

Notat

Til: Statssekretærutvalget for investeringsbeskyttelsesavtaler

Fra: Justisdepartementets lovavdeling
og Utenriksdepartementets
rettsavdeling

Saksnr.: 200604702 EO

Dato: 7.11.2006

26.10.2006 lovrådgiver Arnulf Tverberg

06.12.2006 ekspedisjonssjef Inge Lorange Backer

Bilaterale investeringsavtaler – konstitusjonelle spørsmål

1. INNLEDNING. GENERELLE UTGANGSPUNKTER

Nedenfor gis det en oversikt over de konstitusjonelle skranker som gjelder for adgangen til gjennom internasjonale avtaler å gi en internasjonal *ad hoc* voldgiftsrett kompetanse til å avgjøre tvister mellom Norge og investorer med bindende virkning her i landet. Spørsmålet er hvor langt slike avtaler kan inngås etter fremgangsmåten med alminnelig flertall i Grunnloven § 26 annet ledd.

Forutsetningen i det følgende er at investoren kan gå til sak mot staten for voldgiftsretten og at voldgiftsavgjørelsene har direkte internrettslig virkning i norsk rett. Det innebærer at avgjørelsene har direkte internrettslig rettskraft, og at de har direkte internrettslig tvangskraft hvis det er tale om avgjørelser om pengeytelser som retter seg mot en investor. Det kan tenkes ulike løsninger for hvorvidt tvisten først kan eller må behandles i nasjonale domstoler. Vi antar at den konstitusjonelle vurderingen i det vesentlige blir den samme uansett om saken først er behandlet i nasjonale domstoler eller ikke.

Folkerettslige avtaler kan enten – innenfor visse rammer – inngås med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd med krav om alminnelig flertall, eller etter bestemmelsen i Grunnloven § 93, som krever stortingsvedtak med tre fjerdedels flertall. Om ingen av disse bestemmelsene gir tilstrekkelig grunnlag for å inngå traktaten, vil det være nødvendig å endre Grunnloven etter § 112.

Grunnloven kapittel B, C og D legger den lovgivende, utøvende og dømmende makt til henholdsvis Stortinget, Kongen og Høyesterett. Det synes forutsatt at denne myndigheten i utgangspunktet bare kan utøves av de norske statsorganene som er nevnt i Grunnloven, eller av organer som er underordnet disse. At organene skal være norske, har støtte i selvstendighetskravet i Grunnloven § 1. Ut

fra Grunnloven §§ 88 og 90 må det legges til grunn at domsmyndighet i Norge som utgangspunkt skal utøves gjennom et hierarkisk oppbygd system av uavhengige domstoler med norsk Høyesterett som siste instans.

Det er likevel alminnelig akseptert at Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd kan brukes til å inngå avtale om å overføre kompetanse til å treffe internrettslig bindende myndighetsvedtak – herunder dømmende myndighet – til andre enn norske statsorganer, forutsatt at kompetansen er av "lite inngripende karakter".

Det nærmere innholdet i kriteriet "lite inngripende" må fastlegges i lys av de hensyn som ligger til grunn for Grunnlovens kompetansebestemmelser, her særlig Grunnloven §§ 88 og 90 om dømmende myndighet. Ved vurderingen må det legges vekt på bl.a. om den aktuelle domsmyndigheten gjelder et bestemt og avgrenset saksområde, om den ligger i kjerneområdet av domstolenes alminnelige virksomhet eller gjelder sentrale deler av domstolenes konstitusjonelle oppgaver i forhold til de andre statsmaktene, om overføringen er basert på gjensidighet og likeverdig deltakelse, og om myndighetsoverføringen kan trekkes tilbake.

Siden det her er tale om å utarbeide en standardmal som kan danne mønster for inngåelse av en rekke likeartede avtaler i overskuelig fremtid, vil de samlede virkningene slike avtaler inngå i grunnlovsvurderingen, selv om det naturlig nok kan være vanskelig å vite på forhånd hvor mange avtaler som vil bli inngått og med hvem.

I pkt 2 og 3 nedenfor vil vi, med utgangspunkt i to ulike tenkte hovedutforminger av tvisteløsningsklausulen i en standardmal for bilaterale investeringsavtaler, vurdere om avtaler i samsvar med standardmalen kan inngås med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. Pkt. 2 tas i første rekke med for sammenhengens skyld.

2. TWISTER OM MYNDIGHETSUTØVING

Mest vidtgående er myndighetsoverføringen hvis investoren skal ha adgang til å bringe inn for voldgiftsretten *alle typer tvister om investeringer, inkludert tvister om norske myndighetsvedtak er gyldige.*

Hvis en voldgiftsrett kommer til at et norsk myndighetsvedtak er i strid med norsk rett og må settes til side, kan det bli nødvendig å endre både norsk lov og forvaltningspraksis. Behovet for slike endringer kan i prinsippet oppstå på alle de rettsområdene som investoravtalen dekker, dvs. på alle rettsområder som har betydning for økonomisk aktivitet her i landet. Enkeltavgjørelser kan med dette reelt sett få stor betydning for både stat og borgere. Spørsmålet om voldgift har fått en helt annen reell og praktisk betydning enn tidligere. Det eksisterer etter

vårt syn en slik usikkerhet om hvordan avtalene vil slå ut over tid at det er grunn til å legge betydelig vekt på de prinsipielle betenkelighetene slike avtaler innebærer.

Konstitusjonelt vil det ikke være akseptabelt å inngå en avtale i medhold av Grunnloven § 26 annet ledd som innebærer at bindende domstolskontroll med Stortingets og forvaltningens vedtak på viktige rettsområder utøves av andre enn norske domstoler. Staten kan derfor ikke på forhånd forplikte seg til å gi utenlandske voldgiftsavgjørelser direkte internrettslig virkning i Norge når dette innebærer at norske myndighetsvedtak kan settes til side. Dette gjelder selv om overføringen skjer som ledd i et bilateralt samarbeid basert på gjensidighet og likeverdige vilkår. Slik overføring av myndighet vil ikke bare gjøre inngrep i domstolenes kompetanse, men i praksis også i Stortingets lovgivende myndighet etter Grunnloven §§ 49 og 75 bokstav a, samt i Kongens forvaltningsmyndighet etter Grunnloven kapittel B.

3. TWISTER OM FORSTÅELSE AV INVESTORAVTALEN / ERSTATNING

Spørsmålet er om Stortinget kan samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd hvis voldgiftsrettens kompetanse begrenses til bare å prøve om det foreligger *brudd på reglene (standardene) i den bilaterale investeringsavtalen*. Retten gis dermed i prinsippet bare myndighet til å avgjøre tvister om forståelse av den bilaterale investeringsavtalen, ikke myndighet til å avgjøre hva som følger av norsk rett eller at et norsk myndighetsvedtak skal være uanvendelig overfor investoren. Et beslektet alternativ innebærer at voldgiftsretten gis kompetanse til å behandle *erstatningssaker*, der erstatning er betinget av at det foreligger et brudd på de materielle standardene i investeringsavtalen.

Adgang til å idømme erstatningsansvar er prinsipielt mindre inngripende enn en formell adgang til å sette et myndighetsvedtak til side. Det er heller ikke ukjent at norske myndigheter kan idømmes erstatningsansvar av internasjonale håndhevingsorganer (Den europeiske menneskerettsdomstol) på grunnlag av at sak er reist av individer. De materielle standardene i avtalene er i det vesentlige i samsvar med alminnelig folkerettslig praksis, og norske forvaltningsrettslige standarder vil som hovedregel gi et tilsvarende eller høyere beskyttelsesnivå. Disse argumentene kan trekke i retning av at myndighetsoverføringen ligger innenfor det akseptable. Det kan også anføres at investeringsavtalene tematisk dekker problemstillinger som det har vært lang tradisjon for å behandle i folkeretten. Det er imidlertid grunn til å fremheve at en direkte søksmålsadgang for investoren er et relativt nytt fenomen.

Kombinasjonen av få og skjønnsmessige materielle bestemmelser, tvisteløsning ved en *ad hoc* voldgiftsrett og muligheten for at denne vil anvende en "uventet" eller "investorvennlig" tolkingsmetode kan samlet sett gi usikkerhet om både arten, omfanget og utfallet av sakene. Selv om det så langt ikke er reist saker mot

Norge som følge av de 15 BITs-avtalene vi har inngått siden 1966, er det ikke mulig å anslå hvor mange fremtidige saker som kan bli reist eller hvor prinsipielle og viktige sakene vil være. Det er vanskelig å ha oversikt over hvem som kan påberope seg de ulike investeringsavtalene. Saker kan få betydning ut over den aktuelle tvisten og i praksis få konsekvenser for norsk lovgivning og forvaltningspraksis. Reelt sett kan det oppstå spørsmål om å endre lovgivning eller forvaltningspraksis hvis en internasjonal voldgiftsrett kommer til at en myndighetshandling er i strid med en internasjonal avtale, selv om myndighetsvedtaket *formelt* ikke kan settes til side av voldgiftsretten med internrettslig virkning.

Etter vårt syn står en – med sikte på de voldgiftsklausulene som behandles her – overfor grensetilfeller der det er vanskelig å uttale seg med sikkerhet om hva som er "gjeldende statsrett". Det er ikke åpenbart hvor grensene går i den aktuelle sammenheng for kompetanseoverføring med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. Den foreliggende tvilen tilsier etter vårt syn at spørsmålet blir forelagt for Stortinget dersom det kan være aktuelt å inngå avtaler med en slik rekkevidde.

De konstitusjonelle betenkelighetene reduseres ved å minske *omfanget* av myndighetsoverføringen og risikoen for at investeringsavtalen gir *uventede negative utslag* for utøving av norsk statsmyndighet som etter Grunnloven ligger til norske statsorganer. En avtale som gjør det mulig å korrigere uønsket rettsutvikling, og å endre eller si opp avtalen, vil prinsipielt være å foretrekke fremfor en avtale som overfører myndighet for et ubegrenset tidsrom. I praksis kan det likevel vise seg vanskelig å utnytte en slik adgang til å komme fri fra uønskede konsekvenser av avtalen, fordi man da kan måtte gi slipp på de fordeler avtalen ellers gir. Etter vårt syn må det også ha betydning om det foreligger *et behov* for den aktuelle myndighetsoverføringen. Hensynet til Grunnloven taler for at en i avtaleteksten dermed i størst mulig utstrekning unngår skjønnsmessige bestemmelser som i unødig vid utstrekning innebærer overføring av norsk statsmyndighet. Det bør for eksempel så klart som mulig defineres hvor langt myndighetenes folkerettslige forpliktelse til å avstå fra reguleringer strekker seg.