

LOVVALG OG VERNETING I INTERNASJONALE ARBEIDSFORHOLD



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 694
Leveringsfrist: 25. april 2012
Til sammen 14643 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av emnet og avgrensinger	1
1.2	Oversikt over den videre fremstilling	2
1.3	Oppgavens rettskildebruk	3
<u>2</u>	<u>BAKGRUNN</u>	<u>4</u>
2.1	Europeisk utvikling	4
<u>3</u>	<u>VERNETING</u>	<u>5</u>
3.1	Innledning	5
3.2	Brüsselkonvensjonen og Luganokonvensjonen	6
3.3	Tvisteloven og Luganokonvensjonen	9
3.4	Luganokonvensjonen artikkel 65 og 67 om forholdet til annen rett	12
3.4.1	Forholdet til annen lovgivning	12
3.4.2	Luganokonvensjonen art. 67 nr. 4	13
3.5	Luganokonvensjonens innhold	14
3.5.1	Luganokonvensjonens femte avsnitt, individuelle arbeidsavtaler	17
<u>4</u>	<u>LOVVALG</u>	<u>22</u>
4.1	Partsautonomi	22
4.2	Domisilprinsippet	23
4.3	Haagkonferansen og nasjonalitetsprinsippet	25
4.4	Rapport om Romakonvensjonen, skrevet av Mario Giuliano og Paul Lagarde	25

4.5	Romakonvensjonen	27
4.5.1	Romakonvensjonens formål	29
4.5.2	Lov 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp (Kjøpslovvalgsloven) § 4	31
4.5.3	Roma I-forordningens innhold	31
4.5.4	Roma I art. 3 Hovedregelen om lovvalg ved avtale	32
4.5.5	Roma I artikkel 3 nr. 3	34
4.5.6	Roma I artikkel 4, Lovvalg i mangel av avtale	35
4.5.7	Romakonvensjonen artikkel 6 og Roma I artikkel 8 om individuelle arbeidsavtaler	40
4.5.8	Roma I artikkel 9 (før Romakonvensjonen artikkel 7) om internasjonalt preseptoriske regler	46
5	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	47
6	<u>KILDER</u>	49

1 Innledning

1.1 Presentasjon av emnet og avgrensinger

Temaet for oppgaven er lovvalg og verneting i arbeidsavtaleforhold der partene har tilknytning til forskjellige land.

I første del vil det bli redegjort for hvilket land som har jurisdiksjon. Dette innebærer at man må ta stilling til hvilket lands domstol som har kompetanse til å behandle saken. Det vil hovedsakelig bli lagt vekt på de situasjoner hvor dette ikke er regulert i arbeidskontrakten.

For at en domstol skal ha kompetanse til å ta stilling til en sak, må denne domstol være rett verneting. Spørsmål om lovvalg blir som regel kun aktuelt der domstolen har denne kompetansen, da det som regel er domstolen selv som tar stilling til hva som er rett lovvalg. Dette gjør det naturlig først å behandle temaet om verneting. Deretter vil spørsmålet om lovvalg behandles. Som regel faller lovvalget på loven i det landet hvor domstolen har kompetanse, og omvendt. Derfor henger disse to problemstillingene tett sammen, noe som gjør det aktuelt å behandle dem samlet i en avhandling.

Hovedfokuset i oppgaven vil være Norges tilpasning til utfordringene som kan oppstå ved slike grenseoverskridende arbeidsavtaler. Disse er som regel løst etter europeisk rett. I den grad det finnes regulering på området, er det en implementering av EU/EØS-rettslige direktiver, forordninger eller konvensjoner. I tillegg vil det være formålstjenlig å se litt på lovgivningen utenom EU-området, da norsk rett til tider lar seg inspirere også av denne.

Hovedformålet med oppgaven er å klargjøre dagens rettstilstand der det oppstår konflikt i internasjonale arbeidsforhold. Gjennom en analyse av rettspraksis og øvrige relevante rettskilder, vil det redegjøres for hvordan utfordringene i praksis løses, særlig sett i lys av de ytterlige utfordringene det internasjonale aspektet innebærer.

1.2 Oversikt over den videre fremstilling

Målet med avhandlingen er å gi en fremstilling av rettssituasjonen i dag, etter den siste revisjonen av Luganokonvensjonen og Romakonvensjonen. Det vil bli lagt hovedvekt på forholdet til tvister i internasjonale arbeidsforhold. Internasjonale arbeidsforhold inngår i den internasjonale privatretten, og denne vil behandles i den grad den er relevant for oppgavens tema. Det vil også avgrenses mot de offentligrettslige bestemmelsene i nasjonal og internasjonal arbeidsrett.

Den internasjonale privatretten er et meget omfattende rettsområde, hvor internasjonale regler kommer til anvendelse. Da internasjonale arbeidsforhold er en del av den internasjonale privatretten, er det hensiktsmessig å se på hvordan de aktuelle reglene på området er bygget opp, for å forstå reglene om internasjonale arbeidsforhold. Hovedfokuset vil være på tvister knyttet til arbeidsforhold internt i EU/EØS-området. Dette har blitt særlig aktuelt etter dannelsen av Den Europeiske union (heretter EU). Roma II-forordningen vil ikke bli behandlet i avhandlingen, da denne omhandler avtaler utenfor kontrakt. Dette forekommer ikke i lovlige arbeidsforhold, jf. Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62, § 14-5. Der det ikke foreligger arbeidskontrakt, må det først avgjøres om det er tale om et arbeidsforhold. (Arbeidstakerbegrepet er definert i flere EU-rettsakter, blant annet av EF-domstolen)¹. Deretter kommer konvensjonsbestemmelsene til anvendelse.

¹ NOU 2004:5 punkt 10.5.3

1.3 Oppgavens rettskildebruk

Utfordringen ved internasjonale tvister er at hvert land har sin lovgivning. Dette gjelder også for den internasjonale privatretten. Utgangspunktet må derfor tas i den nasjonale retten, for deretter å avklare om det finnes internasjonale reguleringer av de aktuelle problemstillingene. I oppgaven vil både lovfestet og ulovfestet rett behandles.

Arbeidsmiljøloven² (heretter aml) regulerer norske arbeidsforhold. Det følger av aml § 14-7 at det i arbeidsforhold der arbeidstaker skal arbeide i utlandet i mer enn en måned, skal inngås skriftlig arbeidsavtale før avreise. I henhold til aml § 17-1 får Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90³ og Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven, heretter dl)⁴ anvendelse i arbeidstvister. Tvisteloven (heretter tvl) regulerer saksgangen i norske sivile saker.

Vilkåret for at en internasjonal tvist kan føres for norske domstoler fremgår av tvl § 4-3. For at vilkåret skal være oppfylt, må saken ha «tilstrekkelig tilknytning» til Norge. Imidlertid fremgår det ikke av paragrafen hva dette innebærer. Bestemmelsen er generell og sier ingenting om hva som er «tilstrekkelig». I stedet henvises det i § 4-8 til Luganokonvensjonen 2007. Denne vil bli behandlet grundig i avhandlingen.

Utenom visse unntak, som kort vil kommenteres, er lovvalsreglene i Norge stort sett ulovfestet. I Norge har man lenge anvendt den «individualiserende metode». Utover dette er rettspraksis og norske lover ikke tilstrekkelige rettskilder til å løse de aktuelle internasjonale problemene. I tillegg er internasjonale konvensjoner en rettskilde. Da Norge er medlem av EØS, kan Romakonvensjonen indirekte få betydning. Internasjonale konvensjoner kan ofte være annerledes bygget opp enn de nasjonale reglene som ellers kommer til anvendelse. Derfor kan juridisk teori ha større interesse og betydning enn ellers. Aller viktigst er rettspraksis, da det er her det fremkommer hvordan reglene skal forstås.

² Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

³ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

⁴ Lov om domstolene (domstolloven)

Norsk rettspraksis som i første rekke er benyttet, er høyesterettsavgjørelser. Da temaet for oppgaven er internasjonale tvister, blir det noe begrenset bare å forholde seg til høyesterettsavgjørelser.

EF-domstolen (European Court of Justice) er EU sin egen, uavhengige domstol. Domstolens oppgave er å sikre at EU-reglene håndheves likt i alle medlemslandene. Domstolens avgjørelser har stor rettskildemessig vekt da det er her de aktuelle konvensjonene ofte blir tolket.

2 Bakgrunn

2.1 Europeisk utvikling

Internasjonalisering av arbeidskraft har økt de siste tiårene og toppet seg på mange måter som et resultat av dannelsen av EU. Etableringen kom som en konsekvens av annen verdenskrig. Krigen hadde brakt med seg usikkerhet og utrygghet blant mange. Samfunnet søkte stabilitet, velferd og politisk trygghet. Man så med dette et behov for internasjonalt forpliktende samarbeid.⁵ Resultatet kom 9. mai 1950 da EF-samarbeidet startet. I 1956 ble traktaten om Det Europeiske Økonomiske Fellesskap (heretter EFT) undertegnet. Dette var starten på et fellesskap som i senere tid har utviklet seg til det EU vi har i dag.⁶

En av målsetningene bak unionsfellesskapet var et indre marked med fri flyt av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft, jf. EFT art. 14. Land som ikke var medlem av EU fryktet ekskludering fra det indre marked. Dette resulterte i avtalen om Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde (heretter EØS) fra 1992, som Norge i dag er en del av.

⁵ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad, EØS-rett side 25

⁶ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad, EØS-rett side 26

Mange av artiklene i avtalen er tilsvarende de i EFT. Blant dem er regelen om fri bevegelse av arbeidskraft, jf. EØS art. 28. En naturlig konsekvens av den forenklete adgangen til å jobbe over landegrensene, er at internasjonaliseringen av arbeidskraft har øket. Dette fører med seg nye problemstillinger som det må tas stilling til.

Når det gjelder tvister knyttet til internasjonalt arbeidsforhold, kan følgende eksempel brukes til illustrasjon: En arbeidstaker har dansk statsborgerskap. Han bor i Sverige, hvor han jobber for et datterselskap med hovedsete i Norge. Han kommer i konflikt med arbeidsgiver. Det oppstår diskusjoner om hvilket land som har jurisdiksjon og hvilken lov som skal anvendes. Umiddelbart kan disse spørsmålene virke enkle å besvare da det som regel er naturlig å anta at det tas utgangspunkt i stedet man oppholder seg permanent. Imidlertid er ikke dette alltid tilfellet. Som det vil bli redegjort for nedenunder, kan det oppstå tvilsituasjoner.

3 Vernetting

3.1 Innledning

DI § 36 fastslår at domstolene selv skal vurdere hvorvidt saken er reist ved riktig vernetting. Spørsmålet blir *hvilke* kriterier som må vurderes for å avgjøre dette.

Tvl har ingen regler som regulerer hvorvidt norske domstoler kan behandle internasjonale tvister. Fokuset i loven er hva som er rett vernetting for nasjonale tvister, jf. tvl § 4-4. Her fremgår det at søksmål kan reises der saksøkte har alminnelig vernetting. Etter annet ledd har personer slikt vernetting der de har bopel. Hovedutfordringen ved internasjonale tvister, er at partene i slike tilfeller har forskjellig bopel. Da den nye tvisteloven var under revisjon, ble disse problemstillingene vurdert av tvistemålsutvalget. Det ble foreslått at det i den nye loven skulle oppstilles et krav om at saken må ha en naturlig tilknytning til landet dersom den skal oppføres her.

Departementet viste i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) til at dette var kodifisering av gjeldende rett. På grunn av det økende antall av internasjonale saker, burde dette etter tvistemålsutvalgets oppfatning fremgå av den nye tvl.⁷ Resultatet ble at bestemmelsen fikk følgende ordlyd i tvl § 4-3, som stiller som krav at internasjonale saker må ha «tilstrekkelig tilknytning til Norge». Det er innfortolket i regelen at det som utgangspunkt oppnås tilstrekkelig tilknytning ved at det kan påvises at saksøkers verneting er i landet, jf. tvl § 4-4⁸. Imidlertid klargjør bestemmelsen ikke hva som er rette verneting der saken har tilknytning til et annet land. I stedet henviser loven i § 4-8 til Luganokonvensjonen 2007⁹ (heretter Lugano). Konvensjonen er inkorporert slik at den gjelder som norsk lov. Ved utarbeidelsen av den nye tvl var det uenighet mellom regjeringsadvokaten og departementet hvorvidt det skulle være en henvisning til Lugano i loven. Resultatet ble som nevnt en henvisning i § 4-8.¹⁰

Slik Lugano er inkorporert i loven, er den bindende for norske domstoler. Den er også forpliktende for EØS-landene (utenom Liechtenstein). Konvensjonen omhandler reguleringer av hvilket land som har domsmyndighet ved internasjonale saker. Den bygger på en tilsvarende konvensjon som er bindende mellom EU-landene, den såkalte Brüsselkonvensjonen¹¹.

3.2 Brüsselkonvensjonen og Luganokonvensjonen

På 1960-tallet startet de seks originale medlemsstatene av EEC (Belgia, Tyskland, Frankrike, Italia, Luxembourg og Nederland) å forhandle frem en konvensjon som skulle resultere i en uniform anvendelse av regler for å løse jurisdiksjonsspørsmålene.

⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) punkt 12.5.4

⁸ Se RT 2010 side 820 punkt 9, den ankedes anførsler, anken førte frem

⁹ Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker (Luganokonvensjonen)

¹⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) punkt 12.5

¹¹ Brüsselkonvensjonen om domstolers internasjonale jurisdiksjon og fullbyrdelse av dommer på privatrettens område (Brüsselkonvensjonen)

Resultatet ble Brüsselkonvensjonen, som ble vedtatt i Brussel i 1968. Siden har flere av medlemslandene ratifisert konvensjonen¹².

1. mars 2002 ble Brüsselkonvensjonen erstattet av brüsselforordningen «Brüssels I Regulation»¹³ Forholdet mellom konvensjonen og forordningen er regulert i Brussel I art. 68, som fastslår at forordningen avløser Brüsselkonvensjonen. Den nye forordningen har enklere formaliteter rundt de rettslige avgjørelsene som skal tas. Dette skal ideelt sett føre til en raskere og enklere fullbyrdelse av dommene. Videre er det et håp om at et samarbeid mellom medlemslandene skal gå enkelt for seg.¹⁴

Etter endringen har enda flere land ratifisert forordningen. Imidlertid gjelder den bare for medlemslandene, noe som førte til at Lugano ble fremforhandlet på 80-tallet mellom EFTA-landene. Den ble vedtatt i 1988 og er nesten identisk med Brüsselkonvensjonen.¹⁵ Formålet med konvensjonene er fri bevegelighet av rettsavgjørelser over landegrensene.¹⁶ Ettersom det er et overordnet mål å følge en ensartet anvendelse av reglene i hele EU, er Brüsselkonvensjonen en viktig kilde når Lugano skal tolkes.

Da Brüsselkonvensjonen ble erstattet av Brüsselforordningen, inspirerte dette til at også Lugano ble fornyet 30. oktober 2007. Bakgrunnen for forandringen var å gjennomføre en mer hurtig og enkel behandling av saker.¹⁷ Lugano 2007 inneholder en fortale. I fortalen fremgår det hva som er konvensjonens formål. Partene skal ha rettssikkerhet i forhold til deres territorier. Målet er å oppnå en ensartet tolkning av konvensjonen mellom medlemslandene. Det står uttrykkelig at det skal tas hensyn til Brüsselkonvensjonen fra 1968. Det er en generell oppfatning at formålene som fremgår

¹² Clarkson & Hill, *The Conflict of Laws* side 61

¹³ Brüsselforordningen om rettens kompetence og om anerkendelse og fullbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsrettslige område (Brüssel I)

¹⁴ Rådets forordning EF nr. 44/2001 punkt 2

¹⁵ Clarkson & Hill, *The Conflict of Laws* side 62

¹⁶ Hov, *Innføring i prosess* side 206

¹⁷ Rådets forordning (EF) nr. 44/2001

fra konvensjoner, skal tillegges vekt ved tolkning. Derfor kan fortalen få betydning som rettskilde.

Brüssel I og Lugano er tilnærmet identiske. Det foreligger imidlertid en viss forskjell i at de tolkes på forskjellige måter av forskjellige organer. Brüssel I tolkes på sin side av EF-domstolen, da alle statene som anvender forordningen er medlem av EU. Dette er ikke tilfellet for Lugano, som anvendes av EFTA-domstolen, som er EØS-landenes egen domstol, jf. EØS art. 108 nr. 2. Videre har medlemslandene en nasjonal rett det er vane for å bruke. Imidlertid er det et overordnet mål om en ensartet anvendelse av slike regler. Derfor arbeides det stadig med å tilpasse de internasjonale reglene slik at de anvendes likt blant alle de europeiske medlemslandene.

Følgelig er det naturlig å anta at man kan finne inspirasjon i anvendelsen av Brüssel I ved tolkningen av Lugano. Rettsanvendelsen av Brüssel I utføres som regel av EF-domstolen, som gjelder for mesteparten av de europeiske landene. Denne blir aktuell som rettskilde for avhandlingen.

Til tross for at Lugano bare kommer til anvendelse i internasjonale forhold, fremgår det av NOU 2001:32 at tvistemålsutvalget i sin utredning anbefaler at norske regler skal tolkes i samsvar med konvensjonen. Rettstekniske hensyn brukes som begrunnelse for anbefalingen:¹⁸

”Men også i de tvister konvensjonen ikke er anvendelig – f.eks. fordi det er en rent nasjonal tvist eller en internasjonal tvist som ikke omfattes – bør reglene tolkes på denne maten. Det vil være retsteknisk vanskelig å måtte forholde seg til ulike tolkninger.”¹⁹

I tillegg vil det antakeligvis fort bli komplisert om man må forholde seg til ulike tolkninger ved anvendelsen av norske regler og Lugano, da begge kan komme til å gjelde for norske borgere. Dette kan fort gå utover forutsigbarheten for ens rettssituasjon, og målet om en ensartet anvendelse av jurisdiksjonsreglene.

¹⁸ NOU 2001:32 kapittel 4 side 692

¹⁹ NOU 2001:32 kapittel 4 side 692

3.3 Tvisteloven og Luganokonvensjonen

Etter tvl § 1-2 og Lex-spesialisprinsippet, får Lugano anvendelse foran norske regler ved en eventuell motstrid, jf. RT 2012 side 1520. Med andre ord er det denne konvensjonen som blir avgjørende for norske domstolars internasjonale kompetanse. På den annen side kommer den ikke til anvendelse ved vernetings spørsmål i nasjonale saker. Den avgjør heller ikke hvilken domstol i landet som har kompetanse til å avgjøre saken. Disse spørsmålene avgjøres etter nasjonale regler, hovedsakelig tvl.

Imidlertid er det et allment europeisk mål å oppnå en autonom tolkning av reglene. Autonom tolkning vil si en tolkning «*i henhold til deres internasjonale karakter, og uten å ta hensyn til nasjonal rett, for å fremme en mest mulig enhetlig anvendelse.*»²⁰ Dette innebærer en harmonisering av norske og internasjonale rettsregler, slik at norske regler må tolkes i samsvar med Lugano. Av retts tekniske hensyn gjøres det forsøk på en slik harmonisering også i nasjonale tvister. Det er viktig at man kan forholde seg til de samme tolkninger, om det så er i nasjonale eller internasjonale tvister.²¹

Vernetings kan være avtalt. I tilfeller der vernetings *ikke* er avtalt reguleres vernetings spørsmålet i tvl § 4-3. Som nevnt i kapittel 3.1, er tvl § 4-3 en av bestemmelsene i loven som kan komme til anvendelse på internasjonale forhold, både innfor og utenfor EØS-området. Vilåret er at saken må ha «tilstrekkelig tilknytning til Norge». Dette må avgjøres ved en skjønsmessig vurdering i det enkelte tilfellet. Det kan være tilfeller der en sak har tilknytning til Norge, men der tilknytningskravet til en annen stat er sterkere. Da kan det likevel tillegges en viss vekt hvilket behov det er for å få saken opp i Norge. Tvistemålsutvalget har vurdert om det er aktuelt å finne inspirasjon i prinsippet som anvendes i Engelsk og Amerikansk rett, «forum non convenience»²².

²⁰ Giuditta, Cordero Moss, Tidsskrift for rettsvitenskap 2007 side 679 (690)

²¹ NOU 2001:32 kapittel 4 side 692-693

²² NOU 2001:32 kapittel 4 side 693

Prinsippet går ut på at domstolene kan avvise en sak der tilknytningen til landet er helt tilfeldig, og der det i tillegg faller seg naturlig at saken hører hjemme under et annet lands domstol. For å avgjøre om domstolene skal anvende seg av prinsippet eller ikke, vurderes flere momenter, så som:

- Partenes bosted
- Hvor vitner og bevis befinner seg
- Offentlig politikk, lover
- Relative byrder på rettssystemet
- Saksøkers valg av verneeting
- Hvordan det vil påvirke hver av partene å forandre verneeting.

Det er to momenter som utelukker anvendelse av prinsippet om «forum non convenience». Dersom en saksøker bringer en sak inn for feil verneeting, vil domstolene likevel ikke erklære «forum non convenience» der det ikke finnes annet verneeting til å behandle saken. Heller ikke der det på forhånd er klart at saksøker ikke vil bli tildelt midler selv om vedkommende vinner saken.

Et annet moment som også utelukker prinsippet, er der det andre landets rettssystem er ansett som uegnet. Som illustrasjon kan nevnes at en amerikansk domstol ikke vil avvise en sak der den alternative domstol er Cuba²³. Det finnes ikke et slikt prinsipp etter norsk rett. Dog har det, som nevnt, blitt vurdert av tvistemålsutvalget om man burde la seg inspirere der man skal vurdere tilknytningskravet i tvl § 4-3. Der tilknytningen til Norge er svakere enn til et annet land, kan det tilsi at saken burde avvises av norske domstoler.

I vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig tilknytning har det i praksis også blitt lagt vekt på hvorvidt det er fare for at saken avvises også ved et annet verneeting. Tvistemålsutvalget uttalte i NOU 2001:32 at der *”saken har sterkere tilknytning til et annet land, kan ikke i seg selv begrunne avvising, men hvis tilknytningen til Norge ellers er svak, vil tilknytningen til et annet land i grensetilfelle kunne tilsi at norske domstoler avviser saken. Man må imidlertid unngå at en sak avvises fra norske*

²³ http://www.law.cornell.edu/wex/forum_non_conveniens

domstoler fordi den bor pådømmes i et annet land, hvis det er en viss risiko for at saksanlegg i det landet vil bli avvist.”²⁴

For å sikre at saken ble tatt til behandling ved det relevante vernetingset, foreslo tvistemålsutvalget følgende bestemmelse: «Hvis det kan være grunnlag for å avvise saken fordi den har sterkere tilknytning til et annet land, kan retten pålegge saksøkte å reise sak i det aktuelle landet innen en fastsatt frist.»²⁵ Det kan være gode grunner for en slik bestemmelse. På den ene siden er det en rettssikkerhetsgaranti, som vil sikre partene å få ført opp sin sak i det ene landet eller det annet.

På den annen side er det ikke sikkert at en slik regel vil være fullstendig vellykket. Det risikeres at saksbehandlingen ved tvil må stanses inntil videre. At en sak allerede er under behandling i Norge, kan videre føre til at den blir avvist i et annet land på dette grunnlag. Da de rettslige konsekvensene av en slik regel skaper usikkerhet, er en slik regel ikke inntatt i norsk rett per dags dato²⁶.

Videre kan tvl § 1-2 også få betydning ved avgjørelsen av om Norge er rette vernetingset, da bestemmelsen kan legge folkerettslige bånd på domstolene. Derfor er det viktig å huske at ikke vernetingsreglene i noen tilfelle alene er avgjørende.

I visse tilfeller kan andre traktatforpliktelser føre til andre resultater enn vernetingsreglene alene ville ha gjort. For øvrig kan vernetingset også være avtalt i kontrakten, jf. tvl. § 4-6. Det følger likevel visse begrensninger på arbeidsforholdsområdet, jf. Lugano art. 21 og 23.

Til tider kan Norge ha jurisdiksjon til tross for at norsk rett ikke kommer til anvendelse. Utpekes Norge som rett domstol av Lugano, er kravet om tilstrekkelig tilknytning til landet oppfylt. Derfor er det ikke nok grunnlag til å avvise en sak at utenlandsk rett

²⁴ NOU 2001:32 kapittel 4 side 693

²⁵ NOU 2001:32 kapittel 4 side 693

²⁶ NOU 2001:32 kapittel 4 side 693

kommer til anvendelse. Disse tilfeller er som regel unntakssituasjoner, og er begrunnet i sakens art.²⁷

3.4 Luganokonvensjonen artikkel 65 og 67 om forholdet til annen rett

3.4.1 Forholdet til annen lovgivning

Lugano art. 65 omhandler forholdet til andre og eldre konvensjoner. Lugano av 2007 erstatter andre konvensjoner om de samme saker. Det er naturlig å forstå dette som at man ikke skal anvende andre domskonvensjoner enn Lugano, uansett om de kunne ha vært aktuelle for emnet.

Nytt i Lugano 2007 er henvisningen til art. 67 Artikkelen gir på visse områder spesialkonvensjoner om sivilprosessuelle bestemmelser forrang, og gjør det tydelig at det fortsatt er andre spesialbestemmelser som kan gå foran Lugano. Et eksempel på en slik spesialbestemmelse, er forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere. Denne er basert på EØS-direktiv 96/71/EF, og kommer til anvendelse der norsk bedrift sender en arbeidstaker i tjeneste til utlandet. Tidligere hadde man reguleringer om dette i aml, men dette ble overført til en egen forskrift etter fornyelsen av aml i 2005. EØS-direktivet er basert på de samme grunnprinsipper som Romakonvensjonen.²⁸ Formålet er å *”fremme fri bevegelse for tjenester i EØS-området og samtidig sikre rettferdig konkurranse og tiltak som garanterer respekt for arbeidstakernes rettigheter.”*²⁹

Etter lov 3. mai 2002 nr. 13 om utenrikstjenesten (utenrikstjenesteloven) § 20 annet ledd kan folkerettslige forpliktelser få betydning for forholdet om rett verneing i utenrikstjenestesaker. Departementet viser i Ot. prp. Nr. 89 (2008-2009)³⁰ til at Lugano

²⁷ NOU 2001: 32 kapittel fire, side 692

²⁸ Sak E-2/11, avsnitt 22

²⁹ Sak E-2/11, avsnitt 23

³⁰ Punkt 5.2.5

faller inn under ordlyden av slike forpliktelser.³¹ Etter forskrift om utsendte arbeidstakere, har en utsendt arbeidstaker rett til å føre sak for norske domstoler. Dette følger av § 4 som lyder:

«For å gjøre gjeldende retten til arbeids- og ansettelsesvilkår etter § 2 kan utsendt arbeidstaker reise søksmål i Norge. Søksmålet kan reises i den rettskrets som arbeidstakeren har vært utsendt til.»

Forskriften er utarbeidet etter hjemmelen i aml § 1-7 fjerde ledd.³²

Art. 67 har en egen protokoll (protokoll 3) om tolkning av artikkelen. Forholdet til EF-rettsakter reguleres i protokollen, og gir i visse situasjoner slike rettsakter forrang i forhold til Lugano. Dette er for å sikre en parallell anvendelse av Lugano og Brussel I.³³

3.4.2 Luganokonvensjonen art. 67 nr. 4

Etter Lugano art. 67 nr. 4 kan fullbyrdelse nektes der *«mottakerstaten ikke er bundet av konvensjonen på et særskilt avgrenset saksfelt og den personen som anerkjennelse eller fullbyrdelse begjæres overfor, har bosted i den staten eller, dersom mottakerstaten er en medlemsstat i Det europeiske fellesskap og med hensyn til konvensjoner som vil måtte inngås av Det europeiske fellesskap, i en av dets medlemsstater, med mindre dommen likevel kan anerkjennes eller fullbyrdes etter de rettsregler som ellers måtte gjelde i mottakerstaten.»* Bestemmelsen åpner for en valgfri anerkjennelse av andre konvensjoner om jurisdiksjon enn Lugano. Videre åpner den for fullbyrdelse av en dom avsagt på et annet grunnlag enn Lugano. Dette gir en valgfrihet for konvensjonsstatene. Eksempelvis kan EF-avgjørelser gå foran Lugano der de regulerer domskompetanse, jf. Protokoll 3 om anvendelsen av artikkel 67 i konvensjonen. Protokollen anbefaler å forandre Lugano der den kolliderer med en EF-rettsakt.

Konvensjonen er åpen for undertegnelse av hele EU, jf. art. 69.

³¹ Ot.prp.nr.89.(2008-2009) punkt 5.2.5

³² Ot.prp.nr.89 (2008-2009) punkt 5.2.5

³³ Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) punkt 5.11

For å oppnå det overordnede målet om en ensartet og harmonisk anvendelse av reglene, er det opprettet en egen protokoll som veiledning for medlemslandene.³⁴

Det fremgår av artikkel 1 i protokollen at

«1. Enhver domstol som anvender og tolker konvensjonen her, skal ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som følger av enhver relevant avgjørelse om vedkommende bestemmelse(r) eller liknende bestemmelse(r) i Luganokonvensjonen av 1988 og de instrumenter som er nevnt i artikkel 64 nr. 1 i konvensjonen her, truffet av domstolene i konvensjonsstatene og De europeiske fellelesskaps domstol.»

Norsk regjering har forholdt seg til protokollen i sine kommentarer til anvendelsen av konvensjonen:

«Et overordnet siktemål med bestemmelsene i denne protokollen er å sikre ensartet tolkning av konvensjonen. Dette skal blant annet sikres ved at domstolene pålegges å ta tilbørlig hensyn til relevant rettspraksis i konvensjonsstatene, jf. artikkel 1 nr. 1. En viktig nyskaping er at EF-domstolen skal regnes som en domstol på linje med de nasjonale domstolene.»³⁵

3.5 Luganokonvensjonens innhold

Luganokonvensjonen fra 1988 videreføres hovedsakelig i 2007, men med noen endringer.

Av Lugano art. 1 fremgår det hva som er konvensjonens virkeområde: «sivile og kommersielle saker». I art. 1 nr. 3 blir det forklart hva som menes med begrepet «konvensjonsstat». Det fremgår at konvensjonen omfatter alle parter, det vil si EFTA-landene, EU-landene og EU. I artikkelen innfortolkes det et vilkår om at saksforholdet må gjelde et internasjonalt forhold.³⁶ Det fastslås at saken ikke må være tilknyttet en

³⁴ Protokoll 2 om ensartet tolking av konvensjonen og om den permanente komité

³⁵ Ot.prp.nr.89.(2008-2009) punkt 5.10

³⁶ Ot.prp.nr.89.(2008-2009) punkt 5.1

annen konvensjonsstat for at den skal oppfylle vilkåret om at saksforholdet må være internasjonalt, jf. EF-domstolens sak C-281/02 Owusu.

Hovedregelen om jurisdiksjon følger av Lugano art. 2. Ønsker en å anlegge sak, skal personen saksøkes i «bostedsstaten». Dette er uavhengig av statsborgerskap. Unntaket til hovedregelen er å finne i art. 5. Denne forholder seg til situasjoner der det er en tilknytning mellom saken og domstolen, ikke saksøktes forbindelse til domstolen. Artikkelen har gjennomgått noen endringer etter revisjonen i 2007. Den omhandler fortsatt kontraktens verneting. Dog er reglene om individuelle arbeidsavtaler skilt ut. Disse var tidligere innarbeidet i artikkelen og har fått et eget avsnitt i konvensjonen, avsnitt fem. Reglene er nå mer utførlig gjennomført enn før endringen.

Da regelen om individuelle arbeidsavtaler innholdsmessig ikke har forandret seg ved revisjonen, kan rettspraksis fra tiden da forholdet var omhandlet av art. 5, fortsatt ha relevans. En slik sak er inntatt i RT 2002 side 404 U. Sakens problemstilling var om sak var anlagt ved rett verneting i henhold til Lugano art. 5 nr. 1. Arbeidstaker var britisk statsborger, som var bosatt i Skottland. Selskapet han jobbet for hadde hovedkontor i Sveits. Imidlertid ble arbeidet foretatt på en borerigg på norsk kontinentalsokkel. Dette resulterte i at kjæremålsutvalget slo fast at Norge hadde jurisdiksjon. I saken ble det lagt vekt på at tolkningen passet godt overens med EU-domstolens anvendelse av den lignende bestemmelse i Brüsselkonvensjonens art. 5 nr. 1.

C-29/10 Heiko Koelzsch v État du Grand-Duché de Luxembourg, 15. mars 2011

Koelzsch, som bodde i Tyskland, var ansatt som internasjonal trailersjåfør for et firma lokalisert i Luxembourg. I arbeidsavtalen var det bestemt at Luxembourg skulle være rett verneting. Firmaet i Luxembourg er et datterselskap av et moderselskap med base i Danmark. Arbeidet gikk ut på å kjøre blomster til forskjellige destinasjoner i flere land.

Kjøretøyene var registrert i Luxembourg, og sjåførene var dekket av registreringslandets sosiale sikkerhetsordninger. Da datterselskapet ble overtatt av et

annet dansk selskap, opphørte Koelzschs kontrakt. Koelzsch bestred sakligheten i oppsigelsen, og anla sak i Tyskland.

Tyskland avviste saken på grunn av manglende jurisdiksjon «ratione loci» (på grunn av det involverte sted). Saken ble anket, men uten resultat. Koelzsch anla deretter sak for domstolen i Luxembourg, hvor saken ble ført. Domstolen fremkommer med tolkningsuttalelser om hva som skal forstås med «which the work is habitually carried out». Dette må gis en vid anvendelse. Det ble lagt vekt på det stedet hvor arbeidstakeren faktisk utfører sitt arbeid. Om det ikke foreligger en fast base, anses stedet å være der arbeidstakeren utfører størsteparten av sine arbeidsoppgaver.³⁷ For å avgjøre hvor dette stedet er, må det tas stilling til alle aktiviteter som kan karakteriseres som arbeidstakerens oppgaver som han er pliktig til å utføre i arbeidet.³⁸ I Koelzsch tilfelle, hvor arbeidet utføres i flere land, må det slås fast i hvilken stat han foretar sine transportoppgaver.

I vurderingen skal det vektlegges hvor vedkommende mottar sine arbeidsinstrukser, organiserer sitt arbeid og oppbevarer sine arbeidsredskaper. Videre må det tas stilling til fra hvor transporten foretas, hvor godset lastes av og på og hvor arbeidstakeren returnerer etter endt arbeid.³⁹

Dommen har stor rettskildemessig betydning da den gir veiledning på visse retningslinjer som bør følges når jurisdiksjonsspørsmålet skal avgjøres i de tilfelle der arbeidstakeren jobber over landegrensene. Dommen har blitt anvendt og sitert i senere avgjørelser. Blant annet kommer høyesterettsdommen inntatt i RT 2011 side 01332 (omtales senere i oppgaven) med uttalelser om Koelzsch-avgjørelsen i avsnitt 16:

«15. mars 2011 i sak C-29/10 Koelzsch gir anvisning på en vid fortolkning av hensyn til den presumptivt svake part, nemlig arbeidstakeren. Selv om Koelzsch-saken direkte gjaldt tolkningen av

³⁷ Dommens avsnitt 45

³⁸ Dommens avsnitt 48

³⁹ Dommens avsnitt 49

Romakonvensjonen om lovvalg, fremgår det klart av avgjørelsen at det er sett hen til jurisdiksjonsreglene i Brusselkonvensjonen – som på de relevante punkter er parallelle til reglene i Luganokonvensjonen.»

3.5.1 Luganokonvensjonens femte avsnitt, individuelle arbeidsavtaler

Hovedregelen om vernetingssted der arbeidstaker skal saksøke arbeidsgiver i individuelle arbeidsavtaler fremgår av art. 19 og lyder som følger:

«En arbeidsgiver med bosted i en konvensjonsstat kan saksøkes:

- 1. ved domstolene i bostedsstaten, eller*
- 2. i en annen konvensjonsstat:*
 - a) ved domstolene for det sted hvor arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid, eller ved domstolene for det siste sted han gjorde det, eller*
 - b) dersom arbeidstakeren til vanlig ikke utfører eller har utført sitt arbeid i et bestemt land, ved domstolene for det sted hvor virksomheten som ansatte arbeidstakeren, ligger eller har ligget.»*

Som hovedregel kan arbeidsgiver saksøkes i bostedsstaten. Regelen er ikke absolutt, og i nr. 2 a) og b) fremgår det at arbeidsgiver i visse tilfeller også kan saksøkes i en annen konvensjonsstat. Bokstav b) gjelder både der ansettelsesforholdet er pågående, og der det er avsluttet, jf. RT 2011 side 01332.

Spørsmålet blir således i hvilke situasjoner de forskjellige alternativene kommer til anvendelse. Om dette sier konvensjonen ingenting. Det må derfor bli et vurderingsspørsmål i den konkrete sak.

Lugano art. 19 nr. 2 bokstav a ble diskutert i den ovennevnte høyesterettskjennelse fra 2011.⁴⁰ Saken omhandlet hva som var rett verneting i sak om erstatning i ansettelsesforhold. Arbeidstakeren var dansk statsborger som jobbet som pilot for et svensk selskap. Selskapet hadde filial på Gardermoen. Til tross for at piloten ble ansett som ansatt av det svenske hovedkontoret, ble det konkludert med at han likevel kunne føre sak i Norge. Momentene som det ble lagt vekt på, var at piloten var stasjonert på Gardermoen. Han hadde «vesentlig større» tilknytning til Gardermoen enn andre

⁴⁰ RT 2011 side 01332

flyplasser. Det utgjorde ingen forskjell at han hadde fullført de fleste av sine kurs i Sverige, og at han hadde fått utbetalt lønn i svenske kroner.

Domstolen uttalte i avsnitt 14 at han «*i det alt vesentlige hadde Gardermoen som innsjekkings- og utsjekkingssted, og dermed som midtpunkt for sin ervervsvirksomhet. Dette må gjelde selv om han som flyver på utenlandske destinasjoner må ha tilbrakt mesteparten av arbeidstiden utenfor Norges grenser.*»

Hensynene bak bestemmelsen ble videre drøftet i avsnitt 14. Jeg siterer:

«Hensynet bak regelen i artikkel 19 nr. 2 bokstav a må være at en arbeidstaker, presumptivt den svake part, skal kunne saksøke sin arbeidsgiver der arbeidstakeren har eller har hatt sin største arbeidsmessige tilknytning. Dette kan i mange tilfeller være det rimeligste, det enkleste og det billigste alternativet.»

Det antydes i artikkelen (art. 19) at arbeidstakers standplass kommer til anvendelse uansett hvilken part det er som går til søksmål. Som nevnt i dommen, tillegges hensynet til arbeidstaker størst vekt. Han er oftest den svake part. Det er enklere for en arbeidstaker å forutse sin rettslige situasjon på det stedet han til vanlig oppholder seg. Dette stedet blir derfor det naturlige utgangspunkt. Denne metoden sikrer i større grad arbeidstakerens rettsstilling.

Andre hensyn bak den generelle hovedregel om bosted, er blant annet hensynet til sakens opplysning. Det er rimelig å anta at saken best kan opplyses fra det stedet hvor personen stort sett oppholder seg. Hensynet til sakens vitner er viktig. Ofte vil disse befinne seg på samme sted, og det ville vært tungvint å få vitneerklæringer dersom sak og vitner befant seg på ulike steder. Generelt i kontraktsforhold legges det betydelig vekt på hensynet til saksøkte. Det er som regel ikke dennes valg å anlegge sak. Derfor er det rimelig å legge forholdene til rette for at søksmålet skal føre til minst mulig ubeleilighet for den saksøkte. Imidlertid er situasjonen det motsatte i arbeidsforhold, der hensynet til arbeidstaker som den svake part, veier tyngst.

I den ovennevnte dommen ble også viktigheten ved en ensartet tolkning av konvensjonen vektlagt. Derfor la domstolene vekt på domsavgjørelser fra EF-domstolen

som tolkningsmoment. Videre ble det også lagt til grunn hvordan jurisdiksjonsreglene i Brusselordningen blir tolket, jf. blant annet dommens avsnitt 16.

Dette viser at norske domstoler er innstilt på en uniform anvendelse av reglene. Domstolen vil forholde seg til Lugano på tilsvarende måte som praksis fra andre medlemsland viser. Da det er sikker praksis å forholde seg til Brusselkonvensjonen grunnet målet om en ensartet anvendelse praksis mellom landene, er rettspraksis fra denne en relevant rettskilde. Saken fra EF-domstolen C-383/95 fra 9. januar 1997 omhandler Brusselkonvensjonen art. 5 nr. 1⁴¹. Mr. Rutten var fra Nederland, og jobbet for et datterselskap der. Morsselskapet hadde hovedsete i London. Ruttens arbeidsoppgaver ble utført i flere europeiske land. Da sak om det avsluttede arbeidsforholdet skulle opp for den nederlandske domstolen, var det tvil om hvilket land som hadde jurisdiksjon.

Sakens begrunnelse har likhetstrekk med Koelzsch-saken. Konvensjonen må tolkes slik at der det foreligger en arbeidskontrakt, og arbeidstakeren utfører sitt arbeid i flere deltakende stater, blir det avgjørende for domstolens løsning, det stedet «*where or from which the employee principally discharges his obligations towards his employer*». ⁴² Det antas at dette er stedet hvor arbeidstakerens behov enklest kan ivaretas (da arbeidstakeren anses som den svake part).

Domstolen legger i sin avgjørelse, for å finne frem til dette stedet, til grunn en vurdering av hvor arbeidstakeren har etablert det effektive sentrum av sine arbeidsoppgaver, og hvor han faktisk utfører sitt arbeid vis a vis sin arbeidsgiver.

Videre må det tas hensyn til følgende momenter:

- Hvor vedkommende tilbringer det meste av sin arbeidstid
- Hvor han har kontor
- Fra hvor han planlegger og organiserer sine oppgaver for sin arbeidsgiver
- Til hvor han returnerer etter reiser i forbindelse med sitt arbeid.

⁴¹ C-383/95 Petrus Wilhelmus Rutten v Cross Medical Ltd

⁴² Dommens avsnitt 15

Saken er spesielt interessant da domstolen kommer med uttalelser om hvordan Brüsselkonvensjonen art. 5 nr. 1 skal tolkes. Grunnet usikkerhet rundt forståelsen av artikkelen, satte Hoge Raad (Nederlands Høyesterett) opp tre tolkningsspørsmål til ECJ (The European Court of Justice)⁴³:

- 1) Der en arbeidstaker utfører sitt arbeid i mer enn ett land, hvilke kriterier stiller art. 5 nr. 1 for at man skal regnes som å jobbe innad i et av landene?
- 2) Er det faktum at en arbeidstaker tilbringer mesteparten av sin arbeidstid i ett av disse landene, eller det faktum at han tilbringer mer av sin arbeidstid i et eller flere andre land, avgjørende eller viktig i den forbindelse?
- 3) Er det faktum at arbeidstakeren bor i et av disse landene, og har et kontor der hvor han forbereder og administrerer sitt arbeid utenfor dette landet, og som han returnerer til etter hver tur han utfører i forbindelse med sitt arbeid, vesentlig i denne sammenheng?

Spørsmålene gjelder hovedsakelig tolkningsproblemet der arbeidstakeren utfører sitt arbeid i mer enn ett land. Domstolen uttaler at art. 5 nr. 1 er et unntak fra hovedregelen i art. 2, som slår fast at domstolene i den konvensjonsstat der saksøkte har bopel har jurisdiksjon. Art. 5 på sin side åpner for at en person hjemmehørende til én stat kan saksøkes i en annen stat i visse tilfeller:

- I saker om kontraktsforhold: Sak føres ved domstol på det sted hvor forpliktelsen det er tvist om skal gjennomføres.
- I saker om individuelle arbeidsavtaler: Det stedet der arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid.
- Der arbeidstaker ikke har noe fast tilholdssted for sitt arbeid i noe land: Arbeidsgiver kan også saksøkes ved domstolene på det stedet hvor virksomheten var/er plassert.

⁴³ Dommens avsnitt 9

Domstolene påpeker videre hvor viktig det er med en autonom fortolkning av Brüsselkonvensjonen. Dette spesielt for å oppnå en mest mulig effektiv saksbehandling, og uniform anvendelse av konvensjonen.⁴⁴ I avsnitt 13 uttales følgende:

“so as to avoid as far as possible the multiplication of the bases of jurisdiction in relation to one and the same legal relationship and to reinforce the legal protection available to persons established in the Community by, at the same time, allowing the plaintiff easily to identify the court before which he may bring an action and the defendant reasonably to foresee the Court before which he may be sued.”

Domstolen legger vesentlig vekt på viktigheten av å forsterke den juridiske beskyttelsen for personer tilhørende fellesskapet. Forutsigbarhet vektlegges også som et relevant moment. Partene skal ha mulighet til å forutse ved hvilken domstol de kan saksøke/bli saksøkt.

Den rettskildemessige betydningen av Rutten-avgjørelsen styrkes etter at samme standpunkt ble tatt i en avgjørelse fra 2002.⁴⁵ Viktigheten av å se hen til tidligere rettsavgjørelser for å forstå anvendelsen av art. 5 nr. 1 påpekes i dommen. Rettevernet er der hvor arbeidstakeren faktisk bor og utfører sitt arbeid. I de tilfeller der arbeidet utføres i mer enn ett av medlemslandene, er det nødvendig å ta et prinsipielt standpunkt til arbeidsstedet. Det må derfor tas hensyn til den totale varigheten av arbeidsforholdet, for å kunne identifisere det stedet hvor arbeidstakeren til vanlig arbeider. I mangel av andre kriterier, vil dette være det stedet hvor personen har hatt sitt lengste ansettelsesforhold.

At hovedvekten ligger på arbeidstakerens interesser kommer tydelig fram i avsnitt 2: *“That is the place where it is least expensive for the employee to commence proceedings against his employer or to defend himself in such proceedings. The courts for that place are also best placed and, therefore, the most appropriate to resolve the dispute relating to the contract of employment”*. Videre er det viktig å unngå at flere domstoler har jurisdiksjon og at man derfor risikerer uforenelige rettsavgjørelser.

⁴⁴ Dommens avsnitt 12

⁴⁵ C-37/00 Hebert Weber v Universal Ogden Services Ltd

Lugano art. 20 styrker arbeidstakers stilling ytterligere, da den slår fast at arbeidsgiver *utelukkende* kan gå til søksmål mot arbeidstaker på arbeidstakers bosted.

Reglene i Lugano om verneting i saker om individuelle arbeidskontrakter er delvis preseptoriske. Etter art. 21nr. 2 er adgangen til å fravike avsnittets regler bare aktuelt der dette skjer til gunst for arbeidstaker. Bestemmelsen utvider arbeidstakers vernetingsrett. Videre kan verneting velges mellom partene. Det anførte er bare mulig *etter* at konflikten har oppstått. Dette er nytt av Lugano 2007.⁴⁶ Det åpnes for at verneting kan avtales i forkant av en eventuell konflikt, men avtalen kan som nevnt bare utvide arbeidstakers vernetingsvalg.

4 Lovvalg

4.1 Partsautonomi

Prinsippet om partsautonomi er en hovedregel i norsk rett ved vurderingen av internasjonale forhold.⁴⁷ Prinsippet innebærer at partene har mulighet til selv å velge det lands rett de vil anvende i kontraktsforholdet.⁴⁸ Prinsippet gjelder også i utgangspunktet for individuelle arbeidsavtaler, dog det er omdiskutert hvorvidt partsautonomien er like vid her som i andre avtaleforhold.⁴⁹ Arbeidsavtaler reguleres i større grad enn andre avtaler av preseptoriske regler.⁵⁰

⁴⁶ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/2008-2009/otprp-nr-89-2008-2009-/5.html?id=560446>

⁴⁷ Mo og Lolleng, Internasjonale arbeidsforhold side 82

⁴⁸ Thue, Internasjonal privatrett side 41

⁴⁹ Mo og Lolleng, Internasjonale arbeidsforhold side 83

⁵⁰ Mo og Lolleng, Internasjonale arbeidsforhold side 86

Hensynet bak prinsippet om partsautonomi er at enhver har rett til selv å avgjøre hva en skal forplikte seg til. I utgangspunktet fører avtalefriheten med seg at man kan velge å anvende andre regler en det som ellers ville vært naturlig. Som eksempel kan partene avtale å forholde seg til utenlandske rettsregler. Prinsippet fører med seg enkelte uheldige utfordringer. For domstolene kan det være en ulempe å måtte anvende ukjente lover. Risikoen for feiltolkning er større enn ellers. Eget lovvalg kan videre føre til usikkerhet rundt hvilke rettsregler som faktisk gjelder. Her blir det motstrid mellom hensynet til forutberegnelighet og muligheten til selv å velge rettssystem, altså avtalefriheten. For å forhindre slike konflikter, har man forsøkt å skape like lovvalgsregler på tross av landegrensene. Dette fremgår både av norske lovregler og internasjonale konvensjoner.

4.2 Domicilprinsippet

I utgangspunktet reguleres personers saksforhold av deres hjemlandsrett. Dette gjelder i nasjonale som internasjonale forhold. Hensynet bak et slikt utgangspunkt er et ønske om en ordning som resulterer i rettferdige og rimelige løsninger. Man ønsker at partene i en sak skal oppnå et forventet resultat. Denne tanken ligger bak prinsippet om et personalstatutt, som innebærer anvendelse av personers hjemlandsrett. I Norge, samt en del andre land, gjennomføres dette i domicilprinsippet.⁵¹

Med «domicil» menes «permanent hjem». Dette vil si der personen har sin residens i landet, og situasjonen ellers tilsier at vedkommende har tilstrekkelig tilknytning til landet. Tanken bak et slikt prinsipp er at folk hører til i det samfunnet hvor de har sitt hjem. Det er bare rett og rimelig at stedets lover gjelder for dem. Folk har frihet til å velge hvor de vil bo og hvilket lands rett de skal følge⁵². I Norge har domicilprinsippet lange røtter og anses i dag som et sedvanerettsprinsipp. Det anses som gjeldende rett både i lovforarbeider og i dommer.⁵³

⁵¹ Thue, Internasjonal privatrett side 9

⁵² Clarkson & Hill, The Conflict of Laws side 305-306

⁵³ Thue, Internasjonal privatrett side 62

Problemet med et slikt prinsipp oppstår ved statuttendring, det vil si der man flytter fra ett land til et annet. Hva skal til for å få domisil i det nye landet? Erverv av et domisil innebærer som regel tap av det andre.

Som tidligere nevnt, er prinsippet av sedvanerettslig karakter i Norge. Hva som må vurderes inn i begrepet er den fysiske tilstedeværelsen i landet, og viljen til å forbli der. Oppholdet må være frivillig.⁵⁴ Et viktig moment ved vurderingen er å oppnå rettslig stabilitet.

Prinsippet anvendes imidlertid forskjellig ettersom hvilket lands rett som er aktuell. Som eksempel kan nevnes den engelske forståelsen av prinsippet. Alle mennesker må ha et domisil, og de opererer med tre forskjellige: «domicile of origin, domicile of dependence and domicile of choice».⁵⁵ Dette gjøres slik at en person til enhver tid vil falle inn under ett av prinsippene. En slik inndeling anvendes ikke etter norsk rett.

En konsekvens av at prinsippet anvendes forskjellig, er at det kan resultere i at én person har mer enn ett domisilland. Resultatet kan bli at man er forpliktet til to konkurrerende rettssystemer. Dette skal unngås, og det er derfor utarbeidet regler for å finne ut hva som er det faktiske domisil.

Prinsippet anvendes også utenfor Europa. I USA opereres det også med domisilprinsippet. Prinsippet anvendes ikke på samme måte som i England, men mer den tradisjonelle anvendelsen som i Norge. Man har bare ett domisil, som avgjør hva som er en persons hjemlandsrett. Her må man imidlertid være oppmerksom på at de forskjellige statene i USA kan anvende detaljene rundt prinsippet forskjellig.

⁵⁴ Thue, Internasjonal privatrett side 69-70

⁵⁵ Clarkson & Hill, The Conflict of Laws Side 306

I 1972 ble det gjort et forsøk på å samordne bruken av domisilprinsippet i Europa. Det ble skapt definisjoner av begrepet som skulle være retningsgivende. Disse har hatt liten oppslutning i praksis.⁵⁶

Land som ikke benytter seg av domisilprinsippet, anvender ofte statsborgerprinsippet, som innebærer at det er statsborgerskapet som blir avgjørende for rettsvalget.⁵⁷

4.3 Haagkonferansen og nasjonalitetsprinsippet

Etter et ønske over lengre tid om å gjennomføre en statskonferanse om internasjonal privatrett, ble den første konferansen holdt 12. til 27. september 1893 i Nederland. 17 europeiske stater deltok. Via konferansen fikk nasjonaliteten som personalstatutt et gjennombrudd. Dette på bekostning av domisilprinsippet.⁵⁸ Norge deltok ikke på den første konferansen, men var med i 1894. En eventuell innføring av nasjonalitetsprinsippet i norsk rett skapte den gangen en del debatt.

Spørsmålet ble imidlertid utsatt ved flere anledninger, og har enda ikke blitt tatt opp til overveielse. Dette kan tyde på at spørsmålet om det skal anvendes et domisilprinsipp eller et nasjonalitetsprinsipp ikke er viktig nok til å være en prioriteringssak.⁵⁹

4.4 Rapport om Romakonvensjonen, skrevet av Mario Giuliano og Paul Lagarde

Rapporten ble opprettet da Romakonvensjonen skulle utformes, og er i dag ansett som konvensjonens forarbeider. Dette kan tilsi at den har stor rettskildemessig betydning for tolkningen av konvensjonen. Rapportens uttalelser bør derfor tillegges betydning ved anvendelsen av bestemmelsene. På den annen side er dette et område som stadig er i

⁵⁶ Thue, Internasjonal privatrett side 68

⁵⁷ Thue, Internasjonal privatrett side 47

⁵⁸ Thue, Internasjonal privatrett side 51

⁵⁹ Thue, Internasjonal privatrett side 52

utvikling. Rapporten ble skrevet ved opprettelsen av Romakonvensjonen, som i dag er erstattet av Roma I-forordningen. Da en av hovedprioriteringene innad i EU er å gjennomføre mest mulig effektive lovvalgsregler, tilpasses de stadig.

Tolkning skjer som regel gjennom avgjørelser. Derfor er rettspraksis fra domstolene i medlemsstatene kanskje av enda større viktighet enn rapporten. Det skal bemerkes at Romakonvensjonen fortsatt anvendes i noen tilfeller samt at mange av bestemmelsene i Roma I har det samme rettslige innhold. Derfor kan rapporten fortsatt ha en viss rettskildemessig betydning.

En av utfordringene med utviklingen av et harmonisk, internasjonalt lovvalg, er at det kan oppstå tolkningsforskjeller grunnet en tradisjonell lovanvendelse i de forskjellige stater. Problemstillingen er til stadighet oppe til debatt, og løsninger blir foreslått fortløpende. Som kilde til disse er den såkalte Grønnboken aktuell.

Grønnboken er en kilde som blir publisert som et hjelpemiddel i utviklingen av den europeiske retten. Kommisjonen for de europeiske fellesskap ønsker med denne å skape debatt rundt spesielle områder og temaer i håp om å komme fram til gode løsninger i utviklingen av lovene. I boken beskrives situasjonen som den er på tidspunktet den er utgitt. Boken inneholder også forslag til mulige løsninger. Etter publiseringen åpnes det for debatt mellom partirepresentantene. Til tider resulterer prosessen i et lovendringsforslag.⁶⁰

I 2003 ble det framlagt en Grønnbok om omdannelsen av Romakonvensjonen til en fellesskapsrettsakt med oppdatering av dens bestemmelser. På grunn av en del problemer med utformingen av reglene på tidspunktet, var det et ønske om en bedre sammenheng i lovverket.⁶¹

Norsk regjering har kommentert forholdet til Romakonvensjonen i Grønnboken på følgende måte:

⁶⁰ http://www.europaveien.no/index.php?option=com_content&task=view&id=315&Itemid=93

⁶¹ ”Bruxelles-I”, (EF) nr. 44/2001 av 22.12.2000

«Ut fra behovet for enhetsløsning i saker som har tilknytning til mer enn én rettsorden er det grunn til å legge stor vekt på hvordan spørsmålene er løst i rettssystemer det er naturlig for oss å sammenligne oss med og som i mange tilfeller er den rettsorden saken alternativt blir å løse i henhold til. De løsninger som følger av Roma-konvensjonen vil derfor ha stor betydning for utformingen av norsk rett.»⁶²

4.5 Romakonvensjonen

I utgangspunktet har alle land sin egen privatrett. De europeiske reglene om lovvalg i kontrakter er relativt like i utforming, men de tolkes ikke likt. I Norge er det per dags dato ingen lov som omhandler lovvalgsregler i arbeidsforhold. Lovvalgsregler har stort sett vært ulovfestet.⁶³ Det finnes dog noen unntak i norsk rett. Som eksempler kan nevnes Kjøpslovvalgsloven § 4, Forsikringslovvalgsloven § 8-10, Vekselloven § 78-86 og Sjekkloven § 58-64. Dette er imidlertid unntak fra hovedregelen. For at norske regler skal komme til anvendelse, forutsettes det at norsk rett blir *lex fori*⁶⁴ for forholdet.

Lovvalget kan få store konsekvenser for de involverte parter. Derfor er det viktig å ha klare regler på området. Da det er knapt rettskildemessig materiale på området, er det naturlig å se hen til internasjonal rettspraksis og konvensjoner. Man kan finne inspirasjon i hvordan andre land har forholdt seg til lovvalgsspørsmålet. Ved å gjøre dette, forhindrer man ulik anvendelse av reglene. Dette samsvarer også med det overordnede målet om ensartethet. I Norge har dette målet mest handlet om lovanvendelsen i forhold til de andre nordiske landene. Norge har lenge latt seg inspirere av svensk og dansk rett, spesielt på det internasjonale privatrettslige området.

Da disse to landene er sterkt påvirket av EUs reguleringer på området gjennom sine medlemskap, er dette også en grunn til at disse kan få betydning for den norske

⁶² Høring – Grønnbok om mulige endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område

⁶³ Cordero Moss, Giuditta, Tidsskrift for rettsvitenskap 2007 side 679 (680)

⁶⁴ Mo og Lolleng, Internasjonale arbeidsforhold side 35

lovanvendelsen. Med bakgrunn i dette, og Norges deltakelse i EØS, er det nødvendig med harmonisering mellom norsk og europeisk internasjonal privatrett.⁶⁵

Behovet for fellesregler har videre økt med internasjonaliseringen av arbeidskraft. En konsekvens av behovet er den såkalte Romakonvensjonen om lovvalg ved forpliktelser i kontrakt, som ble opprettet 19. juni 1980. Konvensjonen var et resultat av forhandlinger mellom medlemsstatene, men også et forlenget resultat av Brüsselkonvensjonen.⁶⁶ Denne forplikter medlemsstatene til å anerkjenne hverandres avgjørelser. Med felles lovvalgsregler sikrer man i hvert fall felles anvendelse, og derfor mindre ulikheter mellom avgjørelsene i de forskjellige landene. Konvensjonen er tiltrådt av samtlige EU-land.⁶⁷

I 2003 sendte Justis- og beredskapsdepartementet inn et høringsbrev om norsk rett og forholdet til Romakonvensjonen. Her fremgikk det at det i lengre tid har vært planer om å se nærmere på en eventuell kodifikasjon av de ulovfestede reglene om lovvalg på kontraktsrettens område. Det er et behov for ensartet løsning i saker med tilknytning til flere land. Dette gjør at det er grunn til å se hvordan saker er løst i andre relevante land, og videre finne inspirasjon i deres avgjørelser. Ofte er dette andre europeiske land. Departementet fastslår at løsninger etter Romakonvensjonen kan få stor betydning ved utformingen av norske rettsregler. Men fordi man på tidspunktet da høringsbrevet ble skrevet, var inne i utviklingen av Roma I, forholdt departementet seg avventende. Man ville vente og se hvordan rettsutviklingen ville utvikle seg, før utarbeidelsen av norske internasjonale privatrettslige regler ble utformet. Det ble poengtert at det var viktig å benytte muligheten med høringsbrevet til å påvirke utformingen av Romakonvensjonen, da denne på mange måter får betydning for Norge.⁶⁸

⁶⁵ Cordero Moss, Giuditta, Lov og Rett 2009 side 67-83 (71)

⁶⁶ Lookofsky og Hertz, International privatret på formuerettens område s. 62

⁶⁷ Lookofsky og Hertz, International privatret på formuerettens område s. 63

⁶⁸ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2003/horing-gronnbok-om-mulige-enderinger-i-ro/1.html?id=95803>

Noe som styrker antakelsen om at Romakonvensjonen har betydning også for norsk rett, er den direkte henvisningen til konvensjonens art. 4 nr. 2 i høyesterettskjennelsen, som er inntatt i RT 2006 side 1008.

4.5.1 Romakonvensjonens formål

Konvensjonens formål fremgår av Giuliano/Lagarde-rapporten på side syv:

“The chief aim of the Convention is to introduce into the national laws of the EEC Member States a set of uniform rules on the law applicable to contractual obligations and on certain general points of private international law to the extent that these are linked with those obligations.”

Det fremgår av rapporten at målet er en uniform anvendelse av lovvalgsreglene i medlemsstatene. Derfor kan konvensjonen få betydning som tolkningsmoment, til tross for at den ikke er gjeldende for Norge, jf. konvensjonens art. 28.

Som nevnt, har konvensjonen per dags dato blitt erstattet av forordningen Roma I.⁶⁹ Da denne er relativ ny, har praksis fra Romakonvensjonen fortsatt stor rettskildemessig betydning. Videre kan det påpekes at reglene i disse to regelverkene, som er relevante for avhandlingen, fortsatt er relativt like. Formålet med revisjonen var først og fremst å klarlegge rettsstillingen for de reglene som ikke ble tolket likt blant medlemslandene før revisjonen. Derfor vil ikke endringen utgjøre noen stor forskjell for Norges rettsstilling.⁷⁰ Forordningen gjelder for alle saker oppstått etter 17. desember 2009, jf. art. 28. Saker før denne datoen avgjøres fortsatt etter Romakonvensjonen. Som resultat av dette er man fortsatt avhengig av konvensjonen ved løsning av kontraktsforholdene.⁷¹ Hovedsakelig foreligger endringene i ordbruken i flere artikler. De har blitt omformulert og gjort klarere. Art. 3 om partsautonomi har gjennomgått

⁶⁹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 593/2008 af 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I)

⁷⁰ Cordero Moss, Giuitta, Lov og Rett 2009 side 67-83 (73)

⁷¹ McClean og Beevers, The Conflict of Laws side 355

visse endringer, mens kanskje den største forskjellen er å finne i art. 4.⁷² Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.5.6.

Bakgrunn for revideringen er begrunnet slik:

«Visse forskelle mellem de nationale regler for retternes kompetence og for anerkendelse af retsafgørelser virker hæmmende for det indre markeds funktion. Det er tvingende nødvendigt at vedtage bestemmelser, der kan gøre reglerne for retternes kompetence på det civil- og handelsretlige område ensartede og forenkle formaliteterne med henblik på en hurtig og enkel anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser truffet i medlemsstater, der er bundet af denne forordning.»⁷³

Da Brüsselkonvensjonen ble omgjort til en forordning, var det bare Romakonvensjonen igjen i form av internasjonal europeisk traktat. Ved å omgjøre denne til en forordning, vil den få direkte betydning i medlemslandene, da de gjennomføres «som sådan» jf. EF art 249 og EØS art. 7 bokstav a. Fordelene ved dette er at man kan forhindre forvirring rundt utvikling og tolkning om man opprettholder konvensjonen og forandringer skjer gjennom direktiver. En utfordring det dessverre er vanskelig å gjøre noe med, er det faktum at også forordninger kommer på forskjellige språk for medlemslandene. Ved tolkningen kan dette føre til usikkerhet og misforståelser, da ord og uttrykk kan få en annen betydning ved oversettelse. Dette er også et argument for hvorfor arbeider på EU-rettens område er viktige som rettskilder. Spesielt i EU-domstolen blir tolkningsspørsmålene behandlet og avgjort.⁷⁴

Etter opprettelsen av Romakonvensjonen, har Norge ytret et ønske om å utarbeide tilsvarende regler på området. Justisdepartementet startet prosessen med et lovforslag i 1985, men det ble lagt i bero da det ble forventet at det skulle bli foretatt endringer i Romakonvensjonen. Norge har pr dags dato ikke vedtatt slike generelle lovvalgsregler. På grunn av viktigheten med ensartede løsninger, påpeker Justisdepartementet at man burde finne inspirasjon der andre europeiske land har kommet med avgjørelser ved bruk

⁷² http://www.cjel.net/online/15_2-vernooij/ The Columbia Journal of European Law

⁷³ ”Bruxelles-I”, (EF) nr. 44/2001 av 22.12.2000

⁷⁴ Grønnbok om omdannelse av Rom-konvensjonen av 1980 om hvilken lov som skal anvendes på kontraktsrettslige forpliktelser til en felleskapsrettsakt med oppdatering av dens bestemmelser, av 14.1.2003 KOM (2002) 654

av konvensjonen. Dette understreker at Romakonvensjonen er viktig som tolkningsmoment der spørsmål om lovvalg skal avgjøres.

4.5.2 Lov 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp (Kjøpslovvalgsloven) § 4

Loven er den eneste norske lov som regulerer internasjonal formuerett. Denne transformerer Haag-konvensjonen (1955) om lovvalg for internasjonale løsørekjøp. Her følger den generelle hovedregel om partsautonomi, lovens § 3 og Haag-konvensjonen art. 2. Dette prinsippet følges også i flere andre konvensjoner og forordninger. Etter lovens § 4 og Haag art. 3 skal spørsmålet, der lovvalg ikke er avtalt, avgjøres etter reglene der «seljaren hadde bustad då han tok mot tinginga frå kjøparen.» Med andre ord bestemmes det etter realdebitors lov. Etter § 6 følger de samme restriksjoner ved ordre public (som jeg kommer tilbake til) som ellers. Fordi de forskjellige konvensjonene bygger på de samme prinsipper om ensartet tolkning, og flere europeiske land anvender dem i praksis, er reglene relativt like. Derfor burde disse konvensjonene brukes som momenter i tolkningen når en av dem kommer til anvendelse.⁷⁵

4.5.3 Roma I-forordningens innhold

Forordningen begynner med en fortale. Denne gir veiledning for den videre tolking av artiklene. Noen av reglene kommer som resultat av lange tolkningskonflikter. Derfor kan det være viktig å gå til fortalen ved tolkningen av forordningen, da interesser og hensyn blir forsøkt ivaretatt her.⁷⁶

Ifølge fortalen er fellesskapets mål å bevare og utbygge et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet, jf. fortalens første punkt. Gradvis skal et slikt område etableres, hvor utfallet av rettsvister skal være forutsigbart og rettssikkerheten på den måten styrkes.

⁷⁵ Cordero Moss, Giuitta, Lov og Rett 2009 side 67-83 (72)

⁷⁶ Cordero Moss, Giuitta, Lov og Rett 2009 side 67-83 (74)

Romaforordningen art. 1 slår fast at konvensjonen får anvendelse der det er tale om et kontraktsforhold med tilknytning til mer enn ett land. Denne forordningen er derfor aktuell for avgjørelsen av lovvalg i arbeidsforhold.

4.5.4 Roma I art. 3 Hovedregelen om lovvalg ved avtale

«1. En aftale er underlagt den lov, som parterne har vedtaget. Lovvalget skal være udtrykkeligt eller klart fremgå af aftalens bestemmelser eller omstændighederne i øvrigt. Parternes lovvalg kan omfatte hele aftalen eller kun en del deraf.»

I art. 3 nr. 1 blir prinsippet om partsautonomi slått fast. Partene kan selv avgjøre hvilket lands lover som skal avgjøre forholdet. Valgfriheten gjelder for hele, eller deler av avtalen. Regelen oppstiller et vilkår om hvordan det skal komme klart fram hva partenes lovvalg er; «lovvalget skal være udtrykkeligt». I visse tilfeller er det rimelig å anta at partene har inngått et lovvalg selv om dette ikke kommer uttrykkelig fram i avtalen. Dette kan eksempelvis være standardavtaler. Dette er avtaler som anvendes ofte, og hvor det er antatt at man er innforstått med lovvalget selv om det ikke fremgår uttrykkelig av avtalen. Vilkår for at dette skal være tilfellet er at omstendighetene rundt avtaleinngåelsen og avtalens innhold, må tilsa at det med «rimelig sikkerhet» var meningen. Det må fremgå av kontrakten at lovvalg har blitt vurdert, og at man har kommet fram til et resultat, til tross for at dette ikke er sagt uttrykkelig. Momenter det kan tas hensyn til er den vanlige praksis for forholdet kontrakten omhandler, og tidligere praksis mellom partene.⁷⁷

Som tidligere nevnt, er partsautonomi også hovedregelen i norsk rett. Partene burde selv ha valgetten om hvilken lov som skal komme til anvendelse. Problemet med dette blir å avgjøre hvor langt man kan gå før retten må begrenses på grunn av andre allmenne interesser. Imidlertid burde avtaler være gyldige når de inngås frivillig. Som det påpekes i forordningens fortale, burde partenes avtalefrihet utgjøre en av «hjørnesteinene» i forhold til lovvalgsspørsmålet. Partenes frihet til å velge den

⁷⁷ McClean og Beevers, The Conflict of Laws side 360

lovgivning som gjelder kontrakten deres, uansett om det er loven til en medlemsstat i EU, er fortsatt et grunnleggende prinsipp i Roma I. I forhold til dette, og at partene kan velge lov for bare deler av avtalen, har det ikke skjedd en rettslig forandring i forhold i den gamle konvensjonen.⁷⁸ I utgangspunktet er den eneste endringen i art. 3 nr. 1 formuleringen. Imidlertid kan det se ut som om vilkåret om lovvalg der det ikke er uttrykkelig uttalt, er strammet litt inn. Da det i konvensjonen var krav om at det måtte fremgå «*med rimelig sikkerhet*», kreves det etter forordningen at det må «*klart fremgå*» av avtalen. Forordningen veier hensynet til rettssikkerhet tyngre enn hensynet til fleksibilitet, ved at den snevrer inn domstolenes skjønnsutøvelse når det skal vurderes om avtale er inngått. Et moment som burde vektlegges i vurderingen, er om det er avtalt domstolskompetanse i et av medlemslandene. Der lovvalg ikke er valgt, kan domstolvalg gi veiledning, da det ofte er naturlig å anvende domstollandets lov. Felles for konvensjonen og forordningen er at bare nasjonal lov kan velges. Dette har blitt kritisert som selvmotsigende med partsautonomien, da mange næringslivsområder har egne bestemmelser og retningslinjer for hvordan konflikter skal løses. Eksempel på dette er voldgiften.⁷⁹

Regelen om partsautonomi i art. 3 bekrefter en allerede gjeldende regel som anvendes av alle medlemslandene, jf. Giuliano/Lagarde-rapporten på side 15. Videre påpekes det i rapporten at domstolen under denne artikkelen ikke kan anta et lovvalg for partene der de ikke har hatt noen intensjon om å gjøre et slikt valg. For slike tilfeller anvendes art. 4.

At partsautonomien gjelder på ethvert tidspunkt av avtaleforholdet, fremgår av Giuliano/Lagarde-rapportens avsnitt 6. Den liberale løsningen ser ut til å være i samsvar med kravet om logisk sammensetning. Da prinsippet om kontraktsfrihet allerede er anerkjent, og lovvalgsspørsmål kan oppstå på flere stadier i kontraktsforholdet, burde ikke partenes valgtrett begrenses til inngåelsen av avtalen.⁸⁰

⁷⁸ http://www.cjel.net/online/15_2-vernooij/ The Columbia Journal of European Law

⁷⁹ http://www.cjel.net/online/15_2-vernooij/ The Columbia Journal of European Law

⁸⁰ Giuliano/Lagarde-rapporten avsnitt 6

I art. 3 nr. 2 finnes det en sikkerhetsmargin som slår fast at partene på et hvilket som helst tidspunkt kan bestemme seg for å benytte et annet lands lov. Det er viktig at rimeligst mulig resultat oppnås, slik at lovvalget kan forandres dersom det fører til urimelig resultat. Regelen kan også forebygge forum shopping, som vil si at man søker å velge de lovregler som gir mest mulig gevinst til sin parts sak.

Et annet viktig unntak fra hovedregelen om avtalefrihet er ordre public-prinsippet. Prinsippet er lovregulert i Roma I art. 21. Der anvendelsen av det avtalte lovvalget åpenbart er uforenelig med vårt rettssystemets grunnleggende rettsprinsipper, kan domstolen unnlate å bruke de aktuelle reglene.⁸¹ Regelen er omtalt i RT 2009 s. 1537 hvor det uttales at unntaksregelen «*er et forbehold om at den fremmede retten må vike dersom anvendelsen av fremmed rett vil føre til et resultat som strider sterkt med vår rettsfølelse.*» En slik regel har stor betydning. Det er urimelig om domstolene blir tvunget til å anvende regler som strider sterkt med vår rettsoppfatning. Imidlertid skal det mye til før unntaket anvendes i praksis. Det er ikke nok at lovvalget strider mot preseptorisk lov.⁸²

4.5.5 Roma I artikkel 3 nr. 3

Roma I art. 3 nr. 3

«Er alle andre elementer med relevans for saken på det tidspunkt, hvor valget foretages, lokalisert i et annet land end det land, hvis lov er valgt, kan parternes lovvalg ikke medføre tilsidesættelse af de regler i dette andet lands lovbestemmelser, som ikke kan fraviges ved aftale. »

Bestemmelsen gjelder der en kontrakt i sin helhet har tilknytning til en annen lov enn den som er valgt i kontrakten. I slike tilfeller kommer dette landets preseptoriske regler

⁸¹ Lookofsky og Hertz, Internasjonal privatret side 21-22

⁸² <http://www.regjeringen.no/nn/dep/krd/Dokument/proposisjonar-og-meldingar/Odelstingsproposisjonar/19992000/otprp-nr-13-1999-2000-/4/2.html?id=429261> punkt 4.2.5

til anvendelse på forholdet til tross for at de ikke er valgt av partene. På den måten begrenser regelen det generelle utgangspunktet om partsautonomi, men bare på de områdene i kontrakten som strider mot de preseptoriske reglene. Regelen kom som et kompromiss mellom to forskjellige argumenter som ble fremlagt av utvalget som utarbeidet konvensjonsforslaget. På den ene siden stod muligheten til å begrense partenes valgrett ved å angi at valget av en utenlandsk lov vil være utilstrekkelig dersom situasjonen ved avtaleinngåelsen ikke innebar et annet utenlandsk element. På den annen side stod ekspertene, som mente at en slik restriksjon ville være til for stort hinder for partsautonomien, der valget virket rettfærdiggjort, inngått i god tro og i stand til å beskytte verneverdige interesser. Det ble understreket at slike avvik fra lovvalgsprinsippet bare burde anvendes i helt spesielle tilfeller.⁸³

4.5.6 Roma I artikkel 4, Lovvalg i mangel av avtale

Utførelsen av art. 4 i Romakonvensjonen og Roma I viser at bestemmelsen har gjennomgått visse forandringer.

Artikkelen er blant dem som har gjennomgått den største forandringen etter revisjonen. Slik regelen i dag ser ut, oppstiller den flere alternativer for åtte forskjellige kontraktsforhold. Regelen er formulert slik at de nevnte kontrakter skal forholde seg til lovverket der selger, tjenesteyter, franchisetakeren eller distributøren har sitt oppholdssted. Denne tilnærmingen bryter med Romakonvensjonen, der hovedregelen er at kontrakten skal reguleres av det landet som partene har nærmest tilknytning til.

I forordningen anvendes dette prinsippet først i de tilfeller hvor man ikke kommer fram til et resultat etter artikkelens nr. 1 og 2, jf. nr. 4. Også her har hensynet til rettssikkerhet fått forrang foran hensynet til en fleksibel regel. Dette fremgår således av forordningens fortale:

⁸³ Giuliano/Lagarde-rapporten om art. 3 nr. 3, avsnitt 8

*"I overensstemmelse med forordningens overordnede mål, som er at skabe retssikkerhed inden for det europæiske retsområde, bør lovvalgsreglerne frembyde en høj grad af forudsigelighed. Domstolene bør dog have visse skønsmålinger til at afgøre, hvilken lov sagen har den stærkeste tilknytning til."*⁸⁴

Der artikkelen viser til det «sædvanlige oppholdssted», har dette en annen og videre betydning i Lugano. Forklaringen er at det på grunn av prosessuelle formål kan det være hensiktsmessig å gi anledning til mer enn ett verneting, mens det ikke er anbefalt å anvende mer enn ett lands lovverk.

Som tidligere nevnt, var ikke den gamle bestemmelsen så konkret som den nå har blitt etter endringen. I annet ledd i den gamle bestemmelsen, ble hovedregelen konkretisert nærmere. Her antok man at den nærmeste tilknytning var det landet hvor realdebitor hadde sitt vanlige oppholdssted. Unntaket fra denne regelen fulgte av femte ledd; der det var en klar nærmere tilknytning til et annet land enn det landet med det vanlige oppholdssted, skulle denne lov komme til anvendelse. Problemet var at bestemmelsen ble tolket på to forskjellige måter i praksis, som førte til en mer snever og utførlig bestemmelse i Roma I. Norsk rettstradisjon har fulgt en mer fleksibel anvendelse av regelen om den nærmeste tilknytning enn den som nå følger av Roma I. Fordi det er et overordnet mål om en forutsigbar og enhetlig rettstilstand, er det ønskelig at norsk rettspraksis tilpasser seg den som følges av Roma I.⁸⁵

Den mer fleksible rettsanvendelsen vi har hatt i Norge, er en gammel rettstradisjon som ble vurdert i en høyesterettsavgjørelse fra 1923.

Irma-Mignon RT 1923-II-58

To norske skip, Irma og Mignon, kolliderte på engelsk grunn på elven Tyne. Irma, et skip fra Newcastle, hadde om bord en engelsk los, ifølge engelske regler. Da losen var skyld i kollisjonen, oppstod det spørsmål om rederiet bak Irma var ansvarlige. Det var i denne forbindelse det måtte avgjøres om det var norske eller engelske lover som skulle

⁸⁴ Forordningens avsnitt 16

⁸⁵ Cordero Moss, Giuditta, Lov og rett 2009 side 67-83 (76-77)

anvendes. Det ble slått fast at norsk rett kom til anvendelse i en sak der partene ikke på forhånd hadde avtalt lovvalg. Før avgjørelsen var det delte meninger om hvordan en slik tvist skulle løses. Som det fremgår av dommeruttalelsene, stemmer ikke resultatet med «gjengs lære», slik situasjonen var før avgjørelsen. Dommen var den første til å anvende «den individualiserende metode».

Dommens prinsipielle bemerkning var følgende:

«Ved avgjørelsen av, hvilken stats regler der skal anvendes er man da, saavidt jeg skjønner, i det væsentlige henvist til å bygge på almindelige retsgrundsætninger og arten av det forhold det her gjælder. Hvilke principer man i det hele tatt bør oppstille for løsningen av international-privatretslige spørsmåal har jo været gjenstand for megen meningsforskjel. For mit vedkommende synes jeg imidlertid det er naturlig å ta utgangspunkt i den betragtning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme.»⁸⁶

Her anvendes den individualiserende metode, etter dommen også kalt «Irma-Mignon-formelen». Hvilket lands lov som har den sterkeste tilknytning, blir således en skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle, hvor dommeren må avveie alle relevante omstendigheter i saken. Etter en totalvurdering tas det stilling til hvilket lands rett som kommer til anvendelse.⁸⁷

I avgjørelsen (Irma Mignon) presiseres også viktigheten av forutsigbarhet, i den forstand at det som regel er ens eget hjemsteds lov man kjenner best med den følge at det derfor er denne lov som helst burde komme til anvendelse.

Saken anses i dag som et prejudikat og har blitt videreført i flere dommer i ettertid. Blant annet en høyesterettsavgjørelse fra 2009.

RT 2009 side 1537 Bokhandleren i Kabul

⁸⁶ Dommen side 60

⁸⁷ Cordero Moss, Giuditta, Tidsskrift for rettsvitenskap 2007 side 679 (698)

Spørsmålet var hvilket lands rett som kom til anvendelse i erstatningssak om angivelige personvernskrenkelser i boken «Bokhandleren i Kabul». Forfatteren bodde hos familien til bokens hovedperson (Bokhandleren), i Afghanistan. I ettertid har familien følt seg gjenkjent i boken. Av den grunn mener familien at bokens innhold krenker deres privatliv. En av konene til bokhandleren, som bodde i Norge, mente at avgjørelsen måtte fattes etter afghansk rett. På grunn av mangel på informasjon om afghansk rett, og tvil rundt anvendelsen av den, kom Høyesterett fram til at saken måtte løses etter norsk rett. Begrunnelsen for dette finnes i tvl. § 11-3, som sier at rettes oppgave er å forsikre et *«betryggende avgjørelsesgrunnlag for rettsanvendelsen»*.

Avgjørelsen er relevant for oppgavens problemstilling på grunn av dens generelle uttalelser om lovvalg ved internasjonale tvister.

I avsnitt 32 forholder dommeren seg til «Irma-Mignon-formelen». Han uttaler følgende:

«Dersom ikke rettsvalget følger av fastere regler, skal saken etter norsk internasjonal privatrett avgjøres på grunnlag av rettsreglene i det land som saksforholdet etter en totalbedømmelse har nærmest tilknytning til («Irma-Mignon-formelen»).»

Det legges videre vekt på hensynet til rettsenhet. Det er et felles mål å få samme løsning som i andre EU-land. Derfor blir andre EU-avgjørelser aktuelle ved vurderingen.⁸⁸ Det bemerkes også at det er et prosessbesparende moment med i vurderingen, ved at man slipper å studere den fremmede rett.

Dommeren viser videre til dommen inntatt i RT 2002 side 180. Her bemerkes det at der spørsmålet ikke løses av lovgivning eller rettspraksis, må det avgjørende moment være «hva som vil være den mest naturlige og rimelige løsning».⁸⁹

Irma-Mignon og Roma I art. 4

⁸⁸ Dommens avsnitt 34

⁸⁹ Dommens avsnitt 38

Både Roma I og Irma-Mignon-formelen forholder seg til metoden om den «nærmeste tilknytning» når tilknytningen til et land skal avgjøres. Likevel kan det stilles spørsmål ved hvorvidt de to tilnæringsmetodene forholder seg likt til metoden. Kan de samme momentene benyttes ved anvendelsen av prinsippene?⁹⁰

Problemet med prinsippet om den «nærmeste tilknytning» på internasjonalt nivå er vitterlig at det benyttes forskjellige tolkningsmetoder. I den norske individualiserende metode blir alle omstendighetene i saken gjort til gjenstand for en helhetsvurdering i lys av hvor forpliktelsen bør lokaliseres. Hver enkelt omstendighet i denne vurdering har individuell gyldighet. Etter en helhetsvurdering av alle relevante tilknytningsmomenter kommer man fram til den anvendelige lov som kommer til anvendelse. Svakheten ved anvendelsen av prinsippet på denne måten, er at det blir vanskelig å forutse sin rettsstilling. Hvilket lands lov som kommer til anvendelse avhenger av hvilke momenter dommeren i den enkelte sak legger hovedvekt på. Dette fører til at tilknytningsmomentet kan tolkes på flere måter, noe som kan være uheldig med hensynet til forutberegnelighet. Imidlertid kan det være vanskelig å gjennomføre snevrere regler på området. Da blir ikke prinsippet dekkende nok, og man risikerer at mange situasjoner vil falle utenfor. Et ufullstendig lovverk kan gå negativt utover de som må forholde seg til prinsippet i en tvist.

Roma I art. 4 har ikke en like fleksibel tilnærming som Irma-Mignon. Artikkelen konkretiserer lovvalget i forskjellig type kontrakter, og lovvalget på ulike områder fremgår i bestemmelsen. Løsningen er et resultat av hensynet til at partene skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Det er først i de tilfeller hvor det er «klart» etter en helhetsvurdering av alle relevante momenter at prinsippet om nærmeste tilknytning kommer til anvendelse. Det er i slike tilfeller den individualiserende metode kan komme til anvendelse. Det fremgår av art. 4 nr. 3 at «*alle sagens omstændigheder*», også objektive momenter, må inntas i vurderingen. Resultatet er en konkret vurdering med en løsning som egner seg best i den enkelte sak, og gir den sikkerhet som ellers følger av bestemmelsens første del. Det er derfor enklere for partene å forutse sin

⁹⁰ Cordero Moss, Giuditta, Tidsskrift for rettsvitenskap 2007 side 679 (698)

rettsstilling etter Roma I enn etter Irma-Mignon. Det kan stilles spørsmål ved om Norge burde forholde seg til tilnæringsmetoden som anvendes etter Roma I. En slik praksis ville gjort det enklere for partene å forutse sin rettsstilling. På denne måten kan man også unngå risikoen med «forum shopping», hvor man tolker seg fram til de lovvalgsregler man selv ønsker å anvende. Dette kan være nærliggende for en domstol der det står mellom et ukjent lovverk og domstolens eget.

Det kan se ut som om det skjer en utvikling i norsk rettspraksis. I høyesterettskjennelsen RT 2006, side 1008, kan det se ut som om domstolen anvender en mer objektiv tilnæringsmetode enn den tradisjonelle Irma-Mignon-formelen.⁹¹ Tvisten gikk ut på uenigheten om feil verneting som avvisningsgrunnlag. Om lovvalgsspørsmålet viste Høyesterett til Roma art. 4, og poengterte at den avgjørende tilknytningsfaktor var agentens hovedkontor. Det kan se ut som om domstolen her går litt bort fra den tradisjonelle anvendelsen av «nærmest tilknytning», og at en mer generell tilknytningsfaktor vurderes. En objektiv anvendelse som denne, tilsvarer prinsippet bak kjøpslovvalgsloven (omtalt ovenfor i punkt 4.5.2). Hvis domstolen fortsetter på denne linjen, vil vi etter min vurdering etter hvert bli samkjørte med anvendelsen av internasjonal privatrett i resten av Europa.⁹² Dette er som nevnt et ønskelig mål å oppnå.

4.5.7 Romakonvensjonen artikkel 6 og Roma I artikkel 8 om individuelle arbeidsavtaler

I Romakonvensjonen var individuelle arbeidsavtaler regulert i art. 6. Nå er reglene å finne i art. 8, men med relativt tilsvarende betydning. Regelen er preseptorisk. Arbeidstakeren skal ikke i en arbeidsavtale frarøves den beskyttelse han får gjennom preseptoriske regler. Arbeidstakeren skal ha sterkest mulig vern, da vedkommende som regel er den svake part. Dette fremgår også av forordningens fortale i avsnitt 23: «*Med hensyn til aftaler indgået med parter, der betragtes som værende svage parter, bør disse parter beskyttes med lovvalgsregler, der er gunstigere for deres interesser end de*

⁹¹ Cordero Moss, Giuditta, Tidsskrift for rettsvitenskap 2007 side 679 (699)

⁹² Cordero Moss, Giuditta, Tidsskrift for rettsvitenskap side 679 (700)

almindelige regler». Her kan det imidlertid oppstå konflikt mellom partsautonomien og preseptoriske regler, da bestemmelsen kan legge begrensninger på avtalefriheten. I slike tilfeller må domstolene foreta en sammenligning og en helhetsvurdering.

Romakonvensjonen art. 6

Individuelle arbeidsaftaler

”1. Uanset artikel 3 kan parternes lovvalg i arbeidsaftaler ikke medføre, at arbeidstageren berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af ufravigelige regler i den lov, som i henhold til stk. 2 ville finde anvendelse i mangel af et lovvalg.

2. Uanset artikel 4 er en arbeidsaftale i mangel af et lovvalg i henhold til artikel 3 undergivet

a) loven i det land, hvor arbeidstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde, selv om han midlertidigt er beskæftiget i et andet land, eller,

b) hvis arbeidstageren ikke sædvanligvis udfører sit arbejde i et bestemt land, loven i det land, hvor det forretningssted, som har antaget arbeidstageren, er beliggende,

medmindre det af omstændighederne som helhed fremgaar, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land, i hvilket fald loven i dette land finder anvendelse.”

Roma I Artikkel 8

«1. En individuel arbeidsaftale er undergivet loven i det land, som parterne har aftalt i henhold til artikel 3. Et sådant lovvalg må dog ikke medføre, at arbeidstageren berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af bestemmelser, som ikke kan fraviges ved aftale i henhold til den lov, som ville have fundet anvendelse efter stk. 2, 3 og 4 i denne artikkel, såfremt parterne ikke havde aftalt lovvalg.

2. I det omfang parterne ikke har aftalt, hvilken lov der skal anvendes på den individuelle arbeidsaftale, er aftalen undergivet loven i det land, hvori eller subsidiært hvorfra arbeidstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde. Det land, hvor arbeidet sædvanligvis udføres, anses ikke for at have ændret sig, hvis arbeidstageren midlertidigt er beskæftiget i et andet land.

3. Kan det ikke i henhold til stk. 2 afgøres, hvilken lov der skal anvendes, er aftalen underlagt loven i det land, hvor det forretningssted, som har antaget arbeidstageren, er beliggende.

4. Når det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land end det, der er omhandlet i stk. 2 og 3, anvendes dette andet lands lov.»

Artikkelen kommer til anvendelse der partene ikke har foretatt et lovvalg, og er en *lex specialis*-bestemmelse i forhold til art. 3 og 4.⁹³ Bestemmelsen inneholder ingen definisjon av hvem som skal anses som arbeidstaker. Kriteriene for dette avgjøres inntil videre etter nasjonal rett, da dette er det rimeligste alternativet. Eksempelvis ville det vært uheldig om det måtte anvendes et lands rett som ikke ville anse kontrakten som arbeidsrettslig avtale.⁹⁴

En av forskjellene på denne bestemmelsen og den i art. 4, er at visse rettigheter ikke kan ekskluderes i et arbeidskontraktforhold. Ellers anvendes den samme generelle tilnæringsmetode etter begge artiklene. Stort sett anvendes den lov på det sted der arbeidstaker hovedsakelig utfører sine arbeidsoppgaver. Det kan poengteres at dette stedet ikke endrer seg der en arbeidstaker bare midlertidig er utstasjonert i et annet land. Bestemmelsens unntak er å finne i artikkelens nr. 4. Annet lands lov enn arbeidstakers oppholdssteds kommer til anvendelse der det etter en helhetsvurdering slås fast at kontrakten er nærmere tilknyttet til dette landet.

Artikkelen i reguleringen er ment å oppklare rettssituasjonen per dags dato, men den skaper fortsatt flere tolkningsproblemer. Eksempelvis i situasjoner der arbeidstakere er rekruttert gjennom et byrå. Blir det avgjørende byråets plassering, eller arbeidsplassens? Svarende må søkes i den senere års rettspraksis.⁹⁵

Spørsmålet om lovvalget ved arbeidsavtaler har vært oppe for EF-domstolen ved flere anledninger. Den tidligere omtalte Koelzsch-avgjørelsen kommer også til anvendelse som rettskildefaktor i forhold til lovvalgsspørsmålet, da domstolen drøfter spørsmålet utfyllende. Ettersom saken var fra 1998 kunne EF-domstolen anvende Romakonvensjonen til løsningen av problemstillingen, jf. Roma I art. 28. I saken kom Koelzsch med påstand om at det var Tysklands lov som skulle komme til anvendelse, ikke Luxembourgs. Domstolen The Tribunal du travail de Luxembourg på sin side kom

⁹³ Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 16 December 2010 avsnitt 48

⁹⁴ Clarkson & Hill, *The Conflict of Laws* side 244

⁹⁵ Clarkson & Hill, *The Conflict of Laws* side 244

fram til at Luxembourgs lov kom til anvendelse i sin helhet. Koelzsch søkte videre sak opp for the Cour d'appel ('the referring court'), med påstand om erstatning for feil anvendelse av Roma art. 6. Domstolen henvendte seg videre til EF-domstolen. Henvendelsen gjaldt art. 6 nr. 2 litra a). Dette var første gang spørsmål vedrørende tolkningen av art. 6 nr. 2 var til behandling. Spørsmålet som ble stilt var:

“which states that an employment contract is governed by the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, to be interpreted as meaning that, in the situation where the employee works in more than one country, but returns systematically to one of them, that country must be regarded as that in which the employee habitually carries out his work?”⁹⁶

Saken var oppe for retten 18. januar 2010. Det henvises til Brüssel art. 5 nr. 1, og poengteres at det må foretas en så lik tolkning som mulig, for å oppnå rettsharmoni.

Etter EU-kommisjonens syn på saken, må det avgjørende ved løsningen av spørsmål etter art. 6 annet ledd litra a), være det stedet arbeidstakeren hovedsakelig utfører arbeidsoppgavene fra. For å komme fram til dette stedet, er det nødvendig å ta stilling til hvilket sted arbeidstakeren tilbringer mesteparten av sin arbeidstid. Videre er et vesentlig moment hvor motorvognene som anvendes i arbeidet er stasjonert, fra hvilket sted endringer av sjåfører er organisert, og stedet arbeidstakeren vender tilbake til etter endt arbeidsreise. Domstolen var enig i EU-kommisjonens tolkning, jf. dommens avsnitt 49 og 50. Vurderingsmomentene er langt på vei de samme som anvendes når det skal tas stilling til domstolsspørsmålet i internasjonale arbeidssaker.

Domstolen konkluderte med at *“Article 6(2)(a)...must be interpreted as meaning that, in a situation in which an employee carries out his activities in more than one Contracting State, the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, within the meaning of that provision, is that in which or from which, in the light of all the factors which characterize that activity, the employee performs the greater part of his obligations towards his employer.”* Videre påpekes det

⁹⁶ Dommens avsnitt 29

at artikkelen må gis en bred tolkning i forhold til tilknytningskravet, når det skal avgjøres i hvilken stat vedkommende utfører sitt arbeid, jf. dommens avsnitt 47.

Avgjørelsen har fått en del oppmerksomhet i rettsteorien, og er blant annet kommentert av Advocate General (generaladvokat ved EF-domstolen).⁹⁷ Hun diskuterer hvorvidt tolkningen rundt Brussel art. 5 nr. 1 kan anvendes når Roma art. 6 nr. 2 litra a) skal tolkes. I tidligere rettsavgjørelser om Brussel og internasjonale arbeidsavtaler, er det uttalt at arbeidsavtaler skiller seg fra andre kontrakter i at det skapes et varig forhold. Dette forholdet fører med seg en viss integrering til stedet arbeidstaker jobber, og for de organisatoriske rammene i arbeidsgivers bedrift.⁹⁸ Politisk miljø der vedkommende oppholder seg preger arbeidstakerens hverdag og arbeid. Av denne grunn burde arbeidstakeren beskyttes av lovgivningen på dette stedet.⁹⁹ Ut fra dette syn, burde art. 6 nr. 2 litra a) tolkes strengt, slik at arbeidstakers vern mest mulig blir ivarettatt.

Videre diskuterer Trstenjak lovanvendelsen fra et historisk synspunkt. Her trekkes Giuliano/Lagarde-rapporten inn. Det uttales at rapporten ikke er bindende, da den er utarbeidet av enkelte eksperter på området, og derfor ikke svarer til medlemslandenes syn på saken.¹⁰⁰

En av utfordringene ved lovvalg for arbeidsavtaler er at arbeid i forskjellige næringer utføres på ulike måter. Derfor må kriteriet om hvor arbeidstaker utfører sitt arbeid vurderes utfra forholdene i hver enkelt sak.¹⁰¹ Trstenjak uttaler at *"Different criteria for determining the country or place where an employee habitually carries out his work are also mentioned by academic commentators. For example, to distinguish between habitual and occasional work, one commentator cites the time needed by an employee to carry out work in a particular country and the importance of the work in*

⁹⁷ http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7026/ (Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 16 December 2010.)

⁹⁸ Kommentarens avsnitt 49

⁹⁹ Kommentarens avsnitt 40

¹⁰⁰ Kommentarens avsnitt 66

¹⁰¹ Kommentarens avsnitt 84

question...Although time is a relevant criterion, it is not the decisive criterion: the essential factor is that the employee establishes the effective centre of his working activities in a particular country."¹⁰² Koelzschs arbeid var av en slik karakter at han ikke hadde behov for et kontor. Han jobbet med transport, over landegrenser. Saken skiller seg ut fra andre som har vært oppe for domstolen angående tolkningen av Brüssel art. 5 nr. 1. Derfor må det vurderes hva som er rutinene i en slik bransje i forhold til leveranser.¹⁰³ Det poengteres at tilknytningsvilkåret ikke nødvendigvis er oppfylt fordi arbeidstaker har et land han systematisk returnerer til. For at vilkåret skal være oppfylt, må også vedkommende sine andre arbeidsoppgaver bli utført i det samme landet, jf. kommentarens avsnitt 94. Alle momentene må vurderes samlet.

Trstenjak legger til grunn at den aktuelle saken er av «*crucial importance*» for tolkningen av art. 6 nr. 2 litra a), og er dermed veldig aktuell som en rettskilde ved tolkningen av lovanvendelsen i arbeidsforhold. Den utvider anvendelsen av bestemmelsen i den forstand at det ikke bare er relevant i hvilket land vedkommende jobber, men også *fra* hvilket land han jobber. Derfor kan domsavgjørelser om tolkningen av Brüssel art. 5 nr. 1 analogisk komme til anvendelse. Hun konkluderer med at det landet arbeidstaker jobber i etter Roma art. 6 nr. 2 litra a), er “*the country in or from which, taking account of all the circumstances of the case at issue, the employee in fact performs the essential part of his duties vis-à-vis his employer, and that assessment must be carried out by the national court, taking into account all the facts of the case.*”

Det eksisterer foreløpig ingen domsavgjørelser om arbeidskontrakter regulert etter bestemmelsene i Roma I. De sakene som har vært oppe etter 2009 har anvendt Romakonvensjonen, da det har vært spørsmål om eldre forhold. Trstenjak er medlem av teamet til EF-domstolen. Det er naturlig å anta et hennes syn tilsvarer domstolens syn, og at dette kan legges til grunn. I påvente av rettsavgjørelser angående den nye forordningen, er det derfor hensiktsmessig å anvende rettskilder og praksis tilsvarende

¹⁰² Kommentarens avsnitt 91/101

¹⁰³ Kommentarens avsnitt 102

den anvendt på Roma art 6 og Brüssel art. 5nr. 1. Som styrkende faktor for dette argumentet, siteres det fra the Ministry of Justice i England:

“The Government cannot predict what the European Court of Justice’s view may be on such matters but any view taken will apply uniformly to all Member States. As the Regulation is fairly close to that of the convention, it is likely that any interpretation that would apply would be consistent with that of the Convention.”¹⁰⁴

4.5.8 Roma I artikkel 9 (før Romakonvensjonen artikkel 7) om internasjonalt preseptoriske regler

Roma I art. 9 omhandler internasjonale preseptoriske regler. Dette er en snevrere gruppe enn den omhandlet i art. 3 nr. 3. Dette er regler som kan komme til anvendelse selv der de ikke er valgt. Grunnen kan være at andre hensyn veier sterkere enn de bak prinsippet om partsautonomi. Dette er spesielt i de tilfeller der resultatet ville blitt urimelig dersom reglene ikke fikk anvendelse. Etter art. 9 annet ledd, kan alltid det valgte lands preseptoriske regler komme til anvendelse. Problemet som her oppstår er hvilke regler som skal anses som preseptoriske (ufravikelige).

Hvordan internasjonale preseptoriske regler skal defineres, er behandlet i art. 9 nr. 1:

” Overordnede præceptive bestemmelser er bestemmelser, hvis overholdelse af et land anses for at være så afgørende for beskyttelsen af dets offentlige interesser, som f.eks. dets politiske, sociale og økonomiske struktur, at bestemmelserne finder anvendelse på alle forhold, der falder ind under deres anvendelsesområde, uanset hvilken lov der i øvrigt skal anvendes på aftalen i henhold til denne forordning.”

Regelens hovedregel er angitt i nr. 2: *”Intet i denne forordning begrænser anvendelsen af overordnede præceptive bestemmelser i domstolslandets lov.”* Her slås det fast at uavhengig av hvilket lovvalg kontraktspartene har gjort, velges ikke domstollandets internasjonalt preseptoriske regler bort. Det er domstollandets selv som avgjør hvilke

¹⁰⁴ Ministry of Justice, Rome I - Should the UK Opt in? Response to Consultation CP05/08CP(R), January 2009 Avsnitt 99

bestemmelser i deres interne rett som skal anses preseptoriske. Likevel oppstiller forordningen visse vilkår som anvendes ved vurderingen. Regler i landet oppstilt som ”*afgørende for beskyttelsen af dets offentlige interesser*”, er typisk preseptoriske. Disse offentlige interessene kan typisk være økonomiske, sosiale og politiske hensyn. Problemet med denne tilnærmelsen er at hensynet til forutsigbarhet ikke blir ivaretatt, da det kan være vanskelig å forutse hvilke regler som vil bli ansett som preseptoriske. Dette er grunnen til at det i fortalens avsnitt 37 er presisert at disse reglene bare kan begrense lovvalget i helt «*ekstraordinære omstændigheder*».

Romakonvensjonen art. 7 nr. 1 hadde en bestemmelse om regler i et tredje land utover medlemslandene. Ved at domstolene også måtte forholde seg til et slikt lands rett, oppstod det mye usikkerhet ved konvensjonen. Flere land tok forbehold mot denne bestemmelsen. Da slike forbehold ikke kan tas i en forordning, har det blitt forsøkt å komme fram til et kompromiss. Bestemmelsen er nå begrenset såpass at den ikke skaper usikkerhet rundt anvendelsen.¹⁰⁵ Artikkelens nr. 3 forholder seg til situasjoner der domstolen eventuelt kan tillegge internasjonale preseptoriske regler i oppfylleelseslandet betydning fordi disse gjør den eventuelle oppfyllelse ulovlig.

5 Avsluttende bemerkninger

Praksis i forhold til Brüssel I, Luganokonvensjonen og Roma I viser alle det samme. Målet er å oppnå en ensartet anvendelse av bestemmelsene mellom medlemslandene. Det har blitt utgitt flere årlige rapporter om Lugano og hvorvidt den blir anvendt i medlemsstatene. Disse viser at landene er villige til å anvende praksis slik EF-domstolen har tolket reglene, og vil finne løsninger som samsvarer med Lugano. Eksempelvis siteres det fra den åttende, og den ellefte rapporten om Lugano:

“The rulings of national courts on the Lugano Convention during the reporting period confirm a tendency already observed in the past several years: The national courts are not only well aware of the

¹⁰⁵ Cordero Moss, Giuditta, Lov og rett 2009 side 67-83 (78)

case law of the European Court of Justice regarding the parallel provisions of the Brussels Convention and the Brussels I Regulation; indeed, they expressly take it into consideration with the goal of ensuring the uniform interpretation of the provisions of the two parallel conventions.

This is shown not only by the numerous references to ECJ decisions in solving already-familiar problems. The national courts also use the statements of the ECJ, and to some extent those of the parties as well, in the search for solutions to new problems.»¹⁰⁶

“The 11th report on national case law shows an upward tendency in respecting the principles established or clarified by the European Court of Justice. The system of exchange of information, set up under the Protocol No. 2 on the uniform interpretation of the Convention, and the work of the Standing Committee have certainly contributed to preventing divergent interpretations.»¹⁰⁷

I forhold til lovvalg og vernetings spørsmål i arbeidsavtaler, inneholder de aktuelle konvensjonene alle preseptoriske regler som regulerer forholdet. Disse gir et større vern enn de generelle hovedregler om lovvalg og verneting i kontraktsforhold. Arbeidstaker er å anse som den svake part i et kontraktsforhold, og trenger dermed et ekstra vern.

Norske domstoler har lang praksis med den individualiserende metode i forhold til lovvalgsspørsmålet. Imidlertid viser praksis fra de siste år en villighet til å tilnærme seg anvendelsen av Romakonvensjonens, nå Roma I's regler.

Foreløpig er det ingen nye domsavgjørelser fra EF-domstolen vedrørende den nye Roma I-forordningen og spørsmålet om arbeidsavtaler. Derfor må man nå forholde seg avventende til hvordan domstolene vil anvende reglene. Inntil da er det ingen grunn til å anta at praksis vil bli endret i særlig grad i forhold til arbeidsavtaler etter revideringen. Mest sannsynlig er de eksisterende reglene blitt klarere i forordningen, uten noen store endringer av innholdet.

Det kan se ut som om hovedformålet med den stadige utvikling og tilpasning av bestemmelsene (at konvensjonene nå er forordninger, som kommer til direkte

¹⁰⁶ 8. rapport om Lugano 2006

<http://www.regjeringen.no/upload/kilde/jd/red/2006/0002/ddd/pdfv/298888-lugjurispr-8-e.pdf>

¹⁰⁷ 11. rapport om Lugano 2009 http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Lugano_rapport_11.pdf

anvendelse i medlemslandene) er for å oppnå en mest mulig ensartet og harmonisert lovanvendelse i Europa. Grenseoverskridende arbeid avtar ikke med årene. Man antar derimot at arbeidsmigrasjonen bare vil fortsette å øke. Derfor er det viktig at arbeidstakerne har relativt like regler å forholde seg til, slik at det er enkelt å forutse sin rettsstilling. Dette er en av hovedgrunnene til at reglene stadig er under endring.

6 Kilder

Litteraturliste

Lookofsky, Joseph, & Hertz, Ketilbjørn, International privatret på formuerettens område, 4. utgave (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008)

McClellan David and Beevers, Kisch, The Conflict of Laws, 7. edition 2009

Clarkson, C.M.V. & Hill, Jonathan, The Conflict of Laws, 4. edition (Oxford University press 2011)

Hov, Jo, Innføring i prosess bok I, 2009

Mo, Einar og Lolleng, Geir, Internasjonale arbeidsforhold, Oslo 2001

Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyen Sten og Kolstad, Olav, EØS-RETT, 2. utgave 2004

Thue, Helge, Internasjonal Privatrett, Personrett, familierett og arverett. Alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringer. Oslo 2002

Cordero Moss, Giuditta, Lov og Rett 2009 side 67-83

Cordero Moss, Giuditta, Tidsskrift for rettsvitenskap 2007 side 679

Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 16 December 2010

Konvensjoner:

Luganokonvensjonen- Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker ble vedtatt i Lugano 16. september 1988.

Brüsselkonvensjonen- Bruxelleskonventionen om rettens kompetence og fullbyrdelse af Retsavgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager vedtatt i Bruxelles 27. september 1967.

Romakonvensjonen- Konvention om hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser åbnet for undertegnelse i Rom den 19. juni 1980.

CISG- FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp av 13. mai 1988 nr. 426.

Forordninger:

Brüsselforordningen- Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 av 22. desember 2000 om rettens kompetence og om anerkendelse og fullbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretslige område.

Haagkonvensjonen- Konvensjon av 15. juni 1955 om lovvalg ved internasjonale løsørekjøp.

Protokoller:

Protokoll 2 om ensartet tolkning av konvensjonen og om den permanente komité

Protokoll 3 om anvendelsen av artikkel 67

EU-forarbeider:

Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I

Official Journal C 282, 31/10/1980 P. 0001 – 0050

Traktater/avtaler:

Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap av 25. mars 1957 (EFT)
Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 (EØS-avtalen)

Forskrifter/direktiver

Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting
Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere

Lover:

Lov av 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(Arbeidsmiljøloven)
Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90 (Tvisteloven)
Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (Domstolloven)
Lov av 3. april 1964 nr. 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp
(Kjøpslovvalgsloven)

Lovforarbeider, offentlige utgreiinger, rundskriv

Justisdepartementet, 13. juni 2003, høring – Grønnebok om mulige endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktrettens område

- Tilgjengelig på:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2003/hoering-gronnbok-om-mulige-endringer-i-ro/1.html?id=95803>

Grønnebok om omdannelse av Rom-konvensjonen av 1980 om hvilken lov som skal anvendes på kontraktrettslige forpliktelser til en fellesskapsrettsakt med oppdatering av dens bestemmelser, av 14.1.2003 KOM (2002) 654.

NOU 2001:32 Rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekstpunkt

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov og mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) Om lov om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse av dommer i sivile og kommersielle saker.

Ministry of Justice, Rome I – should the UK Opt in? Response to Consultation CP05/08 CP(R), January 2009.

Høyesterettsavgjørelser:

RT 1923-II-58 (Irma-Mignon-dommen)

RT 2002 side 180

RT 2006 side 1008

RT 2009 side 1537 (Bokhandlerdommen)

RT 2010 side 820

RT 2011 side 01332

RT 2012 side 1520

EF-domstolen:

C-281/02 (Owusu)

C-29/10 (Koelzsch)

C-383/95 (Rutten)

C-37/00 (Weber)

EFTA-domstolen:

E-2/11 (STX Norway Offshore AS m.fl. V Staten v/Tariffnemnda)

Nettsider:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/tema/Internasjonalt_justissamarbeid/europeisk_justissamarbeid/luganokonvensjonen.html?id=417248

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2001/nou-2001-32/34/5.html?id=3792036>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2001/nou-2001-32/34/5.html?id=3792036>

http://www.law.cornell.edu/wex/forum_non_conveniens

http://www.eftacourt.int/images/uploads/2_11_JUDGMENT_NO_CLEAN.pdf

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/2008-2009/otprp-nr-89-2008-2009-5.html?id=560446>

http://www.europaveien.no/index.php?option=com_content&task=view&id=315&Itemid=93

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2003/horing-gronnbok-om-mulige-endringer-i-ro/1.html?id=95803>

http://www.cjel.net/online/15_2-vernooij/

<http://www.regjeringen.no/nn/dep/krd/Dokument/proposisjonar-og-meldingar/Odelstingsproposisjonar/19992000/otprp-nr-13-1999-2000-4/2.html?id=429261>

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7026/

<http://www.regjeringen.no/upload/kilde/jd/red/2006/0002/ddd/pdfv/298888-lugjurispr-8-e.pdf>

http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Lugano_rapport_11.pdf