

Uoffisiell pre-print versjon – kan avvike fra publisert versjon

I 2015 fremla regjeringen et utkast til norsk modellavtale for bilaterale investeringstraktater med voldgiftsklausul. Et viktig siktemål bak arbeidet med modellavtalen er at Norges løsning også skal kunne danne basis for felles EFTA-posisjoner. Senere har EU-kommisjonen signalisert at den vil forkaste voldgift som tvisteløsningsmekanisme i bilaterale handelsavtaler sluttet av EU. Artikkelen viser hvorfor voldgift er lite egnet som tvisteløsningsmekanisme i avanserte bilaterale handelsavtaler. En slik ordning vil stå i et spenningsforhold til Grunnloven § 75 og § 121 om Stortingets lovgivende og grunnlovgivende myndighet, Grunnloven § 92 om vernet av menneskerettighetene og verdiparagrafen i Grunnloven § 2.

Investeringstraktater med investor-stat tvisteløsning (ISDS) – i strid med Grunnloven?

1. Bakgrunn – regjeringens forslag til norsk modellavtale

I Sundvolden-erklæringen slo Regjeringen fast at den vil ”[ø]ke bruken av bilaterale investeringsavtaler (BIT) der dette er hensiktsmessig”. Dette er blitt fulgt opp av handling, og i mai 2015 ble et utkast til norsk modellavtale sendt på høring, med svarfrist 13. september samme år. I høringsbrevet heter det at et «siktemål med arbeidet med modellavtalen er at de norske posisjonene også skal kunne danne basis for felles EFTA-posisjoner, og inngå i form av et kapittel i fremtidige EFTA-frihandelsavtaler». ¹ Det fremgår av høringsbrevet at dette siktemålet er en respons på EUs betydelige innsats den senere tid når det gjelder å fremforhandle bilaterale handelsavtaler med land som USA, Canada, Kina, India, Singapore Thailand, Vietnam, Malaysia m.fl.

En investeringstraktat er en avtale mellom stater om gjensidig beskyttelse av næringsdrivende fra traktatstatene, for å ivareta disse aktørenes kapitalinteresser. ² Ofte brukes kortformen BIT om slike avtaler, et akronym avledet av den engelske termen «bilateral investment treaty». Tradisjonelt har man trukket et skarpt skille mellom investeringstraktater og handelsavtaler. Handelsavtaler inngås primært for å eliminere toll og andre restriksjoner som begrenser adgangen til markedet. Hensikten er å legge til rette for økt internasjonal samhandel på tvers av landegrensene. I den grad handelsavtaler også berører interne regulatoriske anliggender, skjer det gjerne gjennom krav som skal sikre at utlendinger blir behandlet *likt* som innlendinger. For eksempel vil den som driver med EU-rett vite at prinsipper som «market access» og «equal treatment» er sentrale størrelser.

Investeringstraktater til sammenlikning, retter seg i hovedsak mot interne forhold i et land. Historisk har BITer blitt anvendt for å beskytte interessene til næringsdrivende fra kapitaleksporterende land når de foretar investeringer i ustabile regimer med dårlig utviklet lovgivning og svake institusjoner. Dette skjer dels ved at de kontraherende stater underkaster seg relative bestemmelser som forbyr diskriminering og som sikrer nasjonal behandling. Dels skjer det gjennom absolutte bestemmelser, sentralt er forbudet mot direkte eller indirekte ekspropriasjon, uten mot full erstatning. I tillegg oppstiller investeringstraktatene en rett til

¹ Modell for investeringsavtaler – alminnelig høring, Nærings- og fiskeridepartementet 13.5.2015.

² Se Ivar Alvik, «Investor-stat tvisteløsning (ISDS) i internasjonale investeringstraktater», *Lov og Rett* 2015, s. 581–601 og Jon Christian Fløysvik Nordrum, «Suverænitets og internasjonale investeringsavtaler», *Forhandlingerne ved Det 38 nordiske juristmøde*, Bind 1, 2008, s. 355–377.

rimelig behandling («fair and equitable treatment»)³ Enkelt beskrevet er dette en autonom investeringsrettslig stabilitetsstandard med røtter i folkerettslig sedvane. Bruken av absolutte standarder illustrerer at investeringstraktatene retter seg mer direkte mot interne forhold i et land enn hva som er tilfelle for ordinære handelsavtaler. Absolutte standarder kan medføre krav om at utlendinger som nyter beskyttelse under en investeringstraktat behandles *ulikt* fra innlendinger, i betydningen bedre.

Det mest kontroversielle særtrekket ved investeringstraktater, rettslig som politisk, er systemet for investor-stat tvisteløsning, ofte referert til kun som ISDS, etter den engelske termen «investor-state dispute settlement». Om en næringsdrivende mener at vertsstatens regulering krenker vedkommendes traktatfestede investorrettigheter, kan krav om erstatning bringes inn for voldgift, uten at nasjonale rettsmidler behøver å være uttømt.⁴ Et voldgiftstribunal består normalt av tre dommere og oppnevnes ad hoc. Voldgiftsdommen kan ikke påankes, og avgjørelsen har direkte virkning.⁵ At avgjørelsesmyndigheten dermed løftes ut av det nasjonale rettssystemet kan forstås i forlengelsen av at investeringstraktatene etter omstendighetene garanterer ulik (bedre) behandling enn hva det nasjonale systemet tilbyr.

Internasjonalt er bruken av internasjonale investeringstraktater utbredt, men Norge har bare sluttet 14 slike avtaler, den siste i 1995. I tillegg er Norge bundet av en avtale inngått mellom EFTA-statene og Singapore, sluttet 26. juni 2002, med en betinget ISDS-klausul.⁶ Når Regjeringen ønsker en ny og mer dynamisk politikk, har det to forklaringer. Den første er den klassiske: Mange store norske selskaper har betydelig virksomhet i ustabile regimer og kan ha behov for den beskyttelsen som investeringstraktater gir.⁷ Viktigere, i hvert fall politisk, er at det tradisjonelle skillet mellom handelsavtaler og investeringstraktater kan være i ferd med å gå i oppløsning. I sine nye handelsavtaler inkluderer EU kapitler om investeringsbeskyttelse. Gjennom å kombinere de ulike regimene kan EU realisere handelssamarbeid som lodder dypere enn tradisjonelle handelsavtaler. Om Norge ønsker å følge etter, vil det endre vår konstitusjonelle og politiske praksis. Det vanlige er at internasjonale avtaler som Norge inngår, ikke formelt overfører dømmende myndighet, men kun har folkerettslig virkning. I norsk rett og politikk har man lagt vekt på å bevare den kontrollmuligheten som følger av at norske myndighetsorganer selv står for det siste skritt når det gjelder implementering og gjennomføring.⁸

2. Artikkelens tese og oppbygning

³ Modellavtalen artikkel 5. Om standarden se Ioana Tudor, *The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment*, Oxford 2008 og Roland Kläger, 'Fair and equitable treatment' in *international investment law*, Cambridge 2011.

⁴ Regjeringens utkast til modellavtale (13052015) artikkel14.

⁵ For en bred innføring, se Gus Van Harten & Martin Loughlin, «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law», *The European Journal of International Law*, 2006, s. 121–150.

⁶ Også avtalen mellom EFTA og Ukraina, sluttet 24. juni 2010 inneholder et investeringskapittel, men uten ISDS-klausul. EFTA-statene har ikke overført traktatmyndighet til EFTA og i motsetning til EU fungerer EFTA bare som et koordinerende forum. Derfor står hver respektiv av EFTA-statene som part i EFTA-avtalene – ikke EFTA selv.

⁷ Se Are Brautaset, «Behov for bilaterale investeringsavtaler», *Lov og Rett* 2012, s. 385–386 og Jo Ørjasæther, «Bedre enn sitt rykte? Voldgift i internasjonale investeringstraktater», *Lov og Rett* 2016, s. 122–126.

⁸ St.prp. nr. 100 (1991–92) EØS, s. 337.

I følge Ivar Alvik har det vært en «en hardnakket oppfatning i sentrale deler av det norske statsbyråkratiet at den aktuelle mekanismen, som gir individuelle investorer adgang til å fremme krav mot staten for internasjonal voldgift, er grunnlovsmessig problematisk».⁹ Selv inntar han et annet standpunkt. Ifølge Alvik er det «primært Grunnlovens bestemmelser om den dømmende makt som kan tenkes å utgjøre en skranke for adgangen til å gi domsmyndighet til internasjonale tribunaler».¹⁰ Med særlig vekt på at voldgiftstribunalene ikke vil tolke og anvende norsk rett, bare investeringstraktatens bestemmelser, konstaterer Alvik at overføring av myndighet ikke vil gripe inn i norske domstolers kompetanse jf. Grunnloven § 88. Etter dette er hans konklusjon at det i all hovedsak er et politisk og ikke et rettslig spørsmål om Norge skal inngå slike avtaler.

Tesen i herværende artikkel er at Regjeringens utkast til modellavtale og dens tvisteløsningsmekanisme står i et vanskelig forhold til en rekke andre bestemmelser i Grunnloven. For å løfte frem hvilke verdier og hensyn som er i spill, vil jeg først, i avsnitt 3 nedenfor, gjøre rede for utviklingen på EU-hold. I september 2015 signaliserte EU-kommisjonen at den vil forkaste voldgift som tvisteløsningsmekanisme i bilaterale avtaler hvor Unionen som sådan er part. Avsnitt 4 utdyper hvorfor voldgiftsmekanismen er så kontroversiell. Bruken av bilaterale investeringstraktater har vokst frem innenfor et gammeldags i-land – u-land paradigme, for å beskytte kapitaleksportører. Systemet er for enkelt og pragmatisk til at det uten videre kan utgjøre lesten for mer avansert og dyptgående handelssamarbeid, utviklede stater i mellom.

Avsnitt 5 redegjør for valg av analytisk tilnærming til de norske grunnlovsspørsmålene. Her anlegger jeg samme tilnærming som Alvik, og gjør således ikke bruk av doktrinen som blir praktisert av Justisdepartementets lovavdeling – læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring.¹¹ I avsnitt 6–8 identifiserer og drøfter artikkelen de øvrige av Grunnlovens enkeltbestemmelser som er relevante: Grunnloven § 75 og § 121 om Stortingets lovgivende og grunnlovgivende myndighet, Grunnloven § 92 om vernet av menneskerettighetene samt Grunnloven § 2 – konstitusjonens verdiparagraf. Avsnitt 9 sammenfatter artikkelens funn.

3. EU forkaster voldgiftsmekanismen

Ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten, 1. desember 2009, bidrar til å forklare EUs nyvunne energi i arbeidet med å fremforhandle og inngå bilaterale handels- og investeringstraktater, for eksempel med USA (the Transatlantic Trade and Investment Partnership – «TTIP») og Canada (the Comprehensive Economic and Trade Agreement – «CETA»). Fra dette tidspunkt ble Unionens *Common Commercial Policy* utvidet, slik at den også inkluderer *Foreign Direct Investment*. Dette følger av kompetansebestemmelsen i the Treaty on the Functioning of the European Union, «TFEU» artikkel 206 (min utheving):

⁹ Alvik (2015) s. 582.

¹⁰ Alvik (2015) s. 595.

¹¹ For en utførlig begrunnelse, se Tarjei Bekkedal, «Suverenitet og samarbeid. Grunnlovens skranke for delegasjon av statsmakt», *Kritisk juss* 2016 s. 3–37, avsnitt 3. For en beskrivelse og kritikk av den tradisjonelle doktrinen, se Eirik Holmøyvik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *Lov og Rett* 2011, s. 447–471.

«By establishing a customs union in accordance with Articles 28 to 32, the Union shall contribute, in the common interest, to the harmonious development of world trade, the progressive abolition of restrictions on international trade *and on foreign direct investment*, and the lowering of customs and other barriers.»

Å innlemme investeringer i Unionens felles handelspolitikk er en vesentlig nyskaping. For det første bidrar dette til å bygge ned det klassiske skillet mellom handelsrett og investeringsrett, mellom handelsavtaler og investeringstraktater. For det andre er handelspolitikken et område hvor Unionen har såkalt «enekompetanse», jf. TFEU artikkel 3.1 e. På slike områder er det i utgangspunktet bare Unionen og dens institusjoner som kan vedta juridisk bindende rettsakter, jf. TFEU artikkel 2.1. EUs respektive medlemsstater har lenge vært avskåret fra å inngå egne, individuelle handelsavtaler. Utvidelsen av artikkel 206 TFEU er en ytterligere utvidelse av EUs kompetanse. Dermed kan medlemsstatene heller ikke slutte individuelle investeringstraktater. I prinsippet medfører traktatendringen også at de over 1200 bilaterale investeringstraktatene som EUs medlemsstater alt hadde etablert med tredjeland før dette tidspunktet, nå er på kant med traktatens system. For disse er det laget et overgangsregime.¹² For fremtiden er det EUs institusjoner som fremforhandler og inngår nye traktater, med virkning for Unionen som sådan, og dermed for samtlige av dens medlemsstater. Den endelige beslutningsmyndigheten ligger til Rådet, jf. TFEU artikkel 207.4.¹³

I forlengelsen av sin nyvunne kompetanse har EU arbeidet for å utvikle en egen politikk for utforming av investeringstraktater – eller for det som i praksis gjerne vil utgjøre et investeringskapittel innenfor en internasjonal handelsavtale. Valg av tvisteløsningsmekanisme og dens nærmere utforming, har vært det mest omstridte spørsmålet. Opprinnelig formulerte Kommissjonen sitt standpunkt med henvisning til den rettstradisjonen som Unionen tok over fra medlemsstatene, gjennom vedtakelsen av Lisboa-traktaten.¹⁴

«In order to ensure effective enforcement, investment agreements also feature investor-to-state dispute settlement, which permits an investor to take a claim against a government directly to binding international arbitration. Investor-state dispute settlement, which forms a key part of the inheritance that the Union receives from Member State BITs, is important as an investment involves the establishment of a long-term relationship with the host state which cannot be easily diverted to another market in the event of a problem with the investment.»

¹² Jf. Regulation 1219/2012 Establishing transitional arrangements for bilateral investment treaties between Member States and third countries, OJ L 351 40.

¹³ Det finnes en stor mengde litteratur om dette. Pedagogisk og grundig er August Reinisch, «The EU on the Investment Path – *Quo Vadis* Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements», *Santa Clara Journal of International Law* 2013, s. 111–157. Se også Julien Chaisse, «Promises and pitfalls of the European Union Policy on foreign investment – how will the new EU competence on FDI affect the emerging global regime?», *Journal of International Economic Law*, 2012, s. 1–34.

¹⁴ Communication from the Commission – Towards a comprehensive European international investment policy COM/2010/0343 final, avsnitt (d).

Kommisjonen fremholdt at EUs medlemsland til sammen hadde inngått nærmere 1200 slike avtaler, siden Tyskland sluttet den første – med Pakistan i 1959. Alle medlemslandene så nær som Irland gjorde bruk av BITer i sin handelspolitikk.

I sin respons til Kommisjonens standpunkt uttrykte EU-parlamentet “its deep concern regarding the level of discretion of international arbitrators to make a broad interpretation of investor protection clauses, thereby leading to the ruling out of legitimate public regulations”.¹⁵ Og ikke minst: Tyskland, det EU-landet som har sluttet flest bilaterale investeringstraktater – har sammen med Frankrike, som har sluttet tredje flest – uttrykt innbitt motstand mot at avtaler som CETA og TTIP skal ta i bruk den tradisjonelle voldgiftsmekanismen.¹⁶

Motstanden har ledet til et betydelig arbeid på EU nivå. Det ligger på den ene side fast at investeringskapittelet i nye handelsavtaler skal inneholde mekanismer som bidrar til effektiv og upolitisk tvisteløsning. På den andre siden må domstolsordningen oppfylle konstitusjonelle og politiske krav, bl.a. når det gjelder å sikre transparens, garantere dommernes uavhengighet, og å ivareta riktig balanse med hensyn til medlemsstatenes rett til å regulere.

I juli 2014 gjennomførte Kommisjonen en offentlig høring om spørsmålene, som genererte over 150.000 hørings svar. I en pressemelding datert 16. september 2015 – tre dager etter at høringsfristen for den norske modellavtalen utlöp – kunngjorde Kommisjonen at den vil arbeide for å reformere investeringsretten og at et nytt «Investment Court System» skal erstatte den tradisjonelle ISDS-mekanismen:¹⁷

The new Investment Court System will be composed of fully qualified judges, proceedings will be transparent, and cases will be decided on the basis of clear rules. In addition, the Court will be subject to review by a new Appeal Tribunal. With this new system, we protect the governments' right to regulate, and ensure that investment disputes will be adjudicated in full accordance with the rule of law.

Systemet er i støpeskjeen. Særlig tre dokumenter er i denne sammenhengen viktige å kjenne: Det første er Kommisjonens «Concept paper» fra mai 2015: *Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*.¹⁸ Det andre dokumentet er det nye utkastet til investeringskapittel i TTIP fra september 2015.¹⁹ Et tredje dokument av interesse er en komparativ studie innhentet av Europaparlamentets direktorat for External Policies.²⁰

¹⁵ European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy (2010/2203(INI)), avsnitt 24.

¹⁶ <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/france-and-germany-form-united-front-against-isds-311267>

¹⁷ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm

¹⁸ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

¹⁹ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf

²⁰ Steffen Hindelang & Carl-Philipp Sassenrath, *The Investment Chapters of the EU's International Trade and Investment Agreements in a Comparative Perspective*, European Parliament, Policy Department DG External Policies, 29 september 2015 (175 sider).

Dokumentene foran er omfattende, og plassen tillater ikke en mer inngående analyse. Utviklingen etterlater imidlertid et mer overordnet spørsmål som er av interesse når vi senere skal vurdere forholdet mellom bilaterale investeringstraktater og den norske Grunnloven: Hvordan kunne mekanismen med ad hoc oppnevnte voldgiftstribunaler utgjøre «a key part of the inheritance that the Union receives from Member State BITs», men ende opp i miskreditt?

4. Fra kommersiell voldgift til kontroll av offentlig myndighetsutøvelse

4.1 Voldgiftsordningens opprinnelse

Voldgift er i utgangspunktet en avtalt, privatrettslig tvisteløsningsmekanisme som i første rekke er ment å håndtere kommersielle krav. Statenes engasjement var begrenset til å etablere konvensjoner som gjensidig anerkjenner utenlandske voldgiftsavgjørelser som tvangsgrunnlag foran nasjonale domstoler. Primærformålet bak avtaler som Geneve-protokollen (1923) og New York-konvensjonen (1958) var å fremme internasjonal handel ved å understøtte et effektivt og upolitisk system for konflikthåndtering.²¹

Når det gjelder Regjeringens forslag til modellavtale, vil ICSID-konvensjonen fra 1965 utgjøre investeringstraktatens og dermed tvisteløsningsmekanismens bakgrunnsrett.²² ICSID-konvensjonens artikkel 25 åpner for at voldgiftstribunalene kan håndtere «any legal dispute arising directly out of an investment» – herunder tvister mellom en stat og en investor om inngripende offentlig regulering. Det er viktig å understreke at tilslutning til ICSID-konvensjonen ikke i seg selv medfører at staten er forpliktet til å la eventuelle investeringstvister bli behandlet etter konvensjonens regler.²³ I første omgang forplikter staten seg bare til å anerkjenne de voldgiftsavgjørelser som eventuelt måtte bli avsagt i samsvar med konvensjonen *annetsteds*. Oppgaven med å fullbyrde voldgiftsdommer blir dermed fordelt mellom domstolene i alle konvensjonsstater – og i den forstand delegert. De ulike nasjonale domstolenes adgang til å foreta en egen materiell prøving av tvangsgrunnlaget som ledd i fullbyrdelsesprosessen – å utføre en viss egenkontroll av voldgiftstribunalets avgjørelse – er enten svært begrenset eller fullstendig avskåret.

Dersom en næringsdrivende skal oppnå adgang til å anlegge voldgiftssøksmål mot en stat som har tiltrådt ICSID-konvensjonen, krever dette et supplerende grunnlag. Det ligger i statenes hender å definere hvor vid søksmålsadgangen skal være. I forarbeidene til den norske gjennomføringslovgivningen blir det fremholdt at staten vil kunne sikre at «voldgiftsavtalen får et slikt innhold at krav som ikke er ‘borgerlige krav’ faller utenom».²⁴ Jon Christian Fløysvik Nordrum har påpekt at man den gang bare så for seg at den norske staten ville samtykke til voldgift i saker om privatrettslige anliggender, og at det kun ville være aktuelt med enkeltstående samtykker – altså en voldgiftsavtale med den aktuelle investor for det konkrete tilfellet.²⁵ Krav om samtykke til voldgift i hvert enkeltstående tilfelle er for øvrig EFTA–Singapore-traktatens løsning, jf. dens artikkel 48.2.

²¹ Van Harten & Loughlin (2006) s. 125.

²² «Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States», i kraft 14. oktober 1966, signert av Norge 24. juni 1966, ratifisert 16. august 1967, og i kraft for Norge 15. september samme år.

²³ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1966–67) s. 1.

²⁴ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1966–67) s. 4.

²⁵ Fløysvik Nordrum (2008), s. 375.

4.2 Kontroll av offentlig myndighetsutøvelse

Regjeringens nye forslag til modellavtale innebærer at det vil skje en kopling mellom ICSID-konvensjonen og bilaterale investeringstraktater som Norge inngår. Dette gir et regime som i sin natur er et helt annet enn dersom det bare skjer en kopling med konkrete investeringskontrakter. Det skyldes tre forhold: For det første etablerer investeringstraktater rettigheter for private som legger begrensninger på statens adgang til å utøve offentlig myndighet. Dermed får traktatene en offentligrettslig og nærmest konstitusjonell karakter, hvis hovedformål er å garantere investorer stabilitet. For det andre vil Regjeringens modellavtale gi beskyttelse til en ubestemt krets av næringsdrivende. Det eneste kvalifikasjonskravet er at disse må ha tilstrekkelig tilknytning til det landet som er motpart i traktaten. For det tredje overlater modellavtalen de næringsdrivende en ensidig rett til å kreve voldgift. Det er altså ikke nødvendig med avtale eller samtykke i hvert konkrete tilfelle. Dette innebærer at investeringstraktater Norge slutter i fremtiden, med modellavtalen som lest, vil regulere tvister hvis innhold og omfang staten ikke kjenner på tidspunktet når traktaten blir inngått. I motsetning til en konkret investeringskontrakt ser vi at investeringstraktater er fremoverskuende og generelle på samme måte som lovgivning.²⁶ Dette står i kontrast til deres privatrettslige tvisteløsningsmekanisme.

4.3 I-land – u-land paradigmet

Et alternativ til å etablere rettigheter gjennom bilaterale investeringstraktater med voldgiftsklausul er å henvise internasjonale investorer til den beskyttelse som allerede følger av nasjonal lov, Grunnlov og menneskerettighetsvern, som håndhevet av nasjonale domstoler. Det forutsetter imidlertid at det eksisterer et velfungerende institusjonelt system, og det er ikke tilfelle alle steder i verden. Da vil investeringstraktatene kompensere for mangelen på stabil og god lovgivning. Voldgiftstribunalet, komplementert med et desentralisert nettverk av nasjonale domstoler som i siste instans kan stå for tvangfullbyrdelse, kompenserer for mangelen på kompetente og uavhengige rettslige institusjoner.

Frem til 1990 ble i praksis alle bilaterale investeringstraktater med voldgiftsklausul sluttet mellom kapitaleksporterende og kapitalimporterende land.²⁷ U-landene trengte investeringer. I-landenes aktører trengte beskyttelse når de opererte i ustabile regimer. Modellavtalene ble utformet av de største kapitaleksportørene. ICSID-konvensjonens voldgiftssystem er forvaltet av en avdeling under Verdensbanken – the World Bank's International Centre for the Settlement of Investment Disputes. Dette understreker systemets forbindelse til utviklingsarbeid. U-landene er avhengige av kreditter fra Verdensbanken, og ved manglende etterlevelse av en voldgiftsdom kan litt vennlig press fra bankens side være til hjelp. I motsatt fall kommer poenget med den desentraliserte tvangfullbyrdelsesmekanismen til syne. Voldgiftstribunalets avgjørelse har som nevnt direkte virkning. Slik Alvik pedagogisk understreker, er ikke hovedpoenget at en fellende dom, for eksempel mot Norge, får virkning her i riket. Det sentrale er at dommen vil ha status som tvangsgrunnlag i *alle andre stater* tilsluttet ICSID-konvensjonen.²⁸ Det innebærer at en investor som har vunnet en sak mot

²⁶ Slik også Gus Van Harten, «The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state», *International Comparative Law Quarterly* 2007, s. 371–394 (s. 379).

²⁷ Van Harten & Loughlin (2006) s. 123–124.

²⁸ Alvik (2015) s. 587. Per i dag er 150 stater tilsluttet konvensjonen, se <https://icsid.worldbank.org>.

Norge, kan realisere sin erstatning i enhver konvensjonsstat hvor den norske stat har tilgjengelige eiendeler.

Systemets utforming innebærer at Norge ikke kan skjerme seg mot en fellende voldgiftsdom – ikke en gang ved å begå folkerettsbrudd. Fullbyrdelse av voldgiftstribunalets avgjørelse fordrer ikke nasjonal medvirkning. Det vil være uten effekt om Stortinget vedtar en lov som positivt bestemmer at tribunalets avgjørelse ikke skal gjelde – enn si endrer Grunnloven. Organene som fullbyrder voldgiftstribunalets avgjørelse, ligger utenfor rekkevidden av norsk jurisdiksjon. Systemet er konstruert slik at det gir et effektivt vern mot at selv den mest kyniske diktator skal kunne tilrane seg utenlandske investeringer i eget land ved hjelp av kreativ lovgivning. Van Harten formulerer det slik:²⁹

«international investment rules ‘were invented in Europe’, as a means to discipline newly-independent countries among former colonies. The thrust of proposed treaties like the TTIP, CETA and Trans-Pacific Partnership (TPP) is to extend those anti-democratic, non-judicial rules to developed countries too».

Observasjonen er spissformulert, men fanger likevel opp et viktig poeng. Hvis traktat- og voldgiftssystemet erstatter rettsordenen i demokratiske land som *har* velutviklet lovgivning og gode institusjoner, kommer legitimitetsspørsmålene på spissen. Det bidrar til å forklare EUs reformarbeid beskrevet foran.

5. Tilnærmingen til Grunnloven

Justisdepartementets lovavdeling, sammen med Utenriksdepartementets rettsavdeling, har utarbeidet to vurderinger om forholdet mellom bilaterale handelsavtaler med voldgiftsklausul og Grunnloven.³⁰ Begge vurderingene viser til Grunnloven § 1. I lys av bestemmelsens selvstendighetskrav, blir det antatt at Grunnloven i utgangspunktet oppstiller en forutsetning om at bare norske organer kan utøve statsmakt med direkte virkning i Norge.³¹ Fra dette utgangspunktet gjelder et unntak for «lite inngripende» myndighetsoverføring.

I sin tilnærming til Grunnloven gjør Alvik ikke bruk av Grunnloven § 1 eller læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring, og oppstiller i stedet en annen innfallsvinkel enn den vi finner i gjeldende konstitusjonell praksis: «Forutsetningen Grunnloven (...) må anses å hvile på, er (...) at enhver folkerettslig forpliktelse som kan gjennomføres i norsk intern rett gjennom vanlig lov, også må kunne inngås etter § 26 med Stortingets samtykke.»³² Det man må undersøke, er om en slik tenkt lov vil gripe inn i noen av Grunnlovens enkeltbestemmelser.

Jeg vil slutte meg til Alviks tilnæringsmåte. Selv om det å inngå bilaterale handelsavtaler med voldgiftsklausul har flere kontroversielle sider, vil det ikke markere rikets opphør eller undergang. Norges status som selvstendig rike, jf. Grunnloven § 1, vil fortsatt

²⁹ Gus Van Harten, «A parade of reforms: The European Commission’s latest proposal for ISDS», *Osgoode Legal Studies Research Paper* no. 21/ 2015, s. 2.

³⁰ JDLov-1997-5405 *Voldgiftsklausuler i bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler* og et senere oppfølgingsnotat, stilet til Statssekretærutvalget for investeringsbeskyttelsesavtaler, datert 7.12.2006.

³¹ Se utførlig Inge Lorange Backer, «Er Norge fortsatt en selvstendig stat?» i *Rettssteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002 s. 43–58.

³² Alvik (2015) s. 594.

være i behold. Premisset i dagens praksis om at Grunnloven hviler på en forutsetning om at statsmakt i Norge *må* utøves av norske organer, er det etter min oppfatning svak dekning for.³³ Også læren om «lite inngripende» myndighetsoverføring synes å mangle direkte forankring i Grunnloven.³⁴

Om vi i stedet foretar en analyse av forholdet til de av Grunnlovens enkeltbestemmelser som er berørt, vil det lede inn i en reell vurdering. Dette til forskjell fra dagens konstitusjonelle doktrine, hvor den sentrale skillelinjen er formell: mellom folkerettslig og direkte virkning. Få eksempler er vel bedre egnet for å understreke tilkortkommenheten til dagens doktrine enn bilaterale investeringstraktater med voldgiftsklausul. Verken investeringstraktatene eller ICSID-konvensjonen pretenderer å ha direkte virkning i seg selv. Noen nærmere gjennomføring av en investeringstraktat er ikke nødvendig. Som Alvik påpeker, er det antakelig forenlig med ICSID-konvensjonen om Norge vedtar en lov som sier at dommer mot Norge *ikke* kan fullbyrdes her i riket – at de *ikke* har direkte virkning nasjonalt.³⁵ Alt dette spiller liten rolle, for voldgiftsribunalet utleder sin kompetanse av investeringstraktatens bestemmelser sammenholdt med ICSID-konvensjonen – og håndhevingsapparatet er domstoler i andre land, utenfor norsk jurisdiksjon. Derfor vil Norge være *sterkere* bundet under slike traktater enn det som for eksempel ville vært tilfelle om vi var medlem av EU og bundet av EU-retten. Myndighetene i EUs medlemsstater kan i det minste vedta lover eller avsi dommer som bevisst setter EU-rettslige forpliktelser til side, noe som krenker EU-retten, men som like fullt avskjærer dens effekter. Slutter Norge en bilateral investeringstraktat, er Stortinget bundet til masten.

6. Forholdet til Grunnloven § 75 og Grunnloven § 121

6.1 Prinsippet om at ett storting ikke kan binde et annet

I avsnitt 3 så vi at «retten til å regulere» har stått sentralt i EUs diskusjon. Avsnitt 4 foran beskrev hvordan et hovedformål bak BITer med voldgiftsklausul har vært å beskytte kapitaleksportører (i-land) mot regulatoriske inngrep fra vertsstaten (u-land). Dette understreker at det eksisterer et spenningsforhold mellom investeringstraktatene og Grunnloven § 75, som slår fast: «Det tilkommer Stortinget å gi og oppheve lover».

Investeringstraktatene etablerer et vern som nærmest har en konstitusjonell karakter. Det skyldes dels det opplagte – at investor-rettighetene er formulert gjennom vide og skjønnsmessige standarder som begrenser nasjonalstatens handlingsrom. Dels skyldes det at traktatene er konstruert på en måte som skal garantere investorene stabilitet: I Regjeringens utkast til modellavtale, artikkel 34.2 heter det: «For investeringer foretatt før oppsigelsestidspunktet, skal bestemmelsene i denne avtale forbli i kraft i ytterligere femten år fra det tidspunktet.» De håndhevende organer forholder seg utelukkende til traktatens bestemmelser i denne gyldighetsperioden. Som tidligere nevnt er både den dømmende myndighet – voldgiftsribunalene – og tvangsfullbyrdsapparatet – domstoler i andre land – utenfor Stortingets jurisdiksjon.

³³ Dette har jeg begrunnet utførlig i Bekkedal (2016) avsnitt 4.

³⁴ Se nærmere Bekkedal (2016) s. 11. I samme retning Holmøyvik (2011), s. 448, Alvik (2015) s. 594 og Erlend Leonhardsen, «The EEA EFTA States and EU Agencies: Getting Along or Going Alone», 2015, s. 22 tilgjengelig på ssrn.com.

³⁵ Alvik (2015) s. 597.

Investeringsstraktater med voldgiftsklausul skiller seg fra de mer alminnelige «I-landsavtalene» som Norge har inngått. I-landsavtaler er vanligvis konstruert på en mindre tvingende måte, både fordi de lettere kan sies opp og fordi effektiv håndheving uansett er basert på lojalitet. Menneskerettsloven § 3 og EØS-loven § 2 illustrerer det siste. Bestemmelsene statuerer at lover som tjener til å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser, skal gå foran andre lovbestemmelser i tilfeller av motstrid. Det er blitt påpekt at bestemmelsene om forrang gir de internasjonale konvensjonene en form for semi-konstitusjonell karakter. «Man kan som et bilde tale om en trinnhøyde mellom lov og Grunnlov.»³⁶ Bildet er en praktisk beskrivelse av hvor lojalt Norge tilstreber å oppfylle sine internasjonale forpliktelser. Det prinsipielle står like fullt uberørt: Eivind Smith understreker at «norsk rett ikke kjenner noen ‘trinnhøyde mellom lov og Grunnlov’» – for som lovgiver kan ikke ett storting binde et senere.³⁷ EØS-loven og menneskerettighetsloven kan endres i morgen. Investeringsstraktater utformet i samsvar med Regjeringens modellavtale kan ikke det.

Når investeringsstraktatene er sluttet, lever de sitt eget liv, utenfor Stortingets rekkevidde. Derfor kunne ikke investor-rettighetene vært gitt som vanlig lov, jf. Grunnloven § 75, for ingen vanlige lover kan gjøres uforanderlige i 15 år. Heller ikke Grunnloven er uforanderlig. Den er mer tidkrevende å endre enn vanlige lover, dog tar det ikke 15 år. Men selv ikke ved grunnlovsendring kan Stortinget avskjære investeringsstraktatens forpliktelser. Derfor er også Grunnloven § 121 berørt. En mer presis observasjon er kanskje at investeringsstraktatene er utenfor Stortingets rekkevidde fordi de er konstruert på en måte som gjør at de ligger *utenfor Grunnlovens rekkevidde*. Det er meningen. En kapitaleksportør fra et I-land må jo ha beskyttelse mot at folk så vel som røvere benytter sitt lands grunnlov som våpen.

Det vanlige i norsk konstitusjonell praksis er forhåndskontroll: Norges internasjonale forpliktelser blir utformet med sikte på at våre nasjonale organer selv skal stå for gjennomføringen i nasjonal rett. For egen del har jeg tatt til orde for at også etterhåndskontroll i stor utstrekning er forenlig med Grunnloven: Stortinget må i hovedregelen kunne legge myndighet med direkte virkning til et internasjonalt organ gjennom en alminnelig delegasjonslov. Dette binder ikke senere Storting, for slike lover kan normalt oppheves.³⁸ Hvis den siste muligheten ikke eksisterer, slik at fullmakten ikke kan trekkes tilbake, eller dens virkninger ikke kan avskjæres, står vi overfor oppgivelse av myndighet, ikke delegasjon. Det er tvilsomt om Grunnloven i det hele tatt åpner for å overføre myndighet til organer som verken direkte eller indirekte er underkastet Grunnloven – slik investeringsstraktatene legger opp til. Mer om det senere.

6.2 Normen for offentligrettslig erstatningsansvar berører lovgivningsmyndigheten

Problemstillingen i dette avsnittet er om og hvordan investeringsstraktatenes norm for offentligrettslig erstatningsansvar griper inn i Grunnloven § 75. Utgangspunktet er dette: Voldgiftstribunalet har kompetanse til å tolke og fastlegge innholdet av de forpliktelsene som følger av investeringsstraktaten med endelig virkning. Tribunalet kan ikke sette nasjonale lover

³⁶ Carsten Smith, «Fra konvensjon til lov», *Mennesker og rettigheter* 3/1999 s. 266–274 (s.272).

³⁷ Eivind Smith, «‘Semi konstitusjonell karakter’? », *Lov og Rett* 2001 s. 385–386.

³⁸ Bekkedal (2016).

til side, eller kjenne beslutninger ugyldige. Derimot har det kompetanse til å idømme nasjonalstaten plikt til å svare erstatning i tilfeller hvor det blir konstatert traktatbrudd.

Erstatning krever et ansvarsgrunnlag. Det å ha kompetanse til å idømme erstatning innebærer en kompetanse til å forvalte ansvarsgrunnlaget som en *selvstendig norm*, og i praksis også til å forme denne normens nærmere innhold. Som vi skal se har normens utforming konsekvenser for Stortingets lovgivningskompetanse.

Investeringsretten antar en rent privatrettslig tilnærming til erstatningsspørsmålet. Alvik beskriver dens ansvarsnorm slik:

«The general rule is that state responsibility entails a secondary obligation to provide reparation for the breach. This means that the claimant so far as possible ought to be put in the position in which he would have been had the breach not occurred.»³⁹

En slik ansvarsnorm følger naturlig av en kontraktsrettslig innfallsvinkel, noe som igjen kan føres tilbake til voldgiftsinstituttets privatrettslige opphav. Kravet på erstatning er objektivt fordi det er utledet av selve oppfyllesesinteressen. Anvendt innenfor en offentligrettslig ramme, vil dette utgjøre et prinsipp om *strict liability* – objektivt ansvar. Dette er motsatt av det utgangspunktet som nylig er formulert av Høyesterett når det gjelder intern norsk rett: «Det gjelder ikke objektivt ansvar for konsekvensene av at en lov finnes å være i strid med Grunnloven ...».⁴⁰ Tilsvarende følger det av Rt. 2010 s. 291 *Vangen* at forvaltningen ikke hefter på objektivt grunnlag i tilfeller av ulovhjemlet myndighetsutøvelse.⁴¹ Avgjørelsen begrunner dette med at normen for offentlig erstatningsansvar har konsekvenser for nasjonale myndigheters reguleringsmyndighet også ut over den konkrete tvist. Objektivt ansvar kan gjøre at myndighetenes frykt for krevende søksmål, og i verste fall erstatningsansvar, leder til en større grad av regulatorisk tilbakeholdenhet enn det som reelt er nødvendig.

Særlig EU-rettens prinsipper for offentligrettslig erstatningsansvar er egnet til å illustrere de konstitusjonelle aspektene i større detalj. Selv om EUs traktatverk er omfattende og på mange punkter inngripende overfor medlemsstatene, finner vi ingen generell bestemmelse om statlig erstatningsansvar. I stedet er ansvarsgrunnlaget og dets nærmere innhold utformet gjennom rettspraksis. I følge EU-domstolen, er erstatningsansvarets viktigste begrunnelse at traktatbestemmelser med direkte virkning etablerer rettigheter for individet. Da følger retten til erstatning ved brudd som en umiddelbar konsekvens («necessary corollary»)⁴² På tross av dette utgangspunktet er adgangen til å kreve erstatning begrenset. På områder hvor lovgiveren eller andre myndighetsorganer har en betydelig diskresjon, innenfor vage rammer – slik tilfellet vil være under regjeringens forslag til investeringstraktat – har EU-domstolen slått fast at ansvar bare vil inntre der nasjonale myndigheter har «manifestly

³⁹ Ivar Alvik, *Contracting with sovereignty*, Hart 2011 s. 222.

⁴⁰ HR-2016-296-A, avsnitt 50.

⁴¹ Rt. 2010 s. 291 *Vangen* avsnitt 34. Se også Viggo Hagstrøm, «Exit objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak», *Lov og Rett* 2010 s. 285–291.

⁴² Joined cases C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, avsnitt 22.

and gravely disregarded the limits on the exercise of its powers». ⁴³ Den nærmere vurderingen skjer i nært samspill med nasjonale domstoler; «the Court cannot substitute its assessment for that of the national courts, which have sole jurisdiction to find the facts in the main proceedings and decide how to characterize the breaches of Community law at issue». ⁴⁴

Konstitusjonelt er EU-domstolens tilbakeholdenhet begrunnet i behovet for å beskytte den reguleringskompetansen som selve risikoen for å måtte svare erstatning griper inn i: ⁴⁵

«even where the legality of measures is subject to judicial review, exercise of the legislative function must not be hindered by the prospect of actions for damages whenever the general interest (...) requires legislative measures to be adopted which may adversely affect individual interests.»

Drøftelsen til nå viser at investeringsrettens norm om objektivt ansvar ved traktatbrudd er en annen enn den vi finner i norsk rett og i EU-retten. At en slik avvikende norm *berører* Grunnloven § 75 synes klart. Langt mer krevende er det å avgjøre når vi har å gjøre med et *inngrep* i bestemmelsen. Som et utgangspunkt tror jeg man kan si følgende: En domstol som tilkjenner erstatning uten i det hele tatt å se hen til ansvarsnormens offentligrettslige implikasjoner, krenker Grunnloven § 75. Om reguleringshensynet ikke er en avgjørende skranke mot objektivt ansvar, må det i hvert fall være obligatorisk å ta hensynet i betraktning. På den annen side: Om Stortinget selv ønsker å vedta en lov som oppstiller en norm om objektivt offentligrettslig erstatningsansvar, må det ha en vid adgang til dette, *så fremt det vet hva det gjør*. Har Stortinget først fattet et slikt vedtak må håndhevelsesorganet uten videre kunne rette seg etter avgjørelsen.

En mulig strategi for å håndtere de konstitusjonelle utfordringene kan lyde slik: Investeringsrettens norm om objektivt offentligrettslig erstatningsansvar er ukjent i norsk rett, og berører Grunnloven § 75 på en måte som stiller særlige krav til Stortingets beslutningsprosess. Ved eventuell traktatlutning må en grunnleggende forutsetning være at Stortingsfremlegget redegjør for de prinsipielle aspektene ved investeringsrettens erstatningsnorm på en like grundig måte som i et tenkt lovforslag om å snu opp ned på dagens nasjonale erstatningsrett. De prinsipielle aspektene kan også være argumenter for at § 115-vedtak er påkrevet, et spørsmål som bør vurderes, men som ikke kan drøftes nærmere her.

7. Forholdet til menneskerettighetene

7.1 Er forholdet til menneskerettighetene i det hele tatt av praktisk betydning?

Jeg har allerede antydnet at det er tvilsomt om Grunnloven i det hele tatt åpner for å overføre myndighet til organer som ikke selv er underlagt Grunnloven. Spørsmålet er generelt, men det blir aksentuert av forholdet til menneskerettighetene. Med dette som innfallsvinkel blir problemstillingen om Grunnloven tillater at dømmende myndighet blir lagt til voldgiftstribunaler som utleder sin myndighet av en norsk myndighetsbeslutning – og derfor

⁴³ *Brasserie du Pêcheur and Factortame*. avsnitt 45. Se utførlig Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Fagbokforlaget 2013, særlig avsnitt 7.3, jf. også HR-2016-296-A, avsnitt 51.

⁴⁴ *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, avsnitt 58.

⁴⁵ *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, avsnitt 45.

dypest sett av den norske grunnloven – uten det eksisterer mekanismer som sikrer at beslutningene er i samsvar med Grunnlovens menneskerettskatalog og øvrige menneskerettighetsvern.

Man kan innvende at problemstillingen er rent teoretisk, og at forholdet til menneskerettighetene ikke vil ha noen betydning i praksis. Investeringstraktatene oppstiller ingen plikter. De løfter jo bare ut og frem noen spesifikke rettigheter – nemlig de næringsdrivendes rettigheter – og lager et særskilt rettssystem for investorer. Sterkere beskyttelse kan ikke krenke noen! For egen del betrakter jeg dette som roten til problemet. Grunnloven § 98 slår fast: «Alle er like for loven». En konsekvens av dette prinsippet er at det må skje en bred og samlet avveining dersom menneskerettighetene til en gruppe i samfunnet kolliderer med rettighetene til en annen gruppe. I takt med utviklingen av andre og tredje generasjons menneskerettigheter er det svært praktisk at slike situasjoner oppstår.⁴⁶ Staten har en rekke positive forpliktelser når det gjelder å utarbeide lovgivning for å ivareta rettigheter som miljø, helse, personvern, arbeidstakervern, urfolksvern osv. Når investorrettigheter løftes ut av det alminnelige rettssystemet uten at de konkurrerende menneskerettighetene følger med, er det en fare for de sistnevnte mister den oppmerksomhet, tyngde og status som de etter Grunnloven har krav på. Som eksempel: Hvis nasjonal regulering som skal beskytte miljøet griper inn i investorenes rettigheter, vil voldgiftstribunalet anerkjenne miljøbeskyttelse som et reelt hensyn, men det er ikke gitt at dette vil ha samme vekt og gjennomslag som i en nasjonal vurdering foretatt av Høyesterett, hvor det *menneskerettslige vernet* av miljøet, jf. Grunnloven § 112, overlater Staten stor frihet i allmennhetens interesse. Det neppe mulig å utelukke at investeringsrettens bias i favør av de næringsdrivende kan lede frem til en annen balanse, hvor Staten risikerer å måtte svare erstatning for å utferdige regulering som oppfyller menneskerettslige forpliktelser, jf. Grunnloven § 112, selv om det motsatte ville vært tilfelle under nasjonal konstitusjonell rett.

Ut over dette har Grunnlovens menneskerettighetsvern en viktig utfyllende effekt i mange og vidt forskjellige sammenhenger, for eksempel når det gjelder retten til rettferdig rettergang, eller å sikre at representanter for berørte interesser kan intervensere og å få status som part.⁴⁷ Transparens bør også nevnes, menneskerettighetene beskytter pressens og andres rett til innsyn.⁴⁸ Dersom voldgiftstribunalene utleder sin kompetanse av en beslutning fattet i medhold av den norske Grunnloven uten at disse menneskerettslige forpliktelsene følger med på kjøpet, vil det etter mitt syn tvinge frem en vurdering av om dette er forenlig med Grunnloven.

7.2 Menneskerettighetsvernet i Regjeringens forslag til modellavtale

Regjeringens utkast til modellavtale bekrefter på sitt vis antakelsen om at forholdet til menneskerettighetene kan komme opp i mange sammenhenger, men det er ikke spesielt offensivt hva menneskerettighetsvernet angår. I alt oppstiller avtaleutkastet fire lidt spredte

⁴⁶ For en utdyping, se for eksempel Susan Karamanian, «The place of human rights in investor-state arbitration», *Lewis & Clark Review*, 2013 s. 423–447.

⁴⁷ Se inngående Francesco Francioni, «Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law», *European Journal of International Law* 2009 s. 729–747.

⁴⁸ Rt. 2015 s. 1467 *Pressens dokumentinnsyn*.

henvisninger til «menneskerettigheter». (Jeg viser i det videre til teksten i den norske oversettelsen, som er uoffisiell.)

I en note til avtaleutkastets artikkel 3.1 om rett til nasjonal behandling, er det presisert at partene «har den forståelse» at tiltak som blir anvendt for å nå et legitimt mål i allmennhetens interesse, for eksempel vern om menneskerettigheter, «ikke er uforenlig med bestemmelsene om nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling, selv om effekten blir en annen for en investering eller investor fra en annen part, når tiltaket kan rettfærdiggjøres ved å vise at dette henger sammen med nasjonal politikk som ikke er motivert ut fra et ønske om at innenlandske investeringer skal ha fortrinnsrett framfor utenlandskeide». Dette er forbeholdent og nokså ullent. Det er uklart hva som menes med «menneskerettigheter». Samtidig synes rettighetsvernet å bli redusert til et allment hensyn som voldgiftstribunalet kan ta i betraktning, eller se bort fra, alt etter hva som passer. Den samme reduksjonen, fra menneskerettighet til allment hensyn, ser vi under avtaleutkastets artikkel 6 om ekspropriasjon, hvor det blir gjort unntak for tiltak «utformet og iverksatt for å ivareta allmennhetens interesser, slik som tiltak for å verne folkehelse, menneskerettigheter, ressursutnyttelse, sikkerhet eller miljø».

Avtaleutkastets artikkel 12 om «retten til å regulere» statuerer mer generelt at ingen av bestemmelsene i modellavtalen skal tolkes slik at de «hindrer en part i å vedta, opprettholde eller håndheve tiltak som ellers er forenlige med denne avtale, og som den anser som hensiktsmessige for å sikre at investeringsvirksomheten drives på en måte som tar hensyn til helse, sikkerhet, menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter, ressurshåndtering eller miljø.» Også dette er uklart. Forbeholdet, «som ellers er forenlige med denne avtale», kan bety alt eller ingenting. Den samme mangelen på presisjon preger modellavtalens artikkel 31 om bedriftenes samfunnsansvar, hvor det heter at partene er enige om å «oppfordre» investorer til å drive sin virksomhet i samsvar med OECDs og FNs veiledende retningslinjer for menneskerettigheter. Fraværet av presisjon er ikke bare problematisk i seg selv, men også i lys av voldgiftssystemets privatrettslige opphav. Som konsekvens har voldgiftsdommerne ofte en privatrettslig bakgrunn, og det er blitt hevdet at dette både leder til en viss berøringsangst, og mangel på kunnskap, når det kommer til menneskerettigheter.⁴⁹

7.3 Plikten til å fremme menneskerettighetene kan ikke oppgis

7.3.1 Grunnloven som den høyeste rettskilde i norsk rett

Foran har jeg begrunnet hvorfor det å overføre dømmende myndighet til internasjonale voldgiftstribunaler har en side til menneskerettighetene. Utgangspunktet for en mer presis konstitusjonell vurdering er Grunnloven § 92 som statuerer:

«Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.»

Hvis Staten overfører dømmende myndighet til en institusjon som ikke selv er underlagt Grunnloven og menneskerettighetene vil det lett kunne fremstå som en omgåelse – det

⁴⁹ Bruno Simma, «Foreign investment arbitration: A place for human rights?», *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, s. 573–596.

motsatte av å «respektere og sikre». Dette kan komme i strid med prinsippet om at Grunnloven er den høyeste rettskilde i norsk rett, dersom norske myndighetsorganer heller ikke har mulighet for å kontrollere om det internasjonale organets avgjørelser respekterer verdiene i den norske Grunnloven, med adgang til å gripe inn. I artikkelen «Grunnloven § 93», som har øvet stor innflytelse over vår nasjonale diskurs om overføring av myndighet, tok Carl August Fleischer følgende for gitt:⁵⁰

«Også etter en myndighetsoverføring er Grunnloven den høyeste rettskilde i norsk intern rett. En internasjonal beslutning, som i henhold til § [115] skal ha direkte virkning som intern rett, må stå tilbake for Grunnlovens enkelte bestemmelser på samme måte som en ordinær norsk formell lov jo må gjøre dette.»

Prinsipielt kan standpunktet utlegges slik: Den norske Grunnloven forutsetter neppe at all myndighet som har virkning i Norge må utøves av norske organer. Derimot forutsetter den at all myndighetsutøvelse med virkning i Norge skal være underkastet Grunnloven – og dermed også Høyesteretts kontroll med at Grunnloven blir respektert. Forutsetningen for i det hele tatt å kunne delegerer myndighet til internasjonale organer er at Høyesterett alltid har det vi kan betrakte som dens «krisekompetanse» i behold. Domstolen må kunne gripe inn og sette til side grunnlovsstridige avgjørelser fattet av internasjonale organer, selv i tilfeller hvor dette vil utgjøre en tilsidesettelse av Norges internasjonale forpliktelser.

7.3.2 Internasjonal praksis om grensene for overføring av myndighet

Tolkingen av Fleischer foran, representerer et standpunkt som synes å være på linje med den dominerende doktrinen i internasjonal praksis og teori: Ansvar for å ivareta menneskerettighetene kan ikke delegeres vekk.⁵¹ EMD har slått fast:⁵²

«The Convention does not exclude the transfer of competences to international organisations provided that Convention rights continue to be ‘secured’. Member States’ responsibility therefore continues even after such a transfer.»

Ansvar er ikke til hinder for å overføre myndighet, men det legger premisser for innretningen av samarbeidet. I praksis blir dette håndtert gjennom doktrinen om «equivalent protection», som kan føres tilbake til den tyske forfatningsdomstolens avgjørelse i *Solange I* fra 1974.⁵³ Forfatningsdomstolen hadde ingen prinsipielle innvendinger mot overføring av myndighet til EU. Den fastholdt likevel at i tilfeller av konflikt, ville den tyske forfatningens menneskerettighetsvern gå foran EU-retten, noe som er i strid med EU rettens forrangsprinsipp. Forfatningsdomstolen oppstilte imidlertid en viktig reservasjon. Den ville bare foreta en selvstendig prøving av EU-lovgivningens grunnlovsmessighet *så lenge*

⁵⁰ Carl August Fleischer «Grunnloven § 93», *Jussens Venner* 1963, s. 73–111 (s. 96).

⁵¹ Se utførlig Guglielmo Verdirame, «A normative theory of sovereignty transfers», *Stanford Journal of International Law* 2013, s. 371–426.

⁵² *Matthews v. The United Kingdom* (Storkammer), 18. Februar 1999, avsnitt 32.

⁵³ BVerfGE 37, 271

(«solange») EU-retten selv manglet en egen rettighetskatalog som sikret individene et tilsvarende vern.

Forfatningsdomstolen har utviklet dette utgangspunktet i senere avgjørelser som det ikke er rom for å gå inn på her.⁵⁴ EU-domstolen har adoptert læren for eget bruk.⁵⁵ EMD har utviklet en tilsvarende lære, den såkalte «Bosphorus-doktrinen». Læren kommer til anvendelse der en konvensjonsstat har overført myndighet til en internasjonal organisasjon. Hvis organisasjonen «is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides» regnes dette som “equivalent protection.”⁵⁶ Forutsatt at denne betingelsen er oppfylt, vil EMD være tilbakeholden med å foreta egen prøving.⁵⁷

«If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation.»

Domstolene referert foran anerkjenner adgangen til å overføre kompetanse til å utøve myndighet med direkte virkning. Formelt er likevel prøvingskompetansen til stede. Med henvisning til den interne konstitusjonen som de nevnte domstolene både beskytter og opererer under, kan og vil de gripe inn dersom den internasjonale organisasjonens beslutninger krenker menneskerettighetene. Vi gjenkjenner Fleischers poeng.

7.3.3 Sammenfatning

Den norske Grunnloven åpner for å overføre kompetanse, men over det hele troner prinsippet om at Grunnloven er den høyeste rettskilde i norsk rett. Dette grunnprinsippet er neppe mulig å komme rundt, heller ikke gjennom bruk av Grunnloven § 115, hvis ordlyd tvert i mot reflekterer begrensningen. Grunnloven § 115 gir bare adgang til å overføre kompetanse som «ellers tilligger statens myndigheter». Kompetansebegrensningene som følger av Grunnlovens menneskerettighetsvern følger altså med på kjøpet. Det fordrer at noen fører kontroll med menneskerettighetsvernet i siste instans – og denne ultimate beskytter *må* være Høyesterett.

I kontrast til denne konstitusjonelle grunnsetningen, har analysen foran i artikkelen vist hvordan investeringstraktater med voldgiftsklausul er konstruert på en måte som gjør at voldgiftsribunalenes myndighetsutøvelse vil ligge utenfor rekkevidden av nasjonale grunnlover, og utenfor nasjonale institusjoners jurisdiksjon. Det er vanskelig å se at dette er forenlig med Grunnloven § 92 og § 115 – særlig tatt i betraktning av at investorrettighetene i mange tilfeller kan komme i berøring med menneskerettighetene til andre grupper i samfunnet.

⁵⁴ Se særlig *Solange II* (1986) BVerfGE 73, 339, *Brunner* (Maastricht, 1993) BVerfGE 89, 155 og *Lisbon* (1996) BVerfGE 102, 147.

⁵⁵ Joined cases C-402/05 og C-415/05 *Kadi*.

⁵⁶ *Bosphorus v Ireland* (Storkammer) 30 juni 2005, avsnitt 155.

⁵⁷ *Bosphorus v Ireland*, avsnitt 156.

8. Grunnloven § 88 jf. § 2

Forholdet mellom bilaterale handelsavtaler med voldgiftsklausul og Grunnloven § 88, har jeg behandlet mer utførlig annetsteds.⁵⁸ Her vil jeg kort påpeke at heller enn å fokusere på arten av den kompetansen som blir overført, er det i vårt tilfelle mer fruktbart å spørre: Hvilke krav stiller Grunnloven til innretningen og organiseringen av den domstolen som det er aktuelt å overføre myndighet til? Det er særlig dette spørsmålet som blir diskutert innad i EU. I norsk konstitusjonell diskurs synes vurderingstemaet «direkte eller folkerettslig virkning» å skygge for en tilsvarende analyse. Å anse de konstitusjonelle spørsmålene som uttømt gjennom dette, slik at alt annet bare er spørsmål av politisk karakter, kan neppe være korrekt.

Domstolskommisjonen (1999), under ledelse av Carsten Smith, formulerte i stedet et slikt utgangspunkt:⁵⁹

«Våre domstoler er en del av det offentlige styringssystem i en rettsstat som bygger på demokratiets grunnprinsipper. Selv om vår Grunnlov ikke har noen tilsvarende bestemmelse som den nye svenske Grunnlov om at «all offentlig makt utgår fra folket», er det ingen tvil om at folkesuverenitetsprinsippet ligger til grunn for vår forfatning, med Stortinget som vårt øverste folkevalgte organ.»

Som Domstolskommisjonen påviste, gir dette grunnlag for å stille en rekke krav til måten domstolene er organisert på. Etter revisjonen av Grunnloven i 2014 har slike krav fått en mer uttrykkelig rettslig forankring, gjennom § 2, hvor det heter: «Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.»⁶⁰

Diskusjonen innad i EU synliggjør en rekke problemer med voldgiftsmekanismen som er relevante å ta i betraktning også under den norske Grunnloven. Som ett blant mange eksempler kan det nevnes at *ad hoc*-oppnevnte tribunaler reiser særlige betenkeligheter når det gjelder prinsippet om dommeres uavhengighet. Den som er dommer i en sak, kan være prosessfullmektig i en annen. Hvilke øvrige oppdrag dommeren har, vet man ikke. Ei heller kan man garantere at ønsket om nye oppdrag ikke påvirker dommerens overveielser i en konkret sak, typisk i investortvennlig retning, for det er investorene som genererer nye saker og inntekter.

Et annet viktig spørsmål er hvilken grad av integrasjon som kreves mellom internasjonale og norske domstoler. Foran har jeg pekt på et grunnleggende poeng: Voldgiftstribunalet kan neppe operere helt på siden av den norske Grunnloven – Høyesteretts universelle jurisdiksjon når det gjelder å sikre at Grunnloven blir respektert må bestå. Mer spesifikt ser vi at forholdet mellom nasjonale og internasjonale domstoler, som EMD, EU- og EFTA-domstolen, er konstruert på måter som sikrer et nært samspill, og som forutsetter lojalitet. I siste instans beror det meste på at de nasjonale domstolene er villige til å anerkjenne føringene fra den internasjonale retten, noe de internasjonale domstolene er tvunget til å ta i betraktning. Derfor er samspillet og den gjensidige avhengigheten en grunnleggende, om enn indirekte, mekanisme for å *kontrollere* de internasjonale domstolers

⁵⁸ Bekkedal (2016) avsnitt 8.

⁵⁹ NOU 1999: 19 *Domstolene i samfunnet— administrativ styring av domstolene*, avsnitt 5.1.

⁶⁰ Se Dag Michalsen, «Grunnlovens nye verdiparagraf § 2», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014, s. 206–234, særlig s. 231.

virksomhet uten å gripe inn i deres uavhengighet. At kontroll med den som får seg overført myndighet er en konstitusjonell forutsetning kan neppe være tvilsomt.⁶¹ Hvor omfattende samspillet og kontrollen må være, er et annet spørsmål som ikke behandles nærmere her.

9. Konklusjoner

Investeringstraktater med voldgiftsklausul reiser en rekke konstitusjonelle utfordringer. Mest problematisk er det at voldgiftstribunalene utleder sin kompetanse av den norske Grunnloven og beslutninger fattet i medhold av den – uten at tribunalenes egen myndighetsutøvelse er underkastet Grunnloven – verken direkte eller indirekte. Dette er vanskelig å forene med prinsippet om at Grunnloven er den høyeste rettskilde, og kan være i strid med Grunnloven § 92 i den grad tribunalenes avgjørelser kommer i berøring med menneskerettighetene. Dette er skranker som er reflektert i Grunnloven § 115, og bestemmelsen kan ikke tjene til å komme rundt dem.

Investeringstraktatene berører i Stortingets rett til å regulere. Systemet innebærer at Stortinget blir bundet til masten, fordi traktatene er bindende i minimum 15 år, og fordi de dømmende og fullbyrdende organer ligger utenfor Stortingets rekkevidde. Dermed får traktatene en konstitusjonell og uforanderlig karakter. Dette fraviker prinsippet om at ett storting ikke kan binde et senere, og griper således inn i Grunnloven § 75. Også investeringsrettens norm om objektivt erstatningsansvar ved traktatbrudd kan komme i berøring med denne bestemmelsen. Traktater som griper inn i Grunnloven § 75 kan bare inngås dersom Stortinget avgir sitt samtykke i samsvar med de kravene som Grunnloven § 115 foreskriver.

Selve arten av de juridiske spørsmål som blir lagt i voldgiftstribunalenes hender reiser neppe problemer i forhold til Grunnloven § 88. Derimot kan domstolsapparatets svakheter når det gjelder dets utforming og organisering – samt det manglende samspillet med nasjonale domstoler – utgjøre et konstitusjonelt problem om vi leser Grunnloven § 88 i sammenheng med Grunnloven § 2. At EU er i ferd med å gå bort fra voldgift som tvisteløsningsmekanisme, og i stedet arbeider for å etablere et domstolsapparat som er i samsvar med «the rule of law», er illustrerende i så måte.

Alt i alt fremstår løsningen med ad hoc oppnevnte voldgiftstribunaler som en lite egnet mekanisme for tvisteløsning innenfor avansert handelssamarbeid, siviliserte stater imellom. Alternativet fremstår som klart: Norske myndigheter bør undersøke mulighetene og utfordringene ved å knytte seg til en slik global investeringsdomstol som EU har tatt initiativ til å etablere.

⁶¹ Se i denne retning Utenriksdepartementets rettsavdeling Dok. 3 (1961–62), s. 20.