



# **Nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling i den bilaterale investeringsavtalen mellom Norge og Russland**

*av Martin Hallheim Letnes*

Liten masteroppgave i rettsvitenskap (JUR-3902)  
ved Universitetet i Tromsø  
Det juridiske fakultet  
Høsten 2012

# Innholdsfortegnelse

<b>Del 1. Innledning.....</b>	<b>2</b>
1.1 Tema og problemstilling .....	2
1.2 Nærmere om temaets aktualitet.....	4
1.3 Metodiske bemerkninger.....	8
<b>Del 2. Standardene nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling.....</b>	<b>13</b>
2.1 Innhold og funksjon .....	13
2.2 Begrunnelse.....	15
2.3 Utbredelse og variasjon.....	17
<b>Del 3. Nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling i den norsk-russiske BIT artikkel 3 .....</b>	<b>19</b>
3.1 Introduksjon .....	19
3.2 Anvendelsesområde .....	20
3.2.1 Hvilke faser av investeringsprosessen er beskyttet? .....	20
3.2.2 Rettighetssubjektet .....	22
3.2.3 Pliktsubjektet.....	25
3.2.4 Rekkevidden av "treatment"-begrepet .....	28
3.2.5 Unntak .....	33
3.3 Fastsettelse av innholdet i kravene til behandling.....	37
3.3.1 Problemet.....	37
3.3.2 Den riktige komparator .....	38
3.3.3 Plikten til likebehandling .....	43
3.4 Motstrid mellom nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling .....	45
<b>Kilderegister.....</b>	<b>48</b>
Folkerettslige avtaler.....	48
Lover .....	49
Litteratur .....	49
Voldgiftsavgjørelser.....	50
Andre kilder .....	51
<b>Vedlegg .....</b>	<b>53</b>
Den norsk-russiske BIT .....	53

# Del 1. Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Verdensøkonomien blir stadig mer integrert. Økonomisk liberalisering og teknologiske fremskritt legger til rette for at investorer kan operere på tvers av landegrensene. Norge er som kapitalsterkt land en pådriver i denne utviklingen. Både den norske stat og norske selskaper foretar store investeringer i utlandet.

Norske investorer har de senere årene vist en spesiell interesse for Russland. Omfanget av norsk direkte investert kapital i Russland økte fra 7,5 milliarder kroner i 2005 til 47,9 milliarder kroner i 2010.<sup>1</sup> Rettsstillingen til norske investorer i Russland er et tema med økende aktualitet.

I 1995 inngikk Norge og Russland en bilateral investeringsavtale.<sup>2</sup> Dette er en traktat som beskytter investeringer foretatt på territoriet til den ene traktatparten, av investorer fra den andre traktatparten. Formålet med beskyttelsen er å stimulere til slike investeringer.

På verdensbasis finnes det et stort antall lignende investeringstraktater. De fleste er bilaterale og blir i kortform omtalt som BITs.<sup>3</sup> Ved utgangen av 2011 var det 2.833 bilaterale investeringsavtaler i verden.<sup>4</sup> Selv om dette er individuelt fremforhandlede traktater mellom suverene stater, har de klare likhetstrekk både i konsept, form og innhold. Traktatene gir rettigheter til private investorer. Pliktene pålegges myndighetene i det landet hvor investeringen foretas, gjerne omtalt som vertslandet.

En av investeringstraktatenes fellesnevner er at de oppstiller krav til vertslandets behandling av investorer og deres investeringer. Formålet er å "*restrain host country government*

---

<sup>1</sup> Statistisk sentralbyrå, *Tabell 04837: Direkteinvesteringer i utlandet. Balanseposter, etter land (mill. kr) (1998 – 2010)*. URL: [http://statbank.ssb.no/statistikkbanken/Default\\_FR.asp?PXSid=0&nvl=true&PLanguage=0&tilside=selecttable/hovedtabellHjem.asp&KortnavnWeb=di](http://statbank.ssb.no/statistikkbanken/Default_FR.asp?PXSid=0&nvl=true&PLanguage=0&tilside=selecttable/hovedtabellHjem.asp&KortnavnWeb=di) (Lesedato 15.10.2012).

<sup>2</sup> *Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Russian Federation on promotion and mutual protection of investments*, undertegnet i Oslo 4.10.1995. Heretter omtalt som den norsk-russiske BIT. Se vedlegg.

<sup>3</sup> En forkortelse av samlebetegnelsen 'Bilateral Investment Treaties'.

<sup>4</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2012*, 2012 s. 84.

*behaviour and impose a discipline on governmental actions*".<sup>5</sup> Traktatenes virkemiddel er å definere standarder som vertslandene må rette seg etter i sin behandling av investorer og investeringer.<sup>6</sup> Myndighetstiltak som ikke er i overensstemmelse med de definerte standardene for behandling, utgjør et brudd på traktaten.

Det opereres med ulike typer standarder for behandling. Noen retter seg mot spesifikke forhold, eksempelvis muligheten for pengeoverføringer til utlandet eller rettigheter ved ekspropriasjon.<sup>7</sup>

Andre standarder har en generell utforming. Disse retter seg mot alle sider av vertslandets relasjon til den traktatbeskyttede investeringen. To eksempler på slike standarder er nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling.<sup>8</sup> Kort fortalt innebærer disse at beskyttede investeringer skal behandles minst like fordelaktig som nasjonale investeringer og investeringer fra tredjeland. Formålet er å hindre forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet.

De fleste av verdens investeringstraktater inneholder i en eller annen form forpliktelser om å gi investorer og deres investeringer nasjonal- og bestevilkårsbehandling.<sup>9</sup> Det er betydningsfulle variasjoner i hvordan standardene formuleres. Graden av beskyttelse vil derfor variere mellom de ulike traktatene.

Den norsk-russiske BIT artikkel 3 har overskriften "*Treatment of Investments*".

Avhandlingens hovedmålsetting er å undersøke i hvilken grad denne bestemmelsen forplikter traktatpartene til å gi investorer og deres investeringer nasjonal- og bestevilkårsbehandling. I del 3 skal det derfor foretas en analyse av bestemmelsens rettslige innhold. Analysen omfatter hvem som har krav på, og hvem som plikter å gi nasjonal- og bestevilkårsbehandling. Videre omfattes når slik behandling kan kreves og fremgangsmåten for å fastsette det konkrete innholdet i kravene til behandling. Det skal også ses nærmere på utfallet av en eventuell motstrid mellom standardene.

---

<sup>5</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 205.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Op. cit.* s. 205 – 206.

<sup>8</sup> På engelsk omtalt som 'most favoured nation treatment' og 'national treatment'.

<sup>9</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 245.

Det bemerkes at også andre bestemmelser i den norsk-russiske BIT er egnet til å beskytte investorer mot forskjellsbehandling. Artikkel 4 sikrer likebehandling med hensyn til kompensasjon for tap forårsaket av krig, nasjonal unntakstilstand eller lignende hendelser. Artikkel 5 oppstiller et vern mot diskriminerende ekspropriasjonsvedtak. Dette er spesifikke standarder for behandling. I denne avhandlingen avgrenses analysen av den norsk-russiske BIT til å omhandle de generelle standardene oppstilt i artikkel 3.

Videre tar avhandlingen sikte på å gi en kort innføring i nasjonal- og bestevilkårsbehandling som standarder i internasjonal investeringsrett. I del 2 redegjøres det for standardenes innhold og funksjon, hva som begrunner at slike forpliktelser inngås, samt deres utbredelse og variasjon i traktatpraksis. Innføringen gis før analysen av den norsk-russiske BIT artikkel 3. Formålet er å gjøre det enklere å forstå analysens oppbygning og innhold.

En ytterligere målsetting er å plassere avhandlingens rettslige problemstillinger i en større samfunnsmessig kontekst. Innledningsvis skal det derfor i punkt 1.2 ses nærmere på temaets aktualitet.

## **1.2 Nærmere om temaets aktualitet**

Avhandlingens tema må ses i sammenheng med den økende politiske og økonomiske aktiviteten i nordområdene. I løpet av to tiår har forholdet mellom Norge og Russland gått fra den kalde krigens konfrontasjon til et forhold preget av mer gjensidig tillit og samarbeid.

Dagens politiske klima gir gode rammer for økonomisk aktivitet. Minst 70 norske bedrifter har en aktiv tilstedeværelse i Russland, hvor om lag 40 av dem er etablert i Murmansk.<sup>10</sup> Bedriftene varierer i størrelse og bransjetilhørighet. I Nordvest-Russland finnes flere små og mellomstore norske bedrifter som spesialiserer seg på leveranser til petroleumsnæringen. Norske investorer har også vist interesse for bransjene bank, eiendom, hotell og fisk.<sup>11</sup>

Flere av de store norske konsernene har foretatt investeringer på russisk territorium. Telenor er den største utenlandske investoren i det russiske telekommunikasjonsmarkedet.<sup>12</sup> Statoil

---

<sup>10</sup> Meld. St. 7 (2011-2012) Melding til Stortinget, Nordområdene – Visjon og virkemidler, 2011 s. 70 boks 7.1.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> URL: <http://www.norway.mid.ru/rn-economics.html> (Lesedato 15.10.2012).

samarbeider med russiske Gazprom om utviklingen av Stockman-feltet i Barentshavet. DNB har åpnet egen filial i Murmansk. Flere eksempler kunne vært nevnt.

Det er særlig to faktorer som tilsier en fortsatt økning i antallet investeringer på tvers av den norsk-russiske grensen.

For det første er det uttrykt politisk vilje om en slik utvikling. Myndighetene i begge land ønsker å bedre rammebetingelsene for grenseoverskridende aktivitet i nord.<sup>13</sup> Det jobbes aktivt med å redusere praktiske hindringer knyttet til visum, grensepasseringer, arbeidstillatelser og toll.

Det er også inngått et offisielt partnerskap om modernisering av de økonomiske forbindelser mellom Norge og Russland.<sup>14</sup> Fra norsk side er den uttalte målsettingen å skape forutsigbarhet for næringslivet og sikkerhet for investeringer.<sup>15</sup>

Et ytterligere politisk signal er Russlands nylig inngåtte medlemskap i World Trade Organization (WTO). Som WTO-medlem har Russland forpliktet seg til et liberaliserende internasjonalt rammeverk for handel og investeringer. Dette vil trolig bidra til å øke tilstrømmingen av utenlandske investeringer.<sup>16</sup>

Den andre faktoren er de kommersielle mulighetene for økonomisk profitt. Norsk og russisk territorium byr på en rekke investeringsmuligheter, spesielt i de nordlige områdene. Barentsregionen blir regnet som en av verdens fem mest lovende områder for næringsvirksomhet.<sup>17</sup>

Barentshavet har potensial til å bli en viktig europeisk energiregion, i første rekke som petroleumsleverandør. Området er også egnet til utvikling av fornybar energi i form av vind-,

---

<sup>13</sup> Se blant annet *Felleserklæring fra Kongeriket Norges utenriksminister og Den russiske føderasjons utenriksminister om styrket norsk-russisk grensenært samarbeid*, undertegnet i Oslo 2.11.2010.

<sup>14</sup> Meld. St. 7 (2011-2012) Melding til Stortinget, Nordområdene – Visjon og virkemidler, 2011 s. 70.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2012*, 2012 s. 58.

<sup>17</sup> Meld. St. 7 (2011-2012) Melding til Stortinget, Nordområdene – Visjon og virkemidler, 2011 s. 68.

vann- og bølgekraft.<sup>18</sup> Videre er det investeringsmuligheter knyttet til de store forekomstene av fisk og andre marine organismer.

Delelinjeavtalen som trådte i kraft 7. juli 2011 fastslår sjøgrensen mellom Norge og Russland.<sup>19</sup> Dette har åpnet for økonomisk aktivitet i områder hvor jurisdiksjonen tidligere var uavklart.

Andre investeringsmuligheter knytter seg til den forventede økningen i kommersiell skipstrafikk i de nordlige havområdene. Issmeltingen i Arktis åpner for nye sjøruter gjennom Polhavet.<sup>20</sup> En økning i skipstrafikken skaper behov for landbaserte tilbud som havner, lasteterminaler og vedlikeholdsverft.

Barentsregionen har også et potensial knyttet til mineralutvinning.<sup>21</sup> Sammenholdes dette med større petroleumsproduksjon og nye transportruter, vil det også kunne bli attraktivt å lokalisere andre former for industriproduksjon i nordområdene.<sup>22</sup>

Økende aktivitet i en bransje vil som regel skape positive ringvirkninger for andre bransjer. Eksempler kan være behov for leverandørindustri, kunnskapsmiljøer og infrastruktur.

Med denne utviklingen som bakteppe, kan det spørres hvilken praktisk betydning den norsk-russiske BIT har for investorer som opererer på tvers av den norsk-russiske grensen.

For det første er denne traktaten et rettslig grunnlag som gir investoren materielle rettigheter overfor myndighetene i landet hvor investeringen foretas.<sup>23</sup> Rettighetene knytter seg til forhold investorer flest anser som viktige. Eksempler kan være adgang til å overføre penger til utlandet og rettigheter ved ekspropriasjon. Traktaten gir også generelle garantier om nasjonal- og bestevilkårsbehandling.

---

<sup>18</sup> Meld. St. 7 (2011-2012) Melding til Stortinget, Nordområdene – Visjon og virkemidler, 2011 s. 14.

<sup>19</sup> *Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Den Russiske Føderasjon om maritim avgrensning og samarbeid i Barentshavet og Polhavet*, undertegnet i Murmansk 15.9.2010.

<sup>20</sup> Meld. St. 7 (2011-2012) Melding til Stortinget, Nordområdene – Visjon og virkemidler, 2011 s. 16.

<sup>21</sup> *Op. cit.* s. 125.

<sup>22</sup> *Op. cit.* s. 15.

<sup>23</sup> For en oversikt over innholdet i den norsk-russiske BIT, se Gunnar Nerdrum, "BITs – Bilateral Investment Treaties", *Lov og Rett*, 2009 s. 233-239.

Dersom den beskyttede investorens rettigheter ikke blir innfridd, utgjør dette et brudd på vertslandets folkerettslige forpliktelser. Eventuelle tap dette påfører investoren kan med grunnlag i folkerettslig sedvane kreves erstattet av vertslandet.<sup>24</sup>

Traktaten gir også investoren prosessuelle rettigheter. Tvister med vertslandet om oppfyllelse av traktatens forpliktelser kan bringes inn for internasjonale voldgiftsdomstoler. Tilgangen på et eget rettsmiddel gjør at investoren slipper å forfølge sitt krav i vertslandets nasjonale domstolssystem.

Den norsk-russiske BIT kan også ha en disiplinerende eller preventiv funksjon.<sup>25</sup> I møte med vertslandets myndigheter kan investoren vise til innholdet i avtalen og kreve seg behandlet deretter. Selv om saken ikke fremmes for en voldgiftsdomstol, kan en manglende etterlevelse av traktaten få utenrikspolitiske konsekvenser. Vertslandet vil derfor ofte se seg tjent med å innfri avtalens forpliktelser. Denne funksjonen kan være spesielt viktig ved mindre investeringer hvor en kostbar voldgiftssak ikke anses som et reelt alternativ.

En ytterligere funksjon er reduisering av den politiske risikoen. Risiko kan i investeringsammenheng defineres som sannsynligheten for at en forventet profitt ikke blir realisert.<sup>26</sup> Politisk risiko sikter til faren for at politiske handlinger hindrer realisering av forventet profitt.<sup>27</sup> Nærliggende eksempler er myndighetsbeslutninger om ekspropriasjon eller tilbaketrekking av tillatelser. I sum bidrar de materielle og prosessuelle rettighetene i den norsk-russiske BIT til å redusere den politiske risikoen.

En reduksjon av den politiske risikoen kan gi flere positive ringvirkninger for investoren. For eksempel vil det kunne påvirke tilgangen på, og betingelsene for, prosjektfinansiering og forsikringsordninger.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 254 – 255.

<sup>25</sup> Bilaterale investeringsavtalers preventive funksjon ble fremhevet i høringsuttalelsen fra Garanti-instituttet for eksportkreditt (GIEK) i forbindelse med utkast til norsk modellavtale, datert 18.4.2008. URL: <http://www.regjeringen.no/upload/NHD/Vedlegg/hoeringer/2008/Modellavtale/GIEK.pdf> (Lesedato 11.11.2012).

<sup>26</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 26.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Dette ble påpekt i Norsk Hydro ASA sin høringsuttalelse til utkast til norsk modellavtale, datert 21.4.2008. URL: <http://www.regjeringen.no/upload/NHD/Vedlegg/hoeringer/2008/Modellavtale/Norsk%20Hydro.pdf> (Lesedato 11.11.2012).



På bakgrunn av dette kan det konstateres at den norsk-russiske BIT er et potensielt viktig rettslig instrument for den som foretar investeringer på tvers av den norsk-russiske grensen.

For oversiktens skyld bemerkes at norske investorer i Russland også kan påberope seg en rekke andre rettslige grunnlag. Et eksempel er den europeiske menneskerettskonvensjonen, hvor særlig protokoll 1 artikkel 1 om eiendomsvern er av interesse.<sup>29</sup>

Andre traktater har nylig blitt aktualisert gjennom russisk medlemskap i World Trade Organization (WTO).<sup>30</sup> Medlemskapet binder Russland til flere internasjonale WTO-avtaler med relevans for utenlandske investorer.<sup>31</sup>

Ulike former for beskyttelse av investeringer kan også forankres i folkerettslig sedvane.<sup>32</sup> I tillegg vil nasjonal russisk lovgivning være relevant, se for eksempel den russiske loven om utenlandske investeringer.<sup>33</sup>

En nærmere redegjørelse av innholdet i disse rettsgrunnlagene, og forholdet dem imellom, faller utenfor rammene til denne avhandlingen.<sup>34</sup> De utgjør likevel viktige biter i den internasjonale investorens rettskildebilde.

### 1.3 Metodiske bemerkninger

Selv om den norsk-russiske BIT gir rettigheter til private aktører og er individuelt fremforhandlet, er det ikke tvilsomt at den er en *traktat* i folkerettslig forstand. Den rettslige

---

<sup>29</sup> *Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, undertegnet i Paris 20.1.1952. Traktatens eiendomsbegrep tolkes vidt nok til å kunne dekke ulike investeringsrelaterte rettigheter, se Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, 2009 s. 119 – 120.

<sup>30</sup> Underhuset i den russiske nasjonalforsamlingen stemte for ratifisering av russisk medlemskap i WTO 10.7.2012. URL: <http://www.bt.no/nyheter/okonomi/Russland-blir-medlem-av-WTO-2733614.html> (Lesedato 15.10.2012).

<sup>31</sup> De mest fremtredende er ‘the General Agreement on Trade in Services (GATS)’, ‘the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)’ og ‘the Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs)’, se United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Investment Policy Monitor*, Nr. 7 (2012) s. 6.

<sup>32</sup> Noah Rubins og N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution – A Practitioner’s Guide*, 2005 s. 174 – 188.

<sup>33</sup> Federal Law No.160-FZ, 9.7.1999, *On Foreign Investments in the Russian Federation*. For en redegjørelse av innholdet i denne loven, se William E. Butler, *Russian Law*, 3. utgave, 2009 s. 710 – 714.

<sup>34</sup> Se den norsk-russiske BIT artikkel 12 om forholdet til andre internasjonale avtaler som binder partene og nasjonal lovgivning.

analysen må derfor utøves i overensstemmelse med folkerettslig metode. For en fremstilling av denne metoden, se for eksempel Ruud og Ulfstein.<sup>35</sup>

En analyse av den norsk-russiske BIT reiser likevel noen særskilte metodiske spørsmål.

Et spørsmål knytter seg til valg av traktattekst. Den norsk-russiske BIT er utgitt på norsk, russisk og engelsk. Det følger av traktatens siste avsnitt at alle tekstene er "*equally authoritative*". I samme avsnitt fremgår det at ved uenighet om fortolkningen skal den engelske teksten gå foran. Avhandlingen vil derfor ta utgangspunkt i den engelske utgaven.

Andre spørsmål knytter seg til bruk av tolkingsfaktorer. De fleste investeringstraktater uttrykker kravene til nasjonal- og bestevilkårsbehandling gjennom brede, generelle og vage begreper.<sup>36</sup> Dette gjelder også den norsk-russiske BIT. En konsekvens er at begrepenes "*ordinary meaning*" jf. Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1 ofte gir et begrenset bidrag i tolkningsprosessen.<sup>37</sup> Andre tolkingsfaktorer vil dermed kunne spille en desto større rolle. I relasjon til den norsk-russiske BIT er det særlig traktatens formål, internasjonal voldgiftspraksis og juridisk litteratur som bør behandles nærmere.

Det følger av Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1 at traktatteksten skal tolkes i lys av traktatens "*object and purpose*". Dette nødvendiggjør en avklaring av hva som er formålet til den norsk-russiske BIT.

Tittelen fastslår at den norsk-russiske BIT er en avtale "*on promotion*" og "*mutual protection*" av investeringer. Det følger av fortalens andre avsnitt at traktaten er inngått med ønske om å "*develop the economic cooperation between the two States*". Partene skal bestrebe seg "*to encourage and create favourable conditions for investments*" som investorer fra en av de to statene foretar på territoriet til den andre staten, jf. fortalens tredje avsnitt. Partene er seg bevisst at promotering og beskyttelse av investeringer i henhold til avtalen vil stimulere "*the business initiative*" jf. fortalens fjerde avsnitt.

Fra dette kan det utledes to overordnede formål.

---

<sup>35</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave, 2006 s. 70 – 83 og s. 92 – 99.

<sup>36</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 10.

<sup>37</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties*, undertegnet 23.5.1969.

For det første skal traktaten beskytte investeringer som investorer fra den ene traktatparten foretar på territoriet til den andre traktatparten. Beskyttelsen er ment å stimulere de kommersielle aktørene til å foreta slike investeringer. Investeringsbeskyttelsen blir et virkemiddel for å fremme investeringer på tvers av den norsk-russiske grensen.

Traktatens andre formål er å utvikle det økonomiske samarbeidet mellom Norge og Russland. Dette tilsier at traktatens bestemmelser om investeringsbeskyttelse må tolkes på en balansert måte. En tilnærming som ensidig vektlegger formålet om investeringsbeskyttelse vil kunne resultere i at vertslandet blir tilbakeholdent med å tillate etablering av utenlandske investeringer. Dette vil stride mot partenes ønske om å utvikle det økonomiske samarbeidet.<sup>38</sup>

Et annet viktig metodisk spørsmål knytter seg til bruk av internasjonal voldgiftspraksis som tolkingsfaktor. De fleste moderne investeringstraktater åpner for at tvister mellom beskyttede investorer og vertslandet kan bringes inn for internasjonale voldgiftsdomstoler. Dette er *ad hoc*-domstoler som ikke kan innordnes i et fast system eller hierarki.

På verdensbasis har det hittil blitt observert 450 tilfeller av investor/stat-voldgift under forskjellige investeringstraktater.<sup>39</sup> En stor andel av avgjørelsene gjøres offentlig tilgjengelig.

Den norsk-russiske BIT gir investorer adgang til voldgift etter UNCITRAL-reglene eller ved Voldgiftsinstituttet i Stockholm, se artikkel 8 nr. 2. Det finnes ingen offentlig tilgjengelige voldgiftsavgjørelser som direkte omhandler den norsk-russiske BIT. Derimot finnes det en rekke avgjørelser som tolker lignende investeringstraktater. Spørsmålet blir om disse avgjørelsene kan være relevante tolkingsfaktorer ved tolkingen av den norsk-russiske BIT.

Traktatteksten gir ikke svar på dette spørsmålet.

Det formelle utgangspunktet er klart. "[T]here is no system of binding precedent in international law".<sup>40</sup> En stat kan ikke bli bundet av "*an interpretation of the law offered by a*

---

<sup>38</sup> Se *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, 17.3.2006, avsnitt 300 hvor et lignende resonnement ble ført ved fastsettelsen av formålet til den tsjekkisk-nederlandske BIT.

<sup>39</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement – IIA Issues Note*, Nr. 1 (2012) s. 1.

<sup>40</sup> Campbell McLachlan QC, Laurence Shore og Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2007 s. 71.

*tribunal deciding a different dispute brought against a different State under a different treaty*".<sup>41</sup> Dette følger av statenes suverenitet.

På den andre siden anerkjenner folkeretten rettsavgjørelser som subsidiære rettskilder jf. ICJ-statuttene artikkel 38 nr. 1 bokstav d.<sup>42</sup> I praksis spiller tidligere avgjørelser en sentral rolle som tolkingsfaktor. Verdens voldgiftsdomstoler viser regelmessig til tidligere avgjørelser når de tolker investeringstraktater.<sup>43</sup> En empirisk studie påviste bruk av voldgiftspraksis som tolkingsargument i 92 av 98 saker.<sup>44</sup>

Det blir sjeldent problematisert hvem avgjørelsene stammer fra. Ofte henvises det til praksis fra voldgiftsdomstoler som er opprettet etter andre regelsett eller som tilhører andre institusjoner enn den voldgiftsdomstolen som behandler saken. Henvisningene til tidligere avgjørelser blir heller ikke begrenset av hvilke voldgiftsfora den aktuelle investeringstraktaten gir adgang til.

Illustrerende er voldgiftsdomstolens bruk av tidligere praksis i saken *Renta 4 S.V.S.A. m.fl. v. Russland*.<sup>45</sup> Saken ble reist under den spansk-russiske BIT og behandlet ved Voldgiftsinstituttet i Stockholm. Den spansk-russiske BIT gir ikke adgang til å reise sak for ICSID, et voldgiftsinstitutt tilknyttet Verdensbanken.<sup>46</sup> Praksis fra ICSID-tribunaler ble likevel anvendt ved tolkingen av den spansk-russiske BIT.<sup>47</sup> Lignende observasjoner kan gjøres i saken *Berschader v. Russland*.<sup>48</sup>

Standpunktet i denne avhandlingen er at voldgiftspraksis fra andre investeringstraktater utgjør relevante tolkingsfaktorer ved tolkingen av den norsk-russiske BIT. Dette gjelder også ICSID-avgjørelser, selv om den norsk-russiske BIT ikke åpner for tvisteløsning ved ICSID. Samtidig understrekes det at voldgiftsavgjørelsene ikke tillegges prejudikatverdi. Andre

---

<sup>41</sup> Campbell McLachlan QC, Laurence Shore og Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2007 s. 71.

<sup>42</sup> *Statute of the International Court of Justice*, undertegnet i San Francisco 26.6.1945.

<sup>43</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 155.

<sup>44</sup> Ole Kristian Fauchald, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis", *The European Journal of International Law*, Vol. 19 no. 2 (2008), s. 301-364 (s. 335).

<sup>45</sup> *Renta 4 S.V.S.A. m.fl. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, 20.3.2009.

<sup>46</sup> *Renta 4 S.V.S.A. m.fl. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, 20.3.2009, avsnitt 5.

<sup>47</sup> *Renta 4 S.V.S.A. m.fl. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, 20.3.2009, avsnitt 57, 98, 109 og 134.

<sup>48</sup> *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, Award, 21.4.2006, avsnitt 162 – 184.

voldgiftsdomstolers tolkingresultater er ikke bindende ved tolkingen av den norsk-russiske BIT.

Hvilken vekt en voldgiftsavgjørelse skal gis i tolkingprosessen kan ikke besvares generelt, men vil bero på flere momenter. Et viktig moment er likheter og ulikheter mellom den foreliggende problemstillingen og problemstillingen som ble behandlet i voldgiftsavgjørelsen. Overføringsverdien kan sies å være størst i tilfeller hvor det tolkes en likelydende traktattekst.

Et annet moment er tilgangen på andre tolkingfaktorer. Det kan argumenteres for at voldgiftspraksis kan tillegges størst vekt i de tilfellene hvor det mangler andre tolkingfaktorer, eller hvor foreliggende tolkingfaktorer åpner for flere løsninger.

Når det gjelder juridisk litteratur kan det konstateres at folkeretten anerkjenner "*the teachings of the most highly qualified publicists (...) as subsidiary means for the determination of rules of law*" jf. ICJ-statuttene artikkel 38 nr. 1 bokstav d. Både partene og voldgiftsdomstolene i investor/stat-tvisteløsning henviser rutinemessig til juridisk litteratur når de analyserer innholdet i investeringstraktater.<sup>49</sup>

Standpunktet i denne avhandlingen er at juridisk litteratur utgjør en relevant tolkingfaktor ved tolkingen av den norsk-russiske BIT. Det er få kilder som spesifikt omhandler innholdet i denne traktaten. Det finnes eksempelvis ikke offentlig tilgjengelige forarbeider eller tolkinguttalelser fra traktatpartene. Det kan argumenteres for at mangelen på andre tolkingfaktorer medfører at juridisk litteratur kan tillegges relativt større vekt enn ellers.

---

<sup>49</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 157.

## Del 2. Standardene nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling

### 2.1 Innhold og funksjon

Nasjonal behandling kan defineres som *”treatment that is no less favourable than the treatment accorded to domestic investors and investments”*.<sup>50</sup> På lignende måte kan bestevilkårsbehandling defineres som *”treatment that is no less favourable than the treatment accorded to investors of any third States and their investment”*.<sup>51</sup>

Bestemmelser som gir rett til nasjonal- og bestevilkårsbehandling verner investoren mot å bli dårligere behandlet enn sine konkurrenter. Investoren kan for eksempel ikke pålegges dokumentavgift ved kjøp av fast eiendom, med mindre tilsvarende avgifter gjelder for nasjonale investorer og investorer fra tredjeland.

Samtidig er slike bestemmelser garantier for at de fordeler og privilegier vertslandet gir andre investorer også vil gjelde for den beskyttede investoren.<sup>52</sup> Et eksempel er tilgangen på subsidier eller andre former for økonomiske støtteordninger.

Nasjonal- og bestevilkårsbehandling blir betegnet som relative standarder.<sup>53</sup> Hva som konkret kan kreves av behandling beror til enhver tid på hvilken behandling vertslandet gir andre investorer og investeringer. Kravenes innhold fastsettes ved henvisning til ytre omstendigheter.<sup>54</sup>

Motstykket omtales gjerne som absolutte standarder.<sup>55</sup> Fra traktatpraksis kan nevnes bestemmelser om ’rettferdig og rimelig behandling’ og ’full beskyttelse og sikkerhet’.<sup>56</sup> Slike

---

<sup>50</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary*, 2004 s. 123.

<sup>51</sup> *Op. cit.* s. 119.

<sup>52</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 133 – 134.

<sup>53</sup> Andrew Newcombe og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009 s. 148 og s. 193.

<sup>54</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *International Investment Agreements – Key Issues (Volume 1)*, 2004 s. 215.

<sup>55</sup> Campbell McLachlan QC, Laurence Shore og Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2007 s. 11.

<sup>56</sup> På engelsk kjent som ’fair and equitable treatment’ og ’full protection and security’.

krav er innholdsmessig uavhengige av hvordan vertslandet behandler andre investorer og investeringer. Kravets innhold følger av standarden selv.

De relative og absolutte standardene supplerer hverandre. Nasjonal behandling er for eksempel ikke nødvendigvis rettferdig og rimelig. Vertslandet kan utsette nasjonale investorer for inngrepene og vilkårlige myndighetstiltak. På den andre siden vil ikke nødvendigvis en rettferdig og rimelig behandling innfri kravene til nasjonal behandling. Det kan tenkes at vertslandet gir nasjonale investorer betingelser som er betydelig bedre enn hva som er påkrevd av rettferdighet og rimelighet.

De absolutte standardene gir den beskyttede investoren forutsigbarhet når det gjelder nivået av behandling. Innholdet er ikke avhengig av eksterne variabler. De relative standardene gir på sin side forutsigbarhet i form av likebehandling, men ut over dette gir de ingen garantier for at behandlingens innhold er investorvennlig. Hva som kan kreves vil variere over tid i takt med vertslandets endrede syn på behandlingen av nasjonale investorer og investorer fra tredjeland.

Det er bred enighet om at utenlandske investorer og deres investeringer kun har krav på nasjonal- og bestevilkårsbehandling når dette følger av vertslandets traktatfestede forpliktelser.<sup>57</sup> Nasjonal- og bestevilkårsbehandling kan ikke kreves på sedvanerettslig grunnlag.

Riktignok tilsier den alminnelige utbredelsen av bestemmelser om slik behandling at det foreligger en generell og konsekvent statspraksis. Derimot taler at det er stor variasjonen i de enkelte bestemmelsenes virkeområde og innhold. For eksempel opereres det med et mangfold av unntak. I alle tilfeller er det få bevis på at statene anser traktatsfesting av slike bestemmelser som en kodifisering av gjeldende rett, det mangler med andre ord en tilstrekkelig *opinio juris* for å kunne etablere sedvane.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Se Andrew Newcombe og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009 s. 149, 193 og 194, Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008 s. 186, og United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Most-favoured-nation treatment*, 2010 s. 22 – 23.

<sup>58</sup> Andrew Newcombe og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009 s. 149 og 194.

Samtidig må det bemerkes at internasjonal sedvanerett forbyr visse former for diskriminering, og at det vil kunne forekomme en overlappning av forpliktelser. For eksempel følger det av internasjonal sedvane at vertslandet ikke kan nekte utenlandske personer adgang til nasjonale domstoler bare fordi de er utlendinger, såkalt 'denial of justice'.<sup>59</sup> En traktatfestet bestemmelse om nasjonal behandling vil kunne resultere i samme forpliktelse. Den utenlandske investoren skal gis samme tilgang til domstolene som nasjonale investorer.

Traktatbestemmelser om nasjonal- og bestevilkårsbehandling har videre flere funksjoner. For det første sikrer de at investorene kan konkurrere under de samme betingelsene uavhengig av nasjonalitet. De bidrar til å skape "*a level playing field*" for kommersiell aktivitet innenfor vertslandets grenser.<sup>60</sup>

En bestemmelse om nasjonal behandling har primært en antiproteksjonistisk funksjon.<sup>61</sup> Den eliminerer de konkurransemessige fordeler vertslandet gir nasjonale investorer og deres investeringer.<sup>62</sup> I tillegg vil en garanti om nasjonal behandling presumptivt bidra til et investeringsvennlig klima. Vertslandets behandling av nasjonale investorer og deres investeringer er som regel "*rational, visible and relatively stable*".<sup>63</sup>

En av de sentrale funksjonene til standarden bestevilkårsbehandling er å utvide vertslandets eksisterende og fremtidige folkerettslige forpliktelser. Dersom vertslandet er traktatforpliktet til å gi investorer fra et tredjeland en spesielt gunstig behandling, vil denne forpliktelsen også gjelde overfor investorer som har krav på bestevilkårsbehandling. En bestemmelse om bestevilkårsbehandling kan derfor betegnes som "*a source of international obligations other than those included in the basic treaty*".<sup>64</sup>

## 2.2 Begrunnelse

Det at traktatparter frivillig forplikter seg til å gi hverandres investorer og deres investeringer nasjonal- og bestevilkårsbehandling kan begrunnes i både politiske og økonomiske hensyn.

---

<sup>59</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7. utgave, 2008 s. 529 – 530.

<sup>60</sup> Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 337.

<sup>61</sup> *Op. cit.* s. 349.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Op. cit.* s. 337.

<sup>64</sup> Peter Muchlinski, Federico Ortino og Christoph Schreuer (red.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008 s. 402.



Dersom statene fører en økonomisk politikk som forskjellsbehandler aktørene på bakgrunn av nasjonalitet, kan det oppstå mellomstatlige konflikter. Historikere argumenterer for at høye tollsatser og andre proteksjonistiske tiltak i 1930-årene både forsterket konsekvensene av den store depresjonen og var en medvirkende årsak til utbruddet av andre verdenskrig.<sup>65</sup>

Liberalistisk økonomisk teori fastslår at "[i]nvestment flows (...) should be allocated by market forces rather than by political intervention."<sup>66</sup> Dette gir i teorien en optimal plassering av ressurser som igjen bidrar til økonomisk utvikling for både de profittsøkende aktørene og landene involvert.<sup>67</sup> Myndighetstiltak som forstyrrer kapitalplasseringen, eksempelvis favorisering av nasjonale investorer, har derimot en velferdsreduserende effekt.<sup>68</sup>

Ved å plassere de økonomiske aktørene i likestilte posisjoner, blir det presumptivt mer konkurranse og økonomisk vekst.<sup>69</sup>

Garantier om likebehandling kan også begrunnes i statenes ønske om å stimulere investeringsviljen. Fra næringslivets ståsted er det viktig at investeringstraktater sikrer ikke-diskriminering. I den forbindelse anses standardene nasjonal- og bestevilkårsbehandling som "meget viktige".<sup>70</sup> Ved å inngå slike forpliktelser kan vertslandet potensielt øke tilstrømmingen av utenlandsk kapital.

Samtidig kan det reises innvendinger mot at statene innskrenker sin adgang til å forskjellsbehandle investorer og deres investeringer på bakgrunn av nasjonalitet. Slike forpliktelser kan eksempelvis avskjære vertslandet fra å bistå nyetablerte nasjonale selskaper i konkurransen mot store internasjonale selskaper.<sup>71</sup> Konkurransesevnen vil ofte være svakest i oppstartsfasen. En plikt til å likebehandle nasjonale og utenlandske investeringer kan dermed virke hemmende på fremveksten av lokalt forankret næringsliv.

---

<sup>65</sup> John H. Jackson, *The World Trading System*, 2. utgave, 1997 s. 36. Se også Andrew Newcombe og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009 s. 148.

<sup>66</sup> Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 337.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Andrew Newcombe og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009 s. 147.

<sup>69</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 245.

<sup>70</sup> Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), høringsuttalelse til utkast til norsk modellavtale, datert 17.4.2008. URL: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/horingsuttalelser.html?id=496023> (Lesedato 23.11.2012).

<sup>71</sup> Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 349.

Det kan også tenkes sikkerhetspolitiske grunner til å forskjellsbehandle nasjonale og utenlandske investorer.<sup>72</sup> Innenfor enkelte områder utgjør utenlandsk eierskap en mulig sikkerhetsrisiko. Eksempler er kraftverk, flyplasser og forsvarsrelatert industri.

Når det gjelder bestevilkårsbehandling kan et potensielt problem være at det åpner for såkalte gratispassasjerer. Dette er land som gjennom en bestemmelse om bestevilkårsbehandling oppnår fordeler fra vertslandets forpliktelser overfor andre land, uten at de blir forpliktet til å gi de samme fordelene tilbake.<sup>73</sup> Dette kan illustreres med et eksempel.<sup>74</sup> Vertslandet gir i en avtale med land X bestemte rettigheter som det ikke har gitt til land Y i en tidligere avtale. Den tidligere avtalen inneholder imidlertid en bestemmelse om bestevilkårsbehandling. Y kan derfor kreve de rettighetene som vertslandet gir til X uten selv å forplikte seg ytterligere. Bestemmelsen om bestevilkårsbehandling gir dermed Y mulighet til å være gratispassasjer.

Dette er noen av innvendingene som begrunner at de fleste investeringstraktater oppstiller unntak fra retten til nasjonal- og bestevilkårsbehandling.<sup>75</sup>

## 2.3 Utbredelse og variasjon

Den store majoriteten av bilaterale investeringsavtaler i verden inneholder garantier om nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling.<sup>76</sup> Norge er part i 14 bilaterale investeringsavtaler.<sup>77</sup> Et flertall av disse inneholder bestemmelser om bestevilkårsbehandling.<sup>78</sup> Noen inneholder også bestemmelser om nasjonal behandling, men dette er ikke like utbredt.<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 38.

<sup>73</sup> Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 347 - 348 og s. 350.

<sup>74</sup> Eksempelet er hentet fra United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *International Investment Agreements – Key Issues (Volume 1)*, 2004 s. 194.

<sup>75</sup> Det finnes flere innvendinger mot slike standarder, men en mer utførlig gjennomgang vil føre for langt her.

<sup>76</sup> Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 339.

<sup>77</sup> Avtalene er inngått med Chile, Kina, Tsjekkia, Estland, Ungarn, Latvia, Litauen, Madagaskar, Peru, Polen, Romania, Russland, Slovakia og Sri Lanka. URL:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/tema/frihandelsavtaler/investeringsavtaler.html?id=438845> (Lesedato 20.11.2012).

<sup>78</sup> Se for eksempel *Agreement between the Government of Norway and the Government of the Republic of Chile on the promotion and reciprocal protection in investments*, undertegnet 1.6.1993, artikkel 4, *Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Hungary on the promotion and reciprocal protection of investments*, undertegnet 8.4.1991, artikkel IV, *Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Norway on the mutual protection of investments*, undertegnet 21.11.1984, artikkel 4, *Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Poland on the promotion and reciprocal protection of investments*, undertegnet 5.6.1990, artikkel IV, og *Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the*

Det er betydningsfulle forskjeller i hvordan slike bestemmelser formuleres i de ulike investeringstraktatene.<sup>80</sup> Noen gir rettigheter til både investorer og investeringer, andre gir bare rettigheter til en av kategoriene.<sup>81</sup> Noen gjelder hele investeringsprosessen, andre bare i tiden etter at investeringen er etablert.<sup>82</sup> Enkelte avgrenser virkeområdet til bestemte investeringsrelaterte aktiviteter, eksempelvis ”*management, maintenance [or] operation (...) of investments*”.<sup>83</sup> Andre gjelder vertslandets ”*treatment*” av investorer og investeringer generelt.<sup>84</sup> Traktatpraksis viser at det også opereres med et mangfold av unntak.<sup>85</sup>

Ved tolking av bestemmelser om nasjonal- og bestevilkårsbehandling er det derfor viktig å være oppmerksom på den spesifikke traktatteksten, og ikke anta at de ulike traktatene har gitt slike bestemmelser samme rekkevidde og innhold.<sup>86</sup>

---

*Government of Romania on the mutual promotion and protection of investments*, undertegnet 11.6.1991, artikkel III.

<sup>79</sup> Se for eksempel *Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Peru on promotion and reciprocal protection of investments*, undertegnet 10.3.1995, artikkel 4 nr. 3.

<sup>80</sup> For en oversikt over de aktuelle forskjellene, se United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007 s. 33 – 43.

<sup>81</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *International Investment Agreements – Key Issues (Volume 1)*, 2004 s. 166 og 192. Se også Andrew Newcombe og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2008 s. 223.

<sup>82</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007 s. 33 – 36 og s. 38.

<sup>83</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Most-favoured-nation Treatment*, 2010 s. 54.

<sup>84</sup> *Op. cit.* s. 55.

<sup>85</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *International Investment Agreements – Key Issues (Volume 1)*, 2004 s. 177 – 180 og 196 – 201.

<sup>86</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 252. Se også s. 247.

## Del 3. Nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling i den norsk-russiske BIT artikkel 3

### 3.1 Introduksjon

Den norsk-russiske BIT artikkel 3 har overskriften ”*Treatment of Investments*”.

Innholdsmessig kan det identifiseres tre generelle standarder for behandling av utenlandske investeringer.

Artikkel 3 nr. 1 fastslår at ”*[e]ach Contracting Party will accord in its territory for the investments made by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment*”. Denne delen av bestemmelsen gir garantier om rettferdig og rimelig behandling. Dette er en absolutt standard for behandling som er vanlig i de fleste investeringstraktater.<sup>87</sup>

Artikkel 3 nr. 2 uttrykker at ”*[t]he treatment referred to in paragraph 1 of this Article shall as a minimum not be less favourable than that which is granted with regard to investments by investors of any third state.*”. Bestemmelsen beskriver dette selv som ”*most favoured nation treatment*” jf. artikkel 3 nr. 4, det vil si bestevilkårsbehandling.

Videre fremgår det at ”*each Contracting Party shall, unless other treatment is required by its legislation, accord in its territory to investments made by investors of the other Contracting Party treatment no less favourable than that which it accords to investments by its own investors*” jf. artikkel 3 nr. 3. Dette gir uttrykk for standarden nasjonal behandling.

I det følgende foretas en nærmere analyse av de delene i artikkel 3 som omhandler nasjonal- og bestevilkårsbehandling. Kravet til ”*fair and equitable treatment*” i artikkel 3 nr. 1 vil bare undersøkes i den grad det er nødvendig for analysen av de to andre standardene.

Selv om nasjonal- og bestevilkårsbehandling er to individuelle standarder består de i hovedsak av samme sett komponenter, og kan derfor struktureres etter de samme overordnede problemstillingene. I analysen vil standardene bli behandlet parallelt.

---

<sup>87</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 218.

Den videre fremstillingen er delt i tre deler. I punkt 3.2 ses det nærmere på bestemmelsens anvendelsesområde. Her undersøkes hvilke faser av investeringen som er beskyttet, hvem som har krav på nasjonal- og bestevilkårsbehandling, og hvem som plikter å gi slik behandling. Det undersøkes også hvilke skranker ”*treatment*”-begrepet setter for anvendelsesområdet, og hvilke unntak fra plikten til å gi nasjonal- og bestevilkårsbehandling som oppstilles.

Punkt 3.3 omhandler det konkrete innholdet i kravene til behandling. Relative standarder får som nevnt sitt innhold gjennom en henvisning til vertslandets behandling av andre investorer og investeringer. Analysen tar for seg fremgangsmåten for å fastsette dette innholdet.

Den siste delen, punkt 3.4, omhandler situasjonen hvor nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling fører til ulike resultater. Den ene standarden gir for eksempel et innholdsmessig bedre krav på behandling enn den andre. Ved slik motstrid blir spørsmålet hvilken standard som må vike.

## **3.2 Anvendelsesområde**

### **3.2.1 Hvilke faser av investeringsprosessen er beskyttet?**

En investeringsprosess kan deles opp i ulike faser. Et hovedskille trekkes mellom tiden før og tiden etter etablering av investeringen.<sup>88</sup> Fra investorens ståsted vil det naturlig nok være gunstigst at investeringstraktaten gir beskyttelse under hele investeringsprosessen. Dersom retten til nasjonal- og bestevilkårsbehandling kun gjelder etter etablering, gis det ingen garantier mot forskjellsbehandling på etableringsstadiet. Vertslandet står da fritt til å bestemme hvem som skal gis adgang til å foreta investeringer og hvilke betingelser som skal gjelde for etableringen.<sup>89</sup>

Spørsmålet blir om den norsk-russiske BIT artikkel 3 gir rett til nasjonal- og bestevilkårsbehandling i hele investeringsprosessen eller kun i tiden etter at investeringen er etablert.

---

<sup>88</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Most-favoured-nation Treatment*, 2010 s. 38. Se også Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 246 og 251.

<sup>89</sup> Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 2010 s. 191.

Bestemmelsen fastslår at nasjonal behandling skal gis til *"investments made by investors of the other Contracting Party"* jf. artikkel 3 nr. 3. Det samme gjelder for bestevilkårsbehandling jf. artikkel 3 nr. 2 jf. nr. 1.

Begrepet *"investments"* vil etter sin ordlyd kunne forstås på to måter. Det kan være en betegnelse på bestemte former for økonomiske disposisjoner, eksempelvis kjøp av en eiendom. *"[I]nvestments"* kan også brukes til å betegne det formuesgodet investoren erverver gjennom investeringsprosessen. For eksempel selve eiendommen. Førstnevnte alternativ retter seg mot prosessen, sistnevnte retter seg mot allerede etablerte investeringer.

Uttrykket *"made by investors"* kan gi støtte til begge tolkingsalternativene, jf. artikkel 3 nr. 3 og nr. 2 jf. nr. 1. Språklig sett vil en investering være *"made"* etter at den er etablert. Dette tilsier at bestemmelsen ikke gjelder på etableringsstadiet. På den andre siden kan begrepet *"made"*, lest i sammenheng med *"by"*, avgrenses til å ha en henvisningsfunksjon. *"[M]ade by"* kan tolkes som en ren henvisning til hvem som utøver investeringsprosesser, i dette tilfellet den andre traktatpartens investorer.

Videre kan det konstateres at artikkel 3 ikke nevner beskyttelse av etableringsrelaterte aktiviteter som kjøp av formuesgoder, stiftelse av selskaper, driftsekspantering eller lignende. Dette åpner for at bestemmelsen kan forstås slik at den ikke gjelder på etableringsstadiet.

Artikkel 3 må tolkes i kontekst av de andre bestemmelsene i traktaten. For at noe skal være en *"investment"* i traktatens forstand, må investeringen være foretatt *"in accordance with (...) [vertslandets] laws and regulations"*, jf. artikkel 1 nr. 1. Det følger av artikkel 2 nr. 1 at traktatpartene skal *"admit (...) investments in accordance with its legislation"*. Disse bestemmelsene innebærer at vertslandet avgjør selv, via sin lovgivning, hvem som får etablere investeringer og hvordan de skal etableres.

Dette gir gode holdepunkter for å hevde at den norsk-russiske BIT er inngått etter en såkalt 'post-establishment model'.<sup>90</sup> Partene har ikke ønsket å innskrenke sin handlefrihet på etableringsstadiet, herunder muligheten til å forskjellsbehandle investorer på bakgrunn av deres nasjonalitet. Dette tilsier at artikkel 3 sine garantier om nasjonal- og

---

<sup>90</sup> For en nærmere beskrivelse av denne modellen, se United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Most-favoured-nation Treatment*, 2010 s. 38 – 41.

bestevilkårsbehandling ikke gjelder på etableringsstadiet. Et slikt tolkingsresultat ligger innenfor ordlyden i artikkel 3 nr. 3 og nr. 2 jf. nr. 1.

Konklusjonen blir dermed at den norsk-russiske BIT artikkel 3 kun gir rett til nasjonal- og bestevilkårsbehandling i tiden etter at investeringen er etablert.

### **3.2.2 Rettighetssubjektet**

Det neste spørsmålet blir hvem som har krav på nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling.<sup>91</sup>

Artikkel 3 nr. 3 fastslår at nasjonal behandling skal gis til *”investments made by investors of the other Contracting Party”*. Det samme uttrykket er brukt for å angi hvem som har krav på bestevilkårsbehandling jf. artikkel 3 nr. 2 jf. nr. 1. Det er dermed investeringer foretatt av norske investorer i Russland, og investeringer foretatt av russiske investorer i Norge som har krav på nasjonal- og bestevilkårsbehandling.

Etter ordlyden tilkommer kravene investeringer, men ikke investorer som sådan. Overskriften til artikkel 3, *”Treatment of Investments”*, gir støtte til et slikt standpunkt. Det samme gjør traktatens tittel som fastslår at den norsk-russiske BIT er en avtale *”on promotion and (...) protection of investments”*. Det blir derfor nødvendig å avklare hva som utgjør *”investments”* i traktatens forstand jf. artikkel 3 nr. 3 og nr. 2 jf. nr. 1.

Artikkel 1 nr. 1 definerer *”investment”* som *”any kind of asset invested in the territory of one Contracting Party in accordance with its laws and regulations by an investor of the other Contracting Party”*.

Definisjonen illustreres med en liste over ulike måter utenlandsk aktiva kan materialisere seg i vertslandet. Det følger av de innledende ordene *”includes in particular”* at listen ikke skal anses som uttømmende jf. artikkel 1 nr. 1. Her nevnes blant annet løsøre, fast eiendom og rettigheter i fast eiendom, jf. artikkel 1 nr. 1 bokstav a. Eksempler på sistnevnte kan være pant eller leierettigheter. Videre nevnes *”any (...) forms of participation in companies”*, det være

---

<sup>91</sup> I engelsk litteratur omtalt som 'the beneficiary', se eksempelvis Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 339.

seg aksjer eller andre typer eierandeler, jf. artikkel 1 nr. 1 bokstav b. Et selskap som eies av en utenlandsk investor kan dermed kvalifisere som en beskyttet investering. Oppstillingen nevner også krav på penger som har blitt brukt *"to create an economic value"* jf. artikkel 1 nr. 1 bokstav c. Dette kan eksempelvis være en bank som har lånt penger til et entrepriseprojekt i vertslandet. Bankens pengekrav kan i et slikt tilfelle få status som beskyttet investering.

Uttrykket *"any kind of asset invested in"* vertslandets territorium utgjør en vid definisjon, jf. artikkel 1 nr. 1. Av ordlyden kan det utledes to hovedkriterier. Begrepet *"asset"* tilsier at investeringen må inneha en formuesverdi. Det bemerkes at det ikke oppstiller noen nedre eller øvre beløpsgrense. Et krav om formuesverdi underbygges av den illustrerende oppstillingen. Artikkel 1 nr. 1 bokstav c krever for eksempel at *"claims to any performance under contract"* må ha en *"economic value"* for at det skal anses som en investering.

For det andre krever bestemmelsen at aktivumet er *"invested in"* vertslandets territorium jf. artikkel 1 nr. 1. Begrepet *"invested"* henviser til en bestemt form for økonomisk disposisjon. Det å foreta en investering kan etter sin ordlyd forstås som en binding av ressurser i et prosjekt med en viss varighet. Dette tilsier at rene handelstransaksjoner faller utenfor, men det gis ingen klare føringer på hvor skillet skal trekkes.

Det kan konstateres at hva som utgjør en investering i den norsk-russiske BIT beror på vide kriterier. Etter mitt syn bidrar dette til å øke traktatens nytteverdi for utenlandske investorer. Innfor de vide rammene av definisjonen kan investorer utvikle nye former for investeringsdisposisjoner og samtidig oppnå beskyttelse under traktaten.

Videre blir spørsmålet om artikkel 3 kan tolkes slik at også investorer, som sådan, har krav på nasjonal- og bestevilkårsbehandling. Dette har betydning i de tilfellene hvor vertslandets myndighetstiltak bare berører investoren. Et eksempel kan være at utenlandske investorer pålegges en visumplikt for innreise til vertslandet. Dette vil utgjøre en behandling av investoren, men ikke nødvendigvis investeringen.

Et argument for at også investorer er rettighetssubjekter i artikkel 3, er at nr. 3 og nr. 1 ikke nøyer seg med å bruke begrepet *"investments"*, men også nevner *"investors"*. Dersom meningen var at bestemmelsen kun skulle gi rettigheter til *"investments"*, ville det ikke vært



nødvendig å uttrykke at investeringene skal være *"made by investors of the Other Contracting Party"*. Dette følger uansett av *"investment"*-begrepets definisjon i artikkel 1 nr. 1.

Et argument i samme retning er at artikkel 3, til tross for overskriften, også stiller krav til vertslandets behandling av investeringenes avkastning jf. artikkel 3 nr. 5. Overskriften kan derfor ikke anses som en avgrensning av bestemmelsens rettighetssubjekter.

Når det gjelder traktatens formål følger det av fortalens tredje avsnitt at traktatpartene ønsker å *"encourage (...) investments by investors"* tilhørende den ene parten på den andre traktatparts territorium. En tolking av artikkel 3 som gir investorer et selvstendig krav på nasjonal- og bestevilkårsbehandling, vil være i overensstemmelse med formålet om å stimulere investeringsviljen hos utenlandske investorer.

Et ytterligere argument er at et slikt tolkingsresultat ikke utvider bestemmelsens virkeområde i tid. Som det ble konkludert med ovenfor gjelder retten til nasjonal- og bestevilkårsbehandling i tiden etter etablering. Denne konklusjonen endres ikke ved at investorer anses som rettighetssubjekter. En slik tolking vil derfor ikke stride mot partenes ønske om å beholde full handlefrihet på etableringsstadiet.

På den andre siden finnes det flere bestemmelser i den norsk-russiske BIT som uttrykkelig fastslår at investorer er rettighetssubjekter. Se for eksempel artikkel 4 som gir rettigheter til *"[i]nvestors of one Contracting Party"* og artikkel 6 nr. 1 som gir rettigheter til *"investors of the other Contracting Party"*. Det kan argumenteres for at dersom garantiene om nasjonal- og bestevilkårsbehandling også var ment å gjelde overfor investorer, ville dette kommet tilsvarende klart til uttrykk i artikkel 3 nr. 3 og nr. 2 jf. nr. 1.

Voldgiftssaken *Siemens v. Argentina* omhandlet en BIT-bestemmelse som sikret bestevilkårsbehandling av *"investments"*.<sup>92</sup> Bestemmelsen ble tolket slik at også investorer hadde krav på bestevilkårsbehandling.<sup>93</sup> Voldgiftsdomstolens begrunnelse var todelt.<sup>94</sup> Et slikt resultat var i overensstemmelse med traktatens formål. Videre rettet unntakene fra

---

<sup>92</sup> *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 3.8.2004, avsnitt 91.

<sup>93</sup> *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 3.8.2004, avsnitt 92.

<sup>94</sup> *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 3.8.2004, avsnitt 92.

bestevilkårsbehandling seg mot "*investors*". Dette indikerte at traktatpartenes intensjon var å gi bestevilkårsbehandling til både investeringer og investorer.

Den norsk-russiske BIT artikkel 3 er derimot konsekvent i sin angivelse av rettighetssubjektene. Verken unntakene fra bestevilkårsbehandling i artikkel 3 nr. 4 eller unntaket fra nasjonal behandling i artikkel 3 nr. 2 tilsier at bestemmelsen også gir rettigheter til investorer. Argumentasjonen i saken *Siemens v. Argentina* har derfor etter mitt skjønn liten overføringsverdi ved tolkingen av den norsk-russiske BIT artikkel 3. nr. 3 og nr. 2 jf. nr. 1.

Spørsmålet om artikkel 3 nr. 3 og nr. 2 jf. nr. 1 kan tolkes slik at investorer gis krav på nasjonal- og bestevilkårsbehandling må anses rettslig uklart. Etter mitt syn bør det, i mangel av klare holdepunkter for noe annet, legges avgjørende vekt på bestemmelsens ordlyd. Artikkel 3 regulerer behandlingen av "*investments made by investors*" jf. nr. 3 og nr. 2 jf. nr. 1. Dette er språklig sett noe annet enn behandlingen av investorer.

Ut fra dette blir konklusjonen at artikkel 3 ikke gir investorer krav på nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling.

### **3.2.3 Pliktsubjektet**

Det neste spørsmålet blir hvem som er forpliktet til å gi nasjonal- og bestevilkårsbehandling.

Det følger av artikkel 3 nr. 3 at "*each Contracting Party shall (...) accord*" nasjonal behandling. På lignende vis er plikten til å gi bestevilkårsbehandling tillagt "[e]ach *Contracting Party*" jf. artikkel 3 nr. 2 jf. nr. 1.

Den norsk-russiske BIT er en traktat. En ordinær forståelse av uttrykket "*each Contracting Party*" kan derfor sies å være statene Norge og Russland.

På den andre siden fremgår det av fortalens første avsnitt at "[t]he *Government of the Kingdom of Norway*" og "*the Government of the Russian Federation*" heretter refereres til ved uttrykket "[the] *Contracting Parties*". Videre fremgår det av traktatens tittel at det er en avtale inngått mellom "*the Government of*" Norge og "*the Government of*" Russland. Dette

gir holdepunkter for at uttrykket "*each Contracting Party*" i artikkel 3 nr. 3 og nr. 1 kan forstås som en henvisning til bare *regjeringene* i Norge og Russland.

Et argument som tilsier at pliktsubjektene likevel er statene Norge og Russland er formuleringen om at skal nasjonal behandling gis av "*each Contracting party (...) in its territory*" jf. artikkel 3 nr. 3. Den samme formuleringen er brukt i relasjon til bestevilkårsbehandling jf. artikkel 3 nr. 2 jf. nr. 1. Det å inneha et territorium er en egenskap som tilkommer stater, ikke regjeringer. Dette støttes av artikkel 1 nr. 4 som definerer "*territory*" som territoriene til Kongeriket Norge og Den Russiske Føderasjon.

Dette tolkingsalternativet underbygges av uttrykket i artikkel 3 nr. 3 om at "*each Contracting Party*" ikke er forpliktet til å gi nasjonal behandling dersom "*other treatment is required by its legislation*". Både den norske og den russiske regjeringen har en begrenset lovgivende funksjon.<sup>95</sup> En naturlig forståelse av uttrykket "*its legislation*" i artikkel 3 nr. 3, vil dermed være statenes "*legislation*".

I tillegg fastslår artikkel 3 nr. 4 at retten til bestevilkårsbehandling ikke gjelder fordeler som "*the Contracting Party*" gir i forbindelse med "*participation in a free trade area, customs or economic union*". Det er stater som deltar i slike samarbeidsformer.

Videre fremgår det av fortalens tredje avsnitt at traktatens formål er å stimulere og skape gunstige forhold for investeringer. En tolking av uttrykket "*each Contracting Party*" som en henvisning til statene Norge og Russland er best egnet til å innfri dette formålet. Fra investorens ståsted vil det mest fordelaktige være at pliktsubjektet er staten som helhet, og ikke bare statens regjering.

Konklusjonen blir at det er statene Norge og Russland som er forpliktet til å gi nasjonal- og bestevilkårsbehandling i henhold til artikkel 3 nr. 3 og nr. 2 jf. nr. 1.

Denne konklusjonen reiser nye problemstillinger. Selv om både den norske og den russiske stat er organiserte enheter med folkerettslig handleevne, kan ikke statene som sådan utøve faktiske handlinger eller unnlatelser. En stat kan bare handle "*by and through their agents*

---

<sup>95</sup> Se Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, 2006 s. 138, og William E. Butler, *Russian Law*, 3. utgave, 2009 s. 370 – 371.

*and representatives*”.<sup>96</sup> For å avgjøre hvem som i praksis er pliktsubjektene i artikkel 3 nr. 3 og nr. 2 jf. nr. 1, må det derfor avklares hvem som handler på vegne av statene.

Traktatteksten gir ikke svar på dette spørsmålet.

I mangel av andre holdepunkter kan det trekkes paralleller fra de sedvanebaserte reglene om statsansvar. Dette er regler om statenes ansvar ved brudd på folkerettslige forpliktelser. En sentral del av regelsettet omhandler hvem som anses å utøve handlinger på vegne av staten. Paralleller fra disse reglene har ved flere anledninger blitt brukt av voldgiftsdomstoler til å fastsette hvem som utgjør pliktsubjektene i en investeringstraktat.<sup>97</sup>

Reglene om statsansvar er forsøkt kodifisert av FNs folkerettskommisjon i et utkast med kommentarer.<sup>98</sup> Selv om utkastet ikke er formelt bindende, gir det på lang vei et dekkende uttrykk for innholdet i de sedvanerettslige ansvarsreglene.<sup>99</sup>

Det generelle utgangspunktet er at både *”the State[s] organs of government”* og andre som opptrer *”under the direction, instigation or control of those organs”* utøver statens handlinger.<sup>100</sup> Motsetningsvis vil opptreden av en privatperson som sådan, ikke utgjøre en statshandling.<sup>101</sup>

Folkerettskommisjonens utkast artikkel 4 nr. 1 fastslår at *”[t]he conduct of any State organ shall be considered an act of that State”* uavhengig av om organet utøver *”legislative, executive, judicial or any other functions”* og uavhengig av organets posisjon i statens

---

<sup>96</sup> Permanent Court of International Justice, *German Settlers in Poland*, Advisory Opinion, 1923, Series B, No. 6, s. 22. URL: [http://www.icj-cij.org/pcij/serie/B/B\\_06/Colons\\_allemands\\_en\\_Pologne\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie/B/B_06/Colons_allemands_en_Pologne_Avis_consultatif.pdf) (Lesedato 14.11.2012).

<sup>97</sup> Se for eksempel *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17.7.2003, avsnitt 108 og *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25.1.2000, avsnitt 76.

<sup>98</sup> The International Law Commission, *Draft articles on Reponsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001. Utkastet har blitt tatt til etterretning av FNs generalforsamling, se Resolusjon 56/83, *Responsibility of States for internationally wrongful acts*, 28.1.2002. URL: [http://www.icil.cam.ac.uk/Media/ILCSR/A\\_56\\_83\(e\).pdf](http://www.icil.cam.ac.uk/Media/ILCSR/A_56_83(e).pdf) (Lesedato 14.11. 2012).

<sup>99</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Imføring i folkerett*, 3. utgave, 2006 s. 293.

<sup>100</sup> The International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001 s. 38 kapittel 2 kommentar 2.

<sup>101</sup> *Op. cit.* s. 38 kapittel 2 kommentar 3.

administrative organisering.<sup>102</sup> Bestemmelsen dekker myndighetsorganer på alle nivå, både sentralt, regionalt og lokalt.

Russland er organisert som en forbundsstat bestående av 83 mer eller mindre selvstendige enheter.<sup>103</sup> Dersom et russisk myndighetsorgan utøver en folkerettsstridig handling, er det i relasjon til reglene om statsansvar uten betydning hvilken funksjon eller plassering organet har i dette forbundssystemet.

Det kan argumenteres for at dette også gjelder ved fastsettelsen av hvem som er pliktsubjekter i den norsk-russiske BIT artikkel 3. Dersom Russland er vertslandet, vil dette innebære at ethvert myndighetsorgan i forbundsstaten, uansett nivå og funksjon, er forpliktet til å gi beskyttede investeringer nasjonal- og bestevilkårsbehandling.

Hvorvidt noe er et myndighetsorgan vil som regel fremgå av vertslandets nasjonale lovgivning. Tidvis er dette et mer problematisk spørsmål. Er for eksempel et statlig eid aksjeselskap et myndighetsorgan? Hva med et privat samvirke som har myndighetsgodkjente vedtekter, for eksempel Norges Råfisklag?

Ved tvil om noe utgjør et myndighetsorgan kan spørsmålet om vedkommende handler på vegne av staten avgjøres etter alternative kriterier. Folkerettskommisjonens utkast fastslår for eksempel at enhver person som staten har "*empowered (...) to exercise elements of (...) governmental authority*" skal anses å utøve handlinger på vegne av staten.<sup>104</sup> For eksempel kan et privat aksjeselskap som drifter en havn være tillagt en viss tollmyndighet. Selskapets utøvelse av denne myndigheten vil anses som statshandlinger. Derimot vil selskapets private og kommersielle opptreden falle utenfor.<sup>105</sup>

### **3.2.4 Rekkevidden av "treatment"-begrepet**

Artikkel 3 stiller krav til innholdet i vertslandets behandling av beskyttede investeringer jf. nr. 3 og nr. 2. For at kravene skal komme til anvendelse må den aktuelle opptreden fra

---

<sup>102</sup> The International Law Commission, *Draft articles on Reponsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001 s. 40 artikkel 4 nr. 1.

<sup>103</sup> For en oversikt over de ulike enhetene, se William E. Butler, *Russian Law*, 3. utgave, 2009 s. 324 avsnitt 8.18.

<sup>104</sup> The International Law Commission, *Draft articles on Reponsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001 s. 42 artikkel 5.

<sup>105</sup> *Op. cit.* s. 43 artikkel 5 kommentar 5.

vertslandets side utgjøre *"treatment"* i traktatens forstand. Vil for eksempel et lovvedtak som setter restriksjoner for videresalg av en bestemt type investeringsobjekter utgjøre en behandling av disse investeringene? Eksempelet illustrerer at anvendelsesområdet til kravene i artikkel 3 avhenger av *"treatment"*-begrepets rekkevidde.

Når det gjelder nasjonal behandling fremgår det av artikkel 3 nr. 3 at vertslandet skal gi investeringer *"treatment no less favourable than that which it accords to investments by its own investors"*. Det gis ingen utdyping av hva som menes med *"treatment"*.

*"[T]reatment"* et vidt begrep. Etter sin ordlyd omfatter det enhver form for aktiv eller passiv opptreden overfor noe eller noen. Uttrykket *"[vertslandets] treatment" av "investments"* jf. artikkel 3 nr. 3 har heller ingen klart definerte rammer. Tilsynelatende omfattes enhver opptreden fra myndighetene som påvirker investeringens situasjon. Slik påvirkning kan ta form som rettigheter og privilegier, så vel som plikter og byrder.

På hvilken måte behandlingen gis er etter ordlyden i artikkel 3 nr. 3 uten betydning. Alle former for myndighetstiltak er omfattet. Eksempler kan for det første være vedtakelse av lover og andre regulerende instrumenter. Behandling kan også gis i form av praksis, for eksempel saksbehandlingen til et forvaltningsorgan eller en domstol. Det kan også tenkes behandling i form av faktiske handlinger, eksempelvis en politirassia eller rivning av en bygning.

Språklig sett vil også fravær av myndighetstiltak kunne anses som *"treatment"* jf. artikkel 3 nr. 3. Eksempler kan være manglende etterforskning av en kriminell handling som har skadet investeringsobjektet eller at namsmyndighetene unnlater å tvangsinn drive et pengekrav.

Når det gjelder bestevilkårsbehandling fremgår det av artikkel 3 nr. 2 at *"[t]he treatment referred to in paragraph 1 of this Article"* skal som et minimum ikke være mindre gunstig *"than that which is granted with regard to investments by investors of any third state"*. Kravet til bestevilkårsbehandling gjelder dermed *"[t]he treatment"* som artikkel 3 nr. 1 refererer til, det vil si *"fair and equitable treatment"* av *"investments"*.

Det som skiller denne formuleringen fra formuleringen om kravet til nasjonal behandling i artikkel 3 nr. 3, er ordene *"fair and equitable"*. Spørsmålet blir om *"fair and equitable"* jf. artikkel 3 nr. 1 innebærer en konkretisering eller innskrenking av *"treatment"*-begrepet.

Ordlyden oppstiller et krav til innholdet i behandlingen, den skal være *"fair and equitable"* jf. artikkel 3 nr. 1. Derimot gis det ingen føringer på hva som er *"treatment"*. Dermed kan den vide tolkingen av *"treatment"*-begrepet under nasjonal behandling også legges til grunn ved bestevilkårsbehandling.

Når anvendelsesområdet til en bestemmelse om bestevilkårsbehandling skal fastsettes, oppstår spørsmålet i hvilken grad bestemmelsen omfatter rettigheter og privilegier som vertslandet gir via traktater med tredjeland. Problemstillingen kan illustreres med et eksempel. Vertslandet og land X inngår en BIT som inneholder en bestemmelse om bestevilkårsbehandling. Deretter inngår vertslandet en traktat med land Y. Denne traktaten gir spesielt gunstige skattebetingelser til investeringer fra land Y. Kan investeringer fra land X, med grunnlag i bestemmelsen om bestevilkårsbehandling, kreve tilsvarende gunstige skattebetingelser? Dette er et spørsmål om import av traktatbaserte fordeler.

I relasjon til den norsk-russiske BIT blir spørsmålet om slike traktatbaserte fordeler utgjør *"treatment"* av *"investments"* jf. artikkel 3 nr. 2 jf. nr. 1.

Ordlyden stiller ingen krav til hvordan behandlingen gis. Slik sett vil rettigheter og privilegier gitt via traktater være innenfor *"treatment"*-begrepets rekkevidde. Dette er også forutsatt i unntakene opplistet i artikkel 3 nr. 4. Her fremgår det at fordeler gitt i forbindelse med mellomstatlig samarbeid, innenfor nærmere angitte områder, ikke kan kreves som en del av bestevilkårsbehandling. Motsetningsvis vil traktatbaserte fordeler gitt utenfor de angitte områdene kunne kreves med grunnlag i artikkel 3 nr. 2 jf. nr. 1.

Foruten artikkel 3 nr. 4 oppstiller traktatteksten ingen uttrykkelige grenser for import av traktatbaserte fordeler.

I voldgiftspraksis og juridisk litteratur argumenteres det for at slik import må gjøres innenfor rammene av ejusdem generis-prinsippet.<sup>106</sup> Prinsippet innebærer at en bestemmelse om bestevilkårsbehandling bare kan tiltrekke seg fordeler gitt innenfor det samme saksområdet

---

<sup>106</sup> Se blant annet *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25.1.2000, avsnitt 56, og *Renta 4 S.V.S.A, m.fl. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, 20.3.2009, avsnitt 100 jf. avsnitt 89. Se også United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Most-favoured-nation Treatment*, 2010 s. 24 – 26, og OECD, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004 s. 9 – 12.

som bestemmelsen relaterer seg til.<sup>107</sup> Dersom bestemmelsen gir rett til bestevilkårsbehandling i forbindelse med olje- og gassutvinning, kan den for eksempel ikke brukes til å kreve fordeler gitt til en reindriftsutøver.

Den norsk-russiske BIT artikkel 3 nr. 2 relaterer seg til behandling av ”*investments*”. Bestemmelsen er nedfelt i en traktat som skal beskytte investeringer, jf. traktatens tittel og fortalens fjerde avsnitt. Dermed vil det være innenfor ejusdem generis-prinsippets rammer å importere fordeler fra vertslandets investeringstraktater med tredjeland. Derimot vil fordeler gitt i en avtale om kulturvern, falle utenfor.

Et av de mest omstridte spørsmålene i voldgiftspraksis er om det gjelder ytterligere skranker for import av traktatbaserte fordeler. Særlig har dette blitt problematisert når den aktuelle fordelen er en prosessuell rettighet nedfelt i en investeringstraktat. For eksempel inneholder en BIT mellom vertslandet og et tredjeland gunstigere vilkår for å reise sak ved en internasjonal voldgiftsdomstol.

Voldgiftssaken *Telenor v. Ungarn* omhandlet en bestemmelse om bestevilkårsbehandling som i likhet med den norsk-russiske BIT artikkel 3 nr. 2 ikke ga noen nærmere definisjon av ”*treatment*”-begrepets rekkevidde.<sup>108</sup> Voldgiftsdomstolen uttalte at en ”*ordinary meaning*” av uttrykket ”*shall be accorded treatment no less favourable*” tillot import av materielle rettigheter, men ikke prosessuelle.<sup>109</sup> Standpunktet ble foretatt uten en nærmere analyse av teksten.

At det skal trekkes et skille mellom import av materielle og prosessuelle rettigheter ble derimot avvist i saken *RosInvestCo v. Russland*.<sup>110</sup> Dersom materielle rettigheter ble tillatt importert, så voldgiftsdomstolen ”*no reason not to accept (...) [import av] procedural clauses*”.<sup>111</sup> Et lignende standpunkt ble tatt i saken *Renta 4 S.V.S.A. m.fl. v. Russland*.<sup>112</sup>

---

<sup>107</sup> Per Christian Nordtømme, *Folkerettens regler om beskyttelse av utenlandske investeringer*, i Odd Ivar Biller, Erik Brannsten, Are Brautaset og Olav Hasaas (red.), *Industribygging og rettsutvikling – Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*, 2005 s. 596.

<sup>108</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, Award, 13.9.2006, avsnitt 84.

<sup>109</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, Award, 13.9.2006, avsnitt 92.

<sup>110</sup> *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Award on Jurisdiction, 1.10.2007.

<sup>111</sup> *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Award on Jurisdiction, 1.10.2007, avsnitt 132.

<sup>112</sup> *Renta 4 S.V.S.A., m.fl. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, 20.3.2009.



Voldgiftsdomstolen uttalte at "[t]here is no textual basis or legal rule to say that "treatment" does not encompass the host state's acceptance of international arbitration".<sup>113</sup>

Etter mitt skjønn er det ingen språklige holdepunkter for å avgrense "treatment"-begrepet til materiell behandling. Dersom dette var traktatpartenes intensjon kunne det enkelt vært presisert ved å skrive 'substantive' foran 'treatment'.

Videre er det etter mitt syn lite hensiktsmessig å operere med et skille mellom import av materielle- og prosessuelle rettigheter. For det første er dette kategorier uten klart definerte grenser. Hvorvidt en konkret fordel skal betegnes som materiell eller prosessuell, kan by på tvil. Hvilken kategori tilhører for eksempel en rett til erstatning av saksomkostninger? Rettigheten gis i tilknytning til en tvisteløsningsprosess, men utgjør samtidig et materielt krav på penger. Det er også slik at materielle rettigheters nytteverdi ofte beror på prosessuelle ordninger som kan sikre at de blir innfridd. Materielle garantier som ikke kan håndheves er trolig lite egnet til å påvirke investeringsviljen hos utenlandske investorer.

Andre voldgiftsdomstoler har argumentert for at bestemmelser om bestevilkårsbehandling bør tolkes ut fra bestemte presumsjoner. I saken *Gas Natural v. Argentina* uttalte voldgiftsdomstolen at med mindre "it appears clearly" at traktatpartene har avtalt noe annet, bør bestemmelser om bestevilkårsbehandling i BITs "be understood to be applicable to dispute settlement".<sup>114</sup>

I saken *Plama v. Bulgaria* ble en motsatt presumsjon lagt til grunn.<sup>115</sup> Voldgiftsdomstolen uttalte at "the intention to incorporate dispute settlement provisions must be clearly and unambiguously expressed".<sup>116</sup> Prosessuelle rettigheter kan bare importeres når traktatteksten "leaves no doubt" om at dette har vært traktatpartenes mening.<sup>117</sup> På lignende vis ble et krav om at slike ordninger må fremgå "clearly and unambiguously" av traktatteksten også oppstilt i saken *Berschader v. Russland*.<sup>118</sup>

---

<sup>113</sup> *Renta 4 S.V.S.A., m.fl. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, 20.3.2009, avsnitt 101.

<sup>114</sup> *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17.6.2005, avsnitt 49.

<sup>115</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 8.2.2005.

<sup>116</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 8.2.2005, avsnitt 204.

<sup>117</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 8.2.2005, avsnitt 223.

<sup>118</sup> *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, Award, 21.4.2006, avsnitt 181.

Etter mitt syn kan det ikke være riktig å operere med slike presumsjoner, verken i den ene eller andre retningen. Rekkevidden av en forpliktelse til å gi bestevilkårsbehandling bør fastsettes på samme måte som enhver annen traktatforpliktelse. Det vil si ut fra en alminnelig tolking av den aktuelle traktatteksten.

### **3.2.5 Unntak**

Videre må det avklares hvilke unntak som gjelder fra vertslandets plikt til å gi nasjonal- og bestevilkårsbehandling.

Det følger av artikkel 3 nr. 3 at vertslandet ikke er forpliktet til å gi nasjonal behandling dersom *"other treatment is required by its legislation"*.

Begrepet *"required"* tilsier at annen behandling må være påkrevd. Dersom loven gjør forskjellsbehandlingen valgfri, vil den ikke kunne brukes til å gjøre unntak fra retten til nasjonal behandling.

Etter sin ordlyd tilsier begrepet *"legislation"* at det er nødvendig med lovhjemmel. Det stilles ingen direkte krav til lovens klarhet eller tilgjengelighet. Et av formålene til den norsk-russiske BIT er imidlertid å stimulere til investeringer på tvers av partenes landegrensener og skape gunstige forhold for slike investeringer, jf. fortalens tredje avsnitt. Dersom begrepet *"legislation"* tolkes i lys av dette formålet kan det argumenteres for at det gjelder visse krav til lovenes tilgjengelighet og klarhet. Slik forutberegnelighet er både et viktig moment i vurderingen før en investeringsbeslutning, og et viktig kjennetegn ved et gunstig investeringsklima. Et støtteargument er at Norge og Russland er bundet av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK).<sup>119</sup> Denne konvensjon opererer med et krav om at lovene er tilgjengelige og presist utformet.<sup>120</sup>

Et annet spørsmål er om uttrykket *"is required by its legislation"* kun omfatter lover som var vedtatt på tidspunktet for traktatinngåelsen, eller om det også omfatter lover vedtatt etter dette tidspunktet, jf. artikkel 3 nr. 3. En isolert tolking av begrepet *"is"* tilsier at det siktes til gjeldende lover på tidspunktet for traktatinngåelsen. Dette gir holdepunkter for at uttrykket

---

<sup>119</sup> *Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, undertegnet 4.11.1950.

<sup>120</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, 2011 s. 112 – 131.

ikke er ment å omfatte fremtidig lovgivning. En slik tolkning innebærer en betydelig innskrenkning av unntakets rekkevidde og kan derfor sies å være i overensstemmelse med formålet om å skape gunstige forhold for investeringer jf. fortalens tredje avsnitt.

På den andre siden er begrepet "*legislation*" etter en språklig forståelse tidsubestemt, jf. artikkel 3 nr. 3. Et lands lovgivning er normalt noe som endres og utvikles over tid. Dette tilsier at uttrykket "*is required by its legislation*" i artikkel 3 nr. 3 også omfatter lover vedtatt etter tidspunktet for traktatinngåelsen. Bruk av begrepet "*is*" stenger ikke for en slik forståelse. På bakgrunn av dette kan det konkluderes med at unntaket omfatter lover vedtatt både før og etter inngåelsen av den norsk-russiske BIT.

Unntaket fra retten til nasjonal behandling i artikkel 3 nr. 3 kan illustreres ved den russiske loven om massemedia.<sup>121</sup> Det følger av lovens artikkel 19.1 første ledd at dersom 50 % eller mer av eierandelene i en virksomhet eies av utlendinger, gjelder det et forbud mot at virksomheten oppretter nye TV-kanaler eller radiostasjoner. Selv om en bestemt virksomhet utgjør en beskyttet investering under den norsk-russiske BIT, har den ikke krav på nasjonal behandling i relasjon til opprettelse av TV-kanaler eller radiostasjoner. "[O]ther treatment" jf. artikkel 3 nr. 3 er påkrevd i russisk lov.

Det kan konstateres at artikkel 3 nr. 3 gir vertslandet en vid unntaksfullmakt. Nasjonale investeringer kan fritt favoriseres såfremt det følger av vertslandets lovgivning. På dette punktet har traktatpartene ønsket å beholde en stor grad av handlefrihet. Etter mitt skjønn innebærer dette et tilsvarende stort innhugg i rettighetens nytteverdi for beskyttede investeringer. Unntaket bidrar til å svekke traktatens investeringsbeskyttelse.

Artikkel 3 oppstiller også unntak fra retten til bestevilkårsbehandling. Det fremgår av artikkel 3 nr. 4 at bestevilkårsbehandling "*shall not apply to benefits which the Contracting Party is providing or will provide in the future*" i forbindelse med mellomstatlig samarbeid innenfor nærmere opplistede områder.

Begrepet "*benefits*" gir ingen klare rammer for hva som omfattes. Ordlydsmessig innebærer "*benefits*" ethvert tiltak som plasserer noen i en bedre posisjon enn andre. De fleste investorer

---

<sup>121</sup> Federal Law No.2124-1, 27.12.1991, *On Mass Media*.

er profittsøkende og konkurranseorienterte aktører. Fra et slikt ståsted kan alle myndighetstiltak som gir konkurransemessige fortrinn bli betegnet som fordeler. Dette gjelder både tildeling av goder og fravær av onder, for eksempel subsidier og skattefritak.

Unntaket gjelder både nåtidige og fremtidige fordeler jf. uttrykket *"is providing or will provide in the future"*. Innenfor de opplistede områdene har dermed vertslandet handlefrihet når det gjelder fremtidige forpliktelser. Nye avtaler kan inngås vel vitende om at fordelene som innrømmes ikke samtidig må gis til investeringer beskyttet av den norsk-russiske BIT.

Når det gjelder de opplistede områdene fastslår det første strekpunktet at kravet til bestevilkårsbehandling ikke gjelder fordeler som gis eller kommer til å bli gitt *"[i]n connection with the participation in a free trade area, customs or economic union"*. Dette reiser flere tolkingsspørsmål. Verken *"free trade area"*, *"customs (...) union"* eller *"economic union"* er nærmere definert. Innholdet i slike mellomstatlige samarbeidsordninger varierer stort. En løsning kan være å legge avgjørende vekt på samarbeidets formål.

For eksempel er formålet med EØS-avtalen å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene.<sup>122</sup> Dette forsøkes innfridd blant annet ved å innføre fritt varebytte.<sup>123</sup> På bakgrunn av dette kan det argumenteres for at EØS utgjør et *"free trade area"* jf. den norsk-russiske BIT artikkel 3 nr. 4 første strekpunkt.

Fordeler Norge gir utenlandske investeringer i forbindelse med deltakelse i EØS-samarbeidet vil dermed være unntatt fra forpliktelsen om å gi bestevilkårsbehandling til investeringer foretatt av russiske investorer. Et eksempel på en slik fordel fremgår av aksjeloven § 6-11.<sup>124</sup> Det følger av bestemmelsen at daglig leder og minst halvparten av styrets medlemmer i et aksjeselskap skal *"være bosatt her i riket"* jf. § 6-11 første ledd første punktum. Dette gjelder ikke *"statsborgere i stater som er part i EØS-avtalen, når de er bosatt i en slik stat"* jf. § 6-11 første ledd andre punktum. Russiske investeringer som tar form som aksjeselskaper, kan ikke kreve en tilsvarende fordel.

---

<sup>122</sup> *Agreement on the European Economic Area*, undertegnet i Oporto 2.5.1992, artikkel 1 nr. 1.

<sup>123</sup> *Agreement on the European Economic Area*, undertegnet i Oporto 2.5.1992, artikkel 1 nr. 2 bokstav a.

<sup>124</sup> Lov 13.6.1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Det andre strekpunktet i artikkel 3 nr. 4 fastslår at kravet til bestevilkårsbehandling ikke gjelder fordeler som gis eller som kommer til å bli gitt ”[b]y virtue of the agreements in the field of economic cooperation of the Russian Federation with the states that constituted the former Union of Soviet Socialist Republics”.

Slikt økonomisk samarbeid foregår blant annet i ’the Commonwealth of Independent States (CIS)’.<sup>125</sup> Dette er en internasjonal organisasjon som ble opprettet like etter Sovjetunionens oppløsning tidlig på 1990-tallet.<sup>126</sup> Medlemmene består av Russland og de fleste andre tidligere sovjetstater.<sup>127</sup> Etter organisasjonens opprettelse har medlemmene inngått flere avtaler som gir fordeler til medlemsstatenes økonomiske aktører, herunder investorer. For eksempel ble det i 1993 inngått en traktat som skal sikre et regime av bestevilkårsbehandling innad i CIS.<sup>128</sup>

Det siste strekpunktet i artikkel 3 nr. 4 fastslår at kravet til bestevilkårsbehandling ikke gjelder fordeler som gis eller som kommer til å bli gitt ”[o]n the basis of the agreements to avoid double taxation, or other arrangements relating to taxation issues”. Et eksempel på en avtale som skal unngå dobbeltbeskatning er skatteavtalen mellom de nordiske landene.<sup>129</sup> De fordelene som norske myndigheter i kraft av denne avtalen gir til investeringer fra de andre nordiske landene, vil dermed være unntatt fra russiske investeringers rett til bestevilkårsbehandling.

Et tolkingsspørsmål som reises i dette strekpunktet er hva som menes med uttrykket ”or other arrangements” jf. artikkel 3 nr. 4 tredje strekpunkt. Lest isolert kan dette forstås som enhver annen ordning, herunder nasjonal skattelovgivning. Tolkes uttrykket i kontekst med den innledende henvisningen til avtaler som skal hindre dobbeltbeskatning og de øvrige strekpunktene i artikkel 3 nr. 4, tilsier det derimot at det siktes til andre folkerettslige avtaler. Sistnevnte alternativ underbygges av den norske traktatteksten som bruker uttrykket ”eller andre avtaler”.

---

<sup>125</sup> William E. Butler, *Russian Law*, 3. utgave, 2009 s. 735 – 736.

<sup>126</sup> *Op. cit.* s. 734.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> *Op. cit.* s. 743. For andre eksempler, se s. 744 – 746.

<sup>129</sup> *Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue*, undertegnet i Helsinki 23.9.1996.

Et annet spørsmål er hva som ligger i kravet om at avtalen må "[relate] to taxation issues" jf. artikkel 3 nr. 4 tredje strekpunkt. Ordlyden gir ingen klare føringer på hva som kreves for at en avtale skal få en slik betegnelse. Tolket i lys av traktatens formål om å skape gunstige forhold for investeringer jf. fortalens tredje avsnitt, kan det argumenteres for at ikke enhver henvisning til et skattespørsmål er tilstrekkelig. Et tolkingsalternativ kan være at den aktuelle avtalen må i hovedsak omhandle skatterelaterte temaer. Hvor den nærmere grensen skal trekkes i praksis, vil derimot kunne by på tvil.

En fellesnevner for strekpunktene i artikkel 3 nr. 4 er at de ulike samarbeidsområdene blir angitt med vide ordelag. Dette gjør det utfordrende å fastsette de konkrete rammene for unntaket. Det er likevel ikke tvilsomt at en rekke traktatbaserte fordeler vil være unntatt. Sammenholdes dette med at artikkel 3 nr. 4 også gjelder fremtidige fordeler, kan det konstateres at unntaket fra retten til bestevilkårsbehandling er omfattende. Dette setter en effektiv stopper for gratispassasjerer, men medfører samtidig en betydelig reduksjon av traktatens investeringsbeskyttelse.

### **3.3 Fastsettelse av innholdet i kravene til behandling**

#### **3.3.1 Problemet**

Kravene til nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling har et relativt innhold. Hva som konkret kan kreves beror på en henvisning til vertslandets behandling av andre investorer og investeringer. I det følgende skal det ses nærmere på fremgangsmåten for å fastsette kravenes innhold.

Denne fremgangsmåten reiser to overordnede problemstillinger.

For det første må det avklares hvem som er den riktige komparator.<sup>130</sup> Dette er mottakeren av den behandlingen det skal henvises til når kravenes innhold skal fastsettes. Komparatoren er med andre ord det relevante sammenligningsobjektet. Dette kan for eksempel være nasjonale investeringer eller investeringer fra et tredjeland.

---

<sup>130</sup> På engelsk omtalt som 'the comparator', se eksempelvis Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 340.

Dernest må det avklares hvilken behandling vertslandet er forpliktet til å gi rettighetssubjektet sammenlignet med behandlingen av komparatoren. Må vertslandet gi nøyaktig samme behandling, like gunstig behandling eller en annen form for behandling? Denne problemstillingen kan beskrives som identifisering av plikten til likebehandling.<sup>131</sup>

### **3.3.2 Den riktige komparator**

Det fremgår av artikkel 3 nr. 3 at vertslandets behandling av beskyttede investeringer skal ikke være mindre gunstig enn den behandlingen som gis til "*investments by its own investors*". På lignende måte fremgår det av artikkel 3 nr. 2 at behandlingen heller ikke skal være mindre gunstig enn den behandlingen som gis "*investments by investors of any third state*".

Komparatorene for nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling er dermed investeringer foretatt av henholdsvis nasjonale investorer og investorer fra tredjeland.

Ordlyden stiller ingen krav om at den beskyttede investeringen og komparatoren må være i en spesifikk sammenlignbar situasjon. For eksempel stilles det ikke krav om at de tilhører samme bransje, er av samme størrelse, er lokalisert i samme område eller lignende.

Dette tilsier isolert sett at enhver nasjonal investering, og enhver investering fra et tredjeland, utgjør relevante komparatorer. Et slikt tolkingsresultat innebærer at vertslandet må behandle beskyttede investeringer minst like gunstig som alle andre investeringer på vertslandets territorium. Dersom vertslandet for eksempel gir økonomiske støtteordninger til nasjonale investeringer innenfor miljøvern, må tilsvarende støtteordninger også gis til alle investeringer som er beskyttet av den norsk-russiske BIT. Dette gjelder selv om den beskyttede investeringen er miljøskadelig, for eksempel et forurensende oljeraffineri. På tilsvarende måte må eventuelle privilegier gitt til nasjonale småskalaprodusenter av melk, tilkomme et beskyttet aluminiumsverk.

Det kan argumenteres for at en slik forståelse av bestemmelsen utgjør en unødvendig vid restriksjon av vertslandets handlefrihet. Verken konseptet nasjonal- eller

---

<sup>131</sup> På engelsk omtalt som 'the equivalency requirement', se Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 343.

bestevilkårsbehandling krever at beskyttede investeringer skal gis samme behandling som alle andre investeringer i alle situasjoner. Standardenes formål er å sikre konkurrerende aktører likeverdige betingelser uavhengig av deres nasjonalitet. En beskyttet investering er ikke i konkurranse med alle andre investeringer foretatt på vertslandets territorium.

Det finnes investeringstraktater som har tatt høyde for dette, og derfor uttrykkelig krever at den beskyttede investeringen og komparatoren må være *"in like situations"* eller *"in like circumstances"*.<sup>132</sup> Spørsmålet blir om en tilsvarende begrensning kan innfortolkes i den norsk-russiske BIT artikkel 3 nr. 3 og nr. 2.

Et av traktatens formål er å skape gunstige forhold for investeringer jf. fortalens tredje avsnitt. Fra investorens ståsted vil det være mest fordelaktig å kunne sammenligne behandlingen av sin investering med behandlingen av alle andre investeringer. På den andre siden skal traktaten også bidra til å utvikle det økonomiske samarbeidet mellom Norge og Russland jf. fortalens andre avsnitt. Dette tilsier at forpliktelsene i artikkel 3 ikke bør tolkes videre enn hva som er nødvendig for å innfri bestemmelsens funksjon. I tillegg kan det argumenteres for at det viktigste for investoren er at investeringen ikke mottar dårligere behandling enn konkurrerende investeringer. Et krav om likhet i situasjonene, vil derfor ikke utgjøre en betydelig reduksjon av traktatens investeringsbeskyttelse.

I juridisk litteratur har det vært argumentert for at standardene nasjonal- og bestevilkårsbehandling *"not only may, but must, be interpreted to require that the treatment of covered investment (...) be evaluated only with respect to the treatment of comparable investments"*.<sup>133</sup> Selv når bestemmelsen ikke inneholder uttrykk som 'in like situations' eller 'in like circumstances' bør en slik *"limitation (...) be treated as implicit"*.<sup>134</sup> Alternativet vil *"impose a senseless restriction on host-state regulatory discretion"*.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> *Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment*, undertegnet 14.11.1991, artikkel II (1), og *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Eastern Republic of Uruguay for the promotion and protection of investments*, undertegnet 29.10.1997, artikkel IV.

<sup>133</sup> Kenneth J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 340.

<sup>134</sup> *Op. cit.* s. 340 – 341. Se også Andrew Newcombe og Lluís Paradel·l, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009 s. 161, hvor det hevdes at fraværet av slike uttrykk *"is arguably not legally significant"*.

<sup>135</sup> Kenneth J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 340.



Dette standpunktet har også fått tilslutning i voldgiftspraksis. Saken *Parkerings-Compagniet v. Litauen* omhandlet en bestemmelse om bestevilkårsbehandling som ikke uttrykkelig krevde likhet i situasjonene.<sup>136</sup> Voldgiftsdomstolen uttalte at sammenligningen likevel må foretas med en investor ”in like circumstances”.<sup>137</sup> Det samme ble i et lignende tilfelle lagt til grunn i *Bayindir v. Pakistan*.<sup>138</sup>

I litteraturen har det videre blitt argumentert for at et slikt krav følger av standardenes logikk og struktur. Bestemmelser om nasjonal- og bestevilkårsbehandling forbyr nasjonalitetsbasert diskriminering. Logikken i enhver diskrimineringsanalyse er å sammenligne likt med likt.<sup>139</sup> Det som bør sammenlignes er derfor investeringer som er i like situasjoner.<sup>140</sup>

Også dette resonnementet har fått tilslutning i voldgiftspraksis. Saken *Nykomb v. Latvia* omhandlet et traktatfestet forbud mot diskriminering. Selv om det ikke fremgikk klart av traktatteksten, la voldgiftsdomstolen til grunn at ved vurderingen av om ”there is discrimination in sense of the Treaty one should only ”compare like with like””.<sup>141</sup>

På denne bakgrunn kan det argumenteres for at det også gjelder en slik begrensning ved anvendelse av den norsk-russiske BIT artikkel 3 nr. 3 og nr. 2. Den beskyttede investeringens komparatorer bør avgrenses til å være de investeringene som er i like situasjoner. Etter mitt syn kan det ikke trekkes en klar konklusjon på dette spørsmålet. Det fremstår imidlertid som mest sannsynlig at en voldgiftsdomstol vil innfortolke en slik begrensning i artikkel 3 nr. 3 og nr. 2, dersom spørsmålet skulle oppstå i en konkret sak.

Dette vil i så fall reise en ny problemstilling. Hva er det som avgjør om den beskyttede investeringen og den potensielle komparator er i like situasjoner? Ordlyden i artikkel 3 nr. 3 og nr. 2 gir ingen føringer. Det har i voldgiftspraksis og juridisk litteratur blitt argumentert for flere ulike tilnærminger.

---

<sup>136</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, 11.9.2007, avsnitt 362.

<sup>137</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, 11.9.2007, avsnitt 369.

<sup>138</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, 27.8.2009, avsnitt 416 jf. avsnitt 386.

<sup>139</sup> Andrew Newcombe og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009 s. 161.

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, Arbitral Award, 16.12.2003, s. 34.

Et forslag er å anse investeringene for å være i like situasjoner dersom de er identiske i alle henseender bortsett fra nasjonalitet.<sup>142</sup> Dersom det ikke finnes en investering som er identisk med den beskyttede investeringen, velges den som er mest lik.<sup>143</sup> Denne tilnærmingen har primært to svakheter. For det første eliminerer den et stort antall potensielle komparatorer, noe som igjen kan bidra til å svekke investeringsbeskyttelsen.<sup>144</sup> Dernest kan investeringer sammenlignes ut fra en rekke forskjellige variabler. Eksempler er størrelse, type, bransjetilhørighet, geografisk lokalisering, med flere. Hvilken investering som er mest lik den beskyttede investeringen, er derfor et spørsmål som kan by på atskillig tvil.<sup>145</sup>

En annen tilnærming er å anse den beskyttede investeringen for å være i lik situasjon med alle andre investeringer innenfor den samme økonomiske sektoren.<sup>146</sup> For eksempel vil en beskyttet investering i et vannkraftverk og en nasjonal investering i et atomkraftverk begge tilhøre energisektoren. Atomkraftverket blir dermed komparatoren i relasjon til vannkraftverkets rett til nasjonal behandling.

Et argument for denne tilnærmingen er at konkurrerende investeringer presumptivt operer innenfor samme sektor av økonomien.<sup>147</sup> Dette kan derfor sies å være en treffsikker identifisering av komparatoren når det gjelder formålet om å sikre konkurrerende aktører likeverdige betingelser. Et problem med tilnærmingen er at den forutsetter at det finnes andre investeringer innenfor den aktuelle sektoren.<sup>148</sup> Dette er ikke alltid tilfellet. For eksempel kan den beskyttede investeringen være foretatt innenfor en lite utviklet del av vertslandets økonomi. I tillegg kan det innvendes at økonomiske sektorer ikke er fastsatte størrelser, men kan beskrives i mer eller mindre generelle ordelag.<sup>149</sup> Dette svekker forutberegneligheten for de involverte aktørene.

En tredje tilnærming er å anse alle investeringer for å være i like situasjoner, med mindre det finnes legitime grunner til å behandle dem forskjellig. Voldgiftsdomstolen i saken

---

<sup>142</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3.8.2005, Part IV – Chapter B avsnitt 14.

<sup>143</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3.8.2005, Part IV – Chapter B avsnitt 14.

<sup>144</sup> Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 341.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Award on the Merits of Phase 2, 10.4.2001, avsnitt 78, og *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, avsnitt 250.

<sup>147</sup> Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 341.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Ibid.*

*Parkerings-Compagniet v. Litauen* la til grunn at *"the situation of the two investors will not be in like circumstances if a justification of the different treatment is established"*.<sup>150</sup> Det avgjørende spørsmålet blir om vertslandet har en legitim grunn til å behandle den beskyttede investeringen dårligere enn andre investeringer. Dersom dette besvares bekræftende kan ikke den beskyttede investeringen sammenlignes med de andre investeringene. De er da i ulike situasjoner.

Etter mitt syn er det sistnevnte tilnærming som har de beste grunner for seg. Hvorvidt to investeringer er i samme situasjon vil nødvendigvis variere ut fra det aktuelle myndighetstiltakets formål og begrunnelse.<sup>151</sup> Investeringene er for eksempel to forurensende kjemikaliefabrikker. Den ene er plassert i en storby, den andre i et ubebodd område. Selv om de tilhører samme økonomiske sektor, kan de ikke anses for å være i like situasjoner når det gjelder utslippstillatelser eller andre miljøreguleringer. Forurensende utslipp fra fabrikkene i byen får markert større konsekvenser for omgivelsene enn utslipp fra fabrikkene som ligger i det ubebodde området. Når det gjelder plikten til å betale merverdiavgift eller andre ikke-miljørelaterte avgifter, vil fabrikkene derimot kunne anses å være i like situasjoner.

Et av problemene med denne tilnærmingen er å fastsette hva som utgjør en legitim grunn til forskjellsbehandling. Verken voldgiftspraksis eller juridisk litteratur gir et klart svar på dette. Noen føringer kan likevel påpekes.

I relasjon til nasjonal behandling uttalte voldgiftsdomstolen i saken *Pope & Talbot v. Canada* at forskjellsbehandlingen må rettferdiggjøres *"by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by preference of domestic over foreign owned investments"*.<sup>152</sup> Med andre ord vil proteksjonistiske hensyn ikke utgjøre en legitim begrunnelse for forskjellsbehandling.<sup>153</sup> Derimot gis det ingen eksempler på hva som vil være legitimt.

---

<sup>150</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, 11.9.2007, avsnitt 375.

<sup>151</sup> Dette er også standpunktet i Andrew Newcombe og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009, se side 176.

<sup>152</sup> *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Award on the Merits of Phase 2, 10.4.2001, avsnitt 79.

<sup>153</sup> Dette er også lagt til grunn i *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, Final Award, 15.11.2004, se avsnitt 114.

Et moment kan være om *"the policy in the specific case is lawful under other relevant rules of international law"*.<sup>154</sup> I norsk-russisk sammenheng kan det kanskje trekkes paralleller fra Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK).<sup>155</sup> Konvensjonens artikkel 11 nr. 2 tillater at det gjøres unntak fra forsamlings- og foreningsfriheten av hensyn til *"national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others"*. Dette er en opplisting av hensyn som potensielt kan gis overføringsverdi ved vurderingen om vertslandets forskjellsbehandling er legitimt begrunnet. Anvendt på eksempelet om de to forurensende fabrikkene, kan et strengere utslippskrav for fabrikken lokalisert i byen legitimt begrunnes av de helsemessige konsekvensene forurensningen har for byens innbyggere.

### **3.3.3 Plikten til likebehandling**

Videre blir spørsmålet hvilken behandling vertslandet er forpliktet å gi beskyttede investeringer sammenlignet med behandlingen av komparatoren.

Artikkel 3 nr. 3 fastslår at behandlingen av beskyttede investeringer skal være *"no less favourable"* enn behandlingen av investeringer foretatt av nasjonale investorer. På lignende vis uttrykker artikkel 3 nr. 2 at behandlingen skal *"not be less favourable"* enn behandlingen av investeringer foretatt av investorer tilhørende en tredjestat.

Begge standardene forplikter dermed vertslandet til å gi beskyttede investeringen en behandling som er ikke mindre gunstig enn behandlingen av komparatoren.

Uttrykkene *"no less favourable"* og *"not be less favourable"* krever ikke at det gis samme behandling, jf. artikkel 3 nr. 3 og nr. 2. Ordlyden tillater for det første at beskyttede investeringer gis *bedre* behandling. Videre kan det også gis en *annen* behandling, såfremt den ikke er mindre gunstig.

En behandling vil språklig sett være *"less favourable"* dersom mottakeren pålegges strengere forpliktelser eller gis dårligere rettigheter, jf. artikkel 3 nr. 3 og nr. 2. Vertslandet vedtar for

---

<sup>154</sup> Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008 s. 183.

<sup>155</sup> *Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, undertegnet 4.11.1950.

eksempel en lov som gir skattefritak til nasjonale investeringer, men ikke til beskyttede investeringer. Sistnevnte mottar da mindre gunstig behandling.

Behandlingen vil etter ordlyden også være "*less favourable*" dersom den *de facto* plasserer mottakeren i en dårligere posisjon, jf. artikkel 3 nr. 3 og nr. 2. Den beskyttede investeringen utsettes eksempelvis for en mer tidkrevende og omstendelig saksbehandlingsprosess enn komparatoren. Et annet eksempel kan være et lovpålagt krav om at alle selskaper i vertslandet skal styres av personer som snakker vertslandets språk. Språkkravet er formelt sett likt for alle, men kan i realiteten påføre utenlandsk eide selskaper en større ulempe enn nasjonale selskaper.

Videre stiller ordlyden i artikkel 3 nr. 3 og nr. 2 ingen krav om at den ugunstige forskjellsbehandlingen må være begrunnet i den beskyttede investeringens nasjonalitet. Dette tilsier at det ikke kreves en diskriminerende intensjon fra vertslandets side for å kunne konstatere brudd på plikten til å gi nasjonal- og bestevilkårsbehandling. Det avgjørende i vurderingen er om den beskyttede investeringen mottar mindre gunstig behandling enn komparatoren.

På den andre siden finnes det voldgiftsavgjørelser som har operert med et krav om diskriminerende intensjon. I saken *Methanex v. USA* ble det ikke ansett å foreligge et brudd på standarden nasjonal behandling med mindre vertslandet "*intended to favour domestic investors by discriminating against foreign investors*".<sup>156</sup> På lignende måte ble det i saken *Alex Genin m.fl. v. Estland* krevd bevis for at vertslandets intensjon var å behandle den beskyttede investoren "*in a discriminatory way*".<sup>157</sup>

I begge sakene ble kravet til diskriminerende intensjon oppstilt uten en nærmere begrunnelse. Kravet ble for eksempel ikke forankret i traktatteksten. Etter mitt skjønn har derfor disse avgjørelsene liten overføringsverdi ved tolkingen av den norsk-russiske BIT artikkel 3 nr. 3 og nr. 2.

---

<sup>156</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3.8.2005, Part IV – Chapter B avsnitt 12.

<sup>157</sup> *Alex Genin, Eeastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, Award, 25.6.2001, avsnitt 369.

I tillegg kan det konstateres at voldgiftspraksis er delt i synet på dette spørsmålet. I saken *International Thunderbird Gaming v. Mexico* ble det ikke ansett som nødvendig å bevise at forskjellsbehandlingen var ”*motivated because of nationality*”.<sup>158</sup> Det samme ble lagt til grunn i sakene *Feldman Karpa v. Mexico* og *Occidental v. Ecuador*.<sup>159</sup>

Hvorvidt det kreves en diskriminerende intensjon for å konstatere brudd på standardene nasjonal- eller bestevilkårsbehandling må anses rettslig uklart. Etter min mening bør det derfor legges avgjørende vekt på ordlyden i artikkel 3 nr. 3 og nr. 2, som ikke gir holdepunkter for å oppstille et slikt krav.

### **3.4 Motstrid mellom nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling**

Den norsk-russiske BIT gir rettighetssubjektene krav på både nasjonal- og bestevilkårsbehandling jf. artikkel 3 nr. 3 og nr. 2. Dette er to individuelle standarder som kan føre til ulike resultater. Nasjonal behandling gir for eksempel restriksjonsfri adgang til å ekspandere selskapets drift. Bestevilkårsbehandling kan på sin side kreve forhåndsgodkjennelse fra myndighetene. I et slikt tilfelle vil den ene behandlingen utelukke den andre. Ved slik motstrid blir spørsmålet hvilken standard som må vike.

Det følger av artikkel 3 nr. 3 at nasjonal behandling skal gis ”[s]ubject to paragraphs 1 and 2 of this Article”. Uttrykket ”[s]ubject to” kan oversettes til det norske begrepet ’underlagt’. Den norske traktatteksten bruker uttrykket ”[u]nder forutsetning av”. Både den engelske og den norske ordlyden tilsier at selv om det gis bestevilkårsbehandling i henhold til artikkel 3 nr. 2, har rettighetssubjektet også krav på nasjonal behandling jf. artikkel 3 nr. 3. Denne slutningen støttes av traktatens formål om å skape gunstige forhold for investeringer, jf. fortalens tredje avsnitt.

Traktatteksten gir ingen lignende føringer på hva som blir løsningen dersom rettighetssubjektet ønsker bestevilkårsbehandling i stede for nasjonal behandling. Utenlandske investeringer kan av forskjellige grunner være gitt bedre betingelser enn nasjonale

---

<sup>158</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Arbitral Award, 26.1.2006, avsnitt 177.

<sup>159</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Award, 16.12.2002, avsnitt 181, og *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Final Award, 1.7.2004, avsnitt 177 og 179.

investeringer. Slik behandling kan for eksempel være motivert av muligheten for å importere ny teknologi.

Det kan argumenteres for at når traktaten gir rett til både nasjonal- og bestevilkårsbehandling, følger det implisitt at rettighetssubjektet skal motta fordelene fra begge standardene, herunder den standardens som er mest fordelaktig.<sup>160</sup> Dette tilsier at dersom bestevilkårsbehandling gir den gunstigste behandlingen, bør nasjonal behandling vike. En slik forståelse støttes av formålet om å skape gunstige forhold for investeringer jf. fortalens tredje avsnitt. Et argument i samme retning er at folkerettslige forpliktelser generelt anses som kumulative.<sup>161</sup> Rettighetssubjektet skal kunne støtte seg til hver av standardene individuelt.

Ved motstrid mellom nasjonal- og bestevilkårsbehandling kan det samlet sett konkluderes med at rettighetssubjektet har krav på den behandlingen som er gunstigst.

En slik konklusjon reiser flere problemstillinger som ikke nødvendigvis har et klart svar.<sup>162</sup>

For det første kan det være vanskelig å avgjøre hva som i konkrete tilfeller er den gunstigste formen for behandling. Nasjonal behandling gir for eksempel adgang til å bringe en rettstvist inn for vertslandets domstoler. Bestevilkårsbehandling gir på sin side adgang til tvisteløsning for en internasjonal voldgiftsdomstol. Objektivt sett er det fordeler og ulemper med begge alternativene. En voldgiftsprosess er unntatt fra offentlig innsyn og som regel raskere sammenlignet med nasjonal domstolsbehandling. På den andre siden kan slik tvisteløsning bli mer kostbart og voldgiftsdomstolens avgjørelse kan ikke ankes.

Dersom det mangler objektive holdepunkter for at den ene behandlingen er gunstigere enn den andre, kan det spørres om utfallet bør bero på subjektive kriterier. Det kan argumenteres for at det er investoren som står nærmest til å vurdere hva som er den gunstigste behandlingen av investeringen. En ordning hvor valget overlates til investoren støttes av traktatens formål om å stimulere til investeringer, jf. fortalens fjerde avsnitt.

---

<sup>160</sup> Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 2010 s. 352.

<sup>161</sup> Andrew Newcombe og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009 s. 231. Se også voldgiftssaken *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, avsnitt 292, hvor voldgiftsdomstolen la til grunn at forpliktelsene i den aktuelle investeringstraktaten var kumulative.

<sup>162</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *International Investment Agreements – Key Issues (Volume 1)*, 2004 s. 202 – 203.

Et annet spørsmål er om valget mellom nasjonal- og bestevilkårsbehandling er endelig eller om endrede betingelser kan åpne for at det velges på nytt. Vertslandet gir for eksempel eksklusive landbrukssubsidier til nasjonale investeringer. Det vil da være gunstigst for den beskyttede investeringen å bli behandlet som en nasjonal investering. På et senere tidspunkt endres subsidieordningen til kun å gjelde investeringer fra et bestemt tredjeland. Motivet er å importere ny landbruksteknologi. Dette gjør at bestevilkårsbehandling blir det gunstigste alternativet. Eksempelet illustrerer at preferansen for en type behandling kan endres over tid. I slike tilfeller vil den mest investorvennlige løsningen være å tillate at det velges på nytt.



# Kilderegister

## Folkerettslige avtaler

*Agreement between the Government of Canada and the Government of the Eastern Republic of Uruguay for the promotion and protection of investments*, undertegnet 29.10.1997.

*Agreement between the Government of Norway and the Government of the Republic of Chile on the promotion and reciprocal protection in investments*, undertegnet i Oslo 1.6.1993.

*Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Hungary on the promotion and reciprocal protection of investments*, undertegnet i Oslo 8.4.1991.

*Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Peru on promotion and reciprocal protection of investments*, undertegnet i København 10.3.1995.

*Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Poland on the promotion and reciprocal protection of investments*, undertegnet i Warszawa 5.6.1990.

*Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of Romania on the mutual promotion and protection of investments*, undertegnet i Oslo 11.6.1991.

*Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Russian Federation on promotion and mutual protection of investments*, undertegnet i Oslo 4.10.1995.

*Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Norway on the mutual protection of investments*, undertegnet i Beijing 21.11.1984.

*Agreement on the European Economic Area*, undertegnet i Oporto 2.5.1992.

*Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, undertegnet 4.11.1950.

*Felleserklæring fra Kongeriket Norges utenriksminister og Den russiske føderasjons utenriksminister om styrket norsk-russisk grensenært samarbeid*, undertegnet 2.11.2010.

*Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue*, undertegnet i Helsinki 23.9.1996.

*Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Den Russiske Føderasjon om maritim avgrensning og samarbeid i Barentshavet og Polhavet*, undertegnet i Murmansk 15.9.2010.

*Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, undertegnet i Paris 20.1.1952.

*Statute of the International Court of Justice*, undertegnet i San Francisco 26.6.1945.

*Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment*, undertegnet 14.11.1991.

*Vienna Convention on the Law of Treaties*, undertegnet 23.5.1969.

## Lover

Federal Law No.160-FZ, 9.7.1999, On Foreign Investments in the Russian Federation.  
URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=121824> (Lesedato 1.12.2012).

Federal Law No.2124-1, 27.12.1991, On Mass Media.  
URL: <http://www.consultant.ru/popular/smi/> (Lesedato 1.12.2012).

Lov 13.6.1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

## Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (2011).

Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave (2006).

Billar, Odd Ivar, Erik Brannsten, Are Brautaset og Olav Hasaas (red.), *Industribygging og rettsutvikling – Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*, (2005).

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7. utgave (2008).

Butler, William E., *Russian Law*, 3. utgave (2009).

Dolzer, Rudolf og Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (2008).

Fauchald, Ole Kristian, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis", *The European Journal of International Law*, Vol. 19 nr. 2 (2008), s. 301-364.

Jackson, John H., *The World Trading System*, 2. utgave (1997).

McLachlan, Campbell, Laurence Shore og Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, (2007).

Muchlinski, Peter, Federico Ortino og Christoph Schreuer (red.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (2008).

Nerdrum, Gunnar, "BITs – Bilateral Investment Treaties", *Lov og Rett*, nr. 4 (2009) s. 233-239.

Newcombe, Andrew og Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, (2009).

Rubins, Noah og N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution – A Practitioner's Guide*, (2005).

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave (2006).

Salacuse, Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, (2010).

Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i Den Europeiske Menneskerettskonvensjon*, (2009).

Vandeveldt, Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties*, (2010).

## Voldgiftsavgjørelser

Database: [www.italaw.com](http://www.italaw.com)

*Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, Award, 25.6.2001, ICSID Case No. ARB/99/2.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0359.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, 27.8.2009, ICSID Case No. ARB/03/29.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17.7.2003, ICSID Case No. ARB/01/8.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf> (Lesedato 24.11.2012).

*Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25.1.2000, ICSID Case No. ARB/97/7.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf> (Lesedato 24.11.2012).

*Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, Final Award, 15.11.2004, UNCITRAL.

URL: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0353\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0353_0.pdf) (Lesedato 8.12.2012).

*Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17.6.2005, ICSID Case No. ARB/03/10.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Arbitral Award, 26.1.2006, UNCITRAL.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Award, 16.12.2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3.8.2005, UNCITRAL.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> (Lesedato 5.12.2012).

*Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, Arbitral Award, 16.12.2003, SCC.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0570.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Final Award, 1.7.2004, LCIA Case No. UN3467.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, 11.9.2007, ICSID Case No. ARB/05/8.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 8.2.2005, ICSID Case No. ARB/03/24.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Award on the Merits of Phase 2, 10.4.2001, UNCITRAL.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAVS.A. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, 20.3.2009, SCC Case No. 24/2007.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0714.pdf> (Lesedato 24.11.2012).

*RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Award on Jurisdiction, 1.10.2007, SCC Case No. V079/2005.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, 17.3.2006, UNCITRAL.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf> (Lesedato 24.11.2012).

*S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13.11.2000, UNCITRAL.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf> (Lesedato 5.12.2012).

*Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 3.8.2004, ICSID Case No. ARB/02/8.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf> (Lesedato 1.12.2012).

*Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, Award, 13.9.2006, ICSID Case No. ARB/04/15.

URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf> (Lesedato 4.12.2012).

*Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, Award, 21.4.2006, SCC Case No. 080/2004.

URL: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf) (Lesedato 24.11.2012).

## Andre kilder

Meld. St. 7 (2011-2012) Melding til Stortinget, *Nordområdene – Visjon og virkemidler*.

URL: <http://www.regjeringen.no/pages/35878716/PDFS/STM201120120007000DDDPDFS.pdf>

(Lesedato 24.11.2012).

OECD, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02.

URL: <http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/33773085.pdf> (Lesedato 1.12.2012).

The International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001.

URL: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (Lesedato

14.11.2012).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007, UN Symbol UNCTAD/ITE/IIA/2006/5.

URL: [http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf) (Lesedato 24.11.2012).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *International Investment Agreements – Key Issues (Volume 1)*, 2004, UN Symbol UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 (Vol.I).  
URL: [http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf) (Lesedato 24.11.2012).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Investment Policy Monitor*, Nr. 7 2012, UN Symbol UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2012/1.  
URL: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d1_en.pdf) (Lesedato 24.11.2012).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary*, 2004, UN Symbol UNCTAD/ITE/IIT/2004/2.  
URL: [http://unctad.org/en/Docs/iteiit20042\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiit20042_en.pdf) (Lesedato 24.11.2012).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement – IIA Issues Note*, Nr. 1 2012, UN Symbol UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2012/10.  
URL: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf) (Lesedato 24.11.2012).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Most-favoured-nation treatment*, 2010, UN Symbol UNCTAD/DIAE/IA/2010/1.  
URL: [http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf) (Lesedato 24.11.2012).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2012*, 2012, UN Symbol UNCTAD/WIR/2012.  
URL: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf> (Lesedato 24.11.2012).

# Vedlegg

## Den norsk-russiske BIT

Kilde: Utenriksdepartementets traktatregister

URL: <http://www.lovdato.no/traktater/> (Lesedato 9.12.2012).

### *Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Russian Federation on promotion and mutual protection of investments*

The Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Russian Federation, hereinafter referred to as the "Contracting Parties",

desiring to develop the economic cooperation between the two States,

endeavouring to encourage and create favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party on the basis of equality and mutual benefit,

conscious that the promotion and mutual protection of investments in accordance with this Agreement will stimulate the business initiative,

have agreed as follows:

#### **ARTICLE 1 DEFINITIONS**

For the purpose of this Agreement:

1. The term "investment" means any kind of asset invested in the territory of one Contracting Party in accordance with its laws and regulations by an investor of the other Contracting Party and includes in particular:
  - a) Movable and immovable property, related property rights such as mortgages as well as leases;
  - b) Shares, stocks, bonds and any other forms of participation in companies or enterprises;
  - c) Claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance under contract having an economic value;
  - d) Intellectual property rights as well as technology, know-how and good-will;
  - e) Rights, conferred by law or under contract, to undertake any commercial activity, including the rights to search for, or the cultivation, extraction or exploitation of natural resources.
2. The term "investor" means with regard to each Contracting Party:
  - a) Any natural person having the citizenship of that Contracting Party in accordance with its legislation;
  - b) Any legal entity, including a corporation, company, firm, enterprise or association incorporated or constituted in the territory of that Contracting Party in accordance with its legislation;

Provided that the natural person or the legal entity is entitled in accordance with the legislation of that Contracting Party to make investments in the territory of the other Contracting Party.
3. The term "returns" means the amounts yielded by an investment, and includes in particular profit, capital gains, interests, dividends, royalties and other fees.
4. The term "territory" means the territory of the Kingdom of Norway or the territory of the

Russian Federation including the land territory, internal waters and the territorial sea, as well as the continental shelf over which the state concerned exercises in accordance with international law, sovereign rights and jurisdiction for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources.

**ARTICLE 2**  
**PROMOTION AND MUTUAL PROTECTION**  
**OF INVESTMENTS**

1. Each Contracting Party will promote in its territory investments by investors of the other Contracting Party and admit such investments in accordance with its legislation.
2. Each Contracting Party guarantees in accordance with its legislation protection of investments made by investors of the other Contracting Party in its territory.

**ARTICLE 3**  
**TREATMENT OF INVESTMENTS**

1. Each Contracting Party will accord in its territory for the investments made by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment.
2. The treatment referred to in paragraph 1 of this Article shall as a minimum not be less favourable than that which is granted with regard to investments by investors of any third state.
3. Subject to paragraphs 1 and 2 of this Article each Contracting Party shall, unless other treatment is required by its legislation, accord in its territory to investments made by investors of the other Contracting Party treatment no less favourable than that which it accords to investments by its own investors.
4. The most favoured nation treatment granted in accordance with paragraph 2 of this Article shall not apply to benefits which the Contracting Party is providing or will provide in the future:
  - In connection with the participation in a free trade area, customs or economic union;
  - By virtue of the agreements in the field of economic cooperation of the Russian Federation with the states that constituted the former Union of Soviet Socialist Republics;
  - On the basis of the agreements to avoid double taxation, or other arrangements relating to taxation issues.
5. The provisions of this Article shall also apply to the returns derived from the investments.

**ARTICLE 4**  
**COMPENSATION FOR LOSSES**

Investors of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war, other armed conflict, state of national emergency or other similar events shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which it accords to investors of any third state.

**ARTICLE 5**  
**EXPROPRIATION**

Investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party cannot be expropriated, nationalised or subjected to other measures having a similar effect (hereinafter referred to as "expropriation") except when the expropriation is done for public interest, under due process of law, is not discriminatory and is done against prompt, adequate and effective compensation.

Such compensation shall amount to the value of the investments immediately before the date of expropriation and shall be paid without delay and shall after two months from the date of expropriation until the date of payment include interest at a commercial rate established on a market



basis.

**ARTICLE 6**  
**TRANSFER OF PAYMENTS IN CONNECTION**  
**WITH INVESTMENTS**

1. Each Contracting Party shall guarantee to investors of the other Contracting Party upon fulfilment by them of all tax obligations, free transfer abroad of payments in connection with their investments, and in particular:
  - a) Returns;
  - b) The proceeds due to the investor from the sale or liquidation of all or any part of an investment;
  - c) Funds in repayment of borrowings related to an investment;
  - d) Compensation provided for in Article 5 of this Agreement;
  - e) Unspent wages of personnel engaged from abroad in connection with an investment.
2. Transfer of payments, as specified in paragraph 1 of this Article, shall be made without delay in the free convertible currency in which the investment has been made or in any other free convertible currency by the investor's choice. Transfer of payments shall be made at the rate of exchange applicable on the date of transfer pursuant to the exchange regulations in force of the Contracting Party in whose territory the investment has been made.

**ARTICLE 7**  
**SUBROGATION**

A Contracting Party or its designated agency having made payment to an ensured investor in accordance with a guarantee issued for non-commercial risks connected with an investment in the territory of the other Contracting Party, is by virtue of subrogation, entitled to exercise the rights of the investor to the same extent as the said investor. The said rights should be exercised in accordance with the legislation of the latter Contracting Party.

**ARTICLE 8**  
**DISPUTES BETWEEN AN INVESTOR OF ONE CONTRACTING PARTY AND THE OTHER**  
**CONTRACTING PARTY**

1. Disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party arising in connection with an investment in its territory and concerning the consequences of the non-implementation, or of the incorrect implementation of the obligations under this Agreement shall, to the extent possible, be settled amicably.
2. If such a dispute has not been amicably settled within a period of six months from written notification of a claim, it may be submitted by either party to the dispute to:
  - a) Ad hoc arbitration tribunal established under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), or
  - b) the Institute of Arbitration of the Chamber of Commerce in Stockholm.
3. The arbitral awards are recognised and enforced in accordance with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards done in New York on June 10, 1958.

**ARTICLE 9**  
**CONSULTATIONS**

The Contracting Parties shall, whenever needed, hold consultations in order to review the interpretation or application of this Agreement as well as about the possibility to reach a consent on its extension to the exclusive economic zones of the Kingdom of Norway and the Russian Federation. These consultations shall be held on the proposal of either of the Contracting Parties.



**ARTICLE 10**  
**DISPUTES BETWEEN THE CONTRACTING PARTIES**

1. Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, as far as possible, be settled through negotiations between the Contracting Parties.
2. If a dispute between the Contracting Parties cannot thus be settled within six months after the beginning of negotiations, it shall upon the request of either Contracting Party be submitted to an arbitral tribunal.

Such an arbitral tribunal shall be constituted for each individual case in the following way:

Within three months from the receipt of the request for arbitration, each Contracting Party shall appoint one member of the arbitral tribunal. These two members shall then elect a national of a third state who on approval by the two Contracting Parties shall be appointed chairman of the arbitral tribunal. The chairman shall be appointed within two months from the date of appointment of the other two members of the arbitral tribunal.

If within the periods specified above in this Article the necessary appointments have not been made, either Contracting Party may, in the absence of any other agreement, invite the President of the International Court of Justice to make the necessary appointments. If the President of the International Court of Justice is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President of the International Court of Justice shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or is otherwise prevented from discharging the said function, the member of the International Court of Justice next in seniority who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.

3. Each Contracting Party shall bear the cost of its own member of the tribunal and of its representation in the arbitral proceedings. The cost of the chairman and the remaining costs shall be borne in equal parts by the Contracting Parties.
4. The arbitral tribunal reaches its decision on the basis of the provisions of this Agreement as well as on the principles and norms of international law.
5. The arbitral tribunal reaches its decision by a majority of votes. Such decision shall be final and binding on both Contracting Parties.

All other procedures will be determined by the arbitral tribunal.

**ARTICLE 11**  
**APPLICATION OF THE AGREEMENT**

This Agreement shall apply to all investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party after 1 January 1960. In respect of "Arkticugol" company this Agreement shall be applied as of 1 January 1925.

**ARTICLE 12**  
**APPLICATION OF OTHER RULES**

If, on the basis of the legislation of a Contracting Party or on the basis of an international agreement binding upon both Contracting Parties, investments of an investor of the other Contracting Party is accorded treatment more favourable than that which is provided for in this Agreement, the more favourable treatment shall apply.

**ARTICLE 13**  
**ENTRY INTO FORCE OF THE AGREEMENT**

Each Contracting Party shall notify the other Contracting Party in writing of the completion of the internal procedures required for the entry into force of this Agreement. This Agreement shall enter into force on the date of the latter of the two notifications.

**ARTICLE 14**  
**DURATION AND TERMINATION OF THE AGREEMENT**

1. This Agreement shall remain in force for a period of fifteen years. Thereafter it shall continue in force until the expiration of twelve months from the date on which either Contracting Party shall have given written notice of its intention to terminate this Agreement to the other Contracting Party.
2. In respect of investments made prior to the date of termination of this Agreement, the provisions of Articles 1-12 of this Agreement shall remain in force for a further period of fifteen years from that date.

Done at Oslo on 4 Oct. 1995, in duplicate in the Norwegian, Russian and English languages, all texts being equally authoritative. In case of divergency of interpretation, the English text shall be used.