

# INVESTERINGSKONTRAKTER, LOKAL RETT OG VOLDGIFT



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 227  
Leveringsfrist: 10. november 2011

Til sammen: 36 157 ord

09.11.2011

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling for avhandlingen	1
1.2	Foreløpige avgrensninger	5
1.3	Rettskildebildet og metode	6
1.4	Avhandlingens oppbygning	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>ALMINNELIGE LOVVALGSPRINSIPPER KNYTTET TIL KOMPETANSESPØRSMÅL</u></b>	<b><u>8</u></b>
2.1	<b>Innledning</b>	<b>8</b>
2.1.1	Kort om internasjonal privatrett	9
2.1.2	Kort om partsautonomien	11
2.2	<b>Lovvalg for kompetansespørsmål</b>	<b>13</b>
2.2.1	Innledning	13
2.2.2	Betydningen av kompetansebestemmers karakter av offentlige regler	14
2.2.3	Spørsmål om rettslig handleevne er ikke en del av kontraktsretten	16
2.2.4	Lovvalsregel: Hjemlandets rett	17
2.2.5	Hva er rettslig handleevne?	20
2.2.6	Foreløpig konklusjon	25
2.3	<b>Alternative lovvalsregler til personens hjemlands rett?</b>	<b>26</b>
2.4	<b>Rom for lovvalgsfrihet?</b>	<b>28</b>
2.4.1	Innledning	28
2.4.2	Hensyn som gjør seg gjeldende	28
2.4.3	Konklusjon: Regelen om hjemlandsregulering er ufravikelig	31
2.5	<b>Tvister med andre offentlige eller administrative implikasjoner</b>	<b>31</b>
2.6	<b>Sammenfatning og veien videre</b>	<b>32</b>

### **3 KOMPETANSESPØRSMÅLET I INTERNASJONAL VOLDGIFT 34**

#### **3.1 Innledning 34**

#### **3.2 Partsautonomiens grunnlag: Voldgiftsstedets internasjonale privatrett? 35**

3.2.1 Innledning 35

3.2.2 Avveining av ulike momenter 37

3.2.3 Har Roma I-forordningen betydning for spørsmålet? 43

3.2.4 Konklusjon: Partsautonomien må ikke forankres i lex arbitri 44

#### **3.3 Voldgiftsrettslig regel om partsautonomi 46**

3.3.1 Nasjonal forankring 46

3.3.2 Internasjonal forankring 47

3.3.3 Virkninger av partsautonomiens internasjonale forankring 49

3.3.4 Foreløpig konklusjon 50

#### **3.4 Lovvalg for kompetansespørsmål 51**

3.4.1 Innledning 51

3.4.2 Gyldigheten og rekkevidden av partenes lovvalg 51

3.4.3 Partsautonomien kan begrenses av andre internasjonale lovvalgsregler 52

3.4.4 Eksklusiv lovvalgsregel for spørsmål vedrørende kompetanse 53

3.4.5 Konklusjon: Hjemlandsregulering 55

#### **3.5 Oppsummering 56**

### **4 INTERNASJONALE MATERIELLE PRINSIPPER SOM PÅLEGGER STATEN ANSVAR FOR TERMINERING AV EN STATSKONTRAKT 57**

#### **4.1 Innledning 57**

#### **4.2 Det folkerettslige prinsippet om berettigede forventninger 58**

4.2.1 Innledning 58

4.2.2 To kriterier for at statskontrakter skal være beskyttet 60

#### **4.3 Berettiget forventning- en selvstendig rettighet? 63**

4.3.1 Innledning 63

4.3.2 Utgangspunkt: Det er kontrakten under nasjonal rett som er beskyttet 63

4.3.3 Hvilket lands rett definerer den beskyttede rettigheten? 66

4.3.4 Hensyn ved vurderingen av hvorvidt en berettiget forventning er autonom 68

4.3.5 Foreløpig konklusjon 73

<b>4.4</b>	<b>Internasjonale prinsipper som direkte grunnlag for å binde staten</b>	<b>73</b>
4.4.1	Innledning	73
4.4.2	Pacta sunt servanda	74
4.4.3	Ratification by conduct	78
4.4.4	Estoppel	80
4.4.5	Selvstendig internasjonal legitimasjonsregel	84
4.4.6	Foreløpig konklusjon	88
<b>4.5</b>	<b>Unjust enrichment – Ansvar utenfor kontrakt</b>	<b>88</b>
4.5.1	Innledning	88
4.5.2	Grunnlag og innhold i internasjonal rett	89
4.5.3	Foreløpig konklusjon	91
<b>4.6</b>	<b>Sammenfatning</b>	<b>92</b>
<b>5</b>	<b><u>ANVENDELSE AV INTERNASJONAL RETT SOM BEGRENSNING VED HÅNDHEVELSE AV VOLDGIFTSAVGJØRELSER</u></b>	<b>93</b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>93</b>
<b>5.2</b>	<b>Ordre public</b>	<b>95</b>
5.2.1	Innledning	95
5.2.2	Internasjonal rett er basert på grunnleggende og fundamentale prinsipper	96
5.2.3	Konklusjon: Ikke ordre public-strid	98
<b>5.3</b>	<b>Excess of competence</b>	<b>98</b>
5.3.1	Innledning	98
5.3.2	Hvorvidt lovvalget er relevant under bestemmelsen	99
5.3.3	Hvorvidt det foreligger overskridelse avhenger av lovvalgsklausulens formulering	101
5.3.4	Tilfeller hvor det ikke er foretatt et lovvalg	102
5.3.5	Tilfeller hvor det er foretatt et lovvalg til fordel for nasjonal rett	103
5.3.6	Konklusjon: Ikke excess of competence	109
<b>6</b>	<b><u>AVHANDLINGENS KONKLUSJONER</u></b>	<b>110</b>
<b>7</b>	<b><u>KILDEHENVISNINGER</u></b>	<b>112</b>
<b>7.1</b>	<b>Litteratur</b>	<b>112</b>

<b>7.2</b>	<b>Nasjonale lover og forarbeider</b>	<b>125</b>
<b>7.3</b>	<b>Konvensjoner og andre internasjonale rettskilder</b>	<b>126</b>
<b>7.4</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>128</b>
<b>7.5</b>	<b>Voldgiftspraksis</b>	<b>129</b>
<b>7.6</b>	<b>Annet</b>	<b>139</b>

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling for avhandlingen

Avhandlingens hovedformål er å undersøke partsautonomien ved investeringskontrakter<sup>1</sup> underlagt voldgift der avtalen har offentligrettslige eller administrative implikasjoner. Problemstillingen er om partene kan avskjære anvendelsen av offentlige eller administrative lokale regler gjennom en voldgiftsklausul og et lovvalg til fordel for et annet lands rett eller internasjonal rett.

Investeringskontrakter inngås mellom en stat, et statlig organ eller et statlig selskap og en utenlandsk investor,<sup>2</sup> og regulerer hovedsakelig investorens aktiviteter i vertslandet. Karakteristisk for kontraktstypen er at slike kontrakter har en offentligrettslig side, ved at avtalene berører en rekke av vertslandets offentlige eller administrative områder, som vanligvis er nøye regulert.<sup>3</sup> Statskontrakter reiser både privatrettslige spørsmål, og det man kan karakterisere som offentligrettslige eller administrative spørsmål. Denne kompleksiteten er særegen for investeringskontrakter. Utgangspunktet er at lokale regler kommer til anvendelse, i den forstand at en utenlandsk investor blir underlagt statens offentlige og administrative rett, når han driver aktivitet på vertslandets territorium.<sup>4</sup> Spørsmålet er om partene gjennom en voldgiftsklausul og et lovvalg kan avskjære anvendelsen av slike bestemmelser.

Bakgrunnen for problemstillingen er at avtaleforholdet både har et horisontalt og et vertikalt nivå. I en investeringskontrakt er staten avtalepart på lik linje med enhver

---

<sup>1</sup> Investeringskontrakter/avtaler omtales også som statskontrakter/avtaler, se Alvik (2011) s. 2. I denne avhandlingen vil begge betegnelser anvendes.

<sup>2</sup> State Contracts (2004) s. 3.

<sup>3</sup> Eksempler er her vertslandets sikkerhetslovgivning, miljølovgivning, skattelovgivning, eksport- og importreguleringer, konsesjonslovgivning og dets konstitusjonelle rett. For flere forskjeller mellom statskontrakter og alminnelige kommersielle avtaler, se State Contracts (2004) s. 4 flg.

<sup>4</sup> Se blant annet Begic (2005) s. 18 og Schreuer (2009) s. 559.

kommersiell aktør. Samtidig har staten funksjon som offentlig myndighet. Det åpner for at vertslandet av politiske eller andre samfunnsmessige grunner kan utøve sin offentlige funksjon, og på denne måten modifisere eller terminere statskontrakten. Ved investeringskontrakter kommer dermed en politisk risiko i tillegg til den alminnelige kommersielle risiko som foreligger ved enhver kontraktsinngåelse.<sup>5</sup> For eksempel kan man tenke seg at en stat og et utenlandsk oljeselskap inngår en avtale om oljekonsesjon med en varighet på 30 år. Oljeselskapet setter i gang med leteboring og finner et stort oljefelt. Vertslandet synes på bakgrunn av det store oljefunnet at den inngåtte kontrakten gir investoren for gode betingelser, og prøver å komme ut av kontrakten, slik at konsesjonen kan utlyses på nytt, med gunstigere betingelser sett fra statens ståsted. Ettersom konsesjonen har implikasjoner for vertslandets offentlige- og administrative rett, kan vertslandet benytte seg av den type regler for å komme ut av eller modifisere den inngåtte investeringskontrakten.<sup>6</sup>

For det første kan vertslandet vise til eksisterende preseptoriske bestemmelser i lokal rett som ikke er overholdt ved avtalens inngåelse. Lokale lover kan oppstille uttrykkelig forbud mot inngåelse av konkrete kontrakter, eller inneholde preseptoriske bestemmelser om hvem som har myndighet til å inngå enkelte kontraktstyper.<sup>7</sup> Videre kan nasjonal rett inneholde ufravikelige prosessuelle bestemmelser som stiller krav til hvordan statskontrakter skal inngås, eller regler som bestemmer at statlige selskaper er adskilte juridiske personer, og at disse ikke kan binde staten til en kontrakt.<sup>8</sup> For det andre kan vertslandet benytte seg av sin funksjon som offentlig myndighet for i etterkant å unngå sine kontraktsrettslige forpliktelser. Dette kan skje ved retroaktiv lovgivning, hvor den inngåtte avtale kjennes ugyldig eller ved at det statlige selskapet som har inngått statskontrakten oppløses.<sup>9</sup> Det kan også tenkes at investorens rettigheter etter avtalen oppheves. Et eksempel er her indirekte ekspropriasjon. I alle disse tilfeller oppstår spørsmålet om investeringskontrakten kan gjøres gjeldende etter sitt innhold,

---

<sup>5</sup> Alvik (2011) s. 3 og Alvik (2009) [II] s. 126.

<sup>6</sup> For en utfyllende redegjørelse av ulike eksempler, se Cairns (2009) s. 31 flg.

<sup>7</sup> Se blant annet *Organisme des Antiquités v G. Silver Night Company* (Cairo Court of Appeal 1997), gjengitt av Cairns (2009) på s. 31-32, dog i tilknytning til avtale om voldgift.

<sup>8</sup> Se nærmere, Heiskanen (2010) s. 4 flg. Se også, *SPP v Egypt* (Award 1983).

<sup>9</sup> Se eksempel i Cairns (2009) på s. 32.

herunder om det kan kreves erstatning for termineringen, eller om vertslandets lokale regler medfører at kontrakten er endret eller opphørt.<sup>10</sup>

For å ta stilling til dette, må man avklare hvilken rett som skal anvendes på det underliggende rettsspørsmålet. Hvis det i statskontrakten ikke er inntatt bestemmelser om tvisteløsning, vil vanligvis vertslandets alminnelige domstoler ha jurisdiksjon. Den anvendbare rett bestemmes av lovvalgsreglene i domstollandets rett (*lex fori*).<sup>11</sup> Der partene har underlagt investeringskontrakten en annen rett enn den rett som lovvalgsreglene utpeker, er spørsmålet om det er rom for *partsautonomi*.<sup>12</sup>

Der partene har inngått avtale om *voldgift* skal ikke tvister som oppstår løses av alminnelige domstoler, men av et internasjonalt voldgiftstribunal. Hovedspørsmålet er også her hvilken rett som skal anvendes på det underliggende rettsspørsmålet.<sup>13</sup> Er det lovvalgsreglene i voldgiftsstedets rett (*lex arbitri*) som skal legges til grunn for å utpeke den anvendbare rett? Eller reguleres lovvalgsspørsmål i internasjonal voldgift av andre regler enn de som gjelder for alminnelige domstoler? Voldgiftsinstituttet er i stor grad basert på partenes vilje, og partsautonomi er et grunnleggende prinsipp i internasjonal voldgift. Spørsmålet blir derfor om partenes lovvalg nærmest ubetinget skal legges til grunn.

Å avtale seg bort fra vertslandets lokale offentlige og /eller administrative regler betyr ikke at slike bestemmelser mister enhver virkning overfor utenlandske investorer. Vertslandets preseptoriske bestemmelser kan både ha kontraktsrettslige og offentligrettslige virkninger. De sistnevnte avskjæres ikke gjennom en voldgiftsklausul og et lovvalg til fordel for et annet rettssystem. For det første kan dette begrunnes med at et internasjonalt voldgiftstribunal ikke har kompetanse til å anvende regler som utelukkende er av administrativ eller offentligrettslig karakter, herunder å ilegge skatter,

---

<sup>10</sup> Uttrykket «å gjøre investeringskontrakten gjeldende etter sitt innhold» omfatter også erstatning med grunnlag i det som er avtalt i kontrakten. Erstatning for positiv kontraktsinteresse er i realiteten et substitutt for avtalens oppfyllelse, jfr. Hagstrøm (2003) s. 520.

<sup>11</sup> Se nærmere avsnitt 2.1.1.

<sup>12</sup> Se nærmere avsnitt 2.1.2. og 2.4.

<sup>13</sup> Mer om dette i kapittel 3.



avgifter og lignende. For det andre vil en avskjæring av offentligrettslige virkninger i realiteten innebære at voldgiftsretten kjenner statens regler ugyldige. Dette faller vanligvis ikke inn under kompetansen til et alminnelig internasjonalt voldgiftstribunal. Samtidig som det også strider mot det grunnleggende prinsipp om statssuverenitet.

Det voldgiftsretten derimot kan gjøre, er å vurdere den kontraktsrettslige virkningen av de offentligrettslige eller administrative reguleringer. I slike tilfeller tillegges de offentligrettslige bestemmelser kontraktsrettslig virkning, ved at statens påberopelse/anvendelse av dem betraktes som et kontraktsbrudd, eller som misbruk av regulatorisk myndighet. Investoren kan dermed tilkjennes erstatning, med den følge at bestemmelsenes offentligrettslige virkning oppveies av kontraktsrettslige virkninger. Videre kan voldgiftstribunalet avskjære offentligrettslige reglers kontraktsrettslige virkning. Et eksempel er her at offentligrettslige eller administrative regler, som påberopes for å underbygge at den inngåtte kontrakten er ugyldig, ikke tillegges kontraktsrettslig betydning. Kontraktens gyldighet opprettholdes med andre ord, til tross for de lokale bestemmelser. *Å avskjære anvendelsen av offentligrettslige eller administrative regler* betyr altså ikke at reglene *byttes ut* med et annet lands rett eller internasjonal rett.

Det finnes også eksempler på at vertslandet viser til sitt eget lands rett for å komme ut av *avtalen om voldgift*. I tillegg til ovenfor nevnte eksempler vises det noen ganger til lokale regler som tillegger nasjonale domstoler eksklusiv domsmyndighet over enkelte kontraktstyper. I slike tilfeller hevdes det vanligvis at administrative kontrakter ikke kan voldgis.<sup>14</sup> Andre ganger vises det til bestemmelser i lokal rett som fastsetter at administrative saker eller straffesaker går foran sivile saker, herunder voldgiftssaker mellom samme parter. På denne måten kan nasjonale domstoler opprettholde jurisdiksjon til tross for voldgiftsklausulen.<sup>15</sup> Endelig finnes eksempler på at staten søker ens egne nasjonale domstoler om å kjenne voldgiftsavtalen ugyldig. Dersom staten får medhold er konsekvensen at voldgiftstribunalet ikke lenger har jurisdiksjon, fordi kontrakten er uvirksom under lokal rett.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> I *Company Z and others v State Organization ABC* (Award 1982), ble en slik påstand avvist av voldgiftstribunalet. Se nærmere, Lew (2003) s. 219.

<sup>15</sup> En gyldig voldgiftsavtale har blant annet den virkning at den flytter rettsforholdet fra nasjonale domstolars jurisdiksjon til voldgiftsrettens jurisdiksjon. Se nærmere kapittel 3.

<sup>16</sup> For eksempel, *Himpurna v Indonesia* (Interim Award 1999) og *Award* (1999), jfr. Cairns (2009) s. 33.

Voldgiftsavgjørelser har virkning som rettskraftig dom og kan kreves anerkjent og tvangsfullbyrdet i mange land.<sup>17</sup> Det finnes imidlertid enkelte grunnlag for at en voldgiftsdom kan settes til side eller nektes anerkjent/fullbyrdet. Ved å undersøke rammene for når en nasjonal domstol vil kunne nekte å anerkjenne/tvangsfullbyrde en voldgiftsdom, eller kjenne denne ugyldig, kan man finne den reelle grensen for partsautonomien i internasjonal voldgift.<sup>18</sup> Spørsmålet er følgelig om en voldgiftsavgjørelse som opprettholder investeringskontrakten etter sitt innhold, herunder tilkjenner investoren erstatning for termineringen, vil anerkjennes eller/og tvangsfullbyrdes på håndhevingsstadiet.

## 1.2 Foreløpige avgrensninger

Avhandlingens tema er omfattende, og reiser som vist en rekke spørsmål. Det er derfor nødvendig å foreta noen avgrensninger. Spørsmål om alminnelige domstolars jurisdiksjon og verneting<sup>19</sup> behandles ikke. Det er imidlertid en betydningsfull sammenheng mellom nevnte spørsmål og lovvalgsreglene. Et lands lovvalgsregler kommer bare til anvendelse hvis landets domstoler har jurisdiksjon, og saken anlegges for det landets domstoler.<sup>20</sup> Spørsmålet om tvisten kan voldgis vil heller ikke behandles.<sup>21</sup> Nærmere avgrensninger foretas underveis.

---

<sup>17</sup> The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards av 1958 (heretter kalt New York-konvensjonen) forplikter medlemslandene til å anerkjenne og fullbyrde internasjonale voldgiftsavgjørelser avsagt i andre stater som er tilsluttet konvensjonen. New York-konvensjonen trådte i kraft 7. juni 1959, og er tiltrådt av 146 land per 2011, herunder Norge. For mer informasjon, se: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).

<sup>18</sup> Alvik (2009) [I] s. 49.

<sup>19</sup> I en sak med internasjonal tilknytning må nasjonale domstoler ha jurisdiksjon for å kunne behandle denne. For norsk retts vedkommende reguleres internasjonale verneting i lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvL) § 4-3 og i Luganokonvensjonen 2007, tilføyd ved lov 9. juni 2009 nr. 79 (endningslov til tvisteloven), jfr. også tvL § 4-8.

<sup>20</sup> Se Konow (2006) s. 30. Det forutsettes at vertslandets domstoler har jurisdiksjon.

<sup>21</sup> Hovedkriteriet er at partene må ha fri rådighet over tvistegjenstanden jfr. blant annet lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (vogl.) § 9.

### 1.3 Rettskildebildet og metode

Avhandlingens problemstilling berører flere rettsområder, herunder internasjonal privatrett, voldgiftsrett, kontraktsrett og internasjonal rett/folkerett. Rettskildebildet er omfattende og nødvendiggjør undersøkelse og samordning av flere rettsområder. Avhandlingen skrives fra et sammenlignende og prinsipielt perspektiv. Ved lovvalgsspørsmålet for alminnelige domstoler tas det utgangspunkt i norsk rett og EU-rettslige reguleringer. Roma I-forordningen<sup>22</sup> gjenspeiler lovvalgsreglene slik de gjelder for et stort antall land, og kan derfor i kombinasjon med norsk rett, anvendes som en base for de prinsipielle betraktninger. I tillegg vil også andre regler som gjelder i flere land, være retningsgivende. Ved spørsmål vedrørende internasjonal rett og folkerett vil det særlig tas utgangspunkt i avgjørelser avsagt av internasjonale voldgiftstribunaler. Enkelte av avgjørelsene er vurdert på bakgrunn av gjengivelser hentet fra litteraturen. Dette vil fremgå av henvisningene. På håndhevingsstadiet tas det hovedsakelig utgangspunkt i New York-konvensjonen og modelloven.<sup>23</sup> Det forutsettes at det ikke er avtalt voldgift under the Convention on the Settlement of Investments Disputes between Nationals of Other States (ICSID-konvensjonen).<sup>24</sup> Denne, og praksis omkring den, vil likevel tas i betraktning der det faller naturlig.

For flere av spørsmålene avhandlingen reiser er rettstilstanden uklar. Samtidig er rettskildebildet både magert, og noe vanskelig tilgjengelig. Enkelte av drøftelsene bærer derfor preg av normative vurderinger, og juridisk teori og reelle hensyn vil tillegges større vekt enn hva som ellers er vanlig.

---

<sup>22</sup> Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 av 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktsrettslige forpliktelser (Roma I).

<sup>23</sup> UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Model Law in International Commercial Arbitration 1985 With Amendments as adopted in 2006 (modelloven).

<sup>24</sup> ICSID-konvensjonen er underlagt verdensbanken og trådte i kraft 14. oktober 1966. Per dags dato er konvensjonen signert av 157 stater, herunder Norge. For mer informasjon, se:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

For å vurdere hvorvidt partene i en investeringskontrakt kan avskjære virkningen av lokale offentlige/administrative regler, ved å foreta et lovvalg og velge voldgift som tvisteløsningsorgan, vil det tas utgangspunkt i regler som begrenser en stats avtalekompetanse. Dette gjøres på grunn av temaets omfang, og for lettere å kunne illustrere teoretiske poeng. Det vil likevel gjøres forsøk på å foreta vurderinger som kan tenkes å ha betydning i tilknytning til andre offentligrettslige eller administrative bestemmelser.

#### 1.4 Avhandlingens oppbygning

I avhandlingens kapittel 2 vil alminnelige lovvalgsprinsipper for kompetansespørsmål behandles, herunder hvilket lands rett som regulerer en stats kompetanse. Deretter vil det vurderes om lovvalsregelen kan fravikes gjennom en lovvalgsavtale mellom partene. I avhandlingens kapittel 3 undersøkes lovvalsreglene som gjelder i internasjonal voldgift, og hvorvidt partsautonomien i internasjonal voldgift er tilnærmet absolutt. I kapittel 4 vil det vurderes om det finnes enkelte internasjonale regler hvis anvendelse pålegger staten ansvar for termineringen av statskontrakten. I kapittel 5 kartlegges virkningene av at voldgiftsretten anvender internasjonal rett.

Partsautonomien i internasjonal voldgift settes med dette på spissen. Hvorvidt partene kan unngå anvendelsen av lokale offentligrettslige eller administrative regler, beror på om voldgiftsdommen vil håndheves og tvangsfullbyrdes. Avhandlingens konklusjoner fremsettes i kapittel 6.

## **2 ALMINNELIGE LOVVALGSPRINSIPPER KNYTTET TIL KOMPETANSESPØRSMÅL**

### **2.1 Innledning**

En stat er en juridisk person, som kan inngå avtaler på lik linje med andre juridiske sammenslutninger. For at staten skal kunne inngå kontrakter og pådra seg forpliktelser, må avtalekompetansen utøves av dens organer eller representanter. Reguleringen av denne kompetansen kan være forskjellig i de ulike land. Under noen lands rett kan det tenkes at utenriksministeren er berettiget til å binde staten, mens han/hun etter andre lands rett ikke er tillagt en selvstendig avtalekompetanse. Der enkelte land oppstiller tvingende prosessuelle bestemmelser vedrørende inngåelse av statsavtaler, kan andre land operere med mildere regler, eller ikke fastsette særlige prosessuelle krav. Det kan tenkes at noen land opererer med legitimasjonsregler som binder staten til tross for interne kompetanseoverskridelser, mens andre land ikke åpner for legitimasjonsbetraktninger ved avtaler hvor staten er part. I enkelte land kan en statsrepresentants eller et statsorgans myndighet være begrenset til bare å omfatte særlige typer statskontrakter, mens slike regler ikke gjenfinnes i andre lands rett.

Der det er inngått en investeringskontrakt mellom en stat og en utenlandsk investor, og staten i ettertid påberoper seg kompetansemangel, kan altså resultatet av ugyldighetsspørsmålet bero på hvilket lands rett som legges til grunn. Dette er temaet i denne delen av avhandlingen. Spørsmålet er hvilken rett som regulerer en stats kompetanse. For å ta stilling til dette må man undersøke hvilken lovvalgsregel som skal legges til grunn.<sup>25</sup> Hvor det i investeringskontrakten er foretatt et lovvalg til fordel for et utvalgt lands rett eller internasjonal rett, må det vurderes om lovvalgsregelen for

---

<sup>25</sup> Lovvalgsspørsmålet er prejudisielt, og lovvalgsreglene er av formell karakter, jfr. henholdsvis Gaarder (2000) s. 20 og Cordes (2010) s. 29.

kompetansespørsmål kan fravikes i en avtale mellom partene. Hvorvidt den partsvalgte rett vil legges til grunn, avhenger av om domstollandets internasjonale privatrett aksepterer lovvalgsfrihet for det underliggende kompetansespørsmålet.<sup>26</sup> Før de konkrete spørsmål vurderes vil rettsdisiplinen internasjonal privatrett, samt grunnprinsippet om partsautonomi behandles kort.

I drøftelsene tas det utgangspunkt i et ”tenkt” og komparativt internasjonal privatrettslig perspektiv. Hovedformålet er å gi uttrykk for prinsipielle og sammenlignende de lege ferenda vurderinger av en mer generell karakter. Det bemerkes imidlertid at lovvalgsreglene er nasjonale, og at resultatet derfor kan bli noe forskjellig under de ulike lands rett. Selv om det i det følgende tas utgangspunkt i offentligrettslige kompetansebestemmelser er dette hovedsaklig ment som en eksemplifisering. Det vil gjøres et forsøk på å foreta prinsipielle drøftelser som kan ha overføringsverdi til tilfeller som omhandler andre offentligrettslige regler.<sup>27</sup>

Avhandlingen avgrenser mot vernetingssspørsmål. Det nevnes likevel kort at spørsmål om hvilken domstol som er kompetent avgjøres av vernetingsreglene. Folkerettslige regler om statsimmunitet for stater og deres eiendom avgjør imidlertid i hvilken grad en stats domstoler kan behandle søksmål mot fremmede stater.<sup>28</sup> Immunitetsregelen er et utslag av statssuverenitetsprinsippet,<sup>29</sup> og innebærer i hovedsak at ingen stat er berettiget til å dømme andre stater ved dens egne nasjonale domstoler. I nyere tid er prinsippet om statssuverenitet innskrenket, og er nå begrenset til handlinger som gjelder statens utøvelse av offentlig myndighet (*jure imperii*), i motsetning til handlinger av privatrettslig karakter (*jur gestionis*).<sup>30</sup>

### 2.1.1 Kort om internasjonal privatrett

Ved enhver tvist som har tilknytning til flere land er det nødvendig å avklare hvilket lands rett som regulerer de materielle rettsspørsmål saken reiser.<sup>31</sup> Dette er et spørsmål

---

<sup>26</sup> Konow (2006) s. 240.

<sup>27</sup> Se nærmere punkt 2.5.

<sup>28</sup> Spørsmålet oppstår hvis domstolen har jurisdiksjon etter vernetingsreglene, jfr. Alvik (2006) s. 14 flg.

<sup>29</sup> Alvik (2006) s. 16.

<sup>30</sup> Se nærmere Alvik (2006) s. 18 flg. og s. 29 flg. angående investeringsavtaler.

<sup>31</sup> Tilstrekkelig tilknytning til utlandet er i seg selv et vanskelig rettsspørsmål. Se nærmere, Gaarder (2000) s. 19, Cordero-Moss (2010) [I] s. 16 flg. og McClean and Beevers (2009) s. 2 flg.

om hvilket lovvalg som skal legges til grunn.<sup>32</sup> Lovvalgsreglene finnes i rettsdisiplinen internasjonal privatrett.<sup>33</sup> I motsetning til hva navnet tilsier er denne nasjonal.<sup>34</sup> Rettsvalgsreglenes formål er å identifisere hvilket lands rett som skal anvendes.<sup>35</sup> Dette gjøres gjennom tilknytningsfaktorer, altså ulike momenter som knytter rettsforholdet til et bestemt land.<sup>36</sup> Det er uomtvistet at en nasjonal domstol alltid vil anvende lovvalgsreglene fastlagt i sitt eget lands internasjonale privatrett (*lex fori*).<sup>37</sup> Den materielle retten lovvalgsreglene utpeker kalles bakgrunnsretten, *lex causae* eller den anvendbare retten.<sup>38</sup> Hvorvidt det rettslige forholdet kan subsumeres under den aktuelle lovvalgsregelen, beror på en tolkning av det underliggende materielle spørsmålet i saken.<sup>39</sup> Dette er også omtalt som *kvalifikasjon*, og skal som hovedregel skje etter domstolslandets rett.<sup>40</sup> I realiteten foretas en alminnelig subsumpsjon hvor sakens faktum innordnes under en lovvalgsregel.<sup>41</sup>

Innen EU er lovvalgsreglene i større grad harmonisert gjennom Roma I-forordningen.<sup>42</sup> Selv om ikke denne får direkte anvendelse i land som ikke er medlem av den Europeiske Union, taler hensynet til rettsenhet og ensartede løsninger for at reguleringen blir ansett som retningsgivende også i forhold til andre lands

---

<sup>32</sup> I norsk litteratur benytter enkelte uttrykket *rettsvalg*, jfr. Cordes (2010) s. 25. I engelsk terminologi er dette spørsmålet om *choice of law* og i fransk terminologi *conflits de lois*.

<sup>33</sup> Lovvalgsregler betegnes også *konfliktregler*, *rettsvalgsregler* eller *internasjonale privatrettslige regler*. I engelsk terminologi brukes uttrykkene *choice-of-law rules* eller *conflict rules*.

<sup>34</sup> Gaarder (2000) s. 36, McClean and Bevers (2009) s. 2 flg. og Cheshire (2008) s. 9.

<sup>35</sup> Cordero-Moss (2010) [IV] s. 303.

<sup>36</sup> Cordes (2010) s. 72, Gaarder (2000) s. 85, Bogdan (2008) s. 41 og Arnt Nielsen (1997) s. 33.

<sup>37</sup> Cordero-Moss (2010) [IV] s. 295, Cordes (2010) s. 27, Alvik (2009) [I] s. 44 og Lew (1978) s. 67.

<sup>38</sup> Jfr. Moss (2007) s. 679.

<sup>39</sup> Se Cordes (2010) s. 83, Arnt Nielsen (1997) s. 37.

<sup>40</sup> Se Rt. 1995 s. 1415 på s. 1419 og Cordes (2010) s. 92. I engelsk terminologi benyttes uttrykket *classification*, jfr. Briggs (2008) s. 9 flg. og Cheshire (2008) s. 41 flg.

<sup>41</sup> Garder (2000) s. 121 note 1, Cordes (2010) s. 83 og Thue (2002) s. 162.

<sup>42</sup> Romakonvensjonen av 19. juni 1980 ble for kontrakter inngått etter 17. desember 2009 avløst av Roma I-forordningen (nr. 593/2008) som trådte i kraft 2008. I avhandlingen anvendes hovedsaklig forordningen. Det bemerkes imidlertid at Romakonvensjonen fremdeles gjelder i Danmark. For ikke-kontraktrettslige forpliktelser gjelder Roma II-forordningen (nr. 864/2007).

internasjonale privatrett.<sup>43</sup> Det gjelder særlig for land som er nært knyttet til EU. Den EU-rettslige regulering av lovvalgsspørsmål kan sies å gi uttrykk for alminnelige internasjonal privatrettslige regler. Ut fra avhandlingens perspektiv er det i tillegg til norsk internasjonal privatrett også naturlig å ta utgangspunkt i ”*Europeisk internasjonal privatrett*”.

Norsk rettspraksis bekrefter at ”EU-rettslig internasjonal privatrett” er retningsgivende. I Rt. 2009 s. 1537 ”Bokhandleren i Kabul” ble det uttalt at: «[i]den utstrekning vi ikke har avvikende lovreguleringer, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelsen av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt».<sup>44</sup> Uttalelsen er fulgt opp i Rt. 2011 s. 531.<sup>45</sup> Det kan dermed antas at nasjonale domstoler vil søke til forordningen for veiledning i lovvalgsspørsmålene.

### 2.1.2 Kort om partsautonomien

For at partene skal kunne velge hvilket lands rett som skal anvendes, må det foreligge et grunnlag for denne type avtalefrihet. På det kontraktsrettslige området anerkjenner de fleste lands internasjonal privatrett en slik lovvalgsadgang. Her er utgangspunktet - og den store hovedregelen at partenes lovvalg skal legges til grunn. Det samme fremgår av Roma I-forordningens art. 3 (1).<sup>46</sup> Partenes frihet til selv å avgjøre hvilken rett som skal anvendes forankres altså i *lovvalgsregelen* partsautonomi.<sup>47</sup> At partsautonomien må betraktes som en lovvalgsregel gir den kollisjonsrettslig virkning, i motsetning til alminnelig materiellrettslig virkning.<sup>48</sup> Det innebærer at kontraktsforholdet i sin helhet underlegges det partsvalgte rettsystem. Også preseptoriske regler som ville ha kommet til anvendelse uten lovvalget, skal vanligvis ses bort fra hvis partene selv har utpekt

---

<sup>43</sup> Moss (2009) [II] s. 69 flg.

<sup>44</sup> Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 34, jfr. Rt. 2006 s. 1008 avsnitt 17. Samtlige av Norges lovfestede bestemmelser om lovvalg stammer fra EU-retten jfr. Moss (2009) [II] s. 71.

<sup>45</sup> Rt. 2011 s. 531 i avsnitt 46: «[...]forordningens lovvalgsregel bør anvendes i norsk internasjonal privatrett ut fra hensynet til behovet for rettsenhet med EU».

<sup>46</sup> Tilknytningsfaktoren eller tilknytningsmomentet er her partshenvisningen.

<sup>47</sup> I noen land anses partsautonomien som en forlengelse av kontraktsfrihetsprinsippet, jfr. McClean and Beevers (2009) s. 353 og Nygh (1999) s. 2. For en nærmere redegjørelse av det rettslige grunnlaget i norsk rett, se Moss (2007) s. 681 flg.

<sup>48</sup> Moss (2007) s. 700 og Garder (2000) s. 232 flg.



bakgrunnsretten for kontrakten.<sup>49</sup> En avtale om lovvalg innebærer at partenes mellomværende i stedet underlegges de preseptoriske reglene i det valgte rettssystem.

Partsautonomien kan sies å være universelt anerkjent, i den forstand at omtrent alle land aksepterer partenes lovvalgsadgang for spørsmål som faller inn under kontraktsstatuttet (lex contractus).<sup>50</sup> I internasjonal teori er det uttalt at:

«Today, the parties' freedom to choose themselves the law applicable to their contractual relationship is one of the most essential cornerstones in international law, recognized in practically all national legal systems».<sup>51</sup>

Man kan trekke to slutninger fra hovedregelen om partsautonomi på det kontraktsrettslige området, en positiv og en negativ. På den ene side kan man si at det ved alle spørsmål av kontraktsrettslig art foreligger en alminnelig lovvalgsfrihet. Utgangspunktet er følgelig at den partsvalgte rett skal legges til grunn for ethvert spørsmål som oppstår i tilknytning til kontrakten. På den annen side kan man si at der man er utenfor det kontraktsrettslige området, har partsautonomien ingen rettslig forankring. Her opereres vanligvis med andre lovvalgsregler.

Dette må imidlertid modifieres i to henseender. For det første kan det tenkes at det også på området man vanligvis vil karakterisere som kontraktsrettslig, finnes tvingende lovvalgsregler som går foran partsautonomien, og som dermed vil være avgjørende for spørsmålet om hvilken rett som danner bakgrunnsrett for det underliggende

---

<sup>49</sup> Ved et rettsforhold som ikke har tilknytning til flere land, kan en henvisning til et annet lands rett bare få materiellrettslig virkning jfr. Roma I-forordningen art. 3 (3). Det vil si at det valgte lands bestemmelser vil anses som en del av kontraktens klausuler, men må vike for preseptoriske bestemmelser i det landet hvor rettsforholdet hører hjemme. Se nærmere Gaarder (2000) s. 233, Moss (2007) s. 682 og Moss (1999) s. 80 flg.

<sup>50</sup> Dette gjelder også de fleste "common-law"-land, jfr. Collins (2000) s. 1216 flg., McClean and Beevers (2009) s. 353 og Clarkson (2011) s. 204.

<sup>51</sup> Blessing (1997) s. 39.

rettsspørsmålet.<sup>52</sup> Partsautonomiens rekkevidde og eventuelle begrensninger reguleres av den internasjonale privatrett i domstollandets rett (lex fori).<sup>53</sup> For det andre kan det tenkes at det også på andre rettsområder enn kontraktsretten kan være rom for partsautonomi.<sup>54</sup>

## 2.2 Lovvalg for kompetansespørsmål

### 2.2.1 Innledning

Anta at det mellom en stat og en utenlandsk investor er inngått en investeringskontrakt, som er undertegnet av vertsstatens utenriksminister. Etter at investeringen er påbegynt hevder vertslandet at kontrakten er ugyldig fordi utenriksministeren ikke kunne binde staten med mindre avtalen ble godkjent av regjeringen.<sup>55</sup> Vertslandets konstitusjonelle regler krever altså regjeringssamtykke for at en statsavtale skal anses gyldig inngått.<sup>56</sup> I investeringskontrakten er det foretatt et lovvalg til fordel for engelsk rett. Av den grunn anfører investoren at spørsmålet om avtalen er ugyldig på grunn av manglende kompetanse må vurderes etter den partsvalgte rett, hvor staten vil anses bundet.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> Moss (2007) s. 700 flg. og Cordero-Moss (2010) [I] s. 330 flg. I tillegg til eksklusive lovvalgsregler vil noen nasjonale bestemmelser anses som så grunnleggende at de alltid vil komme til anvendelse (*internasjonalt preseptoriske bestemmelser*), jfr. Roma I-forordningen art. 9. En annen begrensning i partsautonomiens virkeområde er *ordre public-reservasjonen* som medfører at utenlandsk rett aldri vil legges til grunn om dette vil føre til et resultat som er i strid med domstollandets rettsorden, jfr. Roma I-forordningen art. 21. Se nærmere Gaarder (2000) s. 104 flg. og Moss (2008) [II].

<sup>53</sup> Moss (2007) s. 700, Cordeo-Moss (2010) [III] s. 230-231, Nygh (1999) s. 124 og Cordero-Moss (2010) [I] s. 330 flg. At det er rom for unntak er en selvfølge. Den internasjonale privatrett er nasjonal, og det må således være opp til hvert enkelt land å bedømme hvor langt nasjonale domstoler skal kunne anvende et annet lands rett eller internasjonal rett på bakgrunn av partenes lovvalg.

<sup>54</sup> Se Konow (2006) som vurderer spørsmål om partsautonomi selv der man er utenfor kontraktsretten.

<sup>55</sup> Også i norsk rett er det Regjeringen (Kongen i Statsråd) som har den alminnelige kompetanse til å binde staten til avtaler, jfr. Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grl.) § 3 og Grl. § 26. Se nærmere Eckhoff og Smith (2006) s. 40 flg. og s. 166 flg. Kompetansen til å inngå avtaler på statens vegne er i prinsippet en del av forvaltningsmyndigheten, jfr. Hov (2002) s. 403.

<sup>56</sup> Dette er et problem som særlig har oppstått i tvister mellom ulike oljeselskap og den argentinske stat, se Marial (2005) s. 651 flg.

<sup>57</sup> I engelsk rett anvendes vanligvis prinsippet om "estoppel" for å opprettholde en kontrakt til tross for kompetansemangel, jfr. Briggs (2008) s. 269. Se også avhandlingens punkt 4.4.4.

Hvilket lands rett regulerer en stats kompetanse? Svaret beror på hvilken lovvalgsregel som skal legges til grunn, og hvorvidt denne kan fravikes av partene i en lovvalgsavtale.

Som nevnt innledningsvis må det foretas en subsumpsjon for å finne den riktige lovvalgsregelen for det aktuelle rettsspørsmålet.<sup>58</sup> Lovvalgsregelen partsautonomi gjelder hovedsakelig på det kontraktsrettslige området. Problemstillingen er følgelig om kompetansespørsmål er en del av kontraktsretten, eller om dette må subsumeres under et annet rettsområde, slik at andre lovvalgsregler gjør seg gjeldende.

Kvalifikasjonstankegangen er den tradisjonelle og mest fremtredende fremgangsmåte for lovvalgsspørsmål i internasjonal privatrettslig litteratur.<sup>59</sup> Etter denne skal rettsanvenderen analysere seg frem til hvilken lovvalgsregel som skal anvendes på det aktuelle rettsspørsmålet. Det er dermed naturlig å ta utgangspunkt i denne tilnærmingen, også ved spørsmålet om hvilken lovvalgsregel som gjelder for kompetanse. Spesielt i norsk rettspraksis finner man imidlertid flere alternative metoder for å vurdere lovvalgsspørsmålet.<sup>60</sup>

### 2.2.2 Betydningen av kompetansebestemmelers karakter av offentlige regler

Et første spørsmål er om kompetansebestemmelsenes karakter av offentlige regler har noen betydning for lovvalgsspørsmålet. Grunnlaget for problemstillingen er uttrykket internasjonal *privatrett*. I dette ligger implisitt at rettsområdet i første rekke omhandler spørsmål av privatrettslig karakter.<sup>61</sup> Et område som etter sin betegnelse faller utenfor rettsdisiplinen er *offentlig rett*.<sup>62</sup> Det kan dermed spørres om det at vertslandets konstitusjonelle kompetanseregler er av offentligrettslig karakter medfører at rettsspørsmålet faller utenfor den internasjonale privatretts anvendelsesområde.<sup>63</sup> Det skulle i tilfelle medføre at kompetansespørsmålet allerede av den grunn ikke dekkes av lovvalgsregelen partsautonomi. Den internasjonale privatrett utgjør grunnlaget for at en

---

<sup>58</sup> Konow (2006) s. 266. Se også Thue (2002) s. 147 flg.

<sup>59</sup> Konow (2006) s. 242.

<sup>60</sup> Jfr. Konow (2006) s. 243 flg., hvor norsk rettspraksis gjennomgås.

<sup>61</sup> Bogdan (2008) s. 85.

<sup>62</sup> Se for norsk retts vedkommende Cordes (2010) s. 35: «[b]ehandles først offentligrettslige regler og krav av norske domstoler, vil disse bli avgjort av norsk rett (lex fori)». Se også s. 185.

<sup>63</sup> Se Seyersted (1986) s. 599 flg., og særlig s. 603: «[I]ovvalget i offentligrett er altså forholdsvis enkelt: Hver stats eller annet folkerettssubjekts organer anvender sin egen offentlige rett, på grunnlag av organisk- ikke territorial- tilknytning».

dommer kan anvende en annen rett enn domstollandets rett. Der et forhold ligger utenfor dette rettsområdet, vil dette grunnlaget ikke gjøre seg gjeldende, og partsautonomien som er hjemlet her, kan heller ikke anvendes.

Hvor skillet mellom privat - og offentlig rett trekkes varierer imidlertid fra land til land. Enkelte *common law*-land opererer ikke med sontringen,<sup>64</sup> og i de land hvor skillet forekommer er grensetrekningen noe flytende.<sup>65</sup> Det kan derfor tenkes at noen spørsmål som vil karakteriseres som offentligrettslige i ett land, faller inn under ett annet lands internasjonal privatrett. Videre er ugyldighetsspørsmålet strengt tatt et spørsmål av privatrettslig karakter, uavhengig av at grunnlaget for ugyldighetspåstanden er kompetansebestemmelser nedfelt i konstitusjonen - altså en utpreget offentligrettslig bestemmelse. Selv om noe av rettsområdet som danner bakgrunn for den kommersielle transaksjon er offentligrettslig, trenger dette nødvendigvis ikke å ha betydning for det privatrettslige spørsmålet.<sup>66</sup> Det er dermed nærliggende at en alminnelig domstol vil gå veien om ens eget lands internasjonale privatrett for å avgjøre hvilken rett som regulerer statens kompetanse. Hvordan skal kompetansespørsmålet kvalifiseres?

Det må bemerkes at enkelte utenlandske offentligrettslige regler, aldri vil anvendes av nasjonale domstoler. For enkelthets skyld kan det trekkes et skille mellom regler som har et offentligrettslig formål eller begrunnelse, men som har privatrettslige virkninger, og regler som både har et offentligrettslig formål og utelukkende offentligrettslig virkning.<sup>67</sup> Under sistnevnte kategori faller utenlandske straffebestemmelser og utenlandske skatteregler.<sup>68</sup> Disse vil aldri anvendes av nasjonale domstoler, og begrunnes i første rekke med at nasjonale domstoler ikke skal fungere som utenlandske staters inndrivere,<sup>69</sup> og at slike lover har et territorielt begrenset anvendelsesområde.

---

<sup>64</sup> Cordero-Moss (2010) [I] s. 16.

<sup>65</sup> Slik argumenterer også Nial (1953) s. 118.

<sup>66</sup> Moss (1999) s. 46. En slik tankegang synes å legges til grunn i Rt. 1937 s. 888 "Gullklausuldommen", hvor amerikansk lov om gullklausuler ble anvendt.

<sup>67</sup> Nial (1953) s. 118.

<sup>68</sup> Arnt Nielsen (1997) s. 84.

<sup>69</sup> Cordes (2010) s. 185 og Bogdan (2008) s. 86.

### 2.2.3 Spørsmål om rettslig handleevne er ikke en del av kontraktsretten

Det er alminnelig enighet om at spørsmål om *rettslig handleevne* er en del av personretten i motsetning til en del av kontraktsretten.<sup>70</sup> Personretten regulerer hovedsakelig spørsmål som omhandler den personlige rettsstillingen til en fysisk eller juridisk person.<sup>71</sup> For selskaper og andre sammenslutninger reguleres den personlige rettsstillingen av selskapsretten. Spørsmål vedrørende en juridisk persons *rettslige handleevne* er altså et selskapsrettslig spørsmål.<sup>72</sup> Det legges til grunn i de fleste land,<sup>73</sup> og bekreftes indirekte i Roma I-forordningen, hvor dens anvendelsesområde i art. 1 (2) (f) avgrenses mot spørsmål av *selskapsrettslig karakter*. Som eksempel på et selskapsrettslig spørsmål angis ”*legal capacity*”.<sup>74</sup> Direkte gir bestemmelsen uttrykk for at det er overlatt til hvert medlemslands internasjonale privatrett å fastlegge lovvalgsreglene for slike spørsmål. Indirekte gir bestemmelsen en indikasjon om at juridiske personers *rettshandleevne* generelt innen EU betraktes som et spørsmål som ligger utenfor kontraktsretten.<sup>75</sup> Forordningen art. 1 (2) (f) gjelder direkte selskaper, herunder statlig eide selskaper, men bør kunne anvendes analogisk på spørsmål vedrørende stater. Da det i juridisk teori legges til grunn at Roma I-forordningen får

---

<sup>70</sup> Thue (2002) s. 62, Gaarder (2000) s. 175, Bogdan (2008) s. 165 og Arnt Nielsen (1997) s. 381. I stater med common-law tradisjon, herunder USA, anses imidlertid fysiske personers rettshandleevne som et kontraktsrettslig spørsmål jfr. US Restatement, Second, Conflict of Laws § 198. Slike spørsmål reguleres av ”*the proper law of the contract*”. Dette er imidlertid ikke den partsvalgte rett, men den rett som utpekes av andre lovvalgsregler for kontraktsstatuttet, jfr. McClean and Beevers (2009) s. 385-388 og Nygh (1999) s. 125 flg. som likevel påpeker en viss uenighet i juridisk teori. Se også Konow (2006) s. 377 og Thue (2002) s. 270.

<sup>71</sup> Thue (2002) s. 3 og 4. Se også s. 263 flg.

<sup>72</sup> Konow (2006) s. 370 og Cordero-Moss (2010) [III] s. 230 som imidlertid påpeker at det er en viss uenighet i norsk teori.

<sup>73</sup> Det gjelder Sveits, Sverige, Tyskland og Danmark, jfr. Cordero-Moss (2010) [III] s. 231, jfr. note 39, samt USA og England, jfr. henholdsvis Konow (2006) s. 373, Briggs (2008) s. 165 og Collier (2001) s. 208.

<sup>74</sup> For fysiske personers rettshandleevne, se Roma I-forordningen art. 1 (2) (a). Se imidlertid art. 13. Også den norske kjøpslovvalgsloven (Lov av 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp) § 2 avgrenser sitt anvendelsesområde mot *rettslig handleevne*.

<sup>75</sup> ”Questions governed by the law of companies” skal tolkes autonomt, jfr. Plender and Wilderspin (2009) s. 117.

anvendelse på statskontrakter som er inngått i statens egenskap av kommersiell aktør,<sup>76</sup> bør følgelig den nevnte artikkel kunne legges til grunn. Heller ikke spørsmål om staters *rettshandleevne* kan dermed anses som en del av kontraktsretten.

En første begrunnelse for en slik kvalifikasjon er at det ved spørsmål vedrørende rettslig handleevne i prinsippet ikke består et kontraktsforhold mellom partene. Hvorvidt en kontraktspart innehar den nødvendige rettslige handleevne for å inngå en kontrakt er i realiteten et spørsmål som oppstår *forut* for avtaleinngåelsen. Å betrakte dette som et kontraktsrettslig spørsmål synes derfor ikke naturlig.<sup>77</sup> En annen begrunnelse er at rettshandleevnen, både for juridiske og fysiske personer, vanligvis ikke anses som et spørsmål avtalepartene har fri rådighet over. Også dette taler mot å anse slike spørsmål som kontraktsrettslige. Hvilken lovvalgsregel gjelder for spørsmål om rettslig handleevne?

#### 2.2.4 Lovvalgsregel: Hjemlandets rett

Personrettslige spørsmål reguleres av personalstatuttet: *personens hjemlands rett*.<sup>78</sup> Med dette menes: «de regler i personens hjemlands rett som vedkommende er så nært knyttet til at de også må respekteres utenlands».<sup>79</sup> Anvendelse av en fysisk eller juridisk persons hjemlands lov er et grunnprinsipp i internasjonal privatrett.<sup>80</sup> Det bekreftes ved at det samme prinsipp legges til grunn for selskapsrettslige spørsmål. Her utpeker selskapsstatuttet (som egentlig bare er en annen betegnelse på personens hjemlands lov) selskapets hjemlands rett som anvendbar for spørsmål vedrørende juridiske personer.<sup>81</sup> Selskapsstatuttet er altså i realiteten en spesialanvendelse av det alminnelige prinsippet om hjemlandsregulering. Følgelig bør samme prinsipp gjelde for stater. Hjemlandets

---

<sup>76</sup> Det har vært omtvistet om avgrensningen mot ”*kommersielle og sivile*” avtaler i Roma I-forordningen (tilsvarende uttrykk finnes ikke i den tidligere Romakonvensjonen) medfører at avtaler med offentligrettslige eller administrative implikasjoner faller utenfor dens anvendelsesområde. Tilsynelatende er svaret at dette ikke er tilfellet når staten har opptrådt som en alminnelig kontraktsrettslig aktør, og ikke i sin egenskap av stat, jfr. Plender and Wilderspin (2009) s. 94-95.

<sup>77</sup> Slik resonnerer også Konow (2006) s. 366-367, dog i tilknytning til fullmaktsforhold.

<sup>78</sup> Thue (2002) s. 9.

<sup>79</sup> Thue (2002) s. 5.

<sup>80</sup> Thue (2002) s. 7 og s. 47 flg.

<sup>81</sup> Konow (2006) s. 370.

rett oppstiller vanligvis grunnleggende krav for at en juridisk eller fysisk person skal være avtalekompetent. Slike spørsmål har altså sin nærmeste tilknytning til vedkommendes hjemlands rett.<sup>82</sup> Hva som må anses som ”hjemland” reguleres noe ulikt i de forskjellige land. Det gjelder både for fysiske og juridiske personer.<sup>83</sup> Det er likevel klart at partshenvisningen ikke er den relevante tilknytningsfaktor. I stedet opereres det med en særskilt lovvalgsregel for *rettslig handleevne*.<sup>84</sup>

At en stats *rettshandleevne* reguleres av statens egen rett finner også en viss støtte i New York-konvensjonen og modelloven.<sup>85</sup> Her legges en slik lovvalgsregel til grunn for *rettslig handleevne* til å inngå voldgiftsavtaler.<sup>86</sup> Det fremgår indirekte gjennom New York-konvensjonen art. V (1) (a) og modelloven art. 34 (2) (a) (i) og art. 36 (1) (a) (i). Ifølge førstnevnte bestemmelse kan en voldgiftsavgjørelse kjennes uvirksom dersom en av partene ”*were, under the law applicable to them, under some incapacity*” (min understrekning).<sup>87</sup> Det er antatt at bestemmelsen kommer til anvendelse uavhengig av om en av partene er et selskap, en stat eller et statlig organ.<sup>88</sup> Verken New York-konvensjonens art. V (1) (a) eller modelloven art. 34 (2) (a) (i) og art. 36 (1) (a) (i) gir uttrykk for hvilke tilknytningsfaktorer som skal legges til grunn.<sup>89</sup> Disse må fastlegges

---

<sup>82</sup> Thue (2002) s. 43.

<sup>83</sup> For juridiske personer står det mellom stiftelsesstedets rett og det landets rett hvor den juridiske person har sitt hovedsete. For fysiske personer står det mellom landet hvor man har sitt bosted og landet hvor man har statsborgerskap. Se henholdsvis Andenæs (2006) s. 694 flg. og Thue (2002) s. 47 flg.

<sup>84</sup> Gaarder (2000) s. 175 flg., Cordero-Moss (2010) [I] s. 287, 330 flg., Heiskanen (2005) s. 4 note 23, Moss (2009) [I] s. 362, Alvik (2011) s. 106, Moss (2000) s. 140 og Arnt Nielsen (1997) s. 382. Se også Moss (2007) s. 9-10 og Cordes (2010) s. 342.

<sup>85</sup> Se også vogl. § 43 og 46.

<sup>86</sup> Born (2009) s. 2785 og s. 553 flg. og Lew (2003) s. 117.

<sup>87</sup> I modelloven art 34 (2) (a) (i) og art. 36 (1) (a) (i) avsluttes setningen med ”*under some capacity*”. Bestemmelsen har dermed ingen eksplisitt henvisning til ”*the law applicable to them*”. Det er imidlertid lagt til grunn at modellovens bestemmelse skal tolkes i overensstemmelse med New York-konvensjonen, jfr. Weigand (2009) s. 1104: «[t]he phrase was [...] only removed because of its vagueness. No substantive change is attributed to this alteration».

<sup>88</sup> Kronke (2010) s. 218.

<sup>89</sup> Van den Berg (1981) s. 276- 277, Born (2009) s. 553 og Lew (2003) s. 118.

etter tvangsfullbyrdelseslandets regler.<sup>90</sup> Uansett er det klart at den partsvalgte rett ikke skal anvendes på spørsmål vedrørende rettshandleevne til å inngå voldgiftsavtaler.<sup>91</sup> Hensynet til konsistens og harmoni mellom de ulike regelverk tilsier at hjemlandet rett legges til grunn, også hvor rettsstilstanden er uavklart. Særlig bør det være rom for å anvende tilsvarende regel som fastlagt i New York-konvensjonen på alminnelige kontrakter.<sup>92</sup> Konvensjonen vil til en viss grad utgjøre gjeldende rett i alle land som er medlem av den, eller som har utformet sin nasjonale voldgiftslov i overensstemmelse med modelloven. At samme regulering legges til grunn for spørsmål om rettslig handleevne ved enhver kontraktstype, skaper dermed en større grad av rettsenhet<sup>93</sup> mellom ulike land, noe som igjen fører til større grad av forutberegnelighet for partene.<sup>94</sup> Partene kan lettere forutberegne sin stilling, ved at det er mindre risiko for at ulike lands internasjonale privatrett utpeker forskjellig bakgrunnsrett, noe som både letter og fremmer den internasjonale samhandel.<sup>95</sup>

Man oppnår likevel ikke full harmonisering da de forskjellige medlemsland kan operere med ulike tilknytningsfaktorer. På denne måten kan *partenes egen rett* få ulikt innhold etter hvilket lands internasjonal privatrett som legges til grunn.<sup>96</sup> For en stats vedkommende er en diskusjon om hvilke tilknytningsfaktorer som skal legges til grunn imidlertid ikke nødvendig. Svaret gir seg selv. Det finnes bare en tilknytningsfaktor, nemlig det landets rett hvor staten geografisk sett er.

Spørsmål om *rettslig handleevne* anses altså generelt å ligge utenfor kontraktsretten. Dette er en del av personretten, herunder selskapsretten, hvoretter lovvalgsregelen *personens hjemlands rett* skal legges til grunn. *Rettslig handleevne* - uttrykket som knytter slike spørsmål til personretten/ selskapsretten - er imidlertid ikke definert. Derav

---

<sup>90</sup> Van den Berg (1981) s. 276, Cordero-Moss (2010) [I] s. 446 og Ferrari og Kröll (2011) s. 75.

<sup>91</sup> Slik også Cordero-Moss (2010) [III] s. 230.

<sup>92</sup> Cordero-Moss (2010) [III] s. 230.

<sup>93</sup> Hensynet til uniformitet er «et meget tungtveiende hensyn når det skal foretas et rettsvalg», jfr. Konow (2006) s. 238. Se også Cordes (2010) s. 49-50.

<sup>94</sup> Jfr. Cordero-Moss (2010) [IV] s. 296: «[f]or å forhindre en slik uforutsigbarhet ved lovvalget legges det stor vekt på harmonisering av den internasjonale privatretten». Se også Cordero-Moss (2010) [III] s. 222.

<sup>95</sup> jfr. Konow (2006) s. 238.

<sup>96</sup> For juridiske personer står det mellom seteteorien og stiftelsesteorien. For fysiske personer står det mellom domicilprinsippet og statsborgerskapsprinsippet jfr. note 81.



kan det problematiseres hvorvidt spørsmål om en stat er bundet vis-à-vis tredjeperson av disposisjoner foretatt av dens organer eller representanter, er en del av den rettslige handleevnen.<sup>97</sup> Kan det tenkes at dette er et spørsmål av kontraktsrettslig karakter, med den virkning at det er rom for partsautonomi?

### 2.2.5 Hva er rettslig handleevne?

Ettersom uttrykket *rettslig handleevne* også anvendes i New York-konvensjonen, og reguleringen er felles for en rekke land, er det naturlig å ta utgangspunkt i denne. Ordlyden i konvensjonens artikkel V (1) (a) gir minimal veiledning. Uttrykket som brukes er det samme som det som benyttes i Roma I-forordningen art. 1 (2) (f), i tilknytning til dens avgrensning av anvendelsesområde. I forhold til sistnevnte bestemmelse er den mest nærliggende forståelse at begrepet *rettslig handleevne* bare dekker spørsmål om en juridisk person som sådan er avtalekompetent - på lignende måte som fysiske personers rettshandleevne - hvor hovedkriteriene er at man er myndig og tilregnelig. Begrunnelsen for en slik forståelse er at forordningen art. 1 (2) (g) eksplisitt avgrenser mot spørsmål om *et organ eller en representant kan forplikte juridiske personer vis-à-vis tredjeperson*.<sup>98</sup> Den EU-rettslige reguleringen sondrer altså mellom spørsmål om *rettslig handleevne*<sup>99</sup> og *spørsmål om den juridiske person er bundet av et organ eller en representants disposisjoner*.<sup>100</sup> Hvis samme forståelsen av begrepet rettslig handleevne må legges til grunn under New York-konvensjonen, er følgelig ikke spørsmål om staten er bundet vis-à-vis investoren en del av statens rettshandleevne.

---

<sup>97</sup> Representasjonsspørsmål kan oppstå i ulike partskonstellasjoner jfr. Konow (2006) s. 370. Her er det partskonstellasjonen den juridiske person og tredjeperson/investoren som undersøkes. For materielt å kunne ta stilling til om en stat er bundet til en avtale vis-à-vis tredje person må man først kartlegge kompetansen organet eller representanten har internt i staten (kompetansen innad). Der organet eller representanten har gått utover sin interne kompetanse må man undersøke hvor langt dens legitimasjon/representasjon til å binde staten rekker (kompetansen utad) jfr. Woxholt (2005) s. 238.

<sup>98</sup> Jfr. Roma I-forordningen art. 1 (2) (g) «the question whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company or other body corporate or unincorporated, in relation to a third party».

<sup>99</sup> jfr. Roma I-forordningen art. 1 (2) (f).

<sup>100</sup> jfr. Roma I-forordningen art. 1 (2) (g).

I tilknytning til New York-konvensjonen art V (1) (a) synes det å være delte meninger om hva som ligger i begrepet rettslig handleevne (*[in]capacity*). Enkelte legger umiddelbart til grunn at uttrykket *[in]capacity* dekker ethvert kompetansespørsmål: «[t]he capacity of a party to enter into an arbitration agreement may also be restricted by [...] the lack of authority of the person signing the arbitration agreement».<sup>101</sup> Andre opererer tilsynelatende med tilsvarende sontring som i Roma I-forordningen:

«The issue of the capacity of the parties relates strictly speaking to whether it is possible in accordance with the applicable law for the party to agree to arbitration. In many cases there is a related issue of whether the person who actually signed the agreement to arbitrate was authorised to do so» (min understrekning).<sup>102</sup>

«The issues arising from such examples are closely-related to questions of capacity, although they are more properly categorized as matters of agency or corporate authority» (min understrekning).<sup>103</sup>

Til tross for at et stort antall forfattere sontrer mellom spørsmål om ”capacity” og spørsmål om ”authority” synes det å være enighet om at også sistnevnte spørsmål faller innenfor begrepet ”[in]capacity” i New York-konvensjonen art. V (1) (a).<sup>104</sup> I teorien er det er blant annet uttalt at:

«Although there are important distinctions between issues of authority and issues of capacity, there are sound reasons to read Article V(1)(a)´s treatment of

---

<sup>101</sup> Lew (2003) s. 708. Se også Van den Berg (1981) s. 276 og Redfern and Hunter (2004) s. 146.

<sup>102</sup> Bühler and Webster (2008) s. 112. Se også Gaillard (1999) s. 984.

<sup>103</sup> Born (2009) s. 635, og 559 note 687.

<sup>104</sup> Born (2009) s. 559, Bühler and Webster (2008) s. 112 flg. og Gaillard (1999) s. 984. Se imidlertid også sistnevnte s. 242: «[t]here is nothing to prevent courts from construing “the law applicable to them” as meaning the substantive rules they deem applicable in an international context».

capacity as extending to questions of agency and authority, not merely capacity in the narrow sense».<sup>105</sup>

Tolkningen forankres hovedsakelig i artikkelens vide ordlyd «*some incapacity*»,<sup>106</sup> og i det faktum at artikkelens utforming nettopp ble diskutert i tilknytning til juridiske personer. I litteraturen er det uttalt at:

«Although in principle the concepts of capacity and power to contract should not be confused, it is generally accepted that in the Convention the word “incapacity” also covers the absence of the power to contract. A strong indication to that effect is provided by the fact that during the negotiation of the Convention issues of “capacity” were discussed in connection with juridical persons, which suggests that the word “capacity” was not given its most accurate meaning».<sup>107</sup>

Forståelsen har gode grunner for seg. For det første vil det særlig i forhold til stater være lite igjen av begrepet *rettslig handleevne*, om ikke spørsmål vedrørende organer og andre representanters avtalekompetanse også omfattes. Hvis rettslig handleevne utelukkende sikter til spørsmål om den juridiske personen som sådan er avtalekompetent, må dette bero på om staten anerkjennes som stat. Dette er strengt tatt et spørsmål av folkerettslig karakter, og reguleres derav av folkeretten. For det andre består det heller ikke i realiteten et kontraktsforhold mellom partene ved spørsmål om representasjon og legitimasjon.

---

<sup>105</sup> Born (2009) s. 559. Dette er bekreftet i en dom avsagt av Italian Cort di Cassazione (Judgment of 23 April 1997), sitert fra Born (2009) s. 560 note 692: «[i]n the New York Convention provision at issue [Article V (1) (a)], capacity means not only the capacity of a physical person to perform an act, but any capacity, both a legal capacity to perform an act- with an eye towards so-called special legal incapacities- and the capacity of physical and legal persons».

<sup>106</sup> Born (2009) s. 559: «the Convention’s drafting style (being broadly-worded and ”constitutional,” rather than narrowly or technically expressed) and its need to deal with a host of differing legal systems».

<sup>107</sup> Gaillar (1999) s. 984.

Også under vogl. §§ 43 og 46 første ledd bokstav a<sup>108</sup> antas det at begrepet rettslig handleevne både omfatter avtalerettslige habilitetsmangler, samt kompetansemangler knyttet til representasjon.<sup>109</sup> Gjennom sin behandling av en voldgiftsdom avsagt av ICC, bekrefter Svea Hovrätt at tilsvarende forståelse legges til grunn under den svenske voldgiftsloven.<sup>110</sup> Partene i saken var staten Ukraina og Norsk Hydro ASA. Ukraina anførte at voldgiftsdommen var ugyldig fordi representantene ikke hadde de nødvendige fullmakter til å inngå slik avtale på vegne av staten. Påstanden gjaldt altså manglende rettslig handleevne. Partene hadde foretatt et lovvalg til fordel for svensk rett, og voldgiftstribunalet hadde gitt lovvalget virkning ved spørsmålet om rettslig handleevne. Svea Hovrätt var imidlertid enig i Ukrainas anførsel om at det var partenes hjemlandslov, og ikke partenes lovvalg som skulle legges til grunn ved vurderingen av den rettslige handleevnen. Med grunnlag i Ukrainisk rett fant retten at det ikke forelå tilstrekkelig fullmakt, og at det derfor ikke forelå bindende voldgiftsavtale. Voldgiftsavgjørelsen var følgelig ugyldig.

Rt. 2001 s. 900 (Nor Deal) må imidlertid nevnes i denne forbindelse. Nor Deal var et videre kjæremål av en kjennelse avsagt i Hålogaland Lagmannsrett. Partene i saken var et norsk selskap og et russisk forskningsinstitutt. Spørsmålet for lagmannsretten var om voldgiftsavgjørelsen kunne nektes tvangsfullbyrdet fordi representanten manglet kompetanse til å inngå voldgiftsavtale på vegne av selskapet. Det fremgår av sammenhengen at dette var en anførsel under New York-konvensjonen art. V (1) (a) første alternativ. Retten var ikke enig i en slik subsumpsjon. I stedet ble dette ansett som et alminnelig ugyldighetsspørsmål. I tilknytning til art. V (1) (a) første alternativ ble det uttalt at denne gjelder: «forholdet mellom partene i den avtale hvor voldgiftsklausulen er inntatt, og ikke den personelle kompetanse knyttet til den eller de som med rette eller urette opptrer på partenes vegne»<sup>111</sup> På bakgrunn av det som er sagt ovenfor, må det kunne hevdes at dommen er basert på uriktig forståelse av New York-konvensjonen.

At samtlige spørsmål om representasjon faller utenfor kontraktsretten finner også støtte i Roma I-forordningen. Siktemålet med den EU-rettslige reguleringen er å bestemme lovvalgsreglene for det *kontraktsrettslige området*. Avgrensningen i Roma I-

---

<sup>108</sup> Vogl. § 43 og 46 første ledd bokstav a er basert på modelloven art. 34 (2) (a) (i) og 36 (1) (a) (i), som igjen bygger på New York-konvensjonen art. V 1 (a)

<sup>109</sup> *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 318 og Cordero-Moss (2010) [III] s. 230.

<sup>110</sup> Jfr. *State of Ukraine v. Norsk Hydro ASA*, Svea Hovrätt, 17. desember 2007, hentet fra Cordero-Moss (2010) [II] s. 621 flg. Det må bemerkes at avgjørelsen gjaldt den tidligere voldgiftsloven, men reguleringen er videreført i den nye jfr. Moss (2009) [I] s. 362 note 2.

<sup>111</sup> Jfr. kjennelse av 9. april 2001 s. 7.

forordningen art. 1 (2) (g) mot: «*questions whether an agent is able to bind a principal, or an organ to bind a company i relations to third parties*» gir altså en indikasjon om at heller ikke dette er spørsmål av kontraktsrettslig karakter.<sup>112</sup> I juridisk teori er det antatt at art. 1 (2) (g) både dekker spørsmål om den juridiske person er bundet av organet /representantens disposisjoner, og hvilke rettsvirkninger manglende kompetansen medfører.<sup>113</sup> Blant annet er det er uttalt at:

«The expression "... whether an agent is able to bind a principal.." is wide enough to embrace not only the question whether an agent has been clothed with actual or ostensible authority before he purports to bind the principal, but also whether lack of authority can be cured after the agent has acted» (min understrekning).<sup>114</sup>

Også i nasjonal internasjonal privatrettslig teori synes det å være enighet om at spørsmål om representasjon ikke er en del av kontraktsretten. Dette er et personrettslig /selskapsrettslig spørsmål.<sup>115</sup> Hovedregelen er altså at slike spørsmål avgjøres etter hjemlandets lov.<sup>116</sup> Vedrørende stater fremkommer dette uttrykkelig i svensk teori hvor det uttales at: «utländsk stat, kommun och dylikt bedöms enligt respektive främmande lag». <sup>117</sup> Som eksempel på spørsmål som avgjøres etter statens egen rett nevnes:

---

<sup>112</sup> Se imidlertid Konow (2006) s. 249: «[i] konvensjonen Art. 1 nr. 2 gjøres en rekke unntak for rettsspørsmål som i og for seg også er av kontraktsrettslig karakter, men som ikke omfattes av konvensjonens bestemmelser» (min understrekning).

<sup>113</sup> Calliess (2011) s. 50 og Plender og Wilderspin (2009) s. 119-120 som imidlertid påpeker at enkelte hevder at virkningssiden ikke er unntatt fra den europeiske reguleringen.

<sup>114</sup> Plender og Wilderspin (2009) s. 120.

<sup>115</sup> Cordero-Moss (2010) [III] s. 230: «[e]t annet område der selskapsrettens tilknytningsfaktorer anvendes i forbindelse med kontrakter, og til foretrengsel for lovvalget som er foretatt, er selskapets rettslige handleevne eller legitimasjonsregler».

<sup>116</sup> Konow (2006) s. 375, Andenæs (2006) s. 709 og Arnt Nielsen (1997) s. 633. Se imidlertid Briggs (2008) s. 165: «[b]ut the legal effect of a contract made by a corporation without capacity to do so is a matter of *lex contractus*» under engelsk internasjonal privatrett.

<sup>117</sup> Bogdan (2008) s. 161, jfr. Nial (1953) s. 78-79.

«Utländsk kommunalrätt måste användas för att bestämma huruvida ett avtal mellan en utländsk kommun och ett svensk företag är ogiltigt på grund av att den tjänstman som undertecknat överenskommelsen för kommunen saknade behörighet att företräda denna».<sup>118</sup>

Flere hensyn kan underbygge en hovedregel om hjemlandsregulering ved spørsmål om representasjon, også ved statsavtaler. For det første har rettsspørsmålet - hvorvidt staten er bundet av dens organer eller andre representanters disposisjoner - sterkest tilknytning til statens egen rett. De ulike lovvalgsregler bygger på tilknytningsfaktorer som søker å utpeke det rettsystemet som rettforholdet ligger nærmest.<sup>119</sup> For det andre taler statssuverenitetsprinsippet for at statens egen rett bør legges til grunn. Staten er suveren innenfor sitt territorium. Følgelig bør den selv kunne regulere hvem som skal være berettiget til å inngå avtaler på statens vegne, eventuelt oppstille forbud mot inngåelse av enkelte typer kontrakter. At statssuverenitetshensyn kan tillegges vekt bekreftes av lovvalgsregelen for tingsrettslige spørsmål, hvor *lex rei sitae* (*lex situs*) utpeker tingens beliggenhet som gjeldende tilknytningsfaktor.<sup>120</sup> Regelen er tradisjonelt begrunnet med statens suverene myndighet over formuesgoder på dens territorium.<sup>121</sup>

## 2.2.6 Foreløpig konklusjon

Verken spørsmål om rettslig handleevne eller spørsmål om representasjon kan anses som en del av kontraktsretten. Dette er personrettslige spørsmål, herunder selskapsrettslige spørsmål. Den grunnleggende hovedregel er at slike forhold reguleres av hjemlandets rett. Følgelig vil statens egen rett være avgjørende for spørsmålet om investeringskontrakten er ugyldig på grunn av kompetansemangel.

---

<sup>118</sup> Bogdan (2008) s. 89.

<sup>119</sup> Konow (2006) s. 464: «[e]t hovedsiktet mål ved lovvalgsreglene er nettopp at lovvalgsregelen presumptivt skal utpeke det landets rett der forholdet samlet sett har sin nærmeste tilknytning», dog i tilknytning til tingsrettslige spørsmål.

<sup>120</sup> Gaarder (2000) s. 285 og Konow (2006) s. 265.

<sup>121</sup> Konow (2006) s. 313 med videre henvisninger.

### 2.3 Alternative lovvalgsregler til personens hjemlands rett?

Selv om tilknytningsmomentet for å finne hjemlandets lov kan variere fra land til land, gir grunnprinsippet om hjemlandsregulering en fast og klar regel. Dette skaper større forutberegnelighet for partene, men gir samtidig lite rom for fleksibilitet. To vesentlige hensyn som ligger til grunn for den internasjonale privatrett som rettsdisiplin er å stimulere handel over landegrensene, og å oppnå rimelige resultater. I litteraturen er det uttalt at: «[e]t overordnet mål med en lovvalgsregel er at regelen bør være med å fremme en smidig handel eller samkvem over landegrensene. Regelen bør skape forutberegnelighet og gi rimelige resultater i det konkrete tilfellet».<sup>122</sup>

Personens hjemlands rett gir ikke nødvendigvis den beste løsningen i alle situasjoner.<sup>123</sup> Særlig ved spørsmål om en stat er bundet av dens organ eller representanters disposisjoner kan hjemlandsregulering føre til mindre heldige resultater. Spørsmålet er om regelen om hjemlandets lov gjelder absolutt. Kan det tenkes at det er rom for å modifisere hovedregelen i enkelte tilfeller?

Internasjonal juridisk teori synes å åpne for en slik tankegang. Flere forfattere legger andre løsninger til grunn ved spørsmål om en juridisk person er bundet av dets organer eller representanters disposisjoner vis-à-vis tredjeperson. I dansk rett nevnes eksempelvis handlingsstedets rett som et tenkelig alternativ til hjemlandets rett.<sup>124</sup> I svensk rett forfektes retten hvor avtalen er inngått.<sup>125</sup> I sveitsisk rett er det lovfestet en særregel ved slike spørsmål. Den innebærer at selskapsstatuttets anvendelsesområde innskrenkes hvis det opereres med avvikende regler om representasjon i registreringslandets rett og avtalestedets rett.<sup>126</sup> I slike tilfeller kan ikke selskapet

---

<sup>122</sup> Konow (2006) s. 291.

<sup>123</sup> At det er rom for reelle hensyn ved klargjøringen av hvilken lovvalgsregel som skal legges til grunn er antatt i juridisk litteratur, jfr. Konow (2006) s. 290: «[n]år det gjelder lovvalgsspørsmål der man ikke har klare holdepunkter i lov eller rettspraksis for hvordan rettsspørsmål skal løses, innebærer dette at det gis rom for at rettspolitiske vurderinger får en større plass i den rettslige vurderingen».

<sup>124</sup> Konow (2006) s. 371 med videre henvisninger.

<sup>125</sup> Bogdan (2008) s. 168. Forutsetningen er at medkontrahenten var i god tro, og at tilsvarende begrensning i representasjonsretten ikke finnes i avtalelandets rett.

<sup>126</sup> Se IPRG Art. 158, jfr. Konow (2006) s. 372.

påberope seg regler som begrenser representasjonsretten i registreringslandets rett, dersom ikke tilsvarende begrensning finnes i det landets rett hvor motparten har bosted, forretningssted eller sitt vanlige opphold.<sup>127</sup> I engelsk teori foreslås at spørsmål om en juridisk person er bundet vis-à-vis tredjeperson vurderes etter hjemlandets rett, i kombinasjon med det landets rett som kontrakten skal bedømmes etter.<sup>128</sup> Konow antar at spørsmål om en juridisk person er bundet vis-à-vis tredjemenn bør kunne vurderes etter tilsvarende regler som dem som gjelder i fullmaktsforhold,<sup>129</sup> altså etter den såkalte individualiserende metode.<sup>130</sup> Andre norske forfattere holder på hjemlandsregulering.<sup>131</sup> Der avtalen ikke er inngått gjennom organrepresentasjon, men i stedet etter særskilt fullmakt antar både danske og tyske forfattere at lovvalgsregelen for fullmaktsforhold bør kunne komme til anvendelse.<sup>132</sup> Samme løsning er lovfestet i Sveits ved IPRG Art. 126.<sup>133</sup> Løsningen foreslås også i norsk rett.<sup>134</sup>

Hovedbegrunnelsen for å åpne for andre lovvalgsregler ved representasjon - og legitimasjonsspørsmål er tilsynelatende hensynet til den godtroende medkontrahent og omsetningslivets sikkerhet.<sup>135</sup> Konow fremholder at lovvalgsreglene skal gjenspeile tyngdepunktet i avtaleforholdet og uttaler at: «[d]et kan meget godt tenkes at tyngdepunktet for rettsspørsmål som angår interne selskapsrettslige forhold ligger et annet sted enn rettsspørsmål som måtte oppstå mellom selskapet og tredjemenn».<sup>136</sup> Lovvalgsregelen personens hjemlands rett tar særlig sikte på særegne personrettslige forhold.<sup>137</sup> Hvor et spørsmål ligger i lovvalgsregelens grenseområde bør det enklere kunne tillates at andre lovvalgsregler kan legges til grunn. I teorien er det uttalt at:

---

<sup>127</sup> Se nærmere Konow (2006) s. 372.

<sup>128</sup> Collins (2000) s. 1109 flg. dog slik at begrensninger i kontraktsstatuttet kommer i tillegg til reglene i selskapsstatuttet jfr. Cordero-Moss (2010) [III] s. 231 note 40.

<sup>129</sup> Konow (2006) s. 375.

<sup>130</sup> Konow (2006) s. 376.

<sup>131</sup> Jfr. Andenæs (2006) s. 708 flg. som etter en vurdering faller ned på selskapsstatuttet.

<sup>132</sup> Konow (2006) s. 371.

<sup>133</sup> Konow (2006) s. 372.

<sup>134</sup> Konow (2006) s. 375.

<sup>135</sup> Andenæs (2006) s. 708 og Konow (2006) s. 376. Se også Roma I-forordningen art. 13.

<sup>136</sup> Konow (2006) s. 376.

<sup>137</sup> Konow (2006) s. 375.



«Som alminnelig regel kan det sies at spørsmål av selskapsrettslig art normalt bedømmes etter selskapets hjemlands lov. Spørsmål av ikke-selskapsrettslig art reguleres av lovvalgsreglene for det aktuelle rettsforholdet».<sup>138</sup>

De samme hensyn gjør seg gjeldende ved statskontrakter. Uavhengig av om noen av løsningene skulle legges til grunn vil imidlertid resultatet, i de fleste tilfeller være, at spørsmål om staten er bundet av dets organ eller representants disposisjoner bedømmes etter statens egen rett. Dette er vanligvis både handlingsstedet og avtalestedets rett, samt det rettsystem som har nærmest tilknytning til kontraktsforholdet. Kan partenes lovvalg i stedet legges til grunn?

## 2.4 Rom for lovvalgsfrihet?

### 2.4.1 Innledning

Også på andre rettsområder enn kontraktsretten er det i den senere tid åpnet for partsautonomi.<sup>139</sup> Blant annet gjelder dette på personrettens område.<sup>140</sup> Spørsmålet om det er rom for partsautonomi ved kompetansespørsmål er i liten grad behandlet i internasjonal litteratur.<sup>141</sup> En konkret vurdering av de aktuelle hensyn som gjør seg gjeldende vil derfor stå sentralt i det følgende.

### 2.4.2 Hensyn som gjør seg gjeldende

I nasjonale forhold kan vanligvis ikke kompetanseregler fravikes ved avtale mellom partene.<sup>142</sup> Det gjelder om mulig mer for stater og deres organer eller andre representanter. Kompetansebestemmelsene finnes i konstitusjonen eller i sedvanereglene om delegasjon. Hvis partenes lovvalg kan gjøres gjeldende, slik at for

---

<sup>138</sup> Andenæs (2006) s. 706

<sup>139</sup> Gaarder (2000) s. 98: «[...]selv om det ikke kan utelukkes at partenes uttalte vilje kan ha betydning også på andre rettsområder».

<sup>140</sup> Thue (2002) s. 41.

<sup>141</sup> Så vidt jeg kan se er det bare Konow (2006) på s. 376 flg. som tar opp spørsmålet i forhold til juridiske personer.

<sup>142</sup> Konow (2006) s. 38 som i tilknytning til selskaper uttaler at: «[r]egler om selskapers organisering og hvem som kan opptre på selskapets vegne, er gjerne preseptoriske bestemmelser».

eksempel engelsk rett må legges til grunn for ugyldighetsspørsmålet, vil partene kunne omgå internrettslige kompetansebestemmelser som er preseptoriske i nasjonale forhold. Det medfører at en part som ikke er avtalekompetent kan skaffe seg kompetanse ved å underlegge seg et annet lands rett. Partene oppnår dermed en utvidet materiell kontraktsfrihet. Dette alene tilsier at det ikke bør være rom for partsautonomi på kompetanseområdet.

Mot dette står hensynet til den godtroende investoren som taler for at den partsvalgte rett bør kunne legges til grunn ved spørsmål om en stat er bundet av dens organer eller andre representanters disposisjoner.<sup>143</sup> Særlig bør investorens berettigede forventninger og krav på forutberegnelighet vektlegges ved spørsmål om det er rom for partsautonomi. I mange tilfeller har den utenlandske investoren ingen forutsetning for å kjenne til lovgivningen som regulerer statsorganers eller andre statsrepresentanters kompetanse. Særegent for statskontrakter er at kompetanse gjerne tildeles gjennom delegasjon. Denne kan være begrenset i enkelte henseender. Slike begrensninger kan det være vanskelig for en utenlandsk investor å tilegne seg kunnskap om. Det kan av den grunn hevdes at staten selv bør bære ulempen ved at statsorganer eller representanter går utenfor sin kompetanse.<sup>144</sup> En medkontrahent bør kunne stole på at representanten «has such power and authority as he would have under the law which governs the contract which they make».<sup>145</sup> Et annet moment for at den partsvalgte rett bør kunne legges til grunn er statens kombinerte funksjon av kontraktspart og offentlig myndighet. Statens påberopelse av internrettslige kompetansebestemmelser kan i enkelte tilfeller betraktes som et misbruk av den regulatoriske myndighet.<sup>146</sup> Muligheten for å kunne underlegge kontrakten et annet lands rett med virkning for kompetansespørsmål i tilknytning til kontrakten vil således skape en form for sikkerhetsventil for utenlandske investorer. Også behovet for handlefrihet i internasjonale forhold, taler for lovvalgsfrihet, og en regel om partsautonomi gir større grad av fleksibilitet.

---

<sup>143</sup> Briggs (2008) s. 269.

<sup>144</sup> Slik også Konow (2006) s. 376, dog i tilknytning til spørsmålet om andre lovvalgsregler.

<sup>145</sup> Briggs (2008) s. 269 som mener at dette bør legges til grunn under engelsk rett.

<sup>146</sup> Se nærmere avhandlingens kapittel 4.

Hensynet til investoren brytes av hensynet til staten selv. En regel om hjemlandsregulering tilfredsstiller hensynet til *statens* forutberegnelighet. Staten bør kunne forvente at dens reguleringer legges til grunn ved spørsmålet om hvem som kan binde staten til avtaler. Det bør være opp til lovgiver å fastsette vilkårene for at en stat skal være bundet av dens organer eller andre representanters disposisjoner. Hensynet til staten selv taler altså for at regelen om hjemlandsregulering ikke kan fravikes i en lovvalgsavtale.

Enhetsbetraktninger bør også vektlegges. Alle former for kontraktshabilitet bør bedømmes under samme lands rett.<sup>147</sup> I tillegg kommer samfunnsmessige hensyn som også tilsier at det ikke bør være lovvalgsadgang ved kompetansespørsmål. I forhold til selskaper og andre juridiske sammenslutninger uttaler Konow:

«Det er i første rekke samfunnsmessige hensyn som behov for orden og oversikt som tilsier et sterkt behov for klare og presise regler om hvordan selskaper skal organiseres og hvilken kompetanse ulike sentrale personer har til å opptre på selskapets vegne [...] Denne typen grunnleggende samfunnsmessige hensyn leder igjen til at man må legge til grunn at det er lite rom for lovvalgsavtale på dette rettsområdet.»<sup>148</sup>

Særlig ved statskontrakter er det av betydning at reguleringen av hvem som kan forplikte en stat til avtale, og hvor langt denne kompetansen rekker, kan ha virkninger for andre offentligrettslige bestemmelser, herunder særlig for bevilgningsreglementet. Kompetansebestemmelsenes offentligrettslige karakter, og virkning bør altså vektlegges. I teorien legges det videre vekt på at kompetanseregler også kan ha betydning for andre kontraktparter og tredjemenn, herunder kreditorer.<sup>149</sup> Sannsynligvis bør samfunnsmessige hensyn og hensynet til virkningen for det resterende regelverk, veie mer enn hensynet til den enkelte investorens interesser.

---

<sup>147</sup> Arnt Nielsen (1997) s. 381

<sup>148</sup> Konow (2006) s. 381.

<sup>149</sup> Konow (2006) s. 381.

Tilsynelatende er det bred enighet om en slik forståelse. I tilknytning til juridiske personer uttales:

«Det at partsautonomien i relasjon til spørsmål om lovvalg har en meget beskjedne plass på selskapsretten område, er et syn som er vanlig også i andre lands internasjonale privatrett.»<sup>150</sup>

At det generelt ikke er grunnlag for partsautonomi ved spørsmål om en juridisk person er bundet av dets organer eller andre representanters disposisjoner forutsettes også i tilknytning til Roma I-forordningen. I forbindelse med dens avgrensning i art. 1 (2) (g) heter det: «[t]he exclusion is justified by the fact that it is difficult to accept the principle of freedom of contract on this point».<sup>151</sup> Man kan av den grunn si at forordningen implisitt reflekterer hvilke områder som i alminnelighet faller utenfor partsautonomien.<sup>152</sup>

#### 2.4.3 Konklusjon: Regelen om hjemlandsregulering er ufravikelig

Lovvalgsregelen *personens hjemlands rett* kan ikke fravikes i en lovvalgsavtale mellom kontraktspartene. Partsautonomien er begrenset av en eksklusiv lovvalgsregel.<sup>153</sup> Ved alminnelig domstolsbehandling kan følgelig ikke partene avskjære anvendelsen av statens offentlige eller administrative kompetansereguleringer.

#### 2.5 Tvister med andre offentlige eller administrative implikasjoner

Avhandlingen har gjennomgående behandlet offentligrettslige *kompetansebestemmelser* i vertsstatens rett. Det kan spørres om hensynene som begrunner lovvalgsregelen statens hjemlands rett også bør tillegges vekt i andre henseender, slik at man på generelt

---

<sup>150</sup> Se Konow (2006) s. 382 med videre henvisning til utenlandsk rett i note 922.

<sup>151</sup> Giuliano-Lagarde Rapporten punkt 7. Uttalelsen gjelder Romakonvensjonen, men samme begrunnelse anføres for den tilsvarende avgrensningen i forordningen, jfr. Calliess (2011) s. 50: «[t]he justification of the exclusion is that the principle of party autonomy is held to be unsuitable to the relationship between the principal and third party».

<sup>152</sup> Slik også Cordero-Moss (2010) [I] s. 333 jfr. note 558.

<sup>153</sup> Moss (2009) [I] s. 367.

grunnlag bør operere med en regel om hjemlandsregulering ved spørsmål som har utpregede offentligrettslige eller administrative implikasjoner.

For eksempel kan man anta at det i investeringskontrakten er inntatt en bestemmelse om at staten ikke skal endre sin nasjonale lovgivning med virkning for investoren (såkalt stabiliseringsklausul). I strid med løftet endres loven med direkte virkning for investoren, som på denne bakgrunn krever erstatning for kontraktsbrudd. Staten hevder at stabilitetsklausulen er ugyldig fordi stortinget ikke kan binde neste storting, og avviser erstatningskravet. Hvilket lands rett regulerer gyldigheten av en stabiliseringsklausul?

Ved vurderingen av hvilken lovvalgsregel som bør legges til grunn er det som nevnt av særlig betydning å finne det rettsystemet som har nærmest tilknytning til rettsspørsmålet. Lovvalgsregelen bør utpeke det landets rett hvor tyngdeforholdet i avtalen ligger. Ved investeringskontrakter er dette vanligvis statens rett. Videre må spørsmålenes offentlige eller administrative karakter vektlegges. Dette er rettsområder hvor partene vanligvis ikke har alminnelig avtalefrihet.<sup>154</sup> Det taler for at statens rett bør legges til grunn. I samme retning taler statsuverenitetshensynet. Selv om hensynet til den utenlandske investoren og hans forutberegnelighet også må tillegges vekt, brytes dette momentet av hensynet til staten og dens innbyggere, samt virkningen for resterende regelverk. Man kan kanskje si at spørsmål som er av særlig ”statsrettslig” karakter alltid bør reguleres av statens egen rett. Ved alminnelig domstolsbehandling bør det dermed være lite rom for at partene kan unngå anvendelsen av offentlige eller administrative bestemmelser i vertslandets rett.

## 2.6 Sammenfatning og veien videre

At bestemmelser som regulerer en stat, dens organer eller andre representanters kompetanse er av offentligrettslige eller administrativ karakter, forhindrer ikke at internasjonal privatrett kommer til anvendelse. Ugyldighetsspørsmålet er et spørsmål av privatrettslig karakter. Overvekten av hensyn taler for at statens hjemlands rett må

---

<sup>154</sup> Cordero-Moss påpeker at slike regler i stor grad vil kunne anses som internasjonalt preseptoriske og at de av den grunn alltid vil legges til grunn, jfr. Cordero-Moss (2010) [I] s. 348.

legges til grunn ved ethvert spørsmål vedrørende kompetanse. Spørsmålet om staten er bundet av utenriksministerens disposisjoner bestemmes av statens rett og medfører at investeringskontrakten er ugyldig. Partsautonomiens rekkevidde er begrenset.<sup>155</sup>

Lovvalget som er foretatt av partene gjelder deres kontraktsrettslige forhold, men ikke deres rettshandleevne (i vid forstand). For slike spørsmål får lovvalgs klausulen ingen virkning.

Et grunnprinsipp for internasjonal voldgift er at voldgiftsretten skal dømme i henhold til partenes vilje. Gjelder dette også spørsmål vedrørende kompetanse?

---

<sup>155</sup> Moss (2009) [I] s. 362.

### 3 KOMPETANSESPØRSMÅLET I INTERNASJONAL VOLDGIFT

#### 3.1 Innledning

På samme måte som en alminnelig domstol må et internasjonalt voldgiftstribunal ta stilling til hvilket lands rett som skal anvendes når tvisten har tilknytning til flere land. For at partene skal kunne velge den anvendbare rett, må det også i internasjonal voldgift finnes et grunnlag for partenes lovvalgsfrihet. Ved alminnelig domstolsbehandling forankres lovvalgsregelen *partsautonomi* i domstollandets internasjonale privatrett. Den internasjonale privatrett i *lex fori* bestemmer samtidig rammene for partsautonomiens rekkevidde.<sup>156</sup> Som vist i avhandlingens kapittel 2 er ikke partsautonomien den relevante lovvalgsregel for kompetansespørsmål. Statens egen rett skal i stedet legges til grunn. Spørsmålet er om det samme gjelder i internasjonal voldgift. Hvilken rett skal et internasjonalt voldgiftstribunal anvende på spørsmål vedrørende en stats avtalekompetanse? Er det rom for lovvalgsfrihet?

Partsautonomiens rekkevidde bestemmes av dens grunnlag. I kapittelets første del vil partsautonomiens forankring i internasjonal voldgift undersøkes. Spørsmålet er her om partsautonomien må forankres i voldgiftsstedets internasjonale privatrett. I forlengelse av dette oppstår spørsmålet om hvordan en selvstendig voldgiftsrettslig regel om partsautonomi rettslig kan forankres. Kompetansespørsmålet behandles i kapittelets andre del. Som det vil fremgå, reguleres kompetansen som et utgangspunkt av *hjemlandets rett*, selv om partsautonomiens grunnlag er et annet enn ved alminnelig domstolsbehandling.

---

<sup>156</sup> Cordero-Moss (2010) [I] s. 26.

## 3.2 Partsautonomiens grunnlag: Voldgiftsstedets internasjonale privatrett?

### 3.2.1 Innledning

For å kunne kartlegge kompetansespørsmålet i internasjonal voldgift må partsautonomiens rettslige grunnlag vurderes. Det er dette som definerer partsautonomiens rekkevidde. Tilsynelatende er det både i voldgiftspraksis og juridisk teori en viss uenighet omkring dette spørsmålet. Den ene siden legger til grunn at partsautonomien er en nasjonal lovvalgsregel som må forankres i et lands internasjonale privatrett. Holdningen viser seg i voldgiftspraksis ved at enkelte tribunaler søker hjemmel for å anvende den partsvalgte rett i et lands internasjonale privatrett.<sup>157</sup>

I litteraturen er det uttalt at:

«What should be noted, however, is that party autonomy is in itself a conflict rule. Private international law, therefore, is applied to determine the scope of party autonomy and the formal requirements connected with its exercise. Therefore it might be necessary to apply a system of private international law even in cases where the parties have exercised party autonomy and have chosen a governing law».<sup>158</sup>

Den andre siden finner tilsynelatende et annet grunnlag for partsautonomi i internasjonal voldgift. I voldgiftspraksis viser dette seg ved at tribunalene anvender den partsvalgte rett, uten å forankre lovvalgsfriheten i et lands internasjonale privatrett.<sup>159</sup>

I internasjonal teori er det uttalt at:

«Party autonomy in arbitration is quite unlimited. Whatever restrictions different legal systems may place on the right of the parties to choose the law to govern their relations, those limitations can only bind the courts of that legal system».<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Lando (1980) s. 184, med henvisning til voldgiftspraksis. Se også Lew (1978) s. 96 flg.

<sup>158</sup> Moss (1999) s. 246.

<sup>159</sup> Lando (1980) s. 183-184, med henvisning til voldgiftspraksis. Se også Lew (1978) s. 87 flg.

<sup>160</sup> Lew (1978) s. 104-105.



Hvis lovvalgsfriheten må forankres i et lands internasjonale privatrett, vil partsautonomien i internasjonal voldgift og partsautonomien ved alminnelig domstolsbehandling være sammenfallende. Kompetansespørsmålet vil underlegges personalstatuttet, hvor det ikke er rom for lovvalgsfrihet. Spørsmålet er følgelig om partsautonomien må forankres i et lands internasjonale privatrett, og i tilfellet hvilket.

Umiddelbart er det vanskelig å utpeke et lands internasjonale privatrett som ubetinget bindende i en internasjonal voldgiftssak. Partene i tvisten er fra to forskjellige land, og voldgiften kan holdes i et tredje land. Både vertslandet, investorens hjemland og voldgiftsstedets internasjonale privatrett er altså tenkelige alternativer. Kriteriet for å avgjøre hvilket av de to parteres respektive lands rett partsautonomien må forankres i fremstår som uklart. Av den grunn synes voldgiftsstedets rett (*lex arbitri*), på liknende måte som domstollandets rett (*lex fori*), å være det reelle alternativet.<sup>161</sup> Dette er alternativet som legges til grunn i voldgiftspraksis og juridisk teori.<sup>162</sup> Blant annet er det uttalt at lovvalgsfriheten: «is subject to both public policy and other limitations, depending on the seat of the arbitration and the appropriate conflict of law rules applicable to the choice of law agreement».<sup>163</sup> Må partsautonomien forankres i den internasjonale privatrett i det landet hvor voldgiftsretten har sitt sete, slik at partsvalgets gyldighet og rekkevidde bestemmes av voldgiftsstedets rett?

Spørsmålet om et internasjonalt voldgiftstribunal er underlagt voldgiftsstedets internasjonale privatrett har sitt grunnlag i en gjennomgående diskusjon om voldgiftsinstituttets rettslige karakter.<sup>164</sup> I juridisk teori er det hovedsakelig inntatt fire ulike standpunkt: *The jurisdictional theory*, *the contractual theory*, *the mixed or hybrid theory* og *the autonomous theory*. Kort og noe upresist medfører den første og tredje teorien at partenes lovvalg anerkjennes innenfor rammene som trekkes i *lex arbitri*. Motsatt innebærer den andre og fjerde teorien at partenes lovvalg gis virkning uavhengig av voldgiftsstedets internasjonale privatrett. Ingen av teoriene har oppnådd universell anerkjennelse.<sup>165</sup> Tilsynelatende er den grunnleggende tankegangen i dag at voldgiftsinstituttet har elementer fra både den ”jurisdiksjonelle” teorien og den ”kontraktuelle teorien” - i overensstemmelse med *the hybrid theory*, men at mye av tilknytningen til voldgiftsstedets rett er forlatt.

---

<sup>161</sup> *Lex arbitri* refererer til voldgiftsstedets rett og er dermed en forlengelse av uttrykket *lex fori* som referer til domstolsstedets rett.

<sup>162</sup> Born (2009) s. 2164.

<sup>163</sup> Born (2009) s. 2163. For spørsmål om *public policy*, se s. 2170 flg.

<sup>164</sup> Se nærmere Born (2009) s. 184 flg., Lew (1978) s. 51 flg. og Lew (2003) s. 71 flg.

<sup>165</sup> Lew (2003) s. 72.

### 3.2.2 Avveining av ulike momenter

Som nevnt vil en nasjonal domstol alltid anvende lovvalgsreglene fastlagt i sitt eget lands internasjonale privatrett.<sup>166</sup> Hvilken rett som skal anvendes bestemmes altså utelukkende av hvilken stat som er forum for den aktuelle tvist.<sup>167</sup> Voldgift innebærer en form for privat rettergang, hvor partene gjennom voldgiftsavtalen overlater til en eller flere tredjepersoner å avgjøre deres rettsforhold.<sup>168</sup> Et voldgiftstribunal har altså samme funksjon som en ordinær domstol ved at den skal behandle og avgjøre rettskrav. Det finnes dermed likhetstrekk mellom tvisteløsning ved alminnelige domstoler og tvisteløsning ved voldgift.

I en internasjonal voldgiftstvist fremstår likevel ikke overnevnte utgangspunkt som like klart. Tvisteløsning ved voldgift bygger på det generelle prinsipp om avtalefrihet.<sup>169</sup> En side ved dette er at en voldgiftsrett ikke er en del av en stats rettsapparat på samme måte som en alminnelig domstol.<sup>170</sup> Tvisten flyttes fra domstolens jurisdiksjon til voldgiftstribunalets jurisdiksjon.<sup>171</sup> I svensk teori vektlegges dette, og det uttales at: «[e]n skiljedomstol, även om den råkar arbeta i Sverige [...] är inte ett svenskt statsorgan och är inte formellt bundet att följa de ovan beskrivna svenska [...] kollisionsreglarna på avtalsrättens område»<sup>172</sup> (min understrekning).

En annen side er at voldgiftsrettens kompetanse både utledes og defineres av partenes avtale.<sup>173</sup> Partene har en større grad av kontroll over utfallet av det materielle

---

<sup>166</sup> Lew (1978) s. 67, Moss (2008) [I] s. 163 og Alvik (2009) [I] s. 44.

<sup>167</sup> Cordero-Moss (2010) [I] s. 26

<sup>168</sup> Lew (2003) s. 3, *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 21.

<sup>169</sup> Alvik (2009) [I] s. 48 og Alvik (2011) s. 25. Hvis partenes fritt kan avtale hvordan tvister dem i mellom skal løses, må de også kunne avtale at løsning av tvisten overlates til en tredjepart. For norsk retts vedkommende, se Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s. 18.

<sup>170</sup> Alvik (2009) [I] s. 44. Et sentralt hensyn for at det avtales internasjonal voldgift er at partene kan ha sterke motforestillinger mot at tvisten blir behandlet av et annet lands nasjonale domstoler. Parten ønsker å stilles likt i prosessen, og internasjonal voldgiftsbehandling forbindes med en større grad av nøytralitet enn tvisteløsning ved nasjonale domstoler, jfr. Lew (2003) s. 7.

<sup>171</sup> Alvik (2011) s. 26, Lew (2003) s. 3.

<sup>172</sup> Bogdan (2008) s. 276.

<sup>173</sup> Moss (1999) s. 57, Alvik (2009) [I] s. 47 og Nygh (1999) s. 43.

rettsspørsmålet, og over prosessen for behandlingen av det.<sup>174</sup> Som utgangspunkt går voldgiftsrettens kompetanse aldri lenger enn den myndighet partene har tillagt den.<sup>175</sup> Ved siden av å være en lovvalgsregel, kan man derfor anse partsautonomien i internasjonal voldgift som et kompetanseprinsipp.<sup>176</sup> Lovvalget utpeker den materielle rett som skal legges til grunn, og gir samtidig voldgiftsretten direkte myndighet til å anvende den partsvalgte rett. Det taler for at et voldgiftstribunal aldri er berettiget til å ta hensyn til nasjonale begrensninger i partsautonomien. Ved å gjøre det setter den seg utover partenes lovvalg.<sup>177</sup> Det vil stride mot det grunnleggende prinsipp om at voldgiftsretten skal følge partenes vilje,<sup>178</sup> og kan betraktes som at voldgiftsretten går utenfor sin domsmyndighet. Konsekvensen kan bli at voldgiftsavgjørelsen kjennes ugyldig eller nektes tvangsfullbyrdet.<sup>179</sup>

Om man anser voldgiftsretten underlagt voldgiftsstedets internasjonal privatrett, bør den imidlertid være berettiget til å legge denne til grunn. Den internasjonale privatrett vil da definere lovvalgets rekkevidde,<sup>180</sup> og voldgiftstribunalet overskrider ikke sitt mandat, selv om partenes lovvalg ikke gis virkning i ethvert henseende.

Heller ikke har en voldgiftsrett den samme stedlige tilknytning til en stats rettssystem som en nasjonal domstol har.<sup>181</sup> Det er alminnelig antatt at partene i en internasjonal voldgiftssak selv kan velge i hvilket land voldgiftsbehandlingen skal foregå.<sup>182</sup>

Ingen stat kan følgelig «[...]påberope seg monopol på reguleringen av

---

<sup>174</sup> En begrunnelse for å velge voldgift er nettopp den store grad av partsautonomi i forhold til voldgiftsprosessen, jfr. Born (2009) s. 71 flg.

<sup>175</sup> Alvik (2011) s. 26 og 27.

<sup>176</sup> Alvik (2011) s. 91 flg. Se blant annet ICSID-konvensjonen art. 42 (1) som er inntatt i kapittelet ”*Powers and Functions of the Tribunal*”. Partsautonomien som kompetanseprinsipp bekreftes videre i de ulike voldgiftsregler, ved at voldgiftsretten skal avgjøre hvilket lands rett som skal anvendes i de tilfeller partene ikke har fortatt et lovvalg, jfr. modelloven art. 28 (2), ICC reglene art. 17 (1) og Stockholm handelkammers regler § 22.

<sup>177</sup> For en fullstendig redegjørelse, se Alvik (2009) [I], Moss (2009) [I] og Moss (2005).

<sup>178</sup> Moss (2009) [I] s. 368.

<sup>179</sup> New York konvensjonen art. V (1) (c), modelloven art. 34 (2) (a) (iii) og 36 (1) (a) (iii), ICSID konvensjonen art. 52 (1) (b) og voldgiftsloven §§ 43 og 46 første ledd litra c. Se avhandlingens del 5.

<sup>180</sup> Se Moss (2009) [I] s. 368 og Moss (2005).

<sup>181</sup> Alvik (2009) [I] s. 44.

<sup>182</sup> Jfr. Modelloven art. 20 (1), ICC reglene art. 14 (1) jfr. Born (2009) s. 1240.

voldgiftsprosessen». <sup>183</sup> Partene velger sjelden voldgiftssted med dets internasjonale privatrett i tankene. <sup>184</sup> I stedet er begrunnelsen for valget gjerne praktiske hensyn eller hensynet til nøytralitet. Videre er det på det rene at en voldgiftsforhandling kan holdes på forskjellige steder, slik at ulike deler av prosessen kan foregå i forskjellige land. <sup>185</sup> Det er derfor ingen umiddelbar tilknytning mellom voldgiftsstedet, og dette landets internasjonale privatrett som korresponderer med alminnelige domstolars ubestridte tilknytning til domstolsstedets rett.

Voldgiftsstedets rett regulerer imidlertid viktige aspekter ved voldgiftsprosessen, herunder spørsmålet om en tvist kan voldgis, og rammene for alminnelige domstolars kompetanse under voldgiftsbehandlingen. <sup>186</sup> Hvor voldgiftsloven har preseptoriske bestemmelser, vil voldgiftsretten som et utgangspunkt måtte forholde seg til disse. <sup>187</sup> I internasjonal teori er det uttalt at: «[i]n general, the law of the arbitral seat provides a mandatory legal framework applicable to the conduct of the arbitral proceedings and to the form, notification, correction and annulment of arbitral awards.» <sup>188</sup> Dette kan tas til inntekt for at også partsautonomien må forankres i voldgiftsstedets rett, slik at den internasjonale privatrett i *lex arbitri* bestemmer partenes lovvalgsadgang. <sup>189</sup> Dette var den tradisjonelle oppfatning, <sup>190</sup> og legges fremdeles til grunn av enkelte juridiske forfattere. <sup>191</sup> For så vidt bekrefter noen tribunaler en slik oppfatning ved å vise til voldgiftsstedets internasjonale privatrett ved avgjørelsen av hvilken rett som skal anvendes. <sup>192</sup> I en voldgiftsdom er det uttalt at:

---

<sup>183</sup> Alvik (2009) [I] s. 44.

<sup>184</sup> Redfern and Hunter (2004) s. 79.

<sup>185</sup> Dette påvirker imidlertid ikke hva som defineres som voldgiftsrettens sete jfr. Born (2009) s. 1308 flg.

<sup>186</sup> Moss (2009) [I] s. 372 jfr. New York-konvensjonen art. V (2) (a), V (2) (b) og V (1) (e).

<sup>187</sup> Redfern and Hunter (2004) s. 81 flg. Se også Born (2009) s. 1240 flg.

<sup>188</sup> Born (2009) s. 306. Se også s. 1287 flg.

<sup>189</sup> Moss peker på voldgiftsstedets rett, med sier ikke eksplisitt at voldgiftsretten er bundet av denne, jfr. Moss (2008) [I] s. 163-164 og Moss (2009) [I] s. 368 og 372.

<sup>190</sup> Born (2009) s. 2164. Lovvalgets rekkevidde skulle derav vurderes etter rammene fastsatt i nasjonal lov, se Lew (2003) s. 412.

<sup>191</sup> Born (2009) s. 2164-2165.

<sup>192</sup> For eksempler fra voldgiftspraksis, se Lando (1980) s. 184 og Lew (1978) s. 96 flg.

«If a concrete rule of conflict rules has to be applied, the law in force at the seat of the arbitral tribunal must be followed; in the present case the rules of Swiss international private law have therefore to be applied».<sup>193</sup>

Av betydning er det også at det rettslige rammeverket for internasjonal voldgift åpner for at voldgiftsstedets alminnelige domstoler på visse vilkår kan kjenne avsagte voldgiftsdommer ugyldige. For at en voldgiftsavgjørelse skal få rettskraftig virkning kan det derav tenkes at voldgiftsstedets internasjonale privatrett i noen tilfeller må respekteres.<sup>194</sup> I tilknytning til ICC reglene er det blant annet uttalt:

«Thus, the Arbitral Tribunal, given its duties under Art 35, is subject to apply the mandatory law of the place of arbitration and enforcement irrespective of the parties' choice of applicable law».<sup>195</sup>

På den andre side er en voldgiftsdommers status og funksjon betraktelig forskjellig fra en alminnelig dommers.<sup>196</sup> Ved samtlige materielle spørsmål har sistnevnte et primært rettssystem å forholde seg til, nemlig rettssystemet i domstolslandet. Internasjonal privatrettslige regler kan sies å være unntaket fra dette utgangspunktet, ved at de i enkelte tilfeller pålegger en dommer å anvende et annet lands rett. Reglene som gir dommeren en slik kompetanse er likevel regler og prinsipper fastsatt i *lex fori*. Derimot utledes som nevnt en voldgiftsdommers myndighet hovedsakelig fra partenes avtale. Kontrakten blir voldgiftsrettens primære ”*rettssystem*”, og det er lovvalget som gir voldgiftsdommeren kompetanse til å anvende den partsvalgte rett. Av betydning er det også at en voldgiftsdommer kan være fra et land uten noen tilknytning til voldgiftsstedet.<sup>197</sup> Det er derfor ikke like naturlig at en voldgiftsdommer skal være underlagt *lex arbitri* på samme måte som en dommer ved alminnelige domstoler er underlagt *lex fori*.

---

<sup>193</sup> ICC Case No 1598 s. 216.

<sup>194</sup> Jeg nøyer meg her med å henvise til avhandlingens kapittel 5.

<sup>195</sup> Weigand (2009) s. 1270.

<sup>196</sup> Lew (2003) s. 429.

<sup>197</sup> Alvik (2009) [I] s. 43.

Et annet moment i denne retning er at partene kan velge andre voldgiftsregler enn de som fremgår av voldgiftsstedets rett, for eksempel ICC reglene eller Stockholm handelskammers regler.<sup>198</sup> Disse har gjerne egne bestemmelser om lovvalg. Dette, i kombinasjon med partenes alminnelige frihet til å avtale voldgiftssted, taler i retning av at reguleringen i *lex arbitri* ikke kan være avgjørende.

Her oppstår det et spørsmål i forhold til den norske voldgiftsloven.<sup>199</sup> I motsetning til de fleste andre voldgiftsreguleringer fastslår voldgiftsloven § 31 annet ledd at voldgiftstribunalet, i mangel av et partsvalg, skal anvende lovvalgsreglene i norsk internasjonal privatrett. Hvis partene ikke har bestemt hvilket lands rett som skal legges til grunn, men har henvist til ICC reglene, oppstår et spørsmål om hvilket av de to regelverk som må vike. ICC reglene opererer ikke med en slik tilknytning til *lex arbitri*, men henviser i stedet til en direkte anvendelse av de materielle regler voldgiftsretten finner passende.<sup>200</sup> Spørsmålet er om en norsk voldgiftsrett er forpliktet til å anvende norske lovvalgsregler fastsatt i norsk internasjonal privatrett, eller om voldgiftsretten kan velge fremgangsmåten fastsatt i ICC art. 17 (1). Det naturlige er å anse partenes henvisning til ICC reglene som et implisitt lovvalg.<sup>201</sup> Partene har en alminnelig frihet til å underlegge en voldgiftsavtale et institusjonelt rammeverk og voldgiftsretten skal som alminnelig hovedregel følge partenes vilje. En uttrykkelig henvisning til ICC reglene gir et bedre uttrykk for partenes vilje enn valget av voldgiftssted. Voldgiftsretten må dermed tolke virkeområdet for den norske voldgiftsloven innskrenkende eller tolke dens hovedregel om partsautonomi utvidende.<sup>202</sup> En slik løsning legges til grunn i forhold til sveitsisk lovgivning. Den sveitsiske reguleringen<sup>203</sup> henviser til *irma mignon formelen* for de tilfeller hvor partene ikke har foretatt et lovvalg. I juridisk teori anses valget av ICC reglene som et lovvalg til fordel for disse, i henhold til partsautonomien som er den klare hovedregel under sveitsisk rett.<sup>204</sup>

For en slik konklusjon taler også at nesten ingen nasjonale voldgiftslover eller standardregler for voldgift forutsetter en tilknytning til lovvalgsreglene i voldgiftslandets internasjonale privatrett.<sup>205</sup> I tilfellet hvor partene ikke har foretatt et lovvalg er det få voldgiftsrettslige regelverk som henviser retten til voldgiftsstedets

---

<sup>198</sup> Man må her sondre mellom ”the procedural law of the arbitration” og ”the arbitration legislation of the arbitral seat”, jfr. Born (2009) s. 1314. Prosessuell partsautonomi omhandler førstnevnte.

<sup>199</sup> Vogl. § 31 annet ledd.

<sup>200</sup> Se ICC reglene art. 17 (1).

<sup>201</sup> Slik også Alvik (2009) [I] s. 53. At det er rom for implisitt lovvalg er fastslått i voldgiftspraksis og internasjonal juridisk teori, jfr. blant annet Lew (1978) s. 69.

<sup>202</sup> Alvik (2009) [I] s. 53.

<sup>203</sup> Jfr. IPRG art. 187 (1), jfr. Bühler and Webster (2008) s. 239.

<sup>204</sup> Bühler and Webster (2008) s. 239 og s. 240 i forhold til den engelske voldgiftsloven, Arbitration Act, 1996 art. 46.

<sup>205</sup> Alvik (2009) [I] s. 46.

internasjonale privatrett.<sup>206</sup> Modelloven viser til den internasjonale privatrett som voldgiftsretten finner mest passende.<sup>207</sup> Resultatet kan bli *lex arbitri*, et annet lands internasjonale privatrett eller at voldgiftsretten sammenligner ulike lands lovvalgsregler og anvender en hybrid av disse. Stockholm handelskammers regler bestemmer i art. 22 at tribunalet «shall apply the law or rules of law which it considers most appropriate». I stedet for å gå veien om et lands internasjonale privatrett skal voldgiftsretten anvende de materielle rettsregler som anses mest passende. Tilknytningen til lovvalgsreglene er forlatt. Tilsvarende gjelder etter ICC reglene.<sup>208</sup>

På denne bakgrunn fremstår *lex arbitri* som: «en rent prosessuell referanseramme, uten naturlige materielle implikasjoner».<sup>209</sup> Voldgiftsstedets rett er bare avgjørende for hvordan voldgiftsprosessen skal tilrettelegges, og det bare i de tilfeller hvor partene ikke har avtalefrihet. Det er på det rene at de få regler som finnes i de ulike voldgiftslover som et utgangspunkt kan fravikes gjennom partenes avtale.<sup>210</sup> Forståelsen bekreftes i juridisk teori hvor det uttales at: «[t]his difference between the *lex arbitri* [...] and the law governing the substance of the dispute [...] is now firmly established in international commercial arbitration».<sup>211</sup>

En foreløpig konklusjon er at voldgiftsretten ikke er underlagt den internasjonale privatrett i *lex arbitri*, og at partsautonomien heller ikke må forankres her. Innen EU reguleres imidlertid lovvalg enhetlig av Roma I-forordningen. Det reiser spørsmål om betydningen av den ”EU-rettslige internasjonale privatrett” når voldgiftsbehandlingen finner sted i et EU-land.

---

<sup>206</sup> Se imidlertid vogl. § 31 annet ledd.

<sup>207</sup> Modelloven art. 28 (2).

<sup>208</sup> ICC art 17 (1). I følge ICSID-konvensjonen art. 42 (1) annen setning vil vertslandets rett legges til grunn, inkludert dets internasjonale privatrettslige regler, korrigert og supplert av internasjonal rett

<sup>209</sup> Alvik (2009) [I] s. 46. Det må imidlertid bemerkes at ikke alle bestemmelser inntatt i nasjonale voldgiftsreguleringer vil karakteriseres som prosessuelle, se Redfern and Hunter (2004) s. 86-87.

<sup>210</sup> Se vogl. § 2. Det forutsettes at de grunnleggende prinsipper om likebehandling og kontradiksjon må overholdes, jfr. Ot.prp.nr. 27 (2003-2004) s. 19 og 87.

<sup>211</sup> Redfern and Hunter (2004) s. 78.

### 3.2.3 Har Roma I-forordningen betydning for spørsmålet?

Som vist i avhandlingens kapittel 2 kommer ikke Roma I-forordningen til anvendelse på kompetansespørsmål. I forhold til tvister som har andre offentlige eller administrative implikasjoner kan det likevel spørres om voldgiftsribunaler som har sitt sete innen EU er forpliktet til å legge forordningen til grunn. Roma I-forordningen art. 1 (2) (e) ekskluderer *voldgiftsavtaler* fra sitt anvendelsesområde.<sup>212</sup> Medfører avgrensningen at forordningen ikke kommer til anvendelse ved voldgiftsbehandling innen EU, eller er det bare avtalen om voldgift som er unntatt, slik at den EU-rettslige reguleringen må legges til grunn for den underliggende kontrakten?

Uttrykket som benyttes er *arbitration agreements* i motsetning til bare *arbitration*. Ordlyden tilsier at bare voldgiftsavtaler er unntatt. Av den grunn synes enkelte forfattere å forutsette at voldgiftsribunaler med sete i et EU-land er underlagt Roma I-forordningen, altså at det er en tilknytning mellom lovvalgsspørsmål og reguleringen i *lex arbitri*.<sup>213</sup> Det kan se ut som at samme forståelse legges til grunn i Giuliano-Lagard Rapporten, i tilknytning til den tidligere Romakonvensjonen:

«The exclusion of arbitration agreements does not relate solely to the procedural aspects, but also to the formation, validity and effects of such agreements. Where the arbitration clause forms an integral part of a contract, the exclusion relates only to the clause itself and not to the contract as a whole. This exclusion does not prevent such clauses being taken into consideration for the purpose of Article 3 (1)»<sup>214</sup> (min understrekning).

Etter min mening blir likevel ikke løsningen på spørsmålet om voldgiftsretten er underlagt den internasjonale privatrett i *lex arbitri* en annen, selv om det i EU-land er gitt harmoniserte lovvalgsregler gjennom forordningen. Den "EU-rettslige

---

<sup>212</sup> Uttrykket "*arbitration agreements*" dekker både voldgiftsklausuler inntatt i en hovedavtale og separate voldgiftsavtaler, jfr. Plender and Wilderspin (2009) s. 111.

<sup>213</sup> Bühler og Webster (2008) s. 245. Collins (2000) s. 1209, Born (2009) s. 2155 note 225, Cheshire (2008) s. 684 og Redfern and Hunter (2004) s. 95 note 85 og s. 122 note 17.

<sup>214</sup> Giuliano- Lagard Rapporten punkt 5. siste avsnitt.



internasjonale privatrett” er ikke annerledes fra nasjonal internasjonal privatrett i et land utenfor EU, selv om førstnevnte gjelder for et stort antall land. Hensynene for at et internasjonalt voldgiftstribunal ikke er bundet til voldgiftsstedets internasjonale privatrett gjør seg like fullt gjeldende, herunder at en voldgiftsrett ikke er en del av en stats rettsapparat.<sup>215</sup> Av betydning er det også at de fleste EU-lands respektive voldgiftslover ikke gir noen holdepunkter for at lovvalgsreglene fastsatt i forordningen skal anvendes. Dette er vektlagt i teorien, dog i tilknytning til den tidlige Romakonvensjonen:

«Et sentralt poeng i denne sammenheng er at voldgiftslovene i de fleste EU-land ikke forutsetter anvendelse av den såkalte Roma-konvensjonen, som ellers regulerer lovvalget for kontrakter underlagt nasjonal domstolsjurisdiksjon».<sup>216</sup>

Blant annet gir nasjonale voldgiftslover utformet i overensstemmelse med modelloven uttrykk for at partenes lovvalg skal legges til grunn. Der partene ikke har foretatt et valg skal voldgiftsdomstolen anvende den internasjonale privatrett voldgiftsretten finner passende.<sup>217</sup> Tilsynelatende er det altså ingen tilknytning til Roma I-forordningen.

Det er imidlertid nærliggende at en voldgiftsdommer som står fast i et lovvalgsspørsmål vil anse lovvalgsreglene i EU-retten som veiledende for løsningen av spørsmålet. Ettersom mange land er bundet av forordningen, får dens reguleringer i større grad karakter av almenne regler, slik at det kan være naturlig å anvende prinsippene som er fastsatt her.<sup>218</sup>

### 3.2.4 Konklusjon: Partsautonomien må ikke forankres i *lex arbitri*

Overvekten av momenter taler for at partsautonomien i internasjonal voldgift ikke må forankres i voldgiftsstedets internasjonale privatrett. I stor grad legges dette til grunn, både i praksis og juridisk teori. I *BP v. Libya* er det uttalt at:

«In contradistinction to all national courts, the *ad hoc* international arbitral tribunal created under an agreement between a State and an alien, such as the

---

<sup>215</sup> Se punkt 2.2.2.

<sup>216</sup> Alvik (2009) [I] s. 46.

<sup>217</sup> Modelloven art. 28 (2).

<sup>218</sup> Jfr. hensynet til rettsenhet.

present Tribunal, at least initially has no *lex fori* which, in the form of conflicts of law rules or otherwise, provides it with the framework of an established legal system under which it is constituted and to which it may have ultimate resort». <sup>219</sup>

Tilsvarende følger av *Saudi Arabia v Aramco*, <sup>220</sup> og bekreftes i etterfølgende voldgiftsavgjørelser. <sup>221</sup> I en dom avsagt av ICC uttaler retten eksplisitt at voldgiftsretten hovedsakelig selv avgjør hvilken rett som skal anvendes: «with or without reliance to a rule of conflict of laws». <sup>222</sup> I juridisk teori synes også dette å være den rådende oppfatning. <sup>223</sup> Det uttales blant annet at: «[...] unlike the judge of a national court, an international arbitral tribunal is not bound to follow the conflict of law rules of the country in which it has its seat». <sup>224</sup> Konklusjonen kan til en viss grad også forankres i de grunnleggende hensyn voldgiftsinstituttet er bygget på. Blant annet medfører en slik løsning størst mulig grad av fleksibilitet <sup>225</sup> og forutberegnelighet for partene, ved at partene kan forutse hvilket rett som vil anvendes ved løsningen av tvisten. De kan være sikre på at partsvalgets rekkevidde ikke begrenses av særegne internasjonal privatrettslige regler i *lex arbitri*, som de gjerne ikke har noen forutsetning for å kjenne til. Samtidig vernes partenes kontraktsfrihet, som er et annet grunnleggende hensyn i internasjonal voldgift. <sup>226</sup> Hva er da partsautonomiens grunnlag i internasjonal voldgift?

---

<sup>219</sup> *BP v. Libya (Award 1973)* s.147. Se også *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler-Plymouth Inc*: «the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their dictates. The tribunal[...]is bound to effectuate the agreement of the parties», sitert fra Nygh (1999) s. 43.

<sup>220</sup> *Saudi Arabia v. Aramco (Award 1958)* avsnitt 154-156 og 162.

<sup>221</sup> Se blant annet *Sapphire v NIOC (Award 1963)* avsnitt 170.

<sup>222</sup> ICC Case no. 6474 s. 297. Se også ICC Case 4381 hentet fra Naón (2001) på s. 56 note 36. Dommen gjelder dog lovvalgsspørsmål i tilknytning til voldgiftsavtalen.

<sup>223</sup> Meidell (2007) s. 81, Spiermann (2005) s. 17, Redfern and Hunter (2004) s. 122, Derains (2005) s. 240-241. Motsatt Born (2009) s. 1292, 2164 flg.

<sup>224</sup> Redfern and Hunter (2004) s. 122 og Meidell (2007) s. 81. Se også Gaillard (1999) s. 850: «[i]t is now accepted that arbitrators are under no obligation to apply the private international law of the seat of the arbitration».

<sup>225</sup> Lew (2003) s. 5.

<sup>226</sup> Alvik (2009) [I] s. 47.

### 3.3 Voldgiftsrettslig regel om partsautonomi

#### 3.3.1 Nasjonal forankring

Partsautonomien kan forankres i den voldgiftslov som kommer til anvendelse. De fleste nasjonale voldgiftslover fastslår at partenes lovvalg skal legges til grunn.<sup>227</sup> Det gjelder uten unntak for voldgiftslover som er utformet i overensstemmelse med modelloven, hvor det i artikkel 28 (1) fremgår at: «[t]he tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute».<sup>228</sup> Tilsynelatende finnes det altså en egen regel om partsautonomi i voldgift, som fungerer uavhengig av et lands internasjonale privatrett.

Det viser seg for det første ved at regelverkene gjennomgående benytter uttrykkene ”*merits of the dispute*” eller ”*substance of the dispute*”.<sup>229</sup> Den naturlige forståelse av begrepsbruken er at den partsvalgte rett regulerer samtlige materielle aspekter ved tvisten. Partsautonomien slik den er hjemlet i internasjonal privatrett regulerer hovedsakelig kontraktsrettslige spørsmål. Det er dermed en forskjell i partsautonomiens virkeområde. I internasjonal teori er det uttalt at:

«[T]he principle of party autonomy has an even greater scope in the context of arbitration than it does before national courts, and thus cannot be based exclusively on the recognition of the parties freedom to select the law applicable to contracts in traditional choice of law rules applicable before the court».<sup>230</sup>

Særlig i tilknytning til modelloven er det bred enighet om en slik forståelse. Det er alminnelig antatt at modelloven ikke utelukkende gjelder rene kontraktsrettslige

---

<sup>227</sup> Born (2009) s. 2157, Gaillard (1999) s. 785.

<sup>228</sup> Jfr. voldgiftsloven § 31 første ledd. Ved hjelp av modelloven reguleres partsautonomien likt i de land som har så stort samsvar med modelloven at de er gitt status som modellovland. Norge fikk slik status i forbindelse med voldgiftslovens ikrafttredelse i 2004. Ifølge UNCITRALs uoffisielle oversikt er det pr. dags dato i overkant av 60 land som har status som modellovland, se:

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).

<sup>229</sup> Se modelloven art. 28 (1), vogl. § 31 første ledd: ”de materielle tvistes spørsmål”.

<sup>230</sup> Gaillard (1999) s. 785.

spørsmål, men at også ikke-kontraktuelle krav faller inn under dens anvendelsesområde.<sup>231</sup> Artikkel 28 (1) gir partene full autonomi vedrørende hvilken rett som skal regulere de materielle rettsspørsmål. I en ledende kommentar til loven er det uttalt at: «[t]he provision further holds that any law or legal system agreed upon shall directly apply without any rules regarding conflict of law becoming relevant».<sup>232</sup> Modelloven oppstiller altså en selvstendig lovvalgsregel om partsautonomi i voldgift,<sup>233</sup> som kan rekke noe lenger enn partsautonomien slik den er fastlagt i voldgiftslandets internasjonale privatrett.

For det andre gjelder partsautonomien i voldgift også i rene nasjonale forhold. Under alminnelig internasjonal privatrett gjelder lovvalgsfriheten bare ved tvister som har tilstrekkelig internasjonal tilknytning. Der dette ikke er tilfellet gis partshenvisningen materiellrettslig virkning, i motsetning til kollisjonsrettslig virkning.<sup>234</sup> Det medfører at den partsvalgte rett må vike for preseptoriske regler i domstollandets rett. I voldgift har partshenvisningen kollisjonsrettslig virkning uavhengig av internasjonal tilknytning. For norsk retts vedkommende fremgår dette av at voldgiftsloven gjelder for begge typer tvister.<sup>235</sup> Det finnes ingen bestemmelser som tilsier at partsautonomien i en nasjonal voldgiftssak bare har materiellrettslig virkning.<sup>236</sup>

### 3.3.2 Internasjonal forankring

Partsautonomien bør også kunne forankres i internasjonal rett. Som vist i avhandlingens kapittel 2 er lovvalgsregelen partsautonomi alminnelig anerkjent i de fleste land. Det

---

<sup>231</sup> jfr. Born (2009) s. 2157.

<sup>232</sup> jfr. Binder (2009) s. 334

<sup>233</sup> Born (2009) s. 2158: «[a]rticle 28 (1) [...] do not merely establish a substantive rule of law, which might be applicable pursuant to the application of conflict of law rules, but whose application depends upon a prior choice-of-law analysis by the tribunal; rather, these provisions prescribe a directly-applicable legal rule, which has the character of both a substantive rule of law and a conflict of laws rule ( which selects the applicable law by substantively giving effect to the parties' choice of law agreement)».

<sup>234</sup> Roma I-forordningen art. 3 tredje ledd, jfr. avhandlingens punkt 2.2.2.

<sup>235</sup> Se vogl. § 1, jfr. *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 63.

<sup>236</sup> Det kan også nevnes at de fleste nasjonale voldgiftslover åpner for at partene kan avtale at tvisten skal avgjøres etter rimelighet, jfr. modelloven art. 28 (3) jfr. vogl. § 31 tredje ledd. Det står også i kontrast til alminnelig domstolsbehandling.

gjelder i internasjonal privatrett, så vel som i voldgift. Partsautonomien er også det grunnleggende prinsipp i internasjonale konvensjoner og i de ulike standardregler for voldgift. Prinsippet om partsautonomi bør derfor kunne karakteriseres som *a general principle of law as recognized by civilized nations*. Dette legges til grunn i internasjonal teori, hvor det uttales at:

«Today, the parties' freedom to choose themselves the law applicable to their contractual relationships is one of the most essential cornerstones in international law, recognized in practically all national legal systems» (min understrekning).<sup>237</sup>

Mot dette anfører enkelte at partsautonomiens rekkevidde og omfang varierer fra land til land, slik at det ikke foreligger en enhetlig forståelse av prinsippet.<sup>238</sup> Av den grunn kan ikke partsautonomien anses som et alminnelig rettsprinsipp. Etter min mening bør det likevel være mulig å si at det foreligger et alminnelig prinsipp om at partene i internasjonale kontrakter kan velge hvilken rett som skal legges til grunn. At alminnelige domstolars aksept av lovvalgsadgangen beror på om dens nasjonale rett på noen måte griper inn i avtalefriheten, rokker ikke ved dette. Man bør kunne anse partsautonomien som et alminnelig rettsprinsipp, og samtidig være enig i at det er opp til hvert lands nasjonale rett å trekke rammene for hvor langt prinsippet skal gis virkning ved alminnelig domstolsbehandling. Ved voldgift er det også av vesentlig betydning at en voldgiftsdomstol ikke behøver å forankre partenes lovvalgsfrihet i et nasjonalt internasjonalt privatrettslig system. I stedet fastsetter samtlige rammeverk for internasjonal voldgift nokså likelydende regler om at partenes lovvalg skal legges til grunn. Partsautonomien anerkjennes også av alle voldgiftsribunaler og juridiske forfattere. I voldgiftsrettslig litteratur fremholdes:

---

<sup>237</sup> Blessing (1997) s. 39. Se også Weigand (2009) s. 1075: «[a]s a general principle of law, it forms part of the *lex mercatoria* and the *transnational ordre public*».

<sup>238</sup> Moss (2007) s. 683. Uttalelsen gjelder imidlertid lovvalgsregelen partsautonomi slik den virker i internasjonal privatrett.

«Indeed it is fair to say that the parties' autonomy to select the substantive law governing their international commercial relations is a general principle of law that provides one of the foundations of contemporary international commercial relations» (min understrekning).<sup>239</sup>

At partsautonomien kan anses som et internasjonalt prinsipp har også en viss støtte i New York-konvensjonen, som er en utpreget folkerettslig avtale. Det fremgår indirekte av konvensjonens art. V (1) (a) og art. V (1) (d) at partsautonomien er grunnleggende og må respekteres. I teorien antas det at prinsippet bør få analogisk anvendelse på spørsmål om hvilken materiell rett som skal legges til grunn.<sup>240</sup> Konvensjonen gir ikke bare partsautonomien en forankring, men den stiller også krav om at partsautonomi i internasjonal voldgift skal respekteres i nasjonal rett. Av betydning er det også at de fleste land både anerkjenner og tvangsfullbyrder avsagte voldgiftsavgjørelser, uavhengig av om partsvalget ville vært akseptert av nasjonale domstoler.<sup>241</sup> Man bør derfor kunne si at partenes lovvalgsadgang er: «justified and authorised by the law of internat[i]onal commerce».<sup>242</sup>

### 3.3.3 Virkninger av partsautonomiens internasjonale forankring

En vesentlig virkning av at partsautonomien har et internasjonalt grunnlag er at denne, som et grunnleggende utgangspunkt, fungerer uavhengig av nasjonal rett. Partenes lovvalg er uttrykkelig løsrevet fra nasjonale lovvalsregler gjennom en egen regel om partsautonomi som anvendes i internasjonal voldgift. Dette bekreftes i internasjonal litteratur, hvor det uttales at:

---

<sup>239</sup> Born (2009) s. 2153. Se også Nygh (1999) s. 45: «[...]the choice of law applicable to the [...] transaction as a whole need not be founded on the choice of law rules of any particular State», og Lew (2003) s. 414: «[u]nquestionably, party autonomy is the most prominent and widely accepted international conflict of laws rule».

<sup>240</sup> Born (2009) s. 2154.

<sup>241</sup> Slik også Lew (1978) s. 102.

<sup>242</sup> Lew (1978) s. 84, jfr. s. 81-83. Se også Lew (2003) s. 414: «[d]ue to the universal acceptance of party autonomy in most developed legal systems and its origin in the express or determinable intention of the parties, it is now recognized that party autonomy operates as a right in itself. The rule has a special transnational or universal character and has binding effect because it has been agreed to and adopted by the parties».

«Having no forum, arbitrators draw the legitimacy of their decisions from the broad recognition of the rules that they apply. That is undoubtedly true of the principle that in international transactions the parties are free to choose the law governing their agreement».<sup>243</sup>

Partene behøver altså ingen hjemmel i et spesifikt nasjonalt rettssystem for å foreta et lovvalg, og det foretatte rettsvalget er heller ikke avhengig av anerkjennelse fra et nasjonalt rettssystem for å ha rettslig virkning.<sup>244</sup> Internasjonal rett utgjør partsautonomiens grunnlag.<sup>245</sup> For partene har dette særlig betydning i de få tilfeller hvor nasjonal rett ikke anerkjenner partsautonomi.<sup>246</sup>

### 3.3.4 Foreløpig konklusjon

I internasjonal voldgift kan prinsippet om partsautonomi forankres i den nasjonale voldgiftslov som kommer til anvendelse. I tillegg må partsautonomien anses som et alminnelig rettsprinsipp, og kan derfor forankres i internasjonal rett. Det kan på denne bakgrunn sondres mellom partsautonomi i internasjonal privatrett og partsautonomi i internasjonal voldgift. En konsekvens av skillet er at et internasjonalt voldgiftstribunal ikke behøver å forankre anvendelsen av den partsvalgte rett i et lands internasjonale privatrett.<sup>247</sup> Det grunnleggende utgangspunktet er at tribunalen anvender det landets rettsregler som partene har valgt, uten å ta i betraktning nasjonale begrensninger av partenes lovvalgsfrihet. En naturlig slutning fra utgangspunktet er at voldgiftsretten verken må respektere *eksklusive lovvalgsregler* eller *internasjonalt preseptoriske bestemmelser* som i alminnelig internasjonal privatrett begrenser partenes

---

<sup>243</sup> Gaillard (1999) s. 855.

<sup>244</sup> Lew (1978) s. 67.

<sup>245</sup> Se særlig Lew (1978) s. 81 flg.

<sup>246</sup> Enkelte land anerkjenner ikke partenes lovvalgsadgang, men oppstiller i stedet ufravikelige lovvalgsregler som kommer til anvendelse uavhengig av partenes valg, jfr. Born (2009) s. 2160 med videre henvisninger.

<sup>247</sup> Med forbehold om et eventuelt unntak for EU-land, jfr. avhandlingens pkt 3.2.3.

lovvalgsadgang.<sup>248</sup> Partsautonomi i internasjonal voldgift gir derfor partene «en viss utvidet materiell kontraktsfrihet».<sup>249</sup> Det reiser spørsmål om partsautonomien i internasjonal voldgift er tilnærmet absolutt. Må den partsvalgte rett legges til grunn i ethvert henseende, slik at også spørsmål vedrørende kompetanse må underlegges den partsvalgte rett?

### 3.4 Lovvalg for kompetansespørsmål

#### 3.4.1 Innledning

Ettersom et internasjonalt voldgiftstribunal formodentlig ikke er underlagt nasjonale begrensninger i partsautonomiens virkeområde, er en nærliggende slutning at partenes lovvalg gjelder hele kontraktsinngåelsen. Det vil si at lovvalg er bindende for voldgiftsretten, også for spørsmål om investeringsavtalen er ugyldig på grunn av kompetansemangel. Enkelte voldgiftsavgjørrelser ser ut til å bekrefte et slikt standpunkt.<sup>250</sup> Partsautonomien rekker likevel aldri lenger enn dens rettslige grunnlag tilsier. Spørsmålet er følgelig hvor langt den voldgiftsrettslige regel om partsautonomi rekker. Kan denne tenkes å være begrenset i enkelte henseender, slik at partenes lovvalg likevel ikke vil legges til grunn?

#### 3.4.2 Gyldigheten og rekkevidden av partenes lovvalg

Ved å forankre partsautonomien i internasjonal rett, kan man si at det også er internasjonal rett som definerer dens anvendelsesområde. En gjennomgang av voldgiftspraksis viser at flere internasjonale voldgiftstribunaler ikke legger partenes lovvalg til grunn ved alle spørsmål som oppstår i tilknytning til en tvist. Det kan indikere at partsautonomien ikke betraktes som en absolutt regel i internasjonal voldgift. Anser man internasjonal rett for å trekke rammene for partsautonomien, er en naturlig konsekvens at voldgiftsretten, så langt den respekterer grensene, ikke går utenfor sin domsmyndighet ved å legge en annen rett enn den partsvalgte rett til

---

<sup>248</sup> Internasjonale preseptoriske bestemmelser er regler som anses som så fundamentale at de får anvendelse selv hvor et lands internasjonale privatrett utpeker fremmed rett som anvendbar rett, jfr. Roma-forordningen art. 9. Se nærmere Moss (1999).

<sup>249</sup> Alvik (2009) [I] s. 43.

<sup>250</sup> Deutsche Schachtbau (Award 1982) s. 115-116. Partene hadde imidlertid ikke foretatt et lovvalg, men voldgiftsrettens lovvalg til fordel for internasjonal rett ble ansett for å dekke ethvert rettsspørsmål.



grunn.<sup>251</sup> Spørsmålet er om *kompetanse* dekkes av den voldgiftsrettslige regel om partsautonomi.

### 3.4.3 Partsautonomien kan begrenses av andre internasjonale lovvalgsregler

Ved å undersøke voldgiftspraksis ser man at flere internasjonale voldgiftstribunaler anvender tilsynelatende internasjonalt aksepterte lovvalgsregler for å finne den anvendbare rett. Det kan av den grunn tenkes at partsautonomien i internasjonal voldgift begrenses av ulike eksklusive lovvalgsregler.<sup>252</sup> I en sak fra ICC er det uttalt at:

«[M]uch to be said in favor of adopting generally accepted principles of international conflict of laws [...] Hence, the parties could reasonably have contemplated that arbitrators would apply generally accepted international conflicts-of-law rules in arriving at the applicable law by which their dispute would be resolved [...] In the circumstances of the present arbitration, which is truly international in character, the Arbitral Tribunal is of the opinion that it should adopt generally accepted international conflict of law rules»<sup>253</sup> (min understrekning).

Inntrykket fra voldgiftspraksis er at internasjonale lovvalgsregler har et noe uklart grunnlag.<sup>254</sup> Enkelte voldgiftsdommere synes å forankre dem i generelt aksepterte internasjonal privatrettslige prinsipper. Andre forankrer dem i internasjonale konvensjoner.<sup>255</sup> Noen tribunaler bygger på alminnelige rettsprinsipper, mens andre utelukkende viser til tidligere rettspraksis, og anvender således en form for

---

<sup>251</sup> Slik også Moss (2009) [I] s. 368-369, dog som argumentasjon for at voldgiftstribunalet skal kunne anvende nasjonale begrensninger i partsautonomien. Se også Moss (2005). Mer om dette i avhandlingens punkt 5.3.

<sup>252</sup> Se Born (2009) s. 2166.

<sup>253</sup> ICC Case No. 7071 sitert fra Naon (2001) s. 236-237 note 249. I denne saken hadde partene imidlertid ikke foretatt et lovvalg.

<sup>254</sup> For en generell redegjørelse, se Naón (2001) s. 183 flg.

<sup>255</sup> Lando (1980) s. 187 flg.

voldgiftsrettslig sedvanerett. Fellesnevneren er at lovvalgsreglene finnes i a-nasjonale kilder.<sup>256</sup>

I juridisk teori er det en viss uenighet omkring voldgiftstribunalers anvendelse av internasjonale lovvalgsregler. Kort fortalt legger den ene side vekt på at anvendelsen bidrar til å underbygge de grunnleggende prinsipper bak voldgiftsinstituttet, herunder hensynet til nøytralitet, forutberegnelighet og effektivitet.<sup>257</sup> Den andre siden legger vekt på at lovvalgsreglene ikke reguleres så enhetlig i nasjonal rett, og at det av den grunn ikke finnes internasjonal lovvalgsregler.

Uavhengig av grunnlag legger de fleste tribunaler til grunn at det finnes lovvalgsregler av internasjonal karakter. Spørsmålet er følgelig om det finnes en internasjonal lovvalgsregel som begrenser partsautonomien i forhold til kompetansespørsmål.

#### 3.4.4 Eksklusiv lovvalgsregel for spørsmål vedrørende kompetanse

Som vist i avhandlingens kapittel 2 er det flere hensyn som begrunner hjemlandsregulering av kompetansespørsmål. Disse gjør seg også gjeldende i internasjonal voldgift. Blant annet er det av vesentlig betydning at kompetansespørsmålet i tid ligger forut for avtaleinngåelsen. Dette er således ikke et rent kontraktsrettslig spørsmål.<sup>258</sup> Tidsmomentet tillegges vekt i internasjonal voldgiftsrettslig litteratur hvor det uttales at:

«[B]oth a party's capacity and its power to contract are questions that logically arise before that of the choice of law governing the contract. It is therefore understandable that those issues should be governed by a law determined objectively».<sup>259</sup>

Partenes intensjoner kan også tale for hjemlandsregulering av kompetansespørsmål. Et lovvalg rekker aldri lenger enn partenes intensjoner ved valget.<sup>260</sup> For et internasjonalt voldgiftstribunal kan det virke lite sannsynlig at en stat er villig til å overføre en form

---

<sup>256</sup> Born (2009) s. 2130-2131. Se særlig note 108 med henvisning til voldgiftspraksis.

<sup>257</sup> Born (2009) s. 2131-2132.

<sup>258</sup> Born (2009) s. 2153.

<sup>259</sup> Gaillard (1999) s. 860.

<sup>260</sup> Gaillard (1999) s. 859.

for forvaltningsmyndighet til et internasjonalt voldgiftstribunal, om ikke dette kommer direkte til uttrykk i lovvalgsklausulen. Hvis voldgiftsretten anvender et annet lands kompetansebestemmelser, kan man si at vertslandets konstitusjonelle kompetansebestemmelser i realiteten *kjennes ugyldige*. Det ville i tilfelle innebære at vertslandet i realiteten delegerte noe av sin forvaltningsmyndighet gjennom voldgiftsklausulen. En slik overførsel av en stats grunnleggende myndighet finnes det ingen grunnlag for, så lenge dette ikke eksplisitt kommer til uttrykk i partenes avtale.

I voldgiftspraksis antas det at det finnes en internasjonal lovvalgsregel som fungerer som en skranke for partsautonomien ved kompetansespørsmål. I flere voldgiftssaker anvendes partenes egen rett på spørsmål vedrørende deres respektive kompetanse, uavhengig av om partene har foretatt et eksplisitt lovvalg. I en sak avsagt av ICC, hadde partene foretatt et lovvalg til fordel for sveitsisk rett. Til tross for lovvalget fastholdt voldgiftsretten at vertslandets kompetansebestemmelser som et utgangspunkt var anvendelige:

«It is sufficient to state here, that, according to widespread practice, which regards questions of capacity as relating to status and the personal law, in particular of a State, it is indeed likely that the territory's law would be held to be applicable and the same appears to be true regarding the authority of public officials of the territory»<sup>261</sup> (min understrekning).

Voldgiftsretten anså seg ikke utelukkende bundet av et lands internasjonale privatrett, men fant holdepunkter i voldgiftspraksis for at statens kompetansebestemmelser måtte komme til anvendelse. Også andre internasjonale voldgiftstribunaler har anvendt den generelt aksepterte regelen om hjemlandsregulering, uten å forankre denne i et enkelt nasjonalt rettsystem.<sup>262</sup>

---

<sup>261</sup> ICC case No. 6474 (Partial award 1992) s. 297 avsnitt 95. Se også Náo (2001) s. 99, med videre henvisning til voldgiftspraksis.

<sup>262</sup> Born (2009) s. 555.

Tilsynelatende foreligger det altså en *internasjonal lovvalgsregel* som i første rekke utpeker ”*personens egen rett*” som anvendelig for kompetansespørsmål. Hver avtaleparts respektive lands rett legges dermed til grunn.<sup>263</sup> At kompetansespørsmål også i voldgiftsrettslig sammenheng skal fastlegges etter partenes egen rett legges også til grunn i internasjonal teori.<sup>264</sup> Her fremholdes blant annet: «[t]he capacity of government entities is generally subject to the law of their country of origin as is the procedure for approving the appropriate signatory».<sup>265</sup> Tilsvarende kommer til uttrykk ved uttalelsen: «[I]ikewise, the *lex contractus* is generally not applicable to questions such as capacity of a party to enter into a contract».<sup>266</sup>

Kompetansespørsmålet synes altså å ligge utenfor anvendelsesområdet for det alminnelige prinsipp om partsautonomi. Dette følger til en viss grad direkte av New York-konvensjonen art. V (1) (a) og modelloven art. 34 (2) (a) (i) og art. 36 (1) (a) (i). Begge oppstiller en spesifikk lovvalgsregel som utpeker partenes hjemlands rett ved spørsmål om partenes rettslige handleevne i vid forstand. Bestemmelsene gir indirekte en indikasjon om partsautonomiens virkeområde i internasjonal voldgift. Den gjelder ikke spørsmål hvor partene vanligvis ikke har avtalefrihet.

### 3.4.5 Konklusjon: Hjemlandsregulering

Det finnes en voldgiftsrettslig regel om hjemlandsregulering av kompetansespørsmål, som utgjør en skranke for partsautonomien i internasjonal voldgift. På samme måte som ved alminnelig domstolsbehandling er utgangspunktet at statens egen rett regulerer statens kompetanse. Overordnet medfører dette at partene ikke kan avskjære anvendelsen av vertslandets lokale offentligrettslige regler ved å foreta et lovvalg, og velge internasjonal voldgift som tvisteløsningsorgan.

---

<sup>263</sup> Se Born (2009) s. 555 note 669, hvor det gis eksempler på at internasjonale voldgiftstribunaler anvender partenes egen rett på spørsmål om kompetanse.

<sup>264</sup> Born (2009) s. 556 med videre henvisninger i note 673.

<sup>265</sup> Bühler and Webster (2008) s. 113

<sup>266</sup> Derains (2005) s. 240

### 3.5 Oppsummering

Partsa autonomi i internasjonal voldgift må ikke forankres i voldgiftsstedets internasjonale privatrett. I motsetning til ordinære domstoler, har ikke internasjonale voldgiftstribunaler et spesifikt forum.<sup>267</sup> I stedet kan prinsippet forankres i den nasjonale voldgiftslov som kommer til anvendelse, og/eller direkte i internasjonal rett. Partsa autonomi i internasjonal voldgift er ikke det samme som partsa autonomi i internasjonal privatrett. Det innebærer at et internasjonalt voldgiftstribunal verken er forpliktet eller berettiget til å anvende nasjonale begrensninger i partsa autonomiens virkeområde.

Partsa autonomien i internasjonal voldgift er likevel ikke absolutt. For det første kan lovvalgsfriheten begrenses av andre internasjonale lovvalgsregler. Regelen om *hjemlandsregulering* er tilsynelatende en slik regel. Til tross for en noe uklar basis og eksistens bør denne legges til grunn. Også i internasjonal voldgift er utgangspunktet at partsa autonomien begrenses av en lovvalgsregel som utpeker *personens hjemlands rett* som den anvendbare rett for kompetansespørsmål.

For det andre kan partsa autonomien i internasjonal voldgift begrenses gjennom ordre public-reservasjonen.<sup>268</sup> For å kunne avsi en rettskraftig voldgiftsdom må et internasjonalt voldgiftstribunal sørge for at voldgiftsavgjørelsen ikke virker støtende på voldgiftsstedets rettsorden, eller på rettsordenen i eventuelle fullbyrdsland.<sup>269</sup> Partsa autonomiens gjennomslagskraft vil altså til syvende og sist bero på voldgiftsstedets eller tvangsfullbyrdslandets rett.<sup>270</sup> Det er dette som utgjør den reelle nasjonale grensen for partsa autonomien.

---

<sup>267</sup> Se Nygh (1999) s. 42 flg.

<sup>268</sup> New York konvensjonen art. V (2) (b) og modelloven art. 34 (2) (b) (ii) og 36 (1) (b) (ii).

<sup>269</sup> Mer om dette i avhandlingens kapittel 5.

<sup>270</sup> Gaillard (1999) s. 785, Alvik (2009) [I] s. 48-49.

## 4 INTERNASJONALE MATERIELLE PRINSIPPER SOM PÅLEGGER STATEN ANSVAR FOR TERMINERING AV EN STATSKONTRAKT

### 4.1 Innledning

Som det har fremgått reguleres en stats kompetanse etter alminnelige lovvalgsprinsipper av statens egen rett. Som en hovedregel gjelder dette i internasjonal privatrett, så vel som i internasjonal voldgift. Voldgiftstribunaler inntar vanligvis et a-nasjonalt perspektiv på lovvalgsspørsmål, og anvender hovedsakelig internasjonale prinsipper for å vurdere hvilken rett som skal legges til grunn. I motsetning til en alminnelig domstol har ikke et internasjonalt voldgiftstribunal et forum. Voldgiftsretten er ikke underlagt et spesifikt lands rett. I praksis viser dette seg ved de ulike tribunalers tilbøyelighet til å anvende internasjonal rett. Her stilles blant annet enkelte grunnleggende krav til staters behandling av utenlandske investorer. Det reiser spørsmål om det finnes en forankring i internasjonal rett for at vertslandet kan holdes ansvarlig for brudd på en statskontrakt som er inngått av en statsrepresentant som utad fremstod legitimert, men som innad manglet den nødvendige myndighet til å inngå kontrakten. Dette er temaet i det følgende.

Det kan hovedsakelig tenkes to måter internasjonal rett kan gripe inn i det konkrete tilfellet. Det første alternativet er å subsumere statens handling under en av folkerettens beskyttelsesstandarder. En myndighetsutøvelse som krenker folkerettslige regler utgjør et direkte erstatningsgrunnlag under folkeretten. Ved statskontrakter er grunnlaget en folkerettslig beskyttelse av investorens *berettigede forventninger*. Det andre alternativet er å forankre en *regel om avtalebinding* i internasjonal rett, som medfører at vertslandet er bundet til investeringskontrakten til tross for brudd på internrettslige bestemmelser.

I voldgiftspraksis og juridisk teori synes det å være en generell enighet om at internasjonal rett i enkelte tilfeller bør kunne legges til grunn der lovvalget medfører et urimelig resultat. Uenigheten ligger i hvilken regel som skal anvendes, og gjenspeiler i

hovedsak skillet mellom voldgiftstribunaler som har sin base i internasjonal rett (traktatbasert voldgift) og voldgiftsdomstoler som har sin base i nasjonal rett (kontraktsbasert voldgift).<sup>271</sup> Som det vil vises er dette av underordnet betydning da hensynene bak de ulike internasjonale regler vanligvis er de samme.<sup>272</sup> Hvorvidt statens terminering av investeringskontrakten innebærer en direkte krenkelse av folkerettslige regler vil vurderes først. Det sentrale spørsmålet er om ugyldige statskontrakter er beskyttet.<sup>273</sup>

## 4.2 Det folkerettslige prinsippet om berettigede forventninger

### 4.2.1 Innledning

At kontrakter kan være beskyttet under folkeretten er allment anerkjent.<sup>274</sup>

Hovedvilkåret er at investoren kan påberope seg en internasjonal regel som krenkes ved statens handling. Det følger av en alminnelig oppfatning om at selv gyldig inngåtte avtaler ikke i seg selv statuerer forpliktelser under internasjonal rett. Følgelig er ikke et brudd på en statskontrakt i seg selv et brudd på folkeretten.<sup>275</sup> Alvik uttaler treffende: «[w]hat is material where a state disregards its contractual commitments to an investor is whether this violates a distinct rule, or obligation, under international law that is

---

<sup>271</sup> Der samtykke til voldgift er inntatt i en investeringstraktat er voldgiften traktatbasert, og kalles gjerne investeringsvoldgift, jfr. Alvik (2009) [II] s. 127. Voldgiften er kontraktsbasert når samtykke inntas i en statskontrakt eller i en separat voldgiftsavtale. Mer om ulike former for voldgift, ved tvister mellom en stat og en utenlandsk investor, i *Dispute Settlement* (2003).

<sup>272</sup> Det oppstår også et spørsmål om når internasjonal rett kan anvendes, se avhandlingens kapittel 5.

<sup>273</sup> Et spørsmål som bestandig har vært gjenstand for diskusjon er hvorvidt folkeretten i det hele tatt kan anvendes på forhold mellom en stat og en fysisk eller juridisk person. Den tradisjonelle lære er at folkeretten utelukkende regulerer forholdet mellom stater, og at verken individer eller juridiske personer er rettssubjekter under folkeretten, jfr. Ruud og Ulfstein (2006) s. 102. Derav kan individene verken inngå avtaler eller opparbeide seg rettskrav med grunnlag i folkeretten. Heller ikke kan de saksøke vertslandet for internasjonale tribunaler, verken for krav basert på folkeretten eller for krav basert på nasjonal rett. Hovedsakelig begrunnes dette i statenes grunnleggende suverenitet. Oppfatningen er i stor grad forlatt. For en fullstendig redegjørelse vises det til Alvik (2011) kap. 3. Se også Nordtømme (2005), særlig s. 579.

<sup>274</sup> Jfr. Alvik (2011) s. 160, Kriebaum (2009) s. 445 og s. 448, Douzler and Schreuer (2008) s. 115, 140.

<sup>275</sup> Se Alvik (2011) s. 72, 159 og Brownlie (2008) s. 547. Se også *SGS v Phillipines* (Decision on Jurisdiction 2004) avsnitt 122 og *SGS v Pakistan* (Decision on Jurisdiction 2003) avsnitt 167.

separate from and external to the contract».<sup>276</sup> Hvilke internasjonale regler kan tenkes krenket ved statens påberopelse av internrettslige kompetansebestemmelser?

De fleste investeringstraktater fastsetter standarder for behandling av utenlandske investorer, og pålegger de respektive land en uttrykkelig plikt til å møte de fastsatte krav.<sup>277</sup> Investeringstraktater er internasjonale avtaler inngått mellom to eller flere stater, og dermed folkerettslig bindende.<sup>278</sup> Den vanligste typen er bilaterale investeringstraktater (BITs), men det finnes også enkelte regionale og multilaterale traktater.<sup>279</sup> Disse er normalt ikke utformet for å beskytte en enkelt kontrakt, men for å sikre stabilitet for gjennomføringen av ulike investeringer i vertslandet. Beskyttelsen gjelder dermed alle investorer hjemmehørende i et av de land som er avtaleparter i traktaten.

For statskontrakter er særlig brudd på *fair and equitable treatmentstandarden* og *ekspropriasjonsstandarden* relevant. Begge beskytter til en viss grad kontraktsrettigheter.<sup>280</sup> Hvor det mellom vertslandet og investorens hjemland ikke foreligger en investeringstraktat, kan en liknende beskyttelse forankres i den *internasjonale minimumsstandard* eller i prinsippet om *acquired rights*. Sistnevnte er et utslag av minimumsstandard, og har gjennom praksis fått et mer konkretisert innhold. I første rekke beskytter den ervervede rettigheter, herunder kontrakter, mot ekspropriasjon og andre myndighetshandlinger.<sup>281</sup> Minimumsstandard stiller grunnleggende krav til staters behandling av utenlandske investorer, og betraktes som

---

<sup>276</sup> Alvik (2011) s. 76.

<sup>277</sup> Traktatens hovedformål er nettopp å fastsette standarder for hvordan utenlandske investorer skal behandles, og ved dette sikre stabilitet og forutsigbarhet for investeringene. De fleste traktater inneholder vanligvis også en voldgiftsklausul som gir investoren adgang til å trekke staten inn for internasjonal voldgift, jfr. Alvik (2009) [II] s. 127.

<sup>278</sup> Ruud og Ulfstein (2006) s.72: «[m]ed traktat menes en folkerettslig bindende avtale inngått mellom folkerettssubjekter som har kompetanse til dette, først og fremst stater og internasjonale organisasjoner».

<sup>279</sup> Se henholdsvis The North American Free Trade Agreement (NAFTA) og The Energy Charter Treaty.

<sup>280</sup> Alvik (2011) s. 166 flg. og s. 192 flg. Se også SPP v Egypt (Award 1992) avsnitt 164, Wena Hotels v Egypt (Award 2000) avsnitt 98, Bayindir v Pakistan (Decision on Jurisdiction 2005) avsnitt 255, Mondev v USA (Award 2002) avsnitt 98.

<sup>281</sup> Alvik (2011) s. 215.



internasjonal sedvanerett.<sup>282</sup> Til en viss grad antas den både å dekke ekspropriasjonsstandarden og kravet om fair and equitable treatment.<sup>283</sup>

Som nevnt er et brudd på en statskontrakt ikke i seg selv et brudd på internasjonal rett. I tilknytning til ekspropriasjonsstandarden er det uttalt at: «[n]ot every failure by a government to perform a contract amounts to an expropriation even if it leads to a loss of rights under the contracts».<sup>284</sup> Hvilke kriterier må tilfredstilles for at en statskontrakt skal være beskyttet?

#### 4.2.2 To kriterier for at statskontrakter skal være beskyttet

I voldgiftspraksis og juridisk teori oppstilles det hovedsakelig to kriterier for at nevnte folkerettslige regler skal kunne påberopes ved krenkelse av en statskontrakt. For det første oppstilles det et grunnleggende krav om at investoren har en etablert rettighet eller en berettiget forventning (*legitimate expectation*) som krenkes ved den aktuelle handlingen fra statens side. Både ekspropriasjonsstandarden og fair and equitable treatmentstandarden fastsetter et minimumskrav om respekt for berettigede forventninger.<sup>285</sup> I tilknytning til sistnevnte er det uttalt at:

«[...]the key issue in assessing whether a host state has breached its fair and equitable treatment obligation, in the light of case law, is whether the host state has adversely affected investments by substantially altering the legal/or

---

<sup>282</sup> Dolzer and Schreuer (2008) s. 11 flg. og s. 89, Reinish (2008) s. 113 note 18.

<sup>283</sup> Fair and equitable treatmentstandarden anses sammenfallende med minimumsstandarden innenfor NAFTA, jfr. *Mondev v USA* (Award 2002) avsnitt 125 og *ADF v USA* (Award 2003) avsnitt 179. Utenfor NAFTA er det bred enighet om at standarden er autonom jfr. Reinich (2008) s. 115 og Alvik (2011) s. 197. Se også *Tecmed v Mexico* (Award 2003) avsnitt 153.

<sup>284</sup> Dolzer and Schreuer (2008) s. 117.

<sup>285</sup> Alvik (2011) s. 162, 193, Dolzer and Schreuer (2008) s. 104, 134 og Ortino et al. (2007) s. 131. Vedrørende ekspropriasjonsstandarden, se *CME v Czech Republic* (Partial Award 2001) og *Waste M v Mexico* (Award 2004) avsnitt 159.

economic framework of the investment against the legitimate expectations of the investor»<sup>286</sup> (min understrekning).

Kravet om en berettiget forventning må også legges til grunn under minimumsstandarden og acquired rightsprinsippet.<sup>287</sup> Med henvisning til rettspraksis er det i juridisk teori påpekt at prinsippet om acquired rights baseres på de samme hensyn og kriterier som prinsippet om *berettigede forventninger*, slik det fremkommer under de ulike traktatstandarder.<sup>288</sup> Det er blant annet uttalt at:

«[...]instead, a relatively consistent practice of arbitral tribunals has protected expectations under contractual undertakings by invoking what has been deemed established and self-evident principles of customary international law»<sup>289</sup> (min understrekning).

Det andre kriteriet er at investoren har investert i tillit til (*relied upon*) den berettigede forventning om at kontrakten vil oppfylles. Vilkåret er lagt til grunn i praksis<sup>290</sup> og i juridisk teori.<sup>291</sup> I forhold til ekspropriasjonsstandarden uttaler Alvik at: «the expropriation standard evolves into a standard protecting essentially reliance on state contractual undertakings to make capital investments subject to state power»<sup>292</sup> (mine understrekninger). Vedrørende kravet til fair and equitable treatment fastslo voldgiftsretten i *Waste M v Mexico* at: «[i]n applying this standard it is relevant that the

---

<sup>286</sup> Ortino et al. (2007) s. 131. Se også *Saluka v Czech Republic* (Partial Award 2006) avsnitt 301-302 hvor prinsippet om berettigede forventninger ble ansett som den mest sentrale delen av fair and equitable treatmentstandarden.

<sup>287</sup> *Waste M v Mexico* (Award 2004) avsnitt 98 og *Thunderbird v Mexico* (Award 2006) avsnitt 147. Se også Alvik (2011) s. 195.

<sup>288</sup> Det vises til Alvik (2011) s. 216 flg. Se også *Saudi Arabia v. Aramco* (Award 1958).

<sup>289</sup> Alvik (2011) s. 206. Se også Ortino et al. (2007) s. 125.

<sup>290</sup> *Tecmed v Mexico* (Award 2003) avsnitt 154 og *CME v Czech Republic* (Partial Award 2001) avsnitt 529.

<sup>291</sup> Reinisch (2008) s. 162, Alvik (2011) s. 167, 198 og s. 200.

<sup>292</sup> Alvik (2011) s. 166 - 167. Se også *SGS v Pakistan* (Decision on Jurisdiction 2003) avsnitt 135.

treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonable relied on by the claimant»<sup>293</sup>(min understrekning) .

En alminnelig kontraktsrettslig forventning er ikke nok. Investoren har bare en berettiget forventning hvis han har stolt på at statens forpliktelser etter kontrakten vil overholdes på tidspunktet for investeringen.<sup>294</sup> Tilsvarende kriterium legges til grunn under minimumsstandarden og prinsippet om *acquired rights*.<sup>295</sup> I juridisk teori vises det til at voldgiftsribunalenes *resonement* under *acquired rights*prinsippet vanligvis kan oppsummeres som et kriterium om at investoren har investert i tillitt til en forventning om at statens kontraktsrettslige forpliktelser vil overholdes.<sup>296</sup> Likheten til traktatstandardene er dermed stor. Alvik uttaler at:

«In fact it closely resembles, and is hardly distinguishable from, the more limited rationale of protecting contractual rights and legitimate expectations pursuant to reliance on state undertakings made in relation to specific investments, such as manifested in the application of contemporary investment treaty standards by practice».<sup>297</sup>

Er vilkårene oppfylt utgjør statskontrakten en materiell forpliktelse under internasjonal rett. Følgelig er en *berettiget forventning* som er *relied on* et selvstendig grunnlag for krav under nevnte internasjonale regler. Spørsmålet er om dette kan opprettholdes ved *ugyldige* investeringskontrakter. Kan man ha en berettiget forventning hvis grunnlaget for forventningen er ugyldig under vertsstatens nasjonale rett?

---

<sup>293</sup> Waste M v Mexico (Award 2004) avsnitt 98. Se også jfr. Tecmed v Mexico (Award 2003) avsnitt 154 og Thunderbird v Mexico (Award 2006) avsnitt 147.

<sup>294</sup> CMS v Argentina (Award 2005) avsnitt 275, CME v Czech Republic (partial award 2001) avsnitt 611 og Eureko v Poland (Partial Award 2005) avsnitt 232.

<sup>295</sup> Schwebel (1987) s. 111 flg.

<sup>296</sup> Alvik (2011) s. 216 flg.

<sup>297</sup> Se Alvik (2011) s. 211.

### 4.3 Berettiget forventning- en selvstendig rettighet?

#### 4.3.1 Innledning

Både traktatstandardene, minimumsstandarden og prinsippet om *acquired rights* beskytter statskontrakter der investoren har en *berettiget forventning* som er *relied on*. I det videre behandles disse derfor under ett. Det tas utgangspunkt i traktatbasert praksis under ekspropriasjonsstandarden og kravet om *fair and equitable treatment*, men vurderingene vil ha overføringsverdi til tilfeller hvor liknende spørsmål oppstår under de folkerettslige sedvanerettsregler.

#### 4.3.2 Utgangspunkt: Det er kontrakten under nasjonal rett som er beskyttet

Utvidelsen av ekspropriasjonsstandarden til også å omfatte kontrakter, er gjort gjennom en utvidende tolkning av begrepet *investering*.<sup>298</sup> For at en investor skal kunne påberope seg en investeringskontrakt må han kunne vise til en beskyttet investering.<sup>299</sup>

Investeringsbegrepet er til en viss grad autonomt.<sup>300</sup> Det er alminnelig antatt at det både dekker direkte og indirekte investeringer, herunder kontraktsrettigheter, så langt de har økonomisk verdi.<sup>301</sup> Som et utgangspunkt er det internasjonal rett, herunder traktatene, som avgjør hvilke formuesgoder som er beskyttet.<sup>302</sup>

Av investeringsbegrepet i tilknytning til kontrakter følger det imidlertid en forutsetning om at avtalen er gyldig under lokal rett. Det ligger implisitt i uttrykket *investering* at dets innhold må kartlegges i henhold til et nasjonalt rettsystem.<sup>303</sup> En alminnelig definisjon av begrepet er: «different varieties of property rights and interests qualifying as assets».<sup>304</sup> Betegnelsen innebærer en referanse til det nasjonale rettsystemet hvor rettigheten har sin eksistens.<sup>305</sup> Det medfører at bare der kontrakten er gyldig under dette rettsystemet vil investoren ha en *investering* som kan danne grunnlag for en

---

<sup>298</sup> Alvik (2011) s. 174, jfr. s. 162 flg.

<sup>299</sup> Redfern and Hunter (2004) s. 480. Se også ICSID art. 25.

<sup>300</sup> Alvik (2011) s. 174. Se også Sasson (2010) s. 27 flg.

<sup>301</sup> Redfern and Hunter (2004) s. 481 og Alvik (2011) s. 162 flg.

<sup>302</sup> Sasson (2010) s. 81 og Douglas (2009) s. 72 flg.

<sup>303</sup> Alvik (2011) s. 174-175 og Sasson (2010) s. 27 flg.

<sup>304</sup> Alvik (2011) s. 175.

<sup>305</sup> Douglas (2009) s. 52 flg.

berettiget forventning.<sup>306</sup> Tilnærmingen legges til grunn i *EnCana v Ecuador* hvor voldgiftsretten uttaler at:

«For there to have been an expropriation of an investment or return (in a situating involving legal rights or claims as distinct from seizure of physical assets) the rights affected must exist under the law which creates them, in this case, the law of Ecuador»<sup>307</sup> (min understrekning).

Tribunalet fastslo at et krav på refusjon av merverdiavgift måtte regnes som en investering, fordi den aktuelle traktats investeringsbegrep inkluderte ”claims to money”. Av lovvalgsklausulen fremgikk at voldgiftsretten «shall decide the dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law».<sup>308</sup> Likevel fant tribunalet at rettighetens eksistens og innhold måtte vurderes i henhold til nasjonal rett: «as ‘the applicable law’ of the right».<sup>309</sup> Hvorvidt selskapet hadde krav på refusjon av betalt merverdiavgift måtte derfor vurderes i lys av Ecuadors rett.

Utgangspunktet er altså at en rettighet må eksistere under nasjonal rett for at ekspropriasjonsstandarden skal komme til anvendelse. Hvis en kontraktsrettighet skal kunne anses som en *investering*, og på denne måten være beskyttet under ekspropriasjonsstandarden, må kontrakten følgelig være gyldig under lokal rett.<sup>310</sup> I teorien er det uttalt at: «[t]he determination of whether a contractual right constitutes an investment requires, first, an enquiry under the relevant municipal law to determine

---

<sup>306</sup> Alvik (2011) s. 176 og Sasson (2010) s. 46 og 65 flg. Se også *Azinian v Mexico* (Award 1999) avsnitt 100: «[f]or if there is no complaint against a determination by a competent court that a contract governed by Mexican law was invalid under Mexican law, there is by definition no contract to be expropriated».

<sup>307</sup> *EnCana v Ecuador* (award 2006) avsnitt 184. Se også *Thunderbird v Mexico* (Award 2006) avsnitt 208: «compensation is not owed for regulatory takings where it can be established that the investor or investment never enjoyed vested rights in the business activity that was subsequently prohibited».

<sup>308</sup> *EnCana v Ecuador* (award 2006) avsnitt 184.

<sup>309</sup> Alvik (2011) s. 176.

<sup>310</sup> Sasson (2010) introduction s. xxvii.

whether the rights exists, and any limits to which it may be subject». <sup>311</sup> Det er altså overlatt til nasjonal rett å definere det materielle aspektet ved kontraktsrettigheter, herunder eksistens og lovlighet. <sup>312</sup>

Ved første øyekast har ikke fair and equitable treatmentstandarden tilsvarende tilknytning til lokal rett: «[...] it is not linked at the outset to any municipal law conception of rights» <sup>313</sup> (min understrekning). Hvorvidt en investor har en berettiget forventning som er beskyttet under standarden faller derfor ikke nødvendigvis sammen med hvorvidt hans rettighet er anerkjent under lokal rett. <sup>314</sup> Standarden er autonom. Dens inntreden avhenger i første rekke av om investorens forventninger er krenket, eller om han har blitt behandlet urettferdig eller urimelig. <sup>315</sup> Følgelig kan en berettiget forventning være beskyttet uavhengig av grunnlagets gyldighet under lokal rett. Det kommer klart til uttrykk i CME v Czech Republic, hvor investoren ble ansett beskyttet under standarden uavhengig av hans formelle rettigheter under vertsstatens rett:

«This contention is unsustainable [...] Whether Czech National Court would support or defend this structure is not dispositive. The Media Council was obligated to defend and secure this structure, after having attracted foreign investment on the basis of it». <sup>316</sup>

Kravet til gyldig og eksisterende rettighet under nasjonal rett kan imidlertid også spores i praksis vedrørende fair and equitable treatmentstandarden. <sup>317</sup> Hvis grunnlaget for investorens berettigede forventning hevdes å være en rettighet basert på et løfte inntatt i

---

<sup>311</sup> Sasson (2010) introductions s. xxvi og s. 77 flg. Se også Douglas (2009) s. 52 flg.

<sup>312</sup> Sasson (2010) s. 81 og 27.

<sup>313</sup> Alvik (2011) s. 204. Se også Dolzer and Schreuer (2008) s. 123: «[t]here is no doubt that the FET standard is meant as a rule of international law and is not determined by the laws of the host state».

<sup>314</sup> Alvik (2011) s. 204. Noe annet er at den vanligvis vil gjøre det.

<sup>315</sup> Alvik (2011) s. 204.

<sup>316</sup> CME v Czech Republic (Partial Award 2001) avsnitt 529 flg. Se også Tecmed v Mexico (Award 2003) avsnitt 155 og 160, Thunderbird v Mexico (Award 2006) avsnitt 149. Se imidlertid Lauder v Czech Republic (Award 2001) avsnitt 297 flg.

<sup>317</sup> EDF v Romania (Award 2009) avsnitt 240 flg., CMS v Argentina (Award 2005) avsnitt 212 flg. og MTD v Chile (Award 2004) avsnitt 187. Se imidlertid Eureko v Poland (Award 2005).

en formell kontrakt, må vanligvis anvendelig lokal rett vurderes.<sup>318</sup> En berettiget forventning kan ikke bedømmes uavhengig av kontraktens gyldighet under nasjonal rett. Utgangspunktet er altså at en investor som ikke har en gyldig kontraktsposisjon heller ikke har en berettiget forventning. Investeringsbeskyttelsen gjelder kontrakten under nasjonal rett. Bare hvor denne er gyldig har investoren en rettighet som kan danne grunnlag for en berettiget forventning.

#### 4.3.3 Hvilket lands rett definerer den beskyttede rettigheten?

I første rekke omhandler den folkerettslige beskyttelsen investeringer. Med investering menes vanligvis eiendom og andre formuesgoder, håndgripelige og uhåndgripelige. For fast eiendom og annet løsøre er de grunnleggende lovvalgsregler *lex rei sitae* eller *lex situs*.<sup>319</sup> Begge utpeker det landets rett hvor eiendommen ligger eller tingen befinner seg.<sup>320</sup> Dette er en grunnleggende regel i de fleste lands internasjonale privatrett, og bør av den grunn også anvendes i internasjonal voldgift som et alminnelig rettsprinsipp. Der formuesgodet befinner seg på statens territorium defineres investeringen av statens egen rett, herunder dens eksistens, gyldighet og omfang. I voldgiftsrettslig teori er det uttalt:

«Insofar as investment treaties require a territorial nexus between the investment and one of the contracting state parties, that property law is the municipal law of the state which the claimant alleges that it has an investment».<sup>321</sup>

Ved statskontrakter er det imidlertid kontraktsrettighetene som utgjør investeringen. På det kontraktsrettslige området er hovedregelen for lovvalg *partsautonomi*. Det gjelder i alminnelig internasjonal privatrett, og til dels i enda større grad i internasjonal voldgift.<sup>322</sup> Voldgiftspraksis går langt i å respektere partenes lovvalg.<sup>323</sup> Det åpner for at

---

<sup>318</sup> Alvik (2011) s. 205.

<sup>319</sup> Douglas (2009) s. 55.

<sup>320</sup> Det antas likevel at det kan være rom for partsautonomi ved rene kontraktsrettslige spørsmål, jfr. Konow (2006) s. 315-316 og s. 487-488. Se også Cordero-Moss (2010) [IV] s. 317.

<sup>321</sup> Douglas (2009) s. 52.

<sup>322</sup> Jfr. henholdsvis avhandlingens kapittel 2 og 3.

<sup>323</sup> Born (2009) s. 2153. Voldgiftspraksis viser: «a dominant feature is respect for party autonomy».

den partsvalgte rett legges til grunn ved vurderingen av hvorvidt det foreligger en investering som er beskyttet under internasjonal rett. Det er derfor ikke nødvendigvis av betydning om kontrakten anses som en investering under vertslandets rett.<sup>324</sup> Dette bekreftes i *MINE v Guinea*.<sup>325</sup> Partene hadde underlagt kontrakten vertslandets rett, spesifisert til slik den gjaldt ved tidspunktet for avtaleinngåelse (såkalt freeze-clause). Arrangementet ble respektert av voldgiftsretten, som la rettsstilstanden ved tidspunktet for kontrahering til grunn. Hvis kontrakten anses som en gyldig rettighet under den partsvalgte rett bør således dette legges til grunn, uavhengig av klassifiseringen i vertslandets rett.

Oppfatningen utfordres av ugyldighetsspørsmålet, selv om utgangspunktet også her er partsautonomi.<sup>326</sup> I tilknytning til fair and equitable treatmentstandarden er det i litteraturen uttalt at: «[c]learly, an expectation based on a formal contract cannot plausibly be sustained independently of the validity and fate of the contract under its applicable law»<sup>327</sup> (min understrekning). Der den berettigede forventning baseres på kontraktsrettslige løfter må kontraktens gyldighet og omfang vurderes etter den *anvendbare retten*. Hovedregelen om partsautonomi tilsier at den partsvalgte rett skal legges til grunn. Som nevnt gjelder i utgangspunktet dette også ved alminnelige ugyldighetsspørsmål.<sup>328</sup> Som vist i avhandlingens kapittel 3 er imidlertid internasjonale voldgiftsrettsinstanser tilsynelatende underlagt internasjonale lovvalgsprinsipper. Hvor ugyldighetspåstanden baseres på *kompetansmangel* utpekes *lex causae* (anvendbar rett) av lovvalgsregelen *personens hjemlands rett*. Dette legges til grunn i praksis,<sup>329</sup> og bekreftes i internasjonal teori.<sup>330</sup> Hvor ugyldighetsgrunnlaget er en påstått

---

<sup>324</sup> Se Alvik (2011) s. 175.

<sup>325</sup> *MINE v Guinea* (Decision on Annulment 1989) avsnitt 95 og 112.

<sup>326</sup> Douglas (2009) s. 90: «the law applicable to an issue relating to claim founded upon a contractual obligation [...] is the law governing the contract».

<sup>327</sup> Alvik (2011) s. 205.

<sup>328</sup> Eksempelvis New York-konvensjonen art. V (1) (a) annet alternativ og Roma I-forordningen art. 10.

<sup>329</sup> ICC case No. 6474 (Partial Award 1992) s. 297. Se også Born (2009) s. 555 note 669 for flere eksempler.

<sup>330</sup> Bühler and Webster (2008) s. 113, Born (2009) s. 556 med videre henvisninger i note 673 og Derains (2005) s. 240.



kompetansemangel må kontraktens gyldighet vurderes etter statens rett. Det gjelder som en hovedregel uavhengig av hvilken rett lovvalgsklausulen viser til.

Utgangspunktet for kontraktsrettigheter er altså at den berettigede forventning defineres av den partsvalgte rett. Baseres ugyldighetspåstanden på manglende kompetanse kommer derimot partenes egen rett til anvendelse. Konsekvensen er at en statskontrakt som er inngått av en representant uten nødvendig kompetanse ikke kan danne grunnlag for investorens berettigede forventninger. Investoren kan heller ikke sies å ha en berettiget forventning der kontrakten etter den partsvalgte rett ikke oppfyller kravene til investering, eller er ugyldig.

Dette er likevel bare et utgangspunkt. Hensynene bak prinsippet om berettigede forventninger kan tilsi at også kontrakter som er ugyldige under nasjonal rett bør være beskyttet. Det reiser spørsmål om en forventning i ethvert henseende må defineres av lokal rett. Kan en berettiget forventning anses som en selvstendig rettighet, som er beskyttet under internasjonal rett uavhengig av grunnlagets gyldighet i nasjonal rett?

#### 4.3.4 Hensyn ved vurderingen av hvorvidt en berettiget forventning er autonom

I samtlige av de nevnte internasjonale standarder og prinsipper innfortolkes det et berettiget forventningsprinsipp. Man bør av den grunn kunne si at det foreligger en selvstendig berettiget forventningsstandard.<sup>331</sup> Denne er begrunnet i en rekke sentrale hensyn, på tvers av de ulike forankringene. Etter min mening gjør disse hensyn seg også gjeldende der grunnlaget for forventningen er ugyldig under nasjonal rett.

Fremveksten av berettiget forventningsprinsippet har sin bakgrunn i det gjennomgående formålet i investeringsretten: å legge til rette for langsiktige investeringer.

Investeringsretten er basert på en gjensidighetstanke. Det fremgår indirekte av fortalene til de fleste investeringstraktater.<sup>332</sup> Når utenlandske investorer gjennom kapitaltilførsel bidrar til økonomisk utvikling i en stat, skal de sikres et stabilt og forutberegnelig miljø

---

<sup>331</sup> Vicuna (2003) s. 193. Se også Alvik (2011) s. 197 som påpeker at hvorvidt berettiget forventningsstandard er enhetlig, uavhengig av grunnlag er noe usikkert, og at standarden uansett må være fleksibel og til enhver tid bero på sakens faktum.

<sup>332</sup> Douglas (2009) s. 162.

for investeringen. Gjennomgående er altså investeringsretten basert på et transaksjonsperspektiv hvor gjensidighet, tillit og forpliktelse ligger til grunn.<sup>333</sup> Grunnhensynene motvirker den politiske risiko som foreligger ved langsiktige investeringer, og skaper trygghet for utenlandske investorer. Samtidig blir staten attraktiv som investeringssted. Gjensidighetstanken gir begge parter fordeler. Investeringsstandardenes utvidende formål om å beskytte berettigede forventninger er nettopp basert på hensynet til tillit og gjensidig forpliktelse i relasjon til investeringen.<sup>334</sup> Dette bekreftes i voldgiftspraksis.

I MTD v Chile ble det i tilknytning til kravet om fair and equitable treatment uttalt at standarden krever: «treatment in a even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment».<sup>335</sup> Prinsippet om berettigede forventninger skal altså bidra til å styrke sikkerhet og tillitt ved grenseoverskridende investeringer. Det understrekes i Tecmed v Mexico hvor det fastslås at hovedformålet bak fair and equitable treatment-standarden er: «[...]to strenghten and increase the security and trust of foreigh investors[...]».<sup>336</sup> Tilsvarende legges til grunn i CMS v Argentina hvor retten uttaler at:

«[...] [O]ne principal objective of the protection envisaged is that fair and equitable treatment is desirable “to maintain a stable framework for investments and maximum use of economic resources”. There can be no doubt, therefore, that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment».<sup>337</sup>

---

<sup>333</sup> Alvik (2011) s. 160. Douglas (2009) s. 161: «[t]he notion of a *quid pro quo* between a foreign investor and the host state is the cornerstone for the system of investment treaty arbitration».

<sup>334</sup> Alvik (2011) s. 160 og s. 162: «[t]his is suggestive of an underlying contractual logic in the application of the expropriations standard to state undertakings».

<sup>335</sup> Jfr. MTD v Chile (Award 2004) avsnitt 113.

<sup>336</sup> Jfr. Tecmed v Mexico (Award 2003) avsnitt 156.

<sup>337</sup> Se CMS v Argentina (Award 2005) avsnitt 274. Se også Saluka v Czech Republic (Partial Award 2006) avsnitt 301.

Hensynet til tillit, forutberegnelighet, sikkerhet og stabilitet taler for at investorens berettigede forventninger bør gis forrang fremfor nasjonale bestemmelser som vil medføre at den inngåtte investeringskontrakten er ugyldig.<sup>338</sup> For det første ligger det i kravet til forutberegnelighet og sikkerhet et implisitt *klarhetskrav*. Investoren investerer på bakgrunn av det rettslige rammeverket som presenteres for ham. Staten har således et ansvar for at regelverket er klart og lett tilgjengelig. Der lokale regler ikke kommer til syne for investoren ved tidspunktet for avtaleinngåelse, bør ikke disse kunne påberopes av staten.<sup>339</sup> I *Metaclad v Mexico* ble det uttalt at:

«[A]ll relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors[...] There should be no room for doubt or uncertainty on such matters».<sup>340</sup>

Det er investorens rimelige forståelse av det rettslige rammeverket som skal legges til grunn. I internasjonal teori er det uttalt at: «[L]egal rules and regulations are only able to create the basis of an environment beneficial to long-term investment when they are applied according to how a reasonable investor would expect them to be applied».<sup>341</sup> For det andre vil eventuelle opplysninger, løfter og forsikringer fra myndighetene utgjøre en sentral del av investorens forståelse av det rettslige rammeverket.<sup>342</sup> Hvis en investor får et løfte om at skattesatsene vil fryses, utgjør løftet en sentral del av hans risikoanalyse og andre vurderinger ved investeringsplanleggingen. Uavhengig av om løftet var gyldig eller ikke vil investeringsmiljøet endres drastisk om vertslandet ikke respekterer avtalen. Alminnelige rimelighetsbetraktninger tilsier at så langt investorens berettigede forventninger baseres på spesifikke løfter og forsikringer fra myndighetene må forventningen være beskyttelsesverdig. Bare på denne måten kan formålet om å

---

<sup>338</sup> Jfr. Alvik (2011) s. 205. Se også s. 190.

<sup>339</sup> Se Alvik (2011) s. 177.

<sup>340</sup> *Metalclad v Mexico* (Award 2000) avsnitt 76, jfr. Dolzer and Schreuer (2008) s. 133-134:

«[t]ransparency means that the legal framework for the investor's operations is readily apparent and that any decisions affecting the investor can be traced to that legal framework».

<sup>341</sup> Reinisch (2008) s. 124.

<sup>342</sup> Dolzer and Schreuer (2008) s. 134 og s. 105.

styrke langsiktige investeringer oppnås. Et formål som tjener både investoren og investeringsstaten.

De underliggende hensyn bak investeringsretten taler altså for at berettigede forventninger som er basert på vertsstatens rettslige rammeverk eller eksplisitte og implisitte løfter fra myndighetene, i enkelte tilfeller bør kunne anses som selvstendige rettigheter under internasjonal rett. Det tilsier igjen at der en godtroende investors forventning er basert på et kontraktuelt løfte som er *relied on*, bør forventningen være beskyttet uavhengig av kontraktens status under nasjonal rett. I teorien er det uttalt at:

«The legal framework on which the investor is entitled to rely will consist of legislation and treaties, of assurances contained in decrees, licenses and similar executive assurances as well as in contractual undertakings. A reversal of assurances by the host state that have led to legitimate expectations will violate the principle of fair and equitable treatment»<sup>343</sup> (min understrekning).

At en berettiget forventning kan danne et selvstendig grunnlag for krav under folkeretten, uavhengig av rettighetens gyldighet under lokal rett, synes å antas i *Eureko v Poland*.<sup>344</sup> Voldgiftsretten forutsatte at staten hadde påtatt seg spesifikke forpliktelser. Investorens sammenfallende rettigheter ble ansett beskyttet både under ekspropriasjonsstandarden og kravet om fair and equitable treatment.<sup>345</sup> Konklusjonen ble truffet uten at voldgiftsretten tok standpunkt til om grunnlaget for forventningen var gyldig under polsk rett. Heller ikke ble spørsmålet drøftet under andre rettsystemer. I stedet forutsatte tribunalet at investeringskontrakten var gyldig.<sup>346</sup>

---

<sup>343</sup> Dolzer and Schreuer (2008) s. 134.

<sup>344</sup> *Eureko v Poland* (Award 2005).

<sup>345</sup> Det var manglende gjennomføring av en avtale om privatisering og overdragelse av virksomhet, som både ble ansett å utgjøre et brudd på statens forpliktelse til å respektere selskapets berettigede forventninger, og ekspropriasjon av investorens kontraktsrettigheter.

<sup>346</sup> Se imidlertid dommer Rajski's kommentar i "Dissenting opinion", avsnitt 5 hvor det fremholdes: «[i]t is to be noted that in the long reasons to its decision, the Tribunal has not once referred to any relevant provision of Polish civil law when interpreting the contracts concluded by the parties. This approach

Tilsvarende fremkommer av CME v Czech Republic.<sup>347</sup> Tribunalet fant ingen klare holdepunkter for å konstantere at staten hadde påtatt seg en eksplisitt forpliktelse i kontrakten. Likevel ble investorens berettigede forventninger ansett beskyttelsesverdige. Begge avgjørelsene kan tas til inntekt for at det bør være rom for å anvende internasjonal rett til tross for at grunnlaget for den berettigede forventning er ugyldig under vertsstatens rett.<sup>348</sup>

At en investor som i aktsom god tro har investert i tillitt til en investeringskontrakt bør være beskyttet mot at grunnlaget for hans forventninger kjennes ugyldig antas videre av enkelte juridiske forfattere.<sup>349</sup> Andre holder strengt på at rettighetene må vurderes i henhold til lokal rett, og uttaler blant annet at: «[t]he concept of legitimate expectations is not an autonomous legal entitlement [...]».<sup>350</sup> I hovedsak anføres at hvis en berettiget forventning i seg selv utgjør en rettighet uavhengig av grunnlagets klassifisering under nasjonal rett, vil det medføre at enhver økonomisk interesse er vernet under internasjonal rett. Grunnsetningen om at investeringer «consists of legal entitlements and does not extend to mere expectations»<sup>351</sup> utviskes. Ethvert kontraktsbrudd vil i realiteten innebære et brudd på internasjonal rett.

Argumentasjonen gjør seg imidlertid ikke i like stor grad gjeldende om man legger til grunn de tidligere nevnte kriterier for når en kontrakt er beskyttet under de ulike folkerettslige regler. Disse objektivt definerte kriteriene anvendes gjennomgående i voldgiftspraksis. For at et kontraktsbrudd skal anses som et brudd på internasjonal rett må investoren (I) vise at han har en berettiget forventning, som (II) han har investert i tillit til, og som (III) etterfølgende er krenket gjennom en handling foretatt av staten i dens egenskap av offentlig myndighet.<sup>352</sup> Ved å anvende disse kriteriene for å vurdere

---

makes the impression that the tribunal treats them as contracts “sans loi” – which facilitates their free interpretation».

<sup>347</sup> CME v Czech Republic (Partial Award 2001).

<sup>348</sup> Slik også Alvik (2011) s. 177.

<sup>349</sup> Alvik (2011) s. 177.

<sup>350</sup> Sasson (2010) s. 89.

<sup>351</sup> Sasson (2010) s. 28.

<sup>352</sup> Alvik (2011) s. 160. Det er antatt at sistnevnte kriterium tilfredsstilles hvis handlingen har et politisk formål jfr. Alviks drøftelse på s. 170 flg. og s. 198 flg.

om en kontraktsrettighet er beskyttet, vil ikke ethvert kontraktsbrudd innebære et brudd på internasjonal rett. Det er først når vilkårene er oppfylt at man er innenfor berettiget forventningsstandardens virkeområde. Bare da kan forventningen være beskyttet uavhengig av kontraktens gyldighet eller eksistens under nasjonal rett. Med andre ord er det først i slike tilfeller en berettiget forventning kan utgjøre et selvstendig krav under internasjonal rett.

#### 4.3.5 Foreløpig konklusjon

Utgangspunktet er at en kontraktsrettighet defineres av lokal rett. Ved kontrakter er det til en viss grad rom for lovvalgsfrihet i henhold til hvilket lands rett som definerer rettigheten, men i flere tilfeller vil den anvendbare nasjonale rett være vertsstatens rett. Som den grunnleggende hovedregel vil investeringsbeskyttelsen beror på om kontrakten er gyldig under anvendelig lokal rett. Likevel bør det være rom for at en berettiget forventning i enkelte tilfeller kan anses som en selvstendig rettighet, som nyter folkerettslig beskyttelse, uavhengig av kontraktens status under nasjonal rett. Prinsippet om berettigede forventninger kan altså pålegge staten ansvar for terminering av en statskontrakt som er inngått av en statsrepresentant som utad fremstod som legitimert, men som innad manglet den nødvendige kompetanse til å binde staten.

### 4.4 Internasjonale prinsipper som direkte grunnlag for å binde staten

#### 4.4.1 Innledning

I motsetning til voldgift som har sitt grunnlag i en traktat, er det i utgangspunktet kontraktsprestasjonen som skal prøves ved kontraktsbasert voldgift. Dermed skiftes fokus fra internasjonale regler som i første rekke beskytter utenlandske investorer mot myndighetsmisbruk, til internasjonale prinsipper som hovedsakelig fungerer på det kontraktsrettslige plan. Spørsmålet er om det finnes internasjonale regler som medfører at en stat er bundet til en investeringskontrakt til tross for internrettslig ugyldighet. Kapitlet vil søke å kartlegge ulike materielle prinsipper som kan anvendes som en form for *avtalebindingsregel*. Videre vil det gjøres et forsøk på å vise at de fleste reglene, herunder også voldgiftsribunalenes anvendelse av dem, er basert på de samme underliggende hensyn. Av den grunn kan tenkes at det foreligger et selvstendig internasjonalt materielt legitimasjonsprinsipp. Det kan hevdes at dette igjen, også i

realiteten er en spesifikk anvendelse av det mer alminnelige prinsippet om berettigede forventninger.

#### 4.4.2 Pacta sunt servanda

Som tidligere nevnt er den alminnelige oppfatning at et kontraktsbrudd ikke i seg selv er et brudd på internasjonal rett. Forståelsen bygger på en forutsetning om at det ikke finnes en internasjonal regel som pålegger kontraktsparter å respektere inngåtte avtaler.<sup>353</sup> Ved en gjennomgang av voldgiftspraksis ser man likevel at flere tribunaler eksplisitt anvender en internasjonalt forankret regel om at avtaler skal holdes, gjennom den såkalte *internasjonaliseringsmetoden*.<sup>354</sup> Som et utgangspunkt forutsetter prinsippet *pacta sunt servanda* at det foreligger en gyldig inngått kontrakt. Spørsmålet er om regelen likevel kan legges til grunn, selv om kontrakten er ugyldig under nasjonal rett. Finnes det et internasjonalt prinsipp om at avtaler skal holdes som kan anvendes som en form for avtalebindingsregel, slik at en stat må anses bundet til en kontrakt uavhengig av om kontrakten er gyldig under vertsstatens egen rett?

I praksis ser man at enkelte voldgiftstribunaler anvender *pacta sunt servanda* uavhengig av kontraktens gyldighet under statens lokale rett. Et eksempel er *Revere Copper v OPIC*. Her hadde staten forpliktet seg til ikke å innføre flere skatter og avgifter med virkning for selskapet. Til tross for dette ble det innført ny skattelovgivning. Begrunnelsen var at staten ikke kontraktsrettslig kunne binde sin lovgivningsmyndighet. I realiteten var altså kontraktens skatt- og avgiftsklausul ugyldig. Tribunalet uttalte at:

«Under international law the commitments made in favor of foreign nationals are binding notwithstanding the power of Parliament and other governmental organs under the domestic Constitution to override or nullify such commitments. Any other position would mean in this case that Jamaica could not in the

---

<sup>353</sup> Alvik (2011) s. 206.

<sup>354</sup> Se nærmere Alvik (2011) s. 206 flg. Allerede i *Serbian Loan Case* av 1929, ble en internasjonal regel om *pacta sunt servanda* lagt til grunn jfr. Spiermann (2005) s. 5.

exercise of its sovereign powers obtain foreign private capital to develop its resources or attract foreign industries». <sup>355</sup>

Med forankring i internasjonal rett ble altså staten ansett bundet til løftet inntatt i investeringskontrakten. Det til tross for at kontraktens skatt- og avgiftsklausul var ugyldig under statens egen rett. Også i *Himpurna v Persero* kom voldgiftsretten frem til at staten var bundet til den omtvistede kontrakten. I denne saken anførte staten at myndighetsrepresentanten ikke hadde den nødvendige kompetanse til å inngå den konkrete avtalen på vegne av staten. Påstanden ble avvist uten at tribunalet fant grunn til å vurdere avtalens gyldighet under statens lokale rett. Voldgiftsretten uttalte at:

«An over-readiness by international arbitrators to accept illegality defences may harm an international mechanism which benefits numerous countries that rely on access to international funding, technology and trade [...] [Nothing] should be taken to mean that PLN`s illegality or invalidity defence have not been considered. The point is simply that there is a presumption in favor of the validity of contracts; that this presumption is healthy; that it is strengthened when contracts have provided the basis upon which many persons have acted over time [...]» (min understrekning). <sup>356</sup>

Tribunalet forutsatte i stedet at avtalen var gyldig, og kunne av den grunn anvende *pacta sunt servanda* for å fastslå at staten var forpliktet under investeringskontrakten. Hvordan kan det internasjonale prinsippet om at avtaler skal holdes anvendes på ”ugyldige” statskontrakter, når en alminnelig forutsetning for regelens anvendelse er at det foreligger en gyldig kontraktsrettslig forpliktelse? Et nærliggende svar er at tribunalene i realiteten anvender et prinsipp om berettigede forventninger. <sup>357</sup> På tilsvarende måte som under traktatstandardene, minimumsstandard og prinsippet om

---

<sup>355</sup> *Revere Copper v OPIC* (Award 1978) avsnitt 284, sitert fra Alvik (2011) s. 211.

<sup>356</sup> *Himpurna v Persero* (Award 1999) avsnitt 114-116.

<sup>357</sup> Alvik (2011) s. 207.



acquired rights er investorens rettigheter beskyttet så langt han har en berettiget forventning som er ”*relied on*”.<sup>358</sup>

At et prinsipp om berettigede forventninger legges til grunn viser seg særlig gjennom de hensyn som gjennomgående tillegges vekt i de ulike voldgiftsavgjørelsene. I *Revere Copper v OPIC* ble blant annet kontraktens karakter av langsiktig utviklingsavtale vektlagt.<sup>359</sup> Likeså ble selskapets faktiske, så vel som planlagte finansiering i henhold til statens løfte.<sup>360</sup> Dette er momenter som går igjen under den alminnelige berettiget forventningsstandard.<sup>361</sup> Voldgiftsrettens resonnement synes å være at statens løfter må overholdes hvis investoren har lagt disse til grunn for investeringen.<sup>362</sup>

«We regard these principles as particularly applicable where the question is, as here, whether actions taken by a government contrary to and damaging to the economic interests of aliens are in conflict with undertakings and assurances given in good faith to such aliens as an inducement to their making the investment affected by the action».<sup>363</sup>

Også gjensidighetshensynet skinner igjennom. Blant annet ble det lagt vekt på at selskapets virksomhet tilførte vertslandet kapital og andre betydningsfulle ressurser. Til gjengjeld burde da selskapet kunne forvente stabilitet og forutberegnelighet for sine investeringer. De sentrale kriteriene i *Revere Copper*-avgjørelsen er altså i realiteten at investoren har en berettiget forventning som han har investert i tillit til.<sup>364</sup> Tilsvarende forståelse kan utledes fra *Himpurna*-saken.<sup>365</sup> Voldgiftstribunalet la uttrykkelig vekt på

---

<sup>358</sup> Alvik (2011) s. 207: [...]the basic rationale of these cases[...] is based on an underlying structural concept of commitment based on reliance, which recalls the underlying rationale of protection of legitimate expectations discussed above in relation to the relevant treaty standards».

<sup>359</sup> Se Alvik (2011) s. 210, som viser til dommens avsnitt 284 jfr. avsnitt 272 og 276-277.

<sup>360</sup> jfr. Alvik (2011) s. 211 som viser til dommen avsnitt 276-279

<sup>361</sup> Se avhandlingens punkt 4.1

<sup>362</sup> Slik også Alvik (2011) s. 211.

<sup>363</sup> Sitert fra Delaun (1981) s. 803.

<sup>364</sup> Jfr. Alvik (2011) s. 211.

<sup>365</sup> *Himpurna v Persero* (Award 1999).

kontraktens karakter, samt at tvisteløsning ved voldgift i seg selv er et middel for å tiltrekke seg utenlandske investorer. Sammenholdt ble disse momenter ansett for å fremkalle en presumsjon om at kontrakten var gyldig.<sup>366</sup> Også i denne saken virker et ønske om å beskytte investorens berettigede forventninger å være den sentrale begrunnelse bak internasjonal retts anvendelse.<sup>367</sup>

At det internasjonale prinsipp om at avtaler skal holdes anvendes som et berettiget forventningsprinsipp fremgår også implisitt av den tidligere avsatte Sapphire-saken.<sup>368</sup> Utad legger voldgiftsretten *pacta sunt servanda* til grunn, og dets anvendelse begrunnes med at statskontrakten er internasjonalisert. Av tribunalets resonnement ser man imidlertid at det er de samme hensyn som under berettiget forventningsstandard som tillegges vekt:

«Under the present agreement, the foreign company was bringing financial and technical assistance to Iran, which involved it in investments, responsibilities, and considerable risks. It therefore seems natural that they should be protected against any legislative changes which might alter the character of the contract, and that they should be assured of some legal security».<sup>369</sup>

Også i Sapphire-saken er hensynet til gjensidighet mellom investoren og vertsstaten et vesentlig moment. Det fremkommer klart at en investors bidrag til vertslandet fordrer et forutberegnelig og stabilt miljø for investeringen. En utenlandsk investor som gjennom sin investering tilfører vertsstaten betydelige ressurser, skal kunne legge til grunn at statens kontraktsrettslige forpliktelser overholdes. Kontraktens karakter av langsiktig utviklingsavtale, at denne utgjorde det sentrale grunnlaget for selskapets investering, og at investeringen medførte en betydelig risiko for investoren er sentrale momenter.<sup>370</sup>

Det fremgår blant annet av voldgiftstribunalets uttalelse om at:

---

<sup>366</sup> Jfr. Alvik (2011) s. 214.

<sup>367</sup> Alvik (2011) s. 215 jfr. 212-213, hvor det vises til AMINOIL v Kuwait (Award 1982) avsnitt 148 flg.

<sup>368</sup> Sapphire v NIOC (Award 1963) behandlet av Alvik (2011) s. 209-210, som på side 207-209 også henviser til Texaco v Libya (Award 1977).

<sup>369</sup> Sapphire v NIOC (Award 1963) avsnitt 136 og 171, sitert fra Alvik (2011) s. 210.

<sup>370</sup> Alvik (2011) s. 209 og 210.

«Such a solution seems particularly suitable for giving guarantees of protection which are indispensable for foreign companies, since these companies undergo very considerable risks in bringing financial and technical aid to countries in the process of development».<sup>371</sup>

Av de nevnte voldgiftsavgjørelser ser man at hovedhensynet bak anvendelsen av *pacta sunt servanda* gjennomgående er å underbygge den langsiktige investeringen. Av vesentlig betydning er også risikomomentet.<sup>372</sup> Tanken er tilsynelatende at den særegne risiko som følger med slike investeringer bør gjenspeiles i et stabilt og forutberegnelig investeringsmiljø. Å anvende prinsippet om at avtaler skal holdes som en form for avtalebindingsregel, til tross for avtalens ugyldighet, er av den grunn ikke så påfallende. I realiteten er det et prinsipp om berettigede forventninger som legges til grunn, hvor hovedessensen er beskyttelse av berettigede forventninger som er *relied on*. Ved å anlegge en slik forståelse er det altså rom for å anse staten bundet til en investeringskontrakt, så langt investoren har en berettiget forventning som han har innrettet seg etter. Hvorvidt kontrakten er gyldig under nasjonal rett blir da av underordnet betydning.

#### 4.4.3 Ratification by conduct

I flere eldre voldgiftsavgjørelser kan det spores et prinsipp om at statens etterfølgende handlinger, i enkelte tilfeller, må betraktes som en godkjennelse (*ratification*) av en ugyldig kontrakt.<sup>373</sup> Av den grunn blir staten ansett bundet til avtalen, og er således forpliktet etter denne. Resonnementet fremgår blant annet av Hemming-saken. Her ble statens påstand om at avtalen var ugyldig på grunn av representantens kompetansemangel avvist. Tribunalet uttalte blant annet at:

«Whatever at the outset was the authority of the United States consul to employ an attorney at the expense of the United States Government [...] that

---

<sup>371</sup> *Sapphire v NIOC* (Award 1963) avsnitt 175, sitert fra Alvik (2011) s. 210 note 243.

<sup>372</sup> Alvik (2011) s. 212.

<sup>373</sup> Jfr. *Meron* (1957) s. 282. Her kan trekkes en linje til det norske *ratifikasjonsprinsippet*, se *Hov* (2002) s. 318 flg. og *Woxholt* (2005) s. 313.

Government was perfectly well aware [...] of Hemming's employment in a prosecution initiated solely for its benefit [...] it did not object [...] to the steps taken by its consul but appeared implicitly [...] to approve of Hemming's employment. The tribunal is, therefore, of opinion that the United States is bound by the contract entered into, rightly or wrongly, by its consul for its benefit and ratified by itself».<sup>374</sup>

I voldgiftsavtalen var det inntatt en lovvalgsklausul til fordel for internasjonal rett. Følgelig må tribunalet ha betraktet *ratification by conduct* som et internasjonalt prinsipp.<sup>375</sup> Statens passivitet ble uttrykkelig vektlagt, og måtte anses som en indirekte godkjennelse av den omtvistede avtalen. Hensynet til medkontrahenten står altså sentralt under prinsippet. Statens passivitet ble tilsynelatende veid mot hensynet til å beskytte medkontrahentens forventninger om at avtalen var gyldig inngått. Forståelsen bekreftes i den etterfølgende Davies-saken hvor det i en kommentar til Hemming-saken ble påpekt at:

«The decisions in the Hemming and Trumbull cases appear to emphasize the idea of protection to persons contracting with public officers who, such persons may have good reasons to believe, act within the scope of their authority».<sup>376</sup>

Heller ikke i Davies-saken fikk staten gjennomslag for anførselen om at avtalen var ugyldig. Ved å betale for tjenestene anerkjente staten kontraktens gyldighet.<sup>377</sup> Ratifikasjonstankegangen fremkommer også eksplisitt i en rekke etterfølgende voldgiftsavgjørelser. I en voldgiftsdom ble det uttalt at: «even if it be granted that the Governor-General [...] was not authorised to sign in the name of municipality of Sivas, the latter must be regarded as having ratified the contract».<sup>378</sup> I Jalapa Railroad Case ble

---

<sup>374</sup> Hemming Case (Great Britain v U.S 1920) s. 53.

<sup>375</sup> Slik også Meron (1957) s. 283.

<sup>376</sup> Davies Case (U.S v Mexico 1927) s. 142 avsnitt 10.

<sup>377</sup> Meron (1957) s. 283.

<sup>378</sup> Wauquier et Cie. (1930) sitert fra Meron (1957) s. 284.

det uttalt at kontrakten: «had been effectively ratified over five years... by payments made there-under and [...] other action taken with respect to the property».<sup>379</sup>

Ratifikasjonsprinsippet anvendes altså i internasjonal voldgift for å statuere binding til tross for at avtalen er ugyldig, ved å anse statens etterfølgende opptreden som en godkjenning av den inngåtte kontrakt. I samtlige saker legges det utad vekt på at avtalen delvis er gjennomført. Også passivitetsbetraktninger er av vesentlig betydning. Riktignok gir disse momenter en viss indikasjon om at staten selv har ansett seg bundet til avtalen. Likevel kan det kanskje hevdes at det bør kreves en mer konkret handling for å kunne si at avtalen faktisk er godkjent. Med forankring i et slikt resonnement er det i internasjonal teori påpekt at det i de fleste saker ikke foreligger en egentlig ratifikasjon.<sup>380</sup> Til fordel for en slik forståelse taler at selve ratifikasjonen ikke synes å være hovedkriteriet for at staten anses bundet. I stedet er hensynet til medkontrahenten, og hans forventninger om at representanten hadde den nødvendige myndighet det bærende hensyn for tribunalenes konklusjon. Med andre ord er medkontrahentens innrettelse etter statens løfte hovedkriteriet for å fastslå binding. Man ser dermed likheten til berettiget forventningsprinsippet.

#### 4.4.4 Estoppel

Det vesentlige i *estoppel*-doktrinen er at en part ikke skal kunne fremsette en påstand eller hevde en rett der han ved å gjøre dette opptrer i strid med en tidligere inntatt posisjon, og dette vil være urimelig overfor den annen part.<sup>381</sup> I internasjonal voldgift er prinsippet anvendt i konflikter mellom stater<sup>382</sup> og i tvister mellom en stat og en utenlandsk investor.<sup>383</sup> Det foreligger en viss uenighet omkring prinsippets karakter.<sup>384</sup> Enkelte anser *estoppel* som en folkerettslig sedvaneregulering. Andre baserer prinsippet på

---

<sup>379</sup> Jalapa Railroad Case (U.S v Mexico 1942) sitert fra Meron (1957) s. 284.

<sup>380</sup> Meron (1957) s. 284, som påpeker klare likhetstrekk med *estoppel*.

<sup>381</sup> Bowden (1993) s. 127. Se også Bowett (1957) s. 176.

<sup>382</sup> Jfr. Eastern Greenland case (Denmark v Norway 1933) og Shufeldt Claim (US v Guatemala 1930) .

<sup>383</sup> Amco v Indonesia (Decision on jurisdiction 1983). Se også ICC Case No. 10663, upublisert, men gjengitt av Náo (2001) s. 98 flg.

<sup>384</sup> Brown (2009) s. 9, hevder blant annet at prinsippet bare kan anvendes mellom likestilte parter: «such as private parties to a contract, or two sovereign states».

en komparativ analyse av flere lands rett, hvorefter den internasjonale regelen anses som et alminnelig rettsprinsipp.<sup>385</sup> Svakheten med en slik forståelse er at konseptet ikke nødvendigvis har samme innhold under de ulike nasjonale rettssystem. Særlig er det forskjeller mellom civil- og common law land.<sup>386</sup> Endelig legger noen vekt på at konseptet har sitt utspring i prinsippet om *good faith*, og anser estoppel som en spesifikk anvendelse av dette prinsippet.<sup>387</sup> Uavhengig av innfallsvinkel er det en generell enighet om at det finnes en internasjonal regel om estoppel.<sup>388</sup> Spørsmålet er om denne kan legges til grunn slik at staten anses bundet til investeringskontrakten til tross for avtalens ugyldighet under lokal rett.

I *Amco v Indonesia* var hovedtemaet voldgiftsribunalets jurisdiksjon til å behandle tvisten.<sup>389</sup> Den omtvistede kontrakten var inngått mellom Amco og P.T Visma. Sistnevnte var et selskap underlagt indonesiske myndigheters kontroll. Staten hevdet at det var de to selskaper som reelt sett var parter i tvisten, og at voldgiftsretten derfor ikke kunne behandle saken.<sup>390</sup> Staten fryktet en anførsel fra Amcos side om at P.T Visma måtte sidestilles med den indonesiske stat, og hevdet av den grunn at Amco i så tilfelle måtte hindres i å fremsette en slik påstand. Begrunnelsen var at Amco tidligere hadde forholdt seg til P.T Visma som et selvstendig selskap, både ved saksbehandling for indonesiske domstoler, og i forbindelse med en inntatt ICC-voldgiftsklausul.<sup>391</sup> Påstanden om estoppel ble behandlet i et obiter dictum. Tribunalet sluttet seg til en uttalelse i en tidligere sak hvor det ble fremholdt at: «[a] State must not be permitted to benefit by its own inconsistency to the prejudice of an another State».<sup>392</sup> Voldgiftsretten i Amco-saken fant at prinsippet også måtte kunne legges til grunn i kommersiell

---

<sup>385</sup> Meron (1957) s. 286 og MacGibbon (1958) s. 468.

<sup>386</sup> I engelsk rett sondres det eksempelvis mellom ”*estoppel by representation*”, ”*promissory estoppel*” og ”*estoppel by convention*”. Jeg nøyer meg med å vise til Bowden (1993) s. 128 flg.

<sup>387</sup> Meron (1957) s. 286, Bowett (1957) s. 176 og *Schufeldt Claim (U.S v Guatemala, 1930)*.

<sup>388</sup> Brownlie (2008) s. 153 og 643 flg., MacGibbon (1958) s. 468. Se imidlertid Brown (1996) s. 383 flg. for en kritisk analyse.

<sup>389</sup> *Amco v Indonesia (Decision on jurisdiction 1983)*.

<sup>390</sup> Se avsnitt 37.

<sup>391</sup> Se avsnitt 42 flg. Se også Bowden (1993) s. 131

<sup>392</sup> Se avsnitt 47 jfr. *Temple Vihear Case (1962)* s. 39-51.

voldgift.<sup>393</sup> Et hovedhensyn bak estoppeldoktrinen er altså et ønske om konsekvente holdninger. Dette kan igjen forankres i det underliggende behov for stabilitet og forutberegnelighet i en internasjonal aktørs oppførsel.<sup>394</sup> Det er altså hensynet til investoren, herunder hans forventninger som skapes av den annen parts opptreden, som skal beskyttes.

At disse hensyn ligger til grunn for estoppelkonseptet bekreftes i *Dlamia Dairy Industries v National Bank of Pakistan*.<sup>395</sup> Også her hevdet staten at voldgiftsretten manglet den nødvendige jurisdiksjon til å behandle tvisten. Anførselen ble avvist, og begrunnet i statens inkonsekvente adferd i tilknytning til rettsaken.<sup>396</sup> Tribunalet fastslo at det finnes: «a general principle of law, both international and municipal [...] that “a man shall not be allowed to blow hot and cold - to affirm at one time and to deny at another [...] Such a principle has its basis in common sense and common justice [...]”». <sup>397</sup> Igjen ser man at hensynet til konsekvent opptreden, forutberegnelighet og stabilitet ligger til grunn for estoppelprinsippet. Hvis en kontraktspart gjennom et utsagn eller handling skaper en forventning for en annen part, kan han ikke i ettertid endre kurs på bekostning av medkontrahtenten.

De nevnte hensyn gjør seg i like stor grad gjeldende hvor staten i handling har gitt uttrykk for at en investeringskontrakt er gyldig, men etterfølgende påberoper seg at avtalen er ugyldig under nasjonal rett. I slike tilfeller bør statens påstand avskjæres med den virkning at investeringskontrakten forblir gyldig. Med andre ord bør estoppelprinsippet kunne anvendes som en form for avtalebindingsregel. En slik forståelse av estoppelkonseptet kan uteldes fra et obiter dicta i *Shudfeldt*-saken. I tilknytning til saksøkers påstand om estoppel uttalte tribunalet at:

«[T]he Guatemala Government having recognised the contract for six years and received all the benefits [...] and allowed Shufeldt to go on spending money on

---

<sup>393</sup> Se avsnitt 47. Voldgiftsretten fant imidlertid ikke grunnlag for estoppel, jfr. avsnitt 49.

<sup>394</sup> MacGibbon (1958) s. 469.

<sup>395</sup> ICC Case No. 1512 (Secondary Preliminary Award 1970).

<sup>396</sup> Bowden (1993) s. 133.

<sup>397</sup> ICC Case No. 1512 s. 174. Se også Bowden (1993) s. 133.

the concession, is precluded from denying its validity [...] is sound and in keeping with the principles of international law».<sup>398</sup>

Et vesentlig moment er altså hensynet til medkontrahenten som i god tro har innrettet seg etter avtalen, og som dermed tilsier at staten må anses bundet. Dette bekreftes i en kommentar til Shudfeldt-saken, hvor det uttales at: «[t]he principle (of estoppel) is yet another instance of the protection which the law accord to the faith and confident that a party may reasonably place in another [...]».<sup>399</sup> Det samme følger uttrykkelig av ICC Case No 4667.<sup>400</sup> Her ble et italiensk selskap ansett bundet til en kontrakt som var signert av selskapets kommersielle direktør, til tross for at direktøren ikke hadde den nødvendige kompetanse til å inngå den omtvistede avtalen på selskapets vegne.<sup>401</sup> Begrunnelsen for dommens resultat var at da medkontrahenten var forledet til å tro at direktøren hadde den nødvendige kompetanse, var han også berettiget til å legge dette til grunn. I sin vurdering la også voldgiftsretten vekt på at selskapets konsernsjef både deltok på møtet hvor avtalen ble signert, og gjennomgikk den relevante avtalen. Tribunalet betraktet estoppelkonseptet som et utslag av kravet om at kontrakter skal utøves i god tro, et krav som er anerkjent «in the majority of legal systems».<sup>402</sup> Hensynet til medkontrahentens forventninger som han har innrettet seg etter synes altså å være en vesentlig begrunnelse for prinsippets anvendelse på ugyldige kontrakter. Man ser dermed en likhet til prinsippet om berettigede forventninger. Også konseptet med *estoppel* benyttes altså i internasjonal voldgift for å begrunne kontraktsbinding til tross for at avtalen er ugyldig under lokal rett.<sup>403</sup>

---

<sup>398</sup> Shufeldt Claim (U.S v Guatemala 1930) s. 1094. Se også Okie Case (US v Mexico 1926), behandlet av Meron på s. 285.

<sup>399</sup> Kommentaren er avgitt av Bin Cheng sitert fra Bowden (1993) s. 128 note 9.

<sup>400</sup> ICC Case No 4667 (1984) behandlet av Bowden (1993) på s. 133.

<sup>401</sup> Bowden (1993) s. 133.

<sup>402</sup> Sitert fra Bowden (1993) s. 133.

<sup>403</sup> Dette legges også til grunn av en rekke juridiske forfattere, jfr. Schreuer (2009) s. 599: «[t]he principle of good faith and of estoppel would strongly suggest that a State cannot rely on its own law to extricate itself from contractual commitments to the investor».



#### 4.4.5 Selvstendig internasjonal legitimasjonsregel

Som fremstillingen ovenfor har vist, finnes det flere internasjonale prinsipper som pålegger staten ansvar for terminering av en kontrakt som er ugyldig under statens egen rett. Spørsmålet er om det er nødvendig å gå veien om disse prinsippene. Kan det tenkes at det finnes et selvstendig legitimasjonsprinsipp i internasjonal rett, hvis anvendelse medfører at en stat ikke kan påberope seg sitt eget lands rett for å komme ut av en inngått investeringskontrakt?

Flere voldgiftsavgjørelser taler i retning av et bekreftende svar. I *Framatome v The Atomic Energy Organisation of Iran*<sup>404</sup> var hovedtemaet tribunalets jurisdiksjon. Staten hevdet at kontrakten, inkludert voldgiftsklausulen som var inntatt i den, var ugyldig fordi statsrepresentanten ikke hadde den nødvendige kompetanse etter iransk rett, samt at prosessuelle bestemmelser for kontraktsinngåelse ikke var overholdt.<sup>405</sup>

I overensstemmelse med statens påstand fant tribunaleet at kontrakten var beheftet med en rekke irregulariteter. Likevel ble ikke staten ansett berettiget til å påberope seg disse. I hovedsak var begrunnelsen at ansvaret for feilene lå hos The Atomic Energy Organisation og Iranske myndigheter. At kontrakten i flere måneder, delvis var etterlevd av begge parter ble tillagt vesentlig vekt.<sup>406</sup> Tribunaleet uttalte at statens handlinger: «forbid it to repudiate or to attribute to somebody else the consequences of [its] faults [...] and by which it cannot profit at the expense of the claimants».<sup>407</sup> På denne bakgrunn ble statens ugyldighetspåstand forkastet. Det fremgår for så vidt av uttalelsen at prinsippet om estoppel var ledd i begrunnelsen. Samtidig anvender tribunaleet uttrykkelig et internasjonalt prinsipp om at en stat ikke kan unngå sine forpliktelser overfor private parter «by an act of its own will».<sup>408</sup> Derav kan det se ut som at estoppel i realiteten anvendes i kombinasjon med et mer spesifikt internasjonalt legitimasjonsprinsipp.

---

<sup>404</sup> *Framatome v Iran* (Award 1982), behandlet av Bowden (1993) på s. 132-133.

<sup>405</sup> Jfr. Bowden (1993) s. 132.

<sup>406</sup> Jfr. Bowden (1993) s. 132.

<sup>407</sup> Sitert fra Bowden (1993) s. 132.

<sup>408</sup> Jfr. Bowden (1993) s. 133.

Også i den etterfølgende *Benteler v Belgium* synes voldgiftstribunalet å bygge på en internasjonalt forankret legitimasjonsregel.<sup>409</sup> Saken gjaldt nok en gang voldgiftstribunalets jurisdiksjon, og spørsmålet var hvorvidt en stat kan påberope seg sitt eget lands rett for å komme ut av en inngått avtale om internasjonal voldgift. I et obiter dictum antar voldgiftsretten at det finnes en generell regel som fastslår at en stat ikke kan påberope seg nasjonale internrettslige regler, og med dette unngå sine kommersielle forpliktelser.<sup>410</sup> Tribunalet gikk ut fra at regelen kunne forankres på flere forskjellige måter, herunder i prinsippet om estoppel fordi: «the State would go contra factum proprium» ved å reise en slik påstand.<sup>411</sup> I denne avgjørelsen brukes altså estoppelkonseptet for å underbygge et særegent internasjonalt legitimasjonsprinsipp.

I de ovenfor nevnte sakene kan de underliggende hensyn bak legitimasjonsprinsippets anvendelse sies å være vesentlig like dem som ligger til grunn for berettiget forventningsstandard. Legitimasjonsregelens hovedformål, slik det er benyttet i voldgiftspraksis, er etter alt å dømme å bidra til pålitelighet og gjensidig forpliktelse i kommersielle forhold, noe som igjen skaper sikkerhet i internasjonal handel.<sup>412</sup> En linje kan her trekkes til Wienkonvensjonen art. 46. Bestemmelsen skal etter sin ordlyd nettopp beskytte medkontrahenter mot påberopelse av internrettslige begrensninger i en stats kompetanse til å inngå traktater.<sup>413</sup> Selv om konvensjonen direkte gjelder forholdet mellom stater<sup>414</sup> gir den i stor grad uttrykk for det som betraktes som internasjonal sedvanerett.<sup>415</sup> I *BP v Libya* ble det uttalt at konvensjonen er:

---

<sup>409</sup> *Benteler v Belgium* (Award 1983).

<sup>410</sup> Se dommen s. 189-190, jfr. også Bowden (1993) s. 134

<sup>411</sup> Se dommen s. 190, jfr. Bowden (1993) s. 134. Se også Paulsson (1986) s. 98. og Schwebel (1987) s. 68 flg.

<sup>412</sup> Bowden (1993) s. 135.

<sup>413</sup> ”Vienna Convention on the Law of Treaties” av 23. Mai 1969. Konvensjonen trådte i kraft 27. Januar 1980. For en fullstendig redegjørelse for bestemmelsens bakgrunn, se Tønberg (1982) s. 108 flg.

<sup>414</sup> Jfr. Wienkonvensjonen art. 1.

<sup>415</sup> Villiger (2009) s. 594 og Tønberg (1982) s. 112. Bestemmelsen har sitt utspring i voldgiftspraksis på slutten av 1900-tallet jfr. blant annet *Norwegian Shipowners’ Claims* (Nor. v. U.S) (1922). For flere saker, se Heiskanen (2005) s. 1 flg.

«[...] [A] codification of the customary international law on the subject of unilateral termination or breach of a treaty. While the concept of a treaty used in the Convention is restricted in its scope, certain of the provisions of the Convention have analogous application to international agreements in general which are governed by international law»<sup>416</sup> (min understrekning).

Det gjelder særlig Wienskonvensjonen art. 46. Ved dens utarbeidelse ble bestemmelsens innhold ansett for å være i tråd med alminnelig praksis.<sup>417</sup> Den sedvanerettslige regel som gjenspeiles i art. 46 bør av den grunn også kunne anvendes på statskontrakter. Dette bekreftes i juridisk teori:

«[...]Article 46, item 1, of the Convention prescribes definite limits for the right of a State to invalidate its consent to a treaty, this consent being said have no basic in internal law. This rule must also apply if a State wishes to allege rules of limitation of competence in internal law against a foreign enterprise in order to achieve that an agreement shall be regarded as not binding».<sup>418</sup>

Hovedregelen i Wienkonvensjonen art. 46 er at en stat *ikke* kan påberope seg brudd på internrettslige kompetansebestemmelser med den virkning at avtalen kjennes ugyldig.<sup>419</sup> Det finnes altså en internasjonal sedvanerettslig legitimasjonsregel som medfører at en stat er bundet til inngåtte avtaler til tross for at lokale bestemmelser om kompetanse er krenket.<sup>420</sup> Legitimasjonsregelen gjelder uavhengig av hvilken type internrettslig

---

<sup>416</sup> BP v. Libya (Award 1973) s. 151.

<sup>417</sup> Brownlie (2008) s. 618, jfr. Norwegian Shipowners' Claims (1922), behandlet i Heiskanen (2005) s. 2 note 7.

<sup>418</sup> Castberg (1973) s. 6. Slik også Alvik (2011) s. 110 note 63. Se også Schreuer (2009) s. 262, dog i en litt annen sammenheng.

<sup>419</sup> Villiger (2009) s. 587.

<sup>420</sup> Villiger (2009) s. 589.

bestemmelse staten påberoper seg.<sup>421</sup> Videre er det uten betydning om krenkelsen gjelder en alminnelig lov, konstitusjonell rett eller uskreven rett/praksis.<sup>422</sup>

Bestemmelsen gjør selv unntak fra hovedregelen ved å fastslå at en stat likevel kan påberope seg brudd på internrettslige kompetansebestemmelser på to vilkår: at krenkelsen var åpenbar og at den regel som ikke ble overholdt var av fundamental viktighet.<sup>423</sup> De to vilkår er kumulative. Det betyr for det første at det må være en fundamental internrettslig kompetansebestemmelse som er krenket, og for det andre at krenkelsen var synbar utad.<sup>424</sup> I juridisk teori er det antatt at de to vilkår skal tolkes restriktivt, og dermed gis et snevert anvendelsesområde.<sup>425</sup>

Både voldgiftspraksis og Wienkonvensjonen taler for at det foreligger et internasjonalt legitimasjonsprinsipp som beskytter en godtroende investor som verken visste eller burde vite at statsrepresentanten manglet den nødvendige myndighet, slik at avtalen anses bindende inngått. I realiteten er det altså den utenlandske investorens forventning om at avtalen er bindende, og vil etterleves som er beskyttelsesverdig. I internasjonal teori er det i tilknytning til Wienkonvensjonen art. 46 uttalt at:

«A good case could be made for the proposition that the rule should be even stricter when one moves from inter-State treaty relations to dealings between a State and a foreign private party. If there is a common law of international arbitration, would not its first rule with respect to contracts with States be that a private party is authorised to rely on the undertakings of members of government? Requiring the private investor to question a Minister's affirmed

---

<sup>421</sup> En intern innskrenkning av en statsrepresentants kompetanse kan for øvrig aldri påberopes, om ikke begrensningen er gjort kjent for de andre stater, jfr. Wienkonvensjonen art. 27.

<sup>422</sup> Villiger (2009) s. 588.

<sup>423</sup> På grunn av vilkåret om at overtredelsen må være åpenbar for andre traktatparter fremstår det som mulig at en traktat kan være bindende under Wienkonvensjonen selv om traktaten er inngått i strid med eksempelvis den norske grunnloven § 26. Enkelte forfattere hevder at dette med stor sannsynlighet er noe av grunnen til at Norge ikke er tilsluttet konvensjonen, jfr. Ruud og Ulfstein (2006) s. 91.

<sup>424</sup> Ruud og Ulfstein (2006) s. 91.

<sup>425</sup> Villiger (2009) s. 590

authority is hardly conducive to the aims of either the Government or the private party»<sup>426</sup> (min understrekning).

Også alminnelige rimelighetsbetraktninger kan underbygge legitimasjonsprinsippets eksistens. Der det har skjedd en krenkelse av internrettslige kompetanseregler, er den stat hvis lovgivning inneholder slike kompetansebestemmelser, nærmest til å etterse at reglene er overholdt, og blir dermed å klandre om så ikke er tilfellet.<sup>427</sup>

#### 4.4.6 Foreløpig konklusjon

Som gjennomgangen har vist finnes det flere internasjonale prinsipper som kan anvendes for å statuere binding til tross for at kontrakten er ugyldig under statens nasjonal rett. Det kan videre hevdes at det foreligger et selvstendig legitimasjonsprinsipp med internasjonal forankring, som gjøre det unødvendig å gå veien om andre prinsipper. Uavhengig av hvilken internasjonal regel som legges til grunn, synes det gjennomgående hensynet bak reglenes anvendelse å være medkontrahentens innrettelse etter statens løfte. Av den grunn kan det anføres at det i realiteten er hensynet til medkontrahentens berettigede forventninger som begrunner kontraktsbinding. Hvor investoren har belaget seg på at kontrakten er gyldig inngått, og handlet i overensstemmelse med denne forutsetningen blir han ansett beskyttelsesverdig. Det foreligger altså ingen vesentlig forskjell mellom på den ene side berettiget forventningsstandard, og på den andre side de forskjellige kontraktsrettslige avtalebindingsreglene.

### 4.5 Unjust enrichment – Ansvar utenfor kontrakt

#### 4.5.1 Innledning

Der det i en konkret sak ikke er mulig å statuere kontraktsbinding gjennom internasjonale prinsipper som nevnt ovenfor, kan det tenkes at staten likevel kan holdes ansvarlig for ”brudd” på en ugyldig statskontrakt gjennom anvendelse av et prinsipp om ugrunnet berikelse. I så tilfelle konstanteres ikke kontraktsbinding. Berikelsen staten har oppnådd skal i stedet tilbakeføres til investoren. Spørsmålet er om det finnes en

---

<sup>426</sup> Paulsson (1986) s. 97.

<sup>427</sup> Slik også Villiger (2009) s. 588 og Tønnsberg (1982) s. 109.

internasjonal regel om ugrunnet berikelse, og i tilfelle hvilke kriterier som må legges til grunn for regelens anvendelse.

#### 4.5.2 Grunnlag og innhold i internasjonal rett

I en eller annen form opererer de fleste land med et prinsipp om ugrunnet berikelse.<sup>428</sup> Derfor kan det hevdes at regelen bør kunne anses som et alminnelig rettsprinsipp *as recognized by civil nations*.<sup>429</sup> Tilsynelatende er prinsippets hovedinnhold at man ikke uten rettslig grunnlag skal kunne berike seg på andres bekostning.<sup>430</sup> I internasjonal teori er det uttalt at: «[t]he principle that nobody should enrich himself at the expense of an other is one that could be very fruitfully applied in international law».<sup>431</sup>

I voldgiftspraksis bekreftes prinsippets internasjonale karakter.<sup>432</sup> Allerede i Parker-Case fra 1926<sup>433</sup> ble en stat pålagt erstatningsansvar under en ugyldig avtale med grunnlag i prinsippet om *ugrunnet berikelse*.<sup>434</sup> Mexico hevdet at dets offentlige representant ikke hadde den nødvendige kompetanse til å inngå den omstridte statskontrakten. Om dette uttalte voldgiftsretten:

«[...] [W]hether the individuals to whom deliveries were made had, or had not, authority to contract for Mexico, certain it is that if the respondent actually received and retained for its benefit the property [...] then it is liable to pay therefor under a tacit or implied contract even if the individual to whom delivery was made had neither express nor apparent authority to contract for it»<sup>435</sup> (min understrekning)

---

<sup>428</sup> Friedmann (1963) s. 295.

<sup>429</sup> Se Schreuer (1974) s. 282 note 11, med henvisning til juridiske forfattere som anser ugrunnet berikelse som et alminnelig rettsprinsipp.

<sup>430</sup> Friedmann (1963) s. 296.

<sup>431</sup> Friedmann (1963) s. 296.

<sup>432</sup> Se Schreuer (1974) s. 289 flg. med henvisning til voldgiftspraksis.

<sup>433</sup> Parker Case (U.S v. Mexico) 1926.

<sup>434</sup> Meron (1957) s. 281 og Schreuer (1974) s. 295.

<sup>435</sup> Se dommen s. 40, avsnitt 9.

Siste setning gir en klar indikasjon om at det er prinsippet om ugrunnet berikelse som legges til grunn, i det uttales at selv om representanten ikke objektivt fremstår som legitimert er staten bundet så langt formuesgodet er mottatt.<sup>436</sup> Rettsgrunnlaget synes til en viss grad å være voldgiftsavtalen. Av klausulens ordlyd fremgikk det at tribunalet var tildelt jurisdiksjon over tvister ”originating from acts of officials or others acting for either Government”.<sup>437</sup> I tillegg hadde voldgiftsretten også en lovvalgsklausul å forholde seg til. I følge denne skulle den fatte en avgjørelse ”in accordance with the principles of international law, justice and equity”.<sup>438</sup> Følgelig må tribunalet ha funnet en forankring for prinsippet om unjust enrichment i internasjonal rett.<sup>439</sup>

Også i General Finance Corporation (U.S v Mexico 1942)<sup>440</sup> ble prinsippet om ugrunnet berikelse benyttet. I denne saken erklærte Mexico de inngåtte konsesjonsavtaler ugyldige, fordi de visstnok innebar en delegasjon av suveren myndighet. Tribunalet uttalte at: «the Government of Mexico, under international law, must reimburse claimant to the extent that it has been unjustly enriched»<sup>441</sup> (mine understrekninger). At det finnes et internasjonalt prinsipp om ugrunnet berikelse fremgår uttrykkelig.<sup>442</sup>

Voldgiftspraksis indikerer at prinsippets virkeområde avgrenses til saker hvor det ikke foreligger et kontraktsrettslig - eller annet grunnlag for ansvar.<sup>443</sup> I Landreau-saken ble en gyldig inngått konsesjonsavtale etterfølgende terminert. Tribunalet opprettholdt termineringen, men fastslo at staten var: «bound to pay on a *quantum meruit* for the discoveries which they appropriated for their own benefit».<sup>444</sup> Oppfatningen bekreftes både i Ambatielos-saken,<sup>445</sup> og i Dickson Car Wheel Company v Mexico,<sup>446</sup> hvor et

---

<sup>436</sup> Jfr. Meron (1957) s. 281.

<sup>437</sup> Sitert fra Meron (1957) s. 281.

<sup>438</sup> Sitert fra Meron (1957) s. 281.

<sup>439</sup> Jfr. Meron (1957) s. 281.

<sup>440</sup> Behandlet av Meron (1957) på s. 282 og Schreuer (1974) på s. 296.

<sup>441</sup> Sitert fra Meron (1957) på s. 282.

<sup>442</sup> Se også Davies Case (US v Mexico 1927).

<sup>443</sup> Schreuer (1974) s. 293-294.

<sup>444</sup> Landreau Claim (US v Peru 1922) s. 364.

<sup>445</sup> Ambatielos Case (Greece v UK 1953), behandlet av Schreuer (1974) s. 294.

krav om erstatning på tilbakeføring av ugrunnet berikelse nettopp ble avvist fordi det fremdeles forelå et kontraktsrettslig forhold mellom partene.<sup>447</sup>

På denne bakgrunn synes den mer kjente Lena Goldfiels-saken å bygge på en uriktig forståelse av prinsippet.<sup>448</sup> Saken gjaldt Sovjetunionens nasjonalisering av landets gullgruvedrift, som Lena Goldfield hadde fått i oppdrag å utvikle. Voldgiftsretten fant at staten hadde oppnådd en uberettiget berikelse av formue, arbeid og andre ferdigheter, ved å foreta en nasjonalisering uten kompensasjon. Den oppnådde berikelsen måtte kompenseres.<sup>449</sup> Her forelå en gyldig kontrakt mellom partene. Saken gjaldt derfor egentlig et alminnelig kontraktsbrudd.<sup>450</sup> Avgjørelsen kan imidlertid tas til inntekt for at det foreligger et internasjonalt prinsipp om unjust enrichment, fordi voldgiftsretten fastslo at kontrakten var regulert av internasjonale rettsprinsipper. Formodentlig anså tribunalet *unjust enrichment* for å være et slikt alminnelig rettsprinsipp.<sup>451</sup> Forståelsen bekreftes i en kommentar til Lena Goldfield saken, hvor det uttales at: «[b]reach of contract and unjust enrichment [...] [has] long been recognised as legitimate cause of action under the various systems of law, including international law»<sup>452</sup> (min understrekning).

#### 4.5.3 Foreløpig konklusjon

Det ser ut til at internasjonal voldgiftspraksis opererer med et internasjonalt prinsipp om unjust enrichment som oppstiller et utenom-kontraktsrettslig erstatningsansvar. Så langt staten har tilegnet seg en berikelse på investorens bekostning, er prinsippet egnet for anvendelse ved ugyldige statskontrakter. Det innebærer at også i tilfeller hvor ingen av avtalebindingsreglene kommer til anvendelse, kan en utenlandsk investor nyte en viss beskyttelse under internasjonal rett.

---

<sup>446</sup> Dickson Car Wheel Company (US v Mexico 1931).

<sup>447</sup> Schreuer (1974) s. 294-295.

<sup>448</sup> Lena Goldfields (1930), publisert i Nussbaum (1950) s. 31-53, jfr. Schreuer (1974) s. 288.

<sup>449</sup> Se Friedmann (1963) s. 297 flg. for en kritisk vurdering av voldgiftsrettens utregning av erstatning.

<sup>450</sup> Jfr. Schreuer (1974) s. 288.

<sup>451</sup> Jfr. Meron (1957) s. 277.

<sup>452</sup> Nussbaum (1950) s. 41.



## 4.6 Sammenfatning

Mye taler for at en stat kan holdes ansvarlig for termineringen av en ugyldig statskontrakt. For det første kan termineringen i noen tilfeller anses som en direkte krenkelse av prinsippet om berettigede forventninger, slik at en utenlandsk investor kan kreve erstatning for brudd på internasjonal rett. For det andre foreligger det flere internasjonale avtalebindingsregler som medfører at en stat ikke kan påberope seg internrettslige bestemmelser for å komme ut av sine internasjonale forpliktelser. I de fleste tilfeller vil slike prinsipper medføre at staten anses bundet til kontrakten. Endelig synes flere tribunaler å pålegge staten erstatningsplikt uavhengig av om kriteriene for de to foregående grunnlag er tilstedet, i henhold til en internasjonal regel om at ugrunnet berikelse må tilbakeføres til den utenlandske investoren. Selv om de ulike voldgiftstribunaler legger forskjelligartede internasjonale regler til grunn, synes samtlige å være ulike utslag av prinsippet om berettigede forventninger. Uavhengig av internasjonalt grunnlag vil investorens berettigede forventninger i stor utstrekning være beskyttet. Overordnet medfører anvendelse av nevnte internasjonale prinsipper at virkningen av lokale offentlige eller administrative regler avskjæres.

## 5 ANVENDELSE AV INTERNASJONAL RETT SOM BEGRENSNING VED HÅNDHEVELSE AV VOLDGIFTSAVGJØRELSER

### 5.1 Innledning

Gjennomgangen av praksis i foregående kapittel viser at internasjonale voldgiftsribunaler i mange tilfeller griper til internasjonal rett hvor anvendelse av nasjonal rett vil føre til urimelige resultater. Tilsynelatende gjelder dette også i tilfeller hvor partene ikke har foretatt et lovvalg til fordel for internasjonal rett.<sup>453</sup> Det er altså voldgiftsklausulen som i første rekke bidrar til å avskjære anvendelsen av statens lokale offentlige eller administrative regler.

I stor grad fungerer internasjonal voldgift uavhengig av nasjonale rettssystemer. For at en voldgiftsdom skal anses rettslig bindende er den imidlertid avhengig av anerkjennelse eller/og håndheving under nasjonal rettssystemer.<sup>454</sup> Den grunnleggende hovedregelen er at voldgiftsdommer skal anerkjennes som bindende, samt kunne fullbyrdes som endelige avgjørelser.<sup>455</sup> Plikten til å anerkjenne /fullbyrde utenlandske voldgiftsdommer er folkerettslig regulert gjennom New York-konvensjonen.<sup>456</sup>

---

<sup>453</sup> Se blant annet *Lena Goldfiels* (Award 1930), *Revere Copper v OPIC* (Award 1978), *Sapphire v NIOC* (Award 1963) og *Framatome v Iran* (Award 1982).

<sup>454</sup> Alvik (2009) [I] s. 49. I alminnelighet vil en voldgiftsdom innebære en endelig avgjørelse av partenes tvist, og i det store flertallet av saker vil partene frivillig etterleve dommen, jfr. Born (2009) s. 2711.

<sup>455</sup> Anerkjennelsesplikten medfører at ordinære domstoler i fullbyrdelseslandet må akseptere dommen som gyldig og bindende mellom partene (*rettskraft*). Den skal legges til grunn prejudisielt i en annen sak eller som *res judicata* ved nytt søksmål om samme rettsforhold. Anerkjennelse kan begjæres selvstendig eller som et nødvendig ledd i forbindelse med fullbyrdelse av en voldgiftsdom (*tvangskraft*). Mer om anerkjennelse i Van den Berg (1981) s. 243-245.

<sup>456</sup> New York-konvensjonen art. III, jfr. Moss (2009) [I] s. 365. Se også modelloven art. 35 (1) og vogl. § 45 første ledd, som svarer til New York-konvensjonen art. III, men som i motsetning til konvensjonen både gjelder nasjonale og utenlandske avgjørelser. For ICSID-dommer, se ICSID-konvensjonen art. 54

Til tross for det klare utgangspunktet er det likevel en viss adgang til å nekte å anerkjenne/tvangsfullbyrde en voldgiftsdom, og til å sette en voldgiftsavgjørelse til side som ugyldig.<sup>457</sup> Av den grunn er det først på dette stadiet at nasjonal retts betydning i realiteten settes på spissen i internasjonal voldgift. Ved å undersøke rammene for når en alminnelig domstol kan sette til side eller nekte å anerkjenne/tvangsfullbyrde en voldgiftsdom, kan man finne det endelige svaret på om partene kan avskjære anvendelsen av lokale offentligrettslige eller administrative regler.

Voldgiftsdommens endelighet kan settes på prøve i tilfeller hvor (I) den vinnende part fremsetter et krav om anerkjennelse/tvangsfullbyrdelse av en voldgiftsdom i et land hvor motparten har aktiva, og (II) der den misfornøyde part anlegger ugyldighetssøksmål for alminnelige domstoler i det landet hvor voldgiftsretten hadde sitt sete.<sup>458</sup> Ugyldighet reguleres som et utgangspunkt av nasjonal voldgiftslov, men grunnlagene er i stor grad harmonisert gjennom modelloven. Opplistingen av ugyldighetsgrunner i modelloven svarer i det vesentlige til grunnlagene for å nekte anerkjennelse/fullbyrdelse i New York-konvensjonen.<sup>459</sup> I det videre behandles derfor disse under ett, hovedsakelig med referanse til New York-konvensjonen. Det må likevel bemerkes at enkelte nasjonale voldgiftslover kan inneholde flere grunnlag for ugyldighet enn de som fremgår av modelloven.<sup>460</sup>

To uvirksomhetsgrunnlag er særlig relevante: at dommens virkning er støtende på rettordenen (*ordre public*)<sup>461</sup> eller at voldgiftsretten har overskredet sitt mandat (*excess*

---

(1), jfr. lov 8. juni 1967 nr. 3 om internasjonale investeringstvister § 2, jfr. Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) § 4-2 fjerde ledd.

<sup>457</sup> Se henholdsvis New York-konvensjonen art. V, modelloven art. 36, vogl. § 46 og modelloven art. 34, vogl. § 43. New York-konvensjonen gjelder bare *anerkjennelse* og fullbyrdelse, og regulerer således ikke ugyldighet.

<sup>458</sup> Se Cordero-Moss (2010) [I] s. 39 og Moss (2009) [I] s. 364.

<sup>459</sup> Se modelloven art. 34 og vogl. § 43. Modelloven har bidratt til at både voldgiftsprosessen i de ulike land, og de ordinære domstolers etterfølgende behandling av voldgiftsavgjørelsen er samordnet. Se blant annet Binder (2009) s. 407.

<sup>460</sup> Moss (2009) [I] s. 365.

<sup>461</sup> Ved anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse er det selve *anerkjennelsen* eller *tvangsfullbyrdelsen* som må virke støtende, jfr. vogl. § 46 annet ledd bokstav b, sml. § 43 annet ledd bokstav b.

of competence). Begge vil undersøkes i det følgende, og spørsmålet er om en voldgiftsdom som er basert på internasjonal rett vil kunne kjennes ugyldig eller nektes tvangsfullbyrdet som følge av det.

## 5.2 Ordre public

### 5.2.1 Innledning

Etter New York-konvensjonen art. V (2) (b) kan en voldgiftsavgjørelse nektes anerkjent/tvangsfullbyrdet hvis resultatet av dommen strider mot *ordre public*.<sup>462</sup> Det gis ingen definisjon på hva som ligger i ordre public-reservasjonen, men normens sentrale innhold er at voldgiftsdommer som har en støtende virkning på rettsordenen, skal kunne settes til side eller nektes tvangsfullbyrdet.<sup>463</sup> Det er opp til alminnelige domstoler å fastlegge de nærmere grensene for ordre public-forbeholdet, jfr. ordlyden i New York konvensjonen art. V (2) (b): «[...]of that country».<sup>464</sup>

I alminnelighet kan det oppstilles to vilkår for ordre public-reservasjonens anvendelse. For det første må voldgiftsdommen *virke* støtende på rettsordenen.<sup>465</sup> Det følger direkte av rammeverkens ordlyd. For det andre er det de underliggende *rettsprinsipper og verdier* som må krenkes, og disse må være fundamentale i domstollandets rettssystem. Av den grunn er det ikke i seg selv tilstrekkelig at voldgiftsdommen krenker ufravikelige eller internasjonalt preseptoriske regler i domstollandets rett.<sup>466</sup>

---

<sup>462</sup> Se også modelloven art. 34 (2) (b) (ii) og 36 (1) (b) (ii), jfr. vogl. §§ 34 og 46 annet ledd bokstav b. For engelsk retts vedkommende, se Arbitration Act, 1996 Section 103(3).

<sup>463</sup> Terminologien som benyttes i de enkelte lands ordre public-reservasjoner varierer i stor grad. Det samme gjelder for domstolens holdning til reservasjonen, og dens nærmere innhold. For en oversikt, se Sheppard (2004) s. 6 flg.

<sup>464</sup> Jfr. modelloven art. 34 (2) (b) (ii) og 36 (1) (b) (ii). Se også Weigand (2009) s. 1106 og Sheppard (2004) s. 1. Den norske voldgiftsloven henviser ikke uttrykkelig til norsk ordre public. Det er likevel på det rene at det er norsk ordre public som er relevant i vurderingen etter vogl. § 43 og 46 annet ledd bokstav b, jfr. *Voldgiftsloven kommentarutgave* (2007) s. 259.

<sup>465</sup> Cordero-Moss (2010) [IV] s. 320. På fullbyrdesstadiet må selve anerkjennelsen eller tvangsfullbyrdesen av dommen virke støtende på rettordenen, jfr. Kronke (2010) s. 365: «[a]n enforcing court should not determine whether the entire award violates public policy, but must only consider whether the enforcement itself would produce a result that violates public policy» (min understrekning).

<sup>466</sup> Kronke (2010) s. 365. Se også Ristvedt og Nisja (2005) s. 31, jfr. Ot.prp.nr.27 (2003-2004) s. 111.

Heller ikke er det grunnlag for å statuere ordre public-strid alene fordi lovvalgsreglene ikke er anvendt korrekt.<sup>467</sup> Det ligger i normens utforming at det i hver sak må foretas en konkret vurdering av hvorvidt ordre public-reservasjonen kan anvendes.<sup>468</sup>

Spørsmålet er om en nasjonal domstol vil sette til side eller nekte å anerkjenne/tvangsfullbyrde en voldgiftsavgjørelse som tilkjenner erstatning for brudd på en investeringskontrakt, eller for brudd på internasjonal rett, der den underliggende investeringskontrakten ville vært ugyldig under domstollandets rett.

### 5.2.2 Internasjonal rett er basert på grunnleggende og fundamentale prinsipper

Selv om ordre public-spørsmålet fordrer en konkret vurdering, og en ordinær domstol vil foreta vurderingen på bakgrunn av sin nasjonale rett, er det på generelt grunnlag lite trolig at en påstand om ordre public-strid vil imøtekommes. Ordre public-forbeholdet må anses som et meget snevert unntak fra hovedregelen om at voldgiftsdommer skal anerkjennes og kunne tvangsfullbyrdes.<sup>469</sup> Reservasjonen er ment som en sikkerhetsventil, og bør anvendes med varsomhet.<sup>470</sup> Det innebærer at virkeområdet reserveres for de mest graverende tilfeller. I teorien er det uttalt at: «only in very limited circumstances will an award be refused enforcement».<sup>471</sup> Dette er i overensstemmelse med New York-konvensjonens hovedformål om å effektivisere fullbyrdelsen av voldgiftsdommer. De grunnleggende hensyn til effektivitet, forutberegnelighet og endelighet må anses som tungtveiende grunner for ikke å la unntaket komme til anvendelse.

I en avgjørelse fra Superior Court of Justice of Ontario (Canada) heter det: «'[it] ´must fundamentally offend the most basic and explicit principles of justice and fairness in Ontario,[...]».<sup>472</sup> På liknende måte har en amerikansk domstol betraktet ordre public-

---

<sup>467</sup> Born (2009) s. 2843 og Cordero-Moss (2010) [IV] s. 319.

<sup>468</sup> Van den berg (1981) s. 376 og Cordero-Moss (2010) [IV] s. 320.

<sup>469</sup> Lew (2003) s. 720-721, Kronke (2010) s. 365. Se også Sheppard (2004) s. 1.

<sup>470</sup> Joseph Q.C (2010) s. 579 og Sheppard (2004) s. 4.

<sup>471</sup> Lew (2003) s. 725.

<sup>472</sup> Sitert fra Redfern and Hunter (2004) s. 419-420.

reservasjonen som en beskyttelse av de: «[...]most basic notions of morality and justice». <sup>473</sup> Gjennomgående er det altså helt grunnleggende og sentrale verdier i domstollandets rett som må krenkes for at ordre public-reservasjonen skal komme til anvendelse. Riktignok er kompetansebestemmelser, så vel som andre offentligrettslige eller administrative regler vanligvis begrunnet i viktige allmenne hensyn og prinsipper. Kompetansebestemmelser er gjerne begrunnet i bevilgningsinteresser, hensynet til hierarkisk organisering og fordelingshensyn. Det er derfor ikke utenkelig at disse vil vurderes som grunnleggende og fundamentale, både for en stats organisering og for samfunnet ellers. <sup>474</sup> Isolert sett kan det derav tenkes at en voldgiftsavgjørelse som krenker slike prinsipper vil kunne settes til side eller nektes anerkjent/tvangsfullbyrdet fordi resultatet strider mot ordre public. Særlig gjelder dette i vertslandet.

Ved vurderingen bør det likevel være av vesentlig betydning at det er internasjonal rett som anvendes på bekostning av grunnleggende hensyn i nasjonal rett. De ulike internasjonale materielle prinsipper er også basert på grunnleggende og fundamentale hensyn, som i stor utstrekning er felles for de fleste land. Av den grunn bør en voldgiftsdom som er basert på internasjonale regler som i seg selv er av fundamental karakter, ikke kunne anses som en krenkelse av nasjonal ordre public. I internasjonal teori er det uttalt at:

«While the international public policy expectation as construed under the Convention is not the same as and clearly extends beyond international law, this nevertheless suggests that it is close to absurd to consider the application of international law by an arbitral tribunal as contrary to public policy under the convention» <sup>475</sup> (min understrekning).

---

<sup>473</sup> Parson & Whittermore Overseas Co Inc. v Societe Generale de L'industrie du Papier (RAKTA) sitert fra Alvik (2011) s. 96. Se også Joseph Q.C (2010) s. 580 note 257 med henvisning til andre lands domstoler som har benyttet lignende formuleringer.

<sup>474</sup> Se imidlertid ICC Case No. 10663 (2000), upublisert, men resymé gjengitt av Náon (2001) på s. 98, hvor det fremholdes at kompetansebestemmelser «do not belong to international public order».

<sup>475</sup> Alvik (2011) s. 96.

På denne bakgrunn er det vanskelig å se at en alminnelig domstol i et annet land enn vertsstaten vil sette til side eller nekte å tvangsfullbyrde en voldgiftsdom som bygger på internasjonal rett.<sup>476</sup> Ordre public-reservasjonens anvendelse skal forbeholdes de mest alvorlige tilfeller. Derav er det mulig å hevde at en tilsidesettelse eller ikke-fullbyrdelse av en voldgiftsdom som er basert på internasjonal rett, i realiteten definerer de anvendte internasjonale prinsipper som graverende. Ved å gjøre dette krenker man på sett og vis hele det internasjonale samfunn. En dom som setter til side, eller gir staten medhold i at voldgiftsavgjørelsen ikke kan tvangsfullbyrdes, krenker i seg selv internasjonal rett, og strider mot den folkerettslige plikt til å anerkjenne internasjonale voldgiftsavgjørelser.<sup>477</sup>

### 5.2.3 Konklusjon: Ikke ordre public-strid

Selv om de underliggende hensyn bak offentlige eller administrative nasjonale regler er fundamentale og faktisk blir krenket ved voldgiftsdommen, er det lite trolig at en voldgiftsavgjørelse vil kjennes ugyldig eller nektes anerkjent/fullbyrdet. Internasjonal rett har sitt utspring i sedvanerett og folkerettslige avtaler mellom ulike stater. Derfor gjenspeiler internasjonal rett grunnleggende hensyn og prinsipper som er felles for de fleste land. Av den grunn fremstår det som mer nærliggende at en alminnelig domstol vil opprettholde dommen i tråd med internasjonal rett, enn å underkjenne den, og forårsake en konflikt med internasjonal rett. Kan voldgiftsavgjørelsen settes til side eller nektes anerkjent/tvangsfullbyrdet fordi tribunalet har overskredet sin kompetanse ved å anvende internasjonal rett?

## 5.3 Excess of competence

### 5.3.1 Innledning

Som vist i avhandlingens kapittel 4, finnes det flere internasjonale materielle prinsipper som pålegger staten ansvar for terminering av en ”ugyldig” statskontrakt. Prinsippenes anvendelse avhenger ikke bare av om saksforholdet kan subsumeres under en

---

<sup>476</sup> Det kan også bemerkes at det foreligger tilfeller hvor en voldgiftsdom har blitt fullbyrdet til tross for at denne er satt til side av voldgiftsstedets domstoler. Eksempel er her *Hilmarton* og *Chromalloy* sakene som nevnes i Binder (2009) på s. 424.

<sup>477</sup> Alvik (2011) s. 94 og s. 96.

internasjonal materiell regel. Voldgiftsretten må i tillegg ha kompetanse til å anvende internasjonal rett. Etter New York konvensjonen art. V (i) (c) kan en voldgiftsavgjørelse nektes anerkjent/tvangsfullbyrdet hvis voldgiftstribunalet har overskredet sitt mandat.<sup>478</sup> Spørsmålet er følgelig om en voldgiftsdom som er basert på internasjonal rett kan settes til side eller nektes tvangsfullbyrdet under *excess of competence*-bestemmelsen.

Der partene selv har utpekt internasjonal rett som en del av den anvendelige rett er svaret antakelig gitt. Voldgiftsretten er gjennom avtalen bemyndiget til å anvende internasjonal rett, og overskrider følgelig ikke sitt mandat ved å legge internasjonale prinsipper til grunn.<sup>479</sup> En nasjonal domstol kan ikke overprøve partenes lovvalg gjennom uvirksomhetsgrunnen *excess of competence*.<sup>480</sup> Spørsmålet oppstår enten hvor (I) partene ikke har foretatt et lovvalg, eller (II) der partene har utpekt nasjonal rett som anvendelig rett. Begge tilfeller vil vurderes i det følgende. Et første spørsmål er imidlertid om lovvalget i det hele tatt er relevant under bestemmelsen.

### 5.3.2 Hvorvidt lovvalget er relevant under bestemmelsen

Etter New York-konvensjonen art. V (i) (c) kan en voldgiftsavgjørelse nektes anerkjent/tvangsfullbyrdet hvis: «[t]he award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration».<sup>481</sup> Det følger av artikkelens ordlyd at den hovedsakelig tar sikte på å regulere tilfeller hvor tribunalet avgjør spørsmål som ikke er forelagt det, eller motsetningsvis unnlater å avgjøre alle spørsmål det har fått seg forelagt.<sup>482</sup> Spørsmålet er om anvendelse av internasjonal rett, hvor partene ikke har foretatt et slikt lovvalg, faller inn under bestemmelsen.

---

<sup>478</sup> Jfr. modelloven art. 36 (1) (a) (iii) og vogl. § 46 første ledd bokstav c. *Excess of competence* er også en ugyldighetsgrunn etter modelloven art. 34 (2) (a) (iii) og vogl. § 43 første ledd bokstav c.

<sup>479</sup> Se nærmere Alvik (2011) s. 91 flg.

<sup>480</sup> Alvik (2011) s. 94.

<sup>481</sup> Jfr. modelloven art. 36 (1) (a) (iii) og vogl. § 46 første ledd bokstav c. For ugyldighetsspørsmålet, se modelloven art. 34 (2) (a) (iii) og vogl. § 43 første ledd bokstav c.

<sup>482</sup> Born (2009) s. 2798-2799.



Ordlyden taler for et negativt svar. Internasjonal teori synes å bekrefte dette når det uttales at: «[t]he normal scope of application of the exception of excess of power relates not to the choice of the applicable law, but to the object of the dispute». <sup>483</sup>

En nærliggende begrunnelse for at feil lovvalg ikke automatisk faller inn under bestemmelsen er at selve voldgiftsavgjørelsen vanligvis vil være innenfor voldgiftsrettens kompetanse. <sup>484</sup> Videre grenser en vurdering av voldgiftsrettens valg av rett, klart mot rettslig overprøving. <sup>485</sup> Nasjonale domstoler har ikke adgang til å prøve bevisbedømmelsen eller voldgiftsrettens lovanvendelse. I rettspraksis og juridisk teori er det bred enighet om at New York-konvensjonen art. V (1) (c) skal tolkes restriktivt. <sup>486</sup> Det opereres med en presumsjon om at voldgiftsretten har handlet innenfor sitt mandat. <sup>487</sup> Det bekreftes ved at alminnelige domstoler generelt er lite villige til å sette til side eller nekte å fullbyrde en dom fordi en annen rett en den partsvalgte rett er lagt til grunn. <sup>488</sup> I en sak avsagt av House of Lords (England) er det uttalt at: «nowhere in § 68 is there any hint that a failure by the tribunal to arrive to the "correct decision" could afford a ground for challenge under § 68». <sup>489</sup> Videre har en tysk domstol avvist en påstand om at voldgiftsretten gitt ut over sitt mandat ved å anvende *lex mercatoria* i motsetning til *internasjonal rett*. <sup>490</sup>

Som nevnt er partsautonomi i internasjonal voldgift ikke bare en lovvalgsregel, men også et kompetanseprinsipp. <sup>491</sup> Det er partene som tildeler voldgiftsretten myndighet til å anvende den rett partene har valgt. En naturlig konsekvens er at hvor partene ikke har bemyndiget voldgiftsretten til å anvende et rettssystem, har den heller ikke kompetanse til å legge dette til grunn. <sup>492</sup> Voldgiftsretten er derfor «entitled to exercise no more

---

<sup>483</sup> Moss (2005) s. 5.

<sup>484</sup> Moss (2005) s. 6.

<sup>485</sup> Moss (2005) s. 6.

<sup>486</sup> Van den Berg (1981) s. 313, Redfern and Hunter (2004) s. 450, Born (2009) s. 2799.

<sup>487</sup> Born (2009) s. 2800, Kronke (2010) s. 261.

<sup>488</sup> Kronke (2010) s. 272 note 57 og Moss (2005) s. 6 med videre henvisninger.

<sup>489</sup> Lesotho Highlands Development Authority v Impreglio SpA (2006), sitert fra Born (2009) på s. 2610.

<sup>490</sup> LG Hamburg (Hamburg District Court 1997), sitert fra Kronke (2010) s. 261.

<sup>491</sup> Se nærmere avhandlingens punkt 3.2.2.

<sup>492</sup> Alvik (2011) s. 93 og Moss (2005) s. 6.

power than the parties' agreement allows».<sup>493</sup> Ved å anse partautonomien som en kompetansebestemmelse, er konsekvensen at den også er bestemmende for voldgiftsrettens myndighet. Derfor bør det i enkelte tilfeller være mulig å betrakte anvendelse av et rettssystem partene ikke har valgt, som *excess of competence*. I juridisk teori forfektes samme resultat, også med en litt annen begrunnelse. Der voldgiftsretten anvender et rettssystem som regulerer hovedspørsmålet vesentlig forskjellig fra den partsvalgte rett, kan det anses som om «the tribunal had applied a different contract».<sup>494</sup> Resonnementet er at dette medfører at forutsetningene for å løse tvisten ikke tilsvarer dem partene har avtalt. Avgjørelsen vil dermed gjelde et annet spørsmål enn det voldgiftsretten har fått seg forelagt av partene.<sup>495</sup> At anvendelse av en rett partene ikke har valgt kan innebære en kompetanseoverskridelse er også bekreftet i rettspraksis.<sup>496</sup>

På denne bakgrunn er det altså et visst rom for at New York-konvensjonen art. V (1) (c) kan anvendes ved overskridelse av en lovvalgsklausul.<sup>497</sup> Det reiser følgende spørsmål: Har et voldgiftstribunal som anvender internasjonal rett uavhengig av partenes lovvalg overskredet sin kompetanse?

### 5.3.3 Hvorvidt det foreligger overskridelse avhenger av lovvalgsklausulens formulering

Ved vurderingen av om anvendelse av internasjonal rett medfører en kompetanseoverskridelse må det sondres mellom tilfeller hvor partene ikke har foretatt et lovvalg, og tilfeller hvor partene har benyttet seg av partautonomien. Hvorvidt voldgiftsretten har overskredet sitt mandat synes til en viss grad å bero på hvor langt man kan trekke partenes intensjoner.<sup>498</sup>

---

<sup>493</sup> Kronke (2010) s. 258-259.

<sup>494</sup> Moss (2005) s. 7.

<sup>495</sup> Moss (2005) s. 7.

<sup>496</sup> Se blant annet *Stifel, Nicolaus & Co v. Francis* (1994), behandlet i Born (2009) på s. 2610 note 299, som imidlertid stiller seg kritisk til slike avgjørelser.

<sup>497</sup> Tilsynelatende legges det samme til grunn under ICSID-konvensjonen art. 52, jfr. Schreuer (2009) s. 954 og s. 938 flg. Se også *MINE v Guinea* (Decision on annulment 1989) avsnitt 23.

<sup>498</sup> Tribunalene anser seg selv berettiget til å legge internasjonal rett til grunn, basert på et eksplisitt eller implisitt lovvalg, jfr. blant annet *BP v Libya* (Award 1973), *Texaco v Libya* (Award 1977), *LIAMCO v*

### 5.3.4 Tilfeller hvor det ikke er foretatt et lovvalg

Der partene ikke har foretatt et eksplisitt lovvalg, er det lite trolig at en nasjonal domstol vil betrakte voldgiftstribunalets anvendelse av internasjonal rett som en overskridelse av sin kompetanse. For det første kan man si at partene gjennom voldgiftsklausulen har foretatt et implisitt lovvalg til fordel for internasjonal rett. Internasjonal voldgift er en tvisteløsningsform som fungerer uavhengig av nasjonal rett. Valg av internasjonal voldgift kan derfor betraktes som en stillestående godkjennelse av at internasjonal rett legges til grunn.<sup>499</sup> Begrunnelsen for å velge internasjonal voldgift er i stor utstrekning et ønske om nøytralitet.<sup>500</sup> I dette ligger at tvistebehandlingen ikke skal være tilknyttet et spesifikt lands rettssystem. Det har dermed formodningen for seg at partene også ønsker at et nøytralt rettssystem legges til grunn ved løsningen av tvisten.<sup>501</sup> Motsatt kan partenes taushet ved lovvalgsspørsmålet vanskelig forstås som et ønske om å utelukke anvendelsen av internasjonal rett. I voldgiftspraksis synes valg av internasjonal voldgift å anses som en presumsjon for at internasjonal rett kan legges til grunn.<sup>502</sup> Med andre ord har et internasjonalt voldgiftstribunal en presumptiv kompetanse til å anvende internasjonal rett, som bekreftes gjennom partenes valg av internasjonal voldgift. I motsetning til å anse tribunalenes anvendelse av internasjonal rett som en kompetanseoverskridelse, kan man i stedet betrakte den som en anerkjennelse av at nettopp partenes lovvalg statuerer voldgiftsrettens kompetanse.<sup>503</sup> En alminnelig domstol kan følgelig ikke se bort fra partenes intensjoner ved å velge voldgift som tvisteløsningsorgan, og bør derfor heller ikke kunne anse voldgiftsrettens anvendelse av internasjonal rett som en *excess of competence*.<sup>504</sup>

---

Libya (Award 1977), AMINOIL v Kuwait (Award 1982), Deutsche Schachtbau (Award 1982) og Elf Aquitaine v NIOC (Award 1982).

<sup>499</sup> Slik også Cairns (2009) s. 27, dog i en litt annen sammenheng.

<sup>500</sup> Se blant annet Born (2009) s. 72 flg. og Redfern and Hunter (2004) s. 22.

<sup>501</sup> Se blant annet ICC Case No. 7375 (1996), behandlet i Blessing (1997) s. 45-48, hvor voldgiftsretten la vesentlig vekt på at ingen av partene ville ha underlagt seg hverandres rett. Derfor ble i stedet internasjonal rett lagt til grunn.

<sup>502</sup> Alvik (2011) s. 95.

<sup>503</sup> For en nærmere analyse, se Alvik (2011) s. 93 flg.

<sup>504</sup> Alvik (2011) s. 95.

For det andre er lovvalget, i mangel av partsavtale, vanligvis overlatt til voldgiftsrettens skjønn.<sup>505</sup> Det rettslige rammeverk for internasjonal voldgift tillegger voldgiftstribunalet en stor grad av frihet i lovvalgsspørsmål. Nasjonale domstoler bør ikke kunne overprøve voldgiftsrettens lovvalg. Dette bekreftes i internasjonal teori hvor det i en kommentar til en avsagt domstolsavgjørelse uttales at:

«Even if the parties had generally not specifically agreed that their contract would be governed, in part, by “general principles of international law and trade usages”, the arbitral award likely would have survived attack, for courts are loath to impugn arbitrators’ choice of law analyses».<sup>506</sup>

Den nærliggende konklusjon er at voldgiftsrettens anvendelse av internasjonal rett ikke bør betraktes som en overskridelse av dens mandat, i tilfeller hvor partene ikke har foretatt et lovvalg.<sup>507</sup> Blir konklusjonen den samme hvis partene har foretatt et uttrykkelig lovvalg til fordel for et spesifikt nasjonalt rettsystem?

### 5.3.5 Tilfeller hvor det er foretatt et lovvalg til fordel for nasjonal rett

I voldgiftspraksis finner det flere eksempler på at internasjonal rett legges til grunn selv om partene har foretatt et lovvalg til fordel for et nasjonalt rettsystem. For eksempel ble det internasjonale estoppelprinsippet lagt til grunn i Framatome-saken, til tross for at partene hadde foretatt et lovvalg til fordel for iransk rett.<sup>508</sup> Vil en voldgiftsavgjørelse som i strid med partenes lovvalg er basert på internasjonal rett kunne settes til side eller nektes anerkjent/fullbyrdet på det grunnlag at voldgiftsretten har overskredet sin kompetanse?

---

<sup>505</sup> Jfr. ICC art. 17 (1), modelloven art. 28 (2) og Stockholm handelskammers regler art. 22. Se imidlertid vogl. § 31 annet ledd.

<sup>506</sup> Kronke (2010) s. 272-273 note 57. I tilknytning til ICSID-konvensjonen art. 52 se, Schreuer (2009) s. 975: «[e]ven if the agreement on applicable rules of law contains no reference to international law, it may still govern certain aspects of the relationship».

<sup>507</sup> Jfr. Alvik (2011) s. 95: «[a] lack of express choice of international law would not seem sufficient», og som også viser til Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrergessellschaft mbH v R’as al-Khaiman Oil Co and Shell International Petroleum Ltd avsagt av UK Court of appeal (1987).

<sup>508</sup> Framatome v Iran (Award 1982) gjengitt av Bowden (1993) på s. 132.

I disse tilfellene er det mer nærliggende å snakke om en mandatoverskridelse enn der partene ikke har foretatt et lovvalg. Ikke bare har partene unnlatt uttrykkelig å tilkjenne voldgiftstribunalet den nødvendige kompetanse til å anvende internasjonal rett. De har i tillegg gitt direkte uttrykk for at et nasjonalt rettssystem hovedsakelig skal legges til grunn. Ordlyden i partenes avtale taler altså for at anvendelse av internasjonale prinsipper må betraktes som en kompetanseoverskridelse.

Partenes intensjoner må imidlertid også tas i betraktning. Det er alminnelig antatt at et lovvalg kan fremgå implisitt av omstendighetene.<sup>509</sup> Intensjonen ved et lovvalg til fordel for nasjonal rett trenger nødvendigvis ikke å være å avskjære anvendelsen av internasjonal rett. Strengt tatt er det i så fall liten realitet i å velge internasjonal voldgift fremfor alminnelig domstolsbehandling. Argumentet om at valg av internasjonal voldgift må forstås som et implisitt lovvalg til fordel for internasjonal rett gjør seg likefullt gjeldende i dette henseende. I voldgiftspraksis foreligger det som nevnt en presumsjon for kompetanse til å anvende internasjonal rett, og valg av internasjonal voldgift må anses som en bekreftelse på denne kompetansen.<sup>510</sup> Dette bør også gjelde hvor partene har foretatt et lovvalg til fordel for nasjonal rett. Hvis hensikten med lovvalget er å utelukke internasjonal retts anvendelse bør dette komme klart til uttrykk i partenes lovvalgsavtale, gjennom et *eksklusivt lovvalg*.<sup>511</sup> Det vil si at det i lovvalgs klausulen fremgår at det *bare* er det partsvalgte rettssystemet som skal legges til grunn. Etter min mening bør alminnelige domstoler heller ikke i slike tilfeller automatisk anse anvendelse av internasjonal rett som *excess of competence*. Oppfatningen er primært grunnet på ordre public-betraktninger.

Ordre public-synspunktet er innlysende i voldgiftspraksis under ICSID-konvensjonen, der det fremheves at internasjonal rett har en supplerende og korrigerende funksjon.<sup>512</sup> Av det følger at dersom nasjonal rett krenker internasjonal rett, legges sistnevnte til

---

<sup>509</sup> Gaillard (1999) s. 859. Se nærmere Lew (1978) s. 181 flg.

<sup>510</sup> Alvik (2011) s. 95.

<sup>511</sup> Slik også Alvik (2011) s. 93-94.

<sup>512</sup> Schreuer (2009) s. 620 flg.

grunn, uavhengig av partenes lovvalg.<sup>513</sup> I *Amco v. Indonesia* ble tilnærmingen forklart på følgende måte:

«The law of the host State, is in principle, the law to be applied in resolving the dispute. At the same time, applicable norms of international law must be complied with since every ICSID award has to be recognized, and pecuniary obligations imposed by such awards enforced, in every Contracting State of the Convention (Art. 54 (1), Convention). Moreover, the national State of the investor is precluded from exercising its normal right of diplomatic protection during the pendency of the proceedings and even after such proceedings, in respect of a Contracting State which complies with the award (Art. 27, Convention). The trust of Art. 54 (1) and of Art. 27 of the Convention makes sense only under the supposition that the award involved is not violative of applicable principles and rules of international law.»<sup>514</sup>

En nærliggende begrunnelse for praksisen under ICSID-konvensjonen er konvensjonens karakter av folkerettslig avtale. Internasjonal rett blir på en måte tribunalenes nærmeste rettssystem.<sup>515</sup> For kontraktstribunaler er hensynet til å avsi håndhevbare voldgiftsdommer mer vesentlig. Implisitt oppstiller også New York-konvensjonen en plikt til å sørge for å avsi voldgiftsdommer som vil anerkjennes og kunne fullbyrdes.<sup>516</sup> En voldgiftsdom som ikke respekterer grunnleggende internasjonale prinsipper kan risikere å bli satt til side som ordre public-stridig.<sup>517</sup> Videre må det kunne antas at grunnleggende prinsipper i internasjonal rett også i de fleste lands nasjonale rett vil anses fundamentale. Der en internasjonal regel er så grunnleggende at den har *ordre*

---

<sup>513</sup> Schreuer (2009) s. 583 flg. og s. 975 flg. Se også *LECTO v. Liberia* (Award 1986) avsnitt 22, *Autopista v Venezuela* (Award 2003) avsnitt 102 flg., *Duke Energy v. Peru* (Decision on Jurisdiction 2006) avsnitt 162 og *MTD v Chile* (Decision on Annulment 2007) avsnitt 72: «[w]hether the applicable law here derived from the first or second sentence of Article 42 (1) does not matter [...] both laws were relevant.

<sup>514</sup> *AMCO v Indonesia* (Decision on Annulment 1986) avsnitt 7 på s. 132-133.

<sup>515</sup> Schreuer (2009) s. 566.

<sup>516</sup> Jfr. også ICC reglene art. 35. Se Weigand (2009) s. 1270 og Bühler and Webster (2008) s. 251.

<sup>517</sup> Alvik (2011) s. 94.

*public-karakter*, bør den kunne legges til grunn uavhengig av partenes lovvalg, og uten at anvendelsen betraktes som en kompetanseoverskridelse.

Et slikt synspunkt bekreftes også i voldgiftspraksis *utenfor* ICSID-konvensjonen. Riktignok gjelder de fleste sakene ugyldige voldgiftsavtaler, men de gir holdepunkter for tribunalenes ordre *public*-tankegang, som bør ha overføringsverdi til andre tilfeller. I en ICC sak fra 1992<sup>518</sup> hadde partene foretatt et lovvalg til fordel for sveitsisk rett. Hovedspørsmålet gjaldt voldgiftsrettens jurisdiksjon, herunder voldgiftsavtalens gyldighet.<sup>519</sup> I Sveitsisk lovgivning finnes det en uttrykkelig hjemmel for å se bort fra nasjonale bestemmelser som begrenser en stats adgang til å inngå avtale om voldgift. Tribunalet fant det likevel nødvendig å forankre samme resultat i internasjonal rett, da rekkevidden av den sveitsiske bestemmelsen var noe usikker.<sup>520</sup> Voldgiftsretten sluttet seg på dette punkt til en kommentar avgitt av Mr. Yves Derains i tilknytning til en tidligere ICC avgjørelse:

«One may argue whether this principle is related to the concept of good faith, or abuse of right, or of “*venire contra factum proprium*”, or even the concept of “*estoppel*” ...*but it is undisputable today that it belongs to international public policy*» (min understrekning).<sup>521</sup>

Ordre *public*-synspunktet bekreftes i den etterfølgende *S v State X*,<sup>522</sup> som omhandlet et tilfelle hvor vertslandets alminnelige domstoler hadde kjent den inngåtte voldgiftsavtalen ugyldig. Av den grunn hevdet staten at voldgiftstribunalet ikke hadde

---

<sup>518</sup> ICC Case No. 6474 (Partial Award 1992). Se også ICC Case No. 6470, upublisert, men gjengitt av Naón (2001) s. 172 flg.

<sup>519</sup> Saken er spesiell i den forstand at Staten også påberopte seg at den ikke var anerkjent som stat, som et grunnlag for ikke å opprettholde kontraktene den hadde inngått, inkludert en avtale om voldgift jfr. dommen s. 279.

<sup>520</sup> Se dommen s. 299.

<sup>521</sup> Se dommen s 301. Se også *Bentler v. Belgium* (Preliminary award 1983), *Italian Company v African State Entity* ICC Case No. 1939 (1971), *S v State X* ICC Case No. 10623 (Award 2001), *Elf Aquitaine v NIOC* (Award 1982) og *Framatome v Iran* (Award 1982).

<sup>522</sup> *S v State X*, ICC Case No 10623 (award 2001).

jurisdiksjon. Påstanden ble avvist, og begrunnet med at det ville stride mot fundamentale internasjonale prinsipper å tillegge domstolsavgjørelsen virkning.<sup>523</sup> At det finnes en kategori av *internasjonal ordre-public* har også vunnet innpass i juridisk teori.<sup>524</sup> Blant annet er det uttalt at:

«The concept of "transnational public policy", or "truly international public policy", is said to comprise fundamental rules of natural law, principles of universal justice, *jus cogens* in public international law, and the general principles of morality accepted by what are referred to as "civilized nations"».<sup>525</sup>

Tankegangen er at noen internasjonale regler og prinsipper er så fundamentale at de krever anvendelse, på bekostning av nasjonal rett. I praksis synes særlig internasjonale regler som er basert på prinsippet om *good faith* å få gjennomslag.<sup>526</sup> God tro-prinsippet er grunnleggende i internasjonal rett.<sup>527</sup> Det utgjør fundamentet for alt grenseoverskridende samarbeid, samt internasjonal handel.<sup>528</sup> Den grunnleggende forutsetningen for internasjonal aktivitet er nettopp at aktørene opptrer ærlig og rederlig. I teorien fremheves dette særlig i investeringsretten.<sup>529</sup> Det kan begrunnes med investeringskontraktenes spesielle karakter, hvor utenlandske aktører investerer kapital i vertslandet, men er avhengig av vertslandets medvirkning for å oppnå gevinst av sine investeringer. De fleste grunnleggende internasjonale regler, herunder minimumsstandarden, *acquired rights* og prinsippet om berettigede forventninger, er

---

<sup>523</sup> Se dommen s. 77.

<sup>524</sup> Paulsson (1986) s. 90, Naón (2001) s. 28-29 og Lew (2003) s. 676: «[o]ccasionally it may be a transnational test where the court assesses the compliance of the award with internationally accepted standards of public policy. For example, transnational public policy rules may require that the award be challenged if it has been induced or affected by bribery, corruption or fraud».

<sup>525</sup> Sheppard (2004) s. 3. Se også Van den Berg (1981) s. 361

<sup>526</sup> Se blant annet ICC Case No. 6474 (Partial Award 1992) s. 286-287.

<sup>527</sup> Dette gjenspeiles blant annet i Wienkonvensjonen art. 31: «*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose*».

<sup>528</sup> Dolzer and Schreuer (2008) s. 144 flg. og Tudor (2008) s. 173: «[g]ood faith traditionally occupied an important place in the development of international economic relations».

<sup>529</sup> Dolzer and Schreuer (2008) s. 5 og s. 144



direkte basert på god tro-prinsippet.<sup>530</sup> Andre internasjonale prinsipper kan for det meste betraktes som en spesifikk anvendelse av kravet om *good faith*. Prinsippets plass i internasjonal voldgift bekreftes av voldgiftspraksis.

I ICC Case No. 7827 uttaler tribunalet at «[w]hile doing so, the Tribunal fully agrees that the Contract and the principle of good faith are the primary guides»<sup>531</sup> (min understrekning). Tilsvarende fremgår av ICC Case No. 6474 hvor tribunalet, som tidligere nevnt, fant at staten var bundet til voldgiftsavtalen fordi et motsatt resultat ville stride mot ordre public:

«[...] [T]he general principle of good faith – or what may be considered as one of its possible forms, the international concept of ‘estoppel’ (‘non venire contra factum proprium’) would seem suffice to prohibit... the Defendant from relying on its own non-recognition by the international community in order to annul or avoid its previous undertaking to arbitrate under the contracts»<sup>532</sup> (min understrekning).

Følgene av ikke å opprettholde jurisdiksjon ble tillagt vesentlig vekt. Det ble uttalt at dette:

«[...] [i]n the circumstances would be contrary to that clear principle of transnational public policy which is the principle of good faith; it would defeat the legitimate expectations of the Parties to the agreements and finally compel the claimant to go before the Courts of the territory, as suggested by defendant – all results which do not seem, to say at least, to be in keeping with the

---

<sup>530</sup> Se blant annet *Amco v Indonesia* (Decision on jurisdiction 1983), *Tecmed v Mexico* (Award 2003), *Waste M v Mexico* (Award 2004), *Thunderbird v Mexico* (Award 2006) og særlig, *Saluka v Czech Republic* (Award 2006) avsnitt 303: «the expectations of the foreign investor certainly include the observations by the host State of such well- established fundamental standards as good faith, due process, and non-discrimination» (min undertrekning). Se også Tudor (2008) s. 141flg. og s.168.

<sup>531</sup> ICC Case No 7827 (1994) upublisert, men behandlet i Naón (2001) s. 254 note 271.

<sup>532</sup> ICC Case No. 6474 (Partial Award 1992) s. 283.

requirements of international public policy and of natural justice»<sup>533</sup> (mine understrekninger).

På denne bakgrunn bør internasjonale regler av ordre public-karakter kunne legges til grunn uavhengig av partenes lovvalg.<sup>534</sup> Hvis slike regler ikke tas i betraktning kan voldgiftsavgjørelsen risikere å bli satt til side eller nektes anerkjent/fullbyrdet fordi resultatet krenker *internasjonal ordre public*. Følgelig er det lite trolig at en nasjonal domstol vil anse voldgiftsrettens anvendelse av slike prinsipper som en overskridelse av sitt mandat, når en ikke-anvendelse vil kunne medføre at voldgiftsdommen ikke er håndhevbar.

### 5.3.6 Konklusjon: Ikke excess of competence

Det skal mye til for at en nasjonal domstol vil kunne sette til side eller nekte å anerkjenne/tvangsfullbyrde en voldgiftsdom som er basert på internasjonal rett under nektelsesgrunnen *excess of competence*. For det første er partenes intensjoner ved å velge voldgift av sentral betydning. Internasjonal voldgift er et internasjonalt rettsmiddel. I den forbindelse synes praksis å operere med en presumsjon for kompetanse til å anvende internasjonal rett, som partene bekrefter ved å velge internasjonal voldgift. Partenes implisitte lovvalg gjennom voldgiftsklausulen bør kunne strekkes så langt at også et uttrykkelig valg av nasjonal rett ikke nødvendigvis trenger å rokke ved presumsjonen.

For det andre er ordre public-betraktninger av vesentlig betydning. Internasjonale voldgiftstribunaler har en plikt til å avsi håndhevbare dommer. At dommen skal anerkjennes og kunne tvangsfullbyrdes ligger under enhver omstendighet i partenes intensjoner. Det tilsier at et internasjonalt voldgiftstribunal bør kunne ta i betraktning internasjonale regler av ordre public-karakter, og at en nasjonal domstol følgelig ikke bør kunne sette til side eller nekte å anerkjenne/fullbyrde en voldgiftsavgjørelse som anvender internasjonale ordre public-regler.

---

<sup>533</sup> Se dommen s. 287.

<sup>534</sup> Gaillard (1999) s. 860.

## 6 AVHANDLINGENS KONKLUSJONER

Avhandlingen har behandlet partsautonomien ved investeringskontrakter, underlagt voldgift, der det særegne er avtaleforholdets vertikale og horisontale nivå, samt at kontraktstypen typisk har en rekke offentligrettslige og administrative implikasjoner. Hovedproblemstillingen har vært om partene kan avskjære anvendelsen av offentlige- eller administrative lokale regler gjennom en voldgiftsklausul og et lovvalg til fordel for et annet lands rett eller internasjonal rett.

Utgangspunktet har vært offentligrettslige kompetansebestemmelser. Det har blitt vist at en lovvalgsklausul i seg selv ikke er tilstrekkelig til å avskjære anvendelsen av vertsstatens lokale regler. Alminnelige domstoler vil på bakgrunn av sin internasjonale privatrett i det vesentlige anvende vertsstatens offentlige eller administrative rett på spørsmål vedrørende en stats kompetanse. Videre har det blitt vist at et internasjonalt voldgiftstribunal ikke er underlagt den internasjonale privatrett hvor voldgiftsretten har sitt sete, men at voldgiftsretten likevel må/vil ta i betraktning internasjonalt aksepterte lovvalgsprinsipper. Også her er utgangspunktet at en stats kompetanse bestemmes av statens egen rett.

Det har videre blitt redegjort for at internasjonale voldgiftsdomstoler i stor grad er tilbøyelige til å anvende internasjonal rett som et korrektiv til nasjonal rett. Det finnes en rekke internasjonale regler og prinsipper hvis anvendelse påvirker den kontraktsrettslige virkningen av vertsstatens offentlige og administrative bestemmelser. Enten ved å tillegge de offentlige/administrative bestemmelsene kontraktsrettslig virkning, ved at statens påberopelse/anvendelse av dem anses som et brudd på internasjonal rett. Eller ved å avskjære den kontraktsrettslige virkning, slik at staten anses bundet til investeringsavtalen til tross for de lokale bestemmelser. Selv om de internasjonale materielle prinsipper har et noe ulikt grunnlag synes samtlige å være

forskjellige utslag av et mer generelt prinsipp om beskyttelse av utenlandske investorers berettigede forventninger.

Det har blitt vist at internasjonale voldgiftstribunaler, i stor utstrekning, anvender nevnte internasjonale materielle regler, uavhengig av om partene har foretatt et lovvalg til fordel for internasjonal rett. Partsautonomien i internasjonal voldgift er ikke bare en lovvalgsregel, men også et kompetanseprinsipp, og voldgiftsrettens kompetanse til å anvende internasjonal rett fremgår ikke bare av lovvalgsklausulen, men også av partenes avtale om internasjonal voldgift. Et internasjonalt voldgiftstribunal har en presumptiv kompetanse til å anvende internasjonal rett, som bekreftes gjennom partenes valg av internasjonal voldgift som tvisteløsningsorgan. På denne bakgrunn er det altså voldgiftsklausulen, i motsetning til lovvalgsklausulen, som er den viktigste i en statskontrakt.

Konklusjonen er derfor at partene gjennom en avtale om tvisteløsning ved internasjonal voldgift kan avskjære virkningen av lokale offentlige eller administrative bestemmelser. Konklusjonen har indirekte støtte i New York-konvensjonen og i modelloven, ved at en voldgiftsdom som er basert på internasjonal rett vanskelig kan settes til side eller nektes anerkjent/tvangsfullbyrdet. Som Alvik treffende uttaler:

«To the extent that a tendency is cemented in arbitral practice, and is beyond the possibility of review and challenge by municipal courts, it is implicitly validated as effective law».<sup>535</sup>

Fordi internasjonale voldgiftstribunaler anser seg presumptivt kompetente til å anvende internasjonal rett, vil løsningen trolig bli den samme der en stat anfører, eller handler på bakgrunn av andre typer offentlige eller administrative bestemmelser. I tilknytning til statskontrakter er internasjonal voldgift ikke bare en internasjonal tvisteløsningsmekanisme, men også et internasjonalt rettsmiddel, som skal bidra til å underbygge og sikre grenseoverskridende investeringer.<sup>536</sup>

---

<sup>535</sup> Alvik (2011) s. 94.

<sup>536</sup> Alvik (2011) s. 285.

## 7 KILDEHENVISNINGER

### 7.1 Litteratur

- Alvik (2011) *Alvik, Ivar Contracting with Sovereignty – State Contracts and International Arbitration*, Hart Publishing 2011
- Alvik (2009) [I] *Alvik, Ivar Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift. Lov og Rett, volum 48 nr. 1 s. 43-53, 2009*
- Alvik (2009) [II] *Alvik, Ivar Bruk av «investeringsvoldgift» i internasjonale statskontrakter – med særlig henblikk på kontrakter i petroleums- og energisektoren. Tidsskrift for forretningsjus 2009 s. 124 – (TFF-2009-124)*
- Alvik (2006) *Alvik, Ivar Statsimmunitet etter norsk rett og folkeretten. I Dog fred er ej det Bedste-Festskrift til Carl Agust Fleischer. Oslo, 2006 s. 13-38*
- Andenæs (2006) *Andenæs, Mads Henry Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Oslo, 2006*
- Arnt Nielsen (1997) *Arnt Nielsen, Peter International privat- og procesret. København 1997*

- Begic (2005) Begic, Taida *Applicable law in international investment disputes*. Eleven International Publishing 2005.
- Binder (2009) Binder, Peter *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdiction*. 3. utg. London, 2010 (2009)
- Blessing (1997) Blessing, Dr Marc *Choice of substantive law in international arbitration*. Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 1997 Volume 14 Issue 2) s. 39-66.
- Bogdan (2008) Bogdan, Michael *Svensk internationell privat- och processrätt*, Stockholm 2008
- Born (2009) Born, Gary B *International Commercial Arbitration* Volume I og II Kluwer Law International, 2009
- Bowden (1993) Bowden, Paul *L'interdiction de se contredire au detriment d'autrui (estoppel) as a substantive transnational rule in international commercial arbitration*. I *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* edited by Emmanuel Gaillard. International Law Association, Paris 1993 s. 125- 136
- Bowett (1957) Bowett, D.W. M.A., *Estoppel Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence*. 33 Brit. Y.B Int'l L. 176 1957

- Briggs (2008) Briggs, Adrian *The Conflict of Laws*. Second Edition. Oxford university press 2008
- Brownlie (2008) Brownlie, Ian *Principles of Public international Law*. Oxford University Press, Seventh edition 2008
- Brown (2009) Brown, Dr Chester *The Protection of Legitimate Expectations as a 'General Principle of Law': Some Preliminary Thoughts*, 2009  
[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)
- Brown (1996) Brown, Christopher A *Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law*. 50 U. Miami L. Rev. 369 (1995-1996)
- Bühler and Webster (2008) Bühler, Michael W. and Thomas H. Webster *Handbook of ICC Arbitration – Commentary, Precedents, Materials*. Sweet & Maxwell 2008
- Calliess (2011) Calliess, Graf-Peter *Rome regulations Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*. Wolters Kluwer, 2011
- Cairns (2009) Cairns, David J. A. *Transnational Public Policy and The Internal Law of State Parties* 2009  
[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)
- Castberg (1973) Castberg, Frede *International Law in Our Time*. (1973-I) 138 Recueil des Cours 1 s. 6
- Cheshire (2008) Cheshire, North & Fawcett *Private International Law*. Oxford University Press, Fourteenth Edition 2008

- Clarkson (2011) Clarkson, C.M.V. & Jonathan Hill, *The Conflict of Laws*. Fourth Edition, Oxford University Press 2011
- Collier (2001) Collier, J.G *Conflict of Law*. Third edition. Cambridge University Press, 2001
- Collins (2000) Collins, Lawrence with specialist editors Dicey and Morris *on The Conflict of Laws*. Volume 1 og 2, Sweet and Maxwell, London 2000
- Cordero-Moss (2010) [I] Moss, Giuditta Cordero *International Commercial Law*. Institutt for privatrett, skriftserie 185. 2. Utg. Oslo, 2010
- Cordero-Moss (2010) [II] Moss, Giuditta Cordero *Legal capacity, arbitration and private international law*, In Talia, Einhorn & symon, symeonides (ed.), *Convergence and divergence in private international law - liber amicorum kurt siehr*, s. 619 – 633, 2010
- Cordero-Moss (2010) [III] Moss, Giuditta Cordero *Norsk internasjonal selskapsrett: noen bemerkninger i lys av europeisk rett*. I: Gudmund, Knudsen; Geir, Woxholth & Kristin, Normann (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*. Gyldendal Akademisk, s 221 – 231, 2010
- Cordero-Moss (2010) [IV] Moss, Giuditta Cordero *En mer moderne og systematisk norsk internasjonal privatrett etter*



- Bokhandleren i Kabul-dommen, Tidsskrift for Rettsvitenskap*, s. 819-842 2010,
- Cordes (2010) Cordes, Jørg og Laila Stenseng *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*. Oslo, 2010
- Delaume (1981) Delaume, Georges R. *State Contracts and Transnational Arbitration*. 75 Am. J. Int'l 784 (1981)
- Derains (2005) Derains, Yves and Eric A. Schwartz *A Guide to The ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International, Second Edition 2005
- Dispute Settlement (2003) *Dispute Settlement: Investor – State*. I UNCTAD series on issues in international investment agreements, 2003
- Doulzer and Schreuer (2008) Doulzer, Rudolf and Christoph Schreuer *Principles of International investment Law*, Oxford University Press 2008
- Douglas (2009) Douglas, Zachary *The International Law of Investments Claims*, Cambridge University Press 2009
- Eckhoff og Smith (2006) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*. Oslo 2006
- Ferrari and Kröll (2011) Ferrari, Franco and Stefan Kröll *Conflict of Laws in International Arbitration*. Sellier. European law publishers 2011

- Friedmann (1963) Friedmann, Wolfgang *The uses of "General Principles" in the Development of International Law*. 57 Am. J. Int'l L. 279 1963
- Gaarder (2000) Gaarder, Karsten *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. 3. utg. ved Hans Petter Lundgaard. Oslo, 2000.
- Gaillard (1999) Gaillard, Emmanuel and John Savage *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. 1999
- Hagstrøm (2003) Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003
- Heiskanen (2005) Heiskanen, Veijo *May a State Invoke its Domestic Law to Evade its International Obligations?* (2005) [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)
- Heiskanen (2010) Heiskanen, Veijo *State As a Private: The Participation of States in International Commercial Arbitration*, (2010) [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)
- Hov (2002) Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet Kontraktsrett I*. Oslo 2002
- Joseph Q.C (2010) Joseph, David Q.C, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement*. Sweet & Maxwell Second Edition 2010
- Konow (2006) Konow, Berte-Elen Reinertsen *Løsørepant over landegrensar*. Bergen 2006

- Kriebaum (2009) Kriebaum, Ursula *Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investment. I International Investment Law for The 21<sup>st</sup> Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford University Press 2009
- Kronke (2010) Kronke, Herbert, Patricia Nacimiento, Dirk Otto and Nicola Christine Port *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – A Global Commentary on The New York Convention*. Wolters kluwer 2010
- Lando (1980) Lando, Ole *Lovvalsregler for voldgiftsmænd*. 49 Nordisk Tidsskrift Int'l Ret 1980 s.181-199
- Lew (2003) Lew, Julian D.M, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003
- Lew (1978) Lew, Julian D.M. *Applicable Law in International Commercial Arbitration – A study in Commercial Arbitration Awards*. Oceana Publications, Inc, 1978
- Mairal (2005) Mairal, Hector A. *Foreign Investments and Municipal Laws: The Argentine Experience*, [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)
- MacGibbon (1958) MacGibbon, I.C. *Estoppel in International Law*. 7 Int'l & Comp. L. Q. 468 1958

- Meidell (2007) Meidell, Andreas *An Anational Approach to International Contracts*. J.W. Cappelens Forlag AS, Oslo 2007
- Merón (1957) Merón, Theodor *Repudiation of ultra vires state contracts and the international responsibility of states*. (1957) 6 Int'l & Comp. L.Q. 273
- McClelland and Beevers (2009) Morris, J.H.C, David McClelland and Kisch Beevers *The Conflict of Laws*. Sweet and Maxwell, Seventh Edition, 2009
- Moss (2009) [I] Moss, Giuditta Cordero *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift*. I: Lov og Rett, Volum 48 utg. 6, s. 361-373, 2009
- Moss (2009) [II] Moss, Giuditta Cordero *Den nye europeiske internasjonale formueretten og norsk internasjonal formuerett*. I: Lov og Rett, volum 48 nr. 2, s. 67–83, 2009
- Moss (2008) [I] Moss, Giuditta Cordero *Arbitration and Private International Law*. I: International Arbitration Law Review, Volume 11 Issue 4, s. 153-164, 2008
- Moss (2008) [II] Moss, Giuditta Cordero *International Arbitration and the Quest for the Applicable Law*. I Global Jurist Advances, Volume 8 Issue 3, 2008
- Moss (2007) Moss, Giuditta Cordero *Lovvalsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske*

*regler*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 118 (2007) s. 679-717.

- Moss (2005) Moss, Giuditta Cordero *Can an Arbitral Tribunal Disregard the Choice of Law made by the Parties?* I *Stockholm arbitration report*, s 1- 21, 2005
- Moss (2000) Moss, Giuditta Cordero *Lovvalg i kontraktsforhold: Norsk retts askepott slår tilbake?* [Choice of the law applicable to contractual obligations: is the Cinderella of Norwegian law gaining importance?]. I *Jussens venner* s. 132-152, 2000
- Moss (1999) Moss, Giuditta Cordero *International commercial arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules*. Oslo, 1999.
- Naón (2001) Naón, Horacio A. Grigera *Choice-of-Law problems in International Commercial Arbitration*. 289 *Recueil des Cours* 9 (2001)
- Nial (1953) Nial, Håkan *Internationell förmögenhetsrätt*. Stockholm, 1953
- Nordtømme (2005) Nordtømme, Per Christian *Folkerettens regler om beskyttelse av utenlandske investeringer*. I *Industribygging og rettsutvikling – Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*. Bergen 2005 s. 567-603

- Nussbaum (1950) Nussbaum, Arthur *The Arbitration Between The Lena Goldfields and The Soviet Government*. 36 Cornell L. Q. 31 1950-1951
- Nygh (1999) Nygh, Peter *Autonomy in International Contracts*. Oxford University Press 1999
- Ortino et. al (2007) Ortino, Fredrico, Lahra Liberti, Audley Sheppard and Hugo Warner, *Investment Treaty Law- Current Issues II*. British Institute of International and Comparative Law (London) 2007
- Paulsson (1986) Paulsson, Jan *May a state Invoke its International Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration – Reflections on the Benteler v. Belgium Preliminary Award*, *Arbitration international* (Kluwer Law International 1986, Volume 2 Issue 2) s. 90-103
- Plender and Wilderspin (2009) Plender, Richard and Michael Wilderspin *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, Third Edition, 2009
- Redfern and Hunter (2004) Redfern, Alan og Martin Hunter *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Thomson Sweet & Maxwell, 2004
- Reinish (2008) Reinish, August *Standards of investment protection*. Oxford university Press 2008

- Ristvedt og Nisja (2005) Ristvedt, Per M og Nisja, Ola *Voldgiftsloven og tvister i forretningsforhold*, Tidsskrift for forretningsjus 2005 s. 3 – (TFF-2005-3)
- Ruud og Ulfstein (2006) Ruud, Morten og Geir Ulfstein *Innføring i folkerett* 3. utgave, Universitetsforlaget 2006
- Sasson (2010) Sasson, Monique *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration- The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*. Wolters Kluwer 2010.
- Schreuer (2009) Schreuer, Christoph H with Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair *The ICSID Convention A Commentary*. Cambridge University Press, Second edition 2009
- Schreuer (1974) Schreuer, Christoph H *Unjustified Enrichment in International Law*. 22 Am. J. Comp. L. 281 1974
- Schwebel (1987) Schwebel, Stephen M. *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge Grotius Publications Limited, 1987
- Sheppard (2004) Sheppard, Audley *Public Policy and the Enforcement of Arbitral awards: Should there be a Global Standard?* 2004,  
<http://www.transnational-dispute-management.com/welcome.asp>

- Seyersted (1986) Seyersted, Finn *Interlegal offentlig rett, særlig internasjonal forvaltningsrett*. I *Samfunn Rett og Rettferdighet – Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* s. 599 – 614, Oslo 1986
- Spiermann (2005) Spiermann, Ole *Applicable Law*, 2005  
<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=556>
- State Contracts (2004) *State Contracts*. I UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 2004
- Thue (2002) Thue, Helge J *Internasjonal privatrett- personrett, familierett og arverett*. Gyldendal Akademisk 2002 1. utgave, 1. opplag.
- Tudor (2008) Tudor, Ioana *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. Oxford Universitet Press 2008
- Tønsberg (1982) Tønsberg, Knut *Utenriksministerens legitimasjon. Wienkonvensjonen om traktatretten, artikkel 46 og Ihlen- erklæringen*. I *Jussens venner*, Bind XVII - 1982
- Van den Berg (1981) Van den Berg, Albert Jan *The New York Arbitration Convention of 1958*. Amsterdam, 1981.



- Vicuna (2003) Vicuna, Francisco Orrego *Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society*. I Int'l law Forum 2003 5 (3) s. 188
- Villiger (2009) Villiger, Mark E *Commentary on the 1969 Vienna convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publisher, 2009
- Voldgiftsloven kommentarutgave* Kolrud, Helge Jacob ... [et.al.] Oslo, 2007.
- Voldgiftsloven med kommentarer* Berg, Borgar Høgetveit ... [et.al.] Oslo, 2006.
- Weigand (2009) Weigand, Frank-Bernd *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. Oxford University Press, Second edition 2009
- Woxholt (2005) Woxholt, Geir *Avtalerett*. Gyldendal Norsk Forlag 2003 5. utgave, 2 opplag 2005

## 7.2 Nasjonale lover og forarbeider

### Norsk lovgivning

1814	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814. (Grl.)
1964	Lov 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp (kjøpslovvalgsloven)
1967	Lov 8. juni 1967 nr. 3 om internasjonale investeringstvister
1992	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)
2004	Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven)
2005	Lov 17. juni. 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)
2009	Lov 9. juni 2009 nr. 79 (endringslov til tvisteloven)

### Norske forarbeider

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

## Utenlandsk lovgivning

Sveits	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG)
USA	US Restatement, Second, on the Conflict of Laws, 1971
England	Arbitration Act, 1996

### 7.3 Konvensjoner og andre internasjonale rettskilder

New York-konvensjonen	United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 10 June 1958
Romakonvensjonen	Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, Rome 19 June 1980
Wienkonvensjonen	The Vienna Convention on the law of treaties , Vienna 23 May 1969
ICSID-konvensjonen	Washington Convention on the Settlement of Investments Disputes between Nationals of Other States, 18 March 1965
Luganokonvensjonen	Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 30 okt 2007.

NAFTA	North American Free Trade Agreement (NAFTA)
Energy Charter Treaty	The Energy Charter Treaty, Lisbon 1994
Roma I-forordningen	Forordning nr. 593/2008 Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 av 17. juni 2008 om lovvalsregler for kontraktsrettslige forpliktelser (Rom I)
Roma II-forordningen	Forordning nr. 864/2007 Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 864/2007, av 11. juli 2007 om lovvalsregler for forpliktelser utenfor kontrakt (Rom II-forordningen)
Modelloven	The UNICITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, ferdigstilt 1985
ICC reglene	Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, in force as from 1 January 1998
Stockholm handelskammers regler	Stockholm Handelskammars skiljedomsinstitut, Skiljedomsregler/ Arbitration Rules 2010, tilgang: <a href="http://www.sccinstitute.se/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf">http://www.sccinstitute.se/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf</a>

## 7.4 Rettspraksis

### **Norsk rettspraksis**

Rt. 2011 s. 531

Rt. 2009 s. 1537

Rt. 2006 s. 1008

Rt. 2001 s. 900

Rt. 1995 s. 1415

Rt. 1937 s. 888

Kjennelse av Hålogaland Lagmannrett 9. april 2001.

### **Utenlandske domstolsavgjørelser**

Deutsche Shachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v R'as al- Khaimah Oil Co and Shell International Petroleum Co Ltd (UK Court of Appeal 1987), hentet fra Alvik (2011) på s. 95.

Judgment of 23. April 1997 Italian Cort di Cassazione, sitert fra Born (2009) s. 560 note 692.

Mitsubishi Motors Corp v Solar Chrysler-Plymouth Inc. (US Supreme Court 1985), sitert fra Nygh (1999) s. 43.

State of Ukraine v. Norsk Hydro ASA Svea Hovrätt 17 December 2007, gjengitt i Cordero-Moss (2010) [II] s. 621 flg.

Organisme des Antiquitiés v G. Silver Night Company (Cairo Court of Appeal 1997), gjengitt i Cairns (2009) s. 31-32.

Lesotho Highlands Development Authority v Impreglio SpA (2006), sitert fra Born (2009) på s. 2610

LG Hamburg (Hamburg District Court 1997) sitert fra Kronke (2010) på s. 261.

Stifel, Nicolaus & co v Francis (1994), hentet fra Born (2009) på s. 2610 note 299.

Parson & Whitemore Overseas Co Inc. v Societe Generale de L'industrie du Papier (RAKTA), hentet fra Alvik (2011) på s. 96.

## 7.5 Voldgiftspraksis

### **ICSID avgjørelser**

ADF v USA                      ADF Group Inc v United States of America (Award 2003)  
[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC600\\_En&caseId=C185](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC600_En&caseId=C185)

AMCO v Indonesia              AMCO v Indonesia (Decision on Jurisdiction, 1983) 23  
ILM 351 (1984)  
<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intlm23&id=365&collection=journals&index=journals/intlm>

AMCO v Indonesia	AMCO v Indonesia (Decision on Annulment, 1986) <a href="http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN2883&amp;query=AND(content%3A%22amco%22,content%3A%22v%22,content%3A%22indonesia%22)">http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN2883&amp;query=AND(content%3A%22amco%22,content%3A%22v%22,content%3A%22indonesia%22)</a>
Autopista v Venezuela	Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v Bolivarian Republic of Venezuela (Award 2003) <a href="http://www.transnational-dispute-management.com/legal-and-regulatory-detail.asp?key=1861">http://www.transnational-dispute-management.com/legal-and-regulatory-detail.asp?key=1861</a>
Azanian v Mexico	Azinian et al v Mexico (Award, 1999) <a href="http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC544_En&amp;caseId=C156">http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC544_En&amp;caseId=C156</a>
Bayindir v Pakistan	Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v Paksitan (Decision on jurisdiction 2005) <a href="http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC523_En&amp;caseId=C27">http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC523_En&amp;caseId=C27</a>
Bayinidir v Pakistan	Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v Pakistan (Award 2009) <a href="http://italaw.com/documents/Bayandiraward.pdf">http://italaw.com/documents/Bayandiraward.pdf</a>
CMS V Argentina	CMS Gas Transmission Co v Argentina (Award 2005) <a href="http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC504_En&amp;caseId=C4">http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC504_En&amp;caseId=C4</a>
Duke Energy v Peru	Duke Energy Electroquil Partners and Eelectorquil SA v Peru (Decision on Jurisdiction 2006) <a href="http://italaw.com/documents/Duke-Peru-Jurisdiction.pdf">http://italaw.com/documents/Duke-Peru-Jurisdiction.pdf</a>

EDF v Romania	EDF (Services) Ltd v Romania (Award, 2009) <a href="http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC1215_En&amp;caseId=C57">http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC1215_En&amp;caseId=C57</a>
LECTO V Liberia	Liberian Eastern Timber Corporation (LECTO) v Liberia (Award, 1986) YbCA Volume XIII 1988 s. 35-52. <a href="http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn3244">http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn3244</a>
Metalclad v Mexico	Metalclad Corp v Mexico (Award 2000) <a href="http://italaw.com/documents/MetacladAward-English.pdf">http://italaw.com/documents/MetacladAward-English.pdf</a>
MINE v Guinea	Maritime International Nominees Establishment (MINE) v Guinea (Decision on Annulment, 1989) 5 ICSID Rev-FILJ (1990)
Mondev v USA	Mondev Int'l Ltd v USA (Award, 2002) <a href="http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf">http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf</a>
MTD v Chile	MTD Equity Inc and Machalpower CIA Ltd v Chile (Award, 2004) <a href="http://www.asil.org/ilib/MTDvChile.pdf">http://www.asil.org/ilib/MTDvChile.pdf</a>
MTD v Chile	MTD Equity Inc and Machalpower CIA Ltd v Chile (Decision on Annulment 2007) <a href="http://italaw.com/documents/MTD-Chile_Ad_Hoc_Committee_Decision_003.pdf">http://italaw.com/documents/MTD-Chile_Ad_Hoc_Committee_Decision_003.pdf</a>
Noble Ventures v Romania	Noble Ventures INC v Romania (Award, 2005) <a href="http://italaw.com/documents/Noble.pdf">http://italaw.com/documents/Noble.pdf</a>



SGS v Pakistan	SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan (Decision on jurisdiction, 2003) <a href="http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC622_En&amp;caseId=C205">http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC622_En&amp;caseId=C205</a>
SGS v Phillipines	SGS Société Générale de Surveillance S.A v Republic of the Phillipines (Decision on juridsicton, 2004) <a href="http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC657_En&amp;caseId=C6">http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC657_En&amp;caseId=C6</a>
SPP v Egypt	Southern Pacific Properties (Middel East) Ltd (SPP) v Egypt (Award, 1992) 3 ICSID Rep 189
Tecmed v Mexico	Tecmed v Mexico (Award, 2003) <a href="http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC602_En&amp;caseId=C186">http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&amp;actionVal=showDoc&amp;docId=DC602_En&amp;caseId=C186</a>
Waste M v Mexico	Waste Management Inc v Mexico (Award, 2004) <a href="http://www.state.gov/documents/organization/34643.pdf">http://www.state.gov/documents/organization/34643.pdf</a>
Wena Hotels v Egypt	Wena Hotels Limited v Arab Republic of Egypt (Award, 2000) HeineOnline 41 Int'l Legal Materials 896 (2002)

### **Investment Treaty cases (ad hoc)**

CME v Czech Republic	CME Czech Republic BV v Czech Republic (Partial Award, 2001) <a href="http://italaw.com/documents/CME-2001PartialAward.pdf">http://italaw.com/documents/CME-2001PartialAward.pdf</a>
EnCana v Ecuador	EnCana Corp v Ecuador (Award, 2006) <a href="http://italaw.com/documents/EncanaAwardEnglish.pdf">http://italaw.com/documents/EncanaAwardEnglish.pdf</a>
Eureko v Poland	Eureko BV v Poland (Partial Award, 2005) <a href="http://italaw.com/documents/Eureko-PartialAwardandDissentingOpinion.pdf">http://italaw.com/documents/Eureko-PartialAwardandDissentingOpinion.pdf</a>
Thunderbird v Mexico	International Thunderbird Gaming Corp v Mexico (Award, 2006) <a href="http://italaw.com/documents/ThunderbirdAward.pdf">http://italaw.com/documents/ThunderbirdAward.pdf</a>
Lauder v Czech Republic	Lauder v Czech Republic (Award, 2001) <a href="http://italaw.com/documents/LauderAward.pdf">http://italaw.com/documents/LauderAward.pdf</a>
Saluka v Czech Republic	Saluka Investments BV v Czech Republic (Award, 2006) <a href="http://italaw.com/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf">http://italaw.com/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf</a>

## International Chamber of Commerce (ICC)

- Deutsche Schachtbau Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v R'as Al Kaimah (United Arab Emirates) and Rakoil (ICC Case No 3572, 1982) (1989) 14 YbCA 111  
<http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn6614>
- Dlamia Dairy Industries Preliminary Award in ICC Case No. 1512, 1970 (1980) 5 YbCA (Kluwer Law International) s. 174-176.
- Framatome v Iran Framatome SA v Atomic Energy Organization of Iran (ICC Case No 3896, 1982) *behandlet av Bowden (1993) L'interdiction de se contredire au detriment d'autrui (estoppel) as a substantive transnational rule in international commercial arbitration.* I Transnational Rules in International Commercial Arbitration edited by Emmanuel Gaillard. International Law Association, Paris 1993 s. 132-133.
- SPP v Egypt SPP (Middle East) Limited and Southern Pacific Properties Limited v Arab Republic of Egyptian General Company for Tourism and Hotels (Award 1983, ICC Case No. 3493) 3 ICSID-rep 46.
- ICC Case No 1939 Italian Company v African State Entity (ICC Case No 1939, 1971)

- ICC Case No 10623 (Award, 2001) (S v State X) (2003) 21 (1) ASA Bulletin 82  
<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.kluwer/asab0021&id=71&collection=kluwer&index=kluwer/asab>
- ICC Case No 6474 (Partial Award, 1992) (2000) 25 YbCA 278  
<http://www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=ipn22012>
- ICC Case No 4667 (1984) upublisert, men referert i Bowden *L'interdiction de se contredire au detriment d'autrui (estoppel) as a substantive transnational rule in international commercial arbitration*. I *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* edited by Emmanuel Gaillard. International Law Association, Paris 1993 s. 133
- ICC Case No. 7375 (1996) Gjengitt i Blessing (1997) *Journal of International Arbitration*, (kluwer Law International 1997 Volume 14 Issue 2) s. 39-66 på s. 45-48.
- ICC Case No. 6470 Upublisert, men behandlet av Naón (2001) s. 172 flg.
- ICC Case No 7071 Sitert fra Naón (2001) på s. 236-237 note 249.
- ICC Case No 1598 Danish v Bulgaria and Ethiopian (Award 1971) YbCa (1978) volume III s. 216  
<http://www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=ipn515>
- ICC Case No 10663 Upublisert, men referert i Naón (2001) s. 98 flg.
- ICC Case No 4381 (Award 1986) Upublisert, men referert i Naón s. 56 note 36.

ICC Case No 7827                      Behandlet av Náon (2001) på s. 254 note 271.

### **Andre internasjonale voldgiftsavgjørelser**

AMINOIL v Kuwait                      AMINOIL v Kuwait (Award, 1982) (1982) 21 ILM 976  
1982

Benteler v Belgium                      Benteler v Belgium (Award, 1983)  
<http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN10543>

BP v Libya                                      BP Exploration Co (Libya) Ltd v Libya (Award, 1973)  
YbCA (1980) – Volume V s. 143-157  
<http://www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=ipn963>

Company Z v State ABC                      Company Z and others v State Organization (Award  
1982) ABC VIII YbCA 94 (1983) III

Davies Case                                      Joseph E. Davies (United States) v United Mexican  
States, 1927  
[http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_IV/139-144.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_IV/139-144.pdf)

Dickson Car Wheel                      Dickson Car Wheel Company (U.S.A) v United Mexican  
States (1931), General Claim Commission  
[http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_IV/669-691.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_IV/669-691.pdf)

Elf Aquitain v NIOC                      Elf Aquitain Iran v National Iranian Oil Company  
(NIOC) (Award, 1982) (1986) 11 YbCA 97  
<http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn2461>

General Finance Corp	General Finance Corporation (U.S) v United Mexican States (1942), sitert fra Meron (1957) 6 Int <sup>1</sup> & Comp. L.Q. 273
Hemming Case	H.J. Randolph Hemming (Great Britain) v U.S, 1920 <a href="http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_VI/51-53_Hemming.pdf">http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_VI/51-53_Hemming.pdf</a>
Himpurna v Persero	Himpurna California Energy Ltd (Bermuda) v PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia) (Final Award, 4 May 1999) (2000), 25 YbCA 13 <a href="http://www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=ipn22006">http://www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=ipn22006</a>
Himpurna v Indonesia	Himpurna California Energy Ltd v. Republic of Indonesia, Interim Award and Final Award 16 October 1999 (2000), 25 YbCA 13 <a href="http://www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=ipn22007">http://www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=ipn22007</a>
Jalapa Railroad Case	Jalapa Railroad and Power Co v Mexico (US v Mexico, American Mexican Claims Commision, 1948) sitert fra Meron (1957) 6 Int <sup>1</sup> & Comp. L.Q. 273 s. 284.
Landreau Claim	Landreau Claim (USA v Peru, 1922) <a href="http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_I/347-367.pdf">http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_I/347-367.pdf</a>
Lena Goldfields Case	Lena Goldfields v Soviet Union (Award 1930) 36 Cornell L. Q. 31 1950-1951

LIAMCO v Libya	Libyan American Oil Co (LIAMCO) v Libya (Award, 1977) YbCA- Volume VI s. 89-118 <a href="http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN1105&amp;query=content%3A%22sapphire%22">http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN1105&amp;query=content%3A%22sapphire%22</a>
Nor. Shipowners Claim	Norwegian Shipowners Claim (Nor. v. U.S) (1922) <a href="http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_I/307-346.pdf">http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_I/307-346.pdf</a>
Okie Case	John B. Okie (United States) v United Mexican States, 1926, <a href="http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_IV/137_okie.pdf">http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_IV/137_okie.pdf</a>
Parker Case	William A. Parker (USA) v United Mexican States (1926) <a href="http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_IV/35-41.pdf">http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_IV/35-41.pdf</a>
Revere Copper v OPIC	Revere Copper and Brass Inc v Overseas Private Investment Corp (OPIC) (Award, 1978) YbCA- Volume V s. 202-208
Sapphire v NIOC	Sapphire International Petroleum Ltd v National Oil Company (NIOC) (Award, 1963) 35 ILR 136
Saudi Arabia v Aramco	Saudi Arabia v Arab American Oil Company (Aramco) (Award, 1958) 27 ILR 117
Shufeldt Claim	Shufeldt Claim (U.S v Guatemala, Award, 1930) <a href="http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/1079-1102.pdf">http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/1079-1102.pdf</a>
Texaco v Libya	Texaco v Libya (Preliminary Award and Award, 1977) YbCA- Volume IV s. 177-187 <a href="http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN663&amp;query=AND(content%3A%22texaco%22,content%3A%22v%22,content%3A%22libya%22)">http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=IPN663&amp;query=AND(content%3A%22texaco%22,content%3A%22v%22,content%3A%22libya%22)</a>

Wauquier et Cie. (1930) Wauquier et Cie.c.1 Gouverneur général du Vilayet et la  
Municipalité de Sicas 2. Government Turc (1930) sitert  
fra Meron(1957) 6 Int<sup>1</sup> & Comp. L.Q. 273 s. 284

### **Permanent Court of International Justice (PCIJ)**

Eastern Greenland Case Legal Status of Eastern Greenland (Den. v Nor), 1933  
P.C.I.J. (ser A/B) No. 53  
[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.04.05\\_greenland.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.04.05_greenland.htm)

Serbian Loan Case Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Fr.  
v. Yugo.), 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 20  
[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12\\_payment1.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm)

### **International Court of Justice (ICJ)**

Ambatielos Case Ambatielos Case (Greece v United Kingdom) 1953  
<http://www.icj-cij.org/docket/files/15/1983.pdf>

Temple Vihear Case Case Concerning the Temple of Preah Vihear  
(Cambodia v Thailand), 1962  
<http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4871.pdf>

### **7.6 Annet**

Giuliano-Lagarde Rapporten Report on the Convention on the law applicable to  
contractual obligations (by Mario Giuliano,  
Professor, University of Milan, and Paul Lagard,  
Professir, University of Paris I), OJ C 282,  
31/10/1980 s. 1-50