



Det juridiske fakultet

**Betydningen av kvalifikasjon i konkret rettsanvendelse med særlig fokus på HR 2019-2420-A. Er det overensstemmelse mellom hva Høyesterett sier og hva Høyesterett gjør?**

Liten masteroppgave

Vilde Dyb

Masteroppgave i rettsvitenskap ... JUR-3902 ... Juni 2020

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Hva handler avhandlingen om?.....	1
1.2	Hvorfor er problemstillingen aktuell? .....	2
1.3	Hvordan vil avhandlingen bygges opp? .....	4
2	Internasjonal privatrettslig metode - fagets siktemål og rettskildebilde .....	5
2.1	Hva går internasjonal privatrettslig metode ut på?.....	7
3	Kvalifikasjon – hvordan bestemme det primære rettsgrunnlag?.....	9
3.1	Hvorfor oppstår særegne problemstillinger når det primære rettsgrunnlaget skal bestemmes i den internasjonale privatrett? .....	10
3.2	Hvordan bør rettsanvenderen tilnærme seg kvalifikasjon etter en alminnelig internasjonal privatrettslig metode? .....	11
3.3	I hvilke typetilfeller oppstår <i>kvalifikasjonskonfliktene</i> ?.....	13
3.4	Hvordan kan <i>kvalifikasjonskonfliktene</i> overkommes? .....	14
3.4.1	Alminnelig internasjonal privatrettslig metode.....	14
3.4.2	<i>Lex fori</i> – teorien som løsning på en oppstått <i>kvalifikasjonskonflikt</i> .....	15
3.4.3	<i>Lex fori</i> -teorien også ved kvalifikasjon av fremmed rettsordning?.....	16
	<i>Lex causae</i> som kvalifikasjonsteori.....	17
3.4.5	Den rettskomparative teori, <i>iure comparativo</i> .....	18
4	Hvordan kvalifisere i konkret rettsanvendelse i norsk internasjonal privatrett, med særlig fokus Høyesteretts rettsanvendelse i HR-2019-2420-A. Er det samsvar mellom hva Høyesterett <i>sier</i> og hva Høyesterett <i>gjør</i> ?.....	19
4.1	Viser avgjørelsene om rettsvalg fra 2006-2017 en utvikling mot samsvar mellom hva Høyesterett <i>sier</i> og hva Høyesterett <i>gjør</i> om hvordan rettsvalget skal foretas?.....	20
4.1.1	Rt. 2006 s. 1008.....	21
4.1.2	Rt. 2009 s. 1537 «Bokhandlerdommen» .....	22
4.1.3	Rt. 2011 s. 531 «Krigsforbryterdommen» .....	23
4.1.4	HR-2017-1297-A Bergen Bunkers.....	25

4.1.5	Hvilken betydning har rettsvalgs-avgjørelsene for avhandlingens problemstilling?.....	26
4.2	Hvilken betydning har det om det er forskjell mellom hva Høyesterett <i>sier</i> og hva Høyesterett <i>gjør</i> ? .....	27
4.3	HR-2019-2420-A Faktum og resultat .....	27
4.4	Hvordan <i>sier</i> Høyesterett det skal kvalifiseres, og hvordan harmonerer dette med punkt 2 og 3? .....	28
4.4.1	Var det nødvendig for Høyesterett å kvalifisere <i>lex fori</i> i HR-2019-2420-A? Forelå en <i>kvalifikasjonskonflikt</i> som krevde anvendelse av en <i>kvalifikasjonsteori</i> ?.....	30
4.4.2	Hva innebærer det å forstå uttalelsen som en anvisning på kvalifikasjon <i>lex fori</i> før det har oppstått en <i>kvalifikasjonskonflikt</i> ? .....	31
4.5	Hvordan er det Høyesterett faktisk kvalifiserer?.....	32
4.6	Skal man legge avgjørende vekt på hva Høyesterett <i>sier</i> , eller hva Høyesterett <i>gjør</i> ?	34
5	Avsluttende vurderinger av dommens betydning for kvalifikasjon i norsk internasjonal privatrett .....	35
5.1	Er rettskomparativ kvalifikasjon for tids-og arbeidskrevende? .....	35
5.2	Kan man legge til grunn 2019-dommen som starten på en utvikling mot rettskomparativ tolkning både i ord og i handling?.....	37
	Referanseliste .....	39
5.3	Lover .....	39
5.4	Konvensjoner, forordninger og andre europeiske rettskildefaktorer .....	39
5.5	Domsregister .....	40
5.6	Forarbeider og utredninger .....	40
5.7	Bøker .....	41
5.8	Artikler .....	42

# 1 Innledning

## 1.1 Hva handler avhandlingen om?

Temaet for avhandlingen er internasjonal privatrettslig. Mer bestemt vil jeg se nærmere på betydningen av kvalifikasjon i konkret rettsanvendelse, med særlig fokus på HR-2019-2420-A. Dette kan formuleres som en problemstilling der spørsmålet er hvordan man kvalifiserer i konkret rettsanvendelse i norsk internasjonal privatrett, med særlig fokus på Høyesteretts rettsanvendelse i HR-2019-2420-A. Herunder vil jeg vurdere nærmere om det er samsvar mellom hvordan Høyesterett *sier* det skal kvalifiseres og hvordan Høyesterett *faktisk* kvalifiserer, samt hvilken betydning en eventuell uoverensstemmelse bør tillegges når man skal kvalifisere ved standpunktstaking til rettsvalgsspørsmål. Problemstillingen innebærer at avhandlingens tema er metodisk. Dette nødvendiggjør at Høyesteretts rettsanvendelse i HR-2019-2420-A må drøftes i lys også av et større bilde av utvikling innen norsk internasjonal privatrett.

Den internasjonale privatrett regulerer rettsforhold mellom private rettssubjekter i saker med tilknytning til mer enn ett land.<sup>1</sup> Hvert land har sin internasjonale privatrett. Vi har derfor en norsk internasjonal privatrett, som er denne avhandlingens tema. Den internasjonale privatrett dreier seg i hovedsak om tre spørsmål. For det første om jurisdiksjon, det vil si hvilket lands domstoler som er kompetente til å behandle en sak; for det andre om hvilket lands rett som skal anvendes, det vil si spørsmålet om rettsvalg<sup>2</sup>; og for det tredje anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske avgjørelser. Denne avhandlingens tema er avgrenset til spørsmålet om rettsvalg og bygger i det følgende på en forutsetning om at norske domstoler har jurisdiksjon.<sup>3</sup> Kvalifikasjon er et metodisk spørsmål som går ut på å bestemme hva som

---

<sup>1</sup> Gaarder/Lundegaard (2000) s. 19.

<sup>2</sup> Spørsmålet om hvilket lands rett som skal anvendes i saken kalles «lovvalg» eller «rettsvalg». Begrepene «lovvalg» og «rettsvalg» brukes om hverandre, eksempelvis som Høyesterett i Rt. 2009 s. 1537 «Bokhandlerdommen» med «rettsvalget» i avsnitt 32 og «lovvalgsreglene» i avsnitt 37. Betegnelsen «lovvalg» er innarbeidet, men jeg velger å holde meg til terminologien «rettsvalg». Bakgrunnen er at begrepet «lovvalg» kan gi et misvisende inntrykk av at det kun er skreven lov som utpekes. Det er imidlertid ikke bare den fremmede stats lovgivning som utpekes, det er hele dens rett – et spørsmål om rettsvalg. Se Thue (2002) s. XLIV og Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 25.

<sup>3</sup> Kvalifikasjonsproblemstillinger kan også oppstå i forbindelse med jurisdiksjon. Rt. 2006 s. 1008 er et eksempel på et slikt tilfelle. For ta stilling til om norske domstoler hadde jurisdiksjon eller ikke, måtte

skal legges til grunn som primært rettsgrunnlag i en grenseoverskridende tvist. Kvalifikasjon handler om å subsumere saksforholdet under et rettsområde for å identifisere rettsvalgsregelen som skal anvendes i det konkrete tilfellet. Hvert rettsområde har sine rettsvalgsregler.<sup>4</sup> Den rettsvalgsregelen som legges til grunn som primært rettsgrunnlag utpeker hvilket lands materielle rett som skal anvendes på saksforholdet. Dette landets rett er det vanlig å omtale som *lex causae*. I den internasjonale privatrett er det vanlig å benytte latinske begreper blant annet for å lette kommunikasjon over landegrenser.<sup>5</sup>

At konkret rettsanvendelse skal innledes med å bestemme det primære rettsgrunnlaget er ikke noe særegent for den internasjonale privatrett. Oppstår det ingen *kvalifikasjonskonflikter* etter en alminnelig internasjonal privatrettslig tolkning er kvalifikasjon det samme som internrettslig ville blitt betegnet med begreper som tolkning, subsumsjon og rettsanvendelse. I så måte kan bruken av ordet «kvalifikasjon» anses som en unødvendig forvanskning. I den internasjonale privatrett oppstår imidlertid noen særegne problemstillinger når det primære rettsgrunnlaget skal bestemmes, såkalte *kvalifikasjonskonflikter*. Det kunne vært hensiktsmessig å reservere begrepet kvalifikasjon til disse.<sup>6</sup> Jeg skal la dette ligge her. Disse særegne problemstillingene som oppstår når det primære rettsgrunnlaget skal identifiseres i den internasjonale privatrett redegjøres nærmere for i punkt 3.1-3-3.

## 1.2 Hvorfor er problemstillingen aktuell?

Problemstillingen er aktuell fordi vi står ovenfor en ny Høyesterettsdom der man kan stille spørsmål om man skal legge avgjørende vekt på hva Høyesterett *sier* eller hva Høyesterett *gjør* ved løsning av kvalifikasjonsspørsmålet. Dommen skal analyseres med sikte på å vurdere om det kan utledes et tilstrekkelig avklarende svar på hvordan det skal kvalifisere i norsk internasjonal privatrett i 2020.

---

Høyesterett kvalifisere i forbindelse med et rettsvalgsspørsmål, jf. Konvensjonen om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 30. oktober 2007 (Luganokonvensjonen) artikkel 5 nr. 1. Etter lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven) § 4-8 gjelder Luganokonvensjonen som lov.

<sup>4</sup> Det har vært en utvikling mot faste rettsvalgsregler for de ulike rettsområdene i norsk internasjonal privatrett. Mer om bruddstykket fra den individualiserende metode i punkt 4.1.1-4.1.5.

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

<sup>6</sup> Flere har påpekt dette, jf. v. Bar (1991) s. 500, Thue (2002) s. 154 og 164 og Korsnes (2018) s. 206

Rettskildebildet i internasjonal privatrett domineres av ulovfestet rett.<sup>7</sup> Mangelen på lovtekst gjør at Høyesterett står ovenfor «loviveropp-gaver» ved løsningen av internasjonal privatrettslige problemstillinger. Høyesterettsavgjørelsene innen rettsvalg fra 2006-2017 viser at rettsområdet preges av at Høyesterett kommer med generelle uttalelser som ikke alltid føles opp i den konkrete rettsanvendelsen.<sup>8</sup> Avgjørelsene kan tas til inntekt for at det kan være vanskelig å formulere presise domspremisser på et rettsområde under utvikling, uten autoritative rettskilder å bygge på. Dette gjør det utfordrende å bruke avgjørelsene som rettskilder i fremtidig rettsanvendelse. Skal rettsanvenderen legge til grunn det Høyesterett sier eller det Høyesterett gjør? Er det slik at Høyesterett også i HR-2019-2420-A kommer med generelle uttalelser om hvordan kvalifikasjon skal foretas, uten å følge dette opp i den konkrete rettsanvendelsen? Hvis ja, hvilken vekt skal man i så fall tillegge de generelle uttalelsene? Tolkningalternativene vil også vurderes i lys av hvordan Høyesterett burde kvalifisere.

Et siktemål med den internasjonale privatrett er at samme stats rett skal anvendes uavhengig av hvilket lands domstoler saksøker velger å anlegge saken. Rettsenhet mellom ulike lands internasjonale privatrett skal sikre forutberegnelighet og hindre taktiske saksanlegg, såkalt «forum-shopping».<sup>9</sup> Da er det imidlertid ikke tilstrekkelig bare å ha harmoniserte rettsvalgsregler. For å oppnå rettsenhet er det en forutsetning at rettsvalgsreglene også må anvendes på de samme konkrete forholdene. Om reglene er like, men brukes ulikt, oppnås ikke rettsenhet. Hvordan man kvalifiserer, er en måte å sørge for at like tilfeller behandles likt i ulike lands internasjonale privatrett. Man kan kvalifisere rettskomparativt i tråd med formålet om rettsenhet, eller man kan motvirke rettsenhet ved å legge til grunn internrettslig systematikk. Dette vil utdypes i punkt 3. flg. Hvordan man bør kvalifisere for å ivareta formålet om rettsenhet vil være et gjennomgående tema i avhandlingen.

I takt med globaliseringen av samfunnet generelt er den internasjonale privatrett under stadig utvikling. Saker med internasjonal tilknytning kommer stadig oftere inn for domstolene.

---

<sup>7</sup> Thue (2002) s. XLIV, Korsnes (2018) s. 200 og Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 47.

<sup>8</sup> Avgjørelsene gjennomgås i punkt 4.1-4-2.

<sup>9</sup> «Forum shopping» går ut på at saksøker velger forum ut fra hvor de gunstigste reglene for ham blir anvendt jf. Cordero-Moss (2013) s. 21.

Tilfanget av dommer innen rettsvalgsretten de siste årene er i så måte illustrerende.<sup>10</sup> Den internasjonale privatretts økende aktualitet medført en rettsutvikling på området de siste 20 årene. *Kvalifikasjonskonflikter* oppstår imidlertid ikke særlig hyppig, siden inndelingen i rettsområder i stor grad er sammenfallende i mange land.<sup>11</sup> Som følge av globaliseringen oppstår likevel rettsvalgsspørsmål hyppigere. Derfor vil også kvalifikasjonsproblemstillinger oppstå oftere. På den bakgrunn er det et behov for avklaring med hensyn til hvordan man bør gå frem. Høyesterettsdommer er en særlig viktig rettskilde siden den internasjonale privatrett domineres av ulovfestet rett.<sup>12</sup> Hvilken rettssetning for kvalifikasjon den nye Høyesterettsdommen HR-2019-2420-A gir uttrykk for, er derfor særlig interessant.

### 1.3 Hvordan vil avhandlingen bygges opp?

Problemstillingen er hvordan man kvalifiserer i konkret rettsanvendelse i norsk internasjonal privatrett, med særlig fokus på Høyesteretts rettsanvendelse i HR-2019-2420-A. For å besvare problemstillingen vil jeg redegjøre for nærmere for den internasjonale metode, siktemål og særpreg gjøres i punkt 2. Rettsområdets metodiske særegenheter presenteres for å ligge i bunn som en forutsetning for kvalifikasjonsdrøftelsene. Hva kvalifikasjon er, hvorfor det oppstår særegne kvalifikasjonsproblemstillinger i den internasjonale privatrett og hvordan disse burde løses vil jeg redegjøre nærmere for i punkt 3-3.2. Deretter vil jeg se nærmere på typetilfellene for de såkalte *kvalifikasjonskonfliktene* og tilhørende løsningsteorier i punkt 3.3-3.4. Hensikten er å besvare avhandlingens første del «kvalifikasjon» i norsk internasjonal privatrett. Formålet er å trekke opp et metodisk bakteppe for bedre å forstå og vurdere Høyesteretts rettsanvendelse i HR-2019-2420.

For å illustrere den internasjonale privatretts særpreg vil jeg gå gjennom et større bilde av utvikling i Høyesteretts avgjørelser om rettsvalg fra 2006-2017 i punkt 4.1 flg. Formålet er å analysere om man kan se en utvikling fra uoverensstemmelse til overensstemmelse mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør*. Siden problemstillingen til avhandlingen er metodisk, må Høyesteretts rettsanvendelse i R-2019-2420-A tolkes i lys også av denne

---

<sup>10</sup> Et søk på «lovvalg» på lovdata gir 109 rettsavgjørelser i perioden 2000-2020 (Høyesterett: 7, lagmannsretter: 89 og tingretter: 12) mot 6 rettsavgjørelser i perioden 1980-2000 (Høyesterett: 1, lagmannsretter: 4 og herredsretter: 1).

<sup>11</sup> Korsnes (2018) s. 209.

<sup>12</sup> Thue (2002) s. XLIV og Korsnes (2018) s. 200.

utviklingen på rettsvalgets område. Formålet med redegjørelsene å danne en plattform for et evalueringsgrunnlag for drøftelsene om Høyesteretts rettsanvendelse i HR-2019-2420-A. En sammenfatning av rettsvalgs-avgjørelsene sin betydning for rettsanvendelse i den internasjonale privatrett drøftes i punkt 4.1.5.

I punkt 4.2 drøfter jeg på mer generelt grunnlag hvilken betydning det har om det er forskjell mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør*. I punkt 4.3 vil jeg redegjøre nærmere for faktum og resultat i HR-2019-2420-A. I punkt 4.4 reises spørsmålet om hvordan Høyesterett *sier* det skal kvalifiseres og hvordan dette harmonerer med det jeg har redegjort for i punkt 2 og 3. I punkt 4.5 vil jeg analysere hvordan Høyesterett *faktisk* kvalifiserer i HR-2019-2420-A og hvordan dette harmonerer med punkt 2 og 3. Hvorvidt man skal legge avgjørende vekt på hva Høyesterett *sier* eller hva Høyesterett *gjør* diskuterer jeg i punkt 4.6, før jeg i forlengelsen av dette nærmere vurderer rettsstillingen i norsk internasjonal privatrett i etterkant av dommen i punkt 5.

## 2 Internasjonal privatrettslig metode - fagets siktemål og rettskildebilde

Med hensikt om å trekke opp et bakteppe for å forstå den internasjonale privatretts formål og motiv vil rettsområdets historiske grunnlag gjennomgås kort i det følgende. For å kunne løse internasjonal privatrettslige problemstillinger på en forutberegnelig og rettferdig måte, må det foreligge rettsenhet over landegrensler. Ideen om den internasjonale enhetsløsningen går ut på at løsningen av en sak ikke skal være avhengig av i hvilken stat den ble avgjort. Ideen stammer fra Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).<sup>13</sup> I Norge og svært mange andre land er Savignys metode fortsatt grunnmodellen for løsning av rettsvalgsproblemer i grenseoverskridende rettsforhold. Savigny bygde på en forutsetning om at det forelå et folkerettslig fellesskap mellom statene, som gjorde at statene gjensidig anerkjente hverandres rett. Selv om rettsvalgsreglene var nasjonale, var Savignys ide og metode rettet mot å få felles rettsvalgsregler for statene. Felles rettsvalgsregler skal sikre forutberegnelighet og hindre taktiske saksanlegg, «*forum shopping*». Taktiske saksanlegg, eller «*forum shopping*» er når saksøker går til sak ut fra hvor de gunstigste regler for ham blir anvendt.<sup>14</sup> I 1985 uttrykte

---

<sup>13</sup> Thue (2002) s. 866.

<sup>14</sup> Cordero-Moss (2013) s. 21.



justisdepartementet at «det er ønskelig at flest mulig land har sammenfallende lovvalgsregler slik at partene i en konflikt ikke kan påvirke utfallet av saken ved å anlegge søksmål et bestemt sted (såkalt «forum shopping»)).<sup>15</sup> Landene bør altså ha sammenfallende eller harmoniserte rettsvalgsregler for å hindre «forum shopping». Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at rettsvalgsreglene er like, de må også anvendes på de samme konkrete tilfellene. Landene må dermed også kvalifisere saksforholdet på samme måte. I motsatt fall har saksøkte liten mulighet til å forutse hvilket lands rett som vil utpekes som *lex causae* og vanskelig for å vurdere og forberede sin rettsstilling.<sup>16</sup>

Selv om temaet for avhandlingen er *hvordan* man løser internasjonalprivatrettslige forhold, bør det ikke mistes av syne *hvorfor* det må foretas et rettsvalg. De særegne hensyn som gjør seg gjeldende innenfor den internasjonale privatrett får utslag i de nærmere presiseringer av rettsreglene.<sup>17</sup> Begrunnelsen for å anvende fremmed rett var kjernen i Pasquale Stansilao Mancinis (1817-1888) lære. Enhver lever i sin nasjons rettskultur. Respekten for de fremmede innebærer at man anvender deres nasjonale rett.<sup>18</sup> Den internasjonale privatrett muliggjør at rettssystemene kan virke side om side, ved å bygge bro mellom dem og respektere dem som likeverdige.<sup>19</sup> Man respekterer de fremmede staters personer ved å respektere individenes rettsoppfatninger, deres rettslige forventninger og deres kulturelle identitet.<sup>20</sup>

Hvilke utslag får hensynet til respekt for de fremmedes rettsoppfatninger og rettslige forventninger for kvalifikasjon? Forutberegnelighet sikrer respekt for de fremmedes rettslige forventninger. Av hensyn til forutberegnelighet bør både rettsvalgsregler og kvalifikasjonsregler være harmoniserte. Begrunnelsen for den internasjonale privatretts eksistens ligger i behovet for fungerende regler i internasjonale rettstvister.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> Justisdepartementets høringsnotat – Utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område, 20 mai 1988, Jnr 1450/85 E BN/uwg, s. 1.

<sup>16</sup> Corder-Moss (2013) s. 22.

<sup>17</sup> Nygaard (2004) s. 23 og Thue (2002) s. XLVII.

<sup>18</sup> Thue (2002) s. 875.

<sup>19</sup> Thue (2002) s. 876.

<sup>20</sup> Thue (2002) s. 875.

<sup>21</sup> Thue (2002) s. 146.

## 2.1 Hva går internasjonal privatrettslig metode ut på?

Jeg skal i det følgende redegjøre nærmere for hvordan internasjonal privatrettslig metode er særegen i forhold til vanlig juridisk metode, og hvilke konsekvenser dette har for konkret rettsanvendelse. Ulike hensyn gjør seg gjeldende på ulike rettsområder. De særegne hensyn som gjør seg gjeldende på den internasjonale privatretts område fører til ulikhet i formål og nærmere presisering av de internasjonale privatrettslige rettsreglene.<sup>22</sup>

Et siktemål med den internasjonale privatrett er rettsenhet over landegrensene.<sup>23</sup> Selv om den internasjonale privatrett er en del av norsk rett, preges rettsanvendelsen av at reglene skal fungere i en internasjonal sammenheng. Siden felles regulering innenfor rettsområdet har en egenverdi<sup>24</sup> er utenlandske rettskilder særlig relevant.<sup>25</sup> På den bakgrunn er det større grunn enn ellers til å vektlegge utenlandsk rett ved presisering og anvendelse av de norske internasjonale privatrettslige reglene.<sup>26</sup> Behovet for rettsenhet og emnets internasjonale natur tilsier at man i større grad enn på andre rettsfelter ser hen til de løsninger som velges i andre land.<sup>27</sup> Det er rettskildemessig akseptabelt, og i mange tilfeller bør rettsanvenderen benytte utenlandsk internasjonal privatrett i begrunnelsen for hva som bør være norskrettslige løsninger.<sup>28</sup>

Justisdepartementet uttalte i 2003 at «*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*».<sup>29</sup> Høyesterett har understreket behovet for rettsenhet med EU i flere avgjørelser<sup>30</sup>, men det er ikke bare de europeiske løsningene som er relevante ved utforming og presisering av norske internasjonale

---

<sup>22</sup> Nygaard (2004) s. 23 og Thue (2002) s. XLVII.

<sup>23</sup> Jf. punkt 2.

<sup>24</sup> Op. Cit.

<sup>25</sup> Skoghøy (2007) s. 572.

<sup>26</sup> Op. Cit.

<sup>27</sup> Skoghøy (2007) s. 572 og Gaarder/Lundegaard (2000) s. 21.

<sup>28</sup> Thue (2002) s. XLVII.

<sup>29</sup> Justisdepartementets høringsnotat – «Grønnbok om mulige endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område», 13 juni 2003, 200206128 EP HCH/IHO/bj, s. 1.

<sup>30</sup> Om rettsenhet med EU se Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 34, Rt. 2011 s. 531 avsnitt 46, HR-2016-1251-A avsnitt 27, HR-2017-1297-A avsnitt 37 og HR-2018-869-A avsnitt 92.

privatrettslige regler. Alle land det er «*naturlig for oss å sammenligne oss med*» er relevante kilder for norskrettslige løsninger. Slike land kan være handelspartnere og andre land vi omgås mye. Formålet om rettsenhet<sup>31</sup> samt behovet for fungerende løsninger på et internasjonalt nivå, forklarer hvorfor en rettskomparativ tolkning ved løsning av internasjonal privatrettslige problemstillinger er en nødvendig av den alminnelige internasjonale privatrettslig metode.

Hvordan påvirker den internasjonale privatretts rettskildeutvalg rettsanvendelsen på området? Rettskildebildet i norsk internasjonal privatrett er dominert av ulovfestet rett.<sup>32</sup> I tråd med juridisk metodelære må et rettsspørsmål i mangel av relevante lovbestemmelse søkes løst med utgangspunkt i andre rettskilder som primære rettsgrunnlag.<sup>33</sup> Vi har ingen generell rettsvalgslov i Norge, i motsetning til mange andre land.<sup>34</sup> Reguleringene vi har bygger gjerne på konvensjoner.<sup>35</sup> Våre EØS-rettslige forpliktelser har resultert i en rekke rettsvalgsregler spredt i lovverket.<sup>36</sup> Mangelen på norske lovgivningsinitiativer gjør at det er begrenset veiledning å finne i forarbeider.<sup>37</sup> Et særpreg ved den internasjonale privatretten er at det må legges større vekt på juridisk litteratur ved løsning av rettstvister.<sup>38</sup> Rettsoppfatninger på den internasjonale privatretts område er viktig. Rettslitteraturen er sterkt knyttet til rettspraksis, slik at det blir en vekselvirkning mellom teori og praksis. Teorien tolker, analyserer og legger vekt på rettspraksis, mens domstolene i sin tur legger vekt på teorien.<sup>39</sup> Juridisk teori sammenholdes med formålsbetraktninger og tas til inntekt for at det bør kvalifiseres rettskomparativt. Det understrekes likevel at formålsbetraktningen om rettsenhet er forankret i Høyesterettspraksis.<sup>40</sup>

---

<sup>31</sup> Begrepene rettsenhet og enhetsløsningen brukes om hverandre som synonymer

<sup>32</sup> Thue (2002) s. XLIV og Korsnes (2018) s. 200.

<sup>33</sup> Nygaard (2004) s. 65.

<sup>34</sup> Korsnes (2018) s. 200.

<sup>35</sup> Op. Cit.

<sup>36</sup> Op. Cit.

<sup>37</sup> Op. Cit.

<sup>38</sup> Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 36.

<sup>39</sup> Nygaard (2004) s. 328.

<sup>40</sup> Høyesterett har uttalt at det «må legges vekt på at de norske interlegale regler ikke fraviker internasjonalt anerkjente prinsipper.» jf. Rt. 1999 s. 1333, 1337, jfr. Ogå Rt. 1994 s. 675, 677 og Rt.

Sedvaner og rettsprinsipper som er dominerende i rettskildebildet i norsk internasjonal privatrett.<sup>41</sup> Sedvaner og rettsprinsipper må tolkes annerledes enn skrevne regler, gjerne som utgangspunkt for argumentasjon innenfor rammene av deres begrunnelse.<sup>42</sup> Avhandlingen blir dermed preget av anvendt juridisk metode og den internasjonale privatrett er mer enn noe annet et metodefag.<sup>43</sup> Kvalifikasjon er et metodisk spørsmål som handler om å identifisere det relevante primære rettsgrunnlaget. Internrettslig vil den samme juridiske øvelsen betegnes med begreper som tolkning, subsumsjon og rettsanvendelse.<sup>45</sup> Kvalifikasjon kan skje problemfritt, i tråd med alminnelig internasjonal privatrettslig rettskomparativ metode<sup>46</sup>, eller det kan oppstå såkalte *kvalifikasjonskonflikter*. I punkt 3 skal jeg se nærmere på *kvalifikasjonskonfliktene* og hvordan de kan løses.

### 3 Kvalifikasjon – hvordan bestemme det primære rettsgrunnlag?

Jeg skal i det følgende redegjøre nærmere for hva kvalifikasjon innebærer. Hvert land anvender sin egne internasjonale privatrett med sine egne rettsvalgsregler for å komme frem til hvilket lands rett som skal anvendes som *lex causae*.<sup>47</sup> *Lex causae* er den materielle bakgrunnsrett som legges til grunn for å løse tvisten mellom partene. For å identifisere den korrekte rettsvalgsregelen som primært rettsgrunnlag må saksforholdet subsumeres under riktig rettsområde. Ulike rettsvalgsregler gjelder nemlig for kontraktsrett, deliktserstatning, fast eiendom etc.<sup>48</sup> Rettsvalgsregler består av en tilknytningskategori, også betegnet et «referanseledd»<sup>49</sup> (erstatning, kontrakt osv.) og en tilknytningsfaktor. Rettsvalgsregelens

---

1998 s. 1965, 1970. Om rettsenhet med EU se Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 34, Rt. 2011 s. 531 avsnitt 46, HR-2016-1251-A avsnitt 27, HR-2017-1297-A avsnitt 37 og HR-2018-869-A avsnitt 92.A

<sup>41</sup> Korsnes (2018) s. 200.

<sup>42</sup> Korsnes (2002) s. 201 og Thue (2002) s. XLIV.

<sup>43</sup> Thue (2002) s. XLV og Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 23.

<sup>44</sup> Op. Cit.

<sup>45</sup> Nærmere om dette i punkt 5.

<sup>46</sup> Jf. punkt 3.2.

<sup>47</sup> Cordero-Moss (2013) s. 66.

<sup>48</sup> Op. Cit.

<sup>49</sup> Referanseledd og tilknytningskategori er synonyme og vil bli brukt om hverandre

tilknytningsfaktor avgjør hvilken tilknytning som skal være bestemmende for hvilket lands rett som skal anvendes.

Jeg har i punkt 1.1 redegjort for at kvalifikasjon går ut på å bestemme det primære rettsgrunnlaget og er det samme som internrettslig betegnes med begreper som tolkning, subsumsjon og rettsanvendelse etc.<sup>50</sup> Det jeg nå skal redegjøre nærmere for er hvorfor det oppstår særegne *kvalifikasjonskonflikter* i den internasjonale privatrett, såkalt «egentlig kvalifikasjon».<sup>51</sup> Jeg vil også redegjøre for hvordan bruken av alminnelig internasjonal privatrettslig metode ved kvalifikasjon kan bidra til rettsenhet, jf. punkt 2.

### **3.1 Hvorfor oppstår særegne problemstillinger når det primære rettsgrunnlaget skal bestemmes i den internasjonale privatrett?**

Særegne internasjonal privatrettslige problemstillinger oppstår fordi det primære rettsgrunnlaget kan bli forskjellig ut fra hvilken stats rettskategorier som legges til grunn ved kvalifikasjon.<sup>52</sup> Kvalifikasjonsproblemet ble «oppfunnet» gjennom et eksempel om et ektepar fra Malta.<sup>53</sup> Mannen døde i Algerie som fransk statsborger. Algerie var den gang fransk rettsområde. Han etterlot seg en fast eiendom i Algerie som enken gjorde krav på. Spørsmålet var hvilket lands rett som skulle anvendes, fransk eller maltesisk? Etter fransk rett var kravet å anse et arverettslig krav. Etter maltesisk rett var kravet å anse et familierettslig krav. Fransk og maltesisk rett hadde like rettsvalgsregler for både familierett og arverett. Men, kravet ble kvalifisert ulikt i fransk og maltesisk rett. Den maltesiske familierettslige rettsvalgsregelen ville utpeke retten på stedet for parets første felles domisil, Malta. Etter maltesisk rett hadde enken rett til å arve. Den franske rettsvalgsregelen for arverett utpekte *lex rei sitae*, loven der eiendommen ligger, med det resultat at fransk rett skulle anvendes. Etter fransk rett ville enkens krav være grunnløst.<sup>54</sup> Problemet for kvalifikasjon bestod i: hvordan kvalifisere enkens krav? Familierettslig eller arverettslig?

---

<sup>50</sup> Thue (2002) s. 162.

<sup>51</sup> V. Bar (1991) s. 500, Thue (2002) s. 154 og 164, Korsnes (2018) s. 206 og Konow (2006) s. 266.

<sup>52</sup> Korsnes (2018) s. 206.

<sup>53</sup> Oppfinneren var Etienne Martin jf. Thue (2002) s. 148. Se også Gaarder/Lundegaard (2000) s. 121

<sup>54</sup> Thue (2002) s. 148.

### 3.2 Hvordan bør rettsanvenderen tilnærme seg kvalifikasjon etter en alminnelig internasjonal privatrettslig metode?

Som følge av ulik kategorisering av systembegrepene kan utfallet av saken påvirkes av hvor saken reises. Slik kan saksøker påvirke utfallet ved å anlegge søksmål et bestemt sted, «*forum shopping*». Som eksemplet om det maltesiske ekteparet over i punkt 3.1 viser, ville enken fått medhold i kravet dersom hun gikk til sak på Malta, men tapte saken hadde hun hadde gått til sak i Algerie. Dette på tross av at fransk rett og maltesisk rett hadde harmoniserte rettsvalgsregler. Kvalifiseres det faktiske saksforholdet ulikt i de forskjellige landene, hjelper det lite med sammenfallende rettsvalgsregler.<sup>55</sup> Rettsområdets overordnede mål om enhetsbedømmelse blir ikke oppnådd.<sup>56</sup>

For å oppnå mest mulig harmoni bør rettsanvenderen forsøke å minimalisere forskjellen gjennom kvalifikasjon.<sup>57</sup> Dersom man skal kvalifisere i tråd med internasjonal privatrettslig metode er det nødvendig å kvalifisere rettskomparativt.<sup>58</sup> Dette er fordi en rettskomparativ tolkning sikrer at harmoniserte rettsvalgsregler gir utslag i harmoniserte resultater, og minimerer forskjellen mellom landenes interne systematisering.<sup>59</sup>

Hva går en rettskomparativ tolkning ut på? En rettskomparativ tolkning går ut på at man ved kvalifikasjon ser hen til hvordan andre land trekker grensen for sine rettsområder og anvender sine rettsvalgsregler.<sup>60</sup> Interne systembegreper tolkes internasjonal privatrettslig. Man tar ved tolkningen hensyn til at saken har tilknytning til minst ett annet land. Tilknytningen til et annet land løfter forholdet ut av statens reguleringsmonopol.<sup>61</sup> Bakgrunnen er at det ikke er gitt hvem som blir forumsstat. Hvilken stat som blir forumsstat avhenger av hvem som tilfeldigvis saksøker og hvem som tilfeldigvis blir saksøkt.<sup>62</sup> Saksøker bør ikke «belønnes» med at saken blir avgjort i hans interesse fordi han var først ute med å anlegge søksmål. Et av

---

<sup>55</sup> Op. Cit.

<sup>56</sup> Cordes, Stenseng og Lenda (2009) s. 86.

<sup>57</sup> Cordes, Stenseng og Lenda (2009) s. 86.

<sup>58</sup> Korsnes (2018) s. 207, Cordes, Stenseng og Lenda (2009) s. 86, Thue (2002) s. XLVII og 167.

<sup>59</sup> Op. Cit.

<sup>60</sup> Cordes, Stenseng og Lenda (2009) s. 86.

<sup>61</sup> Thue (2002) s. 167.

<sup>62</sup> Op. Cit.

formålene med den internasjonale privatrett er å motvirke muligheten til å utnytte ulikheter i statenes reguleringer ved å være først ute med å anlegge sak et bestemt sted.<sup>63</sup>

Kvalifikasjon kan begrense mulighetene til «forum shopping» ved å tolke systembegrepene i lys av sitt formål og sin rettslige kontekst. Ved å foreta en sammenligning av tilsvarende utenlandske begreper kan tilknytningskategoriene formes og gis et innhold.<sup>64</sup> En rettsvalgsregel som knytter seg til et systembegrep angir en *type* krav den anviser rettsvalg for, ikke en klart definert gruppe. Man bør ikke uten videre legge til grunn de internrettslige kategorier for den internasjonale privatrett. Utenlandsk rett er særlig relevant ved utforming og presisering av norske internasjonal privatrettslige regler.<sup>65</sup> Ved å foreta en rettskomparativ sammenligning av tilsvarende utenlandske begreper bør tilknytningskategoriene formes og gis et innhold. I motsatt fall vil hvilket lands domstoler saksøker velger som forum virke avgjørende for utfallet tvisten. En slik løsning strider mot den internasjonale enhetsløsningen.<sup>66</sup> Som Høyesterett har fremholdt, bør kategoriene tilpasses sitt formål og tolkes i lys av sin internasjonale funksjon; «*det må legges vekt på at norske interlegale<sup>67</sup> regler ikke fraviker internasjonalt anerkjente prinsipper*».<sup>68</sup>

Resultatet av en rettskomparativ kvalifikasjon etter alminnelige internasjonal privatrettslig metode kan være at man i en konkret sak anvender rettsvalgsregelen på kontraktsrettens område, selv om tvisten ville vært ansett erstatningsrett om den ikke hadde hatt tilknytning til et annet land, det vil si med rene «internrettslige» øyne.<sup>69</sup> Først dersom man ikke kommer i mål etter en alminnelig internasjonal privatrettslig metode, står man ovenfor en *kvalifikasjonskonflikt*.<sup>70</sup> Bakgrunnen er at noen typetilfeller ikke lar seg løse ved en rettskomparativ tolkning. Man kan for eksempel stå ovenfor ukjente rettsfigurer eller prinsipiell ulikhet i landenes rettssystematikk. *Kvalifikasjonsteoriene* er løsningsalternativer

---

<sup>63</sup> Op. Cit.

<sup>64</sup> Op. Cit.

<sup>65</sup> Skoghøy (2007) s. 572.

<sup>66</sup> Jf. punkt 2.

<sup>67</sup> Den internasjonale privatrett og den interlegale privatrett er synonymmer.

<sup>68</sup> Rt. 1999 s. 1333, 1337, jf. også Rt. 1994 s. 675, 677 og Rt. 1998 s. 1965, 1970.

<sup>69</sup> Korsnes (2018) s. 207.

<sup>70</sup> V. Bar (1991) s. 500, Thue (2002) s. 154 og 164, Korsnes (2018) s. 206 og Konow (2006) s. 266.

for *kvalifikasjonskonfliktene*. Før jeg går inn på kvalifikasjonsteoriene i punkt 3.4 flg. vil jeg presentere typetilfellene kvalifikasjonsproblemstillinger oppstår i.

### **3.3 I hvilke typetilfeller oppstår *kvalifikasjonskonfliktene*?**

Grovt sett kan man inndele kvalifikasjonskonflikter i tre typetilfeller. Det første typetilfellet er når grensedragningen mellom ulike rettskategorier trekkes forskjellig i ulike land. For eksempel er statens arverett når avdøde ikke har arvinger kvalifisert privatrettslig i norsk og tysk rett.<sup>71</sup> Etter fransk og anglo-amerikansk (*common law*).<sup>72</sup> rett anses imidlertid statens arverett imidlertid som et offentligrettslig krav. Rettsvalgsregelen for denne type privatrettslige krav vil i norsk og tysk rett peke ut ett lands rett som *lex causae*, mens rettsvalgsregelen for denne type offentligrettslige krav vil i fransk og anglo-amerikansk rett peke ut et annet lands rett som *lex causae*. Utfallet av en konkret tvist om statens arverett avhenger således av hvor saksøker velger å gå til sak. Denne kvalifikasjonsproblemstillingen kan løses etter alminnelig internasjonal privatrettslig metode. Som fremhevet over i punkt 3.2 kan man ad tolkningsvei minske forskjellene mellom rettssystemene dersom man utvikler systembegrepene til internasjonal privatrettslige systembegreper.<sup>73</sup> Mer om dette i punkt 3.4.5.

Det andre typetilfellet oppstår når det er prinsipiell ulikhet i grensedragningen mellom ulike lands rettskategorier. Foreldelse er eksempelvis kvalifisert materiellrettslig i kontinentale rettssystemer som tilhører *civil law*-rettsfamilien. I en del amerikanske stater i *common law* rettssystemet anses foreldelse som en del av prosessretten. Dette medfører at i kontinentale rettssystemer følger foreldelse den samme rettsvalgsregelen som det underliggende rettsforhold, for eksempel kontrakt og delikt.<sup>74</sup> I *common law* – statene som kvalifiserer foreldelse prosessuelt anvendes rettsvalgsregelen for prosess.<sup>75</sup> Siden en domstol benytter sine egne prosessregler, er løsningen i disse amerikanske statene å bruke sine egne foreldelsesregler.<sup>76</sup> I kontinentaleuropeisk rett vil rettsvalgsreglene hvor tvisten utspiller seg

---

<sup>71</sup> Thue (2002) s. 153.

<sup>72</sup> Op. Cit.

<sup>73</sup> Thue (2002) s. 166.

<sup>74</sup> Cordero-Moss (2013) s. 74.

<sup>75</sup> Op. Cit.

<sup>76</sup> Op. Cit.



bestemme rettsvalget.<sup>77</sup> Slik blir utfallet av saken forskjellig alt etter hvor saksøker velger å gå til sak. Prinsipielle ulikheter lar seg vanskeligere «tolkes bort» ved rettskomparasjon etter vanlig metode. Løsningen i norsk rett består i å kvalifisere etter *lex fori*-teorien som presenteres i punkt 3.4.2<sup>78</sup> Dette er også den internasjonalt antatte regelen.<sup>79</sup>

Det tredje typetilfellet oppstår når man står ovenfor en fremmed rettslig ordning.

Kvalifikasjon av fremmed rettslig ordning var tema i Rt. 1995 s. 1415, *Joint account*-dommen. *Joint account* er en del av rettsinstituttet *joint tenancy* i *common law*. En *joint account* etablerer et fullstendig sameie mellom partene, ikke bare en ideell andel som i Norge. Dør en av innehaverne til en *joint account*, overtar gjenlevende hele eierskapet til kontoen og det fordeles ikke arv etter avdøde. I saken for Høyesterett hadde et ektepar fra Norge opprettet en *joint account* i New York. Etter mannens død krevde hans særkullsarvinger utbetaling av arv fra kontoen. For å ta stilling til rettsvalget måtte den ukjente rettsordningen kvalifiseres. Problemet bestod i at det ikke fantes en rettsvalgsregel for *joint account* fordi rettsordningen ikke finnes i norsk rett. Høyesterett stod ovenfor et rettsomt område med en ukjent rettsfigur.<sup>80</sup> Høyesterett kom til at den skulle kvalifiseres etter *lex fori*-teorien ut fra en slutning om at dersom *joint account* hadde eksistert i norsk rett, ville den vært kvalifisert familierettslig. Høyesterett bygget altså på en tese om hvordan rettsordningen *hadde* vært kvalifisert *dersom* den hadde eksistert i norsk rett. Gode grunner taler imidlertid for at denne typen kvalifikasjonskonflikter bedre bør løses av at rettsordningen kvalifiseres i henhold til retten i landet der den eksisterer. Jeg skal komme nærmere tilbake til dette i punkt 3.4.2.

### **3.4 Hvordan kan kvalifikasjonskonfliktene overkommes?**

#### **3.4.1 Alminnelig internasjonal privatrettslig metode**

Det jeg skal redegjøre nærmere for i det følgende er hvordan man kan løse kvalifikasjonskonflikter. Forutsetningen for at det skal foreligge en virkelig *kvalifikasjonskonflikt* er at en tilsynelatende kvalifikasjonskonflikt ikke lar seg løse ved bruk av alminnelig internasjonal privatrettslig metode ved å gå rettskomparativt frem. Er det ikke

---

<sup>77</sup> I Forordning nr. 593/2008 av 17. juni 2008 om lovvalg for forpliktelser som springer ut av kontrakt (Roma I) følger dette av art. 12. nr. 1 d).

<sup>78</sup> Korsnes (2018) s. 207. Hva kvalifikasjon *lex fori* innebærer presenteres i punkt 3.4.1.

<sup>79</sup> Op. Cit,

<sup>80</sup> Thue (2002) s. 880.

mulig å komme frem til en løsning i henhold til vanlig internasjonal privatrettslig metode, trenger man en løsning. Den må søkes løst ved en *kvalifikasjonsteori*. Det er særlig tre teorier som har hatt innflytelse på debatten om hvilket lands rettssystematikk kvalifikasjonen skal foretas etter.<sup>81</sup> Teorien om *lex fori*, teorien om *lex causae* og den komparative teori er potensielle løsninger på kvalifikasjonskonfliktene.

### **3.4.2 Lex fori – teorien som løsning på en oppstått kvalifikasjonskonflikt**

Dersom en rettskomparativ tolkning etter vanlig metode ikke gir noen løsning, er det naturlig å legge til grunn intern norsk systematikk for kvalifikasjon. Dette er en følge av at rettsvalgsreglene er nasjonale. *Lex fori*-teorien går ut på at rettsanvenderen legger sitt eget lands rettssystematikk til grunn ved analysen av hvilken type rettslig problemstilling man står ovenfor. På bakgrunn av at den internasjonale privatrett er en del av norsk rett, er rettsvalgsreglene nasjonale regler. Derfor er synspunktet at det gir den beste løsning dersom systembegrepene i den nasjonale rett, *lex fori*, legges til grunn ved kvalifikasjon. Det er imidlertid forskjell på å bruke *lex fori*-teorien som en løsning på en *kvalifikasjonskonflikt* som har oppstått etter at man ikke har lyktes å kvalifisere rettskomparativt etter vanlig metode, og det å legge til grunn *lex fori*-teorien uten å anvende den internasjonale privatrettslige metode først. Enkelte tilhengere av *lex fori*-teorien mener at kvalifikasjon *lex fori* bør skje allerede i første omgang, og at dette er en naturlig følge av suverenitetsprinsippet.<sup>82</sup> Synspunktet er at rettsanvenderen kjenner sitt eget lands rettssystematikk og at det gir den beste løsningen om intern systematikk legges til grunn for kvalifikasjon.<sup>83</sup> Mot suverenitetsargumentet kan man innvende at det er rettsreglene som er bindende, ikke systematikken i seg selv.<sup>84</sup> Rettssystemet er en ordning av rettsreglene som kan ordnes på forskjellig vis.<sup>85</sup> Systematikken er ikke en del av reglenes innhold.<sup>86</sup> Systematikken i *lex fori* er således ikke *bindende* for kvalifikasjon.<sup>87</sup> Kvalifikasjon *lex fori* uten en rettskomparativ tolkning først vil bidra til at den internasjonale privatrettslige overordnede målsetting om enhetsbedømmelse

---

<sup>81</sup> Konow (2006) s. 271.

<sup>82</sup> Cordes, Stenseng og Lenda (2009) s. 89.

<sup>83</sup> Gaarder/Lundegaard (200) s. 123.

<sup>84</sup> Thue (2002) s. 167.

<sup>85</sup> Op. Cit.

<sup>86</sup> Op. Cit.

<sup>87</sup> Op. Cit.

ikke oppnås.<sup>88</sup> Grunnen er at saksøkers valg av forum vil være utslagsgivende for tvisten når det er ulikheter mellom landenes anvendelse av de internasjonale privatrettslige reglene.

### 3.4.3 *Lex fori*-teorien også ved kvalifikasjon av fremmed rettsordning?

Jeg skal i det følgende drøfte hvorvidt *lex fori*-teorien passer som løsning på en kvalifikasjonskonflikt som har oppstått som følge av at man står ovenfor en fremmed rettslig ordning. Høyesterett bygger i Rt. 1995 s. 1415 *Joint account*-dommen på en slutning om en hypotetisk situasjon ved kvalifikasjon *lex fori*, jf. punkt 3.3. Fremgangsmåten er unødvendig komplisert og gir lite forutberegnelighet. Istedenfor å konstruere en tese om hvilket systembegrep rettsordningen *hadde* tilhørt *dersom* den hadde eksistert i norsk rett, kunne Høyesterett bare tatt utgangspunkt i hvordan rettsordningen er systematisert i landet der den eksisterer.<sup>89</sup> Er rettsordningen systematisert kontraktsrettslig der, kan norske rettsvalgsregler på kontraktsrettens område anvendes.

Å kvalifisere etter systematikken i landet den ukjente rettsordning befinner seg medfører anerkjennelse av ukjente rettsfigurer. Respekten for de fremmedes rettsoppfatninger og rettslige forventninger er kjernen i begrunnelsen for at statene har internasjonale privatrettslige regler.<sup>90</sup> Reglene bygger på synet at ulike lands rett er likeverdige og søker å anerkjenne utenlandsk rett ved regler for utpeking og anvendelse av denne.<sup>91</sup>

Kvalifikasjon etter systematikken hvor rettsordningen befinner seg vil også være mer forutberegnelig for partene. Ved kvalifikasjon *lex fori* må partene prøve å forutse hvordan domstolen kommer til å kvalifisere rettsforholdet ut fra en tese om hvordan rettsordningen *hadde* vært kvalifisert *dersom* den hadde eksistert i norsk rett. Hvilke slutninger domstolen kommer til å bygge på kan være vanskelig å forutse. I Rt. 1995 s. 1415 *Joint account*-dommen kom Høyesterett til at rettsordningen hadde vært kvalifisert familierettslig *dersom* den hadde eksistert i norsk rett. Mot dette kan innvendes at rettsordningen *joint account* slett ikke har noe med familieretten å gjøre. En *joint account* kan opprettes av forretningspartnere, venner, kjærester, søsken og hvem som helst andre som skulle føle et behov for å opprette en

---

<sup>88</sup> Cordes, Stenseng og Lenda (2009) s. 86.

<sup>89</sup> Slik også Korsnes (2018) s. 208, Thue (2002) s. 171-173, Frantzen (2002) s. 152-162, Cordero-Moss (2013) s. 79-8. Mer positiv er Konow (2006) s. 278-279.

<sup>90</sup> Thue (2002) s. 875.

<sup>91</sup> Thue (2002) s. 875.

slik konto.<sup>92</sup> Tilknytningen til familieretten var at partene i saken tilfeldigvis hadde vært gift. At Høyesterett kom til å legge avgjørende vekt på partenes forbindelse, istedenfor rettsordningens særpreg, var vanskelig å forutse. Det ville vært en retts teknisk enklere og en mer forutberegnelig løsning å bygge på systematikken i *common law* der *joint account*-rettsordningen befinner seg.

Problemstillingen i *joint account*-dommen kunne heller blitt formulert som et anerkjennelsesproblem, og ikke et rettsanvendelsesproblem; slik Høyesterett så det. Høyesterett så en kvalifikasjonskonflikt. En *kvalifikasjonskonflikt* oppstår imidlertid først når den rettsystematiske innordning er forskjellig i *lex fori* og det aktuelle landets rett.<sup>93</sup> Siden vi ikke har noen rettsystematisk innordning for *joint account* i norsk rett, stod man heller ikke ovenfor noen *kvalifikasjonskonflikt*. Man stod ovenfor et rettsomt område med en ukjent rettsfigur.<sup>94</sup> Spørsmålet kunne dermed vært om man ville anerkjenne *common law* ordningen *joint account* for å fylle rommet. Med denne problemformulering, som et anerkjennelsesproblem, ville resultatet trolig blitt annerledes.<sup>95</sup> Hvorfor skulle man ikke anerkjenne virkningen av et veletablert rettsinstitutt i *common law*?<sup>96</sup> Både ved anvendelsen av utenlandsk rett og utenlandske rettslige ordninger er spørsmålet om man vil respektere partenes forventninger. «*En slik toleranse er den internasjonale privatretts Leitmotiv*».<sup>97</sup>

#### **3.4.4 Lex causae som kvalifikasjonsteori**

I det følgende skal jeg redegjøre nærmere for *lex causae*-teorien som løsning på kvalifikasjonsproblemstillinger. *Lex causae* er betegnelsen på det lands materielle bakgrunnsrett som kommer til anvendelse i tvisten mellom partene. Ifølge *lex causae*-teorien behøver man å kvalifisere ut fra den rettslige systematikk i *lex causae* for å oppnå riktig anvendelse av *lex causae*.<sup>98</sup> I dag knyttes teorien til Martin Wolff som sier at det er

---

<sup>92</sup> Thue (2002) s.1 172.

<sup>93</sup> Thue (2002) s. 880.

<sup>94</sup> Thue (2002) s. 880.

<sup>95</sup> Op. Cit.

<sup>96</sup> Op. Cit.

<sup>97</sup> Thue (2002) s. 880.

<sup>98</sup> Konow (2006) s. 271. Se nærmere omtale hos Svenné Schmidt(1954), Kvalifikasjonsproblemet henholdsvis s. 35-37 og s. 66-71 og især hans kritikk av *lex causae*-teorien s. 152-62. Se også

«preferable to start from the view that every legal rule takes its classification from the legal system to which it belongs».<sup>99</sup> Kvalifikasjonen bør utelukkende skje på grunnlag av den stats rett hvis materielle regler skal anvendes. En fordel ved denne teorien er at den medfører anerkjennelse av utenlandsk rett og rettsfigurer. Etter argentinsk rett foregår kvalifikasjon i hovedsak på grunnlag av *lex causae*-teorien.<sup>100</sup> En innvending mot teorien er at man ikke kjenner *lex causae* før man har identifisert den aktuelle rettsvalgsregel. Hvordan skal man finne rettsvalgsregelen i et rettssystem man ikke kjenner?<sup>101</sup> Læren er blitt kritisert som en sirkelslutning.<sup>102</sup> Hvorvidt kritikken har noen særlig praktisk betydning er likevel tvilsomt, da man ofte vil være klar over hva som er mulige *lex causae*.<sup>103</sup> Kvalifikasjon etter *lex causae*-teorien er likevel noe komplisert, og ivaretar ikke hensynet til forutberegnelighet. Referanseleddet i rettsvalgsregelen får ikke et fast innhold, men varierer ut fra hva som til enhver tid er den aktuelle *lex causae*.<sup>104</sup>

### 3.4.5 Den rettskomparative teori, *iure comparativo*

Det som tidligere ble kalt den rettskomparative teori, *iure comparativo*, sammenfaller med den alminnelige internasjonal privatrettslig metode.<sup>105</sup> Siden rettskomparativ tilnærming er normalen, må rettsanvenderen starte her.<sup>106</sup> Jeg har flere steder i denne avhandlingen fremhevet at det er først dersom man ikke kommer i mål etter en slik rettskomparativ tolkning, at man står ovenfor en *virkelig* kvalifikasjonskonflikt.<sup>107</sup>

Den rettskomparative teori, *iure comparativo* går ut på å se hen til hvordan andre land trekker grensen mellom ulike rettsområder og anvender sine rettsvalgsregler. Dommeren tar utgangspunkt i det aktuelle norsk interne privatrettslige systembegrepet og utvikler dette til et

---

Nielsen (1997) s. 38 samt Kegel/Schurig, (2004) s. 340-43 og v. Bar (1991) s. 510-14. Teorien er også omtalt hos Frantzen (2002) s. 147-49 og Thue (2002) s. 156-57.

<sup>99</sup> Wolff (1950) s. 154 jf. Thue (2002) s. 157.

<sup>100</sup> Boggiano (2012) s. 212 flg. og Thue (2002) s. 157.

<sup>101</sup> Konow (2005) s. 271.

<sup>102</sup> Cordes, Stenseng og Lenda (2009) s. 90.

<sup>103</sup> Thue (2002) s. 157.

<sup>104</sup> Konow (2005) s. 272.

<sup>105</sup> Jf. punkt 2.1

<sup>106</sup> Jf. punkt 2.1.

<sup>107</sup> V. Bar (1991) s. 500, Thue (2002) s. 154 og 164, Korsnes (2018) s. 206 og Konow (2006) s. 266.

internasjonalprivatrettslig systembegrep.<sup>108</sup> Ved å sammenligne ulike lands rettsregler og rettssystematikk kan man fange opp de viktigste elementer og kjennetegn fra de ulike lands rett. Begrepene i rettsvalgsregelens referanseledd vil være et resultat av komparative studier.<sup>109</sup> Ved å anvende den rettskomparative metode komme man frem til ensartede internasjonalprivatrettslige regler på grunnlag av komparative studier.<sup>110</sup>

#### **4 Hvordan kvalifisere i konkret rettsanvendelse i norsk internasjonal privatrett, med særlig fokus Høyesteretts rettsanvendelse i HR-2019-2420-A. Er det samsvar mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør*?**

I denne delen av avhandlingen er formålet å drøfte HR-2019-2420-A nærmere i lys av den internasjonal privatrettslige metode og kvalifikasjonsteoriene trukket opp i punkt 2 og 3. Et spørsmål jeg skal se nærmere på er om det foreligger samsvar mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør*. Først vil jeg trekkes opp et metodisk bakteppe gjennom eksempler fra rettspraksis som viser at spørsmålet har vært karakteristisk for norsk internasjonal privatrett, jf. punkt 4.1 Deretter vil betydningen det har på generelt grunnlag om det er forskjell mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør* diskuteres i punkt 4.2.

I punkt 4.3 presenteres faktum og resultat i HR-2019-2420-A. Så blir spørsmålet hva Høyesterett *sier* om hvordan det skal kvalifiseres, og hvordan dette harmonerer med punkt 2 og 3.<sup>111</sup> Deretter skal jeg se på hvordan Høyesterett *faktisk* kvalifiserer, og hvordan dette harmonerer med punkt 2 og 3.<sup>112</sup> Avslutningsvis vil det bli gjort noen vurderinger av 2019-dommens betydning for kvalifikasjon i norsk internasjonal privatrett fremover.<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> Cordes, Stenseng og Lenda (2009) s. 86.

<sup>109</sup> Thue (2002) s. 166.

<sup>110</sup> Konow (2005) s. 272. Tyskeren Ernst Rabel regnes som grunnleggeren av den komparative teori, jf hans artikkel «Das Problem des Qualifikation fra 1931, også i Rabel (1958) s. 54-66. Se nærmere Svénné Schmidt (1958) s. 72-78 og s. 107-111 samt Nielsen(1997) s. 38, Kegel/Schurig (2004) s. 343-46, v. Bar (1992) s. 507-510, Frantzen (2002) s. 149 og Thue (2002) 157-58.

<sup>111</sup>Jf. punkt 4.4.

<sup>112</sup> Jf. punkt 4.5

<sup>113</sup> Jf. punkt 5.

#### **4.1 Viser avgjørelsene om rettsvalg fra 2006-2017 en utvikling mot samsvar mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør* om hvordan rettsvalget skal foretas?**

Det jeg nå skal redegjøre nærmere for er hvordan norsk internasjonal privatrett har over tid utviklet seg til å bli mer systematisert i tråd med formålet. Til nå har det vært fokus på oppbygging og tolking av faste rettsvalgsregler. Dette har skjedd over et tidsrom på rundt 15-20 år, parallelt med en utvikling av hvordan Høyesterett har argumentert. Høyesterett har gått fra å gjøre, til å sette ord på hva de gjør (om enn noe upresist), til at det foreligger mer samsvar mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør* i HR-2017-1297-A. Det er interessant å tolke den nye kvalifikasjonsdommen HR-2019-2420-A i lys av denne utviklingen. Vil kvalifikasjonsproblematikken gjennomgå samme utvikling? Dette drøftes i punkt 5. Er det samsvar mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør*? Dette drøftes i punkt 4.6.4.

Før jeg går inn på disse spørsmålene vil jeg gi en sammenfatning av utviklingen rettsvalgs-vurderingene har gjennomgått i rettspraksis. Dette er for å gi en innføring i internasjonal privatrettslige Høyesterettsavgjørelsers særpreg som jeg vil vurdere HR-2019-2420-A opp mot. Grunnen til at jeg vil trekke leseren kort gjennom utviklingen, er at Høyesterett endret kurs ved kjennelsen inntatt i Rt. 2006 s. 1008. Her kom bruddstykket mot en mer systematisert tilnærming i rettsvalgsspørsmål.<sup>114</sup> Endring i kursen innebærer at Høyesterett begynner å forklare *hvordan* man skal løse rettsvalgsspørsmål, selv om forklaringene ikke alltid følges opp i den konkrete rettsanvendelsen.

Jeg skal analysere rettsvalgs-avgjørelsene med formål å trekke opp hvordan det synes å ha vært en utvikling i hva Høyesterett *sier* i forhold til hvordan Høyesterett *løser* problemstillinger. Spørsmålet er om det foreligger en utvikling fra *uoverensstemmelse* mellom hva Høyesterett *sier* og *gjør* i Rt. 2006 s. 1008 til *overensstemmelse* i HR-2017-1297-A. Gjennomgangen av rettsutviklingen innen rettsvalget skal illustrere utfordringene Høyesterett står ovenfor på den internasjonaleprivatretts område. Jeg har flere steder i avhandlingen fremhevet at mangelen på lovtekst gjør at Høyesterett står ovenfor «lovgiveroppgaver» ved løsningen av internasjonal privatrettslige problemstillinger. Redegjørelsene i det følgende skal danne en plattform og et kritikkgrunnlag for drøftelsene

---

<sup>114</sup> Rt. 2006 s. 1008.

om betydningen av Høyesteretts nyeste internasjonal privatrettslige avgjørelse HR-2019-2420-A for kvalifikasjon i konkret rettsanvendelse.

#### 4.1.1 Rt. 2006 s. 1008

Den første avgjørelsen jeg skal ta for meg er Rt. 2006 s. 1008. Forut for denne avgjørelsen var den individualiserende metode om forholdets nærmeste tilknytning, den såkalte Irma Mignon-formelen,<sup>115</sup> styrende for rettsvalget. Utviklingen mot fastere rettsvalgsregler kan antas innledet med Rt. 2006 s. 1008. Her synes Høyesterett å endre kurs fra den den individualiserende metode<sup>116</sup> mot fastere rettsvalgsregler. Irma Mignon-formelen og den individualiserende metode er synonyme og vil bli brukt om hverandre.

Twisten gjaldt betaling av agentprovisjon etter en agentavtale mellom en tysk hovedmann og en norsk agent. Spørsmålet for Høyesterett var om norske domstoler hadde jurisdiksjon. Retten måtte i den forbindelse ta stilling til rettsvalget, jf. Luganokonvensjonen artikkel 5 nr. 1.

Høyesterett at rettsvalget skal foretas etter Irma Mignon-formelen.<sup>117</sup> Irma Mignon-formelen går ut på en skjønsmessig helhetsvurdering av forholdets nærmeste tilknytning, *den individualiserende metode*. Det Høyesterett imidlertid så *gjør* er å gå strukturert frem. Høyesterett utleder en fast rettsvalgsregel for agentavtaler som kan benyttes i lignende saker. Utvalget la til grunn at det «*i norsk internasjonal privatrett gjelder som utgangspunkt at agentavtaler har sin sterkeste tilknytning til det land der agenten driver sin virksomhet etter avtalen*».<sup>118</sup> Rettsanvendelsen viser at Høyesterett ikke foretar en skjønsmessig helhetsvurdering, på tross av henvisningen til Irma Mignon-formelen. I stedet utleder

---

<sup>115</sup> Navnet kommer fra Rt. 1923 II s. 59 om de norske båtene Irma og Mignon som kolliderte i farvann utenfor Newcastle. Spørsmålet var hvilket lands rett som kom til anvendelse i ansvarsspørsmålet. Rettssetningen om at forholdet fortrinnsvis bør bedømmes etter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning eller hvor det nærmest hører hjemme. Dette kalles Irma-Mignon-formelen eller den individualiserende metode om forholdets nærmeste tilknytning.

<sup>116</sup> Irma Mignon-formelen er synonymt med den individualiserende metode. De går begge ut på en konkret skjønsmessig helhetsvurdering av forholdets nærmeste tilknytning.

<sup>117</sup> Rt. 2006 s. 1008 avsnitt 12.

<sup>118</sup> Rt. 2006 s. 1008 avsnitt 17.



Høyesterett en fast rettsvalgsregel for typetilfellet, en rettsvalgsregel som kan benyttes i senere typetilfeller.

Avgjørelsen er den første i en utvikling fra å basere rettsvalget på en skjønnsmessig helhetsvurdering av forholdets nærmeste tilknytning, til å basere rettsvalget på faste rettsvalgsregler. Kjennelsen er et eksempel på at det ikke foreligger samsvar mellom hva Høyesterett *sier*; at rettsvalget følger den individualiserende metode, og hva Høyesterett *gjør*; utleder en fast rettsvalgsregel som kan benyttes i senere typetilfeller. Avgjørelsen illustrerer utfordringene domstolene står overfor når de ikke har lovtekst og andre autoritative rettskilder å bygge på. Resultatet i Rt. 2006 s. 1008 ble at det ikke var overensstemmelse mellom hva Høyesterett *sa* og hva Høyesterett *gjorde*. Spørsmålet til analysen av HR-2019-2420-A er om det samme er tilfellet her.

#### **4.1.2 Rt. 2009 s. 1537 «Bokhandlerdommen»**

Neste dom i utviklingen fra den individualiserende metode mot faste rettsvalgsregler er Rt. 2009 s. 1537 «Bokhandlerdommen». Spørsmålet for Høyesterett var om norsk eller afghansk rett skulle anvendes i en sak om erstatning utenfor kontrakt.

«Bokhandleren i Kabul» er en roman som i stor grad baserer seg på forfatteren, Åsne Seierstad, sitt opphold hos en bokhandlerfamilie i Kabul. En av bokhandlerens fire koner saksøkte Åsne Seierstad for personvernkrænkelser etter at boka ble gitt ut.

Rettsvalgsspørsmålet var skilt ut til selvstendig bedømmelse etter tvisteloven(tvl.) § 16-1(2) b). Siden det ikke var mulig å få dokumentert innholdet av afghansk rett, unnlot Høyesterett å ta stilling til rettsvalget og la norsk rett til grunn.

Førstvoterende uttaler at dersom rettsvalget ikke følger av fastere regler, skal saken etter norsk internasjonal privatrett avgjøres på grunnlag av rettsreglene i det land som saksforholdet etter en totalbedømmelse har sin nærmeste tilknytning til («Irma Mignon-formelen»)<sup>119</sup> Førstvoterende uttaler videre at det har på stadig flere rettsområder utviklet seg fastere regler, gjerne med utgangspunkt i Irma Mignon.<sup>120</sup> Her synes Høyesterett å ta opp i seg utviklingen 06/1008 introduserte. I motsetning til 06-kjennelsen tar ikke Høyesterett utgangspunkt i Irma Mignon-formelen, men åpner allerede i begynnelsen av resonnementet

---

<sup>119</sup> Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 32.

<sup>120</sup> Op. Cit.

for at formelen skal legges til grunn for å utvikle en *fast* rettsvalgsregel. Deretter går Høyesterett på samme måte som i 06/1008 rettskomparativt frem og vektlegger de europeiske internasjonale privatrettslige reglene. Høyesterett har klare uttalelser om at rettsvalgsreglene i EUs forordning om at rettsvalget for erstatning utenfor kontrakt, forordning nr. 864/2007, Roma II, bør legges til grunn i norsk rett. Det man kan trekke ut at det Høyesterett *gjør* i Bokhandlerdommen, er at Høyesterett forsøker å bygge en fast rettsvalgsregel som kan brukes for personvernkrænkelser. Når de internasjonale kildene ikke gir veiledning, klarer Høyesterett likevel ikke å oppstille en fast rettsvalgsregel. Det var uansett ikke mulig å skaffe til veie tilstrekkelig sikre opplysninger om afghansk rett for å sikre et betryggende avgjørelsesgrunnlag. Dermed Høyesterett går for en «nødløsning» etter tvl. § 11-3, og legger norsk rett til grunn.<sup>121</sup>

Høyesterett forsøker altså å utlede en generell rettsvalgsregel for personvernkrænkelser. I den forbindelse ser Høyesterett hen til Roma II forordningen<sup>122</sup> om erstatning utenfor kontrakt for veiledning.<sup>123</sup> Høyesterett kommer likevel ikke i mål. Høyesterett slår fast at «*denne saken etter mitt syn ikke er så godt egnet som utgangspunkt for en videre utvikling av en alminnelig lovvalgsregel for personvernkrænkelser*». Poenget for avhandlingen er at Bokhandlerdommen er neste steg i utviklingen fra den individualiserende metode, mot fastere rettsvalgsregler. Det foreligger enda ikke harmoni mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør*. Dommen kan tas til inntekt for et steg i retning av fastere rettsvalgsregler, selv om Høyesterett grunnet sakens spesielle omstendigheter ikke lyktes i å danne en. Rettsanvendelsen i avsnitt 33-41 viser Høyesterett prøver. Her forsøker Høyesterett å utlede en fast rettsvalgsregel for personvernkrænkelser.

#### **4.1.3 Rt. 2011 s. 531 «Krigsforbryterdommen»**

Saken er den neste i utviklingen mot faste rettsvalgsregler. Saken omhandler spørsmål om rettsvalg i forbindelse med krav om oppreisningserstatning for krigsforbrytelser.

En tidligere fangevokter i en interneringsleir Bosnia-Hercegovina hadde tatt opphold i Norge og kunne straffes her som følge av regelen om norsk universaljurisdiksjon, jf. straffeloven av

---

<sup>121</sup> Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 52.

<sup>122</sup> Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr. 864/2007 af 11. juli 2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Roma II-forordningen)

<sup>123</sup> Rt. 2009 s. 1547 avsnitt 33-35.

1902 § 12 (1) nr. 4 a).<sup>124</sup> Erstatningsspørsmålet kom opp i forbindelse med behandling av straffesaken. Krigsforbrytelsene var begått i Bosnia-Hercegovina under krigen i 1992. Både skadevolderen og skadelidte var bosatt i Bosnia-Hercegovina. Etter bosnisk rett var erstatningskravene foreldet. Det var de ikke etter norsk rett.

Høyesterett uttaler at utgangspunktet for rettsvalget er lov sedvane eller fastere regler som regulerer spørsmålet.<sup>125</sup> Dersom det ikke finnes, beror rettsvalget på Irma Mignon-formelen.<sup>126</sup> Det Høyesterett gjør i det videre er å konstatere at den generelle rettsvalgsregelen for erstatning utenfor kontrakt, *lex loci delicti*, skadestedets rett, ikke «favner» når det er snakk om alvorlige straffbare handlinger. Det ble pekt på hensynet bak regelen om skadestedets rett, rimelighet og forutberegnelighet, ikke har samme gjennomslagskraft der skadevolder forsettlig har utsatt andre mennesker for mishandling og alvorlig skade.<sup>127</sup>

Høyesterett går så videre til å vurdere rettsvalget ut fra Irma Mignon-formelen, jf. avsnitt 49. Irma Mignon-formelen gir anvisning på en konkret helhetsvurdering av forholdets nærmeste tilknytning. Høyesterett uttaler i avsnitt 50 at et rettsvalg basert på tilknytning bygger på en konkret og elastisk vurdering av det enkelte tilfellet.

Spørsmålet til avhandlingens analyse er om det foreligger samsvar mellom den konkrete tilnærming Høyesterett gir anvisning på i avsnitt 50, og hvordan Høyesterett faktisk går frem for å ta stilling til rettsvalget.

Når Høyesterett skal ta stilling til rettsvalget i avsnitt 51 flg. trekkes ikke det konkrete, men det sakstypiske frem.<sup>128</sup> Selv om Høyesterett ikke *sier* at de skal komme frem til en fast rettsvalgsregel, er argumentasjonen stilet på sakstypen. Argumentet går ut på at ved straffeforfølgning med utgangspunkt i universaljurisdiksjon, flytter tyngdepunktet seg fra gjerningsstedet, til straffeforfølgningslandet.<sup>129</sup> Argumentet Høyesterett lar avgjøre saken er like godt egnet til å oppstille en fast rettsvalgsregel.<sup>130</sup> Det later altså til at der er

---

<sup>124</sup> Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov

<sup>125</sup> Rt. 2011 s. 531 avsnitt 29.

<sup>126</sup> Rt. 2011 s. 531 avsnitt 29.

<sup>127</sup> Rt. 2011 s. 531 avsnitt 44.

<sup>128</sup> Det å forstå dommen slik har også støtte i juridisk litteratur, jf. Nesvik (2013) s. 4.

<sup>129</sup> Rt. 2011 s. 531 avsnitt 51.

<sup>130</sup> Slik også Nesvik (2013) s. 3 flg.

uoverensstemmelse mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør* i Krigsforbryterdommen. Dette kan forstås som at den internasjonale privatrett er et rettsområde som preges av at Høyesterett kommer med generelle uttalelser, som ikke alltid følges opp i praksis. Flere har påpekt at de generelle uttalelsene i Krigsforbryterdommen ikke henger sammen med den konkrete rettsanvendelsen; «*det er flere av avsnittene i dommen som er lite presise og hvor det er vanskelig å forstå hva Høyesterett egentlig ønsker å formilde*». <sup>131</sup>

#### **4.1.4 HR-2017-1297-A Bergen Bunkers**

Utviklingen fra den individualiserende metode, mot fastere rettsvalgsregler anses avsluttet med HR-2017-1297-A. Det samme gjør uoverensstemmelsen mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør* angående rettsvalget.

Saken gjaldt spørsmål om avvisning av et søksmål fra et norsk konkursbo mot en nederlandsk panthaver på grunn av manglende domsmyndighet, og om rettsvalg dersom saken ble tillat ført. Bergen Bunkers hadde pantsatt sine eksisterende og fremtidige kundefordringer som sikkerhet for konsernets gjeld til en nederlandsk bank. Høyesterett kom til at konkurslandet Norge hadde domsmyndighet, og at spørsmålet om pantets gyldighet og rettsvern skulle avgjøres etter pantsetters (norsk) rett.

Dommen er den første hvor Høyesterett uttaler at siktemålet er å utvikle en fast rettsvalgsregel på bakgrunn av Irma Mignon-formelen, og gjennomfører rettsvalget i tråd med uttalelsen. Høyesterett *sier* at Irma Mignon-formelen skal benyttes som utgangspunkt for å utlede en generell regel i avsnitt 72, for så å benytte Irma Mignon-formelen som utgangspunkt for å utlede en generell regel i avsnittene 76-93.

Det sentrale for avhandlingen er at det i HR-2017-1297-A foreligger samsvar mellom hvordan Høyesterett *sier* at man skal gå frem for å utlede en generell rettsvalgsregel, og hvordan Høyesterett faktisk går frem for å utlede en generell rettsvalgsregel. Høyesterett blir til slutt «enig med seg selv» om hvordan rettsvalget skal foretas og er presis i både betegnelse og rettsanvendelse. Det er verdt å merke seg at Høyesterett påpeker (i likhet med det jeg har trukket ut av Bokhandler- og Krigsforbryterdommene<sup>132</sup>) at Høyesterett i disse dommene

---

<sup>131</sup> Nesvik (2013) s. 4.

<sup>132</sup> Jf. punkt 4.1.2 og 4.1.3.

startet med å undersøke om det fantes en «fastere regel» om rettsvalget på det aktuelle området.<sup>133</sup> Dette på tross av begge dommenes generelle uttalelser om at den individualiserende metode<sup>134</sup> gjelder som utgangspunkt for rettsvalget.<sup>135</sup>

#### **4.1.5 Hvilken betydning har rettsvalgs-avgjørelsene for avhandlingens problemstilling?**

Avgjørelsene viser at den internasjonale privatrett bærer preg av at Høyesterett *sier* én ting, men *gjør* noe annet. Rettskildebildet i den internasjonale privatrett er preget av ulovfestet rett og lite autoritative rettskilder å bygge på.<sup>136</sup> Avgjørelsene innen rettsvalget viser at Høyesterett har beveget seg fra gjøre, til å sette ord på hva de skal gjøre – til endelig å gjennomføre i tråd med uttalelsene. Utviklingen viser at Høyesterett i 06/1008 forsøkte å sette ord på hva de skulle gjøre, men ikke gjennomførte i tråd med uttalelsene. I Rt. 2006 s. 1008 sa Høyesterett at rettsvalget skulle foretas etter den individualiserende metode<sup>137</sup>, men konstruerte likevel en fast rettsvalgsregel.<sup>138</sup> Bokhandler- og krigsforbryterdommene er eksempler på lignende tilfeller. Også her kommer Høyesterett med upresise uttalelser og foretar rettsanvendelse som ikke harmonerer med det de har uttalt.

Utviklingen ender med HR-2017-1297-A. Her satt Høyesterett ord på hva de skulle gjøre, og gjennomførte i tråd med uttalelsen. Høyesterett *sa* at man skulle benytte Irma Mignon-formelen som utgangspunkt for å utlede en generell regel, for så å bruke Irma Mignon-formelen som utgangspunkt for å utlede en generell regel.

I tråd med formålet om forutberegnelighet og rettsenhet har Høyesterett har beveget seg mot en mer systematisert tilnærming i internasjonal privatrettslige spørsmål. Til nå har det i Høyesterettspraksis vært fokus på oppbygging og tolking av faste rettsvalgsregler.

Utviklingen har skjedd i et tidsrom på ca. 15-20 år, parallelt med en utvikling av hvordan Høyesterett har argumentert. Fra tidligere å bare gjøre, til å sette ord på hva de skal gjøre i Rt. 2006 s. 1008 (selv om det foreligger sprik mellom hva Høyesterett sier og hva Høyesterett

---

<sup>133</sup> HR-2017-1297 avsnitt 73.

<sup>134</sup> Rt. 1923 II s. 56 Irma Mignon-formelen.

<sup>135</sup> Jf. punkt 4.1.2 og 4.1.3.

<sup>136</sup> Korsnes (2018) s. 200 og Thue (2002) s. XLIV.

<sup>137</sup> Rt. 2006 s. 1008 avsnitt 12

<sup>138</sup> Rt. 2006 s. 1008 avsnitt 17. For nærmere behandling av avgjørelsen se punkt 4.1.1.

gjør) – til mer harmoni i HR-2017-2420-A. Det er interessant å tolke HR-2019-2420-A i lys av denne utviklingen. Et spørsmål til punkt 5.2 er om kvalifikasjonsproblematikken vil gjennomgå samme utvikling. Er HR-2019-2420-A første steg i en utvikling innen kvalifikasjonsstatuttet? Hvorvidt det foreligger samsvar mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør* i HR-2019-2420-A er spørsmålet i punkt 4.4 og 4.5. Først skal jeg drøfte på mer generelt grunnlag hvilken betydning det har om det er forskjell mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør*.

## **4.2 Hvilken betydning har det om det er forskjell mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør*?**

Grunnet motivet om rettsenhet kan og bør internasjonal privatrettslige Høyesterettsdommer bli lest internasjonalt. Det kan få konsekvenser for dommens rettskildemessige betydning for utenlandsk rettsanvendelse dersom Høyesterett *sier* én ting, men *gjør* noe annet. Dette gjelder ikke desto mindre dommens rettskildemessige betydning for internrettslig rettsanvendelse.

Dersom en Høyesterettsdom gir anvisning på to løsninger, kan den ene parten anføre at jeg bygger på det Høyesterett *sier*, mens motparten hevder at han bygger på det Høyesterett *gjør*. Har man da fått en rettsavklaring? Særlig på et område som den internasjonale privatrett med lite lovgivning kan dette gi utslag i flere tvister for domstolene. Det vil være mindre forutberegnelig hva domstolene kommer til å bygge på. Tvetydighet i internasjonal privatrettslige Høyesterettsdommer gjøre Norge mindre attraktivt som forumsland, Dette kan være uheldig for norske parter. Kravet til å gå riktig og presist frem skjerpes dersom norske Høyesterettsdommer skal tillegges internasjonal betydning.

I det følgende vil jeg presentere faktum og resultat i HR-2019-2420-A, før jeg går nærmere inn i analysedelen; hvordan er det Høyesterett *sier* det skal kvalifiseres, og hvordan er det Høyesterett *faktisk* kvalifiserer?

## **4.3 HR-2019-2420-A Faktum og resultat**

Ved dom av 20. desember 2019 (HR-2019-2420-A) avgjorde Høyesterett enstemmig at norsk rett skulle anvendes på en tvist om et pengekrav oppstått i forbindelse med en skilsmisse mellom en dansk mann og en norsk kvinne. Avgjørende for rettsvalget var kvalifisering av pengekravet. Det stod mellom om kravet skulle anses pengekravet som et krav om ektefellebidrag, eller å anse det et krav om verdeling av ektefellenes formue.

Partene hadde vært gift i 26 år og bodd i Tyskland, England, Luxemburg og Sveits. Skilsmisseoppgjøret fant sted i Sveits. Partene ble enige om deling av den samlede formuen på om lag 60 millioner NOK. Det oppstod imidlertid uenighet knyttet til et pengekrav rettet mot eksmannen. Før pengekravet var avklart i Sveits, flyttet kvinnen tilbake til Norge med felles barn. Med påstand om frifinnelse fra ekskonas krav om ektefellebidrag anla eksmannen sak ved Sør-Gudbrandsdal tingrett. Han hevdet prinsipielt frifinnelse og subsidiært at kravet måtte avgjøres etter sveitsisk rett.

Spørsmålet for Høyesterett var hvilket lands rett som skulle legges til grunn i saken. Rettsvalgsspørsmålet var skilt ut til særskilt behandling, jf. tvisteloven § 16-1. Avgjørende for rettsvalget var hvordan pengekravet skulle kvalifiseres. Tingretten anså pengekravet som et krav om ektefellebidrag og avgjorde at norsk rett skulle anvendes. Lagmannsretten anså derimot kravet tilhørende ektefellenes formuesordning. Rettsvalgsreglene pekte da ut tysk rett som *lex causae*, da Tyskland var parets første felles domisil. Begge parter anket dommen. Mannen mente at kravet skulle kvalifiseres etter reglene om ektefellenes formuesordning og at rettsvalgsreglene for formuesordningen ville utpeke retten i det land ektefellene hadde sitt siste felles domisil, Sveits. Kona mente at saken skulle kvalifiseres etter bidragsreglene og at rettsvalgsreglene dermed utpekte norsk rett som *lex causae*.

En enstemmig Høyesterett kom til at pengekravet skulle kvalifiseres etter bidragsreglene. Høyesterett så hen til ekteskapslovens system og anså pengekravet for å ha et fremtidsrettet preg. Kravet ble ansett å dreie seg om å støtte ekskonas fremtidige inntektsevne, i motsetning til å i realiteten dreie seg om deling av ektefellenes formue. Det måtte dermed anses å i realiteten være et krav om ektefellebidrag, og kvalifiseres etter bidragsreglene. Høyesterett viser til EU-domstolens grensdragning i en lignende sak. I avgjørelsen CC-220/95 *van den Boogard* hadde EU-domstolen kvalifisert et lignende pengekrav etter bidragsreglene. Rettsvalgsregelen for krav etter bidragsreglene er kreditors bosted, i denne saken Norge. Høyesterett kom på den bakgrunn til at tvisten skulle avgjøres etter norsk rett.

#### **4.4 Hvordan sier Høyesterett det skal kvalifiseres, og hvordan harmonerer dette med punkt 2 og 3?**

Om *kvalifikasjonsspørsmålet* uttaler Høyesterett at for å avgjøre om det kan oppstilles en fast rettsvalgsregel, må man først ta stilling hvilket rettsområde, eller internasjonal privatrettslige

kategori, det aktuelle saksforholdet hører under.<sup>139</sup> Dette betegnes etter hevdvunnen terminologi som «kvalifikasjon», og skal ifølge uttalelsen etter «sikker norsk rett» bygge på domstollandets rett – *lex fori*.<sup>140</sup> Høyesterett viser til en uttalelse hentet fra Rt. 1995 s. 1415 *Joint account*-dommen hvor det heter at det er «sikker tradisjon for at kvalifikasjonsspørsmål avgjøres etter retten på det sted hvor saken behandles, *lex fori*.»<sup>141</sup>

Første spørsmål er om *joint account*-dommen kan tas til inntekt for en regel om «sikker rett» med kvalifikasjon etter domstollandets rett, *lex fori*.<sup>142</sup>

*Joint account*-dommen omhandlet et annet typetilfelle enn 2019-dommen. Den omhandlet kvalifikasjon av en ukjent rettsfigur, jf. punkt 3.3 og 3.4.2. Løsningen ble kvalifikasjon *lex fori*, altså etter domstollandets interne systematikk. Siden *joint tenancy* som rettsordningen *joint account* er en del av, ikke eksisterer i norsk rett, ble det kvalifisert ut en tese om hvordan rettsordningen ville vært kvalifisert dersom den hadde eksistert i norsk rett. Fremgangsmåten er kritisert i litteraturen.<sup>143</sup> Kritikken går ut på at kvalifikasjon av en ukjent rettsfigur etter systematikken i *lex fori* forutsetter en tese om en hypotetisk situasjon. Høyesterett kunne heller ansett problemstillingen som et anerkjennelsesproblem, ikke et kvalifikasjonsproblem.<sup>144</sup> Kritikken svekker dommens rettskildevekt. Dommer kan være så kraftig det er usikkert om de har prejudikatverdi.<sup>145</sup> Hvorvidt avgjørelsen er relevant for typetilfellet i HR-2019-2420-A er tvilsomt, siden avgjørelsen dreide seg om et annet typetilfelle, jf. punkt 3.3. Det kan stilles spørsmål ved om en dom angående kvalifikasjon av fremmed rettsordning er relevant for kvalifikasjon av et pengekrav i forbindelse med et skilsmisseoppgjør. Jeg mener at *joint account*-dommen ikke kan tas til inntekt for at det er «sikker rett» med kvalifikasjon *lex fori*.

---

<sup>139</sup> HR-2019-2420-A avsnitt 26.

<sup>140</sup> Op. Cit.

<sup>141</sup> Rt. 1995 s.1415 s. 1419.

<sup>142</sup> HR-2019-2420-A avsnitt 26 og Rt. 1995 s. 1415 s. 1419.

<sup>143</sup> Korsnes (2018) s. 208, Thue (2002) s. 171-173, Frantzen (2002) s. 152-162, Cordero-Moss (2013) s. 79-8 jf. punkt 3.4.2. foran.

<sup>144</sup> Thue (2002) s. 880.

<sup>145</sup> Nygaard (2004) s. 328.



#### 4.4.1 Var det nødvendig for Høyesterett å kvalifisere *lex fori* i HR-2019-2420-A? Forelå en kvalifikasjonskonflikt som krevde anvendelse av en kvalifikasjonsteori?

Høyesterett uttaler helt innledningsvis at kvalifikasjon skal bygge på domstollandets rett - *lex fori*.<sup>146</sup> Hva innebærer kvalifikasjon *lex fori*?

I punkt 3.4 flg. ble kvalifikasjonsteoriene presentert. *Lex fori* er en slik kvalifikasjonsteori. Kvalifikasjonsteoriene kommer til anvendelse som løsningsteorier på oppståtte en kvalifikasjonskonflikter. En kvalifikasjonskonflikt oppstår dersom man ikke klarer å kvalifisere etter alminnelig internasjonal privatrettslig metode.<sup>147</sup> *Lex fori*-teorien innebærer at man løser kvalifikasjonskonflikten ved å legge til grunn domstollandets systembegreper ved kvalifikasjon.

Hvorfor innleder Høyesterett med å presentere en kvalifikasjonsteori? Høyesterett har ennå ikke forsøkt å kvalifisere kravet etter en alminnelig internasjonal privatrettslig metode. Høyesterett «vet» således ikke enda om det oppstår en kvalifikasjonskonflikt, eller om kvalifikasjonen av pengekravet er uproblematisk.<sup>148</sup> *Lex fori* kvalifikasjonsteorien presenteres før Høyesterett har gjort noe som helst.

Hvilken betydning har uttalelsen om *lex fori* som ble gitt innledningsvis - før en eventuell kvalifikasjonskonflikt har oppstått og er konstatert?

En forståelse synes å være at Høyesterett forveksler *lex fori*-teorien som kvalifikasjonsteori og løsning på kvalifikasjonskonflikt, med *lex fori* som et kompetansespørsmål. Som følge av at den internasjonale privatrett er en del av norsk rett, er det selvsagt norske rettsregler og systembegreper som skal legges til grunn og er styrende for rettsanvendelsen.<sup>149</sup> Norske domstoler har som følge av suverenitetsprinsippet full kompetanse til å anvende norsk rett i tråd med norske rettsprinsipper. Dette er heller ikke problematisk.<sup>150</sup> Spørsmålet er når norske

---

<sup>146</sup> HR-2019-2420-A avsnitt 26.

<sup>147</sup> Jf. punkt 3.4.1.

<sup>148</sup> Mer om hvorvidt kvalifikasjonen av pengekravet faktisk skjedde problemfritt etter alminnelig internasjonal-privatrettslig metode i neste punkt.

<sup>149</sup> Korsnes (2018) s. 206.

<sup>150</sup> Jf. punkt 1.1 og 2.1.

domstoler på den internasjonale privatretts område, ikke *må*, men *bør* anvende utenlandske rettskilder i sin rettsanvendelse.

Høyesteretts uttalelse om *lex fori* som ble gitt helt innledningsvis, kan forstås som at det understrekes at norske domstoler skal anvende norske rettsvalgsregler og at her gjelder regelen om *lex fori* (avsnitt 26).<sup>151</sup> Selvfølgelig skal norske domstoler anvende norske rettsvalgsregler, eller for så vidt norsk internasjonal privatrett. Den er jo en del av hvert lands rett, som igjen kan føres tilbake til suverenitetsprinsippet. Dette er imidlertid ikke det samme som at det skal kvalifiseres etter systematikken i *lex fori* – *lex fori*-teorien er en løsning på en *kvalifikasjonskonflikt* som har oppstått fordi det var problematisk å kvalifisere etter alminnelig internasjonal privatrettslig metode. Det er uklart hva Høyesterett egentlig mener med uttalelsen. Det kan fremstå som om Høyesterett ikke kjenner til fagets metode og grunnleggende forutsetninger.<sup>152</sup> Utfordringene domstolene står ovenfor på den internasjonale privatretts område er imidlertid særegne. Det er lite lovtekst og andre autoritative rettskilder å bygge på. Oppgavene Høyesterett står ovenfor kan gjerne betegnes som «lovgiveroppgaver». Her er det en oppfordring til lovgiver om å komme på banen.

Uttalelsen om *lex fori* i avsnitt 26 kan imidlertid tolkes i lys av hva Høyesterett *gjør* i dommen. Hvordan taler Høyesteretts konkrete rettsanvendelse for å forstå uttalelsen? Spørsmålet vil behandles i punkt 4.6. Først vil konsekvensene av å forstå uttalelsen som en anvisning på at internrettslig systematikk, *lex fori*, skal legges til grunn for kvalifikasjon uten å foreta en rettskomparativ tolkning først, drøftes nærmere.

#### **4.4.2 Hva innebærer det å forstå uttalelsen som en anvisning på kvalifikasjon *lex fori* før det har oppstått en *kvalifikasjonskonflikt*?**

Kvalifikasjon etter internrettslig systematikk, *lex fori*, er det motsatte av en rettskomparativ tolkning. Etter den alminnelig internasjonale privatrettslige metode<sup>153</sup> skal kvalifikasjon *lex fori* først komme inn som *kvalifikasjonsteori* og løsning på en oppstått *kvalifikasjonskonflikt*. Å legge til grunn internrettslig systematikk, *lex fori*, for kvalifikasjon uten først å undersøke

---

<sup>151</sup> Slik også Rønning (2019) s. 12.

<sup>152</sup> Jf. punkt 2.1.

<sup>153</sup> Jf. punkt. 2.1.

om det kan kvalifiseres etter en rettskomparativ tolkning kan bidra til å øke forskjellen mellom rettssystemene, jf. punkt 3.4.2.<sup>154</sup>

Som fremhevet over i punkt 3.2 bør det kvalifiseres i tråd med alminnelig internasjonal privatrettslig metode. Dette innebærer en rettskomparativ tolkning for å fremme rettsenhet på området. Betydningen av at rettsenhet ivaretar formålet om forutberegnelighet og begrenser mulighetene til «*forum-shopping*» er også trukket frem flere steder i avhandlingen.<sup>155</sup> At kvalifikasjon *lex fori*, ut fra domstollandets interne systematikk, kan bidra til å øke motsetningene mellom rettssystemene er også understreket flere steder i avhandlingen.<sup>156</sup>

Det er først når man ikke kommer til en løsning etter en rettskomparativ tolkning at står man ovenfor en «*kvalifikasjonskonflikt*». En slik konflikt behøver retningslinjer eller regler for hvordan den skal løses. I Norge og en del andre land er *lex fori* teorien lagt til grunn.<sup>157</sup> Det hadde imidlertid ikke oppstått noen slik konflikt når Høyesterett konstaterte kvalifikasjon *lex fori*. Hvorvidt Høyesterett faktisk mener at *lex fori* skal legges til grunn for kvalifikasjon, uten å foreta en rettskomparativ tolkning etter alminnelig metode først, vil i det følgende tolkes i lys av Høyesteretts konkrete rettsanvendelse i HR-2019-2420-A. Hvordan taler rettsanvendelsen for å forstå uttalelsen? Som et kompetansespørsmål, eller som en kvalifikasjonsregel?

## 4.5 Hvordan er det Høyesterett faktisk kvalifiserer?

Er kvalifikasjon *lex fori* det Høyesterett *gjør* i HR-2019-2420-A? Spørsmålet er om Høyesterett legger til grunn internrettslig systematikk, *lex fori*, eller om Høyesterett kvalifiserer pengekravet ut fra en alminnelig internasjonal privatrettslig tolkning.

Pengekravet ekskona hadde rettet mot eksmannen kunne enten kvalifiseres etter reglene om formuesordningen, eller etter bidragsreglene.<sup>158</sup> Høyesterett uttaler at skillet skal forstås etter norsk rett og tar utgangspunkt i ekteskapslovens system.<sup>159</sup> Høyesterett slår fast at

---

<sup>154</sup> Thue (2002) s. 167 og Korsnes (2018) s. 207

<sup>155</sup> Cordero-Moss (2013) s. 21.

<sup>156</sup> Thue (2002) s. 167 og Korsnes (2018) s. 207

<sup>157</sup> Korsnes (2018) s. 207.

<sup>158</sup> HR-2019-2420-A avsnitt 26.

<sup>159</sup> HR-2019-2420-A

hovedskillet går mellom deling av formue og gjeld ved ekteskapets oppløsning, som tilhører reglene om formuesordningen, og krav fra tidligere ektefelle, som tilhører bidragsreglene.<sup>160</sup>

I avsnitt 36 uttaler Høyesterett at de synspunkter som er gjort rede for «*i utgangspunktet*» er knyttet til den norske ekteskapsloven. Et spørsmål er hvilken betydning det kan tillegges at synspunktene «*i utgangspunktet*» er knyttet til den norske ekteskapsloven?

En måte å forstå uttalelsen på er at utspringet av skillelinjen bygger på norske systembegreper. I tilfelle ville det vært samsvar mellom *lex fori* som Høyesterett sier skal legges til grunn for kvalifikasjon og den kvalifikasjon Høyesterett faktisk foretar. Høyesterett stopper imidlertid ikke her. Høyesterett ser i det følgende hen til EU-domstolens avgjørelse C-220/95 *van den Boogaard*.<sup>161</sup> Avgjørelsen gjaldt kvalifikasjon etter Brusselordningen.<sup>162</sup> Høyesterett slår fast at EU-domstolens grensedragning mellom ektefellenes formuesordning og bidragsreglene er sammenfallende med det Høyesterett kommet frem til at følger av ekteskapsloven.<sup>163</sup> Det later dermed til at Høyesterett legitimerer grensedragningen de har kommet frem til gjennom å konstatere at løsningen er den samme i EU. Avgjørelsen CC-220/95 *van den Boogard* brukes for å fastslå rettsenhet mellom grensedragningene til EU-domstolen og grensedragningen til Høyesterett. Uttalelsen om at grensedragningen «*i utgangspunktet*» er knyttet til den norske ekteskapsloven kan i lys av dette tolkes bokstavelig. Den norske ekteskapsloven gjelder som «et utgangspunkt», men en rettskomparativ tolkning er nødvendig for å komme i mål. Høyesterett fant grunn til å se hen til EU-domstolens grensedragning og konstatere rettsenhet. At grensedragningen var sammenfallende, ser ut til å være en bærende del av Høyesteretts argumentasjon. Rettsenhet trekkes således frem som et avgjørende moment. Dette kan tas til inntekt for at Høyesterett *gjør* noe annet enn Høyesterett *sier* i HR-2019-2420-A. Det oppstod ikke noen kvalifikasjonskonflikt, da rettskategoriene var sammenfallende i Norge og i EU<sup>164</sup>. Høyesterett går rettskomparativt frem og kommer til en løsning som overflødiggjør *lex fori* som *kvalifikasjonsteori*. Saksforholdet ble kvalifisert etter alminnelig internasjonal privatrettslig metode.

---

<sup>160</sup> HR-2019-2420-A avsnitt 33

<sup>161</sup> CC-220/95 *van den Boogard*, HR-2019-2420-A avsnitt 36

<sup>162</sup> Brusselkonvensjonen tilsvarende Luganokonvensjonen artikkel 5 nr. 2

<sup>163</sup> HR-2019-2420 avsnitt 36

<sup>164</sup> Op. Cit.

HR-2019-2420-A kan på denne bakgrunn ikke tas til inntekt for en rettssetning som går ut på å legge interne systembegreper, *lex fori*, til grunn ved kvalifikasjon; uten å først foreta en alminnelig internasjonal privatrettslig tolkning. Høyesterett foretar en rettskomparativ tolkning ved å se hen til EU-domstolens grensedragning.<sup>165</sup> Uttalelsen innledningsvis om «sikker rett» med kvalifikasjon *lex fori* er vanskelig å forstå i lys av Høyesteretts etterfølgende rettsanvendelse. Avsnitt 36 avslører at Høyesterett faktisk foretar rettskomparative studier i kvalifikasjonsspørsmålet. Siden det ikke oppstod noen *kvalifikasjonskonflikt*, og ingen behov for løsning *lex fori* fikk uttalelsen om «sikker rett» med kvalifikasjon *lex fori* ingen betydning. Løsningen ble den samme når Høyesterett gjorde rettskomparative studier og konstaterte rettsenhet med EU. Dette trekker i retning av å forstå uttalelsen om *lex fori* som et kompetansespørsmål.<sup>166</sup>

Den internasjonale privatrett er en del av norsk rett. Dette har den følge at det er norske rettsvalgsregler som skal anvendes. Vi er ikke bundet av de utenlandske kildene, men det kan være god grunn til å legge vekt i lys av rettsområdets særegenheter,<sup>167</sup> slik vi ser at Høyesterett også gjorde i HR-2019-2420-A.<sup>168</sup>

#### **4.6 Skal man legge avgjørende vekt på hva Høyesterett sier, eller hva Høyesterett gjør?**

I forbindelse med avhandlingens problemstilling om betydningen av kvalifikasjon for konkret rettsanvendelse i lys av HR-2019-2420-A, reises spørsmålet om hva man vektlegge mest når Høyesterett gjorde i rettskomparative vurderinger som står i motstrid til de generelle uttalelsene om kvalifikasjon *lex fori*. Skal man legge avgjørende vekt på hva Høyesterett sier eller hva Høyesterett gjør?

Gjennom å konstatere rettsharmoni med løsningen i EU kvalifiserte Høyesterett pengekravet etter bidragsreglene.<sup>169</sup> Dette er dommens ratio decedendi, da ratio decedendi som tolkningsmåte fester seg til utsagn i premissene som står som nødvendig begrunnelse for domsresultatet. Dommen er prejudikat for den rettssetning som er nødvendig og tilstrekkelig

---

<sup>165</sup> HR-2019-2420 avsnitt 36

<sup>166</sup> Slik også Rønning (2019) s. 12. Korsnes tror han ikke klarer å identifisere disse utfordringene.

<sup>167</sup> Skoghøy (2007) s. 572.

<sup>168</sup> HR-2019-2420-A avsnitt 36.

<sup>169</sup> Op. Cit.

grunngeving for domsutfallet.<sup>170</sup> Et ledd i Høyesteretts egen begrunnelse for sitt resultat var at kvalifikasjon etter bidragsreglene var sammenfallende med EU-domstolens grensdragning i en lignende sak.<sup>171</sup> Denne begrunnelsen har større vekt enn den generelle uttalelsen om kvalifikasjon *lex fori*. Man bør vektlegge selve rettsanvendelsen, over generelle uttalelser, dersom disse ikke er i overensstemmelse med hverandre. Rettsanvendelsen begrunner resultatet. Dersom Høyesterett ikke følger opp de generelle uttalelsene i praksis, finner heller ikke Høyesterett selv uttalelsene særlig bindende.<sup>172</sup> Da er det enda mindre grunn for andre rettsanvendere til å vektlegge de generelle uttalelsene over den konkrete rettsanvendelsen.

Man bør vektlegge hva Høyesterett *gjør*, de vurderingene som har begrunnet resultatet og resultatet i seg selv. Dermed kan HR-2019-2420-A tas til inntekt for at det i norsk internasjonal privatrett skal foretas en rettskomparativ tolkning ved kvalifikasjon. I forlengelsen av dette skal jeg drøfte rettsstillingen for kvalifikasjon i norsk internasjonal privatrett fremover.

## **5 Avsluttende vurderinger av dommens betydning for kvalifikasjon i norsk internasjonal privatrett**

### **5.1 Er rettskomparativ kvalifikasjon for tids-og arbeidskrevende?**

En innvending mot rettskomparativ kvalifikasjon er at den vil være både tids- og arbeidskrevende og setter for store krav til rettsanvenderen.<sup>173</sup> I den senere tid er imidlertid disse synspunktene er imidlertid ansett å ha mistet mye av sin gyldighet.<sup>174</sup> Norske domstoler har aldri vært mer kapable til å løse internasjonalprivatrettslige problemstillinger rettskomparativt enn nå.<sup>175</sup> Fremveksten av den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)<sup>176</sup> har gjort at norske domstoler stadig må se hen til den europeiske

---

<sup>170</sup> Nygaard (2004) s. 73.

<sup>171</sup> HR-2019-2420-A avsnitt 36.

<sup>172</sup> Frantzen (2014) s. 504.

<sup>173</sup> Konow (2005) s. 272.

<sup>174</sup> Cordes, Stenseng og Lenda (2009) s. 91.

<sup>175</sup> Op. Cit.

<sup>176</sup> Lov styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21 mai 1999 nr. 30, vedlegg 2; Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller(EMK). EMK gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2 og skal ved motstrid gå foran annen lovgivning jf. menneskerettsloven § 3.

menneskerettsdomstol sine uttalelser ved fastlegging av innholdet i menneskerettsbestemmelsene.<sup>177</sup> Det har blitt svært vanlig å påberope EMK-brudd for norske domstoler. Samtidig medfører den stadig voksende EU-retten at norske domstoler og forvaltningsorganer må tolke våre EØS-rettslige forpliktelser<sup>178</sup> i lys av sin europeiske kontekst. Etter EØS-avtalens artikkel 6 skal man skal «*oppretholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de identiske bestemmelser i EU-retten*».<sup>179</sup> Presumsjonsprinsippet innebærer også en plikt til å tolke internrettslige regler i tråd med våre folkerettslige forpliktelser.<sup>180</sup> Man skal, så langt det lar seg gjøre, tolke internrettslige regler for å unngå motstrid. På den internasjonale privatretts område har norske domstoler en positiv forpliktelse til å vektlegge EU-retten når innholdet i konvensjonsbegrepene skal klarlegges. EU-domstolen har uttalt at systembegrepene i Brussel- og Luganokonvensjonen skal fastlegges rettskomparativt.<sup>181</sup> Slik har rettskomparative studier og tolkningsmetoder blitt hverdagskost både for norske dommere, advokater, jurister i den offentlige forvaltning og jusstudenter på de ulike fakultetene. Konvensjoner skal tolkes autonomt, hvilket i betydelig grad vil si rettskomparativt.<sup>182</sup> Innvingingen om at det kreves for mye av rettsanvenderen å begi seg inn på rettskomparative studier har i 2020 mistet mye av sin styrke. Rettsområdets motiv om forutberegnelighet og enhetsløsning bør tillegges vekt til inntekt for en rettskomparativ tolkning ved kvalifikasjon i internasjonale saksforhold.

---

<sup>177</sup> Høyesterett har uttalt at når norske domstoler skal tolke EMK, skal de bruke samme tolkningsprinsipper som EMD. Det vil si at EMDs praksis får stor betydning når EMK skal anvendes i norsk rett jf. Rt. 2000 996 (Bøhler), Rt. 2013 s. 374(Treholt), Rt. 2015 s. 1286 (Rølfen) og Rt. 2015 s. 1467 (Oslo legevakt).

<sup>178</sup> Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27. november 1992 nr. 109.

<sup>179</sup> E-1/94, Restamark, gjengitt i EFTA-saml. 1. januar 1994 – 30. juni 1995 s. 15.

<sup>180</sup> Jf. blant annet HR-2016-2591-A avsnitt 48.

<sup>181</sup> LTU c. Eurocontrol, 14.10.1976 C-29/76 og Den nederlandske stat c. Ruffer, 16.12.1980 C-814/79 jf. Thue (2002) s. 158. og 169.

<sup>182</sup> Thue (2002) s. 158.

## 5.2 Kan man legge til grunn 2019-dommen som starten på en utvikling mot rettskomparativ tolkning både i ord og i handling?

Høyesterett uttaler innledningsvis at kvalifikasjon skal bygge på domstollandets rett, *lex fori*.<sup>183</sup> Skal man forstå uttalelsen som anvisning på et kompetansespørsmål, eller som løsningen på en *kvalifikasjonskonflikt*? Uttalelsen er lett å misforstå. Den fikk heller ingen betydning for sakens utfall. Løsningen ble den samme når Høyesterett gikk rettskomparativt frem og konstaterte rettsenhet med EU-domstolens grensedragning.<sup>184</sup> Siden resultatet ble det samme, kan en spørre om uttalelsen om kvalifikasjon *lex fori* har noen betydning? Uttalelser som gir anvisning på én løsning, og rettsanvendelse som gir anvisning på en annen, gjør HR-2019-2420-A lett å misforstå. Kravet til å gå riktig frem skjerpes dersom norske Høyesterettsavgjørelser skal tillegges betydning internasjonalt. Med tanke på hvilke problemstillinger som kan oppstå, er det selvsagt en fordel om Høyesterett er presis i sin ordbruk og betegner *lex fori* som løsningen på en *kvalifikasjonskonflikt*.

Resultatet ble det samme i 2019-dommen, men avgjørelsen er lett å misforstå. Som gjennomgangen av avgjørelsene innen rettsvalget har demonstrert, var også her flere uttalelser uklare og vanskelige å forstå.<sup>185</sup> Flere uttalelser stod ikke helt i samsvar med Høyesteretts konkrete rettsanvendelse. Til slutt kom Høyesterett imidlertid i mål, og i HR-2017-1297-A betegnet Høyesterett hva de skulle gjøre på en presis måte, for så å gjennomføre i tråd med uttalelsene. Vi kan spørre oss om det vil komme en tilsvarende utvikling for kvalifikasjon.

Avhandlingen bygger på en tese som går ut på at når Høyesterett i den internasjonale privatrett har gått fra å gjøre, til å sette ord på hva de gjør, til at det foreligger samsvar mellom hva de sier og hva de gjør i det store spørsmålet om rettsvalg – så vil det kanskje komme en tilsvarende utvikling innen det mindre spørsmålet om kvalifikasjon også. I kvalifikasjonsdommer fremover vil det kanskje finne sted en utvikling mot samsvar mellom hva Høyesterett *sier* og hva Høyesterett *gjør*. Muligens ender utviklingen med en dom som ikke starter med *lex fori*-teorien før det er søkt å kvalifisere etter alminnelig internasjonal

---

<sup>183</sup> HR-2019-2420-A avsnitt 26.

<sup>184</sup> HR-2019-2420-A avsnitt 36.

<sup>185</sup> Slik også Nesvik (2011) s. 4 om Rt. 2011 s. 1531 (Krigsforbryterdommen): «... «Det er flere av avsnittene i dommen som er lite presise og hvor det er vanskelig å forstå hva Høyesterett egentlig ønsker å formilde»



privatrettslig metode. Kanskje ender utviklingen med en dom som bruker *lex fori*-teorien som den unntaksregel og løsning på en *kvalifikasjonskonflikt* som teorien gir anvisning på. En slik anvendelse av *lex fori*-teorien vil fremme rettsområdets siktemål om rettsenhet, forutberegnelig og respekt for de fremmedes rettslige forventninger. Jeg har tidligere i avhandlingen fremhevet betydningen av at ved anvendelsen av utenlandsk rett og utenlandske rettslige ordninger er spørsmålet om man vil respektere partenes forventninger. «*En slik toleranse er den internasjonale privatretts Leitmotiv*».<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> Thue (2002) s. 880.

# Referanseliste

## 5.3 Lover

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

Lov 21. mai 1999 nr. 14 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker

## 5.4 Konvensjoner, forordninger og andre europeiske rettskildefaktorer

Rom-konventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (98/C 27/02) (Romakonvensjonen)

Konvention om Retternes Kompetence og om Fuldbydelse af Retsafgørelser i Borgerlige Sager, herunder Handelssager Udfærdiget i Lugano den 16. september 1988 (88/592/EØF)

Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr. 593/2008 af 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Roma I-forordningen)

Europa-parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr. 864/2007 af 11. juli 2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Roma II-forordningen)

Konventionen om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område, undertegnet i Lugano den 30. oktober 2007 (2009/C 319/01) (Luganokovensjonen)

Den europeiske menneskerettskonvensjonen med protokoller, konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, vedtatt i Roma 4. november 1950

## **5.5 Domsregister**

Rt. 1923 II s. 59

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2006 s. 1008

Rt. 2009 s. 1537

Rt. 2011 s. 531

Rt. 2013 s. 374

Rt. 2015 s. 1286

Rt. 2015 s. 1467

HR-2016-1251-A

HR-2016-2591-A

HR-2017-1297-A

HR-2018-869-A

HR-2019-2420-A

E-1/94, Restamark, gjengitt i EFTA-saml. 1. januar 1994 – 30. juni 1995.

C-29/76 , LTU c. Eurocontrol, 14.10.1976

C-814/79, Den nederlandske stat c. Ruffer, 16.12.1980

## **5.6 Forarbeider og utredninger**

Justisdepartementets høringsnotat- Utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område, 20. mai 1985, Jnr 1450/85 E BN/uwg.

«Utredning om formuerettslige lovvalgsregler», avgitt av professor Giuditta Cordero-Moss 2. juni 2018.

## 5.7 Bøker

Bar, Christian von, *Internationales Privatrecht I-II*, Erster Band, Beck C. H. 1987, Zweiter Band, Beck C. H. 1991.

Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado*, 2. Utg. Abeledo-Perrot 2000

Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14. Utgave, Oxford University Press 2008.

Cordero-Moss, Giuditta, *Internasjonal Privatrett*, Xutgave, Universitetsforlaget 2013.

Cordes, Jørg, Laila Stenseng og Peter Lenda, *Hovedlinjer i internasjonal pivatrett*, Cappelen akademiske forlag 2010.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2000.

Frantzen, Torstein, *Arveoppgjør ved internasjonale ekteskap*, Fagbokforlaget 2002.

Gaarder, Karsten og Hans Petter Lundefaaard, *Gaarders Innføring i internasjonal privatrett ved Hans Petter Lundegaard*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2000.

Gihl, Torsten, *Den internationella privaträttens historia och allmänna principer*, Norstedt 1951.

Kegel, Gerhard og Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, ein Studienbuch, 9. Aufl., Verlag C.H. Beck 2004.

Konow, Berte-Elen Reinerstsen, *Løsøre pant over landegrenser*, Fagbokforlaget 2006.

Kropholler, Jan, *Internationale Privatrecht*, 6. utgave, Tübingen 2006.

Leflar, Robert, Luther L. McDougal III and Robert L. Felix, *American Conflicts Law*, Charlottesville 1981

Nielsen, Peter Arnt, *International privat- og procesret*, Jurist- og Økonomforbundet 1997.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetforlaget 2004.

Philip, Allan, *Dansk international Privat- og procesret*, 3. udg., Juristforbundet 1976.

Rabel, Ernst, *Das problem der Qualifikation*, Darmstadt 1956 (først utgitt i *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1931 s. 241-288.)

Rabel, Ernst, *The Conflict of Laws – a comparative study*, vol 1, Michigan 1958.

Svenné Schmidt, Torben, *Kvalifikasjonsproblemet i den internasjonale privatrett*, København 1954.

Thue, Helge J., *Internasjonal privatrett: Personrett, familierett og arverett. Alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringer*, 1. utg., Gyldendal 2002.

Wolff, Martin, *Private International Law*, 2. Utgave, Clarendon Press 1950.

## 5.8 Artikler

Frantzen, Torstein, «Giuditta Cordero-Moss: Internasjonal privatrett på formuerettens område» *Lov og Rett*, 2014 s. 502-505.

Korsnes, Kristine Helen, «Rettsvalgsspørsmål i et rettsanvendelsesperspektiv» i *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol: Festskrift ved det juridiske fakultets 30-års jubileum*, Trude Haugli, Gunnar Eriksen og Ingvild Ulrikke Jakobsen (red.), Fagbokforlaget 2018 s. 197-225.

Nesvik, Marie, «Lovvalg, erstatning for straffbare handlinger begått av en utlending i utlandet – Høyesteretts dom 13. april 2011» *Nytt i privatretten*, 2011 s. 25-26.

Rønning, Thomas, «Lovvalg familierett. Ektefellebidrag, kvalifikasjonsspørsmål (HR-2019-2420-A)» *Nytt i privatretten*, 2020 s. 12-14.

Skoghøy, Jens Edvin A. «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» *Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, 2007, s. 564-574.

Thue, Helge Johan, «Internasjonal privatrett – toleransens rett» *Rettsteori og rettsliv – festskrift til Carsten Smith*, 2002 s. 865-880.

