og jurisdiksjonsklausuler.²³⁶ Det ble uttalt at selv om temaene lovvalg og valg av forum begge er spørsmål som logisk lar seg adskille, må det tas i betraktning at beskyttelsesformålet til den internasjonalt preseptoriske regel krever et derogasjonsforbud der det foreligger en nærliggende fare - «nahe liegende Gefahr» - for at retten i tredjestaten ikke anvender tysk, tvingende rett.²³⁷ I det foreliggende tilfellet mente retten at det kunne knyttes alvorlig tvil til om en domstol i USA ville komme til den konklusjon at tysk rett ville anvendes.

²³³ The American Arbitration Association, en amerikansk institusjonell voldgiftsdomstol.

²³⁴ Handelsgesetzbuch, den tyske handelsloven.

²³⁵ Kleinheisterkamp, Jan. *The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements*. I: LSE Law, Society and Economy Working Papers. nr. 22, 2009 s. 9.

²³⁶ I denne sammenheng kan det vises til avgjørelser avsagt av den tyske Bundesgerichtshof hvor de har uttalt at voldgiftsklausuler kan kjennes ugyldige der det kan forventes at fullbyrdelsen av den fremmede avgjørelsen vil krenke mot tysk *ordre public*. Se Rühl (2007) s. 896 og Kleinheisterkamp (2009) s. 11 som viser til Bundesgerichtshofs avgjørelser i NJW 1961 s. 1061 og NJW 1983 s. 2772.

²³⁷ Germany: OLG München, 17.5. 2006. *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, nr. 27, 2007. s. 324.

Oberlandesgericht var i sin avgjørelse motvillig til å godta en kontraktskonstruksjon, som potensielt ville kunne undergrave effekten av de internasjonalt preseptoriske regler («Eingriffsnormen»). De offentlige interesser som ligger bak de aktuelle rettsreglene, ble ansett for å være så tungtveiende at en fare for at disse skulle bli forbigått, begrunnet en nektelse av å henvise partene til voldgift.

Den tyske dom fra Oberlandesgericht i 2006 er imidlertid ikke den eneste dommen der de nasjonale domstoler har nektet voldgift, med henvisning til faren for at offentlige interesser ikke blir ivaretatt.

En liknende argumentasjon finner vi blant annet i en belgisk avgjørelse, avsagt av Cour de cassation i *Hopplynus v Coherent*.²³⁸ Dommen har blitt tatt til inntekt for å gå imot en voldgiftsvennlig belgisk trend når det gjelder voldgift av avgangsvederlagstvister.²³⁹ Saken gjaldt en distribusjonsavtale mellom en belgisk distributør og en hovedmann fra California, slik som i den tyske saken. Avtalen utpekte voldgiftsbehandling i California, og en lovvalgsklausul i favør av retten i California. Domstolen tar eksplisitt kun stilling til lovvalg når det gjelder voldgiftsmessighetsspørsmålet, da den kom til at artikkel II i New York-konvensjonen tillot retten å avgjøre voldgiftsmessighetsspørsmålet på et «pre-award»-stadium basert på *lex fori*. I et interessant *obiter dictum* heter det imidlertid at:

«Lorsque la convention d'arbitrage est, comme en l'espèce, soumise à une loi étrangère, le juge saisi d'un déclatoire de juridiction doit exclure l'arbitrage si,

²³⁸ Cour de cassation, 16.11.2006, *Van Hopplynus Instruments S.A. v. Coherent Inc.* Revue de Droit Commercial Belge, 2007. s. 889.

²³⁹ Når det gjelder den tidligere praksis, kan det særlig visest til *Cour de cassation, 15.10.2004, Colvi N.V. v Interdicta* Revue de Droit Commercial Belge, 2005. s. 488., der den belgiske Cour de cassation i et *obiter dictum* hadde uttalt at hvor partene har bestemt at voldgiftsavtalen skal reguleres av fremmed rett, kan den nasjonale domstolen fastslå at tvisten ikke kan voldgis dersom dette påvirker *ordre public* til dens eget rettssystem. Henvisningen til *ordre public* har blitt tolket av juridiske forfattere som at den belgiske høyesterett nå åpnet for at slike opphørstvister nå var voldgiftsmessige. Se Kröll (2009) s. 334, samt Kleinheisterkamp (2009) s. 5 flg for mer om rettsutviklingen i Belgia.

en vertue de la loi du for, le litige ne peut etre soustrait à la jurisdiction de tribunaux étatiques». ²⁴⁰

Med andre ord gir denne dommen mulighet for å nekte å henwise til voldgift dersom partene ikke har blitt enige om å anvende belgisk rett. Dommen gir i likhet med den tyske Oberlandesgericht uttrykk for en vegring mot å tillate saken fremmet for voldgiftsretten, med henvisning til faren for at de henholdsvis belgiske og tyske internasjonalt preseptoriske regler ikke vil bli anvendt.

En viktig forskjell fra den tyske avgjørelse er at den belgiske dommen etterlater mindre rom for skjønn idet enhver voldgiftsklausul kan bli ignorert hvis avtalen ikke viser til belgisk rett, mens den tyske avgjørelsen på sin side opererer med vurderingstemaet «nærliggende fare».

Når det gjelder vegringen mot å godkjenne voldgiftsrettens kompetanse, er liknende betraktninger kommet til uttrykk i *Accentuate v. Asigra*, ²⁴¹ en avgjørelse avsagt av High Court of England and Wales. ²⁴² Her gjaldt saken en distribusjonskontrakt som utpekte kanadisk rett til å regulere avtalen, samt at det ble utpekt en voldgiftsrett i Canada. Domstolen fremholdt at voldgiftsklausulen vil være «null and void» og «inoperative» etter Arbitration Act § 9(4), så langt klausulen hadde til hensikt å kreve voldgiftsbehandling av «questions pertaining to mandatory provisions of EU law, and article 17 in particular». ²⁴³ Det ble lagt til grunn i lys av *Ingmar* at ethvert forsøk på å omgå preseptoriske EU-rettslige regler måtte slås tilbake på, selv om det innebar å gjøre en voldgiftsavtale uvirksom. ²⁴⁴

²⁴⁰ Se Kröll (2009) s. 335 for domssitat.

²⁴¹ *Accentuate Ltd v Asigra Inc*, [2009] EWHC 2655 (QB).

²⁴² Saken gjaldt om et krav kunne «be served out of the jurisdiction» etter sivilprosessloven (CPR) 6.20. Vurderingstemaet etter rettspraksis var om det lar seg påvise at det foreligger en «good arguable case» for at den engelske domstolen hadde jurisdiksjon. Selv om avgjørelsen er begrenset til hvorvidt saksøker har en «good arguable case» inneholder den imidlertid noen interessante uttalelser.

²⁴³ Avsnitt 89.

²⁴⁴ Avsnitt 88.

Det kan også vises til en avgjørelse som går i motsatt retning. I en fransk høyesterettsdom avsagt 22. oktober 2008 gjaldt saken en fransk distributør som hadde inngått en distributøravtale med amerikansk hovedmann.²⁴⁵ Kontrakten utpekte domstolsbehandling i San Francisco og inneholdt en lovvalgsklausul til fordel for retten i California. Dommen omhandler jurisdiksjonsklausuler, men det antas at de samme betraktninger gjør seg gjeldende når det er tale om voldgiftsklausuler.²⁴⁶ Distributøren anla sak for de franske domstoler for påstått misbruk av økonomisk avhengighet etter artikkel L. 442-6 i den franske Code de commerce.

Da saken kom opp for den franske ankeinstansen, hadde de ansett jurisdiksjonsklausulen ugyldig med henvisning til de aktuelle bestemmelsenes tvingende karakter. Den franske høyesterett godtok imidlertid ikke ankeinstansens avgjørelse. Den fremholdt at:

«qu'en statuant ainsi, alors que la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés».²⁴⁷

Det fremheves altså her at jurisdiksjonsklausulens virkning ikke bør begrenses av de internasjonalt preseptoriske regler, da disse retter seg mot – «fond du litige» - sakens materielle innhold. Avgjørelsen samsvarer således med «second look»-betraktningene, som trekker en skillelinje mellom den aktuelle bestemmelsens materielle innhold og den utpekte tvisteløserens kompetanse.

²⁴⁵ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 22.10.2008, 07-15.823

²⁴⁶ I teorien blir det fremhevet at en slik forutsetning ikke er helt uproblematisk. Det har blitt påpekt at utenlandske nasjonale domstoler ikke er skikket til å anvende andre tvingende regler enn sine egne, hvilket innebærer at faren for ikke-anvendelse av de aktuelle rettsreglene faktisk er større når det foreligger en jurisdiksjonsklausul, enn ved en voldgiftsklausul. Se Radicati di Brozolo, Luca. *Antitrust: a Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration – a Fresh Look at the «Second Look»*. I: *International Arbitration Law Review*. Volume 7, nr. 1. 2004 s. 24.

²⁴⁷ Domssitatet er hentet fra Kessedjian (2011) s. 80.

Selv om rettspraksisen ikke er helt entydig, er hovedinntrykket en økt skepsis mot å godta voldgiftsklausuler hvor det foreligger en fare for at direktivet vil bli omgått. Det er imidlertid ikke bare i Europa hvor de nasjonale domstoler har valgt å gå imot den voldgiftsvennlige utviklingen. Avgjørelsen *Thomas v. Carnival Corp*, avsagt av United States Court of Appeals, Eleventh Circuit,²⁴⁸ kan sees på som et brudd på den linjen amerikanske domstoler har valgt i å stadig åpne adgangen for voldgift i internasjonale tvister.²⁴⁹ Det ble kort vist til dommen ovenfor i avsnitt 4.2.2.

Saken gjaldt en avtale om sjøansettelsesforhold mellom en kelner og et cruiseselskap, Carnival, som inneholdt en lovvalgsklausul som fastslo at panamansk rett skulle regulere kontraktsforholdet, samt en voldgiftsklausul som utpekte voldgiftsbehandling i Filippinene. The Eleventh Circuit kom til at voldgiftsklausulen var «null and void», da den, sett i sammenheng med lovvalgsklausulen, innebar at den ansatte, Thomas, ga avkall på sine rettigheter etter sjøretten i USA.²⁵⁰

Eleventh Circuit uttalte innledningsvis at voldgiftsklausulen i seg selv ikke var nok til å nekte voldgiftsbehandling, da det er alminnelig anerkjent at så vel voldgiftsretter som nasjonale domstoler kan anvende amerikanske «statutory rights».²⁵¹ Det avgjørende for domstolen var hvilken rett voldgiftsdomstolen ville legge til grunn. Retten påpekte at forskjellen her fra *Mitsubishi*-dommen er at:

«there is no such assurance in either the New Agreement [sjøansettelsesavtalen] or the representations of Carnival's counsel that U.S. law will apply. On the

²⁴⁸ En ankedomstol i USA.

²⁴⁹ Stein, Erica. *Thomas v. Carnival Corporation: Has the Eleventh Circuit Set International Arbitration Off Course?* I: Journal of International Arbitration. Volume 27, Issue 5, 2010 s. 529.

²⁵⁰ Det var her tale om Thomas' lønnskrav etter den amerikanske Seaman's Wage Act. Bakgrunnen for tvisten var at Thomas under et tidligere ansettelsesforhold med cruiseselskapet hadde fått alvorlige skader under tjenesten. Etter å på nytt ha blitt ansatt hos selskapet tok det kort tid før han ble ansatt for å være uegnet til å arbeide der, grunnet skadene som hadde oppstått. Han ble derfor oppsagt, og saksøkte blant annet for lønnskrav etter «the Seaman's Wage Act» for en domstol i Florida.

²⁵¹ 573 F.3d 1121.

contrary, the New Agreement explicitly states that Panamanian law will apply».²⁵²

Det forelå altså en viktig forskjell fra det som var tilfellet i *Mitsubishi*-avgjørelsen, der partene hadde avtalt at amerikansk rett skulle regulerer rettsforholdet. Videre ble det, som fremhevet ovenfor i avsnitt 4.2.2, lagt til grunn at det ikke kunne anses sikkert at en «opportunity of review» av Thomas' krav ville forekomme, da han ved tap i voldgiftsbehandlingen ikke ville ha noen «award» å tvangsfullbyrde.

På dette grunnlag valgte Eleventh Circuit å tilsidesette voldgiftsklausulen.

Dommen har, ikke uventet, blitt kritisert i juridiske kretser. Kritikken retter seg særlig mot ankedomstolens bruk av *Mitsubishi*-dommen, en dom kjent for å åpne adgangen for voldgift. Kritikken går ut på at ankedomstolen anvender dommen til å gjøre det motsatte, nemlig å begrense adgangen.²⁵³ Det blir hevdet at retten i sin avgjørelse gjør dette ved å overdrive betydningen av et *obiter dictum*, hvor det uttales hvordan den amerikanske høyesterett ville reagert ved et udetaljert og hypotetisk tilfelle, der hvor lovvalg- og voldgiftsklausulen fungerte «in tandem».²⁵⁴

I kritikken vises det også til at domstolens bruk av voldgiftsvennlige dommer for å innskrenke voldgiftsadgangen medfører implikasjoner for internasjonale kontraktsforhold, da det foreligger en utstrakt bruk av voldgifts- og lovvalgs-klausuler som utpeker «non-U.S. seat and choose non-U.S. law as the substantive law of the contract».²⁵⁵ Det hevdes Thomas-dommen sår tvil om fullbyrdelsesadgangen til voldgiftsavgjørelser som bygger på slike kontrakter.

Riktignok varierer de gjennomgåtte avgjørelser noe i det faktum og relevante regler som ligger til grunn for deres fremgangsmåte. De har imidlertid et viktig fellestrekk:

²⁵² 573 F.3d 1121.

²⁵³ Stein (2010) s. 534.

²⁵⁴ Det siktes her til *Mitsubishi*, fotnote 19. Se avsnitt 3.6.2 i denne sammenheng.

²⁵⁵ Stein (2010) s. 535.

Med unntak av den franske avgjørelse nekter samtlige for voldgift med henvisning til faren for at tungtveiende nasjonale interesser ikke vil bli ivaretatt av den utpekte voldgiftsrett. Vurderingen knytter seg med andre ord til «the likelihood of non-application» av de internasjonalt preseptoriske regler.

4.3.2 Er alle internasjonalt preseptoriske regler relevante?

Det kan videre stilles spørsmål om anvendelsen av «likelihood of non-application»-doktrinen retter seg mot mulig krenkelse av alle internasjonalt preseptoriske regler eller om det var noen bestemte underliggende hensyn som tilsa at domstolene i de nevnte sakene gjorde voldgiftsklausulen uvirksom.

Flere av avgjørelsene rettet seg mot nasjonale bestemmelser som implementerer EUs agentdirektiv av 1986 artikkel 17. Ettersom retten til avgangsvederlag bygger på EU-rettslige regler, kan det stilles spørsmål om det her foreligger noen særlige hensyn som tilsier at tvisten skal forbli hos de nasjonale domstoler.

Et mulig prinsipp styrende for doktrinens anvendelse i de europeiske avgjørelser kan være det EU-rettslige effektivitetsprinsippet. Prinsippet har blant annet kommet til uttrykk i *Van Schijndel* hvor det i avsnitt 17 heter at nasjonale prosessuelle regler ikke kan gjøre det «virtually impossible» eller «excessively difficult» å utøve EU-rettighetene.²⁵⁶ Prinsippet bygger på den betraktning at det hjelper lite med et materielt harmonisert regelverk dersom det foreligger vesentlige ulikheter i den prosessuelle adgangen til å håndheve reglene.²⁵⁷ Effektivitetsdoktrinen innebærer følgelig at enhver skal få en effektiv adgang til å få prøvd om deres rettigheter etter EU-retten er blitt krenket, og kan sies å ta utgangspunkt i lojalitetsprinsippet oppstilt i EU-traktaten artikkel 4(3) (tidligere EF-traktaten artikkel 10).

²⁵⁶ *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, C-430/93 og C-431/93 (forente saker), European Court reports 1995 s. I-04705. For mer om forholdet mellom voldgift og EU-rettslige prinsipper, se Nielsen (2010) s. 36 flg.

²⁵⁷ Fredriksen, Halvard. *EU/EØS-rett i norske domstoler*. Europautredningen. Oslo, 2011 s. 60.

De nasjonale domstolene har en viktig funksjon når det gjelder å fremme de fellesskapsrettslige mål, mens bruk av voldgift på sin side medfører en privatisering av domstolsverket.²⁵⁸ Det kan følgelig stilles spørsmål om effektivitetsprinsippet stiller krav til at tvisten forbeholdes de nasjonale retter der det foreligger en slik fare for at EU-rettslige regler ikke kommer til anvendelse. Det er blitt hevdet i teorien at på bakgrunn av *Ingmar*-avgjørelsens sterke vektlegging av de relevante EU-rettslige regler, må det antas at EU-domstolen vil kreve at nasjonale domstoler nekter voldgift der det er tilstrekkelig sikkert at disse ikke vil tilgodesees av den utpekte voldgiftsretten.²⁵⁹ EU-retten favner imidlertid bredt, da den er viktig i mange tvister i næringslivet. Dersom effektivitetsprinsippet setter slike skranker, vil det potensielt oppstå mange tilsvarende situasjoner hvor voldgift må nektes. I den nevnte rettspraksis gis det imidlertid lite uttrykk for hvorvidt det var avgjørende at de bestemte regler bygget på EU-lovgivning. Dette har blitt tatt opp i litteraturen, hvor forfatterne har pekt på muligheten for «spillover», det vil si at doktrinen anvendes på rettsområder den ikke var ment.²⁶⁰

Selv om spørsmål knyttet til «the likelihood of non-application» stort sett er kommet opp på dette rettsområdet, synes det nærliggende å fastslå at doktrinen kan komme til anvendelse på andre rettsområder. En slik betraktning støttes av at avgjørelsene er prinsipielle i sine drøftelser. Man kan således ikke utelukke at doktrinen kan tenkes anvendt på andre rettsregler. At doktrinen kan ha et videre anvendelsesområde illustreres også av *Thomas v. Carnival* som ikke omhandler EU-rett.

²⁵⁸ Ryssdal (2002) s. 669.

²⁵⁹ Rühl (2007) s. 901.

²⁶⁰ Se særlig Rühl (2007) s. 899 og Friedland, Paul. *Eleventh Circuit Troubled By Choice of Law Not Choice of Arbitration In Thomas v. Carnival*. 2009.

<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/08/26/eleventh-circuit-troubled-by-choice-of-law-not-choice-of-arbitration-in-thomas-v-carnival/> (lest 14.4.2012).

4.4 Kan «the likelihood of non-application»-doktrinen legges til grunn i norsk rett?

4.4.1 Innledning

Mye av den rettspraksis som her er gjennomgått illustrerer en tilnærming som går langt i å begrense rekkevidden av hva som kan henvises til voldgift, i forhold til en tidligere voldgiftsvennlig rettspraksis. Det vil derfor være av interesse å vurdere om en slik doktrine kan legges til grunn i norsk rett for det tilfelle at det er fare for at tungtveiende norske rettsregler ikke kommer til anvendelse ved voldgift. Vil en norsk domstol kunne nekte voldgift der det omtvistete krav bygger på internasjonalt preseptorisk regel, og det ved valg av fremmed rett og voldgift oppstår en fare for at regelen ikke kommer til anvendelse?

4.4.2 Doktrinens rettslige grunnlag: Et spørsmål om voldgiftsmessighet?

Et første spørsmål er om det foreligger et rettslig grunnlag for å nekte voldgift ut fra slike betraktninger. De avgjørelsene som er behandlet ovenfor, har det til felles at ingen av dem gir noen særlig veiledning i hva slags rettsregler de baserer nektelsen av voldgift på.²⁶¹ Den amerikanske avgjørelsen anser for eksempel voldgiftsavtalen som «null and void» samtidig som den referer til public policy reservasjonen etter New York-konvensjonen artikkel V(2)(b).²⁶² Temaet i dette avsnitt er følgelig hva slags regel doktrinen er et utslag av.

I den engelske avgjørelsen fra 2009 heter det at: «the arbitration clause would be “null and void” and “inoperative” (...), in so far as it purported to require the submission to

²⁶¹ For kritikk i denne relasjon se Stein (2010) s. 533, Schwarz (2010) s. 1448 og Kleinheisterkampf (2009) s. 10.

²⁶² Se Brubaker, Joseph og Michael Daly. *Twenty-Five Years of the Prospective Waiver Doctrine in International Dispute Resolution: Mitsubishi's Footnote Nineteen Comes to Life in the Eleventh Circuit*. I: University of Miami Law Review. Volume 64, 2010 s. 1256-1257 hvor dette fremheves.

arbitration of “questions pertaining to” mandatory provisions of EU law». ²⁶³ En slik formulering kan hevdes å lede tankene hen til at det er tale om et spørsmål om voldgiftsmessighet. Forfattere har også tolket Oberlandesgericht-dommen dit hen at den har utviklet en regel om voldgiftsmessighet. Quinke definerer regelen slik:

«Wurde die Zuständigkeit eines deutschen Schiedsgericht bestimmt, war die terminrechtliche Streitigkeit schiedsfähig, bei Bestimmung eines ausländischen Schiedsgerichts und der Wahl ausländischen Rechts hingegen nicht». ²⁶⁴

Skulle man definert en voldgiftsmessighetsbegrensning anvendelig på det foreliggende eksempelet, måtte det således være formulert som at tvister om avgangsvederlag kan voldgis med mindre en fremmed domstol utpekes til å anvende fremmed rett. En slik formulering er imidlertid ikke helt presis i relasjon til domstolenes vurdering. ²⁶⁵

På den annen side skiller doktrinen seg fra spørsmålet om voldgiftsmessighet, da man på et «post-award»-stadium sannsynligvis vil komme til et annet resultat. Ettersom voldgiftsmessighetsspørsmålet vurderes uavhengig av den enkelte sak, skal i prinsippet tvistens voldgiftsmessighet være den samme uavhengig om man vurderer spørsmålet før eller etter voldgiftsbehandlingen, altså uavhengig av om den foretas «pre-award» eller «post»-award. Det legges her til grunn at en norsk domstol sannsynligvis ikke ville ha nektet tvangsfullbyrdelse eller anerkjennelse av voldgiftsavgjørelsen på grunn av at tvisten ikke lar seg voldgis, jf. § 46 annet ledd litra a, dersom voldgiftsretten faktisk har forholdt seg lojalt til den tvingende norske regel. Den norske domstolen vil vanskelig kunne fastslå at det foreligger en fare for ikke-anvendelse av norsk internasjonal preseptorisk rett, når den vet at voldgiftsretten nettopp har anvendt den.

²⁶³ Avsnitt 89.

²⁶⁴ Quinke, David. *Schiedsvereinbarungen und Eingriffsnormen*. I: *SchiedsVZ*, 2007 s. 247.

²⁶⁵ En kunne hevdet at prinsippet om «separability», omtalt i avsnitt 2.6.1, krever at voldgiftsavtalens gyldighet blir vurdert uavhengig av hovedavtalen og lovvalgsklausulen, og at det følgelig ikke er noe rom for en doktrine som baserer seg på den «kombinerte effekten» av disse. Prinsippet strekker seg imidlertid ikke så langt. Det regulerer kun den situasjon hvor hovedavtalen er ugyldig, og fastslår at dette ikke skal påvirke gyldigheten av voldgiftsavtalen.

Alternativt kan man se på tilnærmingen som et eksempel på en helt ny trend: På en *ad hoc*-basis å anse en tvist som voldgiftsmessig basert på de konkrete fakta i den foreliggende sak. En slik vurdering skiller seg imidlertid fra oppfattelsen av voldgiftsmessighet som en objektiv faktor, uavhengig av den enkelte sak. På den andre side forutsetter «the likelihood of non-application» en vurdering basert på en prognose av hvordan voldgiftsretten kommer til å opptre. Dette er en vurdering vi kjenner igjen fra de alminnelige voldgiftsmessighetsbegrensningene.

Det er alminnelig antatt at *ordre public*-reservasjonen kan komme til anvendelse på et henvisningsstadium, og det kan stilles spørsmål om det er den som utgjør det rettslige grunnlag for doktrinen. For norsk retts vedkommende gir voldgiftsloven de norske domstolene grunnlag for å nekte voldgift dersom de finner det «klart at voldgiftsavtalen er ugyldig eller at voldgift av andre grunner ikke kan gjennomføres», jf.

§ 7 første ledd annet punktum. Lovmotivene forutsetter som vist at *ordre public*-forbeholdet kan falle inn under denne, da det heter at domstolen av eget tiltak skal prøve hvorvidt «voldgiftsavtalen virker støtende på rettsordenen».²⁶⁶ Det er verdt å minne om den snevre adgangen *ordre public*-reservasjonen er ment å være, og det synes derfor nærliggende å anta at det vil være vanskelig å gjøre voldgiftsavtalen uvirksom på dette grunnlag. Selv om man i en viss grad må basere sin drøftelse på den foreliggende kontrakt, vil det i motsetning til en *ordre public*-vurdering ikke være faktiske krenkelser som man tar stilling til. Man vet ganske enkelt ikke hvordan den fremtidige behandling vil arte seg. Som nevnt ovenfor er *ordre public*-vurdering basert på faktiske krenkelser, og det må derfor kunne la seg fastslå at den konkrete avtale krenker slike fundamentale prinsipper. Det synes derfor vanskelig å forene doktrinen med det tradisjonelle *ordre public*-forbeholdet.

Spørsmålet er ikke helt uproblematisk, og det har regjert mye forvirring. Det har blitt påpekt at å anse det som et spørsmål om voldgiftsmessighet ville være et skritt tilbake.²⁶⁷ En slik tilnærming ville sette et større likhetstegn mellom *ordre public*-hensyn og voldgiftsmessighetsbegrensninger, hvilket ville stride mot den internasjonale

²⁶⁶ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 90.

²⁶⁷ Catherine Kessedjian, på seminar 22. november 2011, Vækerø.

tendensen vi har vært vitne til de siste tiår. Vi står her overfor et vanskelig definisjonsspørsmål. Etter min mening synes imidlertid doktrinen å ha flest likhetstrekk med en alminnelig voldgiftsmessighetsvurdering, som nekter at tvisten voldgis der en voldgiftsklausul kombinert med lovvalget vil medføre en risiko for krenkelse av *ordre public*.

4.4.3 En åpen invitasjon til å kunne nekte voldgiftsbehandling?

Ettersom det nå er fastlagt at doktrinen er et utslag av en begrensning i hva som kan voldgis, oppstår spørsmålet om de tilsvarende betraktningene gjør seg gjeldende i norsk rett. Vi har sett at de enkelte begrensninger i voldgiftsmessigheten er definert nasjonalt, og at hvert land vil regulere dette ulikt avhengig av deres egne nasjonale interesser. Men ettersom det er rettspraksis knyttet til flere land, kan det være et poeng å spørre om en tilsvarende begrensning må tolkes inn i de norske regler om voldgiftsmessighet.

Det er blitt fremhevet at en løsning basert på «the likelihood of non-application» vil kunne være en farlig tilnærming i det den baserer seg på svært usikre prognoser, ved at den nasjonale domstolen nærmest ved å se inn i en krystallkule vil måtte vurdere om og hvordan en voldgiftsrett senere vil anvende de relevante tvingende regler.²⁶⁸

Når det gjelder den tyske dommen avsagt av Oberlandesgericht, har det blitt hevdet at den er altfor enkel i sitt resonnement om «nærliggende fare». Det fremheves blant annet at det i slike saker alltid vil foreligge en fare for at en fremmed domstol ikke vil anvende tyske internasjonalt preseptoriske regler.²⁶⁹

Det at partene i vårt eksempel har utpekt retten i California, innebærer ikke nødvendigvis at voldgiftsretten vil se bort i fra all ikke-amerikansk rett. Dessuten vil handelsagenten eller hans prosessfullmektig alltid kunne gjøre rede for hvordan de norske rettsregler beskytter retten til avgangsvederlag. En voldgiftsrett vil, som

²⁶⁸ David Echenberg, seminar 22. november 2011, Vækerø.

²⁶⁹ Rühl (2007) s. 897.

fremholdt i avsnitt 3.6, ønske å avsi et effektivt resultat, og derfor ta hensyn til bestemmelsens underliggende hensyn. Det at en voldgiftsrett er lokalisert i California, er ikke nødvendigvis ensbetydende med at dens dommere er amerikanske. Og om de skulle vise seg å være amerikanske, vil de uansett ha erfaring fra internasjonale saker, og være vant til å måtte forholde seg til EU-rettslige regler i sin tilstrebelse etter å oppnå avgjørelser som effektivt kan håndheves.

Videre har det blitt innvendt at doktrinen tillater de nasjonale domstoler å unngå å foreta en reell vurdering av om voldgiftsretten eller den fremmede domstol kommer til å ta hensyn til reglene.²⁷⁰ Denne innvending kan i stor grad bekreftes ved en nærmere analyse av de nevnte dommene, der den nasjonale domstolen i dens argumentasjon ikke går inn på om voldgiftsretten vil anvende liknende rettsregler under dens eget rettssystem, som vil kunne ivareta de samme underliggende hensyn som de relevante internasjonalt preseptoriske regler er ment å ivareta.²⁷¹

At avgjørelsen strider mot en internasjonal preseptorisk regel er, som vi har sett, ikke tilstrekkelig for å rammes av *ordre public*-regelen.²⁷² Dersom den norske domstolen skal nekte voldgiftsdommens effektivitet på bakgrunn av *ordre public*-reservasjonen i § 46 annet ledd litra b, må resultatet være så krenkende at avgjørelsen må anses å krenke fundamentale prinsipper i norsk rett.

Det er altså de underliggende hensyn bak den aktuelle norske reglene, og ikke bestemmelsene som sådan, som den norske domstolen ønsker anvendt.²⁷³ Dersom tilsvarende hensyn ivaretas ved anvendelsen av den fremmede rett, vil det ikke være noen grunn til å underkjenne voldgiftsavgjørelsen.

Det er således i vårt eksempel viktig å fremheve at det ikke er ikke-anvendelsen av agenturloven § 28 som sådan som vil kunne rammes ved en eventuell etterfølgende

²⁷⁰ Rühl (2007) s. 897.

²⁷¹ Sammenlikn Rühl (2007) s. 896.

²⁷² Se avsnitt 2.3 om internasjonalt preseptoriske regler og *ordre public*.

²⁷³ Se Cordero-Moss (2010) II s. 834.

domstolskontroll av avgjørelsen. Dersom retten i California oppstiller en alternativ beregningsmåte for avgangsvederlag, eller om handelsagentens interesser ivaretas må en annen måte, vil det ikke være grunn til å underkjenne voldgiftsavgjørelsen på grunnlag av *ordre public*.²⁷⁴

Slik doktrinen har blitt anvendt i den nevnte praksis, vil den åpne for at det ikke foretas reelle vurderinger slik som illustrert i det ovenstående. Det derfor mye som taler for at «the likelihood of non-application»-doktrinen vil åpne for at voldgift utelukkes selv i tilfeller hvor nasjonale hensyn ikke står i fare for å bli krenket. Dette er et hensyn som taler i mot at doktrinen legges til grunn i norsk rett.

4.4.4 Behovet for forutberegnelighet i kommersielle avtaler

Videre vil den abstrakte vurdering «likelihood of non-application»-doktrinen foreskriver, gjøre at det blir vanskelig for partene å forutse når voldgiftsavtalen deres vil forbli virksom.

Det er ønskelig med forutberegnelighet med tanke på hvorvidt tvisten vil bli behandlet av de alminnelige domstoler eller av en voldgiftsrett. Forutberegnelighet vil her som ellers være av stor betydning for partene, og påvirker partenes opptreden ved utformingen av kontrakten. Dersom det knytter seg stor usikkerhet til hvorvidt deres valg av tvisteløsningsorgan vil respekteres, vil det være vanskeligere for partene å forhandle. Det er særlig to grunner for at forutberegneligheten vil være viktig for partene i dette henseende.

For det første vil voldgiftsklausulens virksomhet ha betydning for hvordan partene legger opp sin prosess dersom det skulle oppstå tvist. Spesielle hensyn gjør seg gjeldende når tvisteløsningen plutselig skal finne sted i et annet land, under helt andre saksbehandlingsregler.

²⁷⁴ Skulle handelsagenten ikke få noen som helst form for kompensasjon, kan det derimot tenkes at det lar seg fastslå et brudd på *ordre public*. Se Cordero-Moss (2009) s. 364 i denne sammenheng.

For det andre vil voldgiftsklausulens virkning ha betydning for hvilke rettsregler som kommer til anvendelse. Dersom klausulen sees bort i fra, er det en nasjonal dommer som vil behandle tvisten. En nasjonal dommer vil kunne anvende preseptoriske regler som fraviker partenes lovvalg dersom han mener at hensynene bak dem må regnes som så tungtveiende at de kvalifiserer til å være tvingende eller internasjonalt preseptoriske. Ettersom anvendelse av slike regler er avhengig av den nasjonale dommerens skjønn, medfører det at det kan oppstå situasjoner hvor partene vanskelig kan forutse hvilke regler som vil regulere tvisten.²⁷⁵ En voldgiftsdommer vil på sin side forholde seg lojalt til partenes lovvalg, og bare anvende andre rettsregler dersom det er nødvendig for å sikre et effektivt resultat.

Med tanke på disse momenter synes det nærliggende å vurdere hvordan graden av forutberegnelighet sikres ved mulige tilnærminger til spørsmål knyttet til internasjonalt preseptoriske regler og voldgift.²⁷⁶

Den mest effektive løsningen når det kommer til å sikre forutberegnelighet, er å fastslå at ingen tvister tilknyttet den internasjonalt preseptoriske regelen kan voldgis. Da ville partene med sikkerhet vite at de måtte fremme saken for en nasjonal domstol allerede når kontrakten forhandles frem.

I vårt eksempel ville dette vært å fastslå at ingen tvister vedrørende handelsagenturer kan voldgis. En slik tilnærming er imidlertid ganske urealistisk med tanke på den rettsutvikling som i stor grad har utvidet rekkevidden for at tvister som utspringer fra agentforhold kan voldgis.

²⁷⁵ For flere betraktninger hva angår internasjonalt preseptoriske regler og forutberegnelighet vises det til Cordero-Moss (1999) s. 53-56. Det kan også være andre grunner til at usikkerhet knyttet til om voldgiftsklausulen vil stå seg, også vil medføre usikkerhet til sakens materielle utfall. Når man handler med selskaper som holder til i mindre utviklede land, har det blitt fremholdt at vestlige selskaper ønsker å holde seg unna lokale domstoler, da de vet at det i stor grad forekommer korrupsjon i slike land. Dette problemet ble tatt opp av Kai Uwe Karl på seminar, 21. november 2011, Vækerø.

²⁷⁶ Se også Kröll (2009) s. 345 flg. for en evaluering av hvordan forutberegneligheten ivaretas under de tre ulike tilnærmingene når det gjelder voldgift og handelsagenter.

Man blir med andre ord som regel nødt til å godta en viss grad av rettslig usikkerhet når det kommer til spørsmålet om voldgiftsklausuler på slike rettsområder vil forbli virksomme.

Tilnærmingen «likelihood of non-application»-doktrinen vil, som påpekt, bygge på en diskresjonær og abstrakt prognose om hvorvidt den utpekte voldgiftsretten kommer til å anvende de relevante internasjonalt preseptoriske regler. Kriterier som «nahe liegende Gefahr» utpeker en svært skjønnsmessig vurdering, som medfører at det for partene vil være svært vanskelig å forutse hva den nasjonale domstolen vil komme til. I tillegg forutsetter doktrinen at en ikke-anvendelse av den aktuelle rettsregel vil stride mot *ordre public*, men det er, som vi har sett, absolutt ikke sikkert.

En tilnærming etter «second look» vil også kreve at den nasjonale domstolen foretar en skjønnsmessig vurdering, men da først på et «post-award»-stadium. I motsetning til «the likelihood of non-application» vil imidlertid en slik vurdering knytte seg til konkrete fakta ved avgjørelsen om resultatet strider mot *ordre public*, og ikke en usikker spekulasjon. Det kan derfor hevdes at partene sikres en større grad av forutberegnelighet når det kommer til spørsmålet om voldgiftsklausulen vil stå seg etter «second look», enn det som er tilfellet for «the likelihood of non-application».²⁷⁷

Drøftelsen ovenfor viser at en må godta en viss uforutberegnelighet når det gjelder hvorvidt voldgiftsavtalen vil forbli virksom. Det må imidlertid legges til grunn at en tilnærming i samsvar med «second look» best ivaretar partenes behov for forutberegnelighet, samtidig som den sørger for at slike tvister lar seg voldgis.

4.4.5 Konklusjon

Et viktig hensyn bak anvendelsen av «likelihood of non-application»-doktrinen synes å være at de nasjonale domstoler skal gis en mulighet til å effektivt sikre håndhevelse av

²⁷⁷ Kröll (2009) s. 348.

bestemte tungtveiende regler, uten at dette skal forsinkes av en voldgiftsbehandling. Vi har imidlertid sett at en slik tilnærming kan få negative konsekvenser for voldgiftsinstituttet, og til og med representere et skritt tilbake i forhold til «second look» og *Mitsubishi*.

Det har imidlertid blitt innvendt mot en slik tilnærming at den snarere kan virke mot sin hensikt. Ved å tillate den norske domstolen å ignorere voldgiftsklausulen vil hele prosessen forsinkes, ettersom en slik adgang til gjøre det usikkert for partene om en voldgiftsklausul vil få virkning slik som partene har hatt intensjon om.²⁷⁸ En slik tilnærming vil derfor ikke ivareta hensynet til effektiv voldgift og partenes forutberegnelighet. Disse hensynene må antas å veie tyngst for norsk retts vedkommende, selv om løsningen ikke er sikker. Det synes mest nærliggende å legge til grunn at en norsk domstol bør nekte å behandle tvisten på grunn av den foreliggende voldgiftsklausul. Hensynet til effektiviteten av internasjonal voldgift samt partenes forutberegnelighet tilsier at den norske domstolen tilnærmer seg tvisten etter «second look» i slike tilfeller. Selv om vi ikke har noe norsk rettspraksis å støtte oss på, vil den sterke voldgiftsvennlige tendensen, samt de underliggende prinsipper i New York-konvensjonen, og følgelig i voldgiftsloven, tilsi et slikt resultat.

Den norske domstolen skal i derfor i vårt eksempel avvise saken og henvende partene til voldgift, jf. § 7 første ledd første punktum.

4.5 Oppsummering

Det kan stilles spørsmål om utviklingen internasjonalt har snudd når det gjelder adgangen til å åpne rekkevidden av de tvister som kan voldgis. Flere av de eksempler som det er vist til fra utenlandsk rettspraksis, kunne tyde på det. Det må imidlertid legges til grunn at denne rettspraksis ikke er entydig, og vi finner avgjørelser som går i begge veier. Selv om en løsning etter «second look» i visse tilfeller kan gi en velbegrunnet tvil om tungtveiende nasjonale interesser vil bli ivaretatt, har jeg kommet

²⁷⁸ David Echenberg, seminar, 22. november 2011, Vækerø.

til at en løsning basert på vurderinger av hvorvidt den utpekte voldgiftsrett vil anvende de internasjonalt preseptoriske regler, ikke kan legges til grunn i norsk rett. Dette synes å være mest i overensstemmelse med de prinsipper som internasjonal voldgift bygger på.

5 Voldgiftsavgjørelsen utfordres: Relevansen av tvistens tilknytning til domstolslandets rett

5.1 Innledning

Den generelle internasjonale trenden som har gått langt i å åpne for voldgift, er gjort mulig gjennom å tillate en etterfølgende domstolskontroll. I tråd med «second look» er det derfor intet i veien for at voldgiftsdommere anvender og avsier et resultat basert på regler som må antas å ivareta *ordre public*-hensyn. I forrige kapittel så vi videre at hensynet til effektiv voldgift og endelige dommer også tilsier at dette utgangspunkt fastholdes, til tross for at det kan forekomme situasjoner hvor doktrinen settes på prøve.

I likhet med forrige kapittel, skal vi også her se på problemstillinger hvor forholdet mellom voldgiftsmessighet og *ordre public* aktualiseres. Her oppstår de imidlertid på kontrollstadiet. Når en nasjonal domstol blir stilt overfor en voldgiftsavgjørelse, vil den som kjent ha to muligheter for å underkjenne avgjørelsen på grunnlag av dens egne nasjonale interesser: Enten vil domstolen kunne angripe avgjørelsen ut fra en vurdering av om den konkret vil være i strid med de mest fundamentale prinsipper i domstolslandets rett, eller så kan domstolen velge å rette sin vurdering mot den underliggende tvist, ved å vurdere om tvisten etter sin art bør kunne behandles ved voldgift.

Den følgende drøftelse skal undersøke rekkevidden av de to reservasjoner. Det kompliserende element i dette kapittel er at tvisten ikke har noen tilknytning til domstolslandet. Den eneste grunnen til at domstolen blandes inn, er at en av partene tilfeldigvis har noen formuesgoder der, eller at voldgiftsbehandlingen tilfeldigvis fant sted der. Vil avgjørelsen likevel kunne settes til side på grunn av manglende voldgiftsmessighet? Vil *ordre public*-reservasjonen være tilgjengelig ved et slikt tilfelle, og hvilke hensyn vil den eventuelt ivareta?

5.2 Forholdet mellom tvisten og domstolslandets rett

Etter voldgiftsloven §§ 43 og 46 annet ledd litra a kan en voldgiftsavgjørelse settes til side eller nektes anerkjent eller tvangsfullbyrdet dersom «tvisten ikke kunne avgjøres ved voldgift etter norsk rett». Dersom det fremkommer av norsk rett at den aktuelle tvist ikke kan voldgis, vil avgjørelsen følgelig kunne settes til side.

Etter ordlyden vil en voldgiftsmessighetsbegrensning være tilgjengelig uavhengig av om tvisten har tilknytning domstolslandets rett eller ikke.

Denne adgangen til å tilsidesette eller nekte anerkjennelse eller fullbyrdelse av en voldgiftsavgjørelse ubetinget av domstolens underliggende tilknytning til tvisten, har blitt kritisert i litteraturen. Når det gjelder adgangen til å sette avgjørelsen til side på voldgiftsstedet med henvisning til *lex fori*, slik som modelloven artikkel 34 (2)(b) og voldgiftsloven § 43 annet ledd gir anledning til, har det blitt innvendt at voldgiftsstedet ofte er valgt ut fra rene bekvemmelighets- eller nøytralitetshensyn.²⁷⁹ Videre er det fremholdt at det kan forekomme tilfeller der voldgiftsstedet ikke er blitt valgt av partene, men av den voldgiftsinstitusjonen de har utpekt. Det er også påpekt at voldgiftsretten ofte er av en helt forbigående karakter, og at voldgiftsstedet følgelig ikke har noen nødvendig forbindelse til tvisten.²⁸⁰

Dersom en voldgiftsavgjørelse kjennes ugyldig på voldgiftsstedet, vil dette innebære at tvisten kan nektes anerkjent eller tvangsfullbyrdet på ethvert sted der partene har formuesgoder. At voldgiftsavgjørelsen er satt til side på voldgiftsstedet, utgjør nemlig

²⁷⁹ Forholdet mellom voldgiftsavgjørelsen og de nasjonale domstoler på voldgiftsstedet, har vært gjenstand for debatt i internasjonal juridisk litteratur. Se Park, William. *Why Courts Review Arbitral Awards*. I: Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel (2001) s. 598 flg for denne debatt. Se også Born (2011) s. 447 som stiller spørsmålet: «Does it make sense to apply the law of the arbitral seat to issues of non-arbitrability?».

²⁸⁰ Se Lew (2003) s. 64 hvor disse argumenter nevnes i sammenheng med redegjørelse av kritikken mot den betydning retten på voldgiftsstedet har blitt tillagt.

en selvstendig ugyldighetsgrunn etter New York-konvensjonen artikkel V (1)(e).²⁸¹ Den tapende part kan altså ved et ugyldighetssøksmål underkjenne voldgiftsavgjørelsen en gang for alle med global virkning.²⁸² Etersom spørsmålet om hva som kan voldgis kan være regulert meget ulikt fra land til land, kan det derfor oppstå situasjoner hvor en voldgiftsavgjørelse ikke kan tvangsfullbyrdes til tross for at tvisten lar seg voldgi på fullbyrdelsesstedet. Dette vil da være på grunn av at tvisten ikke lot seg voldgi på et tilfeldig valgt voldgiftssted. Med tanke på at voldgiftsretten ofte er valgt ut fra tilfeldige kriterier, kan det da hevdes å være betenkelig at retten på voldgiftsstedet skal få en så avgjørende betydning når det gjelder voldgiftsavgjørelsens virksomhet.

Hvor partene har formuesgoder kan også bero på tilfeldigheter. En voldgiftsdom vil kunne tvangsfullbyrdes på ethvert sted hvor partene har formuesgoder. Det kan derfor forekomme tilfeller hvor det er minst like lite tilknytning mellom tvisten og fullbyrdelses- eller anerkjennelsesstedet som det er mellom tvisten og voldgiftsstedet.²⁸³ Et slikt tilfelle kan for eksempel foreligge der selskapet tilfeldigvis har noen aktiva i et fremmed land.²⁸⁴ Enkelte har imidlertid hevdet at det alltid vil foreligge en tilstrekkelig

²⁸¹ Vi finner den tilsvarende bestemmelsen i den norske voldgiftsloven § 46 første ledd litra f hvor det heter at anerkjennelse eller fullbyrdelse kan nektes derom voldgiftsavgjørelsen er satt til side «av en domstol på voldgiftsstedet». Regelen er begrunnet ut fra effektivitetshensyn. Uten en adgang for den tapende part til å tilsidesette voldgiftsavgjørelsen på voldgiftsstedet med virkning globalt, ville vedkommende måtte fremme sine innsigelser på ny for de nasjonale domstolene på ethvert sted hvor voldgiftsavgjørelsen blir søkt tvangsfullbyrdet eller anerkjent, jf. Park (2001) s. 599. Det foreligger kun få eksempler fra utenlandsk rettspraksis der en voldgiftsdom har blitt tvangsfullbyrdet til tross for at den har blitt satt til side på voldgiftsstedet. Disse har blitt sterkt kritisert i blant annet *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. (2004) s. 538 flg.

²⁸² Under forberedelsen til den bestemmelse som ligger til grunn for § 43 annet ledd litra a, modelloven artikkel 34 (2)(b)(i), ble det stilt kritiske spørsmål rundt rettferdigheten av at avgjørelsen skulle kunne settes til side med global effekt. Jf. UN-Doc.A/CN.9/246, avsnitt 136. Tilgang: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement> (lest. 2.5.2012), samt Broches, Aron. *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Deventer, 1990. s. 198.

²⁸³ Goode, Roy. *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*. I: Arbitration International Volume 17, nr. 1, 2001 s. 32-33.

²⁸⁴ Se Brekoulakis (2009) II s. 109 som drøfter voldgiftsmessighet der tilknytningen mellom tvisten og fullbyrdelsesstedet er minimal eller ikke-eksisterende. Sammenlikn også Goode (2001) s. 32-33.

tilknytning på fullbyrdsesstedene da det er her hvor avgjørelsen kommer til å ha sin virkning.²⁸⁵ En nektelse av å tvangsfullbyrde eller anerkjenne voldgiftsavgjørelsen vil imidlertid få mindre dramatiske konsekvenser enn tilsidesettelse, idet en slik nektelse ikke får virkning på andre steder enn der voldgiftsavgjørelsen utfordres.

Flere av disse argumenter kunne tilsi at §§ 43 og 46 annet ledd litra a ble tolket innskrenkende der det ikke er noen forbindelse mellom tvisten og norsk rett. Det finnes imidlertid ingen holdepunkter for å kunne tolke bestemmelsen dit hen. Etter modelloven og New York-konvensjonen er det enkelte medlemsland tilkjent en adgang til å underkjenne voldgiftsavgjørelser på slike grunnlag, og et slikt standpunkt må også antas å gjelde der tilknytningen til tvisten er minimal eller ikke-eksisterende.

Av fremstillingsmessige årsaker vil den følgende drøftelse ta utgangspunkt i den situasjon at gyldigheten av voldgiftsavgjørelsen angripes på voldgiftsstedet.

5.3 Voldgiftsmessighet som en eksklusiv jurisdiksjonsregel?

De ovennevnte argumenter om voldgiftsstedets tilfeldige karakter tilsier imidlertid at den enkelte voldgiftsmessighetsbegrensning ikke anvendes i større utstrekning enn hva som er nødvendig. Dette er i samsvar med prinsippet om at voldgiftsavgjørelsene i utgangspunktet er endelige, og at ugyldighetsgrunnene i voldgiftsloven § 43 annet ledd skal tolkes strengt.²⁸⁶ Ellers vil det foreligge en fare for en såkalt «spillover»-effekt, nemlig at den nasjonale begrensningen i hva som kan voldgis, rammer flere avgjørelser enn hva de underliggende nasjonale offentlige interesser tilsier. Det kan derfor hevdes at det bør utvises en viss varsomhet med å anvende reservasjonen når tvisten ikke har tilknytning til stedet.

²⁸⁵ Se de Enterría, Javier. *The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration*. I: Law & Policy in International Business. Volume 21, 1989-1990 s. 410 i forbindelse med *ordre public* og doktrinen om innenlandstilknytning.

²⁸⁶ Se Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 110.

Dette gir grunn til å se på formålet bak den enkelte voldgiftsmessighetsbegrensning. Vil de underliggende hensyn som ligger bak den aktuelle voldgiftsmessighetsregel, kunne tilsa at den ikke vil komme til anvendelse der tilknytningen til domstolen er minimal eller ikke-eksisterende?

Der den eneste tilknytning til norsk rett er at voldgiftsbehandlingen fant sted i Norge, vil ikke norske domstoler få en etterfølgende jurisdiksjon over tvisten dersom voldgiftsavgjørelsen settes til side. De nasjonale domstolars jurisdiksjon er nemlig avhengig av hvorvidt det foreligger noen territoriell forbindelse til tvisten, altså om de faktiske omstendigheter som ligger til grunn for kravet, har tilknytning til domstolstedet.²⁸⁷ Den nasjonale domstolen vil bare ha jurisdiksjon hvis disse forholdene utspringer fra dens egen rett.²⁸⁸

I en slik situasjon synes det nærliggende å spørre seg om hva som er hensikten med den enkelte norske begrensning i hva som kan voldgis. Er formålet med regelen kun å forby voldgift helt generelt, eller er det å forby voldgift fordi man ønsker en mer betryggende domstolsbehandling ved norske domstoler?²⁸⁹

Dersom det ved voldgiftsmessighetsregelen søkes å forbeholde tvisten for de norske domstoler, faller formålet med begrensningen bort der det ikke er noen forbindelse mellom tvisten og norsk rett. I et slikt tilfelle vil det ikke være tale om å beskytte de norske domstolars eksklusive jurisdiksjon, da det ikke foreligger noen konflikt mellom de norske domstolenes og voldgiftsrettens kompetanse.²⁹⁰ De norske domstoler har

²⁸⁷ Brekoulakis (2009) II s. 105.

²⁸⁸ Born (2009) s. 518.

²⁸⁹ Disse problemstillinger oppstilles blant annet av Cordero-Moss, Giuditta. *National Rules on Arbitrability and the Validity of an International Arbitral Award: Examples of Disputes Regarding Petroleum Investments in Russia*. I: Stockholm Arbitration Report, 2001, s. 22-23. Se også Brekoulakis (2009) II s. 99 flg

²⁹⁰ Brekoulakis (2009) II s. 108, samt også Cordero-Moss (2010) s. 496. Synspunktet er i samsvar med de Enterría (1990) s. 412 som skriver at voldgiftsmessighet i likhet med «public policy» som unntak bare må «be restricted to situations where there exists a connection between the forum and the underlying transaction».

nemlig aldri hatt jurisdiksjon over tvisten. Den eksklusive jurisdiksjonen til de norske domstoler har dermed aldri vært truet. Voldgiftsmessighetsregelen vil i et slikt tilfelle ikke ha blitt brutt.

Etter dette vil spørsmålet om voldgiftsmessigheten er begrenset i slike tilfeller, bero på en konkret tolkning, der det avgjørende vil måtte være hvilke offentlige interesser det er som har blitt lagt til grunn for å nekte voldgift i slike saker. Krever de offentlige interessene som ligger bak voldgiftsmessighetsbegrensningen at tvisten ikke skal voldgis selv der norske domstoler likevel ikke vil sørge for en betryggende domstolsbehandling?

Det avgjørende etter slike betraktninger vil være å fastslå hva som er formålet med den aktuelle voldgiftsmessighetsbegrensningen. Brekoulakis skriver at bestemmelser som begrenser hva som kan voldgis er:

«in essence conflict of jurisdiction rules, which allocate exclusive jurisdiction to their national courts with regard to specific types of disputes. Thus, the aim of these provisions is to safeguard the exclusive jurisdiction of their national courts over specific disputes, *rather than to ban arbitration in general*». ²⁹¹

Et slikt standpunkt kan kanskje modereres noe for norsk retts vedkommende. Enkelte voldgiftsmessighetsbegrensninger vil muligens kunne tolkes dit hen at de setter en skranke mot all voldgift som sådan. I denne sammenheng kan det for eksempel nevnes voldgift av barnefordelingssaker. Det må imidlertid videre kunne antas at enkelte begrensninger i hva som kan voldgis etter norsk rett er oppstilt med den hensikt å forsikre seg om at tvisteløsningen skjer hos norske domstoler.

At voldgiftsmessighetsbegrensningen kan komme til anvendelse til tross for manglende forbindelse mellom tvisten og *lex fori*, illustreres i den sveitsiske

²⁹¹ Brekoulakis (2009) II s. 102.

høyesterettsavgjørelsen *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani v. M.*²⁹² Saken gjaldt en avtale mellom en italiensk part og hans agent for salg av militæret utstyr til Irak. Avtalen inneholdt en voldgiftsklausul som utpekte voldgiftsbehandling i Sveits. Agenten M anla sak for voldgiftsretten i Sveits for å få løst en tvist knyttet til betaling for arbeidet. Italienerne hevdet på sin side at tvisten ikke lot seg voldgi da FN hadde nedlagt en handelsrestriksjon mot Irak, hvilket også var bindende for Italia. En slik «embargo» hadde blitt vedtatt som følge av Iraks invasjon av Kuwait. Voldgiftsretten kom imidlertid til at den hadde jurisdiksjon og behandlet dermed tvisten. Italienerne angrep derfor avgjørelsen hos de nasjonale domstoler i Sveits, og ønsket at den skulle bli kjent ugyldig da de mente at tvisten ikke lot seg voldgis.²⁹³ Det sveitsiske rettsvesen hadde med andre ord ingen tilknytning til tvisten, utenom at voldgiftsbehandlingen tilfeldigvis befant seg i Sveits. Den sveitsiske domstolen annullerte imidlertid avgjørelsen med henvisning til at den ikke lot seg voldgi etter sveitsisk rett.²⁹⁴

I sin kommentar av avgjørelsen skriver Cordero-Moss imidlertid at:

«This approach is justified by the fact that the Swiss rule on arbitrability is extremely liberal; thereby avoiding the undesirable situation of excluding the arbitrability of a dispute for the purpose of ensuring the application of rules which are not applicable to the specific case».²⁹⁵

²⁹² *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A et Oto Melara S.p.A v. M. et Tribunal Arbitral*, AFT 118 II 353 (1992). Se Cordero-Moss (1999) s. 372.

²⁹³ Den relevante bestemmelsen for en slik tilsidesettelse var artikkel 177 i Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht av 18. desember 1987.

²⁹⁴ For mer vedrørende voldgiftsmessigheten av tvister knyttet til handelsrestriksjoner, såkalte «embargo» vises det til Born (2009) s. 808-809.

²⁹⁵ Cordero-Moss (1999) s. 372. I den sveitsiske Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht av 1987 heter det at enhver «vermögensrechtliche Anspruch» kan være gjenstand for voldgift. Det har blitt lagt til grunn at bestemmelsen skal tolkes vidt, hvilket bekreftes i *Ficantieri*-dommen der det heter at den omfatter enhver «valeur pécuniaire pour les parties». Se Poudret, Jean-François og Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*. 2. utg. London, 2007. s. 289 for mer om den liberale tolkning som er blitt lag til grunn.

Med andre ord vil man med få begrensninger i voldgiftsadgangen redusere faren for at voldgiftsavgjørelser tilsidesettes unødig.

Å avdekke de underliggende formål bak en begrensning i hva som kan voldgis vil kunne by på utfordringer. Ofte vil det være flere hensyn som begrunner regelen. At det kan oppstå vanskelige vurderinger i denne sammenheng kan belyses med et eksempel.

Anta at Oslo Handelskammer behandler en tvist mellom en sveitsisk patentholder og et tysk selskap om gyldigheten av et patent registrert i Sveits. Norge ble av rene nøytralitetshensyn utpekt som voldgiftssted. Den sveitsiske patentholderen anklager selskapet for å ha krenket patentet hans, mens selskapet på sin side mener at patentet er delvis ugyldig, og at det følgelig ikke foreligger en krenkelse av noen enerett. Oslo Handelskammer gir det tyske selskapet medhold. Som tapende part angriper patentholderen deretter gyldigheten av voldgiftsavgjørelsen for norske domstoler.

Som vi har sett i avsnitt 3.3 fremkommer det av lovmotivene til voldgiftsloven og rettspraksis at tvister knyttet til gyldigheten av patenter, ikke kan behandles ved voldgift.²⁹⁶ Basert på det ovenstående er det imidlertid grunn til å se nærmere på formålet bak unntaket. Er formålet med begrensningen å utelukke all voldgift, eller er det å sikre at norske domstoler får jurisdiksjon over tvisten? I sistnevnte tilfelle vil ikke den norske domstolen ha noen interesse av å tilsidesette voldgiftsavgjørelsen. Ettersom patentet er registrert i Sveits, vil den norske domstolen uansett ikke få noen etterfølgende jurisdiksjon over tvisten.

Det fremkommer ikke noe nærmere i lovmotivene til voldgiftsloven om hva som er formålet med at spørsmålet knyttet til gyldigheten av et meddelt patent ikke skal kunne voldgis. Den nevnte rettspraksis gir heller ingen holdepunkter for å begrunne en slik begrensning. Ettersom en voldgiftsavgjørelse kun har virkning mellom partene - *inter partes* - må det kunne antas at det ikke har vært hensynet til tredjeparter som her har vært avgjørende.²⁹⁷ Dersom voldgiftsretten kjenner et patent helt eller delvis ugyldig,

²⁹⁶ NOU 2001: 33 s. 51 og Rt. 1958 s. 1326.

²⁹⁷ Se avsnitt 3.2.

vil dette bare kunne gjøres gjeldende overfor motparten, og følgelig ikke få noen virkning for tredjemenn.

En offentlig interesse som kan begrunne den rettsstillingen at gyldigheten av patenter ikke skal kunne underlegges voldgift, er nødvendigheten av statlig involvering. En påstand om at et patent er helt eller delvis ugyldig, vil ikke være noe som voldgiftsretten kan fatte en avgjørelse i tråd med, da den ikke vil kunne innføre eller slette patenter fra det offentlige rettighetsregisteret.²⁹⁸ Man er således avhengig av bistand fra staten. Dette er følgelig et hensyn som tilsier at de alminnelige domstoler skal ha den eksklusive retten til å dømme i slike saker.²⁹⁹

I det foreliggende tilfellet er det derimot ikke tale om et patent registrert i det norske offentlige rettighetsregisteret. Det er tale om gyldigheten av et patent som er registrert i Sveits. I så henseende vil det ikke være noen grunn til at den norske regelen om at gyldigheten av patenter ikke kan voldgis anvendes, da det ikke er nødvendig at norske domstoler involveres for å gjøre voldgiftsavgjørelsen effektiv.

På den andre side kan det hevdes at avgjørelser om offentlige tjenestehandlingers gyldighet bør være offentlige.³⁰⁰ Dette er et hensyn som på sin side kan peke i retning av at det er utelukkelsen av voldgift som sådan som har vært det avgjørende for den norske voldgiftsmessighetsbegrensningen av hva som kan voldgis.

Etter dette må det antas å være usikkert hva som utgjør de offentlige interesser i den aktuelle voldgiftsmessighetsbegrensning, og følgelig vanskelig å fastslå om den kommer til anvendelse dersom norske domstoler ikke vil få en etterfølgende jurisdiksjon over tvisten. Det kan, som fremhevet ovenfor, imidlertid være grunn til å innta en restriktiv holdning til begrensningen. Dette underbygges av at tvisten klart lar seg voldgis etter det land hvor patentet er registrert og har den nærmeste tilknytning.

²⁹⁸ Se ovenfor i avsnitt 3.3 hvor dette nevnes som ett av de hensyn og momenter som begrenser rekkevidden av de tvister som kan voldgis.

²⁹⁹ Se i denne sammenheng Hov (2010) s. 487.

³⁰⁰ Se *Voldgiftsloven, Kommentartutgave* (2007) s. 80 hvor dette nevnes som et mulig policyargument i forbindelse med den rettsstilstand at gyldigheten heller ikke kan prøves prejudisielt av voldgiftsretten.

Twister knyttet til gyldigheten av patenter kan nemlig voldgis i Sveits.³⁰¹ Men dersom voldgiftsavgjørelsen kjennes ugyldig i Norge, vil den som kjent heller ikke kunne fullbyrdes eller anerkjennes i Sveits.³⁰² Det synes følgelig nærliggende å anta at den norske domstolen i vårt eksempel ikke vil kunne tilsidesette avgjørelsen på det grunnlag at tvisten ikke lar seg voldgi etter norsk rett, jf. voldgiftsloven § 43 annet ledd litra a.

Hadde imidlertid voldgiftsavgjørelsen blitt angrepet i Sveits, ville de nasjonale domstolene hatt den nødvendig territorielle forbindelse med tvisten, og det kunne blitt aktuelt å nekte tvangsfullbyrdelse av tvisten. I Sveits har vi imidlertid sett at slike tvister kan voldgis, og de sveitsiske domstoler ville således heller ikke kunne nektet tvangsfullbyrdelse på dette grunnlag.³⁰³

Etter dette må en kunne slå fast at en norsk begrensning i hva som kan voldgis ikke vil komme til anvendelse ved manglende forbindelse mellom tvisten og *lex fori*, hvis regelen kun har til formål at tvisten skal forbeholdes de norske domstoler. Man kan formulere det slik som at regelen ikke begrenser voldgiftsmessigheten i et slikt tilfelle.

5.4 *Ordre public* som supplement?

For de tilfeller der formålet bak voldgiftsmessighetsbegrensningen bortfaller som følge av at de nasjonale domstoler på voldgiftsstedet ikke får en etterfølgende jurisdiksjon, kan det stilles spørsmål om domstolen vil stå helt uten mulighet til å kjenne voldgiftsavgjørelsen ugyldig.

³⁰¹ Born (2009) s. 806 og Brekoulakis (2009) s. 36.

³⁰² Se i denne sammenheng New York-konvensjonen artikkel V (1)(e) som også ble vist til ovenfor. Det kan spørres om domstolene i Sveits vil være bundet av denne bestemmelsen, jf. «may» i New York-konvensjonen artikkel V og modelloven artikkel 36. Det minnes imidlertid om de få kritiserte tilfeller som foreligger hvor nasjonale domstoler har sett bort i fra ugyldiggjøringen på voldgiftsstedet.

³⁰³ Sveits er sammen med Belgia ett av de mest liberale land i Europa når det kommer til voldgift og intellektuell eiendomsrett. Alle aspekter ved patenter kan voldgis, inkludert tvister vedrørende gyldigheten av dem. Se Youssef (2009) s. 54.

I denne sammenheng må det fastlegges hva som er rekkevidden av *ordre public*-reservasjonen etter voldgiftsloven § 43 annet ledd litra b. Den utgjør som kjent en alternativ reservasjon for beskyttelse av de nasjonale offentlige interesser når det er spørsmål om en voldgiftsavgjørelse skal settes til side. Vil den kunne komme til anvendelse der det ikke er noen forbindelse med tvisten og domstolslandets rett? Stilles det med andre ord noe krav om tilknytning til tvisten for at en slik reservasjon skal komme til anvendelse?

Inspirert av tysk teori har flere land utviklet læren om innenlandstilknytning - «Inlandsbeziehung». Etter doktrinen vil en *ordre public*-regel bare komme til anvendelse dersom resultatet av anvendelse av fremmed rett i hovedsak har en viss tilknytning eller relasjon til domstolslandet på tidspunktet for eventuell anvendelse av *ordre public*.³⁰⁴ Det er fremhevet av enkelte forfattere at et slikt krav også må gjelde for norsk retts vedkommende.³⁰⁵

Høyesteretts uttalelser i Rt. 1977 s. 715 kan tolkes som en henvisning til en slik lære. Der uttales det enstemmig at: «[e]t polygamt ekteskap mellom ektefeller som har en *sterk tilknytning* til vårt land er klart uforenelig med vår rettsorden» (mine kursiveringer). Det synes ikke som om Høyesterett stiller noe absolutt krav om tilknytning, men fastslår at en dersom den foreligger, så vil det lettere kunne konstateres brudd på *ordre public*. I relasjon til voldgiftsstedets gjennomgang av voldgiftsavgjørelser har Park uttalt at:

«If German and Italian Companies choose New York to arbitrate a dispute that has no effect in the United States, American Judges can safely leave to European colleagues the task of deciding whether the award is compatible with public policy».³⁰⁶

³⁰⁴ Thue (2002) s. 184.

³⁰⁵ Se eksempelvis Lundgaard (2000) s. 108 som skriver «at jo svakere tilknytning, jo mer støtende må resultatet være før vi reagerer med *ordre public*».

³⁰⁶ Park (2001) s. 605.

En slik tilnærming kan etter min mening vanskelig tenkes brukt på alle typer av *ordre public*. Det må antas at noen hensyn vil være så tungtveiende at tilknytningen til forumstaten uansett ikke vil spille noen rolle. Det vil for eksempel være vanskelig å tenke seg at Høyesterett ville godta anvendelsen av en utenlandsk regel som tillot tortur, selv om forbindelsen med norsk rett er svak.³⁰⁷

Det verserer flere teorier om innholdet av *ordre public*, og blant andre Cordero-Moss har stilt seg kritisk til en doktrine om innenlandstilknytning. Hun skriver at:

«a violation of a fundamental principle should, by its nature, be independent of the criterion of geographical connection: the inherent nature of a basic principle, cornerstone of society, and foundation upon which the economic, social and moral wellbeing of the community rests, seems to be incompatible with grading it according to the geographical distance between where the violation takes place and the *forum*».³⁰⁸

Ut fra en slik tilnærming går *ordre public*-forbeholdet lenger enn voldgiftsmessighetsbegrensningen da den skal *forsvare* grunnleggende, fundamentale rettsforestillinger i *lex fori* mot fremmed rett. Disse få, fundamentale prinsipper vil være krenket nærmest uavhengig av hvilket land som har den nærmeste tilknytning. *Ordre public* er en forsvarsmekanisme for den norske domstolen, og den skal altså ikke være tvunget til å samarbeide med en fremmed avgjørelse som krenker dens mest fundamentale rettsoppfatninger.³⁰⁹

Ser man på formålene bak voldgiftsmessighet og *ordre public*, leder det tankene hen til at det stilles ulike tilknytningskrav. Dersom domstolene i et rettssystem ikke får noen etterfølgende jurisdiksjon over tvisten, vil de ofte ikke ha noen grunn til å nekte at den voldgis. Når det gjelder *ordre public* derimot, virker tilknytningskravet ut fra

³⁰⁷ Dette er i samsvar med de Enterría (1990) s. 408 som skriver at «some public policy principles are deemed so important that the national courts will apply them even in absence of any connection between the underlying transaction and the *lex fori*».

³⁰⁸ Cordero-Moss (1999) s. 141.

³⁰⁹ de Enterría (1990) s. 394.

Høyesteretts uttalelser å være mer relativt. Tvistens tilknytning anses mer som et moment som faller inn under en helhetlig vurdering, og ikke et vilkår. Det er her også verdt å minne om at ettersom *ordre public*-forbeholdet etter New York-konvensjonen har et såpass snevert anvendelsesområde, vil det bare være de mest fundamentale prinsipper som omfattes. Dette er prinsipper som er så tungtveiende i utgangspunktet at tilknytningen til tvisten må anses å være av mindre betydning.

Det synes følgelig nærliggende å legge til grunn at *ordre public*-reservasjonen fremdeles vil bestå i tilfeller der det ikke er noen tilknytning. Høyesteretts uttalelser tyder imidlertid på at reservasjonen skal anvendes strengt. Denne tolkning er i samsvar med de betraktninger om at *ordre public*-forbeholdet i § 43 annet ledd litra b er en sikkerhetsventil som har et meget snevert anvendelsesområde, og kun skal forbeholdes de mest graverende tilfellene. Grunnene for å kjenne en voldgiftsavgjørelse ugyldig er uttømmende regulert i § 43, og skal tolkes restriktivt.³¹⁰

Basert på vurderingene ovenfor om de tilfellene der det ikke foreligger noen tilknytning mellom tvisten og domstolsstedet, skriver Cordero-Moss at voldgiftsmessighetsbegrensningen og *ordre public*-forbeholdet vil «overlappe».³¹¹ Dette må forstås dithen at voldgiftsmessighetsunntaket fremdeles vil kunne anvendes, men at vurderingen vil falle sammen med *ordre public*, den må vurderes *a posteriori*.³¹² Unntaket vil ut fra en slik tankegang bare være anvendelig i den grad det å sette voldgiftsavgjørelsen til side er nødvendig for å unngå et uakseptabelt resultat, i likhet med *ordre public*. Denne voldgiftsmessighetsbegrensningen vil følgelig kun strekke så langt som *ordre public*-reservasjonen rekker.

Etter min mening er det vanskelig å si at voldgiftsmessighetsvurderingen overlapper med *ordre public* i et slikt tilfelle. Som fremholdt ovenfor vil den norske domstolen nå bare kunne kjenne voldgiftsavgjørelsen ugyldig *a posteriori*, det vil si om det faktisk

³¹⁰ Se Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 110-111.

³¹¹ Cordero-Moss (2010) s. 497.

³¹² Cordero-Moss (1999) s. 294.

foreligger en krenkelse av *ordre public*.³¹³ Den aktuelle vurderingen retter seg mot den konkrete voldgiftsavgjørelse og dens faktiske utførelse. Vi ser her at *ordre public*-reservasjonen får et noe annet uttrykk enn voldgiftsmessighetsbegrensningen, da det ved sistnevnte unntak er tvisten som sådan som vurderes. Når spørsmålet om voldgiftsmessighet ikke lenger kan vurderes *a priori*, synes jeg ikke det lenger er naturlig å snakke om voldgiftsmessighet. Dette er imidlertid kun et spørsmål om terminologi og har ingen praktiske konsekvenser, da *ordre public*-reservasjonen uansett vil bestå, uavhengig om man hjemler det i § 43 annet ledd litra a eller b. Fremstillingen videre vil benytte seg av *ordre public*-terminologi.

I tilfeller hvor formålet bak voldgiftsmessighetsbegrensningen faller bort, vil altså *ordre public*-reservasjonen bestå, og avverge at den nasjonale domstolen må godta en voldgiftsavgjørelse som strider mot domstolstedets mest fundamentale prinsipper. I slike situasjoner kan imidlertid voldgiftsavgjørelsen bare settes til side basert på faktiske krenkelser, og det er i utgangspunktet ikke relevant hvem som har behandlet tvisten.³¹⁴

5.5 I hvilken grad ivaretas hensynene gjennom *ordre public*-reservasjonen?

Som nevnt ovenfor er *ordre public*-reservasjonen på mange måter en sekkebestemmelse som kan dekke mange typer fundamentale krenkelser. I de tilfeller hvor voldgiftsmessighetsbegrensningen som sådan ikke vil være tilgjengelig, kan det være interessant å undersøke om noen av de hensyn og momenter som ble oppstilt i kapittel 3, også kan ivaretas ved anvendelsen av *ordre public*. Dette avsnitt søker å gi noen eksempler i denne sammenheng.

³¹³ Cordero-Moss (1999) s. 140.

³¹⁴ Brekoulakis (2009) s. 29. Det kan vanskelig tenkes at en voldgiftsdommer som behandler en tvist på akkurat samme måte som en nasjonal dommer, vil få sin avgjørelse underkjent på grunn av *ordre public* ene og alene fordi den er avgjort ved voldgift. Når det gjelder en begrensning i hva som kan voldgis, er det derimot skillet mellom nasjonale dommere og voldgiftsdommere som er det sentrale.

Ordre public er først og fremst en reservasjon som retter seg mot fremmede avgjørelsers materielle innhold. Dette er et formål som i utgangspunktet ligger utenfor begrensningene av hva som kan voldgis. I avsnitt 3.6 så vi at det ikke er noe i veien for at en voldgiftsrett behandler en tvist knyttet til materielle rettsregler som må anses som så grunnleggende at en ikke-anvendelse av dem vil rammes av *ordre public*-reservasjonen. Dersom en voldgiftsrett ikke anvender slike fundamentale rettsregler, kan voldgiftsbehandlingsresultatet i tråd med «second look»-doktrinen angripes ved *ordre public*-reservasjonen.

Dersom det omtvistede patentet i vårt eksempel omfatter noe som strider mot slike fundamentale prinsipper, kan den tenkes nektet på dette grunnlag. Eksempler som kan nevnes, er patent på utnyttelse av visse former for biologisk materiale, et patent på en brevbombe eller liknende.

Voldgiftsavgjørelsens virkning vil også kunne stå sentralt i en *ordre public*-vurdering. Et moment som vekker interesse både i relasjon til *ordre public* og voldgiftsmessighet, er voldgiftsavgjørelsens virkning på tredjemenn. Ved voldgiftsbehandling har vi sett at voldgiftsrettens konfidensielle preg fratrar offentligheten, herunder tredjeparter, innsyn og muligheten til å uttale seg i saksgangen. Det vil videre ikke være noen garanti for rettssikkerhet da dommeren er utpekt av partene. Den potensielle påvirkning avgjørelsen vil ha på tredjeparter, kan derfor vurderes i lys av *ordre public*-reservasjonen.

I utgangspunktet har imidlertid en voldgiftsavgjørelse kun virkning mellom partene – *inter partes*, og vil følgelig ikke skape særlige problemer når det gjelder *ordre public*. Problemer melder seg imidlertid når avgjørelsen får indirekte virkninger for tredjemenn eller når det foreligger bestemmelser som gir avgjørelsen virkning for tredjemenn direkte, en såkalt *erga omnes*-virkning.

Dette kan belyses med vårt eksempel. Ut fra en *inter partes*-virkning er det således bare i forhold til det tyske selskapet at patentet vil være delvis ugyldig. En argumentasjon knyttet til beskyttelse av tredjemenns interesser, vil fra et slikt utgangspunkt følgelig være av begrenset interesse. I Sveits har det imidlertid blitt lagt til grunn at

voldgiftsavgjørelser vedrørende gyldigheten av et patent kan ha virkning også for tredjemenn, den får en såkalt *erga omnes*-effekt.³¹⁵ Det avgjørende i relasjon til *ordre public* vil være hvordan tredjeparter faktisk påvirkes av avgjørelsen. En tvist vedrørende et patents gyldighet vil påvirke handlingsfriheten til utallige tredjeparter.³¹⁶ Det vil være konkurrerende aktører i forhold til tyskerne som også vil ha interesse av at patentet ugyldiggjøres, da dette vil undergrave monolet til den sveitsiske patenthaveren.³¹⁷ Et patent begrenser nemlig en spesiell del av den økonomiske sektoren, da det fjerner det patenterte objektet fra det offentlige domenet og plasserer det i hendene på et privat individ.³¹⁸ En kunne da tenkes å innvende mot å godta en slik voldgiftsavgjørelse, at dette ville ha en innvirkning for tredjemenn.

Det må kunne legges til grunn at det tyske selskapets interesser langt på vei vil være sammenfallende med tredjemenns interesser, nemlig å begrense den sveitsiske parts patent, gjennom å gjøre deler av den ugyldig. Dette vil imidlertid ikke gjelde fullt ut. Tredjemenn vil kunne ha interesse av at *hele* patentet ble kjent ugyldig, idet deres handlingsrom vil øke tilsvarende. Det tyske selskapet på sin side ønsker bare å få kjent patentet ugyldig så langt dets egen påståtte inngripen rekker, og ikke lenger.³¹⁹ Det er generelt vanskelig og ressurskrevende å påvise slike ugyldighetsgrunner, så det kan således ikke legges til grunn at selskapet ved voldgiftsbehandlingen har ivaretatt noen andre enn sine egne interesser.³²⁰

³¹⁵ Dette ble fastslått i avgjørelse av 15. desember 1975 avsagt av det sveitsiske Eidgenössisches Amt für geistiges Eigentum. Avgjørelsen slo fast at voldgiftsavgjørelser som er avsagt i forbindelse med gyldigheten av en intellektuell eiendomsrett anerkjennes som grunnlag for innføring i det offentlige registeret. Se Cook (2010) s. 67.

³¹⁶ *Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide*. Smith, Mathew ... [et. al.] I: Harvard Journal of Law & Technology. Volume 19, nr. 2, 2006. s. 311.

³¹⁷ Et patent defineres som ofte som et monopol, idet patenthaveren vil kunne stenge ut konkurrerende virksomhet når det gjelder patentgjenstanden. Det er imidlertid tale om et meget begrenset monopol.

³¹⁸ Cook (2010) s. 64.

³¹⁹ Sammenlikn betraktningene i *Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide* (2006) s. 312 når det gjelder argumenter for restriksjoner av voldgiftsmessigheten av patenttvister.

³²⁰ Det følger forutsetningsvis av dette at dersom det tyske selskapet ønsket å ugyldiggjøre *hele* patentet, ville dette bare være til fordel for tredjepartene. Dette ville således ikke utløse problemer i relasjon til *ordre public*.

Den mulige virkningen voldgiftsavgjørelsen vil ha for tredjeparter i Sveits, vil kunne være relevant i en norsk *ordre public*-vurdering, men det må antas at det neppe er grunn for å fastslå en krenkelse i dette henseende. Riktignok vil tredjeparter måtte forholde seg til en avgjørelse som er avsagt uten innsyn fra offentligheten, og som de selv ikke har hatt muligheten til å påvirke. Vi har imidlertid sett at denne virkningen ikke er så betydelig, da patenter kun medfører monopol på et meget begrenset område, og dets rekkevidde vil ha en beskjeden påvirkning på tredjeparters handlingsfrihet. Virkningen kan dermed neppe sies å konstituere en krenkelse av *ordre public*. Momentet om at voldgiftsavgjørelsen får *erga omnes*-virkning i et annet land og således mangler tilknytning til Norge taler også for denne løsning, jf. Høyesteretts uttalelser i Rt. 1977 s. 715.

Ordre public-reservasjonen er imidlertid ikke bare forbeholdt forhold der resultatet og virkningen av voldgiftsavgjørelsen strider mot enkelte fundamentale rettsprinsipper. En voldgiftsavgjørelse kan også være *ordre public*-stridig på det grunnlag at selve prosessen rundt voldgiftsbehandlingen må anses som uakseptabel. Det kan være enkelte trekk ved hvordan voldgiften utføres som virker støtende mot rettsordenen. Thue velger å kalle dette et spørsmål om *prosessuell ordre public*. Det må imidlertid legges til grunn at det også skal meget til for å fastslå en slik krenkelse.³²¹

Voldgiftsinstituttets saksopplysningsprosess var nettopp et av de hensyn som kunne begrunne en begrensning i voldgiftsmessigheten, jf. avsnitt 3.4. Trekk ved saksopplysningsprosessen kan altså også angripes med *ordre public*-reservasjonen dersom den avlagte voldgiftsbehandling ikke imøtekommer norske fundamentale rettsprinsipper. Men også her som ellers vil en krenkelse av *ordre public*, i motsetning til en voldgiftsmessighetsvurdering, avhenge av konkrete forhold. Hvorvidt avgjørelsen

³²¹ Thue (2002) s. 186-187. Til illustrasjon for denne terskel kan det vises til en uttalelse av den sveitsiske Bundesgericht i *Club Atlético de Madrid SAD v. Sport Lisboa E Benfica – Futebol SAD*, BGE 136 III 345 (2010). s. 347-348: «Ein Verstoss gegen den verfahrensrechtlichen *Ordre public* liegt bei einer Verletzung von fundamentalen und allgemein anerkannten Verfahrensgrundsätzen, deren Nichtbeachtung zum Rechtsempfinden in einem unerträglichen Widerspruch steht, so dass die Entscheidung als mit der in einem Rechtsstat geltenden Rechts- und Wertordnung schlechterdings unvereinbar erscheint».

skal kunne håndheves, vil bero på en vurdering av den spesifikke avgjørelsen som er avsagt i den aktuelle saken. Avgjørende er om den konkrete behandlingen krenker fundamentale prinsipper i norsk rett.³²²

Voldgiftsrettens saksbehandling vil allerede kunne rammes av § 43 første ledd, og således ivareta de *ordre public*-hensyn som ellers ville bli rammet av annet ledd litra b. I § 43 første ledd litra e heter det at voldgiftsavgjørelsen kan tilsidesettes dersom den strider mot voldgiftsloven og det er «nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for avgjørelsen». En grunnleggende regel finner vi for eksempel i § 20 der det heter at partene skal behandles likt og ha «full anledning til å fremføre sin sak». Det er lagt til grunn i rettspraksis at selv om voldgiftsretten generelt står friere enn nasjonale domstoler når det gjelder saksbehandlingen, gjør blant annet prinsippet om kontradiksjon seg like sterkt gjeldende i voldgiftssaker.³²³

Det kan også tenkes at prosessuelle trekk ved voldgiftsbehandlingen som ikke rammes av § 43 første ledd, vil rammes av det alminnelige *ordre public*-forbeholdet i annet ledd litra b. Et eksempel som kan nevnes i denne sammenheng, er hvis et sakkyndig vitne uttaler seg bevisst feilaktig om forhold avgjørende for sakens utfall.

I vårt eksempel kan dette dreie seg om uttalelser knyttet til opplysninger avgjørende for patentets gyldighet. Dette kan for eksempel være uttalelser om hva som var alminnelig kjent på innvilgelsestidspunktet for patentet.³²⁴ Feilaktige uttalelser avgjørende for

³²² Cordero-Moss (2010) s. 497.

³²³ Her kan det vises til Rt. 2005 s. 1590, avsnitt 28, hvor det uttales at «nettopp når flertallet av voldgiftsrettens medlemmer ofte har en annen kompetanse enn den juridiske, er risikoen større enn ellers for at rettens medlemmer ser sentrale faktiske forhold som de først tar opp i domskonferansen. Og når andre saksbehandlingsregler som gjelder for domstolene, ikke håndheves like strengt er det særlig viktig at det helt grunnleggende kravet til kontradiksjon blir ivaretatt».

³²⁴ I den sveitsiske patentlov av 25. juni 1954 heter det at det meddeles patenter for oppfinnelser som er nye, jf. artikkel 1. Videre fremkommer det i artikkel 7 at for å regnes som ny må den ikke være gjort tilgjengelig for offentligheten. Vi har en tilsvarende bestemmelse i den norske rett. I lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven) § 2 heter det at patenter kun meddeles for oppfinnelser «som er nye i forhold til hva som var *kjent før* patentsøknadens inngivelsesdag» (min kursivering).

sakens utfall har i utenlandsk rettspraksis blitt vurdert i relasjon til *ordre public*.³²⁵ Det vil her være sentralt om motparten har hatt en reell anledning til å motsi disse uttalelsene. Dersom en slik mulighet ikke er utnyttet, vil det neppe kunne konstateres brudd på *ordre public*.³²⁶

Ovenfor så vi at tilknytningen til domstolslandets rett kunne sees på som et moment i *ordre public*-vurderingen. Det kan i denne sammenheng stilles spørsmål om tilknytningen stiller seg annerledes når det gjelder *prosessuell ordre public*, enn når man ser på voldgiftsavgjørelsens innhold og virkning. I vårt tilfelle har voldgiftsbehandlingen funnet sted i Norge, og det er således gode grunner for å fastslå at det foreligger en nær tilknytning. En voldgiftsdomstol som har sitt sete i Norge vil være bundet av de bestemmelser i voldgiftsloven som regulerer dens saksbehandling, jf. voldgiftsloven § 1 første ledd annet punktum. Det synes følgelig nærliggende å anta at så lenge voldgiftsbehandlingen foregår i Norge, vil den kunne krenke enkelte prosessuelle prinsipper som regjerer i norsk rett.³²⁷

I likhet med voldgiftsmessighet må *ordre public*-reservasjonen tolkes strengt, i tråd med prinsippene om at voldgiftsavgjørelser skal være endelige og effektive. Hensynet til forutberegnelighet må også tillegges vekt da det ved kommersielle tvister er viktig at partene skal kunne innrette seg etter voldgiftsavgjørelser.

³²⁵ Se eksempelvis den østerrikske Oberste Gerichtshofs avgjørelse av 26.1.2005 – 3 Ob 221/04b, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, nr. 26, 2006. s. 496.. Her ble det imidlertid gitt uttrykk for en viss motvillighet mot å underkjenne en voldgiftsavgjørelse basert på falske vitneutsagn. På s. 499 heter det: «Die bloße Behauptung einer falschen Zeugenaussage im Schiedsverfahren stellt daher keinen Grund für die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs nach Art V Abs 2 lit b des NYÜ».

³²⁶ Til illustrasjon kan det her vises til Oberlandesgericht Frankfurts avgjørelse fra 1989, hvor det ble uttalt at saksøktets valg om å ikke delta under voldgiftsbehandlingen ikke var en *ordre public*-krenkelse. Jf. OLG Frankfurt, 29.6.1989. *Recht der Internationalen Wirtschaft* (1989) s. 911. Se Born (2009) s. 2636.

³²⁷ Dette syn er i overensstemmelse med Cordero-Moss (1999) s. 372: «With respect to the other grounds for challenging an award, the *forum* has an interest in avoiding that an award produces legal effects irrespective of the substantial connection of the dispute with the forum (...) if it has been rendered in a way that runs counter to the *forum's* basic procedural principles».

Anvendt på vårt tilfelle kan for eksempel det tyske selskapet ha foretatt store investeringer på området etter å ha innrettet seg etter voldgiftsavgjørelsen. Dersom den norske domstolen underkjenner avgjørelsen, ville dette kunne medført usikkerhet i bransjen, og følgelig gjort markedsforholdene vanskeligere å forholde seg til.

5.6 Konklusjon

Det ovenstående viser at det kan foreligge tilfeller der det stilles ulike tilknytningskrav for anvendelsen av voldgiftsmessighetsunntaket på den ene side og *ordre public* på den andre. Sistnevnte reservasjon vil da ha en større rekkevidde enn det som er tilfellet for voldgiftsmessighetsbegrensningen. Den har dermed en sentral supplementerende funksjon når formålet med voldgiftsmessighetsbegrensningen bortfaller, da den sikrer at domstolen ikke blir nødt til å godta en voldgiftsavgjørelse i strid med sine mest fundamentale prinsipper.

De nasjonale domstolene kan imidlertid da bare angripe voldgiftsavgjørelsen på grunnlag av konkrete vurderinger, knyttet til den faktiske voldgiftsbehandlingen og dens faktiske resultat. Dette er i motsetning til voldgiftsmessighetsbegrensningen, som er mer abstrakt av natur. Disse ulike konseptene medfører at det kan være tilfeller hvor *ordre public* ivaretar de samme hensyn som begrenser voldgiftsmessigheten av tvister, men da kun basert på faktiske krenkelsers.

I vårt patenteksempel var det flere faktorer som kunne tenkes å til sammen utgjøre en krenkelse av *ordre public*, som betydningen voldgiftsavgjørelsen vil ha for tredjeparter og forholdene under saksbehandlingen. Det synes likevel mest nærliggende å anta at voldgiftsavgjørelsen ikke kan kjennes ugyldig. Det må kunne legges til grunn at summen av små feil ved voldgiftsdommen sannsynligvis ikke er tilstrekkelig til å utgjøre et resultat i strid med *ordre public*, da ugyldighetsgrunnene skal tolkes restriktivt. Voldgiftsavgjørelsen strider således ikke mot *ordre public*, og § 43 annet ledd litra b kommer følgelig ikke til anvendelse.

6 Avsluttende bemerkninger

Regelen om hva som kan voldgis har, som vi har sett, blitt hevdet å være det største usikkerhetsmoment i internasjonal voldgift.³²⁸ En slik påstand bygger på det faktum at det ved internasjonale kontrakter er mange rettssystemer som blir innblandet, og som potensielt kan komme til å undergrave partenes valg av voldgift som tvisteløsningsmekanisme.

Et underliggende tema gjennom denne avhandling har vært å avdekke problemstillinger som oppstår i spenningsfeltet mellom hensynet til effektiv voldgift på den ene side og de nasjonale rettssystemers behov for at sikre at deres sentrale offentlige interesser blir ivaretatt på den andre.

Man kunne tenke seg å regulere dette spenningsfeltet på tre måter.³²⁹

En første tilnærming er en fullstendig delokalisert betraktning som tufter på den tanke at voldgiftsavgjørelser er et selvstendig rettsfenomen som «flyter» over de nasjonale rettssystemer, og som er helt uavhengig av de nasjonale rettssystemer. En slik tilnærming kan blant annet begrunnes ut fra ønskeligheten av internasjonal handel og vektleggingen av voldgift som en sentral brikke i denne sammenheng. En annen ytterkant er en holdning der nasjonale rettssystemer utøver en streng kontroll med voldgiftsavgjørelsen for å sikre korrekte rettslige resultater. En siste tilnærming er å begrense de nasjonale rettssystemers kontroll til kun å omfatte deres viktigste nasjonale interesser.

³²⁸ Se Siig (2000) s. 164.

³²⁹ Se Park, William. *Arbitration of International Business Disputes*. New York, 2006 s. 157-158 som oppstiller denne tredelingen.

Voldgiftsloven, modelloven og New York-konvensjonen legger opp til et system som synes å være mest i overensstemmelse med den sistnevnte tilnærming. Det enkelte land kan forbeholde seg retten til å gjøre voldgiftsklausulen eller voldgiftsavgjørelsen uvirksom på bakgrunn av visse tungtveiende offentlige interesser, samtidig som partene sikres en stor grad av frihet til å velge voldgift. Det internasjonalt rettede samarbeidet har muliggjort at antall tvistetyper som kan voldgis stadig har økt, og etter min mening sørget for en fornuftig avbalansering av de motstridende hensyn.

Ved fastleggelsen av grensene for de tvister som kan være gjenstand for voldgift, er det nettopp viktig å huske på den avbalansering det internasjonale rammeverket rundt voldgift bygger på. Denne avhandling har derfor søkt å belyse hvilke offentlige interesser som kan være relevante for å rettferdiggjøre et inngrep i partenes autonomi når det gjelder valg av tvisteløsningsorgan.

Ved fastleggelsen av reservasjonens rekkevidde har forholdet til *ordre public* stått sentralt, og vært et gjennomgående tema for utenlandsk rettspraksis i de siste tiår. De problemstillingene som ble oppstilt i kapittel 4 og 5, illustrerer at det fremdeles kan oppstå problemstillinger hvor forholdet mellom voldgiftsmessighet og *ordre public* aktualiseres.

Fremstillingen har også vist at spørsmålet om hva som kan være gjenstand for voldgift langt på vei ikke lar seg besvares så lett. Avhandlingen har vist at utfallene kan bli ulike ut fra en rekke faktorer. En første faktor retter seg mot *hvem* det er som vurderer spørsmålet, altså om det er en voldgiftsdommer kontra en nasjonal dommer. Førstnevnte vil, som en pragmatisk problemløser, måtte vurdere spørsmålet ut fra hvilke land avgjørelsen kommer til å få virkning i, mens en nasjonal dommer kun vil vurdere tvisten i forhold til sitt eget rettssystem. Videre har vi sett at vurderingen *før* voldgiftsbehandlingen i motsetning til vurderingen *etter* byr på ulike utfordringer, da det ved førstnevnte situasjon naturlig nok er knyttet større usikkerhet til hvorvidt fundamentale nasjonale prinsipper vil bli ivaretatt eller ikke. Og til slutt har vi sett at utfallet vil kunne avhenge av tvistens *tilhørighet* til forumlandets rett.

Det må således avslutningsvis kunne legges til grunn at det er tale om et komplekst spørsmål, og det vekker stadig interesse i juridiske kretser internasjonalt. En påstand om at voldgiftsmessighet utgjør det største usikkerhetsmoment synes derfor å være begrunnet. Dog sørger samspillet med *ordre public* for at denne usikkerheten begrenses, og gjør voldgift til et attraktivt valg av tvisteløsningsmekanisme den dag i dag.

7 Kildehenvisninger

7.1 Litteratur

*Aksjeloven og allmennaksjeloven,
Kommentarutgave.*

Aarbakke, Magnus ... [et.al.]
2. utg. Oslo, 2004.

Andenæs, Mads H.

Konkurs. 3. utg. Oslo, 2009.

*Arbitration of Patent Infringement and
Validity Issues Worldwide.*

Smith, Mathew ... [et. al.] I:
Harvard Journal of Law &
Technology. Volume 19, nr. 2
(2006) s. 299-357.

van den Berg, Albert.

*The New York Arbitration
Convention of 1958.* Haag, 1981.

Bjoland, Cathrine.

*Aksjonæravtaler og
selskapsrettslige implikasjoner:
Lovvalg og voldgift.*
Masteroppgave levert ved Det
juridiske fakultet, 2010. Tilgang:
<http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/publications/bjoland.pdf> (lest
27.5.2012).

- Blanke, Gordon. *The «Minimalist» and «Maximalist» Approach to Reviewing Competition Law Awards: A Never-Ending Saga. I: Stockholm International Arbitration Review 2007 nr. 2 s. 51-78.*
- Born, Gary. *International commercial arbitration. Volume I og II. Alphen aan den Rijn, 2009.*
- Born, Gary. *International Arbitration: Cases and Materials, Alphen aan den Rijn, 2011.*
- Brekoulakis, Stavros. *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern. I: Arbitrability: International & Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn, 2009. s. 19-45.*
- Brekoulakis, Stavros. *Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori. I: Arbitrability: International & Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn, 2009 (II). s. 99-119.*
- Broches, Aron. *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Deventer, 1990.*

- Brubaker, Joseph og Michael Daly. *Twenty-Five Years of the Prospective Waiver Doctrine in International Dispute Resolution: Mitsubishi's Footnote Nineteen Comes to Life in the Eleventh Circuit. I: University of Miami Law Review. Volume 64, 2010 s. 1233-1278.*
- Carbonneau, Thomas. *Mitsubishi: The Folly of Quixotic Internationalism. I: Arbitration International. Volume 2, Issue 2 (1986), s. 116-139.*
- Chan, Darius. *Singapore Apex Court Lays Down Clear Framework for Arbitrability of Insolvency-Related Claims. 2011.*
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/05/23/singapore-apex-court-lays-down-clear-framework-for-non-arbitrability-of-insolvency-related-claims/> (lest: 14.4.2012).
- Cook, Trevor og Alejandro Garcia. *International Intellectual Property Arbitration. Alphen aan den Rijn, 2010.*
- Cordero-Moss, Giuditta. *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules. Oslo, 1999.*

- Cordero-Moss, Giuditta. *National Rules on Arbitrability and the Validity of an International Arbitral Award: Examples of Disputes Regarding Petroleum Investments in Russia*. I: Stockholm Arbitration Report, 2001, s. 7-24.
- Cordero-Moss, Giuditta. *Can an Arbitral Tribunal Disregard the Choice of Law Made by the Parties?* I: Stockholm International Arbitration Review, 2005. s. 1-21.
- Cordero-Moss, Giuditta. *Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, nr. 5, 2007, s. 679-717.
- Cordero-Moss, Giuditta. *International Arbitration and the Quest for the Applicable Law*. I: Global Jurist: Volume 8, Issue 3 (Advances), Article 2, 2008 s. 1-42.
- Cordero-Moss, Giuditta. *Arbitration and Private International Law*. I: International Arbitration Law Review. Volume 11, Issue 4, 2008. (II) s. 153-164.

- Cordero-Moss, Giuditta. *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift: Et tillegg og et forskningsprosjekt. I: Lov og Rett.* 2009. s. 361-373.
- Cordero-Moss, Giuditta. *International Commercial Law.* Institutt for privatrett, skriftserie 185. Oslo, 2010.
- Cordero-Moss, Giuditta. *Domscommentar: En mer moderne og systematisk rettspraksis om lovvalg etter Bokhandleren i Kabul-dommen. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 04/05, 2010 s. 819-842. (II).*
- Cordero-Moss, Giuditta. *Legal Capacity, Arbitration and Private International Law, I: Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr, 2010. s. 619-633. (III).*
- Di Pietro, Domenico. *General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention. I: Arbitrability: International & Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn, 2009 s. 85-98.*

de Enterría, Javier.

The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration. I: Law & policy in international business. Volume 21 (1989-1990) s. 389-440.

Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration.

Redigert av Emmanuel Gaillard og John Savage, Haag, 1999.

Fredriksen, Halvard.

EU/EØS-rett i norske domstoler. Europautredningen. Oslo, 2011.

Friedland, Paul.

Eleventh Circuit Troubled By Choice of Law Not Choice of Arbitration In Thomas v. Carnival. 2009.
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/08/26/eleventh-circuit-troubled-by-choice-of-law-not-choice-of-arbitration-in-thomas-v-carnival/> (lest 14.4.2012).

Giertsen, Johan.

Har aksjonæravtaler selskapsrettslige virkninger? I: Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002. Bergen, 2002. s. 533-545.

- Goode, Roy. *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*. I: Arbitration International Volume 17, nr. 1, 2001. s. 19-40.
- Grantham, William. *The Arbitrability of Intellectual Property Disputes*. I: Berkeley Journal of International Law. Volume 14. 1996. s. 173-221.
- Hafeld, Siri. *Avtaler om pant med implikasjoner for kreditorene: Lovvalg og voldgift*. Masteroppgave levert ved Det juridiske fakultet 2011.
Tilgang:
<http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/publications/hafeld.pdf> (lest 27.5.2012).
- Hanotiau, Bernard. *What Law Governs the Issue of Arbitrability?* I: Arbitration International, Volume 12, 1996. s. 391-404.
- Heuman, Lars. *Skiljemannarätt*. Stockholm, 1999.
- Horn, Norbert. *Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, I: Schieds VZ, 2008 s. 209-222.

- Hov, Jo. *Rettergang I*, Oslo, 2010.
- Huser, Kristian. *Gjeldsforfølgingsrett*. Bergen, 1995.
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo, 2006.
- Juul, Jakob og Peter Fauerholdt Thommesen. *Voldgiftsret*. 2. utg. København, 2008.
- Kamm, Jens C. *Nationale konkursreglers indvirkning på gyldigheden af voldgiftsaftaler*. I: Erhvervsjuridisk Tidsskrift, nr. 1, 2012 s. 57-68.
- Kessedjian, Catherine. *Contrats de Distribution*, fasc. 571-20 , Jurisclasseur Droit international, LexisNexis 2011.
- Kirry, Antoine. *Arbitrability: Current Trends in Europe*. I: Arbitration International, 1996 s. 373-390.
- Kleinheisterkamp, Jan. *The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements*. I: LSE Law, Society and Economy Working Papers. nr. 22, 2009.

- Knudsen, Gudmund. *Selskapet som part i aksjonæravtale*. I: Tre foredrag om aksjonæravtaler, Institutt for privatrett, skriftserie 175. Oslo, 2009 s. 21-39.
- Kröll, Stefan. *The «Arbitrability» of Disputes Arising From Commercial Representation*. I: Arbitrability: International & Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn (2009) s. 317-350.
- Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Alan Redfern ... [et al.]. 4. utg. London, 2004.
- Lew, Julian, Loukas Mistelis og Stefan Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haag, 2003.
- Liebscher, Christoph. *Insolvency and Arbitrability*. I: Arbitrability: International & Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn, 2009. s. 165-178.
- Lundgaard, Hans Petter. *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. 3. utg Oslo, 2000.
- Mourre, Alexis og Luca Radicati di Brozolo. *Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back*. I: Journal of International Arbitration nr 23, 2006 s. 171-188.

- Mæland, Henry John. *Voldgift*. Oslo, 1988.
- Nielsen, Nicolai. *Avtaler med konkurranserettslige implikasjoner: voldgift og lovvalg*. Masteroppgave levert ved Det juridiske fakultet 2010. Tilgang: <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-of-law/publications/nielsen.pdf> (lest 27.5.2012).
- Pamboukis, Charalambos. *On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver*. I: *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009 s. 121-142.
- Park, William. *Why Courts Review Arbitral Awards*. I: *Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel*. 2001. s. 595-606.
- Park, William. *Arbitration of International Business Disputes*. New York, 2006.
- Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration*. Redigert av Michael Schneider og Joachim Knoll. Huntington, 2011.

- Poudret, Jean-François og Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*. 2. utg. London, 2007.
- Quinke, David. *Schiedsvereinbarungen und Eingriffsnormen*. I: *SchiedsVZ*, 2007 s. 246-254.
- Radicati di Brozolo, Luca. *Antitrust: a Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration – a Fresh Look at the «Second Look»*. I: *International Arbitration Law Review*. Volume 7, nr. 1, 2004 s. 23-37.
- Redfern and Hunter on International Arbitration*. Nigel Blackaby ... [et al.]. 5.utg. New York, 2009.
- Rühl, Giesela. *Extending Ingmar to Jurisdiction and Arbitration Clauses: The End of Party Autonomy in Contracts with Commercial Agents? I: European Review of Private Law* nr. 6, 2007 s. 891-903.
- Ryssdal, Anders. *Voldgift og EUs konkurranserett – domstolenes kontrollerende funksjon*. I: *Rettsteori og Rettsliv: Festskrift til Carsten Smith*. Oslo, 2002. s. 667-686.

Salvesen, Einar Lieungh.

Rettsgrunnlag og gjenstand for voldgift i aksjeselskapsretten.

Masteravhandling levert ved Det juridiske fakultet 2011. s. 44.

Tilgang:

<http://www.duo.uio.no/publ/jus/2011/116355/116355.pdf> (lest 27.4.2012).

Schwarz, Daniel.

A Regression from the New York Convention: Questions Raised by Thomas v. Carnival Corporation. I: University of Miami Law Review. Volume 64. (2009-2010) s. 1441-1472.

Serec, Fernando og Antonio Neto.

Highest labour court rejects use of arbitration. 2010. Tilgang:

<http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=68260893-48cb-4527-8b44-616eff561f04> (lest 30.5.2012).

Skoghøy, Jens E.

Tvisteløsning: Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis, Oslo, 2010.

Smith, Carsten.

Voldgift – domstolens konkurrent og hjelper. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 106 (1993), s. 474-495.

- Stein, Erica. *Thomas v. Carnival Corporation: Has the Eleventh Circuit Set International Arbitration Off Course? I: Journal of International Arbitration*, Volume 27, Issue 5, 2010. s. 529-537.
- Thue, Helge J. *Internasjonal privatrett – Personrett, familierett og arverett*, Oslo, 2002.
- Tvisteloven, Kommentartutgave, Bind 1.* Tore Schei ... [et.al] Oslo, 2007.
- Voldgiftsloven med kommentarer* Borgar Høgetveit Berg (red.). Oslo, 2006.
- Voldgiftsloven, Kommentartutgave* Helge Jakob Kolrud ... [et al.] Oslo, 2007.
- Weiniger, Matt. *Court of Appeal Rules on Arbitrability of Shareholders' Claims*. 2011 Tilgang: <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=cb37697f-5702-4edd-a57d-a3708dd3db17> (lest 24.4.2012).
- Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 8. utg. Oslo, 2012.
- Woxholth, Geir. *Selskapsrett*. 4. utg. Oslo, 2012 (II).

Youssef, Karim.

The Death of Inarbitrability. I: Arbitrability: International & Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn (2009) s. 47-68.

7.2 Norske rettskilder

7.2.1 Norsk lovgivning

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 (NL)
- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) (opphevet).
- 1918 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).
- 1964 Lov 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp (kjøpslovvalgsloven).
- 1967 Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven).
- 1980 Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven).
- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).
- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
- 1992 Lov 19. juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven).

1992	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).
2004	Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

7.2.2 Norske lovforarbeider

Ot.prp. nr. 39 (1977-1978)	Om pantelov
Ot.prp. nr. 65 (1990-1991)	Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven)
Ot.prp. nr. 23 (1996-1997)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Ot.prp. nr. 101 (2001-2002)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (overtidsarbeid, stillingsvern for toppledere)
Ot.prp. nr. 27 (2003-2004)	Om lov om voldgift

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Ot.prp. nr. 49 (1991-1992)	Om lov om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven)
NOU 2001: 33	Lov om voldgift (voldgiftsloven)
NOU 2001: 32, Bind B	Rett på sak
NOU 1972: 20	Gjeldsforhandling og konkurs

7.2.3 Norsk rettspraksis

Rt. 1958 s. 1326

Rt. 1977 s. 715

Rt. 1992 s. 534

Rt. 1998 s. 1224

Rt. 2005 s. 1590

Rt. 2009 s. 1537

Agder lagmannsretts kjennelse av 18. juni 2009, LA-2009-90969

Beslutning av Vardø Namsretts av 10. juli 2002, TVARD-2001-284

7.3 Konvensjoner og andre internasjonale rettskilder

New York-konvensjonen

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 1958.

UNCITRAL Modellov

The UNCITRAL Model Law on International
Commercial Arbitration, ferdigstilt i 1985

UN-Doc.A/CN.9/246, avsnitt 136. Tilgang: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement> (lest 2.5.2012)

UN-Doc.A/CN.9/233, avsnitt 154. Tilgang: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V83/538/60/PDF/V8353860.pdf?OpenElement> (lest 2.5.2012)

Roma I-forordringen

Regulation (EC) No 593/2008 of the European
Parliament and of the Council of 17 June 2008 on
the law applicable to contractual obligations
(Rome I)

Lugano-konvensjonen

Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og
fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker,
vedtatt i Lugano 30. oktober 2007

EUs handelsagentdirektiv

86/653/EEC: Council Directive of 18 December 1986 on
the coordination of the laws of the Member States relating
to self-employed commercial agents

Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, C-430/93 og C-431/93 (forente saker), European Court reports 1995 s. I-04705.

Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, C-126/97, European Court reports 1999 s. I-03055.

Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc, C-381/98, European Court reports 2000 s. I-09305.

7.4 Utenlandske rettskilder

7.4.1 Utenlandsk lovgivning

Civil Rights Act 1964 (USA)

Seaman's Wage Act (USA)

Code Civil (Frankrike)

Code de Commerce (Frankrike)

Handelsgesetzbuch (Tyskland)

Civil Procedure Rules (CPR) (England og Wales)

Arbitration Act 1996 (England og Wales)

Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (Sveits)

Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Sveits)

Lov om voldgift af 24. juni 2005 nr. 553 (Danmark)

7.4.2 Utenlandske avgjørelser

Belgia:

Cour de cassation, 15.10.2004, *Colvi N.V. v Interdicta* Revue de Droit Commercial Belge, 2005. s. 488.

Cour de cassation, 16.11.2006, *Van Hopplynus Instruments S.A. v. Coherent Inc.* Revue de Droit Commercial Belge, 2007. s. 889.

Brasil:

TST-RR-79500-61.2006.5.05.0028, *Xerox Comércio e Indústria LTDA v Mário de Castro Guimarães Neto.*

Danmark:

U.1972.138/2V

U.1986.440H

U.1983.44H

England og Wales:

Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards [2011] EWCA Civ 855.

Accentuate Ltd v Asigra Inc., [2009] EWHC 2655 (QB).

Frankrike :

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 22.10.2008, 07-15.823.

Singapore:

Larsen Oil and Gas PTE LTD v. Petroprod LTD [2011] SGCA 21, Singapore Court of Appeal, avsagt 11. mai 2011. Tilgang:

<http://arbitration.practicallaw.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1247303643711&ssbinary=true> (lest 28.5.2012).

Sveits :

Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A et Oto Melara S.p.A v. M. et Tribunal Arbitral, AFT 118 II 353 (1992).

Club Atlético de Madrid SAD v. Sport Lisboa E Benfica – Futebol SAD, BGE 136 III 345 (2010).

Avgjørelse av 15. desember 1975 avsagt av det sveitsiske Eidgenössisches Amt für geistiges Eigentum.

Tyskland:

OLG München, 17.5. 2006. *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, nr. 27, 2007, s. 322.

OLG Frankfurt, 29.6.1989. *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1989. s. 911.

NJW 1961 s. 1061.

NJW 1983 s. 2772.

USA:

Wilko v. Swan, U.S. Supreme Court, 346 U.S. 427 (1953).

Alexander v. Gardner-Denver Co., U.S. Supreme Court, 415 U.S. 36 (1974).

Scherk v. Alberto-Culver Co, U.S. Supreme Court, 417 U.S. 506 (1974).

Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp, U.S. Supreme Court, 460 U.S. 1 (1983).

Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, U.S. Supreme Court, 473 U.S. 614 (1985).

Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., U.S. Supreme Court, 500 U.S. 20 (1991).

Thomas v. Carnival Corp., 11th Circuit, 573 F.3d 1113 (2009).

Østerrike:

Der Oberste Gerichtshof, OGH. 26.1.2005 – 3 Ob 221/04b, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, nr. 26, 2006. s. 496.

