



Norsk
Utenrikspolitisk
Institutt

Norges plass i partnerskapet mellom EU og USA – institusjonelle og regulatoriske aspekter

Ivar Alvik, Tarjei Bekkedal og Christophe Hillion



NUPI Notat 873

Utgiver: Norsk Utenrikspolitisk Institutt 2016
Copyright: © Norsk Utenrikspolitisk Institutt 2016
ISBN: 978-82-7002-337-0

Alle synspunkter står for forfatternes regning. De må ikke tolkes som uttrykk for oppfatninger som kan tillegges Norsk Utenrikspolitisk Institutt. Artikkene kan ikke reproduseres – helt eller delvis – ved trykking, fotokopiering eller på annen måte uten tillatelse fra forfatterne.

Besøksadresse: C.J. Hambros plass 2d
Postadresse: Postboks 8159 Dep.
NO-0033 Oslo, Norway
Internett: www.nupi.no
E-post: info@nupi.no
Fax: [+ 47] 22 99 40 50
Tel: [+ 47] 22 99 40 00

Norges plass i partnerskapet mellom EU og USA – institusjonelle og regulatoriske aspekter

Ivar Alvik, Tarjei Bekkedal og Christophe Hillion

Abstract

Det følgende omfatter to delrapporter som tjener som underlagsmateriale for sammenfatningene i hovedrapporten *TTIP og Norge: Virkninger og handlingsvalg*; henholdsvis delrapport I: *Norsk deltakelse i handels-partnerskapet mellom EU og USA* og delrapport II: *Investeringsbeskyttelse og investor-stat tvisteløsning i TTIP – implikasjoner for Norge*. Rapportene behandler spørsmålet om eventuell norsk tilknytning til TTIP fra et rettslig perspektiv. Vi peker i den sammenheng på relevante konstitusjonelle problemstillinger norsk deltakelse kan komme i berøring med. Utgangspunktet for vår analyse er at Grunnloven åpner for at Norge påtar seg omfattende folkerettslige forpliktelser. Det viktige er at Stortinget vet hva det gjør og har kontroll med fremtidig utvikling. Derfor er det særlig konkret anvendelse og videreutvikling av traktatforpliktelsene som er interessant å studere nærmere fra et rettslig perspektiv. Slik dynamikk finner sted gjennom regulatorisk samarbeid som leder frem til nye forpliktelser, og ved tvisteløsning – særlig den planlagte investor-stat tvisteløsningsmekanismen. Delrapportene er blitt til gjennom samarbeid oss tre imellom. Delrapport I er i hovedsak ført i pennen av Tarjei Bekkedal mens delrapport II i hovedsak er ført i pennen av Ivar Alvik.

Merknad: Arbeidet er utført som del av prosjektet TTIP og Norge: Virkninger og handlingsvalg, koordinert av NUPI og finansiert av Nærings-og fiskeridepartementet i 2017.

Publisert av Norsk Utenrikspolitisk Institutt

Innhold

Innhold	1
Delrapport I: Norsk deltakelse i handels-partnerskapet mellom EU og USA	1
1. Innledning.....	1
2. Konstitusjonelle utgangspunkter	4
<i>Skillet mellom statiske avtaler og overføring av myndighet</i>	<i>4</i>
<i>TTIP er i utgangspunktet en rent folkerettslig avtale</i>	<i>5</i>
3. TTIP – muligheten for norsk tilslutning.....	8
<i>Tiltredelsesklausulen i TTIP.....</i>	<i>8</i>
<i>Sammenlikning med andre handelsavtaler</i>	<i>9</i>
<i>Sammenlikning med Open Skies avtalen (the EU-US Air transport agreement).....</i>	<i>12</i>
4. «A living agreement».....	14
5. De viktigste institusjonene i TTIP («møtepunkter»).....	17
<i>Innledning – historikk.....</i>	<i>17</i>
<i>The TTIP Joint Committee</i>	<i>18</i>
<i>Utfordringer for Norge</i>	<i>21</i>
<i>The Transatlantic Regulator’s Forum og andre viktige møtepunkter.....</i>	<i>22</i>
6. Regulatorisk samarbeid.....	25
<i>Utgangspunkter.....</i>	<i>25</i>
<i>Regulatorisk samarbeid – målsettinger og saklig virkeområde.....</i>	<i>27</i>
<i>Regulatorisk samarbeid – personelt virkeområde.....</i>	<i>30</i>
<i>Regelverksutvikling og EØS-avtalen</i>	<i>32</i>
<i>Regulatorisk samarbeid – konsekvenser for Norge – modell for eventuell tilslutning til TTIP</i>	<i>34</i>
7. Stat-til-stat tvisteløsning.....	36
8. Sammenfatning	38
Appendix: TTIP and EU legal constraints Christophe Hillion (NUPI, UiO).....	41
<i>Conferred EU external competences and recurrent role of Member States.....</i>	<i>41</i>
<i>Enhanced role of the European Parliament in the EU institutional balance</i>	<i>44</i>
<i>The imperative of consistency and its procedural implications</i>	<i>46</i>
<i>TTIP and the autonomy of the EU legal order</i>	<i>48</i>
<i>Final observations</i>	<i>51</i>

Delrapport II: Investeringsbeskyttelse og investor-stat tvisteløsning i TTIP – implikasjoner for Norge	53
1. Innledning	53
2. Hvordan vil en regulering av investeringer under TTIP mest sannsynlig se ut?	57
<i>Tvisteløsning</i>	57
<i>Materielle beskyttelsesstandarder</i>	60
3. Norges situasjon	63
4. Internrettslige virkninger av tilslutning til et investeringsregime under TTIP	65
<i>Ekspropriasjon – forholdet til offentlige reguleringer</i>	67
<i>Rettferdig og rimelig behandling («fair and equitable treatment»)</i> ..	71
<i>Nasjonal behandling («national treatment»)</i>	75
<i>Problematiske bestemmelser</i>	77
<i>Mekanismen for investor-stat tvisteløsning (ISDS)</i>	78
5. Særlig om mulige konstitusjonelle skranker for norsk tilslutning	82
6. Sammenfatning	85

Delrapport I: Norsk deltakelse i handels-partnerskapet mellom EU og USA

1. Innledning

Akronymet TTIP står for «The Transatlantic Trade and Investment Partnership». Traktaten er ikke bare ment å være en ordinær handelsavtale mellom EU og USA – den skal legge grunnlag for et *partnerskap*. Formålet med denne delrapporten er å vurdere mulighetene for norsk tilslutning til dette partnerskapet, fra et rettslig perspektiv. Fra et norsk ståsted foreligger det i hvert fall fem ulike scenarier:

- (i) Norge kan bli med i TTIP på linje med EU og USA.
- (ii) Norge kan slutte seg til TTIP via EU, på linje med EUs medlemsstater.
- (iii) EFTA inkludert Norge kan slutte seg til TTIP via EU.
- (iv) Norge kan inngå en egen handelsavtale med USA.
- (v) EFTA kan inngå en handelsavtale med USA som inkluderer Norge.

Alternativene 4 og 5 vil innebære at Norge (EFTA) kopierer de bestemmelsene fra TTIP som man finner egnet for en bilateral avtale med USA. En slik avtale vil ikke innebære at Norge deltar direkte i TTIP, men vil snarere være en avtale som kompenserer for at Norge ikke deltar. En formell årsak er at det å inngå en avtale direkte med USA ikke vil skje gjennom bruk av tiltredelsesklausulen i TTIP. Materielt kan en handelsavtale med USA vanskelig kopiere det regulatoriske samarbeidet som er forutsatt å finne sted innenfor rammen av TTIP-partnerskapet. Derfor vil det å slutte en avtale direkte med USA bli noe annet enn å slutte seg til TTIP, og man vil ikke være sikret full homogenitet mellom en slik løsning og EUs avtale. Politisk og økonomisk kan det både være fordeler og ulemper ved en særnorsk løsning, men dette ligger det utenfor vårt felt å vurdere. Rettslig og konstitusjonelt er det ingen grunn til å anta det å slutte en handelsavtale direkte med USA reiser andre spørsmål enn det å slutte handelsavtaler i sin alminnelighet. Uansett foreligger intet utkast til en

avtale som skisserer en slik løsning. I vår analyse vil vi derfor nøye oss med å drøfte spørsmål som er av relevans for alternativ 1-3 foran – tilslutning til TTIP i egentlig forstand.

I avsnitt 2 beskriver vi Grunnlovens alminnelige utgangspunkter der Norge tar sikte på å delta i internasjonalt samarbeid. Siden TTIP bare befinner seg på forhandlingsstadiet, og siden det ikke foreligger noe utkast til en eventuell norsk tiltredelsesavtale, vil vi ikke gjøre en uttømmende konstitusjonell vurdering. Vi nøyer oss med å peke på hvilke hensyn som etter Grunnloven krever særskilt oppmerksomhet. Særlig to forhold er av sentral betydning; om norsk tilslutning til TTIP innebærer overføring av myndighet og om Norge oppnår en posisjon som er likeverdig med andre deltakere i det internasjonale samarbeidet. Ved beskrivelsen av TTIP i de følgende avsnitt, vil vi løpende trekke linjer til disse konstitusjonelle utgangspunktene.

De konstitusjonelle spørsmålene må drøftes i lys av hva som er praktiske og realistiske scenarier. I avsnitt 3 beskriver vi adgangen til å slutte seg til TTIP i lys av traktatutkastets tiltredelsesklausul og i lys av tiltredelsesklausuler i sammenliknbare avtaler. Vi skisserer i den forbindelse scenarier som beskriver hvordan en slik tilslutning kan se ut. Disse beskrivelsene understreker at alt er et forhandlingsspørsmål, men også at norsk tiltredelse ikke nødvendigvis vil innebære at Norge blir en TTIP-partner på like fot med EU og USA.

I avsnitt 4 peker vi på enkelte særtrekk ved TTIP som gir grunn til å karakterisere handelsavtalen mellom EU og USA som et partnerskap i egentlig forstand – og som «a living agreement». Vi kan ikke her presentere avtalen i sin fulle bredde, men velger å løfte frem enkelte aspekter som er av særlig interesse både fra et nasjonalt og et internasjonalt perspektiv.

For å beskrive utfordringene knyttet til forutsigbarhet, likeverdighet og reell valgfrihet dersom Norge slutter seg til TTIP, vil vi i avsnitt 5 se på hovedtrekkene i det institusjonelle systemet som TTIP etablerer. Siden traktatinstitusjonene som blir opprettet gjennom TTIP ikke har formell, autonom beslutningskompetanse, kan de snarere beskrives som møtepunkter eller fora for traktatpartene. Redegjørelsen vil vise at disse foraene, som i hovedsak setter agendaen og retningen for videre regulatorisk samarbeid, er fora for de egentlige traktatparter – EU og USA.

Avsnitt 6 beskriver hovedtrekk i traktatutkastets kapittel om «regulatory cooperation» (regulatorisk samarbeid). Dette avsnittet vil vise at samarbeidets primære objekt er utarbeidelse av hhv. EU-

lovgivning og amerikansk føderal lovgivning. Det innebærer at EUs nasjonalstater ikke har en naturlig plass i direkte forstand. Derimot kan nasjonalstatene spille en viktig indirekte rolle, ved oppstrøms å øve påvirkning over de posisjoner EU inntar i forhandlingene med USA.

I avsnitt 7 beskriver vi mekanismen for stat-til-stat tvisteløsning. I utgangspunktet er dette en rent folkerettslig mekanisme. I den grad Norge er involvert i en tvist, og stat-til-stat betyr «mellom EU/EUs medlemsstater og USA», kan imidlertid mekanismen innebære at Norge må ivareta sine interesser gjennom traktatparten EUs institusjoner. For Norges del kan altså løsningen med stat-til-stat tvisteløsning forde overføring av myndighet til EU.

I avsnitt 8 konkluderer vi med at norsk tilslutning via EU kan være attraktivt fordi dette er den tilslutningsformen som best passer med TTIPs struktur, og fordi denne formen for deltakelse gir en viss tilknytning til møtepunktene mellom EU og USA. Slik tilslutning kan innebære en beskjeden overføring av myndighet til å representere Norge i folkerettslige anliggender. Det kan gjøre at ytterligere konstitusjonelle vurderinger er nødvendige om norske myndigheter velger å gå inn på denne løsningen.

TTIP er fortsatt på forhandlingsstadiet. Analysen i dette notatet bygger på utkastet til tre kapitler, innhentet på EU-kommisjonens hjemmeside 13.10.2016:

- EU proposal for Chapter on Institutional, General and Final provisions
- EU proposal for Chapter on Regulatory Cooperation
- EU proposal for Chapter on Dispute Settlement (stat-til-stat tvisteløsning)

En del av det materialet vi viser til kan fremstå som vanskelig tilgjengelig. Vi har derfor valgt å sitere relevante bestemmelser i noe større omfang enn det som ellers er vanlig, slik at leseren skal slippe å søke frem materialet selv.

Som vedlegg til denne bakgrunnsrapporten er inntatt notatet «TTIP and EU legal constraints», ført i pennen av professor Christophe Hillion. Notatet beskriver institusjonelle aspekter innad i EU, herunder forholdet mellom EU som institusjon og EUs respektive medlemsstater. Hvis TTIP er å anse som en såkalt «mixed agreement», vil det innebære at både EU og hver enkelt av EUs medlemsstater må signere for at

traktatinnngåelse skal bli en realitet. Om dette skjer, er det likevel ikke slik at en hver etterfølgende justering eller endring av traktaten må følge samme prosedyre. EUs såkalte «eksklusive kompetanse» rekker relativt langt. Etterfølgende endringer som ligger innenfor rekkevidden av EUs eksklusive kompetanse kan skje uten at hver enkelt medlemsstat positivt må samtykke. Indirekte kan dette ha betydning for Norge dersom Norge slutter seg til TTIP via EU, som om riket er medlem av EU. Norsk tilslutning via EU vil måtte innordne seg rekkevidden av EUs eksklusive kompetanse.

2. Konstitusjonelle utgangspunkter

Skillet mellom statiske avtaler og overføring av myndighet

I det videre skal vi studere TTIPs regulatoriske og institusjonelle aspekter fra et norsk perspektiv. Siden mye fortsatt er usikkert vil vi ikke i dette notatet foreta en utførlig og konkret konstitusjonell vurdering, men nøyer oss med løfte frem forhold av konstitusjonell betydning.

Utgangspunktet er at Grunnloven i liten grad setter skranker for norsk deltakelse i internasjonalt handelssamarbeid så lenge traktatbestemmelsene som definerer samarbeidets innhold og omfang er statiske. Så lenge en handelsavtale er endelig, er det ikke i seg selv et rettslig problem om den er omfattende. Om Regjering og Storting pådrar riket betydelige folkerettslige forpliktelser er dette en utøvelse, ikke en oppgivelse, av suverenitet.

Det sentrale fra et konstitusjonelt suverenitets-perspektiv er ikke primært hva Stortinget gjør, men at det *vet hva det gjør*, og beholder kontroll over fremtidig utvikling. Vi kan bruke et mye omtalt eksempel i debatten om TTIP, markedsadgang for klorkylling, som illustrasjon. Konstitusjonelt er det helt uproblematisk om Stortinget velger å si et klart ja til import av klorvasket kylling ved å slutte seg til en handelsavtale som eksplisitt gir markedsadgang for et slikt produkt. Derimot kan det være problematisk om Stortinget slutter seg til en avtale som man ikke vet helt sikkert hva går ut på. Hvis det er slik at avtalen potensielt åpner for import av klorkylling eller andre kontroversielle produkter en gang i fremtiden, og at dette blir overlatt til andre å avgjøre senere, med bindende virkning for Norge – ja da står vi overfor er mulig konstitusjonelt problem.

Generelt er det *overføring av myndighet* til andre enn landets egne statsorganer som reiser konstitusjonelle utfordringer. Ofte blir dette forklart slik at det er antatt å gå et konstitusjonelt skille mellom avtaler som bare er folkerettslig bindende for Norge og avtaler som overfører intern myndighet – lovgivende, administrativ og dømmende kompetanse – til organer utenfor riket. I hovedregelen vil en avtale som overlater til organer utenfor riket å bestemme hva som er gjeldende rett i Norge kreve vedtak med kvalifisert flertall jf. Grunnloven § 115. Samtidig forutsetter Grunnloven § 115 at Norge er medlem av den organisasjonen som myndigheten blir overlatt til. Det samme vil sannsynligvis gjelde dersom en traktat *overfører* adgangen til å binde Norge folkerettslig.¹ Det vil være tilfelle om traktaten oppretter autonome institusjoner med kompetanse til å spesifisere eller utvikle traktatbestemmelsene videre, på en måte som er folkerettslig bindende for alle som har sluttet seg til traktaten. I en slik situasjon vil ikke Stortinget vite hvilke folkerettslige forpliktelser tilslutning til traktaten potensielt kan pådra riket i fremtiden.

Overføring av myndighet er både politisk kontroversielt og konstitusjonelt utfordrende. Så langt det går, har man i Norge forsøkt å unngå slik overføring. EØS-avtalen er et fremtredende eksempel. Avtalen er konstruert slik at norske myndigheter har kontroll i to ledd. Dersom EU vedtar ny lovgivning som er EØS-relevant, må denne innlemmes i EØS-avtalen før det oppstår folkerettslige forpliktelser for Norge. Dette skjer gjennom vedtak i EØS-komiteén, hvor Norge har vetorett. Vedtak i EØS-komiteen innebærer at EØS-avtalen formelt blir endret – nye folkerettslige forpliktelser oppstår. Disse får imidlertid ikke direkte virkning i Norge. Norske myndigheter må selv sørge for gjennomføring gjennom en intern rettsakt. Dette innebærer at norske myndigheter vet hvilke endringer som kommer og at muligheten til å si nei er i behold, i hvert fall formelt.

TTIP er i utgangspunktet en rent folkerettslig avtale

Når det gjelder TTIP er utgangspunktene klare: TTIP oppretter ingen organer med overnasjonal myndighet. TTIP har ingen internrettslig «direkte virkning», med unntak av kapitlet om investeringsbeskyttelse som er omtalt et annet sted i denne rapporten. Det er viktig å understreke at den adgangen investeringskapitlet gir private aktører til å anlegge søksmål mot enkeltstater foran en domstol eller et voldgiftsribunal, er direkte knyttet til håndhevelse av de spesifikke rettighetene som investeringskapitlet oppstiller. Private aktører kan

¹ Se Bekkedal (2015) *Medlemskapsprinsippet* og nedenfor avsnitt 7.

ikke bruke denne domstolsmekanismen for å håndheve øvrige bestemmelser i TTIP eller påtale traktatbrudd.

Med forbehold for visse aspekter av investeringskapitlet, er TTIP en rendyrket folkerettslig avtale. Om traktatpartene ikke overholder sine traktatforpliktelser må dette løses gjennom forhandlinger, eller, om forhandlinger ikke fører frem, gjennom mekanismen for stat-til-stat tvisteløsning. Med andre ord kan private rettssubjekter ikke gå til sak mot traktatstatene om angivelige traktatbrudd, selv om dette påvirker dem negativt. Traktatstatene kan heller ikke selv åpne for dette i sin nasjonale lovgivning. Dette er eksplisitt understreket i traktatutkastets kapittel “Institutional, General and Final provisions”, artikkel x. 14 («No Direct Effect»):

1. *Nothing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons, other than those created between the Parties under public international law.*
2. *No Party may provide for a right of action under its law against the other Party on the ground that a measure of the other Party is inconsistent with its obligations under this Agreement, or that the other Party has otherwise failed to carry out its obligations under this Agreement.*

Som vi skal se kan de folkerettslige forpliktelsene som TTIP pålegger traktatpartene heller ikke endres uten at traktatpartene samtykker, i samsvar med sine internrettslige krav. Traktatpartenes suverenitet er derfor fullt ut i behold. Som en naturlig forlengelse, er bestemmelsene i kapitlet om regulatorisk samarbeid unntatt fra en hver form for domstolskontroll. Bli partene ikke enige om fremtidig videreutvikling og harmonisering av sine regelverk, står man uten virkemidler. Ingenting vil skje i fravær av enighet og positiv tilslutning.

Utgangspunktet er altså klart: TTIP er forutsatt å være en rendyrket folkerettslig avtale. TTIP etablerer ingen traktatorgan med autonom kompetanse til å utarbeide nye forpliktelser som er folkerettslig bindende for traktatpartene. TTIP etablerer heller ingen organer med kompetanse til å vedta rettsakter med direkte virkning i traktatstatene (da holder vi investeringskapitlet utenfor). Norsk tilslutning skulle derfor i utgangspunktet ikke reise konstitusjonelle utfordringer.

Det som kompliserer bildet fra et norsk perspektiv, er at TTIP er konstruert som en avtale mellom EU og USA. Det er særlig disse blokkenes situasjon og interesser traktatkonsipistene har i tankene når TTIP blir utformet. Det er suvereniteten og autonomien til EU og USA som traktaten konserverer.

I et tenkt tilfelle hvor Norge slutter seg til TTIP og oppnår fullkommen partsstatus på linje med EU og USA, er det vanskelig å tenke seg at norsk tilslutning reiser konstitusjonelle spørsmål. Som vi skal se er det imidlertid lite trolig at Norge, uansett tilslutningsform, vil oppnå fullkommen partsstatus innenfor «partnerskapsdelen» av TTIP. I prinsippet ville slik partsstatus for Norge, eller andre enkeltstater, kunne hindre EU og USA i å realisere det som disse traktatpartene oppnår enighet om. Norge er vel neppe en sterk nok spiller til å oppnå en slik posisjon, men viktigst: TTIP er rett og slett ikke utformet som et partnerskap stater i mellom. Statene arbeider oppstrøms innenfor sin blokk. Via interne mekanismer påvirker dette arbeidet hvilke posisjoner hver blokk (EU og USA) inntar – og dermed indirekte hva det er mulig å oppnå enighet om på overnasjonalt nivå. Ved enighet på overnasjonalt nivå vil de respektive blokkene vedta regulering nedstrøms. Denne har ikke nasjonalstatene samme herredømme over (i hvert fall ikke Norge som ikke er medlem av EU).

Konsekvensen er at avgjørelser EU og USA treffer ved utøvelse av sin autonomi kan fremstå som noe Norge som assosiert part må akseptere, uten at det eksisterer reelle valgmuligheter. Å innta en underordnet posisjon kan både ha politiske og rettslige sider. Forarbeidene til Grunnloven § 115 oppstiller følgende utgangspunkt:²

Det synes rimelig å ta som utgangspunkt at Grunnlovens bestemmelser om rikets frihet og selvstendighet ikke er gått for nær så lenge Norge ikke kommer i et ensidig avhengighets- eller underordningsforhold til noen bestemt fremmed stat eller gruppe av stater, men deltar som *likeverdige medlem* i mellomfolkelige organisasjoner opprettet for å løse medlemmenes felles oppgaver. Avgjørende må være at Norge er berettiget i samme eller tilsvarende forhold som de andre medlemmer når det gjelder mulighetene for å øve innflytelse ved å delta i forberedelser, forhandlinger og avstemning.

I det videre skal vi se på aspekter ved TTIP som innebærer at norsk tilslutning kan komme i berøring med konstitusjonelle hensyn. Det vi særlig er opptatt av er om norsk tilslutning vil innebære noen form for overføring av myndighet eller om norsk tilslutning kan komme i berøring med grunnsetningen om likeverdighet.

² Justisdepartementet, Dok. 3 (1961–62) s. 43 (utheving i original).

3. TTIP – muligheten for norsk tilslutning

Tiltredelsesklausulen i TTIP

I avsnitt 3 ser vi på hvilken adgang TTIP selv oppstiller når det gjelder tilslutning fra tredjestater og beskriver mulige scenarier for norsk tilslutning.

Kapittelutkastet Institutional, General and Final provisions artikkel X.17 åpner for at tredjestater kan slutte seg til TTIP. Bestemmelsen som er gitt overskriften 'Future Accessions to this Agreement', lyder slik:

This Agreement is open to accession by non-Parties possessing full autonomy in the conduct of their external commercial relations and of the other matters provided for in this Agreement as the Parties may agree, that are prepared to comply with the obligations set out in the Agreement, subject to such terms and conditions as may be agreed between the non-Party and the Parties, and following approval in accordance with the applicable legal procedures of each Party and the acceding Party.

Bestemmelsen åpner for tiltredelse fra "non-Parties possessing full autonomy in the conduct of their external commercial relations and of the other matters provided for in this Agreement". Forutsatt at denne betingelsen er oppfylt, kan både mellomstatlige organisasjoner og enkeltstater tiltre TTIP. Som suveren stat fyller Norge betingelsen. Det gjør ikke EFTA, som ikke har fått overført utenriksmyndighet fra sine medlemmer. Dette utelukker imidlertid ikke norsk deltakelse via EFTA, for ved en slik tilslutningsform er EFTA i realiteten bare et koordinerende organ. Formelt er det EFTAs enkeltstater som slutter seg til internasjonale traktater, også om det skjer via EFTA.

Tiltredelsesklausulen i TTIP spesifiserer ikke betingelsene for tiltredelse i detalj. Det fremgår likevel at den som tiltrer må være "prepared to comply with the obligations set out in the Agreement". Dette signaliserer at den som ønsker å slutte seg til TTIP i all hovedsak må være villig til å akseptere traktatens innhold, uten betingelser. På den annen side er det ikke dermed sagt at en stat som tiltrer TTIP får en rolle eller posisjon som er likeverdig med EU og USA. Tiltredelse er "subject to such terms and conditions as may be agreed between the non-Party and the Parties". Vilkårene vil altså være skreddersydde i hvert enkelt tilfelle. Derfor kan det også tenkes forskjeller mellom de ulike tredjestater som eventuelt måtte slutte seg til TTIP.

Norsk tiltredelse vil kreve ‘approval in accordance with the applicable legal procedures of each Party and the acceding Party’. Det regnes som sannsynlig at TTIP vil bli ansett for å være en såkalt “mixed agreement”. I så fall vil traktaten bli inngått mellom EU og EUs medlemsstater på den ene side, og USA på den andre. I fortsettelsen vil det innebære at dersom tredjestater skal slutte seg til TTIP, må dette godkjennes av EU, alle EUs individuelle medlemsstater og USA. Skulle det derimot vise seg at TTIP ligger innenfor rammen av det området hvor EU og dets institusjoner har enekompetanse, vil EU kunne slutte en avtale med USA uten medlemsstatenes uttrykkelig samtykke. Da vil eventuell norsk tiltredelse bare kreve godkjenning fra EU og USA.

Sammenlikning med andre handelsavtaler

TTIP er på forhandlingsstadiet. Det knytter seg usikkerhet til hva en endelig avtale vil gå ut på og inneholde. Det gjelder også utformingen av en eventuell tiltredelsesklausul.

Forslaget til avtale mellom EU og Canada – CETA – inneholder ingen tiltredelsesklausul. Det virker imidlertid sannsynlig at en slik klausul er noe EU ønsker for TTIPs vedkommende. Tyrkia og Mexico er viktige handelspartnere for henholdsvis EU og USA. Gjennom handelsavtalen med EU deltar Tyrkia i EUs tollunion. Om TTIP blir en realitet, vil det kunne lede til at flere varer fra USA finner veien inn i Tyrkia via EU, uten at tyrkiske varer oppnår markedsadgang i USA. Derfor kan man hevde at EU både har en politisk interesse i å sikre mulighet for tyrkisk deltakelse i TTIP og en form for moralsk forpliktelse. EUs handelskommissær Cecilia Malmström bekreftet under en konferanse om TTIP i Göteborg i mars 2016 at man søker å legge til rette for at Tyrkia og Mexico skal kunne slutte seg til og at TTIP-traktaten vil få en «open architecture».

Avtalen om the Trans-pacific partnership (TPP) mellom USA og en rekke stillehavsstater viser at heller ikke USA, i prinsippet, er i mot å åpne for at tredjestater kan tiltre handelsavtaler hvor USA er en av de konstituerende parter. Artikkel 30.4 i TPP (‘Accession’) lyder slik:

1. This Agreement is open to accession by:

*(a) any State or separate customs territory that is a member of APEC;
and*

(b) any other State or separate customs territory as the Parties may agree, that is prepared to comply with the obligations in this Agreement, subject to such terms and conditions as may be agreed between the State or separate customs territory and the Parties, and

following approval in accordance with the applicable legal procedures of each Party and acceding State or separate customs territory (accession candidate).

2. A State or separate customs territory may seek to accede to this Agreement by submitting a request in writing to the Depositary.

3.

(a) Following receipt of a request under paragraph 2, the [TPP] Commission shall, provided in the case of paragraph 1(b) that the Parties so agree, establish a working group to negotiate the terms and conditions for the accession. Membership in the working group shall be open to all interested Parties.

(b) After completing its work, the working group shall provide a written report to the Commission. If the working group has reached agreement with the accession candidate on proposed terms and conditions for accession, the report shall set out the terms and conditions for the accession, a recommendation to the Commission to approve them, and a proposed Commission decision inviting the accession candidate to become a Party to this Agreement.

4. For the purposes of paragraph 3:

(a) A decision of the Commission to establish a working group under paragraph 3(a) shall be deemed to have been taken only if:

(i) all Parties have agreed to the establishment of a working group; or

(ii) in the event that a Party does not indicate agreement when the Commission makes a decision to establish a working group under paragraph 3(a), that Party has not objected in writing within seven days of the date on which the Commission so decides.

(b) A decision of the working group under paragraph 3(b) shall be deemed to have been taken only if:

(i) all Parties that are members of the working group have indicated agreement; or

(ii) in the event that a Party that is a member of the working group does not indicate agreement when the working group provides its report to the Commission, that Party has not objected to the report in writing within seven days of the date on which the working group provides its report.

5. If the Commission adopts a decision approving the terms and conditions for an accession and inviting an accession candidate to

become a Party, the Commission shall specify a period, which may be subject to extension by agreement of the Parties, during which the accession candidate may deposit an 30-3 instrument of accession with the Depositary indicating that it accepts the terms and conditions for the accession.

6. An accession candidate shall become a Party to this Agreement, subject to the terms and conditions for the accession approved in the Commission's decision, either on:

(a) the 60th day after the date on which the accession candidate deposits an instrument of accession with the Depositary indicating that it accepts the terms and conditions for the accession; or

(b) the date on which all Parties have notified the Depositary that they have completed their respective applicable legal procedures, whichever is later

Vi ser at bestemmelsens første ledd ikke er ulikt utkastet til tiltredelsesklausul i TTIP, men også at artikkel 30.4 i TPP som helhet, er langt mer detaljert. Bestemmelsen i TPP kan slik sett tenkes å tjene som forbilde dersom tiltredelsesklausulen i TTIP blir utviklet videre. Forskjellen mellom de to kan imidlertid også signalisere at det ikke vil skje – og at tiltredelse til TTIP vil kreve skreddersøm i det enkelte tilfelle. Flere forhold bygger opp under den siste antakelsen. For det første er TTIP i stor grad konstruert som et partnerskap. Som vi skal se nedenfor er det ikke uten videre enkelt å innpasse nasjonalstater i prosjektet. Et alternativ kan være at enkeltstater slutter seg til via en av blokkene, EU og USA. En slik form for tilslutning vil beskytte den koordineringsfunksjonen blokkene har. Dette krever spesifiserte avtaler.

For det andre kan Brexit skape et dilemma. Både EU og USA har en nær relasjon til Storbritannia. Hvis Brexit blir en realitet, vil det oppstå spørsmål om hvordan Storbritannia skal kunne delta i TTIP. Samtidig kan de prinsipielle utfordringene ved å slippe inn enkeltstater kunne komme på spissen. I TTIP er alle landene i EU, og alle delstatene i USA, representert gjennom, og underordnet, sin blokk. Det kan fremstå som problematisk om en stat som melder seg ut av EU kan fortsette å nyte godt av alle fordeler, men samtidig oppnå en mer prominent posisjon enn de øvrige medlemsstater. Med andre ord kan det være politisk kontroversielt om Storbritannia får delta i TTIP på samme fot som EU og USA, mens rollen til EUs egne medlemsstater er underordnet EU. Også dette dilemmaet tilsier at formen for tilslutning vil være et forhandlingsspørsmål.

Sammenlikning med Open Skies avtalen (*the EU-US Air transport agreement*)

Fra et norsk perspektiv kan det være interessant å trekke paralleller til Open Skies avtalen, både fordi dette er en avtale mellom EU og USA og fordi Norge har sluttet seg til.

Artikkel 18 i Open Skies avtalen åpner for tiltrødelse fra tredjestater (våre uthevinger):

(...)

5. The Parties share the goal of maximising the benefits for consumers, airlines, labour, and communities on both sides of the Atlantic by extending this Agreement to include third countries. To this end, the Joint Committee shall work to develop a proposal regarding the conditions and procedures, including any necessary amendments to this Agreement, that would be required for third countries to accede to this Agreement.

Norge søkte om tiltrødelse i 2007 og dette ble gjennomført ved en ny avtale; “Air Transport Agreement between the United States of America, of the first part, the European Union and its Member States, of the second part, Iceland, of the third part, and the Kingdom of Norway, of the fourth part”.³

Det følger av tiltrødelsesavtalen artikkel 2 (‘Application of the Air Transport Agreement as amended by the Protocol and the Annex to this Agreement’) at Open Skies blir utvidet til å omfatte også Norge og Island (våre uthevinger):

The provisions of the Air Transport Agreement signed by the United States of America and the European Community and its Member States on April 25 and 30, 2007 (hereinafter, ‘the Air Transport Agreement’), as amended by the Protocol to Amend the Air Transport Agreement signed by the United States of America and the European Union and its Member States on June 24, 2010 (hereinafter, ‘the Protocol’), which are hereby incorporated by reference, shall apply to all Parties to this Agreement, subject to the Annex to this Agreement. The provisions of the Air Transport Agreement, as amended by the Protocol, shall apply to Iceland and Norway as though they were Member States of the European Union, so that Iceland and Norway shall have all of the rights and obligations of Member States under that agreement. The provisions of the Annex to this Agreement form an integral part of this Agreement.

³ Official Journal of the EU 2011 L 283, p. 3; ‘the Accession Agreement’.

Vi kan merke oss følgende: For det første fordret norsk tiltredelse en helt ny internasjonal avtale. Det var ikke bare «å melde seg inn» selv om Open Skies avtalen har en tiltredelsesklausul. For det andre ser vi at Norge har tiltrådt gjennom en av blokkene – EU – ikke som en tredjepart på lik fot med EU og USA. Det siste poenget blir understreket av at tiltredelsesavtalen er fulgt opp av en “Ancillary Agreement” med EU.⁴ Tiltredelsesavtalen ble signert i Luxembourg og Oslo hhv. 16 og 21 juni 2011 og det samme gjelder tilleggsavtalen. Tiltredelsesavtalen og tilleggsavtalen med EU var med andre ord en del av samme pakken.

Hovedformålet med tilleggsavtalen er å konservere Open Skies-avtalens karakter av å være en bilateral avtale mellom EU og USA, også etter norsk og islandsk tiltredelse. Tilleggsavtalen fastslår at EU-kommisjonen i hovedregelen skal representere Norge og Island i spørsmål om modifikasjoner og endringer. I fortalen til tilleggsavtalen blir det først pekt på at ‘Iceland and Norway, being fully integrated members of the single European Aviation Market through the Agreement on the European Economic Area, have adhered to the Air Transport Agreement’. Artikkel 3 i tilleggsavtalen løser spørsmålet om norsk deltakelse i *the Open Skies Joint Committee* slik (våre uthevninger):

1. The European Union, the Member States, Iceland and Norway shall be represented in the Joint Committee established under Article 18 of the Air Transport Agreement as amended by the Protocol by representatives of the Commission, the Member States, Iceland and Norway.

2. The position of the European Union, the Member States, Iceland and Norway within the Joint Committee shall be presented by the Commission, except in areas within the EU that fall exclusively within Member States’ competence, in which case it shall be presented by the Presidency of the Council or by the Commission, Iceland and Norway as appropriate.

3. The position to be taken by Iceland and Norway within the Joint Committee as regards matters that fall within Articles 14 or 20 of the Air Transport Agreement as amended by the Protocol, or matters that do

⁴ Ancillary agreement between the EU and its Member States, of the first part, Iceland, of the second part, and Norway, of the third part, on the application of the Air Transport Agreement between the United States of America, of the first part, the European Union and its Member States, of the second part, Iceland, of the third part, and the Kingdom of Norway, of the fourth part (O) 2011 L 283, p. 16).

not require the adoption of a decision having legal effects shall be adopted by the Commission in agreement with Iceland and Norway.⁵

4. For other Joint Committee decisions concerning matters that fall within regulations and directives that are incorporated in the Agreement on the European Economic Area, the position to be taken by Iceland and Norway shall be adopted by Iceland and Norway on a proposal from the Commission.

5. For other Joint Committee decisions concerning matters that fall outside regulations and directives that are incorporated in the Agreement on the European Economic Area, the position to be taken by Iceland and Norway, shall be adopted by Iceland and Norway in agreement with the Commission.

6. The Commission shall take adequate measures to ensure full participation of Iceland and Norway in any coordination, consultation or decision shaping meetings with the Member States and access to the relevant information in preparation to Joint Committee meetings to be held.

Bestemmelsene viser at Norge er representert i the Open Skies Joint Committee. EU-blokkens syn skal likevel legges frem av EU-Kommisjonen, unntatt i eventuelle spørsmål som eksklusivt ligger under EU-medlemsstatenes kompetanse. Norge blir altså behandlet som om landet er et medlem av EU.

Generelt er Open Skies avtalen og Norges tiltrødelse et praktisk viktig eksempel som viser at selv om TTIP åpner for at tredjestater kan tiltre, så er det ikke sikkert at slike tredjestater vil oppnå en posisjon helt på like fot med traktatkonsipistene EU og USA.⁶ Det er mer forenlig med strukturen i slike bilaterale avtaler om tredjestater slutter seg til via en av blokkene.

4. «A living agreement»

TTIP – The Transatlantic Trade and Investment Partnership – tar mål av seg til å etablere et partnerskap. Det er to grunner til at termen “partnerskap” er en dekkende beskrivelse. Den første årsaken er at TTIP etablerer rammer og prosedyrer for løpende regulatorisk samarbeid og regelverksutvikling, EU og USA imellom. TTIPs kapittel

⁵ Artikkel 14 gjelder statlige subsidier og artikkel 20 gjelder konkurranse.

⁶ I samme retning *TTIP and Third States*, Jaque Delors Institute, 4 Juni 2015.

om «regulatory cooperation» dekker alle de enkelte sektorer som er omfattet av avtalens respektive deler. Derfor vil ikke TTIP bare være en tradisjonell og statisk handelsavtale, men en fremoverskuende «living agreement».

Den andre årsaken til at betegnelsen «partnerskap» er dekkende, er at det regulatoriske samarbeidet skaper et potensial for at TTIP vil lodde dypere enn det som er vanlig i alminnelige avtaler om handelssamarbeid. Prosessuelt etablerer prinsippene for det regulatoriske samarbeidet en plattform for integrasjon. Traktatpartene skal informere hverandre ved utarbeidelse av ny regulering, ta hverandres interesser i betraktning og lytte til innspill fra handelsblokkenes næringslivsaktører. Materielt kan dette over tid kunne ut i ny regulering som bidrar til nedbygging av ikke-tariffære handelshindringer og økt harmonisering. Dette kan lette markedsadgangen for varer og tjenester produsert av aktører i avtalepartene. I hvilken grad målsetningene vil bli realisert er ikke mulig å si i dag. Det vil bero på hva som over tid kommer ut av det potensialet som avtalens strukturer og mekanismer for regulatorisk samarbeid skaper. Vi vil altså ikke fullt ut kjenne TTIPs rekkevidde og effekter selv på det tidspunktet hvor en eventuell omforent avtale mellom EU og USA er en realitet.

En viktig årsak til at et stadig dypere handelssamarbeid er noe som må utvikles over tid, er at mange kompromisser og tilpasninger av avansert regulatorisk karakter rett og slett ligger utenfor hva en delegasjon som fremforhandler handelsavtaler kan ta stilling til – gitt begrensningene i delegasjonens faglige og demokratiske kompetanse. For å understreke poenget kan vi bruke rekkevidden av et prinsipp om «mutual recognition» som eksempel. Som vi skal se, er dette et prinsipp som det fremtidige regulatoriske samarbeidet skal forsøke å realisere, og dette utgjør en viktig forskjell mellom TTIP og den planlagte avtalen mellom EU og Canada, CETA («The Comprehensive Economic and Trade Agreement»).

Et prinsipp om *gjensidig anerkjennelse* kan fungere på flere nivåer, for eksempel slik at man:

- anerkjenner kontroller og samsvarserklæringer utført av forvaltningsmyndigheter i samarbeidende land, typisk som ledd i kontroll med at en vare eller tjeneste er testet og oppfyller gjeldende beskyttelsesnivå også i ens egen stat. (Dette er det nivået som TTIP-samarbeidet mest sannsynlig vil operere på.)

- anerkjenner at hjemstatens regler for å ivareta et omforent sikkerhets- eller kvalitetsnivå er like gode som reglene i ens egen stat (vertsstaten), slik at det er tilstrekkelig at varer eller tjenester for eksport oppfyller de regulatoriske kravene i egen hjemstat.
- anerkjenner andre lands valg av sikkerhetsnivå, deres regler for å realisere dette nivået, og deres kontroll med at reglene er fulgt, selv der dette innebærer en annen og lavere standard enn den som gjelder i vertsstaten. Dette siste alternativet innebærer en fare for såkalt «race to the bottom». (Det virker helt usannsynlig at TTIP-samarbeidet vil bevege seg på dette nivået.)

Det lar seg ikke gjøre for en delegasjon som forhandler handelsavtaler å realisere et prinsipp om mutual recognition, på tvers av alle sektorer, gjennom overordnede, generelle bestemmelser i en handelsavtale. Gjensidig anerkjennelse er noe som må vurderes og eventuelt innføres sektor for sektor. Graden av gjensidig anerkjennelse må vurderes inngående av de nasjonale, regulatoriske myndigheter som er eksperter på det aktuelle området, og som står faglig og demokratisk til ansvar overfor politikere og velgere. Dette er prosesser som kan ta lang tid og som ofte må skje på forvaltningsnivå.

En forhandlingsdelegasjon vil på mange områder måtte nøye seg med å understreke at det å eliminere ikke-tariffære handelshindringer, for eksempel gjennom et prinsipp om mutual recognition, vil ha stor betydning om det blir realisert – for samhandelen, men også for politikk og verdivalg. TTIP kan legge til rette for prosesser som fremmer et regulatorisk samarbeid hvor relevante nasjonale organer ser på mulighetene for dette. TTIP vil ikke bestemme at det skal skje. Det innebærer også at TTIP ikke griper direkte inn i avtalepartenes suverenitet og regulatoriske kompetanse. Ytterligere utvikling vil ikke skje uten etterfølgende politisk tilslutning.

En ferdigforhandlet TTIP-avtale vil ikke umiddelbart ta stilling til store politiske stridsspørsmål. En avtale vil ikke introdusere genmodifisert mat på det europeiske markedet, klorkylling eller liknende. Derimot vil avtalen inneholde mekanismer for regulatorisk samarbeid som åpner for diskutere slike spørsmål, og for å gå i denne retning – om avtalepartene vil. En del av innvendingene TTIP er blitt møtt med, knytter seg til frykten for det ukjente. Man vet ikke hva prosessene som TTIP initierer vil lede frem til: Som vi skal se: Den grunnleggende og enkle observasjonen – man vet ikke helt sikkert hva som kan komme ut av partnerskapet – er av en viss rettslig og politisk betydning når man vurderer former for eventuell norsk tilslutning.

Årsaken er at Grunnloven krever at Norske myndigheter har oversikt over hva det sier ja til. Regjering og Storting må beholde kontroll over fremtidig utvikling.

Vi kommer tilbake til hovedtrekkene i TTIPs kapittel om regulatorisk samarbeid i avsnitt 6 nedenfor. Først beskriver vi det institusjonelle apparatet som samarbeidet skjer innenfor.

En rapport utarbeidet av the U.S. Chamber of Commerce legger til grunn at de største gevinstene gjennom regulatorisk samarbeid kan høstes på områder med omfattende regulering som har til formål å garantere produktsikkerhet. Rapporten viser til analyser som antar at 75 prosent av den totale, potensielle gevinst ved harmonisering av ikke-tariffære handelshindringer kan realiseres på fire sektorer: Biler og kjøretøy (31 prosent); kjemikalier, kosmetikk og farmasøytiske produkter (19 prosent); mat og drikke (14 prosent); og elektrisk utstyr (11 prosent).⁷

5. De viktigste institusjonene i TTIP («møtepunkter»)

Innledning – historikk

I 1989 holdt the US Secretary of Commerce, Robert Mosbacher, en tale som senere er blitt berømt. Mosbacher krevde «a seat at the table» når Europa utarbeider sine regulatoriske standarder.⁸ Senere, i 1995, vedtok EU og USA deklarasjonen om en «New Transatlantic Agenda» og etablerte «the New Transatlantic Marketplace». I 1997 tok arbeidet et ytterligere steg fremover. EU og USA signerte avtalen «the US-EU Mutual Recognition Agreement».⁹ Denne avtalen pekte ut seks satsingsområder for regulatorisk samarbeid, «telecoms equipment», «electro-magnetic compatibility», «electrical safety», «recreational crafts», «good manufacturing practices for pharmaceutical products» og «medical devices». Senere ble også «marine equipment» omfattet.¹⁰

⁷ *Determining Compatible Regulatory Regimes Between the U.S. and the EU*, U.S. Chamber of Commerce, side 20.

⁸ Se f.eks John Peterson, *Europe and America, The Prospects for Partnership*, (second edition) Routledge 1996.

⁹ Agreement on mutual recognition between the European Community and the United States of America, 13 June 1997.

¹⁰ Resultatet av dette samarbeidet har funnet veien inn i Norge under EØS-avtalen protokoll 12, se avsnitt 6.4 nedenfor.

Under EU-USA toppmøtet i London, mai 1998 ble EU og USA enige om å etablere «the Trans-Atlantic Economic Partnership».¹¹

The High Level Regulatory Cooperation Forum ble opprettet i 2005 for å fremme et tett samarbeid mellom regulatoriske myndigheter i EU og USA. Hovedsiktemålet var å utvikle det regulatoriske samarbeidet på sektorer som allerede var pekt ut som satsingsområder, og å identifisere nye sektorer egnet for samarbeid.

The Transatlantic Economic Council ble etablert gjennom en avtale signert 30 april 2007.¹² President George Bush signerte på vegne av USA. EU-Rådets daværende president Angela Merkel signerte på vegne av EU sammen med EU-kommisjonens daværende leder José Manuel Barroso. The Transatlantic Economic Council skulle ledes av en representant fra EU og en representant fra USA.

Samarbeidet mellom EU og USA hadde høye ambisjoner, men ble kritisert for ikke å generere nok resultater.¹³ TTIP er et initiativ som må forstås i forlengelsen av det eksisterende samarbeidet.¹⁴ Det som særlig er verdt å merke seg fra et norsk perspektiv, er at det regulatoriske samarbeidet mellom EU og USA tradisjonelt har vært innrettet mot regulering på overnasjonalt nivå. Dette preger både TTIP-institusjonenes utforming og samarbeidets funksjonsområde. I denne forbindelse er det også verdt å merke seg at TTIP, i motsetning til CETA, ikke inneholder et eget kapittel om regulatorisk samarbeid på nasjonalt nivå.¹⁵ Det skal skyldes at USA ikke ønsker et slikt kapittel.

The TTIP Joint Committee

TTIP konstituerer the TTIP Joint Committee som traktatens øverste organ. Komitéen skal ledes av den amerikanske handelsminister og EUs handelskommisær i fellesskap. Komitéen er inspirert av dagens *Transatlantic Economic Council*.

¹¹ Om dette, se f. eks *The Transatlantic Economic Partnership. Overview and Assessment*, DG Trade October 2000.

¹² Framework for Advancing Transatlantic Economic Integration Between the United States of America and the European Union.

¹³ For en gjennomgang, se Jacques Pelkmans & Anabela Correiro de Brito, *Transatlantic MRAs: Lessons for TTIP?*, CEPS Special Report No 101, March 2015.

¹⁴ Se Peter Chase & Jacques Pelkmans, *This time it's different : Turbo-charging regulatory cooperation in TTIP*, CEPS Special Report No 110, June 2015.

¹⁵ SmnIn CETA Chapter Twelve : Domestic Regulation

Traktatutkastet skiller mellom hva komiteen *skal* gjøre og hva den *kan* gjøre. I henhold til kapittelutkastets Institutional, General and Final provisions, artikkel X.1.5 *skal* komiteén:

- a) *supervise and facilitate the implementation and application of this Agreement, and further its general aims;*
- b) *supervise, guide and coordinate the activities of all specialised committees and working groups;*
- c) *consider ways to further enhance trade, investment and regulatory cooperation between the Parties;*
- d) *guide and facilitate the implementation and application of regulatory cooperation under this Agreement.*
- e) *without prejudice to Chapters [investment protection, dispute settlement, [...]], seek appropriate ways and methods of preventing or solving problems which might arise in areas covered by this Agreement, or resolve disputes that may arise regarding the interpretation or application of this Agreement;*
- f) *consider any other matter of interest relating to an area covered by this Agreement; and*
- g) *adopt its rules of procedure, agenda and meeting schedule at its first meeting.*

Sammenfatningsvis ser vi at komiteén har viktige funksjoner når det gjelder å sette agendaen for samarbeidet, når det gjelder å sette trykk bak dette arbeidet og når det gjelder å overvåke avtalens funksjon.

I henhold til kapittelutkastets artikkel X.1.6 *kan* komiteen:

- a) *establish and delegate responsibilities to ad hoc or standing specialised committees, working groups, or other bodies under this Agreement and merge or abolish any such bodies it establishes;*
- b) *adopt interpretations of the provisions of this Agreement, which shall be binding on the parties including panels established under Chapter XX (Dispute Settlement) and [tribunals] established under Chapter XX (Investment Protection);*
- c) *consider and adopt the amendments referred to in Article X.10;*

- d) *hold ad hoc dialogues with the Civil Society Forum in addition to those referred to in Article X.1 paragraph 9 on matters related to the implementation of this Agreement;*
- e) *make recommendations on regulatory cooperation, including to the Transatlantic Regulators' Forum referred to in Article X.2 and the Working Group referred to in Article X.3(5);*
- f) *adopt decisions or make recommendations suitable for promoting the expansion of trade and investment as envisaged in this Agreement; and*
- g) *take such other action in the exercise of its functions as the Parties may agree.*

Vi ser at dette gir komitéen relativt vide fullmakter til å opprette og utpeke arbeidsgrupper; definere hvordan traktatbestemmelser skal tolkes; vedta endringer eller tillegg til traktaten; eller å fatte enkeltavgjørelser innenfor traktatens virkeområde. Meget viktig i denne sammenheng er presiseringen i kapittelutkastet artikkel X.10 hvor det heter:

1. *The Parties may agree, in writing, to amend this Agreement. Any amendment shall enter into force on the first day of the second month following the date on which the Parties have notified each other that their respective internal requirements and procedures for entry into force have been completed, unless otherwise provided for in the instrument of amendment.*
2. *Notwithstanding paragraph 1 and subject to prior completion of any necessary legal procedures by each Party, the Parties may, in the Joint Committee adopt a decision amending this Agreement in respect of the:*
 - (i) *Schedules {contained in/attached to} Annex {...} (Tariff Elimination), by accelerating tariff elimination;*
 - (ii) *rules of origin established in Annex {...} (Specific Rules of Origin);*
 - (iii) *lists of entities and covered goods and services and thresholds contained in Annexes {...} and {...} of Chapter {...} (Government Procurement); or*
 - (iv) *{placeholder for other aspects of the Agreement (only where specifically provided for in this Agreement)}.*

Vi ser at TTIP i en viss forstand legger svært vid kompetanse til the Joint Committee. Like fullt er suvereniteten til traktatpartene EU og USA formelt i behold. Årsaken er at alle avgjørelser i komitéen må fattes ved gjensidig enighet og i samsvar med traktatpartenes nasjonale krav og prosedyrer. Sagt på en annen måte: Formelt utleder ikke beslutninger fattet av the TTIP Joint Committee sin gyldighet av traktaten. Slike beslutninger er i stedet å anse som traktatendringer som utleder sin gyldighet og legitimitet av traktatpartenes suverenitet. Det er årsaken til at beslutninger krever enstemmighet («mutual consent»). Skal man trekke en parallell, så er funksjonsmåten til the Joint Committee under TTIP i rent formell forstand ikke så ulik EØS-komitéens funksjonsmåte under EØS-avtalen.

Dette vil fortone seg annerledes for aktører som slutter seg til TTIP, men som ikke har plass i the Joint Committee på like fot med EU og USA. Dersom slike aktører forplikter seg til å akseptere traktaten slik den til en hver tid er, innebærer det at partene i the Joint Committee kan definere andre traktatstaters forpliktelser. Hvis andre traktatstater kan motsette seg slike endringer, vil det på sin side skape risiko for fragmentering. Hvorfor slippe andre stater inn hvis de ikke også aksepterer samme forpliktelser som USA og EU? I og med at avtalen er konstruert som et partnerskap mellom overnasjonale aktører inviterer den ikke til særordninger.

Utfordringer for Norge

Uansett tilslutningsform fremstår det som lite sannsynlig at Norge får plass i the Joint Committee med fullstendig og autonom myndighet, på like fot med EU og USA. Det har ikke engang EUs egne medlemsstater. Slik representasjon bryter med TTIP-avtalens overnasjonale struktur og virkemåte. Fravær av representasjon kan reise konstitusjonelle utfordringer ved norsk deltakelse.

Dersom Norge forplikter seg til å anerkjenne beslutninger som blir fattet av the Joint Committee som folkerettslig bindende, innebærer det overføring av myndighet. Et nærliggende alternativ er at Norge slutter seg til, med forbehold om at alle endringer som måtte bli vedtatt av the Joint Committee kun får virkning for Norge etter at relevante nasjonale prosedyrer er gjennomført. Dette vil gi Norge en formell adgang til å si nei til uønsket utvikling.

Reelt vil Norge kunne komme i en situasjon hvor denne opsjonen ikke er mulig å bruke, dersom samarbeidet skal fortsette å løpe. Hvis Norge ikke slutter seg til traktaten alene, som enkeltstat, men gjennom EFTA, vil det kunne innebære at det reelle handlingsrommet blir

ytterligere redusert. Det skyldes at et norsk nei da ikke bare kan sette traktatsamarbeidet i spill for Norges vedkommende, men for hele EFTA-blokken. Norge vil være under dobbelt press.

Under EØS-samarbeidet har man sett det som konstitusjonelt akseptabelt at Norge har adgangen til å si nei til nye forpliktelser i behold, selv om man reelt er forpliktet til å si ja dersom samarbeidet skal fortsette å løpe. Det samme er tilfelle under Schengen-samarbeidet. Dette kan være presedenser som tilsier at en tilsvarende konstruksjon er akseptabel under TTIP. Til dette kommer at the Joint Committee neppe vil beslutte traktatjusteringer i stort omfang, på en måte og på et nivå som vil endre traktatens grunntrekk. Hoveddelen av avtalens dynamikk vil utspille seg innenfor rammene av det regulatoriske samarbeidet. Det som derimot kan skje, og som traktatmekanismene åpner for, er at omforente løsninger som blir fremforhandlet gjennom regulatorisk samarbeid blir «forseglet» av the Joint Committee gjennom justeringer av anneksene til avtalens sektorkapitler.

Av det som er sagt foran følger det at norsk tilslutning til TTIP ikke uten videre reiser konstitusjonelle problemer, forutsatt at Norge forbeholder seg en formell adgang til å godkjenne alle traktatjusteringer i samsvar med nasjonale krav og prosedyrer. Derimot kan vi se konturene av en demokratisk utfordring, tilsvarende den vi opplever som konsekvens av Norges manglende innflytelse under EØS-avtalen, fordi det reelle handlingsrommet blir begrenset.

Fra et demokratisk perspektiv kan den mest ideelle tilslutningsformen kanskje være tilslutning via EU, fordi man da har en slags forbindelse eller kanal til en av beslutningstakerne i the Joint Committee. Det kan ha betydning for graden av reell innflytelse. Motsatt kan direkte tilslutning gjennom en individuell avtale for Norge skape risiko for isolasjon. Dette er imidlertid usikre betraktninger – alt beror på tilslutningsavtalens innhold. Det sentrale er at man kjenner de utfordringene som er beskrevet foran, og tar høyde for dem, når en eventuell avtale om norsk tilslutning blir fremforhandlet.

The Transatlantic Regulator's Forum og andre viktige møtepunkter

TTIPs Joint Committee er et overordnet styrings- og beslutningsorgan, ikke en operativ enhet. Det vil være av politisk og rettslig betydning om Norge oppnår faktisk innflytelse gjennom deltakelse i arbeidsgrupper som sorterer under komiteen.

På nivået under the Joint Committee oppretter traktatutkastet et møtepunkt: the Transatlantic Regulator's Forum, jf. kapittelutkastet Institutional, General and Final provisions artikkel X.2. Dette organet er inspirert av dagens *High Level Regulatory Cooperation Forum*. Myndigheten er beskrevet slik:

Article X.2: Transatlantic Regulator's Forum

1. A Transatlantic Regulators' Forum (the "Forum") is hereby established. The Forum shall meet no later than one year after entry into force of the Agreement. The Forum shall meet at least once a year or at the request from either Party. It shall be composed of Senior Officials of both Parties responsible for cross-cutting issues of regulatory policy and good regulatory practices, senior officials responsible for international trade, and senior regulators for the areas they are responsible for.

2. The Forum shall:

(a) discuss general trends in regulatory cooperation, including EU/US cooperation in multilateral fora;

(b) consider regulatory cooperation activities covered by specific or sectoral provisions in the Agreement with a particular focus on identifying new initiatives and the progress made on the implementation of regulatory cooperation work plans;

(c) prepare a joint overview of EU/US regulatory cooperation as referred to in Article XX of Chapter [Regulatory Cooperation], which shall be subject to endorsement by the Joint Committee;

(d) organise public sessions involving EU and US stakeholders.

3. The Forum shall ensure that its activities are undertaken in a transparent manner. The Parties shall maintain dedicated websites that provide an overview of ongoing regulatory cooperation activities.

4. The Forum shall inform the Joint Committee of its annual activities.

Også dette møtepunktet er konstruert med utgangspunkt i at traktatpartene er EU og USA. På den annen side er The Transatlantic Regulator's Forum ikke tillagt beslutningsmyndighet av en karakter som gjør det utelukket å slippe andre inn. Om det er realistisk for Norge å få en plass i denne gruppen har ikke vi forutsetninger for å vurdere.

Kapittelutkastet forutsetter at det operative arbeidet vil finne sted i en rekke spesialiserte komitéer og arbeidsgrupper:

Article X.3: Specialised Committees and Working Group

1. The following specialised committees are hereby established under the auspices of the Joint Committee:

(a) the Market Access Committee;

The Committees on Government Procurement, Energy and Raw Materials and Intellectual Property Rights, are hereby established under the Market Access Committee and shall report to that Committee;

The Committees on Agriculture, the Committee on Wine and Spirits and the Committee on Geographical Indications shall also be established under and report to the Market Access Committee.

Matters arising in the area of rules of origin, origin procedures, sanitary and phytosanitary measures, and technical barriers to trade may be addressed by the Market Access Committee in case this facilitates the resolution of a matter that cannot otherwise be resolved by the relevant specialised committee.

(b) the Committee on Services and Investment;

A Committee on Mutual Recognition of Professional Qualifications is hereby established under the Committee on Services and Investment and shall report to that Committee;

(c) the Committee on Trade and Sustainable Development;

(d) the Committee on Small and Medium-sized Enterprises;

(e) the Committee on Technical Barriers to Trade;

(f) the Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures;

(g) the Joint Customs Cooperation Committee.

2. The composition, remit, tasks and functioning of the specialised committees shall be as defined in the relevant Chapters and Protocols of this Agreement or by the Joint Committee.

3. Unless otherwise provided for in this Agreement or where the Parties decide otherwise, the specialised committees shall meet upon request of a Party or of the Joint Committee, at an appropriate level, alternately in the Union or the United States. They shall be co-chaired by representatives of the Parties. The specialised committees shall agree on their meeting schedule and set their agenda. Each specialised committee shall decide its own rules of procedures.

4. The specialised committees shall inform the Joint Committee of their schedules and agenda sufficiently in advance of their meetings and shall report to the Joint Committee on results and conclusions from each of their meetings. The creation or existence of a specialised committee (...)

I lys av det konstitusjonelle utgangspunktet om likeverdighet vil det være gunstig om Norge kan delta i disse gruppene på linje med EUs medlemsstater. Dette er et forhandlingsspørsmål. Vi har ikke forutsetninger for å vurdere hvor realistisk dette er. Vi nøyer oss med å konstatere at dersom Norge slutter seg til et *partnerskap* som driver frem en dynamisk reguleringsprosess, uten å være sikret deltakelse i de operative grupper og organer hvor partnerskapet utspiller seg, så vil den konstitusjonelle grunnsetningen om likeverdighet kunne komme under press.

6. Regulatorisk samarbeid

Utgangspunkter

Som nevnt er TTIP en rent folkerettslig avtale. Dette prinsippet ligger til grunn for kapitlet om regulatory cooperation, hvor artikkel X.1.4 statuerer:

The provisions of this Chapter shall not oblige the Parties to achieve any particular regulatory outcome.

Dette utgangspunktet blir ytterligere understreket av at kapittelutkastets artikkel X.9 fastslår at:

The provisions of dispute settlement under Chapter XX (Dispute Settlement) do not apply to any matter arising under this Chapter.

Presiseringen understreker at traktatutkastets kapittel om regulatorisk samarbeid etablerer en politisk innsatsforpliktelse og ikke i noe henseende en rettslig resultatforpliktelse. Fravær av enighet vil innebære fravær av resultater.

Kapittelutkastet om regulatorisk samarbeid etablerer i all hovedsak et prosessuelt rammeverk. Dette legger til rette for videre arbeid med en målsetting om harmonisering og nedbygging av handelshindre. Eksistensen av et slikt rammeverk innebærer samtidig at vanskelige og politiske spørsmål knyttet til traktatforhandlingene kan utskytes til senere. Hvis TTIP blir en realitet, markerer traktatlutningen starten på en prosess, ikke dens ende.

Transparens er et grunnprinsipp i det regulatoriske samarbeidet TTIP legger rammene for. Aktører som berøres av regulering skal ha anledning til å fremme sitt syn, selv om de er fra en annen jurisdiksjon enn reguleringsstaten. Med andre ord blir aktører i USA å betrakte som «stakeholders» som skal bli hørt når EU utarbeider ny regulering – og vice versa. Avtalepartene skal ta konsekvensene for handel mellom EU og USA i betraktning når nye regler blir til (eller fjernes). TTIP etablerer både konkrete prosessuelle forpliktelser («impact assessments») og overvåkingmekanismer som sikrer at målsettingen om transparens og samarbeid blir realisert og tatt på alvor.

Generelt, og litt grovskåret, kan man si at den type transparens og regulatorisk samarbeid som TTIP legger opp til, leder til en byråkratisering av regulatoriske prosesser, i den forstand at mye av samarbeidet må skje i spesialiserte fora. Samarbeidet fjerner seg altså litt fra lovgiver og alminnelige parlamentariske prosesser. Dette kan påvirke hvem som når frem med sine syn (profesjonelle aktører), det kan påvirke hva som når frem til nasjonale politikere og det kan påvirke hva mediene får kunnskap om og hva de betrakter som interessant å formidle til hjemlige lesere. Mediene er gjerne opptatt av den hjemlige debatt. Diskusjoner i internasjonale fora er mer ugjennomtrengelige og kanskje mindre interessante.

Samarbeidsformen kan også påvirke selve språket i den regulatoriske prosessen. I aller enkleste forstand: Det ikke morsmålet som lenger gjelder. Ved diskusjoner faginstanser og fagekspertter i mellom kan dessuten fagtermene overta. Dette kan i en viss forstand øke byråkratenes reelle makt og handlefrihet. Byråkratiske organer har gjerne et visst manøvreringsrom innenfor rammen av sin formelle kompetanse – for eksempel innenfor kravet: «Maten skal være trygg.» Slike krav innebærer at fagbyråkratene må gjøre en objektiv, faglig vurdering, men den er likevel ikke helt fri for skjønn. Det finnes mange variabler man må ta stilling til. Hvor skal grenseverdier settes, hvilke faglige standarder skal man bruke, skal man kun eliminere det som faglig vurdert er bedømt som utrygt, eller alt som ikke positivt er bedømt som trygt?

Måten byråkratiet utøver sin kompetanse på tar normalt hensyn til nasjonale politiske føringer og kompetanseutøvelsens omgivelser. Selv innenfor en kompetanseangivelse som åpner for ulike veivalg, utøver byråkratene det vi kan karakterisere som «musikalitet». En god byråkrat har en fingerspissfølelse for hva politikere og borgere oppfatter som legitimt.

Hvis de regulatoriske prosessene fjerner seg noe fra det nasjonale planet, og over i overnasjonale fora, kan det påvirke måten makten blir utøvet på. Selv om forvaltningens formelle kompetanse er den samme, kan spørsmål som «hva er trygg mat?» fortone seg annerledes om man primært blir eksponert for interessene til internasjonale eksportører og ikke hjemlige forbrukere. Eksponeringen mot samarbeidende byråkrater øker, mens eksponeringen mot hjemlige politikere minker. Rammen for «musikaliteten» blir en annen. I nyansene kan valgene bli andre om oppmerksomheten og rammene rundt dem antar en annen karakter.

Det er viktig å gjenta at ingenting i TTIP krever at traktatpartene endrer sin politikk. Ingenting i TTIP utelukker heller at det kan skje. Formelt er det viktig å understreke at nasjonalforsamlingens makt over, og kontroll med forvaltningen, er uforandret. Reelt kan man likevel ikke utelukke at denne makten blir svekket som følge av manglende nærhet, kunnskap, oppmerksomhet – og internasjonalt press. Denne risikoen forsterkes av at TTIP innebærer at agendasetting og forberedende arbeid flyttes til det internasjonale domenet.

Regulatorisk samarbeid – målsettinger og saklig virkeområde

På den ene side oppstiller ikke kapitlet om regulatorisk samarbeid konkrete rettigheter eller plikter av rettslig karakter. På den annen side åpner dette for at kapitlets målsettinger og potensielle virkeområde er omfattende. Det er jo i utgangspunktet ikke grunn til å begrense traktatpartenes adgang til å nå frem til omforente løsninger på frivillig politisk basis. Målsetningene er angitt slik:

Article X.1. Objectives and general principles:

1. The objectives of this Chapter are:

a) To establish and reinforce bilateral regulatory cooperation in areas where the Parties identify common interests and where this cooperation would benefit citizens, entities subject to regulation, in particular small and medium sized enterprises, as well as the public interest;

b) To contribute to the Parties' activities pursuing public policy objectives such as inter alia a high level of protection of:

i) public health; human, animal and plant life and health; health and safety; working conditions; animal welfare;

ii) the environment;

iii) consumers;

iv) social protection and social security;

v) personal data and cybersecurity;

vi) cultural diversity;

vii) financial stability;

whilst facilitating trade and investment.

c) To promote an effective regulatory environment, which is transparent and predictable for citizens and economic operators;

d) To promote compatible regulatory approaches and reduce unnecessarily burdensome, duplicative or divergent regulatory requirements, including through recognition of equivalence, promotion of convergence and other methods, as appropriate;

e) To further the development and implementation of internationally agreed regulatory documents¹ in order to achieve consistent regulatory outcomes with each other and with third countries.

2. Regulatory co-operation activities shall aim at improving, and not reduce, undermine or otherwise compromise the level of protection in public policy areas such as those referred to under paragraph 1 a), as considered appropriate by either Party.

Målsetningene som er beskrevet i TTIPs kapittel om regulatorisk samarbeid er så omfattende at de kunne stått som en sammenfatning av målsetningene for nasjonal politikk i sin alminnelighet. De fleste stater ønsker å fremme borgernes ve og vel, å unngå unødig regulering, å fremme næringslivet og samtidig ta hensyn til allmennhetens interesser. Denne parallellen viser hvor bredt TTIP-samarbeidet er og hvor dypt det *potensielt* kan lodde.

I forlengelsen åpner TTIPs kapittel om regulatorisk samarbeid for å ta i bruk inngripende virkemidler, herunder mutual recognition:

Article X.5. Specific activities promoting regulatory compatibility

1. Cooperation activities towards furthering regulatory compatibility will be conducted by the relevant regulatory authorities of both Parties. These activities should promote regulatory compatibility through different means and approaches, inter alia:

a) Common principles, guidelines, or codes of conduct;

b) Mutual recognition of equivalence or harmonization of regulatory measures in whole or in part;

c) Mutual recognition or reliance on each other's implementing tools, to avoid unnecessary duplication of regulatory requirements; such as testing, certification, qualifications, audits or inspections.

Ambisjonene om et dyptloddende regulatorisk samarbeid markerer en viktig forskjell mellom TTIP og CETA. EUs planlagte avtale med Canada anerkjenner at landene også i forsettelsen kan opprettholde sitt beskyttelsesnivå, sine nasjonale standarder og sine egne godkjenningsprosedyrer. Det regulatoriske samarbeidet skal i hovedsak bidra til å gjøre den nasjonale godkjenningsprosessen lettere og mer smidig – men den skal fortsatt bestå som en nasjonal prosess. Kun på området for godkjenning av profesjonelle kvalifikasjoner legger CETA opp til «mutual recognition» (CETA kapittel 11).

Samtidig er TTIPs kapittel om regulatory cooperation horisontalt og avtaleovergrepene. Rammeverket supplerer alle de respektive sektor-kapitlene i TTIP. Potensielt kan derfor det regulatoriske samarbeidet berøre mange livsområder:

Article X.3. Scope

1. The provisions of this Chapter shall apply to:

a) Cooperation covered by specific or sectoral provisions concerning goods and services in this Agreement [to be identified];

b) Cooperation in any other areas or sectors covered by this Agreement that has or is likely to have a significant impact on trade or investment between the Parties, in relation to which regulatory authorities of both Parties have determined common interest.

2. This Chapter shall not apply to regulatory measures concerning those services to which Section 1 of Chapter II [Liberalisation of investment] and Chapter III [Cross border supply of services] of Title [Services & Investment] do not apply.

3. In case of any inconsistency between the provisions of this Chapter and the provisions laid down in specific or sectoral provisions concerning goods and services [to be identified], the latter shall prevail.⁷

4. Regulatory cooperation in financial services shall follow specific provisions set out in [to be identified – Financial Services chapter/section].

5. Regulatory cooperation in competition and subsidies as defined by [to be identified -Article x.2 of the Competition chapter/section or Subsidies chapter/section respectively...] shall follow specific provisions set out in that [chapter/section].

I tillegg er kapitlet om regulatorisk samarbeid i noe grad avtaleoverskridende. I artikkel X.5 nr. 3 heter det:

The Parties shall co-operate bilaterally and with third countries in international fora, with a view to strengthening, developing and promoting the adoption and implementation of internationally agreed regulatory documents, where feasible, including through presentation of joint initiatives, proposals and approaches.

Til sammen kan man si at rammeverket for regulatorisk samarbeid og dets potensielt vidtrekkende effekter er det som gjør TTIP til noe mer enn en ordinær handelsavtale – et partnerskap. Man har ingen garantier for hva som kommer ut av samarbeidet. Et ytterpunkt er at lite kommer ut. Et annet ytterpunkt er at man når frem til enighet på en rekke områder *og* at dette blir formalisert gjennom beslutninger i the Joint Committee. Noen eksakt grense for hva the Joint Committee kan beslutte eksisterer ikke. Begrensningen ligger i at traktatpartene må klare å bli enige. Det ligger i sakens natur at antakelser om hvor langt det er tenkelig og mulig å oppnå enighet blir rene spekulasjoner. Det sentrale er å kjenne mulige scenarier.

Regulatorisk samarbeid – personelt virkeområde

Det personelle virkeområdet til kapitlet om *regulatory cooperation* er preget av at TTIP er ment å etablere et partnerskap mellom *EU og USA* – altså på overnasjonalt/føderalt nivå. Termen «regulatory authority» er definert som (Artikkel X.2):

- For the EU: the European Commission

- For the US: any rule-making authority at the central level of government, including any Executive Branch or independent agency that develops regulatory measures.

Termen “regulatory measures” er definert som:

measures of general applicability concerning specific goods or services prepared by the regulatory authorities, including:

For the EU:

i. proposed Regulations and Directives to be submitted for adoption pursuant to Article 289 of the Treaty on the functioning of the European Union;

ii. Delegated and Implementing acts pursuant to Articles 290 and 291, respectively of that Treaty;

iii. measures which are not legally binding but have a de facto impact on rights and obligations of entities subject to regulation⁴.

For the US:

i. Draft bills proposed by the US Administration to Congress;

ii. agency statements of general and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency;

iii. measures which are not legally binding but have a de facto impact on rights and obligations of entities subject to regulation;

At samarbeidet i hovedsak retter seg mot regulering på overnasjonalt/føderalt nivå blir understreket av kapittelutkastets artikkel X.3 hvor det heter:

With the exception of Article x.7, this Chapter shall only impose obligations on the European Union and the United States.

Forbeholdet viser til artikkel X.7, hvor det heter:

For the purpose of this Article, "regulatory measures at non-central level" refers to regulatory measures of general applicability to be adopted by the central authorities of a State of the United States and regulatory measures of general applicability to be adopted by the central authorities of a Member State of the European Union, except those that implement acts of the European Union institutions into Member States laws.

2. The Parties agree to encourage and facilitate regulatory cooperation on regulatory measures at non-central level in accordance with the provisions of this Chapter in areas or sectors where the relevant regulatory authorities of both Parties concerned¹⁶ responsible for the development and adoption of these measures have identified a

common interest. Regulatory authorities concerned will determine the modalities of the cooperation.

3. This Article is without prejudice to more detailed specific or sectoral provisions concerning goods and services in this Agreement.

Utkastet til TTIP er på dette punkt forskjellig fra CETA. CETA oppstiller et eget kapittel om «Domestic regulation» (kapittel 12). I TTIP finner vi ikke noe tilsvarende. USA ønsker ikke at TTIP skal rette seg mot det nasjonale nivået. At det regulatoriske samarbeidet mellom USA og EU primært utspiller seg på overstatlig nivå, er et prinsipp som kan føres helt tilbake til deklarasjonen om en «New Transatlantic Agenda» i 1995.

Oppmerksomhet rundt nasjonal regulering er viktigst der en handelsavtale baserer seg på nasjonal behandling i hver enkelt medlemsstat. Dersom hovedformålet med det regulatoriske samarbeidet ikke primært er å få den nasjonale behandlingen til å fungere så smidig som mulig, men å bevege seg i retning av et prinsipp om mutual recognition, så vil det være naturlig å rette oppmerksomheten mot EU-regulering på overnasjonalt nivå. Primært er det gjennom slik regulering et prinsipp om anerkjennelse av amerikanske produkter, kan gjøres effektivt og få virkning i hele EU.

Samlet er traktatutkastets systematikk – det skarpe skillet mellom overstatlig (føderalt) og nasjonalt nivå – viktig å ta i betraktning ved eventuell norsk tilslutning. Dette skillet understreker at TTIP i hovedsak er ment å etablere et regulatorisk samarbeid mellom blokkene EU og USA, og at dette er forskjellig fra regulatorisk samarbeid på nasjonalt nivå. For Norge innebærer dette at det kan være vanskelig å finne et naturlig tilknytningspunkt til partnerskapet – P'en i TTIP. Avtalens struktur og virkeområde hviler på et gitt utgangspunkt: at enkeltstater arbeider oppstrøms gjennom blokker, at blokkene oppnår enighet seg i mellom, og at de respektive blokkene deretter vedtar ny regulering nedstrøms med virkning for dens respektive medlemmer.

Regelverksutvikling og EØS-avtalen

EUs handelsavtaler med tredjeland ligger utenfor EØS-avtalens virkeområde. I første omgang vil det ikke ha noen konsekvenser for EØS-avtalen om EU slutter en handelsavtale med USA og om Norge står utenfor.

TTIP er en folkerettslig avtale. Derfor må avtalen gjennomføres internt i EU. I tillegg inneholder TTIP mekanismer for fremtidig regulatorisk samarbeid og regelverksutvikling. Dette gjør at TTIP indirekte og over tid kan ha visse konsekvenser for EØS-avtalen. Hvis EU vedtar regulering som er ment å oppfylle forpliktelsene i TTIP, og dette skjer gjennom endringer i EU-lovgivning som er ansett å være relevans for EØS-avtalen, så kan dette tilflyte Norge. Det skjer ikke automatisk. Nye direktiver, eller justeringer i eksisterende direktiver får ikke umiddelbart effekt innenfor EØS. De må innlemmes gjennom beslutning i EØS-komiteén på vanlig måte. Deretter må de rettsaktene som er innlemmet i EØS-avtalen gjennomføres i norsk rett gjennom intern lovgivning.

Regulatorisk samarbeid mellom EU og USA kan også lede frem til avtaler blokkene i mellom om gjensidig anerkjennelse («mutual recognition») på nærmere definerte områder hvor slik enighet er mulig. Siden slik enighet er bilateral, er det ikke gitt at avtaler om gjensidig anerkjennelse inngått mellom EU og USA vil lede til endringer i EUs alminnelige lovgivning – i og med at denne lovgivningen er helt generell.¹⁶ En annen løsning er at EU gjør avtalene som sådanne til en del av sin nasjonale rettsorden. Avtalene vil da få en internrettslig status innad i EU på nivået under primærretten («traktatretten»), men over sekundærretten (forordninger og direktiver). Denne formen for intern EU-rett vil normalt ikke være å anse som umiddelbart EØS-relevant fordi den har et spesifikt formål; å realisere en handelsavtale med et tredjeland (USA). I stedet er slike avtaler håndtert gjennom EØS-avtalen protokoll 12, hvor det heter:

Mutual recognition agreements with third countries concerning conformity assessment for products where the use of a mark is provided for in EC legislation will be negotiated on the initiative of the Community. The Community will negotiate on the basis that the third countries concerned will conclude with the EFTA States parallel mutual recognition agreements equivalent to those to be concluded with the Community.

Innenfor protokollens rekkevidde innebærer dette at Norge vil få anledning til å slutte avtaler med USA, tilsvarende dem EU fremforhandler. På samme måte som når ny EU-lovgivning blir

¹⁶ Poenget med mutual recognition er jo nettopp at det *er* forskjeller mellom statenes lovgivning. Avtalen om mutual recognition gjør det mulig å videreføre og opprettholde disse forskjellene uten at det skader handelen og uten at man trenger å harmonisere statenes lovgivning. Om lovgivningen eventuelt blir harmonisert, vil et prinsipp om mutual recognition være overflødig.

innlemmet i EØS-avtalen er det ingen automatikk i dette. Norge kan si nei. Derfor reiser ikke TTIPs påvirkning av EØS-avtalen konstitusjonelle problemer.

I teorien er det ingenting i TTIP som står i veien for et betydelig og omfattende regulatorisk samarbeid mellom EU og USA, potensielt med store konsekvenser. I praksis er det kanskje ikke grunn til å tro at konsekvensene blir omfattende – i hvert fall ikke i første omgang. Som nevnt har EU og USA hatt et relativt etablert regulatorisk samarbeid siden deklarasjonen om en «New Transatlantic Agenda» i 1995. Avtalen «the US-EU Mutual Recognition Agreement» ble sluttet i 1997 og utpekte seks forskjellige satsingsområder. Kun på området for medisinsk utstyr ledet denne satsingen til justering av EU-direktiver, og disse revisjonene var marginale.

Via protokoll 12 til EØS-avtalen har Norge sluttet seg til sju avtaler om mutual recognition fremforhandlet av EU, hvorav to er med USA. Begge USA-avtalene trådte i kraft 1. mars 2006. Den første avtalen gjelder «marine equipment». Den andre avtalen omfatter tre kategorier; “telecommunications equipment”, “electromagnetic compatibility” (EMC) og “recreational crafts”. Av de seks områdene som ble pekt ut gjennom «the US-EU Mutual Recognition Agreement», markerer protokoll 12-avtalens tre kategorier de tre områdene hvor EU og USA faktisk fikk samarbeidet seg i mellom til å fungere. Samlet viser dette at konsekvensene av vellykket regulatorisk samarbeid EU og USA i mellom lett vil få konsekvenser for Norge gjennom EØS-avtalen, kanskje særlig via protokoll 12. Historien gir ikke grunnlag for å si at konsekvensene vil være store, men man kan ikke utelukke at TTIP vil skape mer trykk bak samarbeidet mellom EU og USA enn det som har vært tilfelle til nå.

Regulatorisk samarbeid – konsekvenser for Norge – modell for eventuell tilslutning til TTIP

For Norges vedkommende er følgende observasjoner av særlig betydning:

Kapitlet om regulatorisk samarbeid er av overgripende karakter. Det dekker TTIP-avtalens samlede virkeområde og kan også legge føringer for samarbeid med tredjestater. Selv om kapitlet om regulatorisk samarbeid ikke etablerer konkrete forpliktelser om å nå bestemte resultater, kan samarbeidet potensielt lede til frem til omfattende/inngrepene regulering.

Det synes ikke å eksistere et naturlig tilknytningspunkt til det regulatoriske samarbeidet – partnerskapet – EU og USA i mellom. Samarbeidet er i sin natur – gitt dets personelle og saklige virkeområde – i all hovedsak rettet mot regulering som blir vedtatt på det overnasjonale/føderale nivået. Nasjonalstatene har ingen umiddelbar rolle. Når det gjelder dette er det vanskelig å se at det vil utgjøre noen forskjell om Norge skulle velge å knytte seg til TTIP som enkeltstat eller via EFTA. Verken Norge eller EFTA vil ha en naturlig plass i partnerskapet innenfor de rammene som traktatutkastets kapittel om regulatorisk samarbeid trekker opp.

Det regulatoriske samarbeidet som utspiller seg innenfor rammen av TTIP vil indirekte kunne få konsekvenser for Norge selv om landet ikke slutter seg til TTIP – verken på den ene eller den andre måte. TTIP er en rent folkerettslig avtale. Derfor vil de løsninger som TTIP-partnerskapet leder frem til kunne bli realisert gjennom ny regulering vedtatt på EU-nivå. I den grad denne reguleringen er EØS-relevant, vil den indirekte kunne påvirke Norge gjennom EØS-avtalen. Dette er ikke et konstitusjonelt problem, men det kan være et demokratisk problem om nytt regelverk blir utviklet uten at Norge i det hele tatt er involvert i prosessen og kun blir stilt overfor valget «take it or leave it».

Hvis Norge slutter seg til TTIP på en «selvstendig» måte, kan man spørre om det er mulig å delta i det regulatoriske samarbeidet, gitt at samarbeidets funksjon og virkeområder ikke er utformet slik at enkeltstater er ment å spille en direkte rolle. Alt er naturligvis beroende av forhandlinger, men det er ikke lett å se hvordan Norge som stat skal kunne oppnå en mer prominent rolle enn EUs enkeltstater, nærmest som en traktatpart på linje med EU og USA. Ei heller er det lett å se en rolle for blokker av stater (EFTA), tatt i betraktning av at store deler av det regulatoriske samarbeidet angår utforming av EU-lovgiving – lovgivning som EØS-statene i EFTA i sin tur må ta hensyn til gjennom sin særlige avtale med EU. I lys av disse observasjonene kan det mest attraktive alternativet kanskje være at Norge slutter seg til TTIP via EU, som om Norge var en medlemstat. Oppnår man enighet om en slik konstruksjon og tilknytning, kan man argumentere for at EU har en rettslig, politisk og moralsk forpliktelse til å gi Norge en rolle i «oppstrømsarbeidet» – arbeidet hvor igjennom EU definerer egen posisjon i samarbeidet med amerikanske myndigheter.

7. Stat-til-stat tvisteløsning

TTIPs kapittel om Dispute Settlement legger opp til at tvister avtalepartene i mellom først skal søkes løst gjennom konsultasjoner og forhandlinger (Artikkel 3 og 4). Dersom dette ikke fører frem åpner kapittelutkastet for at det blir oppnevnt et voldgiftspanel (Artikkel 5 flg). Som tidligere nevnt kan private aktører ikke saksøke avtalepartene med påstand om avtalebrudd.

Stat-til-stat-tvisteløsning kan også beskrives som folkerettslig tvisteløsning. I sin rene form reiser dette ikke konstitusjonelle problemer. Kan Norge binde seg gjennom traktat må man også finne løsning på de problemer og uenigheter som potensielt kan oppstå i detaljene. Man må ikke nødvendigvis ha kontroll med utfallet – avgjørelsesmekanismen – men i hvert fall med egen posisjon og representasjon.

Hvis Norge slutter seg til TTIP på en måte som innebærer at Norge oppnår autonom status som traktatpart, og dermed som autonom part i en aktuell tvist, er det vanskelig å se at mekanismene for stat-til-stat tvisteløsning reiser konstitusjonelle spørsmål. Det ligger i sakens natur at man ved uenighet ikke kan forbeholde seg retten til å bestemme over utfallet. Usikkerheten som dette innebærer er ikke et konstitusjonelt problem.

Som nevnt kan det være lite sannsynlig at Norge kan fremforhandle en tilknytningsform som gir Norge en autonom partsstatus på linje med de egentlige traktatparter – EU og USA. Det er heller ikke sikkert at en slik tilknytningsform er hensiktsmessig. Norge vil bli påvirket av de valg EU gjør i samarbeidet med USA. En tilslutning som sikrer en viss deltakelse i EUs arbeid frem mot å definere EUs posisjon, kan være den form for tilknytning som gir størst grad av reell innflytelse og kjennskap med hva som skjer. Deltakelse via EU kan være å foretrekke.

Hvis Norge deltar i TTIP via EU, er det ikke usannsynlig at EUs organer vil måtte representere Norge ved eventuell mellomstatlig tvisteløsning, slik tilfellet vil være for EUs egne medlemsstater. Et eksempel på dette finner vi i Open Skies avtalen.¹⁷ Slik representasjon innebærer en begrenset overføring av folkerettslig myndighet til EU, for verken EUs egne medlemsland, eller Norge, kan helt ut binde opp Kommisjonens kompetanse. Det er altså ikke slik at EUs organer er å

¹⁷ For detaljer, se avsnitt 3.3 foran.

sammenlikne med «Norges advokat» – de har en noe mer selvstendig rolle.

Det er usikkert om overføring av myndighet til å representere Norge i rent folkerettslige anliggender i det hele tatt reiser konstitusjonelle spørsmål. Som et utgangspunkt pleier man ofte å si at Grunnloven ikke er til hinder for at Norge inngår avtaler eller tar på seg forpliktelser av rent folkerettslig karakter. I utgangspunktet er det bare overføring av intern myndighet, statsmakt – altså lovgivende, administrativ og dømmende myndighet som reiser særskilte konstitusjonelle utfordringer.

Hvor langt utgangspunktet foran rekker, er imidlertid tvilsomt. Læresetningen om det skarpe konstitusjonelle skillet mellom avtaler av folkerettslig karakter og overføring av intern myndighet med direkte virkning er nok blitt formulert med de *ordinære* folkerettslige avtaler i tankene. EØS-avtalen er på tross av sitt omfang et eksempel på en slik ordinær avtale. Når EU vedtar ny lovgivning må denne først innlemmes i EØS-avtalen, slik at den blir folkerettslig bindende for Norge. Dette skjer gjennom avgjørelse i EØS-komiteén, jf. EØS-avtalen artikkel 102. Rent formelt er ingen myndighet overført til EØS-komiteén. Det følger implisitt av at vedtak i komiteén krever enstemmighet, jf. EØS-avtalen artikkel 93.2. Deretter må Norge vedta nasjonal lovgivning som gjenspeiler de folkerettslige forpliktelsene som oppstår gjennom avtalejusteringen, slik at de får effekt i vår interne rettsorden. Denne samarbeids-konstruksjonen forutsetter altså en løpende tilpasning, hvor det er to ledd fra vedtakelse av en ny rettsakt i EU, til gjennomføring i norsk rett. *Formelt* ligger begge disse i Norges hender.

Dersom Norge inngår et samarbeid hvor riket skal bli behandlet som om det er medlem i EU, og hvor EUs institusjoner i noe grad formelt blir gitt myndighet til å representere Norge på det folkerettslige plan, står vi ikke lenger overfor en helt ordinær folkerettslig avtale fordi det skjer en overføring av myndighet. En slik konstruksjon representerer noe nytt både politisk og rettslig. Forholdet til Grunnloven bør da vurderes nærmere, om ikke annet fordi spørsmålet ikke har vært grundig utredet tidligere. Det er ikke slike løsninger man har tenkt på når tommelfinger-regelen gjengitt foran er blitt formulert.¹⁸

Det vil føre for langt å foreta en konstitusjonell vurdering her. Det som kan sies er at en eventuell konstruksjon hvor EUs organer representerer Norge i folkerettslige tvister neppe innebærer et betydelig

¹⁸ Se nærmere Bekkedal 2015, *Medlemskapsprinsippet*.

inngrep i norsk suverenitet. For det første er det ikke grunnlag for å anta at tvister vil oppstå hyppig. For det andre vil utfallsrommet være definert av det tolkingsrommet som de rettslige forpliktelsene Norge allerede har påtatt seg etterlater. For det tredje vil det i en tvistesituasjon være tett dialog mellom Norge og de overnasjonale institusjoner som representerer riket. På den annen side kan slike tvister berøre politisk sensitive spørsmål. Flyselskapet Norwegians sak om bruk av utenlandsk arbeidskraft under Open Skies avtalen illustrerer at selv under en avtale med et begrenset område, kan uenighet om viktige samfunnsproblemer oppstå. Gitt at TTIP berører langt flere områder, vil det være vanskelig å danne seg et bilde av hvilke tvister som kan forekomme, og hvilke prinsipielle spørsmål de berører. Jo større usikkerhet, jo større er de konstitusjonelle betenkelighetene.

Sammenfatningsvis kan vi si at dersom Norge slutter seg til TTIP via EU og overlater en viss myndighet til EUs organer når det gjelder å representere Norge ved eventuell stat-til-stat tvisteløsning, så bør de konstitusjonelle spørsmålene utredes nærmere. Dersom Norge slutter seg til TTIP som autonom stat eller via EFTA, gjennom en egen avtale, er det vanskelig å se at systemet for stat-til-stat tvisteløsning reiser konstitusjonelle spørsmål, forutsatt at Norge oppnår selvstendig partsstatus i en eventuell tvist.

8. Sammenfatning

TTIP er ingen helt ordinær handelsavtale. Traktaten etablerer grunnlaget for et dynamisk regulatorisk samarbeid mellom EU og USA. Dette samarbeidet utgjør «P'en i TTIP» – det er samarbeidet som gjør at handelsavtalen med rette kan beskrives som et partnerskap.

Det regulatoriske samarbeidet spenner over brede felter. Samarbeidet *kan* fremme dyp økonomisk integrasjon – blant annet i form av gjensidig anerkjennelse (mutual recognition) – og det *kan* berøre sensitive politikkområder. TTIP er imidlertid en rent folkerettslig avtale. Hva slags omforent regulering avtalen fremmer over tid vil ikke bero på avtalen selv, men på hvilke løsninger det fremtidige samarbeidet leder frem til. I Europa må disse løsningene gjøres effektive gjennom EU-lovgivning og, i siste instans, nasjonal lovgivning. TTIP etablerer ingen institusjoner med overnasjonal myndighet.

En særlig utfordring for Norge ved eventuell norsk tilslutning til TTIP er at avtalens institusjonelle struktur og saklige virkeområde er utformet med sikte på at avtalepartene er EU og USA. Det regulatoriske samarbeidet finner i hovedsak sted på overnasjonalt/føderalt nivå. Derfor er det vanskelig å se for seg at en enkeltstat som slutter seg til kan oppnå samme partsstatus som de egentlige avtaleparter. Avtalens strukturer er ikke designet med enkeltstater for øyet. Det er heller slik at enkeltstatene må gjøre sin stemme hørt ved å jobbe gjennom styringsstrukturene i den partneren («blokken») de er en del av – EU eller USA. Gjennom å være likeverdige medlemmer i EU har nasjonalstatene innflytelse over beslutninger og posisjoner som tas på overnasjonalt nivå.

For Norges vedkommende vil det neppe by på konstitusjonelle utfordringer om Norge slutter seg til TTIP som likeverdig part, men det er i utgangspunktet vanskelig å se hvordan det kan skje. Det er mulig å kopiere de statiske elementene i TTIP i en supplerende avtale for Norge, men neppe P'en: *Partnerskapet*.

Dette notatet kan ikke foregripe utfallet av de forhandlingene som gjenstår før TTIP blir en realitet – ei heller utkommet av norske forhandlinger om tilslutning. Dette gjør det nødvendig å ta vesentlige forbehold dersom man skal oppstille konklusjoner eller komme med anbefalinger på det nåværende tidspunkt. Om vi likevel skal antyde en mulig tilnærming, vil den være slik: Gitt at TTIP etablerer et partnerskap mellom EU og USA, og gitt at avtalens institusjonelle strukturer er innrettet med sikte på å legge til rette for og fremme dette partnerskapet, er det vanskelig å se en plass for Norge eller EFTA i nedstrømsarbeidet. Med nedstrømsarbeidet siktes det til agendasettingen som finner sted i TTIPs ulike fora. Derimot kan man se for seg at Norge kan spille en rolle i oppstrømsarbeidet. Med dette menes EUs arbeid når det gjelder å definere EUs posisjoner med tanke på videre samarbeid innenfor TTIPs strukturer.

Hvis man ser for seg at Norge i hovedsak kan oppnå innflytelse oppstrøms, vil det kunne ut i en anbefaling om at Norge bør slutte seg til TTIP via EU – som om riket var EU-medlem. Med en slik tilknytningsform vil et ønske om å være involvert i EUs beslutningsdannende prosesser på linje med de egentlige medlemsstater fortone seg som naturlig. Samtidig er dette den tilknytningsformen som er enklest å forene med TTIPs institusjonelle og overnasjonale struktur.

Det kan altså være gode grunner, funksjonelt og materielt, til å anbefale en tilknytningsform hvor Norge slutter seg til TTIP via EU slik

at riket, så langt mulig, blir behandlet som medlemmer av EU. Dette er samtidig den tilknytningsform som krever mest årvåkenhet konstitusjonelt, fordi den kommer i berøring med Grunnlovens medlemskapsprinsipp. De detaljvurderingene dette krever skal ikke gjøres her. Tre poeng er likevel verdt å nevne:

- A. Hvis man antar at Grunnloven først åpner for norsk tilslutning til TTIP i en eller annen form, vil det være paradoksalt om Grunnloven tolkes slik at tilslutning via EU er utelukket – fordi Norge ikke er medlem av EU – dersom dette rent praktisk og funksjonelt er den tilknytningsformen som gir Norge størst reell innflytelse.
- B. De beslutninger EU fatter og de kompromisser EU inngår, vil på EØS-relevante områder kunne tilflytte Norge gjennom EØS-avtalen. Når det gjelder «partnerskapsdelen» av TTIP, kan man derfor si at en hver form for norsk tilslutning vil kunne bidra til økt innflytelse over prosesser som – etter alt å dømme – uansett vil kunne påvirke nasjonal regulering. Det kan tilsi en praktisk og nokså pragmatisk tilnærming til grunnlovsspørsmålene som oppstår.
- C. Grunnlovens tekst er ikke klar om de spørsmålene som TTIP reiser. Samtidig er Grunnloven gjenstand for dynamisk fortolkning. Betydningen av internasjonalt samarbeid er anerkjent som viktig og er et hensyn som kan ha selvstendig betydning ved tolkingen. Hensynene som er i spill; likeverdighet, samarbeid og praktiske overveielser, er hensyn Stortinget er godt egnet til å vurdere. Det innebærer at Stortingsflertallets syn på hvorvidt deltakelse i TTIP er tjenlig for Norge, og Stortingsflertallets syn på hva som er den mest tjenlige tilknytningsform ikke bare er oppfatninger av politisk karakter. Stortingsflertallets oppfatninger om slike spørsmål vil også ha stor betydning for grunnlovstolkning.

Appendix: TTIP and EU legal constraints

Christophe Hillion (NUPI, UiO)

Introduction

The law of the European Union and particularly the legal principles that govern its external action frame the negotiations and conclusion of TTIP. Of particular importance are the EU principles of conferral, institutional balance, consistency, and autonomy. While not new, their significance has been bolstered by the Treaty of Lisbon. And this development has implications as to how the EU operates on the international plane in general, and how it may negotiate and conclude agreements like TTIP, in particular. As it shall be suggested, their application, as interpreted by the Court of Justice of the EU, and interaction arguably make the successful EU negotiations and conclusion of agreements like TTIP particularly challenging. This may have implications for Norway, if it ever intends to join this agreement.

Conferred EU external competences and recurrent role of Member States

As the EU only has limited competence,¹⁹ TTIP must first be envisaged in the light of those competences. The particular questions to be addressed in this context are: what EU competence is being exercised in establishing TTIP, and on that basis, is the EU able to conclude the agreement on its own, or is the latter likely to be a mixed agreement, thus involving the ratification of all 28 Member States, alongside that of the Union? Based on the directives of negotiations adopted in 2013,²⁰ the following observations can be made.

¹⁹ According to Article 5 TEU: '1. The limits of Union competences are governed by the principle of conferral. The use of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality. 2. Under the principle of conferral, the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. Competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States.'

²⁰ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>

TTIP is envisaged primarily as a trade agreement.²¹ As such it relates to the EU Common Commercial Policy (CCP), whose scope has been widened by the Treaty of Lisbon to cover e.g. Foreign Direct Investment,²² and interpreted broadly since by the European Court of Justice.²³ The CCP belongs to the category of EU exclusive competence,²⁴ so that agreements in this area are concluded by the EU only; the Member States do not have to ratify it.²⁵ This in turns means that any extension of the said agreement to third parties, if envisaged, would not necessitate their endorsement. The EU approval would suffice, alongside that of the other contracting parties.

However, the scope of TTIP, like other new EU trade agreements such as the EU-Canada treaty (CETA) and the EU agreement with Singapore, is still subject to much debate. It has been suggested that these agreements exceed the substantive perimeter of the CCP and relate to other fields of EU competence, that may not be EU exclusive in nature. In this sense, the 2013 directives of negotiations of TTIP expressly mention aspects of investment protection as areas of *mixed competence*.²⁶ In the same vein and in line with Article 207(5) TFEU, international agreements ‘in the field of transport’ should be dealt with

²¹ This is borne out by the title of the agreement and its main objective as envisaged in the directives of negotiations, *op. cit.*

²² Art 207(1) TFEU foresees that: The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating to trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, the achievement of uniformity in measures of liberalisation, export policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action.

²³ See in this sense: Case C-414/11 *Daiichi Sankyo Co. Ltd* and Case C-137/12 *Commission v Council (conditional access)*: where the Court of Justice considered that “an EU act falls within that policy if it relates specifically to international trade in that it is essentially intended to promote, facilitate or govern trade and has direct and immediate effects on trade”.

²⁴ Article 3(1) TFEU.

²⁵ Article 2(1) TFEU: When the Treaties confer on the Union exclusive competence in a specific area, only the Union may legislate and adopt legally binding acts, the Member States being able to do so themselves only if so empowered by the Union or for the implementation of Union acts.

²⁶ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>; pt.

on the basis of the transport competence of the EU,²⁷ which is in principle shared with the Member States.²⁸ If TTIP included obligations relating to areas of shared competence, such as transport, Member States' participation could be required notably at the levels of the signature and conclusion of the agreement: they would need to sign and ratify TTIP alongside the EU and in turn, its potential extension to third states would equally require their approval, unless the agreement would say otherwise.²⁹

That TTIP covers more than the CCP *stricto sensu* does *not automatically* entail mixity, and thus Member States' participation. In particular, the non-CCP aspects of the agreement (eg transport, investment) would not prompt mixity if the conditions of Article 3(2) TFEU were fulfilled.³⁰ The Court's post-Lisbon case law on this provision displays a permissive application of those conditions to trigger EU exclusivity.³¹ Other non-CCP provisions could also be considered as *ancillary* to the predominant trade purpose and content of the agreement, in the sense that they would not entail specific obligations that would be unrelated to the CCP, thus making it possible for the EU eventually to sign and conclude the agreement on its own.³²

It is worth pointing out in this context that the Commission has requested an opinion from the ECJ on the question of whether the EU free trade agreement with Singapore – that may contain similar elements as TTIP - can be concluded by the EU alone.³³ In its request,

²⁷ Title VI, Part Three, TFEU.

²⁸ See in this sense the pre-Lisbon Court's Opinion 1/08 *GATS*.

²⁹ See Note *Third countries accession to TTIP*.

³⁰ Article 3(2) TFEU foresees that : 'The Union shall also have exclusive competence for the conclusion of an international agreement when its conclusion is provided for in a legislative act of the Union or is necessary to enable the Union to exercise its internal competence, or in so far as its conclusion may affect common rules or alter their scope.'

³¹ See in this respect, e.g. the European Court of Justice's decision in Case C-114/12 *Commission v Council (broadcasting organisations)*, and Opinion 1/13 *Hague Convention*.

³² See in this Case C-377/12 *Commission v Council (Philippines Agreement)*.

³³ Request for an opinion submitted by the European Commission pursuant to Article 218(11) TFEU (Opinion 2/15), OJEU 2015 C 363/18. See also: COMMISSION DECISION of 30.10.2014 requesting an opinion of the Court of Justice pursuant to article 218(11) TFEU on the competence of the Union to sign and conclude a Free Trade Agreement with Singapore (C(2014) 8218 final).

the Commission thus underlined that ‘doubts have been raised with regard to the extent and the nature of the Union's competence in respect of some elements of the chapters of the agreement on the protection of foreign investment, transport services, intellectual property, transparency and sustainable development. It is therefore advisable to seek from the Court of Justice an opinion clarifying the extent and the nature of the Union's competence’. Undoubtedly, the Court's opinion will have implications for the conclusion of future EU trade agreements like TTIP. In the meantime, the Commission has proposed to sign the EU-Canada CETA as a mixed agreement, which has led to its signature being blocked by Belgium.³⁴ Should the agreement be concluded as a mixed agreement, its extension to third states in line with the accession clause of Article X.17 would probably require the approval of all parties concerned, including the EU Member States.³⁵

While Member States have recently envisaged ways to limit the complications entailed by mixed agreements,³⁶ such complications have in practice multiplied, thus hampering the EU external action, as epitomised by the Dutch negative referendum on the ratification of the mixed Association Agreement with Ukraine. In short the extension of the CCP by Lisbon does not appear to make the conclusion of EU trade agreements easier.

Enhanced role of the European Parliament in the EU institutional balance

Like the principle of conferral, the EU principle of institutional balance equally frames the negotiations, conclusion and content of TTIP.³⁷ A significant novelty which the Treaty of Lisbon introduced in this context is the bolstered role of the European Parliament (EP) in the

³⁴ <http://www.politico.eu/article/wallonia-eu-trade-policy-back-to-the-drawing-board-ceta-canada/>

³⁵ cp. Opinion 1/13 *Hague Convention* ECLI:EU:C:2014:2303.

³⁶ See in this regard the unsuccessful attempt to use ‘hybrid decisions’ of EU Council and Member States representatives to sign a mixed agreement to allow its early implementation – Case C-28/12 *Commission v Council*.

³⁷ According to Article 13(2) TEU: ‘Each institution shall act within the limits of the powers conferred on it in the Treaties, and in conformity with the procedures, conditions and objectives set out in them. The institutions shall practice mutual sincere cooperation.’

external action of the EU in general, and in the EU trade policy in particular.³⁸

Until then the Parliament hardly had any formal role in this area. It was at best informally consulted. As the Lisbon Treaty aimed at strengthening the EU external capability whilst bolstering democratic control thereof, the EP consent must now be obtained by the Council for it to be able to conclude most external agreements, including trade agreements. In other words, the EP has a veto right on the conclusion of TTIP. Practice shows that Parliament does not shy away from using such power, including on agreements with the US.³⁹ This power in turn strengthens its position also during the negotiations, especially following the inter-institutional agreement it concluded with the Commission.

Moreover, Article 218(10) TEU requires that the EP is duly informed at all stages of the procedure set out in Article 218 TFEU: which means that it must have access to information throughout the negotiations, which indirectly allows it to influence the negotiations.⁴⁰

Thus while the Member States have not lost all influence on the development of EU trade policy, the EP has gained prominence in this respect. Institutionally therefore, the EU capability to conclude trade agreements like TTIP is dependent on more actors's support than before the entry into force of the Lisbon Treaty.

³⁸ Art 218(6) TFEU.

³⁹ The European Parliament thus rejected the **Anti-Counterfeiting Trade Agreement** (ACTA) (<http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20120703IPR48247/european-parliament-rejects-acta>)

⁴⁰ In the case C-658/11 *EP v Council*, the ECJ thus held that: 79. ... the information requirement arising under Article 218(10) TFEU is prescribed in order to ensure that the Parliament *is in a position to exercise democratic scrutiny of the European Union's external action* and, more specifically, to verify that its powers are respected precisely in consequence of the choice of legal basis for a decision concluding an agreement (...) 80. That rule [of Art 218(10)] is an expression of the democratic principles on which the European Union is founded. In particular, the Court has already stated that the Parliament's involvement in the decision-making process is the reflection, at EU level, of the fundamental democratic principle that the people should participate in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly (...). 81. From that point of view, the Treaty of Lisbon has even enhanced the importance of that rule in the treaty system by inserting it in a separate provision that is applicable to all types of procedures envisaged in Article 218 TFEU.

The imperative of consistency and its procedural implications

TTIP must also be envisaged by reference to the legal imperative of consistency of EU external action, an imperative equally buttressed by the Treaty of Lisbon. Article 21(3) TEU foresees that:

The Union shall ensure consistency between the different areas of its external action and between these and its other policies. The Council and the Commission, assisted by the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, shall ensure that consistency and shall cooperate to that effect.

Not only has its scope been widened, it has also been turned into a legally binding rule - under the control of the European Court of Justice. Institutionally, consistency entails coordination and cooperation between the EU and its Member States, and also between the institutions in the negotiations, conclusion and implementation of TTIP. Indeed, the EP has an important role to play in ensuring that all objectives (and activities) of the EU external action are fully considered and adequately articulated in TTIP.⁴¹

But the requirement of consistency is more than mere institutional cooperation, it also determines the way the substance of the agreement is articulated. Consistency must first be ensured between TTIP and the specific objectives of the CCP.⁴² In particular, the latter insists on the EU contribution to the *harmonious* development of *world* trade, the progressive abolition of restrictions on international trade and on foreign direct investment, and the lowering of customs and other barriers. While TTIP aims at fostering *transatlantic* trade (by improving market access, enhancing regulatory compatibility, etc), it cannot be limited to the development of *bilateral* trade. Its potential positive impact on world trade has to be tangible too. It is in this light that the accession clause of Article X.17 may be understood.⁴³ Guarantees that

⁴¹ As confirmed recently by the European Court of Justice in Case C-263/14 *Parliament v Council (Tanzania)*

⁴² As enshrined in Article 206 TFEU: ‘By establishing a customs union in accordance with Articles 28 to 32, the Union shall contribute, in the common interest, to the harmonious development of world trade, the progressive abolition of restrictions on international trade and on foreign direct investment, and the lowering of customs and other barriers.’

⁴³ See Note *Third countries accession to TTIP*.

it will not only comply with WTO rules, but also contribute to their development must indeed be considered.⁴⁴

Beyond the essential consistency between TTIP and the aims of the EU trade policy, the agreement should also be coherent with the other broad EU external objectives of Article 21(2) TEU. These objectives are enshrined in Article 21(2) TEU:

The Union shall define and pursue common policies and actions, and shall work for a high degree of cooperation in all fields of international relations, in order to:

(a) safeguard its values, fundamental interests, security, independence and integrity;

(b) consolidate and support democracy, the rule of law, human rights and the principles of international law;

(c) preserve peace, prevent conflicts and strengthen international security, in accordance with the purposes and principles of the United Nations Charter, with the principles of the Helsinki Final Act and with the aims of the Charter of Paris, including those relating to external borders;

(d) foster the sustainable economic, social and environmental development of developing countries, with the primary aim of eradicating poverty;

(e) encourage the integration of all countries into the world economy, including through the progressive abolition of restrictions on international trade;

(f) help develop international measures to preserve and improve the quality of the environment and the sustainable management of global natural resources, in order to ensure sustainable development;

(g) assist populations, countries and regions confronting natural or man-made disasters; and

(h) promote an international system based on stronger multilateral cooperation and good global governance.

⁴⁴ In view of the terms of Article 3(5) TEU according to which in its relations to the wider world, the EU should contribute inter alia to the strict observance and development of international law.

The Treaty of Lisbon has amalgamated all those objectives into one single article, mainstreaming them into the EU decision-making. The requirement of consistency also constraints the institutions involved to take into consideration the whole range of these EU objectives, and not only those that are related to trade. Thus, Article 205 TFUE foresees that ‘The Union's action on the international scene (...) shall be guided by the principles, pursue the objectives and be conducted in accordance with the general provisions laid down in Chapter 1 of Title V of the Treaty on European Union’, where Article 21 TEU is located. In the same vein, the last sentence of Article 207(1) TFEU stipulates that the common commercial policy, of which TTIP is part, at least partly, ‘shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action.’

Both the negotiation, conclusion and future implementation of TTIP therefore ought to be envisaged in this light. The agreement will be judged in consideration of its potential to deliver on trade and other public policy goals, as required by EU Treaties. One illustration would be the engagement that the EU would show in trying to involve third parties, in line with the accession clause. The role of the EP, and of national parliaments if the agreement is mixed, may be significant in monitoring such consistency in the period leading to the conclusion of the agreement. This is already visible in the context of the signature of the CETA agreement evoked above.

TTIP and the autonomy of the EU legal order

Even if based on EU conferred powers, respecting institutional balance, and consistent with its global objectives, EU external commitments like TTIP remain ultimately constrained by the requirement that the autonomy of the EU legal order be preserved. This is a particularly relevant principle in the case of TTIP given the parties intention to include a solid dispute settlement mechanism therein, notably in the field of investment,⁴⁵ and in view of the dispute revolving around the signature of CETA.

⁴⁵ L. Pantaleo, ‘Light and Shadows of the TTIP Investment Court System’, in L. Pantaleo, W. Douma and T. Takács (Eds.), *Tiptoeing to TTIP: What Kind of Agreement for What Kind of Partnership?*, CLEER Papers, 2016/1, pp. 77-92; A. Dimopoulos, ‘The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities’, *CMLRev.* 2014, pp. 1671–1720; H. Lenk, ‘An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive

The principle of autonomy is not new. The European Court of Justice has been developing it since its Opinion 1/76 on the *Laying up Fund*,⁴⁶ notably in relation to the possibility for an EU agreement to establish international organs, particularly dispute settlement mechanisms. The Court thus acknowledged that:

The Community is (...) not only entitled to enter into contractual relations with a third country in this connexion but also has the power, while observing the provisions of the Treaty, to cooperate with that country in setting up an appropriate organism such as the public international institution which it is proposed to establish (...). The Community may also, in this connexion, cooperate with a third country for the purpose of giving the organs of such an institution appropriate powers of decision and for the purpose of defining, in a manner appropriate to the objectives pursued, the nature, elaboration, implementation and effects of the provisions to be adopted within such a framework.

As regards international dispute settlement (IDS) mechanisms in particular, the Court considers that the participation of the Union is conceivable provided the *autonomy of the EU legal order* is preserved, a condition that in effect has led it to reject several international agreements on the ground that the IDS they established would be incompatible with the EU treaties.

One particular aspect of this autonomy is that the IDS cannot interpret or apply *EU* law. In acknowledging that the EU had the capacity to conclude agreements, it emphasised that the IDS is acceptable only if its jurisdiction is limited to the interpretation and application of the agreement that establishes it:

the competence of the European Union in the field of international relations and its capacity to conclude international agreements necessarily entail the power to submit itself to the decisions of a court which is created or designated by such agreements as regards the interpretation and application of *their* provisions (emphasis added)

Economic and Trade Agreement with Canada', *European Papers*, European Forum, 14 August 2016, pp. 1-13, C. Titi, 'The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead', in *Transnational Dispute Management*, 2016 (forthcoming).

⁴⁶ [1977] ECR 741 at para 5.

In particular, the international treaty and its IDS should not alter the distribution of powers within the EU, notably between the EU and the Member States. In *MOX Plant*, the Court underlined that ‘an international agreement cannot affect the allocation of responsibilities defined in the Treaties and, consequently, the autonomy of the Community legal system, compliance with which the Court ensures’,⁴⁷ even if it subsequently admitted that : ‘an international agreement may affect its own powers *provided that the indispensable conditions for safeguarding the essential character of those powers are satisfied and, consequently, there is no adverse effect on the autonomy of the European Union legal order*’ (emphasis added).⁴⁸

The scrupulous respect of the autonomy of the Union legal order also means, for the Court, the obligation for Member States to respect the *exclusivity of its jurisdiction* stipulated in Article 344 TFEU. This condition was understood broadly in Opinion 2/13 on the draft agreement on the EU accession to the European Convention on Human Rights, which the Court ultimately found incompatible with the EU treaties:⁴⁹

201. (...) an international agreement cannot affect the allocation of powers fixed by the Treaties or, consequently, the autonomy of the EU legal system, observance of which is ensured by the Court. That principle is notably enshrined in Article 344 TFEU, according to which Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein (...).

202. Furthermore, the obligation of Member States to have recourse to the procedures for settling disputes established by EU law – and, in particular, to respect the jurisdiction of the Court of Justice, which is a fundamental feature of the EU system – must be understood as a specific expression of Member States’ more general duty of loyalty resulting from Article 4(3) TEU (...), it being understood that, under that provision, the obligation is equally applicable to relations between Member States and the EU (emphasis added).

⁴⁷ Case C-459/03 *Commission v Ireland (MOX Plant)* ECLI:EU:C:2006:345.

⁴⁸ See Opinion 1/00 *ECAA*, ECLI:EU:C:2002:231, later confirmed in Opinion 1/09 *Unified Patent Court* ECLI:EU:C:2011:123.

⁴⁹ Opinion 2/13 *Accession by the Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, ECLI:EU:C:2014:2454.

It is indeed for the Court of Justice to determine the perimeter of that exclusive jurisdiction, based on the subject matter of the dispute.⁵⁰ As a complementary condition, the Court held in Opinion 1/09 that the EU (and Member State) participation in IDS cannot have the effect of diminishing the jurisdiction of Member States' courts and tribunals, as courts of the Union. For the Court they are 'the guardians of [the EU] legal order and the judicial system of the European Union', alongside the Court of Justice (...) the[ir] tasks (...) are indispensable to the preservation of the very nature of the law established by the Treaties'⁵¹.

In the light of such pronouncements, it may be asked whether there is much room for the EU to include the elaborate dispute settlement mechanism the parties have been evoking, particularly in the field of investment. It is still unclear if the European Court of Justice will address the question of compatibility of the investment court with the EU treaties in its pending Opinion on the Singapore agreement.

Final observations

TTIP is the product of the post-Lisbon system of EU external relations governed by at least four structural imperatives: conferral, institutional balance, consistency and autonomy. The operation of each of these principles alone, and in combination constrain the way in which TTIP is to be negotiated and concluded, and later implemented by the EU (and its Member States). They also influence its content and potential development.

While the Treaty of Lisbon has reinforced EU trade competence to conclude agreements such as TTIP, other principles may well make the exercise of such competence challenging. While the principle of autonomy could circumscribe the powers of its institutional system, TTIP also has to encapsulate an adequate balance between trade objectives and other increasingly demanding objectives of EU external action. This balance is scrutinised by the EP, but also at the level of Member States.

⁵⁰ See *MOX Plant*, op. cit.

⁵¹ Opinion 1/09 *Unified Patent Court* ECLI:EU:C:2011:123, para 66 and 85.

Delrapport II: Investeringsbeskyttelse og investor-stat tvisteløsning i TTIP – implikasjoner for Norge

1. Innledning

Kapittelet om beskyttelse av investeringer, og særlig den såkalte investor-stat tvisteløsningsmekanismen (ISDS), er et av de mest kontroversielle områdene under TTIP-forhandlingene.

Hverken beskyttelse av investeringer eller ISDS er som sådan noe nytt i internasjonal rett. Under alminnelig folkerett kan en hjemstat utøve *diplomatisk beskyttelse* ved ulike former for inngrep mot egne borgeres kapital og eiendom i andre land. I dag er det likevel mer vanlig å basere beskyttelse av investeringer på såkalte bilaterale investeringstraktater (BITs). Et av de vanlige elementene i BITs er at de gir individuelle investorer fra en stat (hjemstaten) rett til selv å fremme sine krav mot den andre staten (vertsstaten) for et internasjonalt tribunal – altså investor-stat tvisteløsning eller ISDS («Investor-State Dispute Settlement»). Slike traktater har vært inngått siden slutten av 50-tallet og globalt finnes det i dag noe i overkant av 3000 av dem. Omkring 1400 er inngått av eller mellom ulike EU-land.

Den såkalte investor-stat tvisteløsningsmekanismen – ISDS som vi finner i disse traktatene gjør at krav fra utenlandske investorer i praksis kan løftes ut av vertsstatens nasjonale rett, og inn i en alternativ rettsorden konstituert av den aktuelle investeringstraktaten samt et felles globalt voldgiftsregime som i stor grad bygger på et multilateralt rammeverk. I dag er det vanlig at det benyttes en voldgiftsordning, hvor tribunalene oppnevnes ad hoc i den enkelte sak uten at det er nødvendig med forutgående behandling av en sak for nasjonale domstoler. En dom kan heller normalt ikke ankes. Et av de viktigste aspektene av ordningen er videre at en dom i vid utstrekning kan håndheves mot en tapende stat under andre staters interne rett på samme måte som en kommersiell voldgiftsdom. Dette gjør ordningen til en effektiv håndhevingsmekanisme.

Det finnes allerede en omfattende voldgiftspraksis under slike ordninger i ulike investeringstraktater – flere enn 700 kjente saker.⁵² Blant disse finner vi også enkelte høyprofilerte saker, slik som det svenske energiselskapet Vattenfalls søksmål mot Tyskland under Energichartertraktaten, i forbindelse med Tysklands utfasing av atomkraft etter atomkraftulykken i Japan, og tobakkgiganten Philip Morris' søksmål mot Australia, i forbindelse med sistnevntes regulering av salg og markedsføring av tobakksprodukter. Vattenfall-saken pågår fortsatt, men Vattenfall har også tidligere hatt en sak mot Tyskland som ble forlikt med et erstatningsbeløp. Philip Morris' krav mot Australia ble nylig avvist uten realitetsbehandling. Philip Morris har imidlertid også hatt gående en lignende sak mot Uruguay, som nylig ble realitetsavgjort med tap for Philip Morris. Disse sakene og mange andre har bidratt til sterkere årvåkenhet om «retten til å regulere» under ISDS. Sakene aktualiserer noe av det som er mest kontroversielt med ISDS, nemlig at det gir utenlandske selskaper mulighet til å saksøke myndighetene i en stat når de utsettes for regulering som skader virksomheten. Selv om et krav ikke nødvendigvis fører frem, har det også vært hevdet at selve adgangen til å fremme krav kan virke avskrekkende på legitime reguleringer («regulatory chill»).

BITs er formelt gjensidige men i sin virkning likevel tradisjonelt asymmetriske, siden de gjerne har vært inngått mellom land som (i sin interne relasjon) er henholdsvis (primært) kapitaleksporterende og (primært) kapitalimporterende. Typisk har i-land inngått slike avtaler med u-land. De siste 15-20 år har man likevel sett tendenser til at dette endrer seg. Flere tradisjonelle u-land og «fremvoksende økonomier» som Kina, Russland og India inngår nå også investeringstraktater for å beskytte sine utgående investeringer. Og regler om investeringsbeskyttelse har i noen tilfeller blitt inkludert i mer omfattende frihandelsavtaler som også gjelder mellom i-land. Viktige eksempler er NAFTA og Energicharter-traktaten. Men fortsatt er det sjeldent at i-land inngår slike avtaler med hverandre. Forhandlingene om investeringer under TTIP, samt EUs handelsavtale med Canada (CETA), og USAs avtale med landene i stillehavsregionen (TPP), der man allerede har regler om investeringer, kan slik sett bety at vi er på vei mot et globalt investeringsregime som i økende grad også gjelder mellom i-land. Her finner vi antagelig noe av hovedgrunnen til at dette

⁵² UNCTAD har p.t. registrert totalt 739 kjente saker, se <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

nå har blitt så kontroversielt, selv om BITs og ISDS har vært en levende virkelighet i mer enn 25 år.⁵³

På grunn av avtalenes asymmetriske karakter har andelen søksmål mot tradisjonelt «vestlige» EU-land hittil vært lav. Av alle saker var cirka 1/3 rettet mot land i Nord- og Sør-Amerika, og rundt 1/3 mot land i Øst- og Sentral-Europa (for eksempel Tsjekia, Russland og Polen). I EU er også Spania høyt på listen, men hovedsakelig på grunn av en rekke saker anlagt etter utfasing av en støtteordning for solenergi.⁵⁴ De resterende er i all hovedsak saker mot land i Asia og Afrika.

En konsekvens av å inkludere ISDS i traktater som TTIP, CETA og TPP er at man i større omfang enn hittil må regne med søksmål mot i-land, herunder EU og de ulike EU-landene. Canadas erfaringer kan være illustrerende. Canada er et av de landene som har fått flest ISDS-søksmål mot seg, på grunnlag av amerikanske selskapers adgang til slik tvisteløsning under NAFTA siden 1994. Canada er ifølge UNCTADs statistikk blant de 10 landene som har fått flest ISDS-søksmål mot seg, på grunnlag av amerikanske selskapers adgang til slik tvisteløsning under NAFTA.⁵⁵ Selskaper i USA er også på topp når det gjelder slike søksmål; ifølge UNCTADs statistikk var 145 saker initiert av selskaper fra USA.

Forhandlingene om å inkludere ISDS i både CETA og TTIP må ses i lys av EUs felles investeringspolitikk, forankret i Lisboa-traktaten. I EUs investeringspolitikk går det et markant skille mellom EU-interne og EU-eksterne investeringstraktater. Et rådende synspunkt synes å være at ISDS både er unødvendig og problematisk i relasjoner mellom EU-land. Samtidig anerkjennes behovet for EU-eksterne BITs med ISDS. Forhandlingene om ISDS under TTIP er en del av dette. Samtidig kan også skillet mellom det EU-interne og EU-eksterne perspektivet bidra til at ISDS i en avtale med USA blir kontroversielt, siden det innebærer at amerikanske investorer i EU får adgang til en mekanisme som i et EU-internt perspektiv anses problematisk og antagelig er under utfasing.

⁵³ De første investeringstraktatene med ISDS går helt tilbake til slutten av 60-tallet, men vi må helt frem til 1990 før mekanismen faktisk ble benyttet (*AAPL v. Sri Lanka*, 4 ICSID Reports s. 246).

⁵⁴ Tall basert på <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Av 739 saker var 244 rettet mot land i Nord-, Sør- og Mellom-Amerika, og 255 var rettet mot land i Sentral- og Øst-Europa og på Balkan.

⁵⁵ UNCTAD har registrert 26 saker mot Canada. I følge canadiske myndigheter har imidlertid Canada blitt saksøkt i alt 38 ganger under NAFTA, hvorav 13 avsluttede og 9 pågående saker (de resterende er enten trukket eller inaktive) se <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=eng>

Det har imidlertid lenge også vært hevdet at den eksisterende voldgiftsordningen har problematiske aspekter og befinner seg i en «legitimitetskrise». Mye av kritikken knytter seg til den eksisterende voldgiftsordningens røtter i systemet for internasjonal kommersiell voldgift, som primært er ment for tvisteløsning i internasjonale kontraktsforhold. EU-kommisjonen har blant annet som følge av dette foreslått en reformert mekanisme for investor-stat tvisteløsning under TTIP, basert på en permanent domstolsordning med en ankeinstans. En slik ordning er allerede blitt inkludert i EUs avtale med Canada – CETA. På den amerikanske siden av forhandlingsbordet synes ikke skepsisen mot den eksisterende voldgiftsordningen å stå like sterkt, og mye kan tyde på at de amerikanske forhandlerne ønsker seg en modernisert voldgiftsordning nokså lik den som nylig er gjort til en del av TPP, som vi kommer tilbake til nedenfor. Dette kan ha sammenheng med at USA allerede er godt kjent med søksmål under den tilsvarende mekanismen som finnes i NAFTA, og at USA ennå aldri har tapt en sak. Det har likevel vært uttrykt politisk skepsis mot slik tvisteløsning fra begge sider i den pågående presidentvalgekampen i USA, noe som gjør at det ikke er utelukket at man kan se bevegelser i forhandlingsposisjonen også på amerikansk side.

Mange av de samme problemstillingene og bekymringene som har vært reist internt i EU, om at ISDS innebærer særrettigheter til utenlandske investorer som begrenser myndighetenes handlingsrom og reguleringsfrihet, gjør seg også gjeldende i en norsk kontekst. For Norge reiser en eventuell tilslutning til et ISDS-regime under TTIP også konstitusjonelle problemstillinger, siden det lenge har vært en oppfatning her i landet om at BITs med voldgiftsmekanismer har grunnlovsmessige betenkeligheter.

I det følgende skal vi først skissere nærmere hvordan regler om investeringer og en ordning med investor-stat tvisteløsning under TTIP vil kunne komme til å se ut (punkt 2). Vi skal også forsøke å si noe om hvilke konsekvenser det vil kunne ha for Norge å stå utenfor et slikt investeringsregime mellom EU og USA (punkt 3). Basert på praksis under eksisterende investeringstraktater er deretter hovedsiktemålet å si noe om innholdet og rekkevidden av de mest sannsynlige elementene i et investeringsregime, og med det, virkningene for intern myndighetsutøvelse av en eventuell norsk tilslutning (punkt 4). Endelig skal vi også peke på de mulige konstitusjonelle problemstillinger norsk tilslutning til et slikt regime reiser (punkt 5). Til slutt gir vi en sammenfatning av de ovenstående punktene, som også inngår som bidrag til hovedrapporten *TTIP og Norge: Virkninger og handlingsvalg* (punkt 6).

2. Hvordan vil en regulering av investeringer under TTIP mest sannsynlig se ut?

Det er foreløpig usikkert både om en ferdig avtale vil inneholde et kapittel om investeringer og hvordan dette vil se ut. Det er imidlertid mulig å danne seg et ganske godt inntrykk av de mest sannsynlige elementer i et slikt kapittel. Særlig EUs forhandlingsutkast til et slikt kapittel som ble publisert 12. november 2015, samt EUs ferdigforhandlede avtale med Canada (CETA) og den ferdig forhandlede TPP-avtalen mellom USA og landene rundt Stillehavet, kan gi gode indikasjoner på hvordan et investeringsregime under TTIP mest sannsynlig vil se ut.

Alle disse bygger på enkelte grunnelementer fra BITs, hvorav de to viktigste er tvisteløsningsmekanismen, som gir enkeltinvestorer adgang til å fremme krav under traktaten direkte for et internasjonalt tribunal, og et sett vanlige materielle beskyttelsesstandarder som gjennom omfattende voldgiftspraksis har fått et nokså definert innhold. Det er all mulig grunn til å tro at investeringsregimet under TTIP vil ha en fundamentalt sett tilsvarende struktur.

Tvisteløsning

Voldgiftsmekanismen i BITs bygger normalt på en av to internasjonale konvensjoner; den såkalte ICSID-konvensjonen fra 1965, eller New York-konvensjonen fra 1958. Mens ICSID-konvensjonen etablerer en spesialisert tvisteløsningsprosess for «investeringstvister», som forvaltes av et eget sekretariat under verdensbanken (ICSID – «International Center for Settlement of Investment Disputes»), er New York-konvensjonen basisen for det alminnelige systemet for internasjonal kommersiell voldgift.

Hovedpoenget under begge konvensjoner er som nevnt innledningsvis at en voldgiftsdom kan håndheves mot vertsstaten under andre lands nasjonale rettssystemer. Det vil for eksempel si at en investor kan ta beslag i eiendom, eiendeler og bankkonti vertsstaten har i andre land. Den viktigste begrensningen på slik håndheving vil være at visse eiendeler og eiendommer av særlig offentlig karakter, slik som ambassader, krigsskip mv, vil være underlagt immunitet. Slik håndheving forutsetter at voldgiftsdommen gis internrettslig virkning i håndhevingsstaten. Kravet under ICSID-konvensjonen er at en voldgiftsdom uten unntak skal anerkjennes og håndheves på samme

måte som en endelig dom fra landets egne domstoler, mens kravet til internrettslig anerkjennelse og håndheving under New York-konvensjonen er undergitt visse definerte og begrensede unntak.⁵⁶ Et viktig poeng er at denne forutsatte internrettslige virkningen ikke primært er adressert mot staten som er part i voldgiften, men mot andre stater, nettopp utfra hensynet til å etablere en håndhevingsprosedyre som er effektiv også mot en uvillig stat.

Karakteristisk for voldgift er videre at tribunalet oppnevnes ad hoc av partene i den enkelte sak, i henhold til en spesifisert oppnevningsprosedyre. Normalt oppnevnes det tre dommere, slik at hver part oppnevner en dommer og de to partsoppnevnte dommerne i fellesskap oppnevner en formann. En voldgiftsdom kan ikke ankes, og normalt er det heller ikke noe krav om at nasjonale rettsmidler er uttømt før en sak tas til voldgift. Voldgift fungerer slik sett i stor grad som et mulig alternativ til nasjonal domstolsbehandling av krav en investor måtte ha mot vertsstaten.

Det er ikke umulig men likevel forholdsvis usannsynlig at et investeringsregime under TTIP ikke vil inkludere en slik mekanisme for investor-stat tvisteløsning. Uten ISDS vil andre regler om investeringsbeskyttelse ha liten praktisk betydning, og det vil nok også bli ansett som et betydelig tilbakeslag for begge parter å etablere et investeringsregime uten en effektiv tvisteløsningsmekanisme. Hvordan mekanismen til slutt kommer til å se ut er imidlertid usikkert. EU har i sitt forhandlingsutkast foreslått en permanent domstolsordning med en ankeinstans som erstatning for den voldgiftsordningen som i dag er vanlig i BITs. En lignende ordning er gjort til en del av både CETA og EUs nylig forhandlede frihandelsavtale med Vietnam. Samtidig bygger TPP på en mer tradisjonell, om enn noe modernisert, voldgiftsordning. Det er antagelig nokså sterke motforestillinger i USA mot å gå inn på en særordning med EU. En alternativ mulighet kunne være en multilateral domstolsordning løsrevet fra TTIP, som både eksisterende BITs og andre multilaterale avtaler som TTIP, TPP og CETA kan knytte seg opp til. En slik ordning kan imidlertid vanskelig avtales mellom USA og EU alene, så det man i så fall kan se for seg er en eller annen form for enighet om dette som en felles målsetning.

EUs foreslåtte domstolsordning bygger som sagt på en to-instansordning, som i noen grad virker å være inspirert av

⁵⁶ De grunnene som under New York-konvensjonen kan rettfærdiggjøre manglende håndheving er under ICSID-konvensjonen undergitt en egen annulleringsprosedyre, jfr. art. 52.

tvisteløsningsmekanismen under WTO. Første instans skal bestå av 15 dommere, som man ser for seg skal dømme på roterende basis i paneler («divisions») på tre. Dommerne skal utnevnes for en periode på seks år av den såkalte Joint Committee, bestående av representanter for myndighetene i EU og USA, der fem av dommerne skal være borgere av EU-land, fem fra USA og fem fra tredjeland. Hvert panel skal igjen bestå av én dommer fra hver av disse kategoriene. Det forutsettes videre oppnevnt en ankeinstans («Appeal Tribunal»), bestående av seks medlemmer (hvorav to fra EU, to fra USA, og to fra tredjeland), som igjen skal dømme i paneler på tre på roterende basis.

Et ytterligere innovativt element i forslaget er etiske regler, som skal sikre dommernes uavhengighet. Blant annet forutsettes at personer som oppnevnes som dommere ikke kan fungere som advokater i saker under investeringsavtaler, noe som er ganske vanlig i dag. Videre inkluderer forslaget omfattende krav til offentlighet og innsyn. Dette finner vi også i TPP, og det er dermed god grunn til å tro at slike krav vil bli en del av en eventuell tvisteløsningsmekanisme under TTIP.

Både EUs forslag og voldgiftsordningen under TPP forutsetter at ISDS er begrenset til investorers krav basert på definerte standarder i investeringskapittelet. Brudd på andre bestemmelser i avtalen, for eksempel om handelsliberalisering, gir således ikke grunnlag for å påberope ISDS. En investor vil heller ikke kunne gå til ISDS med krav som utelukkende er basert på nasjonal rett. Man kan gå utfra at dette også vil være en uttrykkelig begrensning i TTIP. Et mulig unntak som vi finner i TPP er krav som gjelder brudd på en «investeringskontrakt» eller «investeringsautorisasjon».⁵⁷

EUs forslag innebærer at ankeinstansen vil ha en mer begrenset kompetanse enn tribunalene i første instans. En anke må gjelde enten feil rettsanvendelse, at førsteinstansen har «manifestly erred in the appreciation of the facts», eller at det for øvrig foreligger noen av de nærmere angitte saksbehandlingsfeil som også tidligere har gitt grunnlag for overprøving under ICSID-konvensjonen art 52. Den primære begrensningen av ankeinstansens kompetanse ligger følgelig i at uenighet om faktum som utgangspunkt ikke er en ankegrunn. Overprøving krever i så fall at ankeinstansen finner at det foreligger en åpenbar («manifest») feilvurdering.

⁵⁷ Den foreslåtte «paraplyklausulen» i EUs utkast vil i noen grad ha samme funksjon, jfr. mer om denne nedenfor i punkt 2.2 og 4.4.

Forslaget krever ikke at nasjonale rettsmidler er uttømt før et krav bringes internasjonalt. Derimot stilles det som vilkår at en investor både må avbryte en påbegynt sak, og gi endelig avkall på adgangen til fremtidige søksmål, når det gjelder krav med samme faktiske grunnlag for nasjonale domstoler. Et slikt vilkår finnes også i TPP. Formålet er å forhindre parallelle søksmål i samme sak. En investor står fritt til å uttømme nasjonale rettsmidler først og deretter gå til sak internasjonalt. Men hvis investoren går direkte til internasjonal tvisteløsning innebærer vilkåret at han gir avkall på sine mulige krav under nasjonal rett. Vilkaåret kan dermed i praksis også virke som et insentiv for å uttømme nasjonale rettsmidler, siden spekteret av mulige grunnlag for et krav normalt vil være større under nasjonal rett enn under traktaten.

Når det gjelder den øvrige prosessen innebærer ikke EUs forslag noen total løsrivelse fra det eksisterende voldgiftssystemet. Forutsetningen er derimot at prosessen i utgangspunktet skal være basert på enten ICSID-konvensjonen eller New York-konvensjonen. Betydningen av dette er blant annet at en dom («award») forutsettes å skulle kunne anses som en voldgiftsdom for håndhevingsformål; med andre ord at den skal kunne håndheves under andre lands nasjonale rett – det vil si også tredjeland. At denne henvisningen til de to voldgiftskonvensjonene er gyldig og bindende for tredjeland er imidlertid ikke helt opplagt, og reiser visse problemstillinger under henholdsvis ICSID-konvensjonen og New York-konvensjonen som ikke skal følges videre her.

Materielle beskyttelsesstandarder

Det er all grunn til å tro at den materielle beskyttelsen av investeringer under TTIP vil bygge på alminnelige standarder som allerede er kjent fra BITs. Dette er standarder som i stor grad har røtter i folkerettslig sedvanerett, og som har fått et mer definert innhold gjennom en etter hvert omfattende voldgiftspraksis. Samtidig tyder både EUs utkast og bestemmelser i TPP på at investeringskapittelet i TTIP vil inneholde viktige presiseringer av flere av de mest sentrale standardene, samt uttrykkelige unntak for ulike reguleringsformål.

De viktigste standardene man kan forvente å finne i avtalen er de følgende:

(i) Retten til erstatning ved ekspropriasjon. I praksis tolkes denne slik at også reguleringer og andre former for myndighetsutøvelse som har de samme virkninger som ekspropriasjon (indirekte ekspropriasjon) gir krav på erstatning, for eksempel slik at en

regulering som gjør at en investering mister alt eller det vesentlige av sin verdi kan utløse et krav om erstatning mot staten. Ekspropriasjonsbestemmelsene i både EUs forhandlingsutkast og TPP fastslår uttrykkelig at generelle reguleringer for offentlige formål ikke skal anses som indirekte ekspropriasjon unntatt i «sjeldne tilfeller». Langt på vei reflekterer imidlertid presiseringene av standarden her prinsipper som allerede er utviklet og godt etablert i voldgiftspraksis.

(ii) Rett til rettferdig og rimelig behandling («fair and equitable treatment»). Denne standarden har sine røtter i den såkalte folkerettslige «minimumsstandard» men har i voldgiftspraksis blitt gitt en dynamisk fortolkning som blant annet inkluderer et krav om beskyttelse av berettigete forventninger. Både EUs forhandlingsutkast og CETA oppstiller her en mer begrenset, presis og detaljert angivelse av innholdet i standarden, som er ment å gi mindre rom for tolkningskjønn. Formuleringen av standarden i TPP er derimot mer generell, men knyttet opp mot den folkerettslige minimumsstandard, noe som tilsier at også den skal undergis en konservativ fortolkning.

(iii) Rett til full beskyttelse og sikkerhet («full protection and security»). Denne standarden er også forankret i den folkerettslige minimumsstandard og beskytter grunnleggende sett mot det man gjerne kaller rettsfornektelse («denial of justice»), herunder stiller den krav om grunnleggende politi- og rettsbeskyttelse i vertsstaten. Både EUs forhandlingsutkast og TPP inneholder en slik standard med nokså tradisjonell formulering.

(iv) Rett til nasjonal behandling («national treatment»). Også denne standarden har røtter i et alminnelig folkerettslig forbud mot diskriminering av utlendinger, som i alle fall har en viss forankring i folkerettslig sedvanerett. Den innebærer primært et krav til *saklig grunn* for å kunne forskjellsbehandle utenlandske investorer og deres investeringer i vertsstaten. Både CETA og TPP har ganske likelydende tradisjonelle bestemmelser om nasjonal behandling, som det dermed er all mulig grunn til å tro vil bli inkludert også i TTIP.

(v) Rett til bestevilkårsbehandling («most favoured nation treatment» eller «MFN-klausuler»). Selv om standarden ikke reflekterer noe alminnelig folkerettslig prinsipp, inneholder de fleste investeringstraktater en slik bestemmelse, som innebærer at en investor vil kunne påberope seg de beste vilkår i traktater vertsstaten har inngått med andre stater. Også her er formålet å beskytte mot diskriminering, men i forhold til andre utlendinger. Både CETA og TPP har også her ganske likelydende tradisjonelle bestemmelser, som man dermed kan anta også vil bli inkludert i TTIP.

(vi) Retten til fri overføring (inn- og utføring) av kapital. Formålet med slike bestemmelser er primært å sikre at en investor har adgang til å overføre investert kapital og utbytte fra investeringer fra vertsstaten. I både TPP og CETA er det oppstilt en rekke nokså samsvarende og uttrykkelige unntak fra denne retten, blant annet for konkurs og insolvenslovgivning, finans- og verdipapirlovgivning og annen straffe-, forvaltnings- og velferdslovgivning.

(vii) Plikt til å overholde «forpliktelser»/paraplyklausul («umbrella clause»). Mange men på langt nær alle investeringstraktater inneholder en forpliktelse til å respektere kontraktsrettslige forpliktelser og andre løfter og garantier staten avgir til en investor. EUs forhandlingsutkast i TTIP-forhandlingene inkluderer en eksplisitt paraplyklausul, som riktignok er noe mer restriktivt formulert enn det har vært vanlig i BITs. I TPP finner vi ingen eksplisitt paraplyklausul, men i praksis vil langt på vei den samme virkningen følge av bestemmelsen der om at brudd på en «investment agreement» gir adgang til ISDS. Det er derfor ikke usannsynlig at et investeringsregime under TTIP vil inneholde en eller annen form for paraplyklausul.

I mange investeringstraktater finner man i tillegg til de vanlige materielle standardene som er nevnt over ofte bestemmelser som forbyr blant annet krav til bruk av lokale ressurser (local content) og restriksjoner på nøkkelpersonell (key personnel). TPP inneholder slike bestemmelser. (Man finner dem også i regjeringens utkast til en norsk modellavtale for investeringer.) Det er ikke usannsynlig men heller ikke opplagt at slike bestemmelser vil inkluderes i TTIP. EUs forhandlingsutkast til investeringskapittelet inkluderer foreløpig ingen slike bestemmelser.

I tillegg til materielle standarder er det trolig at TTIP vil inneholde flere uttrykkelige unntak for bestemte offentlige reguleringer og tiltak enn det som har vært vanlig i BITs. Dette har vært sterkt fremhevet av EU som viktig for å oppnå en mer balansert investeringsbeskyttelse. EU-kommisjonens forslag inneholder en helt generell bestemmelse som slår fast at bestemmelsene om investeringsbeskyttelse ikke skal innskrenke statenes rett til å regulere på sitt territorium, og at ingenting i avtalen skal fortolkes som et forbud mot regulatoriske endringer som skader investeringer. Hvor stor praktisk betydning en slik bestemmelse vil få er imidlertid usikkert. Bestemmelsen bærer i noen grad preg av å være en fanebestemmelse og utgjør primært en forankring av hensyn som uansett vil måtte tas i betraktning ved fortolkningen av de konkrete bestemmelsene i avtalen, og som allerede er godt forankret i voldgiftspraksis under eksisterende BITs. Av større betydning vil det være hvis den ferdig forhandlede avtalen inneholder mer konkrete

unntak for visse typer av reguleringer og tiltak, slik som statsgjeld, skatt, forsvar og sikkerhet og finans- og pengepolitiske tiltak. Dette finner man både i TPP og CETA. Også her knytter det seg imidlertid en viss usikkerhet til rekkevidden av slike unntak. Det er ikke usannsynlig at de relevante tribunalene vil forsøke å tolke slike unntak på en måte som gjør at de ikke griper inn i det som anses som kjernen av de materielle standardene.

3. Norges situasjon

Norge har i dag inngått 14 bilaterale investeringstraktater.⁵⁸ I tillegg er det bestemmelser om investeringsbeskyttelse i EFTAs frihandelsavtaler med Singapore (2002) og Ukraina (2012), men uten direkte adgang til investor-stat voldgift. Fire av investeringstraktatene Norge har inngått (Madagaskar, Kina, Polen og Ungarn) gir heller ikke full adgang til investor-stat voldgift. Norge har dermed kun inngått 10 traktater som er naturlig å karakterisere som fullverdige BITs med ISDS. Dette er betydelig færre enn de fleste «vestlige» EU-land. Sverige har inngått 74 bilaterale investeringstraktater, mens Danmark har inngått 58. Sentrale EU-land som Nederland, Tyskland, Storbritannia og Frankrike har alle inngått over 100 BITs hver.

Som utgangspunkt må det antas at primærformålet for Norge med å inngå investeringstraktater vil være å sørge for at investeringer gjort av norske selskaper er beskyttet i andre land. For attraktiviteten til Norge som investeringsland vil antagelig investeringstraktater ha mindre betydning. I likhet med de fleste andre vest-europeiske land har Norge et godt utviklet rettssystem, som for de fleste potensielle utenlandske investorer i Norge vil anses å gi tilstrekkelig rettssikkerhet.

Et ISDS-regime som inkluderer nyere EU-land vil nok kunne ha en viss interesse for norske investorer. Som vi er inne på andre steder i denne rapporten kan man se for seg ulike scenarier, men mest sannsynlig vil en norsk tilslutning til TTIP skje gjennom EU, slik at Norge som EØS-medlem blir behandlet som et assosiert EU-medlem. Det synes klart at TTIP ikke vil gjelde mellom EU-landene internt, men kun bilateralt, mellom EU og USA, samt USA og de enkelte EU-landene. En norsk tilslutning til et ISDS-regime under TTIP vil dermed mest

⁵⁸ Traktatene er inngått med følgende land: Chile (1993), Madagaskar (1966), Slovakia (1991), Estland (1992), Peru (1995), Sri Lanka (1985), Kina (1984), Polen (1990), Tsjekkia (1991), Latvia (1992), Romania (1991), Ungarn (1991), Litauen (1992) og Russland (1995).

sannsynlig for Norges del ikke medføre at regimet blir gjeldende i Norges «interne» relasjon til EU gjennom EØS. Det vil kun virke bilateralt overfor USA. På samme måte som internt i EU vil det sannsynligvis være i strid med EØS-avtalens likebehandlingsprinsipp om Norge etablerer investeringstraktater med utvalgte EU-land.

For investeringsregimet betyr dette at investeringsbeskyttelsen under TTIP vil gjelde bilateralt mellom Norge og USA – altså for norske selskaper i USA, og amerikanske selskaper i Norge. Konsekvensen av at Norge står utenfor vil dermed være at norske selskaper og investorer i USA ikke får adgang til den samme investeringsbeskyttelsen som selskaper og investorer fra EU-land (og andre land USA har tilsvarende avtaler med), mens amerikanske selskaper og investorer i Norge ikke har tilgang til den samme investeringsbeskyttelsen som når de etablerer seg i EU.

Utfra det som normalt vil være Norges formål med og interesse i å inngå investeringstraktater, som nevnt over, vil det antagelig isolert sett ikke ha dramatiske konsekvenser for Norge å stå utenfor et investeringsregime under TTIP. For de fleste *amerikanske investorer i Norge* er det grunn til å tro at Norges attraktivitet som investeringsland i liten grad avhenger av om Norge er del av et slikt regime. Det kan selvfølgelig ikke utelukkes at internasjonal investeringsbeskyttelse en gang i fremtiden blir en så selvfølgelig del av selskapers investeringsunivers at manglende norsk deltagelse i et slikt regime vil fremstå uheldig for Norges attraktivitet som investeringsland, men vi er ikke der i dag. Når det gjelder *norske investorer i USA* vil de for alle praktiske formål ha den samme adgang til amerikanske domstoler som amerikanske investorer. Det kan selvfølgelig ikke utelukkes at norske investorer i enkeltsaker vil kunne dra fordel av å benytte seg av internasjonal tvisteløsning mot den amerikanske staten, men i utgangspunktet er det ingenting ved det amerikanske rettsystemet som tilsier at ytterligere internasjonal rettsbeskyttelse av norske investeringer i USA fremstår som et særlig påtrengende behov.⁵⁹

⁵⁹ Det kan riktignok være grunn til å bemerke at til forskjell fra mange bilaterale investeringstraktater vil antagelig TTIP ha bestemmelser som gjør at norske selskaper vil være effektivt avskåret fra å skaffe seg investeringsbeskyttelse gjennom å opprette datterselskap i EU-land. Både EU-kommisjonens forslag og TPP inneholder en såkalt «denial of benefits»-klausul, som begrenser adgangen for selskaper som er kontrollert av investorer fra tredjestater til å påberope investeringsbeskyttelse under avtalen. I den grad manglende adgang til investeringsbeskyttelsesregimet under TTIP skulle utgjøre en reell

Selv om de grunnene som er pekt på over kan tilsi at det ikke er maktpåliggende for Norge å delta i et investeringsregime under TTIP, er det usannsynlig at Norge kan unndra seg denne delen av avtalen dersom norsk tilslutning av andre grunner skulle fremstå ønskelig og aktuelt. I den grad det blir et investeringskapittel under TTIP vil dette dermed antagelig bli en del av «pakken» man må godta ved å slutte seg til. I neste avsnitt ser vi nærmere på de negative eller inngripende konsekvensene tilslutning til et investeringsregime vil kunne ha for intern myndighetsutøvelse.

4. Internrettslige virkninger av tilslutning til et investeringsregime under TTIP

Den primære betenkeligheten ved å inngå i et investeringsregime under TTIP er at avtalen potensielt kan gripe inn i det handlingsrommet norske myndigheter i utgangspunktet har under norsk rett.

Med unntak for voldgiftsmekanismen vil antagelig ikke investeringsreglene forutsette noen form for internrettslig gjennomføring i de enkelte medlemsstatene. Normalt forutsettes det ikke noen internrettslig gjennomføring av de enkelte materielle standardene i en investeringstraktat. Formålet med traktatene er å etablere rettigheter for individuelle investorer på folkerettslig nivå, som ikke primært skal håndheves under intern rett men gjennom en egen tvisteløsningsmekanisme i traktatene. Dette er også systemet partene synes å bygge på i TTIP-forhandlingene.

De materielle standardene vil imidlertid ha indirekte internrettslige virkninger, gjennom at det legges folkerettslige begrensninger på myndighetsutøvelsen overfor utenlandske investorer under intern rett. Man kan dermed si at de folkerettslige forpliktelsene indirekte begrenser myndighetenes internrettslige handlingsrom. I det følgende skal vi se nærmere på de materielle standardene som etter vår mening går lengst i så måte. Her er det særlig myndighetenes adgang til å regulere økonomisk virksomhet av hensyn til offentlige hensyn og

konkurransulempe for norske selskaper er det dermed få alternativer til norsk tilslutning.

interesser, herunder å treffe nødvendige tiltak i enkeltstående tilfeller, som fremstår som statens sentrale «defensive» og legitime interesse i å opprettholde et slikt handlingsrom.

Hele formålet med et beskyttelsesregime for investeringer er i en viss forstand naturligvis å begrense statenes frihet til å behandle utenlandske investeringer etter eget forgodtbefinnende, og slik sett nettopp å binde opp statenes handlingsrom. Her er det imidlertid viktig å se dette i lys av at begrensning av statlig myndighet også er en selvsagt del av et konstitusjonelt, demokratisk system. En forpliktelse til å sørge for grunnleggende rettsbeskyttelse gjennom tilgang til domstoler, rettfærdige rettergangsordninger og et upartisk politivesen er slik sett ikke naturlig å se på som noe *inngrep* i statens handlingsrom. Dette er grunnleggende rettsikkerhetsgarantier og minstekrav til statlig myndighetsutøvelse som også er en selvsagt del av norsk rett.

Også adgangen til å regulere og treffe nødvendige tiltak for å sikre offentlige interesser er, i både det norske og alle andre utviklede lands rettssystemer, undergitt lignende begrensninger ut fra hensynet til å beskytte individuelle, økonomiske interesser. Heller ikke her er det naturlig å anse det som noe *inngrep* i statens handlingsrom at staten påtar seg en internasjonal forpliktelse til å respektere standarder for legitim myndighetsutøvelse overfor økonomiske interesser, som allerede i det alt vesentlige er i samsvar med grunnleggende rettsikkerhetsstandarder anerkjent i norsk, intern rett.

Samtidig er det i praksis ikke uten betydning at pådømmelsen av slike standarder overlates til internasjonale tribunaler. Rent faktisk vil dette i seg selv kunne ses som en form for begrensning av myndighetens handlingsrom, siden trusselen om internasjonale søksmål kan fremstå mer betydningsfull enn muligheten for overprøving ved nasjonale domstoler, noe som kan få en avskrekkende og preventiv effekt for ellers legitime regulatoriske tiltak («regulatory chill»). Her vil det ha betydning hvor sikkert og forutsigbart innholdet i de aktuelle rettslige standardene er. Standarder som er vage og generelle og overlater stor grad av skjønn til de internasjonale tribunalene vil være mere reelt inngripende og slik sett mer problematiske enn standarder med et avklart innhold.

Spørsmålet er altså både om et investeringsregime under TTIP vil inneholde standarder som går lenger i å beskytte økonomiske interesser mot statlige reguleringer og tiltak enn det som følger av norsk rett, og hvor avklart innholdet i de aktuelle standardene er. I det følgende skal vi se nærmere på tre av de vanligste standardene i

investeringstraktater som særlig kan ramme regulatoriske tiltak; forbudet mot ekspropriasjon uten erstatning (avsnitt 4.1), kravet til rettferdig og rimelig behandling (avsnitt 4.2), og kravet til såkalt nasjonal behandling (avsnitt 4.3). Vi skal også peke på noen mer spesielle materielle bestemmelser som kan være problematiske ved en norsk tilslutning (avsnitt 4.4). Videre skal vi til slutt se nærmere på det som primært vil fremstå inngripende i en internrettslig norsk kontekst, nemlig mekanismen for investor-stat tvisteløsning (avsnitt 4.5).

Ekspropriasjon – forholdet til offentlige reguleringer

Det er et alminnelig anerkjent prinsipp under folkerettslig sedvanerett at en stat har rett til å ekspropriere utlendingers eiendom mot at det betales erstatning, såfremt formålet er en offentlig interesse og tiltaket er ikke-diskriminerende. I norsk rett samsvarer dette med prinsippet i Grl. § 105 om at staten må betale full erstatning når noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom av hensyn til «statens tarv». Et tilsvarende prinsipp om full erstatning følger ikke uttrykkelig, men gjelder også langt på vei, under den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 1. tilleggsprotokoll, artikkel 1 om beskyttelsen av eiendomsretten, som Norge er bundet av. Videre er bestemmelsens henvisning til «international law» blitt fortolket av menneskerettighetsdomstolen som en henvisning til folkerettens beskyttelse av utlendingers eiendomsrettigheter, noe som innebærer at dette allerede i prinsippet er en del av norsk rett.

Eksisterende voldgiftspraksis under bilaterale og andre investeringstraktater har gjennomgående fortolket bestemmelser om ekspropriasjon som uttrykk for det samme alminnelige folkerettslige prinsippet, selv der det er tale om bestemmelser med noe forskjellig ordlyd. Det kan tilsi at ekspropriasjonsbestemmelsen under TTIP vil bli fortolket i samsvar med eksisterende voldgiftspraksis som igjen ses som uttrykk for folkerettslig sedvanerett, selv om bestemmelsen i TTIP antagelig vil inneholde visse presiseringer og også vil måtte fortolkes i lys av mer uttrykkelige unntak i TTIP.

Ekspropriasjonsstandarden reiser i utgangspunktet tre sentrale spørsmål; (i) hva som ligger i kravet til «full» erstatning; (ii) hvilke rettigheter og interesser som vil være beskyttet mot ekspropriasjon; og (iii) hvilke reguleringer og tiltak som vil anses eksproprierende

Når det gjelder kravet til full erstatning er dette utgangspunktet både under norsk rett og folkerettens alminnelige ekspropriasjonsprinsipp. Under norsk rett er det imidlertid i ekspropriasjonsretten utviklet enkelte retningslinjer om fradrag for

blant annet samfunnsskapt verdistigning i tilknytning til ekspropriasjonstiltaket, som man nok ikke uten videre kan gå ut fra at alltid vil være i samsvar med et folkerettslig ekspropriasjonsprinsipp. Samtidig er utgangspunktet både under norsk rett og den praksis som har utviklet seg under investeringsavtaler at kravet til full erstatning i stor grad krever en individuell tapsvurdering.

Når det gjelder hvilke rettigheter og interesser som er beskyttet mot ekspropriasjon er det en tilsynelatende forskjell mellom normen i investeringstraktater, sammenlignet med norsk rett, at gjenstanden for det som er beskyttet i en investeringstraktat gjerne angis som «investeringer» («investments»). Både under norsk rett og EMK er ekspropriasjonsbeskyttelsen derimot knyttet til et begrep om eiendom («possessions» i EMK).

Normalt vil en investeringstraktat selv inneholde en uttrykkelig definisjon av hva som skal utgjøre en investering, typisk slik at dette dekker alle formuesgoder («any asset») på vertsstatens territorium, gjerne etterfulgt av en ikke uttømmende oppregning som inkluderer ulike former for materielle og immaterielle eiendomsrettigheter, samt konsesjons- og kontraktsrettigheter.

Man kan likevel i stor grad gå utfra at dette vil bli fortolket i lys av folkerettslig sedvanerett, der utgangspunktet er at det er eiendom, og rettigheter som kan anses likestilt med eiendom, som er beskyttet mot ekspropriasjon. Både i TTP og i EUs forhandlingsutkast er det også uttrykkelig fastslått i et eget tillegg til ekspropriasjonsbestemmelsen at den skal fortolkes på denne måten.

Også i voldgiftspraksis er det ofte uttalt at det kreves noe i retning av en eiendomsart, tinglig rettighet, for at den skal være beskyttet mot ekspropriasjon. Både folkerettslig sedvanerett og voldgiftspraksis går riktignok ganske langt når det gjelder å anse at kontrakter og lignende rettigheter er beskyttet mot ekspropriasjon. Samtidig forutsetter dette gjerne at det er tale om kontrakter, konsesjoner eller lignende som en investor har gjort en investering i tillit til.⁶⁰ Slike rettigheter vil også nyte et sterkt konstitusjonelt vern under norsk rett og EMK.⁶¹

⁶⁰ Se nærmere om dette Alvik, *Contracting with Sovereignty: State Contracts in International Arbitration* (2011), særlig s. 161 flg.

⁶¹ Jf feks. Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 6th edn. 2014) s. 496.

Når det gjelder spørsmålet om *hvilke tiltak og reguleringer* som vil utgjøre erstatningsbetingende ekspropriasjon synes det derimot å være en viss diskrepans mellom norsk rett og ekspropriasjonsstandarder under investeringstraktater, slik denne er blitt fortolket i voldgiftspraksis.

Etter norsk rett er det et klart utgangspunkt at rene rådighetsinnskrenkninger ikke utgjør erstatningsbetingende ekspropriasjon. Erstatning ved rådighetsinnskrenkning kan som utgangspunkt kun kreves der «inngrepet er av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tåles.»⁶² Dette er også utgangspunktet under EMK, hvor det følger uttrykkelig av 1. tilleggsprotokoll, artikkel 1, andre ledd. EMD har tolket dette slik at reguleringer som påvirker adgangen til utnyttelse av eiendom og rettigheter kun vil være erstatningsbetingende der de har virkninger som i henhold til en «fair balance» eller proporsjonalitetsvurdering medfører en «individual and excessive burden» for enkeltindivider (eller selskaper).⁶³

I motsetning til dette finner vi i de fleste investeringstraktater et utgangspunkt om at også såkalt indirekte ekspropriasjon, eller tiltak som har tilsvarende virkninger som ekspropriasjon, skal anses som ekspropriasjon som utløser en rett til erstatning. I voldgiftspraksis under traktatene synes det likevel å være alminnelig akseptert at regulatoriske tiltak kan medføre tap for investorer og slik sett ha lignende virkninger som ekspropriasjon, uten at det i seg selv gir noe grunnlag for erstatning. Tribunalet i saken mellom Telenor og Ungarn under den norske investeringstraktaten med Ungarn, uttalte det på følgende måte:

*It is well established that the mere exercise by government of regulatory powers that create impediments to business or entail the payment of taxes or other levies does not of itself constitute expropriation.*⁶⁴

Det finnes riktignok enkelte som hevder at hovedprinsippet er at det som utgangspunkt er tilstrekkelig for at et tiltak skal kunne anses eksproprierende, at investeringen fullstendig eller i det alt vesentlige

⁶² Jfr. Rt. 2004 s. 1092 og Rt. 2005 s. 469, og Skoghøy, 'Rådighetsinnskrenkninger og erstatning' Lov og Rett (1995) s. 213.

⁶³ *James and others v. UK*, Series A98 (1986), avsnitt 50.

⁶⁴ *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary* (Award, 13 September 2006), avsnitt 64. Tilgjengelig på www.italaw.com.

taper sin verdi («sole effects doktrinen»)).⁶⁵ Et slikt synspunkt er likevel ikke enerådende eller dominerende i folkerettslig praksis og litteratur. Flere voldgiftssaker under investeringstraktater har for eksempel basert seg på et forholdsmessighetsprinsipp og en statlig skjønnsmargin ikke ulikt det som er utviklet i menneskerettighetsdomstolens praksis, og noen viser også uttrykkelig til praksis under EMK.⁶⁶

I mange saker har det blitt ansett som et vilkår for å anse generelle regulerende tiltak som eksproprierende, altså det vi på norsk vil kalle rådighetsinnskrenkninger, at investoren har fått berettigete forventninger om å kunne drive en bestemt virksomhet.⁶⁷ Det er likevel forholdsvis få eksempler på at generelle reguleringer eller rådighetsinnskrenkninger har blitt ansett eksproprierende som følge av brudd på berettigete forventninger. Et tidlig eksempel som går ganske langt i den retning er en sak mot Mexico der nektelse av kommunal tillatelse til å bygge et avfallsanlegg ble ansett som en indirekte ekspropriasjon, siden investoren hadde fått indirekte garantier og tilsagn fra staten om at alle nødvendige tillatelser ville bli gitt.⁶⁸ Det finnes også andre saker som bygger på en forholdsvis investorvennlig holdning til hva som vil utgjøre en berettiget forventning.⁶⁹

I dette ligger at man ikke kan utelukke at voldgiftstribunaler i enkeltsaker vil kunne tolke ekspropriasjonsstandarden i en investeringsavtale mer ekspansivt enn norsk Høyesterett. Samtidig er det heller ikke grunnlag for å konkludere med at den folkerettslige ekspropriasjonsstandarden går vesentlig lenger enn norsk intern rett og EMK. Bildet som fremkommer gjennom voldgiftspraksis er derimot at standarden ikke er gjenstand for noen helt entydig, klar og etablert fortolkning i folkeretten. Dette skaper en uklar rettstilstand som man også vil kunne se i praksis under TTIP.

I dette ligger at det er overgivelsen av myndigheten til å fortolke standarden til internasjonale tribunaler som primært vil fremstå

⁶⁵ Se for eksempel Dolzer og Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2012) s. 112 flg.

⁶⁶ Se generelt Newcombe og Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties* (2009) s. 363 flg., og se også Kriebaum i Bungenberg mfl, *International Investment Law: A Handbook* (2015) s. 1000 flg.

⁶⁷ Se generelt Kriebaum i Bungenberg mfl. (2015) s. 1006 flg.

⁶⁸ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Award, 30 August 2000). Tilgjengelig på www.italaw.com.

⁶⁹ Se for eksempel *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic* (UNCITRAL, Partial Award 13. sept 2001, og Final Award 14. Mars 2003); *Eureko B.V. v. Republic of Poland* (Partial award, 19. august 2005). Tilgjengelig på www.italaw.com.

problematiske fra et norsk perspektiv. Både sterkere grad av presisering, og en fast domstolsordning slik som foreslått av EU vil kunne bidra til at standarden får et fastere og mer forutsigbart innhold under TTIP. Likevel kan man ikke utelukke at fremtidige TTIP-tribunaler vil kunne fortolke ekspropriasjonsstandarder mer ekspansivt enn slik Grl. § 105 har blitt fortolket under norsk rett.

Rettferdig og rimelig behandling («fair and equitable treatment»)

Kravet til at investorer skal behandles rettferdig («fair») og rimelig («equitable») anses gjerne som den viktigste standarden i en investeringstraktat. Dette er også den standarden som i størst grad har vært gjenstand for en dynamisk tolkning og utvikling gjennom voldgiftspraksis, og hvor standardens innhold fortsatt fremstår ubestemt og uklart.

Slik standarden normalt har vært formulert i investeringstraktater er den svært generell. Ordlyden «fair and equitable» gir liten veiledning med hensyn til hvordan den skal forstås. I voldgiftspraksis har det særlig utviklet seg to retninger i så måte. Mens den ene hovedretningen ser standarden som et uttrykk for den såkalte minstestandarden under folkerettslig sedvanerett, finnes det også en annen og mer ekspansiv retning som fortolker standarden autonomt i lys av traktatens formål om å legge til rette for økte investeringer.

Både EU domstolens forslag og formuleringen som er valgt i TPP gir forholdsvis klare anvisninger på at standarden skal fortolkes restriktivt. Forskjellen er at TPP i hovedsak nøyer seg med å knytte standarden til den folkerettslige minimumsstandard, mens EUs forslag også går lenger i å detaljere hvilke kategorier av urettmessige myndighetshandlinger den skal ramme.

Det tradisjonelle uttrykket for den folkerettslige minimumsstandard bygger gjerne på den såkalte *Neer-saken* fra 1926:

“[T]he treatment of an alien in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far

short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.”⁷⁰

I *ELSI-saken* anså den internasjonale folkerettsdomstolen i Haag at det avgjørende var om det forelå «*a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety*».⁷¹

I voldgiftspraksis under investeringsavtaler har dette likevel blitt undergitt en nokså dynamisk fortolkning, tilpasset avtalenes formål om å beskytte investeringer.⁷² I den toneangivende *Mondev-saken*, avgjort under NAFTA, distanserte voldgiftsretten seg fra den tradisjonelle formuleringen i *Neer-saken*, og introduserte istedenfor som kriterium om det forelå «*clearly improper and discreditable treatment*».⁷³

Dette er av senere tribunaler blitt ansett å inneholde et krav om beskyttelse av berettigete forventninger. I en senere NAFTA-sak uttalte tribunalet følgende om forståelsen av standarden:

*In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.*⁷⁴

Senere har det i en del saker utviklet seg en nokså proaktiv forståelse av dette kravet til berettigete forventninger. En uttalelse i den såkalte *Tecmed-saken* har blitt hyppig sitert:

“The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the

⁷⁰ *LFH Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States* (US-Mexican General Claims Commission, 1926) *Reports of International Arbitral Awards* Vol. IV s. 60.

⁷¹ *Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI)* [1989] ICJ Reports s. 15.

⁷² Se også Alvik (2011) s. 192 flg.

⁷³ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (Award, 11. oktober 2002). Tilgjengelig på www.italaw.com.

⁷⁴ *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (Award, 30. april 2004), avsnitt 98. Tilgjengelig på www.italaw.com.

*relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations.*⁷⁵

I andre saker har man gått enda lengre og for eksempel hevdet at dette krever

“treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment”⁷⁶ eller “treatment, which if not proactively stimulating the inflow of foreign investment, does at least not deter foreign capital by providing disincentives to foreign investors.”⁷⁷

Samtidig blir det ofte fremholdt at standarden må anvendes med utgangspunkt i «*the need to maintain a reasonable degree of regulatory flexibility on the part of the host State in order to respond to changing circumstances in the public interest.*»⁷⁸ Det er altså ikke slik at ethvert statlig tiltak som skuffer investorers forventninger og medfører tap gir grunnlag for å kreve erstatning.

Flere av de sakene som tilsynelatende har bygget på en ekspansiv fortolkning av standarden gjaldt i praksis tilfeller der myndighetene hadde påtatt seg kontraktsforpliktelser eller gitt uttrykkelige løfter som investoren hadde basert seg på når investeringen ble foretatt. I mange saker ser man også at krav basert på «fair and equitable treatment»-standarden avvises fordi myndighetene *ikke* har gitt uttrykkelige løfter eller påtatt seg forpliktelser. Det var for eksempel tilfellet i saken Parkerings-Compagniet mot Litauen, en av de saker norske selskaper har anlagt under BITs.⁷⁹

En tradisjonell formulering av «fair and equitable treatment»-standarden slik man finner i TPP, og som antagelig langt på vei reflekterer USAs forhandlingsposisjon under TTIP, vil antagelig bli

⁷⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, (Award, 29. mai 2003) avsnitt 153.

⁷⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (Award, 25. mai 2004) avsnitt 113. Uttalelsen ble senere kritisert i avgjørelsen til den såkalte annulment committee som ble nedsatt i samme sak, men som opprettholdt resultatet i saken.

⁷⁷ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL (Partial award, 17. mars 2006)

⁷⁸ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18 (Award, 28. mars 2011). Tilgjengelig på www.italaw.com.

⁷⁹ Se for eksempel *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/ (Award, 11. september 2007), avsnitt 334. Tilgjengelig på www.italaw.com.

fortolket på bakgrunn av eksisterende voldgiftspraksis. Men henvisningen til den folkerettslige minimumsstandarden innebærer at standarden må fortolkes i samsvar med den mest konservative retningen i voldgiftspraksis. Dette betyr antagelig at man utelukker de mest proaktive eller ekspansive fortolkningene av standarden som man har sett i voldgiftspraksis.

I motsetning til den generelle formuleringen i TPP innebærer EUs forslag at standarden skal anses uttømmende angitt gjennom enkelte mer presise men likevel forholdsvis generelle begreper. Forslaget lister opp «denial of justice», «fundamental breach of due process», «manifest arbitrariness», «targeted discrimination on manifestly wrongful grounds» samt «harassment, coercion, abuse of power or similar bad faith conduct», som elementer av den foreslåtte minstestandarden.

Alt dette er for så vidt kjente elementer av den folkerettslige minstestandarden, slik den er blitt forstått tidligere. Slik sett gir EUs forslag både klare holdepunkter for at standarden skal fortolkes restriktivt, samtidig som eksisterende praksis gir en viss klangbunn for hvordan den i så måte skal forstås. Det synes nokså klart at de mest ekspansive eksemplene på fortolkning av «fair and equitable treatment»-standarden i eksisterende voldgiftspraksis ikke kunne vært forankret i den ordlyden EU har foreslått. Samtidig er det ikke helt klart at EUs forslag innebærer en mer restriktiv standard enn det som følger av den mer tradisjonelle formuleringen i TPP. Fordelen med EUs forslag er primært at det innebærer noe større forutsigbarhet om innholdet i standarden.

Vi har ingen direkte ekvivalent i norsk rett til «fair and equitable treatment»-standarden eller den folkerettslige minstestandarden. I prinsippet er riktignok sistnevnte en del av folkerettslig sedvanerett, og slik sett allerede langt på vei bindende for norske domstoler. Som vi kommer tilbake til nedenfor er imidlertid dette en nokså formalistisk betraktning, siden det som gjør standarden reelt inngripende i en norsk, internrettslig kontekst, er overgivelsen av myndighet til å pådømme krav under standarden til internasjonale tribunaler.

Selv om vi ikke har noen direkte ekvivalent til standarden i norsk rett betyr ikke det at innholdet i standarden er ukjent i norsk rett. I utgangspunktet er «fair and equitable treatment»-standarden en generell prinsippformulering av grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, som vil ha mer detaljerte og presise uttrykk i nasjonale rettssystemer – herunder norsk rett. I norsk rett har vi rettssikkerhetsgarantier i den alminnelige forvaltningsretten og

Grunnloven, samt gjennom inkorporeringen av den Europeiske menneskerettighetskonvensjon, som til dels går betydelig lengre enn de krav som følger av den folkerettslige minstestandarden, og dermed også et krav til «fair and equitable treatment» under TTIP.

Der denne standarden særlig har blitt undergitt en dynamisk fortolkning i voldgiftspraksis er når det gjelder kravet til beskyttelse av berettigete forventninger. Etter vårt syn er det liten tvil om at man kan finne enkeltteksempler i voldgiftspraksis under investeringstraktater som fortolker standarden klart mer ekspansivt enn det ville vært grunnlag for under norsk rett. Slike eksempler på ekspansiv og dynamisk tolkning er imidlertid en av grunnene til at EU går inn for å bryte ned og presisere innholdet i standarden. Også USA går antagelig inn for en moderat fortolkningslinje i samsvar med folkerettslig sedvanerett.

Dette forhindrer likevel ikke at vi står overfor en potensielt dynamisk standard, som det ikke kan utelukkes at en fast domstol (eller internasjonale voldgiftstribunaler) vil kunne fortolke på en måte som, i alle fall i enkeltsaker, går lenger enn det som ville følge av norsk rett. Også her er det dermed overgivelsen av myndighet til å anvende og fortolke standarden til internasjonale tribunaler som fremstår som det primært «inngrepene» i en norsk kontekst.

Nasjonal behandling («national treatment»)

De fleste investeringsavtaler har bestemmelser som forbyr favorisering av nasjonale borgere, og man kan også forvente å finne en slik bestemmelse i TTIP. Hovedprinsippet som normalt reflekteres i en slik bestemmelse er at enkeltinvestorer ikke kan usaklig diskrimineres i forhold til statens egne borgere.

I voldgiftspraksis ser man ganske konvergerende tolkninger av slike klausuler, nokså uavhengig av hvordan de konkret er formulert.⁸⁰ Det har utkrystallisert seg tre grunnleggende kriterier: (i) om investoren er i lignende omstendigheter eller samme situasjon som en eller flere gitte nasjonale investorer («like circumstances» eller «situations»), (ii) om det objektivt sett foreligger forskjellsbehandling av den utenlandske investoren («less favourable (...) treatment»), og (iii) om forskjellsbehandlingen kan rettferdiggjøres eller saklig begrunnes på grunnlag av offentlige hensyn. I noen grad glir disse vilkårene over i

⁸⁰ Se Reinisch, 'National Treatment' i Bungenberg mfl., *International Investment Law: A Handbook* (2015), s. 846 flg.

hverandre. Blant annet har normalt ikke det tredje vilkåret noen uttrykkelig basis i bestemmelsenes ordlyd, men har blitt innfortolket i kravet til «like circumstances». Synspunktet er at hvis forskjellsbehandlingen er saklig begrunnet foreligger det ikke lignende omstendigheter.

Selv om voldgiftspraksis har tolket standarden ganske konsistent, er det likevel mulig å spore ulike retninger når det gjelder hvor ekspansivt de ulike kriteriene har blitt tolket. Særlig er det hva som kan sies å utgjøre lignende omstendigheter som her har blitt fortolket ulikt. På den ene siden har man eksempler på at kriteriet er blitt fortolket nokså snevert, slik at ikke en gang konkurrerende produkter har blitt ansett sammenlignbare. I saken *Methanex v. USA* kom voldgiftsretten til at en Canadisk produsent av en bestemt metanolbasert bensintilsetning som ble forbudt i California, ikke kunne sammenlignes med amerikanske produsenter etanolbaserte bensintilsetninger, selv om produsenten hevdet at forbudet i realiteten var proteksjonistisk motivert.⁸¹ I saken *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador* kom imidlertid voldgiftsretten til at et oljeselskap som ble nektet momsrefusjon kunne sammenlignes med eksportører av helt andre produkter, som blomster, mineraler og sjømat.⁸²

I noen grad kan nok slike forskjeller forklares med at den underliggende vurderingen er om det foreligger reell diskriminering av utenlandske investorer, og at dette i noen grad må være en fleksibel og konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Blant annet vil formålet med tiltaket i så måte åpenbart ha betydning, og om tiltaket kan begrunnes i andre offentlige hensyn.

Normalt vil det dermed ikke kunne anses å foreligge diskriminering der et tiltak plausibelt kan begrunnes i offentlige hensyn, selv der tiltaket i realiteten rammer utenlandske investorer spesielt. Et slikt synspunkt har også støtte i voldgiftspraksis. En sak som av og til fremholdes som et eksempel på det motsatte er *SD Myers v. Canada*.⁸³ Saken gjaldt et canadisk eksportforbud for farlig avfall, som rammet et amerikansk selskap med et canadisk datterselskap som transporterte

⁸¹ *Methanex v. USA* UNCITRAL, NAFTA (Final award, 3. august 2005), Part IV, Ch B. Tilgjengelig på www.italaw.com.

⁸² *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11 (Award, 5. oktober 2012). Tilgjengelig på www.italaw.com.

⁸³ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL (Partial Award, 13. november 2000). Tilgjengelig på www.italaw.com.

farlig avfall over grensen til USA for å destruere det der. Voldgiftsretten kom her til at selskapet var i samme situasjon som flere canadiske avfallshåndteringsselskaper, som ikke ble rammet av forbudet, og at det derfor forelå forskjellsbehandling. Voldgiftsretten antok imidlertid at forskjellsbehandlingen kunne vært berettiget dersom den hadde vært begrunnet i miljøhensyn. I den aktuelle saken var den derimot proteksjonistisk motivert, noe som tilsier at saken ikke kan tas som eksempel på noen spesielt ekspansiv tolkning av standarden.

Kravet til nasjonal behandling i investeringsavtaler har nokså klare likhetstrekk med forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet i EØS-avtalens art. 4 og kravet til nasjonal behandling i GATT / WTO, som Norge allerede er bundet av. Et forbud mot usaklig eller uforholdsmessig diskriminering, som også vil kunne omfatte forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, følger også av EMK artikkel 14 og nå den norske Grunnloven § 98 (etter grunnlovsrevisjonen i 2014).

I voldgiftspraksis under investeringsavtaler finner man hyppige henvisninger særlig til GATT / WTO-praksis. En lignende unntaksregel for tiltak begrunnet i ulike offentlige hensyn som den vi finner i GATT art. XX, kan i stor grad anses innfortolket av voldgiftspraksis under investeringsavtalene, selv om noe slikt unntak normalt ikke følger uttrykkelig av avtalene.

I lys av dette er det ikke grunnlag for å si at et krav til nasjonal behandling slik dette er blitt fortolket i voldgiftspraksis innebærer noen vesentlig innskrenkning av norske myndigheters handlingsrom, utover det som allerede følger av norsk rett og andre internasjonale forpliktelser Norge allerede er bundet av. Man kan imidlertid ikke utelukke at standarden i enkeltsaker fortolkes av internasjonale tribunaler på en annen måte enn norsk rett isolert sett tilsier, og heller ikke at det i fremtiden kan utvikle seg bestemte tolkningsretninger som ville være vanskelig å forankre i norsk rett. Som for de øvrige standardene som er nevnt hittil er det overgivelsen av myndigheten til å fortolke og anvende standarden til internasjonale tribunaler som primært fremstår som det «inngripende» fra et norsk perspektiv.

Problematiske bestemmelser

Av de øvrige standardene man kan se for seg i TTIP skal det kort nevnes at både en helt generell bestevilkårsklausul (MFN) og en paraplyklausul kan ha visse problematiske sider i et norsk, internrettslig perspektiv.

En bestevilkårsklausul kan innebære at TTIP-investorer i Norge vil få rett til å bygge på bestemmelser i allerede eksisterende BITs Norge har med andre land. Mange av disse inneholder forholdsvis vage og generelle standarder, som åpner for ekspansive og dynamiske tolkninger i samsvar med det man har sett eksempler på i voldgiftspraksis.

En paraplyklausul kan antagelig bidra til å binde opp myndighetenes handlingsrom utover det som følger av norsk rett, siden bestemmelsen kan synes å gjøre enhver kontraktsrettslig eller tilsvarende forpliktelse myndighetene påtar seg under nasjonal rett til en folkerettslig bindende forpliktelse. Under norsk rett må det anses klart at en statlig kontraktsforpliktelse ikke alltid og helt ubetinget vil være beskyttet mot etterfølgende lovgivning.

Hvor langt en paraplybestemmelse faktisk vil medføre en slik forpliktelse er imidlertid noe usikkert. I voldgiftspraksis finnes det ulike retninger, hvor de mer moderate forståelsene av disse klausulene ikke går vesentlig lengre enn det som følger av «fair and equitable treatment»-standarden og Grunnlovens § 97 og 105 i norsk rett.

Slike enkeltstående bestemmelser med klare og definerte problematiske aspekter i en norsk kontekst reiser spørsmål om muligheten for eventuelle reservasjoner eller bindende tolkningsuttalelser i forbindelse med en eventuell norsk tilslutning. Dette vil være et forhandlingsspørsmål.

Mekanismen for investor-stat tvisteløsning (ISDS)

Det fremgår av det som er sagt over at det ikke primært er de materielle standardene i seg selv, men overgivelsen av myndighet til å pådømme krav under dem til internasjonale tribunaler, som primært vil fremstå inngripende i en norsk internrettslig kontekst.

Den vanlige formen for slik tvisteløsning er som nevnt ovenfor en voldgiftsmekanisme, som langt på vei enten direkte bygger på, eller er utformet etter modell av, systemet for internasjonal kommersiell voldgift. Dette er et system primært utformet for tvister i private og kommersielle kontraktsforhold. Som følge av dette har også mekanismen klare problematiske sider når den anvendes i en investeringstraktat, hvor de fleste potensielle krav berører til dels

fundamentale offentlige interesser og hensyn.⁸⁴ Særlig i EU er dette en anerkjent bekymring, og det som primært ligger under EUs forslag om en fast domstolsordning.

Selv om enkelthetene i en mulig fast domstolsordning ikke er fastlagt, fremstår det som lite sannsynlig at EU vil kunne gå tilbake på den fundamentale posisjonen som er inntatt med hensyn til at den voldgiftsordningen som hittil har vært vanlig i investeringstraktater er uegnet i TTIP.

En fast domstolsordning vil også ivareta mange av de betenkelighetene som knytter seg til bruk av voldgift, særlig når det gjelder grunnleggende legitimitet.

For det første vil en slik ordning bidra til å styrke tilliten til at dommerne dømmer i den enkelte sak uten hensyn til muligheten for fremtidig oppnevning i andre saker. Dette er kanskje den mest fundamentale innvendingen mot et voldgiftssystem basert på ad hoc oppnevning av dommere i den enkelte sak.

Videre vil en fast domstol med en ankeordning antagelig medføre en tydeligere og mer entydig rettsutvikling. Selv om domstolen i praksis vil bestå av paneler og anketribunaler som dømmer på rullerende basis, vil de likevel ha en enhetlig institusjonell forankring, og dermed antagelig i større grad forholde seg til tidligere avgjørelser som presedenser. Som allerede antydnet er ikke det mest problematiske ved investeringstraktater nødvendigvis standardene de fastlegger som sådan, men at *innholdet* i standardene i liten grad er og blir avklart gjennom den løpende anvendelsen av traktaten i praksis. Dette gjør rettstilstanden flytende og innebærer at de enkelte tribunalene vil utøve en betydelig grad av skjønn ved anvendelsen av standardene i konkrete saker. Her vil en fast domstol med en ankeordning kunne utgjøre et betydelig bidrag til rettsavklaring.

Det er også grunn til å tro at en investor-stat tvisteløsningsmekanisme vil være undergitt omfattende krav til offentlig innsyn og deltagelse. En slik utvikling har allerede kommet langt i tilknytning til det eksisterende systemet for investor-stat voldgift, blant annet gjennom UNCITRAL. Mens konfidensialitet og manglende offentlighet nok tidligere har vært en relevant innvending

⁸⁴ Vi går nærmere inn på dette i to artikler i Lov og Rett. Se Alvik, 'Investor-stat tvisteløsning (ISDS) i internasjonale investeringstraktater' Lov og Rett 2015 s. 581-601 og Bekkedal, 'Investeringstraktater med investor-stat tvisteløsning (ISDS) – i strid med Grunnloven?' Lov og Rett 2016 s. 331-352.

mot tvisteløsning under BITs, er det lite trolig at dette vil utgjøre en betydelig innvending mot en tvisteløsningsordning under TTIP.

Det er imidlertid ikke gitt at en fast domstolsordning kan eller bør ses som en mindre vesentlig eller inngripende myndighetsoverføring enn en voldgiftsordning. Det er også mulig å peke på elementer som gjør en voldgiftsordning mindre inngripende enn en fast domstolsordning.

Voldgift innebærer for det første at partene har en betydelig grad av kontroll over prosessen og sammensetningen av tribunalene i den enkelte sak.

Viktigere er likevel den prinsipielle forskjellen som vil være mellom myndighet som utøves av et voldgiftstribunal og en fast domstol. En fast domstolsordning vil skape en ny og betydningsfull internasjonal institusjon med betydelig autoritet også utover den enkelte sak. Det viktigste aspektet av dette er at en fast domstol vil ha legitimitet til å avklare og derigjennom også utvikle rettstilstanden gjennom presedenser. Andre ordninger med faste internasjonale domstoler som EU-domstolen og Menneskerettighetsdomstolen viser at slike domstoler også i praksis besitter en betydelig rettsskapende autoritet. Selv om man som ovenfor nevnt kan si at dette vil være noe av poenget med å opprette en fast domstol, vil det også prinsipielt sett innebære en mer dramatisk avgivelse av myndighet og suverenitet fra statenes side.

For å illustrere dette kan vi se på forskjellen mellom de indirekte internrettslige virkningene av en voldgiftsdom mot staten, og en dom avsagt av en fast domstol under TTIP.

En enkelt voldgiftsdom vil normalt ikke kunne tenkes å gi så prinsipielle føringer for forståelsen av de materielle standardene i avtalen at staten tvinges til å legge om praksis eller endre lovgivning. Voldgiftsretten har ingen autoritet utover den enkelte sak. Med unntak for den aktuelle saken vil dermed staten i prinsippet fortsatt stå fritt i andre mulige saker til å hevde at voldgiftsdommen var feil. Staten kan altså i vid utstrekning tillate seg å være uenig i den tolkning en avsagt voldgiftsdom bygger på, og fortsette å forfekte sitt synspunkt i fremtidige saker. Siden en enkelt voldgiftsdom vil ha svært begrenset presedensvirkning vil staten også kunne ha gode muligheter til å nå frem med sitt syn i en fremtidig sak.

Hvor en bestemt tolkning som går mot staten derimot først har vunnet frem i en fast domstol, vil den måtte tillegges autoritativ betydning for hvordan den aktuelle standarden skal fortolkes også i

fremtidige saker. Domstolen vil normalt i betydelig grad bygge på sine tidligere avgjørelser når nye saker avgjøres. Det vil for eksempel normalt tilsi at staten endrer sin lovgivning og praksis for å bringe den i samsvar med domstolens avgjørelse i andre mulige saker. Norges reaksjon på Lindheim-saken i EMD, der norsk tomtefestelovgivning ble ansett å være i strid med EMK, 1. tilleggsprotokoll artikkel 1 om beskyttelsen av eiendomsretten, er et eksempel på det. Saken førte senere til at tomtefesteloven ble endret for å bringe den i samsvar med EMK, selv om den opprinnelige ordningen var et resultat av et bevisst politisk kompromiss mellom kryssende interesser i det norske Stortinget, og norske myndigheter i utgangspunktet mente at det ikke forelå konvensjonsstrid. Avgivelse av myndighet til ad hoc voldgiftstribunaler kan slik sett i en viss forstand anses å innebære en mindre vesentlig oppgivelse av suverenitet enn overgivelse av myndighet til en fast domstol.

Ordningen med at styringskomiteen kan avgi bindende tolkningsuttalelser som ganske sikkert blir en del av TTIP, vil kunne bidra til at en slik rettsutvikling i domstolen holdes under en viss kontroll. En bindende tolkningsuttalelse forutsetter imidlertid at traktatpartene er enige, slik at den enkelte traktatpart ikke alene kan utøve noe veto mot en uønsket rettsutvikling. Videre er det antagelig svært begrenset hvilken innflytelse dette gir en enkelt EU-stat, for ikke å si Norge, over rettsutvikling i domstolen.

Det er også viktig å være oppmerksom på at EUs foreslåtte domstolsordning under TTIP ikke innebærer noe totalt brudd med det internasjonale voldgiftssystemet. Det forutsettes fortsatt at avsagte (og rettskraftige) dommer fra den faste domstolen *skal håndheves på samme måte som en voldgiftsdom*, for eksempel under ICSID-konvensjonen hvis saken er anlagt under dette regimet, noe som er ett av flere alternativer i utkastet. I dette ligger at de enkelte statene forplikter seg til å anerkjenne og håndheve de monetære («pecuniary») virkningene av en dom som om den var en rettskraftig dom fra statens egne domstoler. Dommen må med andre ord gis full internrettslig rettskraft så langt den gjelder pengeforpliktelser. I den norske grunnlovsdiskusjonen som har vært ført rundt voldgiftsmekanismen i bilaterale investeringstraktater, har dette vært et sentralt punkt, som vi kommer tilbake til nedenfor. EUs forslag til domstolsordning under TTIP innebærer her ikke noen endring av det som er utgangspunktet under andre investeringstraktater.

Også andre aspekter av voldgiftssystemet ser fortsatt ut til å forbli en del av en domstolsordning under TTIP. Slik det ser ut nå virker det usannsynlig at en domstolsordning under TTIP vil inkludere noe krav

om forutgående uttømming av lokale rettsmidler, slik utgangspunktet er under folkerettslig sedvanerett. Implikasjonen av dette er at traktatens tvisteløsningsmekanisme blir et alternativ til nasjonal tvisteløsning, og ikke et supplement. I teorien betyr dette at nasjonale domstoler, og med det også nasjonal rett, kan bli satt på sidelinjen i alle saker hvor utenlandske investorers rettigheter under TTIP er berørt. Nå skal man likevel ikke overdrive de praktiske konsekvensene av dette, siden investorer fortsatt vil ha rett til å benytte seg av nasjonale domstoler og også antagelig i de fleste sammenhenger vil se seg best tjent med det. En slik domstolsordning som bygger på særrettigheter for utenlandske investorer som pådømmes og håndheves gjennom en parallell internasjonal rettsorden, som et alternativ til den nasjonale, har imidlertid elementer i seg av forskjellsbehandling, som det ikke kan ses helt bort fra når de rettslige og faktiske implikasjonene av ordningen skal vurderes.

For å oppsummere; EUs forslag til en fast domstolsordning vil kunne ivareta mange av de legitimitetsbekymringene som har vært knyttet til voldgiftsmekanismen i bilaterale investeringstraktater. Samtidig vil den foreslåtte ordningen beholde flere elementer av den eksisterende voldgiftsmekanismen, herunder adgangen til håndheving ved nasjonale domstoler. Det er dermed ikke opplagt at endringene vil ha så mye å si for de konstitusjonelle problemstillingene som har vært diskutert i Norge. Vi skal redegjøre litt nærmere for dette i neste avsnitt.

5. Særlig om mulige konstitusjonelle skranker for norsk tilslutning

I Norge har aspekter av den voldgiftsmekanismen som tradisjonelt har vært benyttet i bilaterale investeringstraktater lenge vært ansett å reise konstitusjonelle problemstillinger. I det følgende skal vi redegjøre litt nærmere for problemstillingene og de posisjoner som har vært inntatt, uten at det her tas sikte på å foreta noen selvstendig analyse av problemstillingene.⁸⁵ Formålet er primært å identifisere de problemstillingene som bør undergis en nærmere konstitusjonell drøftelse i forbindelse med en eventuell norsk tilslutning til TTIP.

⁸⁵ Disse spørsmålene har vi tidligere drøftet i to artikler publisert i *Lov og Rett*, se Alvik, 'Investor-stat tvisteløsning (ISDS) i internasjonale investeringstraktater' *Lov og Rett* 2015 s. 581-601 og Bekkedal, 'Investeringstraktater med investor-stat tvisteløsning (ISDS) – i strid med Grunnloven?' *Lov og Rett* 2016 s. 331-352.

Justisdepartementets lovavdeling har ved flere anledninger vurdert grunnlovsmessigheten av voldgiftsmekanismen i investeringstraktater. Vi er kjent med slike vurderinger i tilknytning til Energichartertraktaten fra 1994 (to notater til Utenriksdepartement, datert hhv 10. mai 1993 og 28. mars 1995) og senere to uttalelser i tilknytning til arbeid med en modellavtale for norske bilaterale investeringstraktater i hhv 2002 og 2006.

Den grunnleggende problemstillingen som har vært drøftet er om voldgiftsmekanismen forutsetter en overføring av myndighet som ikke kan foretas etter den alminnelige regelen om traktatinngåelse i Grunnloven § 26, slik at et vedtak etter Grunnlovens § 115 (tidligere § 93) er nødvendig, eventuelt grunnlovsendring etter § 121 (tidligere § 112).

Utgangspunktet etter Grl. § 26 er at traktater inngås av regjeringen (formulert i Grunnloven som «Kongen»). Hvis traktaten krever lovendring eller den er av «særlig stor viktighet» kreves i tillegg Stortingets samtykke. Etter vanlig lære innebærer dette at traktater som kun har folkerettslig virkning kan inngås etter § 26, mens traktater som overfører internrettslig myndighet til internasjonale organer krever vedtak etter § 115, eventuelt grunnlovsendring. Etter § 115 kan Stortinget «*med tre fjerdedels flertall samtykke i at en internasjonal sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter seg til, på et saklig begrenset område skal ha rett til å utøve beføyelser som etter denne Grunnlov ellers tilligger statens myndigheter.*»

Poenget er altså litt enkelt sagt at § 115-vedtak er nødvendig der en traktat forutsetter overføring av myndighet som etter Grunnloven er tillagt norske myndigheter. Også adgangen til å treffe § 115-vedtak er imidlertid begrenset. Bestemmelsen åpner kun for overføring av myndighet til en internasjonal sammenslutning Norge er eller blir «tilsluttet» – den oppstiller altså et «medlemskapsprinsipp».⁸⁶ Overføring av myndighet til internasjonale organer som ikke bygger på en «sammenslutning» eller som er forankret i en sammenslutning Norge ikke er «tilsluttet» – altså medlem av – krever i utgangspunktet vanlig grunnlovsendring etter Grl. § 121. Så langt er utgangspunktene rimelig klare.

Det som særlig har vært ansett problematisk i Norge er den forutsatte virkningen av investor-stat voldgiftsdommer i norsk rett.

⁸⁶ Se Bekkedal, 'Om grunnlovens medlemskapsprinsipp ved overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner' *Kritisk Juss* 2015, s. 197- 230.

Etter ICSID-konvensjonen skal alle tilsluttede stater anerkjenne en voldgiftsdom og håndheve pengeforpliktelsene den fastsetter «as if it were a final judgment of a court in that state». Dommen skal altså gis internrettslig virkning i alle stater tilsluttet ICSID-konvensjonen. Også EUs forslag til en fast domstolsordning under TTIP bygger på denne mekanismen.

Spørsmålet som særlig har vært problematisert i Norge er om dette innebærer at voldgiftsribunaler under investeringstraktater, eller en fast domstol under TTIP, kan sies å utøve «internrettslig myndighet.» I så fall har man antatt at voldgiftsribunalenes myndighet støter an mot Grl. § 88 om at Høyesterett dømmer i siste instans.

Lovavdelingen har i sine ulike uttalelser inntatt noe ulike posisjoner. I vurderingene av Energichartertraktaten fra 1995 kom man til at voldgiftsmekanismen ikke kunne tolkes slik at voldgiftsribunaler skulle ha kompetanse til å overprøve og sette til side nasjonale lover og vedtak med direkte internrettslig virkning, og at det derfor ikke var tale om overføring av internrettslig myndighet. Tilslutning til traktaten ble under denne forutsetningen ansett å ha rent folkerettslige virkninger.

I sine senere vurderinger fra 2002 og 2006 har imidlertid lovavdelingen lagt seg på en noe mer formell linje, der den forutsatte internrettslige virkningen av voldgiftsdommene i seg selv anses å innebære at det foreligger overføring av internrettslig myndighet. Som følge av dette har man antatt at det avgjørende er om myndighetsoverføringen kan anses å være «lite inngripende». Her bygger man på et unntak som er utviklet i norsk forvaltnings- og statspraksis om at overføring av internrettslig myndighet som er «lite inngripende» kan gjøres etter Grl. § 26.

Både i sin uttalelse fra 2002 og i sin siste uttalelse fra 2006 synes lovavdelingen å legge til grunn at de grunnlovsmessige betenkelighetene, og det at man angivelig står overfor et «grensetilfelle», tilsier at traktater med voldgiftsmekanismer må forelegges Stortinget, og at grunnlovsmessigheten vil avhenge av en forholdsvis konkret vurdering av den enkelte traktat og hvor inngripende den er.

Som forfatterne av denne rapporten har hevdet andre steder kan det tenkes alternative synspunkter på disse spørsmålene.⁸⁷ Etter vårt syn er

⁸⁷ Se Alvik (2015) og Bekkedal (2016). I en utredning fra 2006 om bilaterale investeringstraktaters grunnlovsmessighet hevdet Ivar Alvik og tidligere

det hverken helt opplagt at det avgjørende for om en slik mekanisme er grunnlovsmessig er om den er «lite inngripende», eller at grunnlovsspørsmålene er uttømt med dette. Det kan være mulig å hevde at den myndighet som forutsettes overført til en tvisteløsningsordning under TTIP ikke kan anses «internrettslig» i den betydning dette har under Grunnloven, slik lovavdelingen også kom til i sin vurdering av Energichartertraktaten. Men man kan også peke på andre og mer substansielle aspekter av mekanismen som fremstår mer problematiske enn akkurat dens formelle internrettslige virkninger, noe som også kan tenkes å ha konstitusjonell relevans. Vi forfølger imidlertid ikke dette videre her.

I lys av de betenkelighetene som i tidligere norsk praksis har vært knyttet til voldgiftsmekanismen i bilaterale investeringstraktater, er det uansett åpenbart at en investor-stat tvisteløsningsmekanisme i TTIP reiser problemstillinger som må være gjenstand for en grundig konstitusjonell vurdering. EUs foreslåtte domstolsordning vil nok adressere en del av de legitimitetsinnvendinger som har vært reist mot voldgiftsordningen, men de elementer av ordningen som i Norge særlig har vært ansett som konstitusjonelt problematisk forutsettes fortsatt å skulle være en del av en fast domstolsordning. Som pekt på over er det også aspekter av en fast domstolsordning som kan gjøre den mer inngripende enn en voldgiftsordning.

6. Sammenfatning

Kapittelet om beskyttelse av investeringer, og særlig den såkalte investor-stat tvisteløsningsmekanismen (ISDS), er et av de mest kontroversielle områdene under TTIP-forhandlingene.

ISDS er likevel ikke noe helt nytt. Dette er allerede en etablert mekanisme i omkring 3000 bilaterale investeringstraktater (BITs) hittil inngått på verdensbasis, samt blant annet i de multilaterale traktatene NAFTA og Energichartertraktaten. Det spesielle med ordningen er at den gir private investorer (typisk multinasjonale selskaper) adgang til

høyesterettsdommer Trond Dolva et noe avvikende syn fra lovavdelingen. Hovedkonklusjonen i utredningen var at overgivelse av myndighet begrenset til å pådømme erstatningskrav basert på standardene i traktaten, altså rene folkerettslige krav, ikke reiser spesielle konstitusjonelle betenkeligheter, men at overføring av myndighet til å overprøve og tilsidesette norske lover og forvaltningsvedtak derimot normalt vil være konstitusjonelt betenkelig.

selv å fremme krav under den aktuelle traktaten direkte for internasjonale voldgiftstribunaler. Dette gjør at krav fra utenlandske investorer i praksis kan løftes ut av vertsstatens nasjonale rett, og inn i en alternativ rettsorden konstituert av den aktuelle investeringstraktaten samt et felles globalt voldgiftsregime som i stor grad bygger på et multilateralt rammeverk.

Det finnes allerede en omfattende voldgiftspraksis under slike ordninger i ulike investeringstraktater – så langt 739 kjente saker ifølge UNCTAD. Blant disse finner vi også enkelte høyprofilerte saker, slik som det svenske energiselskapet Vattenfalls søksmål mot Tyskland under Energichartertraktaten, i forbindelse med Tysklands utfasing av atomkraft etter atomkraftulykken i Japan, og tobakkgiganten Philip Morris' søksmål mot Australia, i forbindelse med sistnevntes regulering av salg og markedsføring av tobakksprodukter. Vattenfall-saken pågår fortsatt, men Vattenfall har også tidligere hatt en sak mot Tyskland som ble forlikt med et erstatningsbeløp. Philip Morris' krav mot Australia ble nylig avvist uten realitetsbehandling. Philip Morris har imidlertid også hatt gående en lignende sak mot Uruguay, som nylig ble realitetsavgjort med tap for Philip Morris. Disse sakene og mange andre har bidratt til sterkere årvåkenhet om «retten til å regulere» under ISDS. Sakene aktualiserer noe av det som er mest kontroversielt med ISDS, nemlig at det gir utenlandske selskaper mulighet til å saksøke myndighetene i en stat når de utsettes for regulering som skader virksomheten. Selv om et krav ikke nødvendigvis fører frem, har det også vært hevdet at selve adgangen til å fremme krav kan virke avskrekkende på legitime reguleringer («regulatory chill»).

Det som er nytt med å inkludere ISDS i TTIP er at dette i større grad enn tidligere vil gi et mulig grunnlag for søksmål mot sentrale «vestlige» EU-land og USA. Canadas erfaringer kan være illustrerende. Canada er ifølge UNCTADs statistikk blant de 10 landene som har fått flest ISDS-søksmål mot seg, på grunnlag av amerikanske selskapers adgang til slik tvisteløsning under NAFTA.⁸⁸ Selskaper i USA er også på topp når det gjelder slike søksmål; ifølge UNCTADs statistikk var nesten 1/5 av alle registrerte saker initiert av selskaper fra USA. Av alle saker var cirka 1/3 rettet mot land i Nord- og Sør-Amerika, og rundt 1/3 mot land i Øst- og Sentral-Europa (for eksempel Tsjekia, Russland og

⁸⁸ UNCTAD har registrert 26 saker. I følge canadiske myndigheter har imidlertid Canada blitt saksøkt 38 ganger under NAFTA, hvorav 13 avsluttede og 9 pågående saker (de resterende er enten trukket eller inaktive) se <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=eng>

Polen). De resterende er i stor grad saker mot land i Asia og Afrika. I EU er også Spania høyt på listen, men hovedsakelig på grunn av en rekke saker anlagt etter utfasing av en støtteordning for solenergi.⁸⁹ Selv om bildet ikke er helt entydig, illustrerer statistikken at ISDS hittil i hovedsak vært benyttet i BITs mellom i-land på den ene siden, og u-land, eller såkalte «emerging markets», på den annen. Det tradisjonelle hovedformålet med ISDS har vært å tilby rettslig forutsigbarhet til investorer i land uten etablerte rettsstatstradisjoner, for å legge til rette for økte investeringer og økonomisk utvikling i disse landene. Dette gjør at formålet med å inkludere ISDS i TTIP heller ikke fremstår like opplagt som i tradisjonelle BITs.

Den eksisterende voldgiftsordningen har likevel vært kritisert lenge før TTIP, og det er en utbredt oppfatning at systemet er i en legitimitetskrise. Som følge av dette har EU foreslått en reformert tvisteløsningsmekanisme under TTIP basert på en permanent domstolsordning med en ankeinstans. En tilsvarende ordning er allerede tatt inn i EUs parallelle avtale med Canada – CETA.

Inkluderingen av ISDS i både CETA og TTIP må ses i lys av EUs felles investeringspolitikk, forankret i Lisboa-traktaten. Her går det et markant skille mellom EU-interne og EU-eksterne investeringstraktater. Et rådende synspunkt synes å være at ISDS både er unødvendig og problematisk i relasjoner *mellom* EU-land. Samtidig anerkjennes behovet for EU-eksterne BITs med ISDS. Forhandlingene om ISDS under TTIP er en del av dette. Samtidig kan også det skarpe skillet mellom et EU-internt og EU-eksternt perspektiv bidra til at ISDS i TTIP blir kontroversielt, siden det innebærer at amerikanske investorer i EU får adgang til en mekanisme som i et EU-internt perspektiv anses problematisk og antagelig er under utfasing. Enkelte EU-land kan ha interesse av å erstatte eksisterende BITS-avtaler med USA med en bedre tvisteløsningsordning i TTIP; spesielt har flere av de nye medlemslandene fra 2004 blitt utsatt for mange søksmål som har ført til kritikk av den eksisterende voldgiftsordningen.

Mange av de samme problemstillingene og bekymringene som har vært reist internt i EU, om at ISDS innebærer særrettigheter til utenlandske investorer som begrenser myndighetenes handlingsrom og reguleringsfrihet, gjør seg også gjeldende i en norsk kontekst. For Norge reiser en eventuell tilslutning til et ISDS-regime under TTIP også

⁸⁹ Tall basert på <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Av 739 saker var 244 rettet mot land i Nord-, Sør- og Mellom-Amerika, og 255 var rettet mot land i Sentral- og Øst-Europa og på Balkan.

konstitusjonelle problemstillinger, som lenge har vært diskutert i tilknytning til ISDS i BITs samt under Energichartertraktaten.

Hvordan vil en regulering av investeringer under TTIP mest sannsynlig se ut?

Et investeringskapittel under TTIP vil mest sannsynlig bygge på elementer som allerede er velkjente fra andre investeringstraktater. Dette inkluderer tvisteløsningsmekanismen (ISDS), som gir private investorer adgang til å fremme krav under traktaten direkte for et internasjonalt tribunal, og et sett vanlige materielle beskyttelsesstandarder som i en viss utstrekning har røtter i folkerettslig sedvanerett.

De fleste eksisterende BITs baserer seg på en voldgiftsordning forankret i en av to alternative multilaterale konvensjoner – ICSID-konvensjonen (1965) og New York-konvensjonen (1958). En slik ordning er antagelig også USAs forhandlingsutgangspunkt i TTIP. Man finner en slik ordning i USAs avtale med landene rundt Stillehavet – TPP.

EUs forslag er derimot å etablere en permanent domstolsordning under TTIP, som dog fortsatt skal være basert på enten ICSID-konvensjonen eller New York-konvensjonen, slik at en dom kan håndheves på samme måte som en voldgiftsdom. Også andre elementer av dagens voldgiftsordning beholdes, slik som at det ikke er noe krav at nasjonale rettsmidler uttømmes. Der EUs forslag primært innebærer noe nytt, er når det gjelder sammensetningen av tribunalene, og at det opprettes en ankeinstans. Både panelene i første instans og anketribunalene skal bestå av tre dommere, som oppnevnes på rullerende basis fra en fast oppnevnt gruppe på henholdsvis 15 og 6 dommere. Utover dette inneholder forslaget blant annet nye etiske regler om habilitet og interessekonflikter for dommere, og omfattende krav til offentlighet og innsyn, som svarer på mye av den legitimitetskritikken som har vært reist mot den eksisterende ISDS-mekanismen basert på voldgift. Hensikten med EUs forslag er særlig å skape en mer konsistent rettsanvendelse over tid og å gi domstolen større legitimitet.

De materielle standardene man kan forvente å finne i et kapittel om investeringer omfatter i stor grad det man kan kalle grunnleggende rettsstatsprinsipper, som vi også finner igjen i norsk rett og de fleste andre nasjonale rettssystemer. Dette inkluderer følgende vanlige standarder:

- Krav om erstatning ved direkte eller indirekte ekspropriasjon
- Rett til rettferdig og rimelig behandling («fair and equitable treatment»)
- Full beskyttelse og sikkerhet («full protection and security»)
- Rett til nasjonal behandling («national treatment»)
- Rett til beste vilkårsbehandling («most favoured nation treatment» eller «MFN-klausuler»)
- Rett til fri overføring (inn- og utføring) av kapital
- Plikt til å overholde «forpliktelser»/paraplyklausul («umbrella clause»)

Innholdet i disse standardene er i større grad enn det som fremgår av ordlyden definert både gjennom omfattende sedvanerettslig praksis og gjennom nyere voldgiftspraksis under BITs. Retten til rettferdig og rimelig behandling og full beskyttelse og sikkerhet anses gjerne som et uttrykk for den såkalte *minstestandarden* som er en del av folkerettslig sedvanerett. Fra EUs side har det imidlertid vært ansett viktig å definere både denne og andre standarder mer presist, for å unngå muligheten for avvikende og mer ekspansive tolkninger, som man har sett noen eksempler på i voldgiftspraksis under BITs. Det er derfor sannsynlig at et investeringskapittel både vil inneholde bestemmelser og unntak som er ment å beskytte staters generelle reguleringsfrihet, og flere og mer presise unntak for bestemte reguleringsformål.

En slik utvikling vil kunne bidra til å svare på den legitimitetskritikken som har vært reist mot ISDS, gjennom å forankre en balanse mellom investorers rettigheter og statlig reguleringsfrihet i konkrete bestemmelser i traktaten. Samtidig kan man si at utgangspunktet om statlig reguleringsfrihet allerede *har* betydelig forankring i eksisterende praksis. Det er derfor usikkert hvilken praktisk betydning slike generelle formuleringer og unntak vil ha.

Norges situasjon

Norge har i dag 10 investeringstraktater med ISDS, i tillegg til noen flere traktater som enten har en svært begrenset eller ingen ISDS-mekanisme (herunder to avtaler inngått gjennom EFTA). Norge har hittil primært inngått slike traktater med land som har begrensede investeringer her i landet, og det har hittil ikke blitt reist noen ISDS-

søksmål mot Norge. Blant annet som følge av problemstillingene i tilknytning til Grunnloven, som vi kommer tilbake til nedenfor, har ikke Norge inngått BITs med ISDS siden 1995.

I likhet med de fleste andre vest-europeiske land har Norge et godt utviklet rettssystem, som for de fleste potensielle utenlandske investorer i Norge vil anses å gi tilstrekkelig rettssikkerhet. Det er derfor liten grunn til å tro at slike traktater har vesentlig betydning for Norges attraktivitet som investeringsland. Den primære interesse for Norge i å inngå traktater med ISDS er å beskytte norske investeringer i utlandet.

Et ISDS-regime som inkluderer nyere EU-land vil nok kunne ha en viss interesse for norske investorer. Antagelig gjør likevel Norges sterke tilknytning til EU gjennom EØS, at en norsk tilslutning til TTIP vil måtte skje gjennom EU. Det synes klart at TTIP ikke vil gjelde mellom EU-landene internt, men kun bilateralt, mellom EU og USA, samt USA og de enkelte EU-landene. En norsk tilslutning til et ISDS-regime under TTIP vil dermed mest sannsynlig for Norges del ikke medføre at regimet blir gjeldende i Norges «interne» relasjon til EU gjennom EØS. Det vil kun virke bilateralt overfor USA. På samme måte som internt i EU vil det kunne være i strid med EØS-avtalens likebehandlingsprinsipp om Norge etablerer investeringstraktater med utvalgte EU-land.

Utfra en slik forutsetning er det ikke sikkert Norge isolert sett har noen sterk interesse av å bli med i et investeringsregime under TTIP. Både det amerikanske og det norske rettssystemet bygger på grunnleggende rettsstatsidealer som er godt sikret gjennom uavhengige og kompetente domstoler. Det er derfor i utgangspunktet liten grunn til å tro at manglende tillit til noen av landenes rettssystemer utgjør noen hindring av betydning for investeringsflyten mellom Norge og USA i hverken den ene eller andre retning.

Samtidig er det ikke usannsynlig at norsk aksept av et eventuelt investeringsregime vil være en forutsetning for å gå med i TTIP.

Internrettslige virkninger av tilslutning til et investeringsregime under TTIP

En av de innvendingene som oftest reises mot ISDS er at investorers adgang til å fremme krav mot stater griper inn i statenes nødvendige frihet til å regulere økonomisk virksomhet i samfunnets interesse. At et investeringsregime med ISDS legger begrensninger på staters interne handlingsrom og reguleringsfrihet er for så vidt en banal observasjon. I en viss forstand er det å utgjøre et effektivt rettsmiddel mot statlig myndighetsutøvelse hele formålet med en ISDS-mekanisme, og noe

som ikke i seg selv kan anses som noen viktig innvending mot ordningen. Rettslig begrensning av statlig myndighetsutøvelse er grunnleggende i en rettsstat.

I et norsk perspektiv vil det likevel ha problematiske sider å binde seg til et investeringsregime som går lenger i å beskytte investorers rettigheter enn det som følger av norsk rett. Det problematiske med dette er både at norske myndigheters legitime handlingsrom under norsk rett begrenses, og at det vil favorisere utenlandske investorer fremfor norske. Ved en tilslutning til TTIP vil slike hensyn aktualiseres i en helt annen grad enn under Norges eksisterende BITs, siden risikoen for søksmål fra amerikanske investorer vil fremstå mer reell og overhengende.

Et sentralt spørsmål blir altså om og i hvilken grad et investeringsregime under TTIP vil innebære begrensninger av statlig handlingsrom og reguleringsfrihet utover det som allerede følger av norsk rett. I vårt bakgrunnsnotat har vi særlig sett på tre vanlige materielle standarder som kan ramme statlige reguleringer; forbudet mot ekspropriasjon uten full erstatning, «fair and equitable treatment»-standarden, og kravet til nasjonal behandling.

Kravet til full erstatning ved ekspropriasjon som vi finner igjen i de fleste investeringstraktater, og som et alminnelig folkerettslig prinsipp, samsvarer i all hovedsak med prinsippet vi finner igjen i den norske Grunnlovens § 105, og beskyttelsen av eiendomsretten i den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), 1. tilleggsprotokoll, artikkel 1. I TTIP vil ekspropriasjonsbestemmelsen antagelig inkludere visse uttrykkelige presiseringer og unntak som langt på vei sikrer at prinsippet må fortolkes på en måte som i de fleste sammenhenger ikke vil avvike vesentlig fra det som følger av norsk rett. Anvendelsen av bestemmelsen vil likevel være gjenstand for et visst skjønn i praksis. Det er ikke utenkelig at et internasjonalt tribunal løsrevet fra nasjonal rett, vil kunne være mer tilbøyelig til å anse reguleringer som ekspropriasjonslignende enn det som har vært tilfelle i Høyesteretts praksis. Det finnes åpenbart tendenser til en ekspansiv rettighetsforståelse i voldgiftspraksis under eksisterende ISDS-ordninger. Her gjenstår det å se om en permanent domstolsordning, klarere presiseringer og definerte unntak i TTIP vil tøyne slike tendenser.

Et krav til «fair and equitable treatment» vil i TTIP antagelig få en restriktiv utforming. EUs forslag legger opp til at standarden brytes ned i mer detaljerte og presise elementer, mens USA i sine traktater gjerne knytter standarden direkte til den folkerettslige minstestandarden, som

også betyr at den skal fortolkes konservativt. Den folkerettslige minstestandarden har ikke noen direkte ekvivalent i norsk rett, men kan ses som et generelt uttrykk for grunnleggende rettsstatsprinsipper som har mer detaljerte og presise uttrykk i norsk rett. På de fleste områder må det også antas at norsk rett går betydelig lenger i å legge begrensninger for statlig myndighetsutøvelse utfra slike hensyn enn det som følger av den folkerettslige minstestandarden. I voldgiftspraksis under investeringstraktater har man riktignok sett flere eksempler på dynamiske og ekspansive fortolkninger av denne standarden, særlig med basis i et anerkjent utgangspunkt om at standarden inneholder et krav til beskyttelse av berettigete forventninger. Det er likevel grunn til å tro at særlig EUs forslag til presisering av standarden, samt forslaget om en permanent domstolsordning, vil føre til en mer entydig og forutsigbar tolkningspraksis under TTIP. Også USA ser det antagelig som en målsetning å legge til rette for en moderat fortolkningslinje i samsvar med folkerettslig sedvanerett. CETA og EUs forslag i TTIP går likevel lenger i retning av å begrense tolkningen av berettigede forventninger enn både USAs BIT-modellavtale og den noe mer restriktive formuleringen av standarden i TPP, så utfallet av TTIP-forhandlingene vil her ha betydning for rekkevidden av standarden. Dette forhindrer likevel ikke at vi uansett står overfor en potensielt dynamisk standard, som det ikke helt kan utelukkes at en fast domstol (eller internasjonale voldgiftstribunaler) vil kunne fortolke på en måte som i enkeltsaker går lenger enn det som følger av norsk rett.

Kravet til nasjonal behandling innebærer et forbud mot usaklig forskjellsbehandling av utenlandske investorer sammenlignet med vertsstatens egne borgere. Både eksisterende prinsipper i norsk rett, EØS-retten og EMK forbyr forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Heller ikke et slikt krav vil dermed prinsipielt sett avvike vesentlig fra det som allerede følger av norsk rett og andre internasjonale forpliktelser Norge allerede er bundet av. Som for de øvrige standardene som er nevnt hittil, er det overgivelsen av myndigheten til å fortolke og anvende standarden til internasjonale tribunaler som primært fremstår som det «inngripende» fra et norsk perspektiv.

Både en såkalt «paraplyklausul», som ubetinget forplikter staten til å overholde kontrakter og andre forpliktelser inngått direkte med private investorer, og en generelt utformet bestevilkårsklausul, vil derimot kunne ha mer prinsipielt problematiske aspekter i et norsk perspektiv. Her er det imidlertid mulig å se for seg en bindende

tolkningsuttalelse eller reservasjon i forbindelse med en norsk tilslutning.

Det må uansett anses klart at det er mekanismen for investor-stat tvisteløsning (ISDS) som primært fremstår «inngripende» i et norsk internrettslig perspektiv. EUs forslag om en fast domstolsordning med en ankeinstans bygger på legitimitetsinnvendinger mot den ordningen med ad hoc voldgift som hittil har vært vanlig. EUs forslag vil adressere mange av de betenkelighetene som knytter seg til bruk av voldgift, men forutsettes også å beholde viktige elementer fra det eksisterende systemet, særlig når det gjelder rettsvirkninger og adgang til håndheving av en dom. Det helt sentrale med en fast domstol er at den vil få styrket legitimitet og autoritet. Dette vil antagelig gi en mer ensartet og forutsigbar rettsutvikling under TTIP enn det man har sett under andre investeringstraktater. Samtidig vil den økte autoriteten en fast domstol forvalter også måtte medføre at overgivelsen av myndighet til en slik domstol fremstår som mer inngripende (men ikke nødvendigvis mer problematisk) i et internrettslig perspektiv.

Særlig om mulige konstitusjonelle skranker for norsk tilslutning

I Norge har det tidligere, særlig i uttalelser fra lovavdelingen i Justisdepartementet, vært reist tvil om voldgiftsmekanismen i bilaterale investeringstraktater og den såkalte Energichartertraktaten (som Norge har signert men ikke ratifisert) er i samsvar med Grunnloven. Selv om det må knyttes forbehold til hvordan ISDS under TTIP til slutt blir seende ut, fremstår det sannsynlig at en slik mekanisme vil beholde de egenskapene som har reist spørsmål opp mot Grunnloven i en norsk kontekst.

EUs forslag legger som nevnt ikke opp til noen vesentlige endringer når det gjelder de mulige internrettslige virkningene av en dom. Forutsetningen er fortsatt at mekanismen her skal ta utgangspunkt i systemet for internasjonal voldgift, herunder den såkalte ICSID-konvensjonen, som krever at en dom må gjennomføres i intern rett på samme måte som en endelig dom fra det aktuelle landets egne domstoler.

Samtidig er en nokså parallell problemstilling til den norske grunnlovsproblematikken også blitt reist i en EU-kontekst, der det antagelig vil være i strid med EU-retten og prinsippet om EU-domstolens eksklusive kompetanse, om en dom fra et TTIP-tribunal kan få bindende virkning for hvordan EU-retten skal forstås. Det er ikke usannsynlig at dette vil føre til presiseringer i traktaten som indirekte også kan ha betydning for det norske grunnlovsspørsmålet.

Det er for tidlig å konkludere med hensyn til de grunnlovsmessige implikasjoner av en eventuell norsk tilslutning til et TTIP-regime. I lys av tidligere vurderinger og problematisering av forholdet til Grunnloven når det gjelder BITs, synes det imidlertid klart at en investor-stat tvisteløsningsmekanisme i TTIP reiser problemstillinger som må være gjenstand for en grundig konstitusjonell vurdering. EUs foreslåtte domstolsordning vil adressere en del av de legitimitetsinnvendinger som har vært reist mot en voldgiftsordning, men som pekt på over er det også aspekter av en fast domstolsordning som kan gjøre den mer inngripende enn en voldgiftsordning.



Norsk Utenrikspolitisk Institutt

Norsk Utenrikspolitisk Institutt [NUPI] ble etablert i 1959, og er et ledende, uavhengig forskningsinstitutt på internasjonal politikk og områder av relevans for norsk utenrikspolitikk. Formelt er NUPI underlagt Kunnskapsdepartementet, men opererer likevel som en uavhengig, ikke-politisk virksomhet i alle sine faglige aktiviteter. Forskning utført ved NUPI spenner fra kortsiktig anvendt forskning til mer langsiktig, grunnforskning.

Om forfatterne:

Ivar Alvik er professor i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, tilknyttet Nordisk institutt for sjørett og Senter for europarett.

Tarjei Bekkedal er professor i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, tilknyttet Senter for europarett.

Christophe Hillion er professor ved Universitetet i Leiden, Nederland. Han er også tilknyttet NUPI som Seniorforsker og har en forskerstilling ved Senter for europarett, Universitetet i Oslo.

NUPI

Norsk Utenrikspolitisk Institutt
C.J. Hambros plass 2D
Postboks 8159 Dep. 0033 Oslo
www.nupi.no | info@nupi.no