

MARITUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Kjersti Lerkerød

Investeringsbeskyttelse i Russland

Den norsk-russiske BITens betydning for norske
leverandører til russisk petroleumsindustri

Investeringsbeskyttelse i Russland

Den norsk-russiske BITens betydning for norske
leverandører til russisk petroleumsindustri

Kjersti Lerkerød



Marlus nr. 426
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2013
ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
Universitetet i Oslo
Nordisk institutt for sjørett
Postboks 6706 St. Olavs plass
N-0130 Oslo

Telefon: 22 85 96 00
Telefaks: 22 85 97 50
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internett: www.jus.uio.no/nifs

Redaktør: Professor Trond Solvang
Bidrag sendes til trond.solvang@jus.uio.no

Abonnement og løssalg:
Den norske bokbyen <http://bokbyen.no/butikk> - post@bokbyen.no

Trykk: 07 Xpress as

Forord

Denne oppgaven ble skrevet mens jeg var ansatt som vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett (NIFS), Avdeling for petroleumsrett. Avhandlingen publiseres i all hovedsak slik den ble levert som studentavhandling.

Året ved instituttet var lærerikt og utfordrende. Takk til Knut Kaasen, Hanne Sofie Logstein, Henrik Bjørnebye og Inger Hamre for et inkluderende faglig miljø.

En særlig takk til min veileder Ivar Alvik, som introduserte meg for internasjonal investeringsrett, og bidro med konkrete og konstruktive innspill underveis i skrivingen. Takk også til Irina Fodchenko, Bengt Lie Hansen, Thomas Michelet, Jonas Helie og Kjell Trommestad for nyttige innspill om russisk investeringsklima og landets leverandørindustri underveis i skriveprosessen.

Takk også til Line Ramm Bjerke, Henrik Møinichen, Andreas Hjetland, Monica Zak og Sindre Slettevold for et inspirerende og sosialt vitenskapelig assistent-miljø og til Cato Løwer for lesing av oppgaven og nyttige innspill.

Innhold

1	INNLEDNING.....	9
1.1	Oppgavens tema.....	9
1.2	Den norsk-russiske BITen i en investeringsrettslig kontekst.....	11
1.3	Rettslige utgangspunkter.....	13
1.3.1	Krav som stilles til investeringen.....	14
1.3.2	Den norske leverandøren må være en <i>investor</i> i traktatens forstand.....	15
1.4	Rettskilder og metode.....	19
1.4.1	Det rettslige rammeverket.....	19
1.4.2	Norsk kontekst.....	21
1.4.3	Prosessregler.....	22
1.4.4	Om bruk av ICSID-praksis.....	22
1.5	Avgrensninger.....	23
1.6	Oversikt over den videre fremstilling.....	24
2	RISIKO KNYTTET TIL INVESTERINGER I RUSSLAND.....	25
2.1	Sektorspesifikke årsaker til politisk risiko.....	26
2.1.1	Svakt utviklet institusjonelt rammeverk.....	26
2.1.2	Motiver for innblanding: Strategi, økonomi og nasjonalisme.....	30
2.1.3	Sosio-politisk ustabilitet.....	32
2.1.4	Oppsummering.....	32
2.2	Kontraktsspesifikke årsaker til politisk risiko.....	33
2.2.1	Kontraktsspesifikke forhold som påvirker partenes forhandlingsstyrke.....	35
2.2.2	Kontrakter om leting og utvinning.....	35
2.2.3	Entreprise- og fabrikkasjonskontrakter.....	38
2.2.4	Borekontrakter og offshorecertepartier.....	39
2.2.5	Vareleveranser.....	41
2.2.6	Forsknings- og utviklingsavtaler (FoU).....	41
2.2.7	Andre tjenestekontrakter.....	42
2.3	Virkninger av realisert politisk risiko for norske leverandører.....	44
2.4	Virkemidler for håndtering av politisk risiko – BITen i kontekst.....	47
2.4.1	Løsning i det nasjonale rettssystemet.....	47
2.4.2	Regulering i avtalen.....	49
2.4.3	Forsikring mot politisk risiko.....	49
2.4.4	Diplomati og direkte forhandlinger.....	51

	2.4.5 Andre traktater	52
	2.4.6 Kommersiell voldgift.....	52
	2.4.7 Oppsummering.....	53
3	FASTLEGGELSE AV INVESTERINGSBEGREPETS INNHOLD.....	53
3.1	Enhver form for aktiva.....	54
3.2	Kontrakter som investeringer	55
3.3	ICSID-praksis og debatten om investeringsbegrepets kjerneegenskaper	56
3.4	Nedre grense mot enkle salg	58
3.5	En positiv angivelse av investeringsbegrepets kjerneegenskaper..	62
	3.5.1 Aktiviteten må utgjøre et bidrag.....	65
	3.5.2 Aktiviteten må medføre risiko	69
	3.5.3 Kontraktperiodens varighet.....	72
	3.5.4 Regelmessighet i fortjeneste og avkastning.....	74
3.6	Kravet om territoriell tilknytning.....	75
4	VURDERING AV ULIKE LEVERANDØRKONTRAKTER	79
4.1	Kontrakter om leting og utvinning.....	79
4.2	Entreprise- og fabrikkasjonskontrakter	80
4.3	Vareleveranser	82
1.1	Andre tjenestekontrakter.....	84
4.4	Borekontrakter og offshorecertepartier	87
4.5	Forsknings- og utviklingsavtaler (FoU).....	87
5	MATERIELLE VILKÅR.....	88
5.1	Tilordning: Statens ansvar for statsselskapers opptreden	89
	5.1.1 Tilordning der statsselskapet er et statsorgan	91
	Tilordningsgrunnlaget	91
	Statsselskaper som statsorganer.....	93
	5.1.2 Tilordning der statsselskapet driver med myndighetsutøvelse.....	97
	5.1.3 Tilordning der statsselskapet handler under oppsyn eller instruksjon fra staten	106
	5.1.4 Samlet vurdering	110
5.2	Kontraksbrudd som utgangspunkt for traktatbrudd	111
	5.2.1 Rettslige utgangspunkter	112
	5.2.2 Kort om den norsk-russiske BITens materielle beskyttelsesstandarder	113
	5.2.3 FET-standardens anvendelse ved kontraksbrudd.....	114

5.2.4	Ekspropriasjonsstandarden som beskyttelse mot kontraktsbrudd	118
5.3	Oppsummering: beskyttelse mot kontraktsbrudd fra statsselskaper	123
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER: BITEN SOM VIRKEMIDDEL MOT POLITISK RISIKO	124
KILDEHENVISNINGER		126
Traktater		126
	Multinasjonale traktater.....	126
	Bilaterale traktater.....	127
Nasjonale rettskilder.....		127
	Norsk Lovgivning.....	127
	Forarbeider	127
	Andre dokumenter	127
	Russisk lovgivning.....	128
	Strategiske dokumenter.....	128
Voldgiftsregler.....		129
Voldgiftspraksis		129
	Avgjørelser fra ICSID.....	129
	Avgjørelser fra The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce	134
	Avgjørelser fra Den internasjonale domstolen	134
	Investeringssaker (Ad hoc)	134
Litteratur.....		135
Foredrag.....		140
Rapporter.....		141
Nettsider		142
VEDLEGG		
	Norsk versjon av den norsk-russiske BITen	147
	Engelsk versjon av den norsk-russiske BITen	154
SJØRETTSFONDETS PUBLIKASJONER		163

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Leverandørvirksomheten til petroleumssektoren er den viktigste kompetanseindustrien Norge har i Russland.¹ Mens utvinningsvolumet i Norge mest sannsynlig har nådd sitt høydepunkt og er på vei ned,² antas det at om lag 22 % av verdens uoppdagede petroleumssressurser befinner seg offshore i arktiske områder, og at mesteparten av disse er på russisk territorium.³ Frem til i dag har Russland i liten grad nyttiggjort seg petroleumssressursene offshore⁴ på grunn av manglende kompetanse, teknologi og utstyr, samt mangel på finansiering som følge av et mindre gunstig investeringsklima.⁵

I Norge har det norske oljeeventyret gitt grobunn for en leverandørindustri som har opparbeidet seg sterk kompetanse på petroleumsutvinning til havs.⁶ Kombinert med risikovillighet og evne til å levere til riktig tid og til avtalt pris, bidrar dette til å gjøre norske leverandører konkurransedyktige på det globale markedet.⁷ Norsk teknologi til oljeleting og produksjon omsatte for rundt 177 milliarder norske kroner i 2012.⁸ Den globale markedsandelen for boreanlegg nærmer seg 80 prosent, og innen seismikk og undervannsutstyr ligger den på 50 prosent.⁹

Motivert av utsikter til økonomisk gevinst, tar aktører fra norsk off-

¹ En leverandør i denne sammenheng er et norskregistrert selskap som er operatør eller leverer olje- og gassrelaterte varer eller tjenester til oppstrøms olje- og gassindustri, enten direkte til operatørene eller som underleverandør til andre leverandører.

² Petroleumssressursene på norsk kontinentalsokkel (2011) side 8

³ Meld.St. 7 (2011-2012) 110

⁴ Energy Strategy of Russia (2010) 27; Fodchenko (2009) 2

⁵ Svistun (2008) 19; Rowling (2012); Amsterdam (2006) 40

⁶ Meld St. 7 (2011-2012) 110

⁷ Rystad Energy (2012)

⁸ Harbo (2012)

⁹ Rystad Energy (2012). I rapporten anslås det at omsetningen til det norske leverandørmarkedet vil ende på 290 milliarder I 2012.

shore- og leverandørindustri stadig skritt for å posisjonere seg mot det russiske markedet.¹⁰ Rundt 70 norske selskaper er etablert i Russland i dag, hovedsakelig i Moskva, St. Petersburg og Murmansk. Dette er først og fremst små og mellomstore bedrifter, og tyngdepunktet ligger på selskaper som yter ulike former for leveranser til petroleumsindustrien.

I lys av dette har norsk leverandørindustri og russiske myndigheter stor interesse i samarbeid om utvinning av petroleumsressursene. Et stort hinder for et vellykket norsk engasjement i russisk petroleumssektor er imidlertid den politiske risikoen knyttet til investeringer i Russland. Med *politisk risiko* menes faren for at vilkårlig opptreden fra myndighetene i et land får negativ effekt på en avtales lønnsomhet. Med *opptreden* siktes det til alle handlinger eller unnlaterelser som er utslag av at staten utøver sin myndighet, slik som regelendringer, manglende håndhevelse av kontraktsbrudd i rettssystemet eller kontraktsbrudd som sådan. Her rettes fokus særlig mot opptreden til russiske *statselskaper*, forstått som et selskap hvor den russiske stat har majoritetsaksjeposten. Nære bånd mellom myndigheter og den private organiseringen av russisk petroleumsindustri innebærer at norske leverandører må forholde seg til myndighetene også i relasjoner som i utgangspunktet er kommersielle.

Temaet for oppgaven er hvordan og i hvilken grad den bilaterale investeringstraktaten mellom Norge og Russland (den norsk-russiske BITen) kan bidra til å sikre investeringer foretatt av norske leverandører til russisk petroleumssektor mot den politiske risikoen knyttet til slike investeringer.¹¹ En bilateral investeringstraktat (BIT) er en folkerettslig avtale mellom to stater, som gir *private investorer* fra den ene traktatstaten en ubetinget rett til å gå til internasjonal voldgiftssak mot den andre *staten*, dersom investoren mener seg utsatt for visse former for vilkårlig myndighetsinnblanding. Investoren gis dermed direkte adgang til tvisteløsning for en uavhengig domstol, uten at staten må samtykke fra sak til sak. Voldgiftsdommer som avsies på grunnlag av BITer kan dessuten fullbyrdes i vertsstatens midler, noe som gjør BITer til et potent rettsmiddel.

¹⁰ Meld St. 7 (2011-2012) 12

¹¹ Avtale mellom Norge og Russland om fremme og gjensidig beskyttelse av investeringer. Undertegnet av partene 4. oktober 1995, i kraft 21. mai 1998.

For at den norsk-russiske BITen skal være et aktuelt rettslig middel for en norsk investor, må den både komme til anvendelse på de aktuelle *leverandørkontraktene* og *gi beskyttelse mot den aktuelle myndighetsopptreden*. For en norsk leverandør er derfor et første spørsmål om kontraktene faller inn under den norsk-russiske BITens virkeområde. For at BITen skal komme til anvendelse på kontraktene, er det avgjørende at traktatens jurisdiksjonsvilkår er oppfylt. Det sentrale spørsmålet i relasjon til leverandørkontrakter vil være å vurdere hvilke kontrakter og avledede rettigheter som utgjør «investeringer» i medhold av den norsk-russiske BITen artikkel 8. Som vil bli vist i oppgaven er det først og fremst kontraktene med en ikke ubetydelig grad av risikoeksponering mot usikre forhold i landet det investeres i som oppfyller dette kriteriet. Motsetningsvis vil kontrakter som regulerer enkelttransaksjoner som enkle kjøp og salg etter prinsippet om ytelse mot ytelse og uten større innslag av sunk costs¹² i utgangspunktet falle utenfor.

Videre må det vurderes hva slags opptreden som dekkes. For det første må det undersøkes i hvilken grad russiske myndigheter svarer for statselskapers handlinger. Hvorvidt det foreligger en tilstrekkelig forbindelseslinje mellom det aktuelle statsselskapet og myndighetene må løses konkret og på bakgrunn av reglene om statsansvar. Dernest oppstår spørsmålet om hva slags opptreden fra disse som er dekket. Fordi de materielle bestemmelsene i liten grad reiser spørsmål som er spesielle for den norsk-russiske BITen, og i forlengelsen av fokuset på statsselskaper fokuseres det her på BITens beskyttelse mot kontraktsbrudd. Formålet er å illustrere at den norsk-russiske BITen har et vidt anvendelsesområde, og at den også kan få betydning på problemstillinger som ved første vurdering virker kommersielle.

1.2 Den norsk-russiske BITen i en investeringsrettslig kontekst

Sterk økning i oljeprisen på midten av 70-tallet førte til en bølge av na-

¹² Sunk costs er en betegnelse på investeringer som vanskelig kan gis et alternativt anvendelsesområde når de først er plassert, Vivoda (2011) 11

sjonalisering i oljeindustrien. Utviklingslandenes ønske om kontroll over lønnsomme naturressurser førte til at mange investorer fra industrialiserte land mistet konsesjonene sine, eller opplevde at kontrakter om produksjon og utnytting ble endret, reforhandlet eller opphevet.¹³ Nødvendigheten av å tilby investorer beskyttelse mot usikkerheten og samtidig sikre deres vilje til fortsatt å bidra med kapital, teknologi og kompetanse, førte til fremveksten av et nett av BITer. Traktatenes klassiske virkeområde har således vært beskyttelse ved ekspropriasjon, og har vært rettet mot å verne investeringer fra industrialiserte land til utviklingsland, ved å gi erstatning der staten har fratatt investoren rettigheter.

De siste tiårene har nettet av BITer vært i eksplosiv utvikling, med over 3000 investeringstraktater sluttet på verdensbasis.¹⁴ Dette har ført til et økende antall investeringstvister, og voldgiftspraksis viser at BITer stadig påberopes for nye rettighetstyper og ny atferd. Selv om innholdet i de ulike BITene varierer noe, kjennetegnes de av å «respond to the demands of expanding globalization and, as a consequence, the increasing interdependence of national economies».¹⁵

Avtale mellom Norge og Russland om fremme og gjensidig beskyttelse av investeringer ble undertegnet 4. oktober 1995 og trådte i kraft 21. mai 1998. Den er en av 16 BITer Norge har inngått med andre land.¹⁶ Traktaten har en utforming og et innhold som er vanlig i BIT-sammenheng. Det fremgår av fortalen at den skal tjene de samme hensynene som opprinnelig ble søkt ivaretatt ved inngåelse av BITer, nemlig å «utvikle det økonomiske samarbeid» mellom statene og å «stimulere og skape gunstige forhold for investeringer.»

Der en norsk investor mener at russiske myndigheter har brutt en eller flere av de materielle standardene i BITen, kan saken bringes inn for en uavhengig voldgiftsdomstol i medhold av BITens artikkel 8. Traktaten gir anvisning på to alternative tvisteløsningsmekanismer. Den

¹³ Nolan (2012) 145; Gebelein (1978) 725

¹⁴ Salacuse (2010 II) 427

¹⁵ Reisman (2004) 115

¹⁶ De andre landene er Chile, Kina, Tsjekkia, Estland, Ungarn, Indonesia, Latvia, Litauen, Madagaskar, Malaysia, Peru, Polen, Romania, Slovakia og Sri Lanka.

ene er ad hoc-voldgift på grunnlag av UNCITRALs voldgiftsregler. Dette anses som en fleksibel løsning, men det tilbys ikke institusjonell støtte. Det andre alternativet er at saken føres for Stockholm Chamber of Commerce (SCC) og går etter instituttets voldgiftsbestemmelser.¹⁷ Videre følger det av BITens artikkel 8 at voldgiftsdomstolenes avgjørelser skal anerkjennes og fullbyrdes i samsvar med New York-konvensjonen.¹⁸ Denne ble ratifisert av Russland 24. august 1960 og av Norge 16. mars 1961. Partene i konvensjonen har godtatt at en voldgiftsdom avsagt i en stat fritt kan fullbyrdes i deres jurisdiksjon. Konvensjonen anses som meget effektiv. Weigand (2008) skriver at «this unique treaty renders any additional research for the national laws of the respective countries superfluous, thereby giving a very high degree of legal certainty.»¹⁹

1.3 Rettslige utgangspunkter

For at en voldgiftsdomstol skal ha jurisdiksjon over en tvist basert på den norsk-russiske BITen, er det avgjørende at partene har gitt samtykke til internasjonal voldgift (jurisdiksjon *ratione voluntatis*). Slikt samtykke anses gitt av staten når denne inngår en bilateral investeringstraktat og av investoren når denne bringer en sak inn for voldgift. Samtykket strekker seg imidlertid kun til de tvister som oppfyller de øvrige jurisdiksjonsvilkårene i traktaten.

Det forutsettes for det første at tvisten er «forsøkt løst i minnelighet», jf. Artikkel 8 1. ledd. Dersom dette ikke fører noen vei «innen seks måneder etter skriftlig underretning», kan tvisten bringes inn for voldgift på nærmere bestemte vilkår. Det er for det første nødvendig at tvisten består «mellom en investor tilhørende en avtalepart og den annen avtalepart». Dernest må tvistens gjenstand være en «investering på [russisk] territorium». I tillegg må tvisten gjelde «følgene av manglende eller uriktig gjennomføring av forpliktelsene etter» BITen, noe som innebærer en avgrensning av hvilke materielle krav som kan fremmes. Det er også

¹⁷ The Arbitration Rules and the Rules for Expedited Arbitrations

¹⁸ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

¹⁹ Weigand (2009) 60

nødvendig at voldgiftsretten kommer til at BITen var anvendelig på tidspunktet for tvisten (jurisdiksjon *ratione temporis*), og at det foreligger et krav basert på traktaten. Kravet om at det må foreligge en investering på russisk territorium behandles nærmere i kapittel 3 og 4. Her gis en gjennomgang av de øvrige jurisdiksjonsvilkårene.

1.3.1 Krav som stilles til investeringen

I tillegg til at den norsk-russiske BITen artikkel 8 krever at tvisten gjelder en «investering på [russisk] territorium», stilles det også øvrige krav til investeringen for at den skal være en beskyttet interesse. Artikkel 8 fastslår at investeringen må være foretatt i «samsvar med vertslandets lover og regler.» Det er imidlertid kun *lovligheten* av investeringen som vurderes etter vertsstatens rettsregler. Hvilke transaksjoner som er en investering avgjøres etter internasjonal rett.

Vilkåret representerer en mulig fallgrube for norske investorer, da russisk regelverk kan være uoversiktlig og korrupsjon er utbredt. Det er heller ikke upraktisk at myndighetene i vertsstaten forsøker å bruke vilkåret som et trumfkort, ved å gjøre gjeldende i ettertid at en investering ikke er foretatt i tråd med rettsreglene. Innsigelser kan for eksempel gjelde en avtale eller et vedtaks gyldighet, manglende overholdelse av krav om nasjonalt innhold²⁰ eller forhåndsgodkjennelse der en transaksjon setter en investor i en innflytelsesrik posisjon i et strategisk selskap.²¹

I nyere rettspraksis er det i tillegg oppstilt et krav om at *investeringen må ha skjedd i god tro*. Dette må anses som en snever misbruksreservasjon forbeholdt grovere forsøk på å utnytte BITer i strid med formålet.²²

Også når en investering anses foretatt har betydning for om den norsk-russiske BITen kommer til anvendelse. Det fremgår av artikkel 11

²⁰ Se for eksempel den russiske PSA-loven artikkel 7, som stiller krav til at investoren anvender russiske varer og tjenester og benytter seg av russisk arbeidskraft

²¹ Se Føderal lov om utenlandske investeringer i strategiske russiske selskaper; Hogan Lowells (2011) 1

²² Se *Phoenix v Czech Republic* (Award, 2009) og *GEA v Ukraine* (Award, 2011)

at traktaten gjelder investeringer foretatt etter 1. januar 1960.²³ I artikkel 14 fastslås det at avtalen skal gjelde i femten år, og deretter «i tolv måneder fra den dag en av avtalepartene gir den annen avtalepart skriftlig varsel om avtalens opphør». I 2. ledd fastslås det at «for investeringer foretatt før den dag denne avtale opphører, skal bestemmelsene i artikkel 1-12 gjelde for en ytterligere periode på 15 år fra nevnte dag». Til forskjell fra enkelte andre investeringstraktater, inneholder ikke den norsk-russiske BITen noe krav om at selve tvisten må ha oppstått etter traktatens ikrafttredelse.²⁴

1.3.2 Den norske leverandøren må være en *investor* i traktatens forstand

Det følger videre av den norsk-russiske BITen artikkel 8 at det kun er fysiske eller juridiske personer som er «investor tilhørende en avtalepart» som kan få en tvist brakt inn for voldgift. Kravet om nasjonalitetstilknytning er et utslag av at formålet med den norsk-russiske BITen kun er å sikre og fremme investeringer mellom *traktatspartene*. Man har i den forbindelse valgt å knytte landtilhørigheten opp mot investorens nasjonalitet, og ikke selve investeringens opprinnelse.²⁵ For begge gruppene kreves det i tillegg at personen eller enheten har «tillatelse til å foreta investeringer på [russisk] territorium», jf. Artikkel 1 2. ledd siste leddsetning. Dette vilkåret må forstås som en henvisning til russisk rett.

Hvem som kan være «investor» defineres nærmere i BITens artikkel 1 2. ledd. Dette kan for det første være «[e]nhver fysisk person som etter [norsk] lovgivning er [norsk] borger», jf. bokstav a. Dette må forstås som enhver som oppfyller et av ervervsgrunnlagene i statsborgerloven.²⁶ Selv om vurderingen foretas etter nasjonale regler, er voldgiftsdomstolen

²³ Unntak oppstilles for selskapet «Arkticugol». For dette får traktaten anvendelse fra 1. januar 1925

²⁴ Se for eksempel den dansk-egyptiske BITen.

²⁵ Dolzer (2008) 46

²⁶ Etter denne kan erverv skje på grunnlag av fødsel, adopsjon, søknad og melding i henhold til nordisk avtale. Statsborgerskap tapes ved fravær fra riket og etter søknad eller erverv av annet statsborgerskap.

kompetent til å ta stilling til nasjonalitetsspørsmålet.²⁷ Det er eksempler på at doble statsborgerskap har blitt anerkjent i den forstand at vedkommende fortsatt er beskyttet av BITen.²⁸ Dette er neppe aktuelt for norske investorer etter den norsk-russiske BITen, siden det fastslås i statsborgerloven § 23 at «[d]en som erverver annet statsborgerskap etter søknad eller uttrykkelig samtykke, taper sitt norske statsborgerskap.»²⁹

For det andre kan en investor være «[e]nhver juridisk person, herunder et konsern, selskap, foretak eller en sammenslutning som er registrert eller oppretter på avtalepartens territorium i samsvar med dens lovgivning», jf. bokstav b. Det fremgår av samme bestemmelse at en juridisk person blant annet kan være et «konsern, selskap, foretak eller sammenslutning», men listen er ikke uttømmende. Av enheter som anerkjennes som juridiske personer etter norsk rett er blant annet ulike former for selskap, stiftelser, foreninger, statsforetak og visse former for enkeltpersonforetak.³⁰ Ordlyden tilsier at det kun oppstilles et *formelt* inkorporasjonskrav.³¹ En slik løsning er ikke åpenbar, siden statenes stående samtykke til voldgift og den inngripen dette fører til i statenes suverenitet skulle tilsi at det ble lagt noenlunde stramme rammer for hvem som kunne trekke staten for retten. Forståelsen har imidlertid støtte i voldgiftspraksis, hvor det normalt legges til grunn at et strengere tilknytningskriterium ikke kan tolkes inn der ordlyden i BITen ikke åpner for andre løsninger.³² Hensynet til forutsigbarhet for investorene taler også for denne løsningen. I *Aguas del Tunari v Bolivia* godtok retten at et selskap kom inn under en BIT fordi eierne skiftet nasjonalitet. Bolivia anførte at det avgjørende måtte være at det var samme investor som i realiteten hadde kontrollen. Retten avviste dette og påpekte at:

²⁷ Se for eksempel *Soufraki v United Arab Emirates* (Award, 2004) para 55

²⁸ Se for eksempel *Olguin v Paraguay* (Award, 2001) para 164

²⁹ Et snevert unntak gjelder for barn under 18 år i visse situasjoner, jf. 2. ledd.

³⁰ Foretaksregisterloven § 2-1 forutsetningsvis.

³¹ Utkastet til ny norsk modell for investeringsavtaler (2007) inneholder til sammenligning et krav om at den juridiske enheten både er «opprettet i samsvar med og anerkjent som en juridisk person i henhold til en parts lovverk og at denne driver reell forretningsvirksomhet på territoriet til denne part» i sin artikkel 2 1. ledd nr. 2.

³² Se for eksempel *Tokios Tokeles v Ukarine* (Decision on Jurisdiction, 2004); Alvik (2009) 7 og Dolzer (2008) 49

“The uncertainty inherent in Respondent’s call for a test based on an uncertain level of actual control would not be consistent with the object and purpose of the BIT (...). If an investor cannot ascertain whether their ownership of a locally incorporated vehicle for the investment will qualify for protection, then the effort of the BIT to stimulate investment will be frustrated.”³³

Det taler også for en streng ordlydsfortolkning at kontraktspartene hadde mulighet til å motvirke nasjonalitetsplanlegging da de utformet traktaten. Man kunne for eksempel tatt inn en «denial of benefits»-klausul som gir staten anledning til å nekte BIT-beskyttelse til selskaper som ikke hadde en forbindelse av økonomisk substans med den staten der den hevder å være investor.³⁴ Etter dette er det riktig å legge til grunn at utenlandske personer kan få beskyttelse under den norsk-russiske BITen ved å registrere et selskap i Norge. Følgelig kan et selskap registrert i Norge eller Russland ha utenlandske eiere, utenlandsk hovedkontor og være under utenlandsk kontroll, men fortsatt nyte vern etter den norsk-russiske BITen.³⁵

Et formelt inkorporasjonskrav åpner for å drive *nasjonalitetsplanlegging*, og anvendelse av BITen som virkemiddel i investeringsstrategier.³⁶ Formålet kan være å komme inn under virkeområdet til en BIT overhodet, eller å komme inn under en BIT med mer fordelaktige bestemmelser enn den investoren egentlig sorterer under. Norge har kun inngått 16 bilaterale investeringstraktater, slik at investorer i andre stater enn disse kan være tjent med å opprette et single purpose-selskap for å kvalifisere som investorer under en BIT overhodet.

Det formelle inkorporasjonskravet kan også føre til at russiske selskaper og borgere kan oppnå en viss beskyttelse mot egne myndigheter gjennom å registrere et selskap i Norge. I Tokios *Tokeles v Ukraine* var

³³ *Aguas de Tunari v Bolivia* (Decision on Jurisdiction 2005) para 247; *Aucoven v Venezuela*

³⁴ Dolzer (2008) 55

³⁵ Hensynet til kun å verne traktatpartenes investorer ivaretas gjennom at det oppstilles krav til at en investering må være foretatt i god tro for å være beskyttet.

³⁶ Alvik (2009) 7

saksøker, et litauisk investeringsselskap, kontrollert av ukrainske aktører.³⁷ Ukraina protesterte på at ICSID-tribunalet hadde jurisdiksjon under henvisning til at saksøkerne ikke hadde noen reell tilknytning til Litauen. Flertallet avviste innsigelsen under henvisning til at den aktuelle BITen lot inkorporasjon være avgjørende. Voldgiftsretten foretok tilsynelatende en konkret helhetsvurdering, og hold døren åpen for at lignende saker kunne avvises dersom det forelå en misbrukssituasjon.

Når det gjelder norske investorers behov for å komme inn under en mer fordelaktig BIT, dempes dette av at en Most Favoured Nation-klausul (MFN) er inntatt i BITens artikkel 3 2. ledd. Klausulen innebærer at traktatpartene påtar seg å yte hverandres investorer en behandling som «ikke være mindre gunstig enn den behandling som gis investeringer foretatt av investorer tilhørende en tredjestat.»³⁸ I *Mazzeffini v Spain* ble en slik klausul tolket dithen at investoren kunne velge den mest fordelaktige *tvisteløsningsmekanismen* som vertsstaten hadde godtatt i en av sine BITer.³⁹ Denne løsning har blitt kritisert og tilbakevist i nyere voldgiftsdommer, særlig under henvisning til at en slik valgmulighet for investoren er på kant med kravet om samtykke til voldgift.⁴⁰ På denne bakgrunn er det en forsvarlig vurdering at det kreves klare holdepunkter i traktaten for at en MFN-klausul skal anses å gi adgang til å velge den foretrukne tvisteløsningsmekanismen. I den norsk-russiske BITen knytter MFN-klausulen seg til standarden om rettferdig og rimelig behandling i artikkel 3 1. ledd. Siden det ikke kan føre frem å hevde av en tvisteløsningsmekanisme per se er i strid med denne standarden, er det lite sannsynlig at investorens kan høres med at BITen gir adgang til å velge den som er mest fordelaktig.

Et annet spørsmål er om *norske statselskaper* kan være investorer

³⁷ Tokios *Tokelés v Ukraine* (Decision on Jurisdiction, 2004); Se også *Romp petrol v Romania* (Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility 2008)

³⁸ Vesel (2007) 126

³⁹ *Mazzeffini v Spain* (2000) para 5

⁴⁰ Sornarajah (2010) 322 som viser til *Telenor v Hungary* (Award, 2006); *Berschader v Russia* (Award, 2006); *Tza Yap Shum v Peru* (Decision on Jurisdiction and Competence, 2009).

under den norsk-russiske BITen artikkel 8.⁴¹ Artikkel 8 gir i utgangspunktet kun jurisdiksjon i tvist mellom en privat part og den ene traktatstaten. At BITen først og fremst har som formål å beskytte private investeringer taler mot at statlige selskaper kan gå til sak på grunnlag av artikkel 8. Det er imidlertid antatt at beskyttelse av statskontrollerte selskaper kan være aktuelt dersom de opptrer i egenskap av å være kommersiell aktør.⁴² Norske myndigheter har i Statens eierberetning foretatt en inndeling av sine selskaper etter hvorvidt de forfølger forretningsmessige eller sektorpolitiske mål, som kan være en indikator på hvilke selskaper som vil anses som investor.⁴³ Ifølge denne inndelingen har for eksempel Entra Eiendom AS og SAS AB «forretningsmessige mål», mens Aker Kværner AS og Statoil ASA har «forretningsmessige mål med nasjonal forankring». Innovasjon Norge og Universitetssenteret på Svalbard er eksempler på selskaper med sektorpolitiske mål. En voldgiftsdomstol er selvfølgelig ikke bundet av dette, og uansett må hver enkelt sak vurderes konkret. Det anses som et uavklart spørsmål om ikke-kommersielle organisasjoner kan være investorer. Vurderingen vil antakelig avhenge av hvilke aktiviteter aktøren bedriver.⁴⁴

1.4 Rettskilder og metode

1.4.1 Det rettslige rammeverket

Statuttene for Den internasjonale domstolen (ICJ) artikkel 38 (1) angir de relevante rettskildene i folkeretten.⁴⁵ De kilder som skal vektlegges er «international conventions (...) expressly recognized by the contesting states», «international custom, as evidence of a general practice accepted as law» og «the general principles of law recognized by civilized nations».

⁴¹ Sml. Den norsk-russiske BITens artikkel 10 om tvister mellom avtalepartene

⁴² Dolzer (2008) 46; CSOB v Slovakia (Decision on Jurisdiction, 1999) para 16-27; Broches (1972) 354-355

⁴³ Statens eierberetning 2011 – Selskaper

⁴⁴ Dolzer (2008) 46

⁴⁵ Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, in force 24 October 1945). Statuttene er kun formelt bindende for ICJ, men anses å gi et alminnelig uttrykk for kildene i folkeretten; Ruud (2011) 66

I tillegg er «judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations» subsidiære rettskilder ved fastleggelsen av rettsreglene.

Den norsk-russiske BITen den sentrale traktaten i oppgaven. Som en folkerettslig avtale tolkes den i samsvar med folkerettslige prinsipper. Dette omfatter folkerettslig sedvanerett slik den er kodifisert i Wien-konvensjonen om traktatstolkning⁴⁶ og generelle internasjonale rettsprinsipper. I samsvar med prinsippene som følger av konvensjonens artikkel 31-33 skal traktattekster tolkes i god tro, i samsvar med den alminnelige betydningen av ordene i den aktuelle konteksten og i lys av traktatens formål og hensikt. I konvensjonens artikkel 31 (2) fastslås det at traktatens fortale og vedlegg inngår i konteksten. Den norsk-russiske BITen foreligger i flere språkversjoner. I traktatens avslutning fremgår det at tekstene har «samme gyldighet», men at «den engelske teksten går foran ved uenighet om fortolkningen.» Siden denne fremstillingen er på norsk, refereres det til den norske versjonen, med mindre det er grunn til noe annet.

Det er sparsomt med *internasjonal sedvanerett* på investeringsrettens område. Et eksempel er retten til kompensasjon ved ekspropriasjon.⁴⁷ *Generelle rettsprinsipper* har mindre vekt enn sedvanerett og traktater.⁴⁸ Disse kan likevel få noe større betydning enn rettskildevekten tilsier, ved at det ofte vises til slike i voldgiftsavgjørelser.

Rettsavgjørelser er en subsidiær kilde i henhold til Wien-konvensjonen, og har derfor mindre vekt. Avgjørelser fra internasjonal investeringsvoldgift viser imidlertid at voldgiftsdomstoler hyppig referer til tidligere avgjørelser.⁴⁹ Avgjørelser fra ICJ har spilt en stor rolle for utviklingen av internasjonal rett, og har også betydning i internasjonal investeringsrett, for eksempel ved fastleggelsen av statsansvarslæren. Innen internasjonal investeringsrett kan både avgjørelser avsagt av ad hoc-domstoler og under

⁴⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties (Adopted 23 May 1969, in force 27 January 1980). Norge er ikke tilsluttet traktaten, men den får betydning som uttrykk for folkerettslig sedvanerett; Ruud (2011) 81

⁴⁷ Sornarajah (2010) 82

⁴⁸ Ibid. 82

⁴⁹ En undersøkelse gjennomført av Fauchald (2008) viser at ICSID-tribunaler viste til voldgiftspraksis i 92 av 98 saker, på side 335

ICSID-konvensjonen være uttrykk og grunnlag for internasjonale rettsnormer. Overføringsverdien begrenses imidlertid av store variasjoner i rettsanvendelsen.⁵⁰ Også *juridisk teori* er en subsidiær rettskilde, men synspunkter utviklet i teorien kan i visse tilfeller få stor gjennomslagskraft. Rettsteorien vil imidlertid først og fremst ha argumentasjonsverdi.⁵¹

1.4.2 Norsk kontekst

Norge har inngått få BITer. I 2006 opprettet Regjeringen et statssekretærutvalg for å vurdere fordeler og ulemper ved slike avtaler, samt Norges handlingsrom ved inngåelse av disse. Arbeidet resulterte i utkast til en modellavtale som skulle danne utgangspunktet for forhandlinger om BITer. Malen inneholder enkelte bestemmelser som avviker fra de standardene som har utviklet seg internasjonalt, og møtte mye motbør da den ble sendt ut på høring.⁵² Arbeidet med utkastet ligger foreløpig på is.⁵³ For å belyse Norges intensjoner og formål ved inngåelse av BITer, knyttet det likevel noen bemerkninger til dette.

Kommentarene til modellavtalen gir innsikt i hvilke norske interesser som er motiverende ved inngåelsen av BITer. Det vises der til nærings- og handelspolitiske hensyn, herunder målet om å skape forutsigbare rammer for norsk næringsliv ved å gi vern mot urimelige inngrep fra vertslandet, samt å sikre norske aktører likebehandling med sine konkurrenter.⁵⁴ Utviklingspolitisk vurderes BITer som et virkemiddel for å øke investeringene fra i-land til u-land, skape arbeidsplasser og bekjempe fattigdom.⁵⁵ Lovgivningspolitisk pekes det på at BITer gir norske myndigheter en mulighet til «å lede en utvikling fra ensidige avtaler som bare ivaretar investorinteressen til å lage helhetlige avtaleverk som ivaretar både i- og

⁵⁰ Sornarajah (2010) 82

⁵¹ Ruud (2011) 78

⁵² For eksempel uttaler både NHO (2008) 2 og Hydro (2008) 2 i sine høringsuttalelser at ekspropriasjonsbeskyttelsen i utkastet er for svak. I tillegg kritiserer begge utformningene av MFN-klausulen og bestemmelsen om nasjonal behandling.

⁵³ Nærings- og handelsdepartementet (2008)

⁵⁴ Kommentarer til modell for fremtidige investeringsavtaler (2007) 8

⁵⁵ Ibid. 9

u-landenes reguleringsbehov og ansvarliggjør investorer (...).»⁵⁶

1.4.3 Prosessregler

Valg av tvisteløsningsmekanisme under den norsk-russiske BITen er avgjørende for hvilke prosessregler som kommer til anvendelse. Ved voldgift etter UNCITRAL-reglene anvendes UNCITRALs egne regler.⁵⁷ Ved voldgift hos SCC anvender retten den svenske voldgiftsloven fra 1999, samt instituttets egne voldgiftsregler. Disse regelsettene har begrenset betydning for oppgaven og behandles ikke nærmere.

1.4.4 Om bruk av ICSID-praksis

Et alternativ til tvisteløsning for en ad hoc-domstol eller for SCC, er saksgang for International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), som organisatorisk er underlagt Verdensbanken. ICSID er den eneste særdomstolen for investeringstvister og den klart mest anvendte. Organet tilbyr full institusjonell løsning med fast sekretariat og egne prosedyreregler, forutsatt at begge traktatpartene har tiltrådt konvensjonen. Dommer gir direkte tvangsgrunnlag, og representerer således et mer effektivt fullbyrdesgrunnlag enn etter New York-konvensjonen.⁵⁸ Russland har signert men ikke ratifisert ICSID-konvensjonen, og har ikke godtatt ICSID-voldgift i noen av sine BITer.⁵⁹ Fordi ICSID er den klart med brukte tvisteløsningsmekanismen, spiller den like fullt en sentral rolle i utviklingen av internasjonal investeringsrett, og får dermed implisitt betydning selv om Russland ikke har godtatt den.

I oppgaven refereres det til voldgiftspraksis fra ICSID. Dette er dels

⁵⁶ Ibid. 10

⁵⁷ UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010, General Assembly resolution 65/22

⁵⁸ En årsak til dette, er at dommer ikke kan fullbyrdes i medhold av New York-konvensjonen dersom de er i strid med fullbyrdesstatens «public policy», jf. Artikkel V (2) (b). ICSID-konvensjonen inneholder ingen slik begrensning. «The ICSID Convention also provides the not insubstantial benefit of rendering awards immune from judicial interference in both the jurisdiction of rendering as well as the jurisdiction of enforcement, an advantage not included in the [New York Convention]» Blyschak (2010) 568

⁵⁹ Oversikt over ICSIDs medlemsstater

av praktiske grunner, siden det avses flest dommer herfra, og siden disse som hovedregel offentliggjøres. Det store domsromfanget innebærer også at ICSID-tribunalet har behandlet mange ulike rettsspørsmål, slik at praksisen utgjør nyttig eksempelverdi, argumentasjonsverdi og fordi premissene gir uttrykk for reelle hensyn.

Ved slik bruk er det et kompliserende element at ICSID-tribunalet også forholder seg til ICSID-konvensjonen, som inneholder enkelte bestemmelser som kan virke inn på behandlingen av en investor-stat-tvist.⁶⁰ Dette gjelder for eksempel spørsmålet om hva som utgjør en «investering», som både er et vilkår for jurisdiksjon i svært mange BITer, og i ICSID-konvensjonen artikkel 25.⁶¹ Mens SCC og ad hoc-tribunaler kun må forholde seg til investeringsbegrepet i den aktuelle BITen, må ICSID-tribunalet tolke «investering» både i BITen og i ICSID-konvensjonen, noe som betegnes som «the double keyhole approach» eller «the double barreled test».⁶² I oppgaven vil forskjell i rettsanvendelsen som kan tilskrives valg av tvisteløsningsmekanisme belyses der det aktualiseres. Som hovedregel vil det imidlertid være forsvarlig å se hen til ICSID-praksis for å belyse innholdet i bestemmelsene til den norsk-russiske BITen.

1.5 Avgrensninger

Den bilaterale investeringstraktaten mellom Norge og Russland er del av et større internasjonalt regime i rask utvikling, og griper inn på mange faktiske og juridiske områder. Det er kun et utvalg *faktiske situasjoner* som undersøkes. Hovedfokus vil ligge på kontrakter som inngås mellom en norsk leverandør og et russisk statsselskap. Grunnen er at dette er den

⁶⁰ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Submitted 18 March 1965, in force 14 October 1966)

⁶¹ ICSID-konvensjonen artikkel 25 (1) fastslår at “[t]he jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment (...)”

⁶² I CSOB v Slovakia (Decision on Jurisdiction, 1999) para 251, formulerte voldgiftsretten denne testen som to spørsmål, “whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the [ICSID] Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties’ consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in the Article 1 of the BIT.”

mest aktuelle involveringsformen for norske investorer til Russland. I tillegg fører de forskjellige kjennetegnene ved leverandørkontrakter til at de gir et godt grunnlag for å belyse den norsk-russiske BITens anvendelsesområde, med overføringsverdi til andre praktiske felt. Hovedfokuset på statselskaper skyldes at russiske myndigheter er sterkt inne på eiersiden i de store petroleumsselskapene. I tillegg gir denne vinklingen grunnlag for å trekke opp vanskelige grenser for hvem staten svarer for. Samlet gir dette fokuset et godt utgangspunkt for å belyse de ytre grensene for BITens virkeområde, og kan illustrere BITens betydning som supplement til kommersiell tvisteløsning.

Det foretas videre en avgrensning av hvilke *bestemmelser* i BITen som behandles. Det er kun FET-standarden i artikkel 3 1. ledd og ekspropriasjonsbestemmelsen i BITens artikkel 5 som gis en nærmere gjennomgang av de materielle standardene. Det avgrenses dernest mot spørsmål knyttet til fullbyrdelse, da disse i mindre grad reiser særlige problemstillinger for den norsk-russiske BITen. Det nevnes i tillegg at oppgavens perspektiv er fra en investors ståsted, slik at fokus ligger på traktaten som virkemiddel for å beskytte *kommersielle interesser*. BIT-regimet kan også vurderes etter lovgivningspolitiske, utviklingsmessige og miljømessige hensyn, noe som kan føre til andre konklusjoner når det gjelder reglenes godhet og hensiktsmessighet.⁶³ Oppgaven går heller ikke nærmere inn på traktatens betydning for norske og russiske *myndigheter*,⁶⁴ ei heller behandles traktatens betydning for *russiske* investorer i Norge.

Avgrensningene innebærer at oppgaven ikke gir noen fullstendig analyse av den norsk-russiske BITen. På den annen side vil temaene som behandles her ha overføringsverdi til andre BITer, andre livsområder og til spørsmål som knytter seg til russiske investeringer i Norge.

1.6 Oversikt over den videre fremstilling

⁶³ Se for eksempel Høringsuttalelse fra Handelskampanjen til «Modell for investeringsavtaler», hvor det innvendes mot BITer at de fører til et redusert politisk handlingsrom, som kan få negative konsekvenser for muligheten til å innføre strengere miljølovgivning, prioritering av lokale selskaper og til å velge egne utviklingsstrategier.

⁶⁴ Det kan nevnes at BITer kan reise vanskelige spørsmål knyttet til overføring av suverenitet og nasjonal behandling av investeringer.

Opggaven er konsentrert om tre hovedspørsmål. I kapittel 2 foretas det en risikoanalyse av om det er behov for den beskyttelsesform den norsk-russiske BITen tar sikte på å tilby, for de kontraktstypene som er praktiske ved involvering i russisk petroleumsindustri. Det undersøkes om de situasjoner BITen skal hjelpe mot er aktuelle i Russland og hvilke øvrige virkemidler investoren har for å beskytte seg mot disse situasjonene, samt betydningen av den norsk-russiske BITen i lys av dette risikobildet.

Opggavens andre hovedspørsmål er om den norsk-russiske BITen kommer til anvendelse på de aktuelle leverandørkontraktene. I kapittel 3 foretas en tolkning av investeringsbegrepet. I artikkel 4 holdes denne forståelsen opp mot de konkrete leverandørkontraktene.

Opggavens tredje hovedspørsmål er i hvilke tilfeller Russland kan pådra seg ansvar overfor en leverandør. I kapittel 5 vurderes to faktiske forhold nærmere, nemlig når staten svarer for statsselskapers adferd og når kontraktsbrudd utgjør brudd på en av de materielle beskyttelsesstandardene i den norsk-russiske BITen.

2 Risiko knyttet til investeringer i Russland

Det største hinderet for norske investorer involvering i russisk petroleumsindustri er svak beskyttelse av foretatte investeringer.⁶⁵ Dette skyldes at det generelt knytter seg høy grad av *politisk risiko* til investeringer i det russiske olje- og gassmarkedet.⁶⁶ Dette utgangspunktet må nyanseres og undersøkes konkret for de ulike kontraktene norske investorer inngår med russiske aktører, typisk et statsselskap. Formålet med dette kapitlet er å foreta en risikoanalyse, herunder å vurdere hvilke årsaker som bidrar til politisk risiko for norske leverandører til russisk petroleumssektor og hvilken virkning denne risikoen kan få for lønnsomheten av investorenes virksomhet. For å sette analysen i en større rettslig kontekst, foretas det

⁶⁵ Meld St. 7 (2011-2012) 69

⁶⁶ Grinblat (2007) 104; Amsterdam (2006) 40

også en gjennomgang av alternative eller supplerende virkemidler som kan skjerme en norsk investor fra vilkårlig myndighetsinnblanding, både ved å virke disiplinerende på den russiske kontraktsparten og myndigheter under avtalens forløp, og ved å gi den norske investoren et rettsmiddel der tvist oppstår.

Gjennomgangen viser at to ulike forhold virker sammen om å øke risikonivået for en norsk investor. Det første er svakheter og forutsetninger ved det russiske systemet og tenkemåten, som må undersøkes nærmere for petroleumssektoren konkret. Disse sier noe om investorens generelle trivselskår i landet, siden det vil ha innvirkning på alt fra importtillatelse til saksbehandlingstid. I tillegg bidrar sektorpolitiske forhold til en forståelse av når russiske myndigheter vil se seg tjent med å forvanske gjennomføringen av en kontrakt ved direkte innblanding, noe som først og fremst aktualiseres der kontrakten er inngått med et statsselskap.

Dette sporet komplementeres av en vurdering av den norske investorens forhandlingsposisjon overfor myndighetene basert på forutsetningene i den enkelte kontrakten. The obsolescing bargain model (OBM) brukes som rammeverk for vurderingen. Samlet kan innfallsvinklene belyse den totale politiske risikoen en leverandør står overfor ved investering i Russland. Samlet vil sektorspesifikke forhold som institusjonelt rammeverk, holdninger og preferanser overfor utenlandske investorer og sektorens strategiske betydning tilsi stor fare for myndighetsinnblanding. I hvilken grad denne aktualiseres i form av kontraktsbrudd eller annen påvirkning på kontraktsforholdet avhenger av kontrakten, hvor enkelte kontrakter vil være mer utsatte enn andre.

2.1 Sektorspesifikke årsaker til politisk risiko

2.1.1 Svakt utviklet institusjonelt rammeverk

Russland har et svakt *institusjonelt rammeverk*, forstått som rettssystemet, lover, regler, prosedyrer og normer som får betydning for sosio-økon-

misk aktivitet og opptreden.⁶⁷ Kvaliteten på dette kan vurderes på grunnlag av kriterier som hvilke rettigheter ulike aktører har, omfanget av korrupsjon og myndighetsmisbruk og om regelverket er oversiktlig og konsistent. I *Doing Business In Russias* utgave for 2011 gis et lite oppløftende bilde av Russlands institusjonelle system:

“According to the World Economic Forum 2011–12 rankings, Russia is in the bottom decile on the burden of government regulation, with its weak institutional framework cited as a key obstacle to growth. Even when laws and regulations do not obstruct firms’ entry and exit, application and enforcement of rules often remain inconsistent.”⁶⁸

Russisk regelverk kritiseres med jevne mellomrom for å være uoversiktlig og lite konsistent. Lovgivningsmetoden preges av formalisme og innebærer mange krysshenvisninger.⁶⁹ Fodchenko (2009) skriver spesielt om petroleumslovgivningen at

«Det er vanskelig å gi en uttømmende liste over ulike tillatelser og godkjenninger som kreves for petroleumsvirksomhet på russisk kontinentalsokkel. (...) Praksis onshore (...) viser at det kan foreligge betydelig variasjon mellom ulike godkjenninger som til enhver tid anses påkrevd av russiske myndigheter».⁷⁰

De samme trekkene gjenfinnes på andre rettsområder som berører norske investorer. Russlands tollregler er komplekse, kan variere fra tollstasjon til tollstasjon og endres uten forvarsel.⁷¹ Også reguleringen av import og eksport er uoversiktlig, blant annet fordi Russland opererer med et særegent import- og eksportsertifikat, GOST-R, fremfor den europeiske standarden ISO 9000.⁷² Kritikere peker også på mangelfull regulering

⁶⁷ Wordnik (2013)

⁶⁸ Doing Business in Russia (2012) 1

⁶⁹ Ernst & Young (2012) 27

⁷⁰ Fodchenko (2009) 75

⁷¹ Grinblat (2007) 71; WWF (2010) 8

⁷² Ibid. 72

av forholdet mellom oljeselskap og entreprenør⁷³ og generelt manglende transparens i selskapsreguleringer.⁷⁴

I en rapport fra Freedom House hevdes det at det *russiske rettssystemet* mangler uavhengighet fra den utøvende makt.⁷⁵ Dette begrunnes delvis i at dommere ofte er avhengig av domstolsadministrasjonen for forfremmelser og bonuser, og derfor ser seg tjent med å dømme i samsvar med myndighetenes preferanser. Den forlengede fengslingen av Khodorkovskij i desember 2010 og at drapet på journalisten Anna Politkovskaya i 2006 forblir uløst trekkes frem som eksempler på dette.⁷⁶ Også norske aktører har fått merke domstolenes uforutsigbarhet, eksempelvis i den såkalte Telenor-saken.⁷⁷ Som følge av et ineffektivt og uforutsigbart rettssystem utføres ofte store transaksjoner i andre jurisdiksjoner.⁷⁸

Også statens *organisering* bidrar til politisk risiko. Det er en uklar kompetansefordeling mellom *føderale og regionale* myndigheter når det gjelder forvaltningen av petroleumsforekomster. Også koordineringen mellom departementene er svak. Naturressursdepartementet, som har hovedansvaret for forvaltning av petroleumsressursene, har en kompleks struktur, og de ulike organene har uklare ansvarsområder.⁷⁹ I Russlands energistrategi for 2030, erkjennes det at “the regulation mechanism of subsoil use from the search to the development and closing of deposits is not efficient.”⁸⁰ En virkning av et svakt institusjonelt rammeverk, er at enkeltpersoner kan få stor innflytelse. Putins står i en særlig sterk posisjon, da Russland i liten grad har mekanismer som begrenser presidentens makt.⁸¹

Det er også et særtrekk og en risikofaktor ved statens organisering, at den strekker seg ut i store statlige olje- og gasselskaper. Særlig sentralt

⁷³ WWF (2010) 8

⁷⁴ Ersnt & Young (2012) 4-5

⁷⁵ Freedom House (2011)

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Blich Bakken (2009); Aardal Hagen (2009)

⁷⁸ Ernst & Young (2012) 10

⁷⁹ Grinblat (2007) 69-70

⁸⁰ Energy Strategy of Russia (2010) 37

⁸¹ Tenfjord (2012) 27

står allmennaksjeselskapet Gazprom, som de senere årene har utviklet seg fra å være et gasselskap til også å få en sentral posisjon som oljeselskap.⁸² Det refereres regelmessig til Gazprom som en stat innen staten eller gassdepartementet.⁸³ Siden myndighetene er majoritetsaksjonær, og minst 11 av 18 styremedlemmer regnes som Putins allierte, anses presidenten å ha stram kontroll over selskapet.⁸⁴ Selv har han uttalt at Gazprom er en såkalt «National Champion», et uttrykk for at et selskap i en strategisk sektor anses som mer enn profittsøkende, men også et redskap til fremme av russiske interesser. Det er også grunnlag for å hevde at *russiske* interesser i denne sammenheng må forstås som interessene til den sittende regjeringen, og ikke nødvendigvis lenger frem i tid enn til neste valg.⁸⁵ Victor (2008) beskriver en utvikling i retning av at Gazproms betydning som verktøy for myndighetene stadig øker:

“The relationship between the Russian state and Gazprom has been changing in two fundamental ways. First, the goals and strategies set by the Kreml for the gas sector have been transformed so that the company has become as much as an instrument of the state as a commercial enterprise. Second, the particular tools that the government uses to affect behavior in the sector, including regulation, taxes and competition, have become more powerful.”⁸⁶

For en norsk investor, svekker det forutsigbarheten at staten kan opptre både som myndighet og kontraktspart. Dette er også et element som øker myndighetenes relative forhandlingsstyrke, siden selskapene kan utgjøre et effektivt redskap for gjennomføring av politikk.⁸⁷

Svakheter ved det institusjonelle rammeverket fører også til mindre transparens, og åpner for at offentlige tjenestemenn utnytter sine posisjoner. Korrupsjon kan defineres som at «government officials demand

⁸² Victor (2008) 6

⁸³ Stern (2005) 172-173

⁸⁴ Hults (2012) 95

⁸⁵ Victor (2008) 8

⁸⁶ Ibid. 46

⁸⁷ Vivoda (2011) 15

some personal benefit as a condition to fulfilling official functions»⁸⁸ og er et utbredt problem i Russland,⁸⁹ herunder i russisk petroleumsindustri. Korrupsjon kan både virke inn på etableringen av investeringen og på gjennomføringen av den. For eksempel kan det kreves penger for å gi investoren tilgang til sentrale myndighetspersoner, eller for at disse skal treffe en viss beslutning.⁹⁰

Samlet gir dette et bilde av Russland og petroleumsindustriens institusjonelle rammeverk som tungvint, uforutsigbart og med svak ivaretagelse at den enkeltes rettigheter. Organiseringen innebærer at det er vanskelig å vite hvem som til enhver tid representerer ulike interesser, hvilke avveininger som gjøres og hvorfor. Et velfungerende rammeverk vil i større grad virke disiplinerende og innskrenke avtalepartens handlingsrom, mens svakheter vil ha motsatt effekt. Innen russisk petroleumssektor vil det ofte gå en mer eller mindre direkte forbindelseslinje fra Putins Kreml til de enkelte kontraktene som slutes med norske investorer. Dette innebærer at myndighetene har meget effektive redskaper til disposisjon der de ønsker å påvirke en avtale. For en norsk investor vil disse svakhetene både forvanske gjennomføringen av et prosjekt fra dag til dag, og representere en usikkerhet dersom det oppstår uenighet.

2.1.2 Motiver for innblanding: Strategi, økonomi og nasjonalisme

To samvirkende forhold tilsier at russiske myndigheter vil se seg tjent med å blande seg inn i en avtale med en norsk leverandør. Dette bidrar til å øke den politiske risikoen ved investeringer i petroleumssektoren.

Petroleumssektorens økonomiske og strategiske betydning for Russland, gjør investorer i sektoren særlig sårbare for innblanding fra

⁸⁸ Rubins (2005) 22

⁸⁹ I Transparency Internationals Corruption perception index for 2011, er Russland rangert som land nummer 142 av 183 land på en måling av det oppfattede nivået av korrupsjon i offentlig sektor. I The Rule of Law Index ligger Russland på plass 71 av 97 land i categories *absence of corruption*. Se også Business Anti-Corruption Portal side 88.

⁹⁰ Norske aktører må dessuten forholde seg til at korrupsjon straffes hardt i Norge

myndighetene.⁹¹ I 2011 sto olje og gass for omtrent halvparten av de føderale inntektene og nesten to tredeler av russisk eksport, som Russland i stor grad er avhengig av.⁹² Det enorme utnyttede ressursgrunnlaget i Arktis tilsier at sektorens betydning vil vedvare. Dette uttrykkes også av myndighetene, som i Russlands strategi for Arktis gir uttrykk for at det er et mål å gjøre regionen til den sentrale basen for naturressurser innen 2020, og dermed ivareta Russlands rolle som en arktisk stormakt.⁹³ Det fremgår også av rapporten at myndighetene anser regionen som essensiell for landets sosiale og økonomiske utvikling og konkurransedyktighet på globale markeder. I forlengelsen av dette, ønsker myndighetene kontroll over ressursene og avkastningen, noe som tilsier at de kan blande seg inn i en kontrakt fordi de handler ut fra nasjonal egeninteresse og vektlegger andre hensyn enn kommersielle. Denne tilbøyeligheten kan illustreres med Russlands opptreden overfor post-sovjetiske stater som konsumenter av russisk energi. Russiske myndigheter økte energiprisene overfor Ukraina i kjølvannet av den oransje revolusjon i 2006 og overfor Georgia i 2008, tilsynelatende i et forsøk på å disiplinere ukrainske statsledere.⁹⁴ Gjennomføringen av politikken skjedde gjennom stats-selskapet Gazprom. Problemstillingen er mindre aktuell for norske aktører, som stort sett er leverandører til oppstrømsvirksomheten.

Petroleumssektorens strategiske og økonomiske betydning fører til og forsterker en høy grad av *nasjonalisme og proteksjonisme*.⁹⁵ Generelle forklaringer på slike holdninger er at petroleum er en ikke-fornybar ressurs, samt sektorens strategiske betydning.⁹⁶ I Russland hører det til dette bildet at man tidligere har opplevd utbytting av ressursene,⁹⁷ samt et ønske om å være mindre avhengig av utenlandske selskaper, deres teknologi og utstyr.⁹⁸ I Russlands nasjonale sikkerhetsstrategi for 2020,

⁹¹ Vivoda (2011) 15

⁹² Doing Business in Russia (2012) 1

⁹³ Russlands strategi for Arktis

⁹⁴ Grinblat (2007) 63

⁹⁵ Jakobsen (2012) 103-4; BBC News (2005) og BBC News (2005 II)

⁹⁶ Vivoda (2011) 15

⁹⁷ Fodchenko (2009) 99

⁹⁸ Dette kommer blant annet til uttrykk i Russlands energistrategi, hvor det fremheves

anses utenlandsk involvering i russisk økonomi som en trussel.⁹⁹ Putin anses som en pådriver for nasjonalisering og nasjonal kontroll over petroleumsressursene, og forfekter dette i sin avhandling fra 1997. Det er hevdet at Putin aktivt jobber for å motvirke privat eierskap fra selskaper som drives kommersielt.¹⁰⁰ Preferansene gir seg utslag i investeringslovgivningen, handelsrestriksjoner i form av avgifter og andre tiltak.¹⁰¹ De kommer også til uttrykk i form av en generell tilbøyelighet til å blande seg inn i avtaler, og svekker investorenes forhandlingsposisjon overfor myndighetene.¹⁰²

2.1.3 Sosio-politisk ustabilitet

Per dags dato er det lite som tilsier at sosio-politisk ustabilitet vil få direkte virkning på norske investeringer i Russland. Sosio-politisk ustabilitet kan føre til internasjonale konflikter, grensestridigheter og borgerkrig, som dernest kan få betydning for utenlandske investorer. I samtidens Russland finnes det flere eksempler på slik ustabilitet knyttet til petroleum, særlig gasskrisen i Ukraina og uoverensstemmelsene med Georgia. Indirekte kan ustabiliteten få betydning for olje- og gassprisene, som historisk sett har hatt en forsterkende virkning på det politiske risikonivået i petroleumseksporterende land. Samtidig er det eksempler på at ressursrelaterte utfordringer løses på fredeligere måter. Delelinjen mellom Norge og Russland i Barentshavet er et eksempel på dette.¹⁰³

2.1.4 Oppsummering

En nærmere undersøkelse av årsakene til politisk risiko i Russland, tilsier at myndighetene både kan og vil påvirke gjennomføringen av kontrakter i petroleumssektoren, der de etter en nærmere vurdering anser dette å

som en utfordring at Russland har «high dependency of energy companies on imported energy technologies and equipment»

⁹⁹ Russlands nasjonale sikkerhetsstrategi for 2020

¹⁰⁰ Dresen

¹⁰¹ Pomeranz (2010) 223

¹⁰² Jakobsen (2012) 21

¹⁰³ Gahr Støre (2010)

være i deres egeninteresse. De strukturelle forutsetningene for innblanding er til stede, siden landet har et svakt institusjonelt rammeverk som i liten grad legger begrensninger på gjennomføring av maktelitens vilje. I tillegg har myndighetene et effektivt redskap for gjennomføring av sin politikk gjennom sin innflytelse i russiske statselskaper.

Også *incentiver* for innblanding er til stede, selv om det vil avhenge av mer konkrete omstendigheter om disse gjør seg gjeldende overfor hver enkelt leverandør. Petroleumssektoren har stor strategisk og økonomisk betydning for myndighetene, og er gjenstand for grundig overvåkning og revisjon. Tilstedeværelsen av nasjonalisme og proteksjonisme innebærer dessuten at utenlandske investorer er særlig utsatt for myndighetenes oppfatning av hva som er strategisk og økonomisk ønskelig, og deres vekstvilkår og forutsetninger svekkes av myndighetenes underliggende ønske og mål om å i størst mulig grad forvalte ressursene selv.

2.2 Kontraktsspesifikke årsaker til politisk risiko

Risikobildet som ble skissert i foregående avsnitt må vurderes konkret opp mot ulike leverandørkontrakter. For å undersøke kontraktene i et hensiktsmessig teoretisk rammeverk tas det i det følgende utgangspunkt i The obsolescing bargain model (OBM). Modellen ble først presentert av Vernon (1971), er en modell som forklarer forhandlingsdynamikken mellom investorer og vertsstaten som en funksjon av forhold knyttet til vertsstaten, investoren og kontrakten, under forutsetning om at partenes mål er helt eller delvis motstridende.¹⁰⁴ Investoren anses å være i en sterk forhandlingsposisjon når en avtale om involvering i vertsstaten inngås, da denne ofte sitter inne med særegen kompetanse og teknologi, og kan velge mellom et større antall steder å investere dette i. Vertsstaten vil på sin side se seg nødt til å skape incentiver for å få investoren til å slå seg ned hos den. Etter etablering på vertsstatens territorium vil styrkeforholdet gradvis endre seg i vertsstatens favør. Investoren pådrar seg store kostnader, for eksempel ved å gjøre tilpasninger på et skip eller bygging av en rigg, og kan ikke få disse tilbake hvis han trekker seg ut. Samtidig

¹⁰⁴ Vernon (1971); Vivoda (2011) 2

vil investorens spisskompetanse spres og fører til konkurranse fra lokale tilbydere.¹⁰⁵ Dette fører til at kraften i investorens trusler om å trekke seg ut av landet dersom betingelsene forverres svekkes. Vertsstatens interesse i å ha investoren i landet vil samtidig minske, særlig der vertsstaten opplever at nasjonal kontroll ville blitt mer lønnsomt, eller proteksjonistiske holdninger gjør seg gjeldende. Dette gjelder i særlig stor grad dersom staten har flere alternative investorer å velge mellom. Vertsstatens økede forhandlingsstyrke fører til at den gir investoren dårligere betingelser, eksempelvis gjennom tvungen reforhandling av avtale, regulatoriske endringer eller kontraktsbrudd.

Modellens er utformet med tanke på store oljeselskaper, noe som tilsier at overføringsverdien på leverandørkontrakter begrenses noe. Det har også vært hevdet at modellen ikke er like aktuell i dag som ved tilblivelsen. Anvendelse av OBM på faktiske forhold har vist at investorer i større grad enn teorien legger opp til, har vært i stand til å ta en viss forhandlingsstyrke med seg inn i avtaleforholdet.¹⁰⁶ Dette må ses i sammenheng med at nasjonaliseringsbølgen som ga utspring til teorien på 1970-tallet, ble avløst av et mildere investeringsklima på 80- og 90-tallet.¹⁰⁷ En respons på dette er The Political Bargain Model (PBM), som ser på relasjonen mellom investoren og staten som «iterative political bargains negotiated (...) over a wide variety of government policies at the industry level».¹⁰⁸ PBM tar utgangspunkt i at partene i større grad begrenses av ytre omstendigheter, herunder økonomiske, politiske og institusjonelle. PBM og OBM har en felles kjerne, nemlig at «bargaining processes and outcomes depend on the parties' goals, resources and constraints.»¹⁰⁹

Modellen er like fullt et hensiktsmessig *utgangspunkt* for å identifisere faktorer som vil påvirke partenes forhandlingsstyrke. Det forutsetter at den politiske risikoen øker i tråd med at forhandlingsstyrken svekkes.

¹⁰⁵ Eden (2004) 3

¹⁰⁶ Eden (2004) 3; Kobrin (1987).

¹⁰⁷ Vivoda (2011) 3

¹⁰⁸ Eden (2004) 4

¹⁰⁹ L.c..

2.2.1 Kontraktsspesifikke forhold som påvirker partenes forhandlingsstyrke

Den mest sentrale årsaken til en svekket forhandlingsposisjon og økt politisk risiko for en norsk investor er høy grad av *sunk costs* i et prosjekt. Sunk costs er en betegnelse på investeringer som vanskelig kan gis et alternativt anvendelsesområde når de først er plassert.¹¹⁰ Dette må ses i sammenheng med prosjektets *varighet*, som øker risikoeksponeringen for investoren ved at det går tid mellom midlene skytes inn og en eventuell tilbakebetaling. Også *kontraktens verdi* kan øke faren for myndighetsinnblanding, fordi avtalen får tilsvarende større strategisk og økonomisk betydning. At en avtale viser seg å være *mindre lønnsom* for myndighetene enn forventet vil ha samme virkning. *Sterk konkurranse* fra andre leverandører svekker også investorens forhandlingsstyrke. Dette gjelder særlig der det er mer enn to eller tre tilbydere av den samme varen eller tjenesten.¹¹¹

Andre forhold ved kontrakten *styrker* investorens forhandlingsposisjon og virker risikodempende. Dette gjelder der leverandøren tilbyr spesifikke ytelser som finnes i begrenset omfang eller som er som tilbys eksklusivt av leverandøren.¹¹² Også store finansielle ressurser hos investoren kan øke forhandlingsstyrken. I tillegg kan samarbeid med lokale institusjoner og bedrifter øke legitimiteten i vertsstaten ha en positiv effekt, da dette kan skape et inntrykk av at bedriften er lokal.

2.2.2 Kontrakter om leting og utvinning

Den mest omfattende formen for involvering er der en aktør får *konsesjon*, det vil si eierrettigheter til petroleumsressursene i et bestemt område for en bestemt tid, gjennom en tillatelse til utvinning fra russiske myndigheter. Avtalen innebærer vanligvis at investoren foretar periodevise betalinger til myndighetene,¹¹³ og det betales stort sett inntektsskatt til

¹¹⁰ Vivoda (2011) 11

¹¹¹ Ibid. 13

¹¹² Ibid. 7

¹¹³ Rubins (2005) 33

disse. Per i dag er det kun russiske selskaper som kan være rettighetshavere gjennom konsesjon offshore.¹¹⁴

Tidligere har norske selskaper også involvert seg gjennom *produksjonsdelingsavtaler* (PSA), hvor oljeselskapet får en kontraktbasert rett til en andel av produksjonen, mot å dekke investeringsutgiftene knyttet til leting og utvikling. Resten av produksjonen fordeles mellom staten og oljeselskapet etter bestemte mekanismer. I Russland ble PSAer tidligere fremmet som en god løsning for utenlandske aktører, men er i dag et sovende regime, blant annet på grunn av juridiske hindringer.¹¹⁵ Det hevdes også at russiske myndigheter er lite interessert i å inngå denne form for avtaler, siden de har vist seg å være mindre lønnsomme enn andre investeringsformer.¹¹⁶

Serviceavtaler går ut på at et selskap yter bistand til lisensinnehaveren mot en avgift eller andel av produksjonen. Selskapet bidrar med midlene som kreves for utforskning og produksjon og får dekket inn sine utgifter ved et eventuelt funn. Avtalen gjelder ofte for en begrenset tidsperiode, gjerne fem år. Entreprenøren har vanligvis ingen rettigheter i det som produseres, men kan eventuelt akseptere tilbakebetaling i form av olje eller gass.

En annen form for involvering er gjennom ulike *samarbeidsavtaler*. Slike innebærer at det stiftes en joint venture (JV) mellom myndighetene og investoren om leting og utvinning av petroleum. Statens bidrag er ressursgrunnlaget, mens investoren bistår med ekspertise og teknologi, samtidig som denne ofte finansierer prosjektet. Et eksempel fra Russland er Shtokman Development, et Special Purpose Vehicle (SPV) som var et samarbeid mellom Gazprom, Total og Statoil. Gazprom hadde over 51 % eierskap, mens Statoil og Total fikk delta på vilkår om at de delte sin teknologi. Dette skulle være et operativt selskap som grunnlag for samarbeid om utvikling av Shtokmann-feltet. Statoil var medeier i selskapet, mens Gazprom forble eneeier av utviklingslisensen gjennom et datterselskap, og var i tillegg eneeier av det som eventuelt ble utvunnet. Dette satt Statoil og Total i en posisjon som ligner den til en leverandør.

¹¹⁴ Fodchenko (2009)

¹¹⁵ Ibid. 5; Cordero Moss (2001) 217-23; Bayulgen (2010) paras 131 og 146

¹¹⁶ Ibid.

SPV-ordningen åpnet for at selskapene fikk profitt på lang sikt fremfor løpende betaling for utført arbeid. Samtidig medførte ordningen at Total og Statoil tok en stor risiko, siden eierbrøken og aksjonærvtalen begrenset deres beslutningsmyndighet i selskapet.

Det som er felles for disse aktivitetene, er at de innebærer varig og omfattende involvering i det aktuelle prosjektet, og dermed også til Russland. Den norske aktøren tar i stor grad en del av den helhetlige prosjektrisikoen, og kan være nødt til å foreta store investeringer uvitende om disse vil bli lønnsomme i fremtiden. Innslaget av sunk costs blir dermed stort. Involveringens størrelse øker den strategiske og økonomiske betydningen og innebærer at disse involveringsformene vil være gjenstand for nøye observasjon fra myndighetene. Kontrakter om leting og utvinning har også en særlig nærhet til ressursene som kan gjøre dem ekstra sårbare for myndighetsinnblanding ved høyere oljepriser. Lønnsomheten kan endre seg over tid, og dermed få stor innvirkning på myndighetenes oppfatning av avtalens hensiktsmessighet. Dette er for eksempel tilfelle med PSA-regimet. At myndighetene opplever dem som særlig ufordelaktige, er i seg selv en risiko som øker faren for innblanding.

Et moment som kan styrke forhandlingsposisjonen til en norsk leverandør av denne type avtaler, også over tid, er erfaringer og spesialkompetanse fra utvinning i krevende områder. Manglende kunnskap om utvinning på dypt vann med lave temperaturer og vær og vind, er en medvirkende årsak til at Russland i liten grad har nyttiggjort seg petroleumsressursene frem til i dag. Det tilsier en sterk inngangsposisjon for erfarne operatører, som Statoil. Det vil antakelig skje en kompetanseoverføring også her, noe som tilsier at forhandlingsposisjonen svekkes med tiden. Også aktørenes størrelse kan ha betydning, og en viss styrking i investorens forhandlingsposisjon kan tenkes som følge av involvering i flere prosjekter på samme tid.¹¹⁷ Forskyvningen i styrkeforholdet som skisseres i OBM tilsier likevel at også erfarne operatører vil stå overfor en større fare for myndighetsinnblanding etter hvert som prosjektet skrider frem.

¹¹⁷ Dette kan imidlertid også ha motsatt virkning, der myndighetene bruker det som et pressmiddel.

2.2.3 Entreprenør- og fabrikkasjonskontrakter

Totalentreprenør er «totalkontrakter der leverandøren har ansvaret for prosjektering og innkjøp i tillegg til bygging.»¹¹⁸ Leverandørens oppgaver er i utgangspunktet å lage tegninger til de aktuelle innretningene, skaffe de nødvendige materialene og i tillegg konstruere disse. Ofte går avtalen ut på at leverandøren ferdigstiller hele ytelsen før den overleveres til oppdragsgiver for en avtalt sum. Dette medfører at det stort sett er leverandøren som har risikoen for prisendringer på materialer, arbeidskraft og andre komponenter som kreves for å fremstille installasjonen.

Fabrikkasjonskontrakter er avtaler «mellom entreprenør/verksted og bestiller om bygging og levering av et nærmere spesifisert byggeobjekt til avtalt tid og mot betaling av et visst vederlag.»¹¹⁹ Til forskjell fra totalentreprenør, har ikke leverandøren prosjekteringsansvar. Kontraktene gjelder typisk for større komponenter, som bygging av understell, bore- og kompressmoduler, prosessutstyr og rør- og stålleveranser.¹²⁰ Ofte yter begge parter naturelt, ved at selskapet som har bestilt utstyret leverer en del av materialene og utstyret som trengs for å bygge kontraktsgjenstanden.¹²¹

Et særtrekk ved disse kontraktstypene sammenlignet med andre leverandørkontrakter er leveransens kompleksitet og omfang, som igjen innebærer at store økonomiske verdier er involvert. Kontraktene kan imidlertid variere i omfang, varighet og kostnadsnivå, og spenner fra store turn-key-leveranser til små underleveranser.¹²²

Entreprenør- og fabrikkasjonskontrakter kan inneholde ulike modeller for vederlagsberegning. En løsning er regningskontrakt, der entreprenørens faktiske kostnader utgjør grunnlaget, og operatøren dermed bærer kostnadsrisikoen.¹²³ Et annet alternativ er fastpriskontrakt, hvor vederlaget i forkant er fastsatt til et bestemt beløp. Entreprenøren bærer dermed

¹¹⁸ Kaasen (2006)

¹¹⁹ Kontrakter i petroleumsvirksomheten (1983) 75

¹²⁰ Ibid. 75

¹²¹ Kaasen (2006) 579

¹²² Kontrakter i petroleumsvirksomheten (1983) 76

¹²³ Ibid. 89

risikoen for usikkerhetsmomentene.¹²⁴ En mellomløsning er en enhetspriskontrakt, hvor det avtales faste priser for nærmere definerte elementer i byggeoppdraget.¹²⁵ Den vanligste oppgjørsformen er gjennom fremdriftsbetaling, som skåner leverandøren for låneopptak og store likviditetsbelastninger underveis i prosjektet.¹²⁶ Det kan også tenkes betaling gjennom forskudd, men dette er mindre aktuelt. Utbetaling av vederlaget etter hvert som arbeidet skrider frem, såkalte milestones, er det klart mest praktiske.

En viktig forskjell fra kontrakter om leting og utvinning, er at vederlag for disse kontraktstypene i all hovedsak betales løpende, slik at investoren i mindre grad eksponeres for risikoen som følger av sunk costs. Også disse involveringsformene innebærer imidlertid forpliktelser over lengre tid. De er kapitalintensive og foregår på strategiske områder. Det bidrar også til en svekket forhandlingsposisjon og økt risiko at Russland vil ønske å støtte opp under lokal leverandørindustri. Det betyr at interessen for ytelsen vil synke i tråd med at lokale tilbydere tilegner seg kompetansen som kreves for å produsere det samme. Her kan lokalt innhold kan være en fordel. Et annet element er at kontraktene ofte vil være basert på operatørens kontraktsvilkår.¹²⁷ Graden av eksklusivitet og knapphet på leverandørens tjeneste kan i stor grad påvirke risikoen for disse kontraktene. Mange av ytelsene vil være konkurranseutsatt, med konkurranter både fra vestlige og asiatiske selskaper.¹²⁸

2.2.4 Borekontrakter og offshorecertepartier

En *bore- eller riggkontrakt* er en kontrakt om utføring av boretjenester, med en bestemt rigg.¹²⁹ Disse er stort sett basert på tidsleie i form av dagerater.¹³⁰ Boreentreprenørens ytelse består i å stille en rigg til rådighet,

¹²⁴ Ibid. 92

¹²⁵ Ibid. 94

¹²⁶ Ibid. 99

¹²⁷ Kontrakter i petroleumsvirksomheten (1983) 76-77

¹²⁸ Vivoda (2011)

¹²⁹ Alvik (2012) 4

¹³⁰ Ibid. 10

samt å utføre boretjenester, noe som innebærer at oljeselskapet overtar rådigheten og risikoen for riggen for en periode.¹³¹ Kravene til riggen følger av spesifikasjonene i kontrakten. Boreytelsen er en tjenesteytelse, hvor kjerneelementene er å betjene riggen og utføre de aktuelle boreoperasjonene.¹³² En forskjell fra offshore-entreprise- og fabrikkasjonskontrakter er at arbeidet som skal utføres normalt ikke er konkret angitt.¹³³

Et *certeparti* er en kontrakt mellom en eier av en installasjon og en befrakter om bruk av en mobil innretning for et bestemt tidsrom eller for en konkret strekning. Slike innretninger kan eksempelvis være skip, borerigger, FSO-er og FPSO-er. Ofte er dette komplekse plattformer. Det er ikke uvanlig at et certeparti inneholder en mulighet for operatøren til å kjøpe innretningen etter hvert, typisk etter at kostnadene har blitt avskrevet hos befrakteren. Det mest praktiske er tidscertepartier, hvor innretningen leies for et bestemt tidsrom. Eierne har fortsatt ledelsen over skipet og kontroll over mannskapet og har anledning til å fremleie installasjonen. En undergruppe av tidscerteparti er bareboat charter, hvor befrakteren har ansvaret for besetning og vedlikehold av skipet og rettslig sett anses som disponerende eier.

Borekontrakter og offshorecertepartier vil til en viss grad stå overfor et lignende risikobilde som entrepriser- og fabrikkasjonskontrakter. I tillegg innebærer kontraktene tilstedeværelse på russisk territorium, noe som gjør dem mer sårbare for konfiskasjon eller annen direkte inngripen i eiendomsrettighetene. Anledningen til å ta sikkerhet i egen ytelse svekkes også av at befrakteren har kontroll på innretningen. Et annet element som øker risikoen, er at eieren kan ha pådratt seg store kostnader gjennom tilpasning av installasjonen, og kalkulert tilbakebetalingen inn i vederlaget fra befrakteren. Dette innebærer et element av sunk costs som gjør leverandøren ekstra sårbar. Et annet element, er at det vil være vanskelig å finne et alternativt bruksområde for en installasjon som er spesifikt tilpasset en bestemt operasjon.

¹³¹ Ibid. 13

¹³² Ibid. 15

¹³³ Ibid. 17

2.2.5 Vareleveranser

En annen gruppe avtaler er mindre omfattende leveransekontrakter, som typisk går ut på levering og installasjon av utstyr og maskiner. Leveransene kan for eksempel gjelde bulkmaterialer som stål, rør og flenser eller andre forbruksvarer som drivstoff og boreslam. Fellesnevneren for disse kontraktene er at de er uten noen form for tilvirkningselement. Uavhengig av varens kompleksitet, er de hyllevare for leverandøren. Isolert sett vil slike kontrakter ha karakter av å være handelsavtaler eller enkle salg. I utgangspunktet vil det ytes vederlag i form av rembursbetaling, og tilstedeværelsen i Russland er liten. Dette tilsier at risikoen ved slike kontrakter blir tilsvarende mindre. Vareleveranser vil i mindre grad ha strategisk betydning for myndighetene, noe som tilsier mindre innblanding. På den annen side vil leverandørens forhandlingsstyrke ofte være lav grunnet et større tilfang av konkurrenter. Dette gjelder særlig der leveransene er av generiske varer.

Det kan imidlertid tenkes at leverandøren møter på utfordringer knyttet til import av varene, og i forbindelse med uttak av valuta. Vilkårleg behandling fra myndighetenes side kan føre til tilbakehold i tollene og konfiskering av materiale. Ofte vil også slike leveransekontrakter være del av større kontraktkompleks, slik at det totale risikobildet for leverandøren blir annerledes.

2.2.6 Forsknings- og utviklingsavtaler (FoU)

Forsknings- og utviklingskontrakter går ut på leveranse av varer og tjenester som inneholder et element av nyskapning eller forsøk på nyskapning.¹³⁴ Karakteristisk for slike forsknings-samarbeider er at arbeidet foregår «helt eller delvis utenfor organisasjonen til den eller de partene som finansierer arbeidet.»¹³⁵ Samtidig vil avtalene inneholde store variasjoner både faktisk og rettslig, og partsforholdet kan variere fra to aktører, til en større gruppe av institusjoner og industrielle parter. En typisk situasjon er at en kommersiell aktør betaler en forskningsinstitusjon for å

¹³⁴ Kontrakter i petroleumsvirksomheten (1983) 238

¹³⁵ Bjørndal (2012) 9

forske på et nærmere angitt område. Samarbeidet kan for eksempel gå ut på utvikling av databanksystemer, sensorer, undervannsfarkoster, utvikling og utprøving av nytt og nødvendig utstyr. Særtrekk ved denne kontraktsformen er høy originalitetsgrad og behov for beskyttelse av resultatene, som fører til utfordringer knyttet til opphavsrett og konfidensialitet.¹³⁶ Det finnes flere eksempler på bilateralt og multilateralt samarbeid knyttet til teknologiutvikling rettet mot utvinning i de arktiske områdene.¹³⁷

Avtaler om forskning og utvikling vil innebære innsprøytning av midler med usikker tilbakebetaling. Så lenge aktivaen er en form for teknologi, vil denne ofte ikke ha en slik tilknytning til Russland at den ikke kan trekkes ut. Risikoen ved slike avtaler knytter seg først og fremst til faren for at russiske myndigheter benytter seg av det fremforskede i strid med avtalen. Anledningen til å gjøre dette, vil avhenge av hva forskningen knytter seg til. Immaterielle rettigheter kan være vanskeligere å verne mot kopiering enn fysiske gjenstander. Fordi forskningsmaterialet antakelig gjøres tilgjengelig for begge parter er det ikke et begrenset gode, slik at investorens posisjon vil svekkes. Samtidig vil samarbeid nødvendigvis forutsette en viss form for deling. Et annet spørsmål er hvordan dette påvirker lønnsomheten, da det neppe var en forutsetning at den norske investoren skulle få eksklusive rettigheter til teknologien. FoUer vil antakelig kjennetegnes av at partenes forhandlingsposisjon i stor grad endrer seg over tid. Russiske myndigheter vil ha minimal interesse i å påvirke avtalen før forskningsarbeidet har kommet godt i gang. Slike avtaler vil også i liten grad være utsatt for konkurranse fra andre tilbydere.

2.2.7 Andre tjenestekontrakter

Tjenestekontrakter omfatter et bredt spekter av aktiviteter og går generelt ut på ytelse av en form for tjeneste i forbindelse med en eller flere faser

¹³⁶ Kontrakter i petroleumsvirksomheten (1983) 242

¹³⁷ Eksempler på dette er Barents 2020-prosjektet og The Norwegian and Russian Education and Research Consortium for International Business Development in the Energy Sector (NAREC). Joint Energy Working Group (JWEG) og Centre for High North Logistics (CHNL) kan også nevnes.

av petroleumsutvinningen. Dette kan for eksempel bestå i analyse av seismiske data, vedlikehold og reparasjon, leteboring, montering, ingeniørtjenester, konsulenttjenester, ulike former for dykkekontrakter og lignende. Kontraktens omfang og varighet vil variere avhengig av ytelsen eller tjenesten som leveres. Det samme gjelder risikoen leverandøren står overfor. I oppgaven eksemplifiseres slike kontrakter med dykkekontrakter og innsamling og analyse av seismiske data.

I dykkekontrakter utfører dykkeentreprenøren undervannsoppdrag, og påtar seg unntaksvis også plikter som å levere, montere og vedlikeholde et dykkesystem.¹³⁸ Om dykkeentreprenøren ikke har sitt eget fartøy tilgjengelig, kan dette chartres i form av et tidscerteparti, for en tilsvarende eller lengre periode enn dykkeroppdraget.¹³⁹ Et særtrekk ved dykkerkontrakter er at de er spesielt sårbare for avbrudd på grunn av vær og vind. Kontraktperiodens lengde er ofte angitt som et bestemt tidsrom med forlengelsesopsjoner og kan være på alt fra syv dager til to år.¹⁴⁰ Vederlagsberegningen baseres på en basisrate som løper per tidsenhet. Det kan også avtales at forsyninger refunderes på regningsbasis samtidig som at det kan inngås bonusordninger.

At dykkerkontraktene har kort varighet fører til at sannsynligheten for at en politisk risikofaktor skal realisere seg minsker. Innslaget av sunk costs blir også tilsvarende mindre. Bilder blir litt annerledes der dykkeentreprenøren bruker sitt eget fartøy. Leverandøren vil også støte på utfordringer knyttet generell samhandling med myndighetene, for eksempel i forbindelse med arbeidstillatelser og visum. Det er også en viss fare for at kompetanseoverføring vil gjøre det vanskeligere å få kontrakter i fremtiden.

I avtaler om innhenting og analyse av seismiske data vil aktiviteten typisk bestå i at selskapet leier et skip og foretar kartlegging av grunnforholdene i et større område. Det brukes vanligvis innleid personell og utføres etterfølgende analysering og prosessering av de innsamlede dataene, før de selges videre til aktører på det internasjonale markedet.

¹³⁸ Kontrakter i petroleumsvirksomheten (1983) 437

¹³⁹ Ibid. 438

¹⁴⁰ Ibid. 440, 517

Kontraksperiodens lengde vil variere, men i Russland er det vanlig at det gis letelisen for perioder på tre år. I de arktiske områdene vil det i praksis kun være aktuelt å foreta undersøkelser i de tre sommermånedene. Investoren vil forsøke å sikre finansieringen av prosjektet gjennom å selge dataene videre i forkant av at undersøkelsene gjennomføres. Virksomheten skiller seg fra de andre kontrakttypene ved at avtale om seismiske undersøkelser stort sett inngås direkte med myndighetene. Fordi leverandøren vil kunne inngå avtaler med tredjepart om videresalg, og ikke får noen form for vederlag fra myndighetene, er leverandøren til en viss grad skånet for en del myndighetshandlinger som ellers kan få negativ innvirkning på lønnsomheten av et prosjekt. På den annen side, vil leverandøren være sårbar for forsinkelser, korrupsjon og annen vilkårlig myndighetsopptreden som kan føre til forsinkelser i prosjektet og potensielt føre til mislighold overfor andre kontraktsparter. Et særlig usikkerhetsmoment knytter seg til utstedelse av eksporttillatelse for dataene.

2.3 Virkninger av realisert politisk risiko for norske leverandører

Politisk risiko kan virke inn på en investering gjennom krig og urolighet, konflikt som oppstår mellom to private parter og gjennom ulike former for myndighetsopptreden. Her fokuseres det på opptreden fra statlige selskaper og myndigheter overfor leverandørkontrakter.

Den mest utbredte virkningen av realisert politisk risiko i form av vilkårlig myndighetsinnblanding overfor investoren, er en *generell forvansket gjennomføring av avtalen*. Dette er en konsekvens av at institusjonelle svakheter som tungt regelverk, formalisme og korrupsjon, vil føre til økte transaksjonskostnader for alle aktiviteter. Eksempler er uforutsigbarhet knyttet til tillatelse, tollbehandling, arbeidstillatelse og visum. Dette kan særlig antas å ramme mindre investorer, og spesielt leverandører av varer og tjenester, siden de i stor grad må forholde seg til disse elementene ved import og eksport.

Myndighetene kan også påvirke kontrakten gjennom *regulatorisk*

innblanding.¹⁴¹ Praktiske eksempler på fiskal innblanding er økte skatter, for eksempel for å tilpasse myndighetenes inntekter til budsjettssituasjonen eller for å få en større andel fra selskaper som gjør det bra.¹⁴² Ikke-fiskal innblanding kan være tilbakehold av eksporttillatelse, lovgivning om overføring av teknologi i strid med investorens eiendomsrett og visumnekt. Innen petroleumssektoren har russiske myndigheter vist seg å være særlig aktive i bruken av miljøvernregulering.¹⁴³ Ifølge en rapport fra amerikanske myndigheter er både føderale og regionale myndigheter opptatt av miljømessige spørsmål når det gjelder godkjenning av investeringer i petroleumssektoren, men det er mindre klart hvor reelle disse bekymringene er.¹⁴⁴ I følge Bertelsman Foundation er miljøhensyn kun på agendaen der disse anses å medføre «clear material short-term advantages and can be used to put pressure on unwanted investors».¹⁴⁵ I tillegg er det hevdet at det er vanskelig å få miljøinformasjon.¹⁴⁶ Utfordringer knyttet til miljøvernregulering kan få store konsekvenser for investorer, fordi det medfører at tidsrommet mellom inntekter og utgifter blir langvarig og usikkert.¹⁴⁷

Ifølge en rapport Freedom House publiserte i 2010, er det flere eksempler på at russiske myndigheter *ensidig har endret vilkårene* for vestlige olje- og gasselskaper i Russland.¹⁴⁸ I tillegg kan en norsk investor oppleve press til å *reforhandle* en kontrakt. I 2006 annonserte myndighetene planer om å revidere joint venturene i Shakalin-2-prosjektet, noe som satt Shell i en presset situasjon til å gi opp eierandeler.¹⁴⁹ Her vil det skjeve styrkeforholdet mellom partene spille inn, ved at leverandøren har begrensede muligheter til å trekke seg fra et påbegynt prosjekt, og

¹⁴¹ Den rettslige vurderingen av dette behandles nærmere i avsnitt 5.1.

¹⁴² Amsterdam (2006) 40; Grinblat (2007) 71

¹⁴³ Anderson (2008) 20

¹⁴⁴ Business Anti-Corruption Portal

¹⁴⁵ Bertelsmann Stiftung (2012) kapittel 12. Se også Davidson (1980), som gir uttrykk for at miljøhensyn i Russland fremmes både i seg selv og som en unnskyldning for nasjonal proteksjonisme

¹⁴⁶ Business Anti-Corruption Portal

¹⁴⁷ Davidson (1980)

¹⁴⁸ Business Anti-Corruption Portal; Freedom House (2010)

¹⁴⁹ Amsterdam (2006) 41

ofte ser seg nødt til å fortsette avtaleforholdet under endrede forutsetninger. En fremgangsmåte som fremheves som typisk for russiske kontraktsparter og myndigheter i petroleumsindustrien, er å utnytte investorens interesser i ett prosjekt til å oppnå en mer fordelaktig posisjon et annet sted. For eksempel har både Statoil og Total opplevd problemer med russisk samarbeid på Kharyaga-feltet samtidig som selskapene hadde sterke interessert i å oppnå en form for deltakelse på Shtokman-feltet.¹⁵⁰ Tilsvarende mekanisme kan ha vært i virkning i den såkalte BP-saken. I 2006 krevde påtalemyndigheten i Irkutsk at lokale naturressursmyndigheter suspenderte TNK-BPs lisens i Kovykta-gassfeltet på miljømessig grunnlag. Kritikere hevdet imidlertid at dette hadde en klar sammenheng med de andre problemene selskapet hadde i Russland på samme tid.¹⁵¹ Denne form for innblanding vil nok være mest aktuelt for større engasjementer og spesielt der kontrakten er inngått med et statselskap. Entreprenør- og fabrikkkontrakter, riggkontrakter, og kontrakter om forskning, produksjon og utvinning er særlig utsatt.

Der kontrakten er inngått med staten, eller noen som svarer for denne, kan politisk risiko realiseres i form av *kontraksbrudd*. En investor som inngår en kontrakt med en part som må identifiseres med myndighetene, risikerer at kontraktsparten lar andre hensyn enn rent kommersielle virke inn på avtaleforholdet. En årsak til dette er at mange statskontrakter helt eller delvis reguleres av offentlig rett, som vektlegger andre interesser enn kommersielle, og i større grad åpner for ensidig endring av avtaler.¹⁵² Dette gjelder særlig for avtaler med offentligrettslige innslag, som konsesjoner og lisenser. Også denne innblandingsformen vil være mest aktuell for større engasjementer med statselskaper, og for de samme kontrakttypene som over.

Den mest dramatiske innblandingsformen overfor en norsk investor, og også den minst aktuelle,¹⁵³ er gjennom *direkte ekspropriasjon*, definert som «a governmental taking of property for which compensation is

¹⁵⁰ MacKenzie (2006)

¹⁵¹ The Telegraph (2011) BP in Russia: A timeline

¹⁵² Rubins (2005) 21

¹⁵³ Jarvis (2008) 47 omfanget av direkte ekspropriasjon har gått kraftig ned i nyere tid.

required».¹⁵⁴ Dette kan innebære at myndighetene overtar en installasjon, eiendom eller en joint venture. Omfanget av direkte ekspropriasjon har gått kraftig ned i nyere tid. Risikoen vil være høyest for prosjekter hvor OBM er treffende, typisk i store, kapitalintensive prosjekter som knytter seg til utvinning av naturressurser. Risikoen for ekspropriasjon øker i politisk ustabile tider. I tillegg er den mest aktuell i stater som ikke har en godt etablert tradisjon for privat eierskap. Også *indirekte ekspropriasjon* er aktuelt. Dette er myndighetsinnblanding av en slik art at den «does not formally transfer title away from the investor, but damages or destroys his ability to control or benefit from the investment he has made».¹⁵⁵ Kontraktsbrudd kan i enkelte tilfeller falle inn under denne kategorien.

Gjennomgangen viser virkningene av politisk risiko i Russland gjør seg gjeldende overfor alle kontrakttyper og på flere nivåer i et kontraktsforhold. Foruten den generelle forvanskningen som alle investorer må forholde seg til, er det særlig opptreden fra statselskaper knyttet til et forsøk på å undergrave investorens rettigheter etter kontrakten som er et aktuelt problem. Det er også en glidning fra opptreden som en investor antakelig vil måtte finne seg i for å gjøre forretninger i Russland, til mer inngripende opptreden som i stor grad vanskeliggjør, eller i ytterste konsekvens umuliggjør videre involvering i landet.

2.4 Virkemidler for håndtering av politisk risiko – BITen i kontekst

En investor kan gå frem på flere måter for å beskytte seg mot politisk risiko. For å vurdere betydningen av den norsk-russiske BITen, bør det undersøkes det om og hvordan disse verktøyene i seg selv og i samspill med hverandre kan skjerme norske aktører fra forekomst og virkninger av vilkårlig myndighetsinnblanding.

2.4.1 Løsning i det nasjonale rettssystemet

Et alternativ eller supplement til internasjonal tvisteløsning der det har

¹⁵⁴ International Investment Arbitration. Substantive Principles (2007) 266

¹⁵⁵ Rubins (2005) 9-11

oppstått uenighet, er at saken forsøkes løst i det nasjonale rettssystemet, typisk ved å føre saken for en russisk arbitrazh-domstol, som dømmer i økonomiske tvister. Etter den norsk-russiske BITen kreves det ikke at nasjonale rettsmidler er uttømt,¹⁵⁶ men i visse tilfeller kan det kreves at saken har vært behandlet i nasjonale domstoler for at det skal kunne konstateres at det har skjedd endelig ekspropriasjon.

Nasjonal prosess kan ha gode grunner for seg. For eksempel kan det hende at et påstått brudd på en av de materielle standardene i BITen skyldes en saksbehandlingsfeil i et forvaltningsorgan, og at feilen effektivt rettes opp ved at investoren benytter seg av de nasjonale virkemidlene som er tilgjengelige. Fordeler med nasjonal tvisteløsning i Russland er dessuten at sakene behandles raskt, ofte i løpet av noen måneder, og at ankemulighetene generelt er gode.¹⁵⁷ Fra et strategisk synspunkt spiller det også inn at forholdet til myndighetene vil forbli bedre ved nasjonal prosess. Dette er et mindre dramatisk virkemiddel som viser tillit til det russiske systemet, samtidig som investoren unngår å rette anklager direkte mot staten.

Nasjonal tvisteløsning byr også på utfordringer. Fraværet av en prejudikatslære,¹⁵⁸ korrupsjon og en annerledes forståelse av markedsøkonomi fører til at utfallet av en sak kan fremstå som uforutsigbart for en norsk investor. Domstolene er også preget av høy grad av formalisme. Det stilles strenge krav til bevis, for eksempel for at en avtale er inngått. Dokumenter må være stemplet og sertifiserte og det kan kreves dokumentasjon for selvfølgeligheter. I tillegg kan hurtigheten i russiske domstoler kan gå på bekostning av sakens opplysning og rettsvesenets grundighet. En observasjon når det gjelder betalingsmislighold, er at “it is tempting to conclude that non-payments cases are being processed in a rote manner with little regard for the substance in the individual disputes.”¹⁵⁹

¹⁵⁶ Se Schreuer (2005) II for en fremstilling om dette.

¹⁵⁷ Aardahl Hagen (2009); Den russiske arbitrazh-loven artikkel 152 1. ledd setter en frist på tre måneder. Fristen overholdes i stor grad i følge Hendley (2002) 10

¹⁵⁸ Hendley (2002)

¹⁵⁹ Hendley (2002) 14

2.4.2 Regulering i avtalen

Kommersielle parter vil forsøke å fordele den *kommersielle* risikoen seg i mellom på en mest mulig hensiktsmessig måte, for eksempel ved å innta bestemmelser om dagbøter, erstatning, leveringstider og risikoovergang i kontrakten. Til en viss grad kan partene også forsikre seg mot *politisk risiko* gjennom kontraktbestemmelser. Dette kan skje gjennom voldgiftsklausuler, lovvalgsklausuler, stabiliseringsklausuler, force majeure-klausuler eller klausuler som binder staten til kontrakten som part. Ofte vil imidlertid ikke slike bestemmelser gi det samme beskyttelsesnivået som en BIT.¹⁶⁰

For leverandøren vil problemet ofte være manglende forhandlingsstyrke til å kreve at slike klausuler inntas i avtalen. Kontrakten gir heller ingen løsning der myndighetsopptreden ikke skriver seg fra kontraktsparten, men hvor den for eksempel skyldes offentlig saksbehandling eller domstolene. Følgelig kan ikke alle risikofaktorer internaliseres i kontrakten. Dette gjelder særlig den politiske risikoen, og spesielt der myndighetene ikke er kontraktspart.

2.4.3 Forsikring mot politisk risiko

Forsikring mot politisk risiko tilbys av private, nasjonale statlige og overnasjonale aktører og innebærer at investoren betaler en premie for å dempe risikoen knyttet til en investering. Dette betegnes som et av de mest effektive virkemidlene for å redusere eksponeringen mot politisk risiko.¹⁶¹

På *overnasjonalt nivå* kan nevnes Verdensbankens datterselskap MIGA, som tilbyr forsikring mot politisk risiko knyttet til direkte investeringer i utviklingsland.¹⁶² I MIGA-konvensjonen artikkel 11 fastslås det at fem former for risiko dekkes, deriblant restriksjoner på valutaoverføring, ekspropriasjon og lignende tiltak og kontraktsbrudd.¹⁶³ Garanti

¹⁶⁰ Blyschak (2010) 591. Se også artikkel av Alvik (2012), «Arbitration in long-term international petroleum contracts: The «internationalization» of the applicable law.

¹⁶¹ Rubins (2005) 69

¹⁶² Dolzer (2008) 207

¹⁶³ Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency 1985

kan gis for investeringer på territoriet til et utviklingsland som er medlemmer av MIGA, jf. Artikkel 14. Russland er en slik stat, og norske investorer omfattes av konvensjonens nedslagsfelt, se artikkel 13. Det er imidlertid et vilkår for forsikring etter artikkel 15 at «the Host Government has approved the issuance of the Guarantee by the Agency against the risks designated for cover.» Konvensjonen allokere risikoen for myndighetsendringer til statsselskapet. Den dekker investeringsformer som bruk av egenkapital lån, lånegarantier, lisensavtaler og franchiser. Hva som dekkes av konvensjonen, er ikke nødvendigvis sammenfallende med hva som utgjør en investering.¹⁶⁴ MIGA-konvensjonen artikkel 13 (a) (iii) krever at investorer opererer på kommersiell basis.¹⁶⁵ Dette tilsier at anvendelsesområdet avgrenses mot non-profit-organisasjoner og statsselskaper med sektorpolitiske formål. Dette er i samsvar med den norsk-russiske BITens antatte virkeområde.¹⁶⁶

Formålet med *nasjonale* forsikringsordninger er å fremme nasjonal økonomi.¹⁶⁷ Det er vanlig at denne type forsikring dekker elementer som ekspropriasjon, tap grunnet krig, revolusjon og borgerkrig. I Norge har GIEK kredittforsikring garantert for norsk eksport til Russland i over 80 år, og senket polisepremien for landet på bakgrunn av en vurdering av at risikoen har blitt bedre. Likevel er man restriktiv til å gi eksportører avdekning på det russiske markedet. Det forutsettes tidligere eksport erfaring samt kjennskap til de russiske kundene.¹⁶⁸ Forsikringen dekker ekspropriasjon, valutarestriksjoner, politisk vold, naturkatastrofer, kontraktsbrudd og boikotter.¹⁶⁹

Private aktører tilbyr også forsikring mot politisk risiko, og pulveriserer sin egen risiko gjennom samarbeid med andre forsikringsselskaper og reassurandører. Premien er ofte høy. Disse private aktørene har større anledning enn de offentlige aktørene til å skreddersy produkter til sel-

¹⁶⁴ Fedax v Venezuela (Decision on Jurisdiction, 1997) para 27

¹⁶⁵ Gallus (2006) 527

¹⁶⁶ Se avsnitt 3.5.3

¹⁶⁷ Dolzer (2008) 207

¹⁶⁸ Graarud (2012)

¹⁶⁹ Rubins (2005) 97

skapene og til å vektlegge kommersielle hensyn. Det er en tendens at de private tilbyderne yter forsikring for noe kortere perioder enn det offentlige.¹⁷⁰

Det nevnes også at Nordisk sjøforsikringsplan inneholder en bestemmelse i klausul 2-9 1. ledd bokstav b som gir beskyttelse mot konfiskasjon. Dette defineres i planen som «appropriation of the ship by a State power without compensation».¹⁷¹ Bestemmelsen kan dermed ha tilsvarende virkeområde som den norsk-russiske BITen artikkel 5, som gir investoren rett på erstatning ved ekspropriasjon.

Selv om forsikring mot politisk risiko til en viss grad kan bidra til å avdempe de skadelige virkningene ved myndighetsblanding, og sånn sett dempe den direkte betydningen av den norsk-russiske BITen, innebærer ikke dette at forsikringsordninger gjør BITer mindre aktuelle. En BIT vil virke risikoreducerende, og kan derfor få en indirekte virkning ved at forsikringspremiene blir lavere. At virkemidlene supplerer hverandre illustreres også ved at BITens artikkel 7 gir garantister «for ikke-kommersiell risiko i forbindelse med en investering på den annen avtaleparts territorium» rett til å utøve investorens rettigheter ved subrogasjon.

2.4.4 Diplomati og direkte forhandlinger

Et kontraktsbrudd som skyldes en realisert politisk risiko kan løses ved at *partene* i tvisten, det vil si den norske investoren og russiske myndigheter, går i forhandlinger. Det er et vilkår etter den norsk-russiske BITen at dette har vært forsøkt i minst seks måneder før det anlegges sak, jf. artikkel 8. Det skjeve styrkeforholdet mellom partene kan imidlertid gjøre det vanskelig for den norske investoren å få gjennomslag for sine argumenter dersom motparten har en politisk motivert interesse i å gå fra kontrakten, eller utøve annen form for myndighetsinnblanding. Investoren kan alternativt henvende seg direkte til russiske myndigheter, noe som eksempelvis skjedde i Telenor-saken.¹⁷² Dette er en mulig løsning, da det kan hende at den påklagede myndighetsopptreden ikke er

¹⁷⁰ Dolzer (2008) 207-8; Rubins (2005) 110

¹⁷¹ Nordic Marine Insurance Plan 2013 – Commentary Part I 41

¹⁷² Steinsland, Telenor i russisk milliardstrid.

uttrykk for myndighetenes politikk, men et utslag av uriktig saksbehandling eller handling i strid med instruks. Det er imidlertid ikke sikkert at problemet vil få en løsning her.¹⁷³ Det er også et alternativ at *norske og russiske myndigheter* går i dialog om en konkret sak, men dette vil kreve at saken har høy viktighet og vil nok være mindre praktisk for en del leverandørkontrakter.¹⁷⁴

2.4.5 Andre traktater

Både bilaterale, regionale og multinasjonale traktater kan gi adgang til voldgift på lignende vilkår som BITen, eller i sammenheng med denne. Om forholdet til andre traktater følger det av den norsk-russiske BITen artikkel 12 at “[d]ersom (...) internasjonal avtale som er bindende for begge avtaler, inneholder bestemmelser som gir investeringer foretatt av en investor tilhørende den annen avtalepart en behandling som er mer fordelaktig enn den behandling som gis i denne avtale, skal den gunstigste behandlingen gjelde». En aktuell multinasjonal traktat som åpner for investeringsvoldgift er Energicharter-traktaten. Traktaten er imidlertid verken ratifisert av Norge eller Russland.¹⁷⁵ Per i dag er derfor den norsk-russiske BITen tilsynelatende det eneste generelle grunnlaget for internasjonal investeringsvoldgift som er tilgjengelig for norske investorer.

2.4.6 Kommersiell voldgift

Twist mellom en norsk leverandør og dennes russiske kontraktspart kan også behandles for en kommersiell voldgiftsdomstol. Betydningen av denne muligheten svekkes av at en norsk leverandør ofte ikke vil ha forhandlingsstyrke til å innta en voldgiftsklausul i kontrakten. For å sikre ivaretagelse av de samme hensynene som BITen skal sikre, er det dessuten

¹⁷³ Se avsnitt 2.3.5

¹⁷⁴ Se til sammenligning artikkel 9 og 10 i den norsk-russiske BITen

¹⁷⁵ Russland har signert Energicharteret og godtok tidligere midlertidig anvendelse av charterets bestemmelser i den utstrekning de ikke kom i konflikt med russisk rett. I 2009 informerte imidlertid russiske myndigheter om at de aldri hadde hatt til hensikt å tiltre charteret. I samsvar med charterets oppsigelsesfrister sluttet Russland å forholde seg til charterets bestemmelser senere samme år. Energy Charter – FAQ

viktig at voldgiftten er internasjonal.

2.4.7 Oppsummering

En leverandør til russisk petroleumsindustri har en rekke virkemidler å spille på for å begrense eller dempe virkningene av myndighetsinnblanding. Gjennomgangen viser at disse virkemidlene i liten grad er i konflikt, og at en investor vil oppnå best vern ved å benytte disse i et samspill. Samtidig er det klart at den norsk-russiske BITen utmerker seg som et særlig potent rettsmiddel, da den den den åpner for tvisteløsning for en uavhengig voldgiftsdomstol uten at det er inntatt klausul om dette i kontrakten. I tillegg kan den norsk-russiske BITen også kan få en indirekte betydning for en norsk leverandør, ved at den bidrar til å dempe forsikringspremier og utgjør et forhandlingskort i investorens omgang med russiske myndigheter og kontraktsparter.

3 Fastleggelse av investeringsbegrepets innhold

BITers tradisjonelle virkeområde har vært tvister som har oppstått på grunnlag av kapitalintensive, langvarige og risikofylte aktiviteter med store innslag av sunk costs. Som gjennomgangen i kapittel 2 har vist, vil til sammenligning norske leverandører stå for et vidt spekter av aktiviteter som i varierende grad vil falle inn under denne karakteristikken.

I dette og neste kapittel undersøkes det hvordan denne virkeligheten passer med det sentrale jurisdiksjonsvilkåret i den norsk-russiske BITen, nemlig at det er foretatt en «investering» på russisk «territorium». Formålet er å fastlegge begrepens innhold nærmere, for deretter å vurdere hvilke leverandørkontrakter som kan faller innenfor BITens beskyttelsesområde i kapittel 4.

Kravet om at det er foretatt en «investering» innebærer at det foretas en siling basert på hvilke former for involvering som er beskyttet. I den norsk-russiske BITen artikkel 1 1. ledd fremgår det at

«[m]ed «investering» menes enhver form for aktiva som investeres på en avtaleparts territorium i samsvar med denne parts lover og forskrifter, av en investor tilhørende den annen avtalepart».

Dette utgangspunktet etterfølges av en ikke-uttømmende liste over aktiva som «særlig» er investeringer, angitt i artikkel 1 1. ledd bokstav a-e. Her inngår «[f]ast eiendom og løsøre og andre eiendomsrettigheter, som pant i fast eiendom, samt leierettigheter», «[a]ksjer obligasjoner og andre former for eierandeler i selskaper eller foretak», «[k]rav på penger som er benyttet til å skape økonomisk verdi, eller krav på enhver ytelse i henhold til kontrakt som har en økonomisk verdi» og «[i]mmaterielle eiendomsrettigheter samt teknologi, knowhow og goodwill» samt «[f]orretningskonsesjoner i henhold til lov eller kontrakt, herunder konsesjon om leting etter, foredling, utvinning eller utnyttelse av naturressurser», jf. artikkel 1 1. ledd bokstav a-e.

Ordlyden gir grunnlag for flere spørsmål. For det første må det vurderes hvilke former for investorinteresser som er *aktiva*. Videre oppstår spørsmålet om *under hvilke forhold* aktivaen er beskyttet, herunder når den anses å være investert, og når investeringen anses foretatt på russisk territorium. Det er en nær sammenheng mellom disse kriteriene, og hver enkelt aktivitet må underlegges en helhetlig vurdering. En definisjon av investering som “a transaction involving some kind of influx of capital, knowledge or resources into the territory of a state, which in addition acquires a certain permanency of attachment to that state» illustrerer dette.¹⁷⁶ Kun samlet kan de belyse alle aspektene ved en transaksjon som gjør den beskyttelsesverdig.

3.1 Enhver form for aktiva

Det følger av ordlyden i den norsk-russiske BITen artikkel 1 at en investering *kan* utgjøres av «enhver form for aktiva». Aktiva er typisk definert som noe som *eies* og har en verdi.¹⁷⁷ Dette utgangspunktet etterfølges av

¹⁷⁶ Alvik (2011) 127

¹⁷⁷ Denne forståelsen er eksempelvis lagt til grunn i Romak v Uzbekistan (Award, 2009) para 177; Bayindir v Pakistan (Decision on Jurisdiction, 2005); se også Salacuse

en ikke-uttømmende oppramsing av aktiva som *særlig* er dekket.¹⁷⁸ Listen viser at tinglige og obligatoriske, materielle og immaterielle rettigheter er dekket.¹⁷⁹ Aktiva-begrepet er således videre enn tinglige rettigheter slik de defineres i norsk tingsrett.¹⁸⁰ Videre kan det neppe oppstilles krav om at aktivaen skal møte en bestemt definisjon av «eiendom» eller at den skal inneha in rem-kvaliteter.¹⁸¹ Dette kom for eksempel til uttrykk i *Bayindir v Pakistan*, hvor voldgiftsretten uttalte at «[i]t is not disputed that expropriation is not limited to *in rem* rights and may extend to contractual rights.»¹⁸² En slik bred aktiva-basert definisjon etterfulgt av en ikke uttømmende-liste av mulige former for aktiva forekommer hyppig i BITer, og reflekterer utviklingen av investeringsformene i finansverdenen.¹⁸³

3.2 Kontrakter som investeringer

Det er ikke i seg selv en investering at den norske aktøren har en rettighet med økonomisk verdi tilknyttet russisk territorium. En alminnelig språklig forståelse av investeringsbegrepet, sammenholdt med traktatens formål om å fremme og sikre investeringer, tilsier at det må stilles ytterligere krav til transaksjonens innhold. Dette er i overensstemmelse med den gjengse definisjonen av investeringsbegrepet, eksempelvis «[t]he action or process of investing in a thing worth buying because it may

(2010) 160 og Garner (2009)

¹⁷⁸ At en slik liste ikke er uttømmende er også lagt til grunn i rettspraksis, som har tolket tilsvarende formuleringer i andre BITer. Se for eksempel *Siemens v Argentina* (Decision on Jurisdiction, 2004)

¹⁷⁹ En rettighet er tinglig når den har beskyttelse overfor alle og obligatorisk der den kun har beskyttelse overfor debitor, se Falkanger (2007) 31

¹⁸⁰ Representert ved Falkanger (2007) 31, som utelukker immaterielle rettigheter, dog av praktiske hensyn – fordi rettsreglene er forskjellige

¹⁸¹ Om ulike forståelser av eiendomsbegrepet, se Tarrant (2011) 677 flg. Svært forenklet kan det sies at rettigheter in rem er eiendomsrettigheter mens rettigheter in personam er personlige og korrelerer med en obligasjon.

¹⁸² Gjengitt i Alvik (2011) 164; *Bayindir v Pakistan* (Decision on Jurisdiction, 2005) para 255

¹⁸³ Salacuse (2010) 171

be profitable in the future.»¹⁸⁴ Definisjonen indikerer at tingen det investeres i har en økonomisk verdi, at den er knyttet til en forventning om lønnsomhet frem i tid og at det kan foreligge en viss usikkerhet knyttet til denne lønnsomheten i form av risiko. I tillegg gir definisjonen uttrykk for at det ikke er snakk om en samtidig utveksling av ytelser, men ytelse av et bidrag med sikte på en fremtidig potensiell gevinst, slik at prosjektet innebærer sunk costs for investoren.

Visse aktiva ligger i kjernen av BITers tiltenkte virkeområde, og det er ikke tvilsomt at disse utgjør investeringer. Dette gjelder for eksempel materielle *eiendomsrettigheter* som landområder, fabrikker og andre produksjonsfasiliteter og *konsesjoner* for utvinning av mineraler og hydrokarboner.¹⁸⁵ Det volder mer tvil å avgjøre når mindre omfattende *kontraktsrettigheter* utgjør beskyttede investeringer. Det følger imidlertid av ordlyden i den norsk-russiske BITen artikkel 1 at «[k]rav på penger som er benyttet til å skape økonomisk verdi, eller krav på enhver ytelse i henhold til kontrakt som har en økonomisk verdi» er blant de rettigheter som omfattes.

Dette utgangspunktet kan konkretiseres ved at det oppstilles to yterpunkter. For det første kan det argumenteres for at det går en nedre grense mot alminnelige salg. For det andre gir det utgangspunkt for å oppstille nærmere angitte kriterier for å fastlegge investeringsbegrepets innhold.

3.3 ICSID-praksis og debatten om investeringsbegrepets kjerneegenskaper

Voldgiftspraksis viser at ICSID-tribunalet ofte vurderer investeringsbegrepet i ICSID-konvensjonen artikkel 25 som mer kvalifisert når det opptrer i konvensjonen enn når det opptrer i BITer.¹⁸⁶ I Malaysian His-

¹⁸⁴ Soanes (2008) 748 ; Fong Le Cheng (2011)

¹⁸⁵ Rubins (2004) 304

¹⁸⁶ Se for eksempel *Bayindir v Pakistan* (Decision on Jurisdiction, 2005); *MHS v Malaysia* (Award on Jurisdiction, 2005); *Saipem v Bangladesh* (Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional measures, 2007) og *Pantehniki v Albania* (Award, 2009).

torical Salvors (MHS) v Malaysia, som gjaldt en bergingskontrakt,¹⁸⁷ uttalte ICSID-tribunalet om den britisk-malaysiske BITen¹⁸⁸ at «the term «investment» is unqualified». Dette tilsier at enhver transaksjon vil gis adgang til internasjonal investeringsvoldgift såfremt de øvrige jurisdiksjonsvilkårene er møtt. Til sammenligning har ICSID-tribunalet utviklet en doktrine for vurdering av når transaksjoner utgjør investeringer etter ICSID-konvensjonen, som stiller krav til investeringens art, varighet og grad av risiko.

ICSID-tribunalet har også tatt til orde for at investeringsbegrepet må forstås ulikt i BITer og ICSID-konvensjonen 25. I *Abaclat og v Argentina*¹⁸⁹ uttalte voldgiftsretten at det er opplagt at «investering» ikke kan forstås likt i BITer og ICSID konvensjonen, fordi en ser på investeringsbegrepet fra ulike perspektiver.¹⁹⁰ Mens formålet med BITer er å *oppfordre til investeringer*, skal ICSID-konvensjonen beskytte *verdien som har fremkommet av disse*.¹⁹¹ Argumentasjonen er ikke overbevisende som begrunnelse, siden BITer nettopp oppfordrer til investeringer gjennom å tilby beskyttelse av de fremskaffede verdiene. Dette gjelder særlig der tvisteløsning etter ICSID-konvensjonen ikke er noe alternativ i BITen.

Det som har fremkommet av gjennomgangen over bør likevel ikke innebære at ICSID-praksis ikke kan benyttes ved vurderingen av innholdet i investeringsbegrepet i den norsk-russiske BITen. Ordlyden i BITen gir åpenbart ikke grunnlag for en ulik vurdering. Vanlig språklig forståelse av «investering» taler for at ikke enhver transaksjon er dekket. Også reelle hensyn tilsier at slike kjerneegenskaper anses å gjelde for «investering» som sådan. Som Douglas (2009) bemerker, ville det motsatte innebære at kjøp av en trikkebillett utgjorde en investering.¹⁹² Det er åpenbart ikke i samsvar med BITers formål å gi beskyttelse på dette

¹⁸⁷ MHS v Malaysia (Award on Jurisdiction, 2009)

¹⁸⁸ The Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments

¹⁸⁹ *Abaclat v The Argentine Republic*, (Decision on Jurisdiction and Admissibility, 2011)

¹⁹⁰ *Ibid.* para. 348. Dette skal også være sagt i *Malicorp Limited v Egypt* (2011) para 110

¹⁹¹ *Ibid.* para 349

¹⁹² Douglas (2009)

nivået. Reelle hensyn og effektivitetsprinsippet i folkeretten taler for at investeringsbegrepet også bør være kvalifisert i BITer, herunder den norsk-russiske. Det samme gjør hensynet til å unngå absurde og urimelige resultater, jf. Wien-konvensjonen artikkel 32 (b). Voldgiftsretten ga trefende uttrykk for dette Romak v Uzbekistan, som gikk etter UNCITRAL-reglene:

“The term investment has a meaning in itself that cannot be ignored (...).The Arbitral Tribunal therefore considers that the term “investments” under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings) entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk (...).”¹⁹³

ICSID-avgjørelsen GEA v Ukraine følger denne linjen.

“It is not so much the term “investment» in the ICSID Convention than the term “investment» per se that is often considered as having an objective meaning in itself, whether it is mentioned in the ICSID Convention or in a BIT.”¹⁹⁴

Dette tilsier at ICSID-praksis om investeringsbegrepet vil ha argumentasjonverdi og eksempelverdi ved vurdering av den norsk-russiske BITen.

3.4 Nedre grense mot enkle salg

Det er en utbredt oppfatning at enkle salg i form av frittstående enkelttransaksjoner ikke utgjør investeringer. Enkle salg kan i denne sammenheng forstås som samtidig utveksling av ytelser som innebærer liten eller ingen grad av sunk costs fordi selgeren mottar vederlag samtidig med overdragelse av eiendelen. Risikoen selgeren tar overfor vertsstaten blir tilsvarende mindre. Mens myndighetsinnblanding i enkle handelstransaksjoner stort sett vil ha som virkning å redusere lønnsomheten, kan myndighetsinnblanding i større investeringer være fullstendig

¹⁹³ Romak v Uzbekistan (Award, 2008) paras 180, 207

¹⁹⁴ GEA v Ukraine (Award, 2011) para 141

ødeleggende for investorens ønske om og mulighet til fortsatt tilstedeværelse i vertslandet.¹⁹⁵ At skillet opprettholdes i internasjonal investeringsvoldgift kom eksempelvis til uttrykk i *Fedax v Venezuela* som gjaldt krav basert på gjeldsbrev som ble utstedt av Venezuela, og på et senere tidspunkt kjøpt opp av saksøker. Domstolen uttalte at investeringskriteriet hadde til hensikt å ekskludere *ordinære kommersielle transaksjoner* fra ICSID-konvensjonens virkeområde.¹⁹⁶

Dette er fulgt opp i flere nyere dommer, og gjelder også utenfor ICSID.¹⁹⁷ Et eksempel er *Petrobart v The Kyrgyz Republic* som gjaldt mislighold av en avtale om overføring av eierskap til 200 000 tonn kondensert gass. Saken ble brakt inn for voldgift etter den svenske voldgiftsloven. Domstolens jurisdiksjon berodde på en tolkning av den kirgisistanske loven om utenlandske investeringer, som ga retten jurisdiksjon over «investment disputes.»¹⁹⁸ Retten kom til at det ikke var foretatt noen investering etter loven, og vurderte i et biter dictum om dette ville stilt seg annerledes etter de universelle prinsippene i internasjonal rett. Til dette sa voldgiftsretten at innholdet i disse prinsippene var “uncertain, indeed frequently contentious,” men anså det likevel som sikkert at investeringer måtte skilles fra

“the more frequent export transactions where goods are sold by manufacturers, or owners, in one state to traders or users in another state. Foreign investment involves a more permanent relationship between the foreign investor and the host state than is involved in the transitory international sales transaction».¹⁹⁹

Dommen kan tas til inntekt for at det som et minimum kreves en viss *varighet eller permanens i avtaleforholdet* for at et kontraktsforhold skal utgjøre en investering.

¹⁹⁵ Rubins (2004) 283

¹⁹⁶ *Fedax v Venezuela* (Decision on Jurisdiction, 1997) para 28

¹⁹⁷ Se for eksempel *MHS v Malaysia* (Decision on the application for annulment, 2009) para 69 og *Joy Mining v Egypt* (Decision on Jurisdiction, 2004) para 55 og *GEA v Ukarine* (Award, 2011) para 152 forutsetningsvis.

¹⁹⁸ *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (Award, 2003) para 5.3.3.1

¹⁹⁹ *Ibid.* para 5.3.3.3 (iii) (c)

Et noe nyere eksempel på at en salgskontrakt ikke utgjorde en investering kan hentes fra Romak v Uzbekistan som gikk etter UNCITRAL-reglene. Romak spesialiserte seg på handel med kornblandinger og inngikk en rekke kontrakter om tilførsel av hvete til Uzbekistan.²⁰⁰ Det oppsto problemer med betalingen og Romak gikk til internasjonal investeringsvoldgift. Voldgiftsretten kom til at hvetesalget ikke utgjorde noen investering med begrunnelsen at “Romak’s rights were embodied in an arise out of a sales contract, a *one-off commercial transaction pursuant to which Romak undertook to deliver wheat against a price to be paid by the Uzbek parties.*”²⁰¹

I Joy Mining v Egypt, kom domstolen til at en avtale om levering av gruveutstyr ikke utgjorde en investering. Domstolen la blant annet vekt på at “the production and supply of the kind of equipment involved in this case is a normal activity of the Company, not having required a *particular development* of production that could be *assimilated* to an investment on behalf of IMC’s demands.”²⁰² Det ligger forutsetningsvis i disse uttalelsene at investorens *innsats* knyttet til utviklingen av ytelsen kan ha betydning, ikke bare investeringens levetid regnet fra det tidspunkt avtale inngås.

Lignende synspunkter var fremme i Pantekniki v Albania.²⁰³ Saken gjaldt tvist i forbindelse med en kontrakt om konstruksjon av en motorvei. Investoren Pantekniki mente å ha foretatt en investering i form av levering av tjenester og materialer, bidrag med utstyr og byggeledelse, mobilisering av egnede menneskelige og finansielle ressurser samt kravet på vederlaget som følge av dette.²⁰⁴ Ved vurderingen av spørsmålet gikk voldgiftsretten inn på en lengre drøftelse av investeringsbegrepets kjerneegenskaper, og inntok særlig en problematiserende holdning til en investerings varighet kontra andre momenter som kunne tilsi at investoren tok en tilsvarende risiko ved kortere engasjementer. Domstolen

²⁰⁰ Romak v Uzbekistan (Award, 2009) para 3

²⁰¹ Ibid. para 243

²⁰² Joy Mining v Egypt (Award on Jurisdiction, 2004) para 56

²⁰³ Pantekniki v Albania (Award, 2009)

²⁰⁴ Ibid. para 34

viste til grensene for en forsvarlig ordlydstolkning som begrunnelse for avgrensning mot ordinære salg, og uttalte at “it is conceivable that a particular transaction is so *simple and instantaneous* that it cannot possibly be called an “investment» without doing violence to the word.”²⁰⁵ Domstolen nyanserte likevel grensen mot en alminnelig salgskontrakt noe, og pekte på at det i visse tilfeller er naturlig og rimelig å anse også enklere og mer kortvarige transaksjoner som investeringer:

«It is admittedly hard to accept that the free-on-board sale of a single tractor in country A should be considered an “investment» in country B. But what if there are *many tractors and the payments are substantially deferred to allow cash-poor buyers time to generate income?* Or what if the first tractor is a *prototype* developed at *great expense* for the specificities of country B on the evident premise of amortization? Why should States not be allowed to consider such transactions as investments to be encouraged by the promise of access to ICSID?”²⁰⁶ (min utheving)

Voldgiftsretten pekte på at *salgets volum og kostandene ved utvikling av varen* kan tale for at salget utgjør en investering, der selgeren i tillegg har tatt en risiko som i siste instans vil kunne komme vertslandet til gode.

Samlet taler dommene for at enkeltstående salg som består i utveksling av ytelser mot vederlag, i utgangspunktet ikke er investeringer. Det åpnes imidlertid for å gjøre unntak fra kravet om varighet fordi investorens innsats og risiko kan likestilles med den som foreligger i en typisk investeringssituasjon, som innebærer at investoren er tilstede på vertsstatens territorium over lengre tid. Disse momentene utgjør et *alternativ* til kravet om at en investering skal ha en viss varighet, siden de tar opp i seg de samme betraktningene: investoren påtar seg en risiko over tid for å levere et produkt som vil komme vertslandet til gode.

²⁰⁵ Ibid. para 48

²⁰⁶ Ibid. para 44

3.5 En positiv angivelse av investeringsbegrepets kjerneegenskaper

I tillegg til en nedre grense mot enkle salg, gir voldgiftspraksis grunnlag for å vurdere om en aktivitet er en investering på grunnlag av positivt angitte kriterier. Det må alltid bero på en konkret vurdering om en aktivitet utgjør en investering, og det er neppe grunnlag for å oppstille absolutte vilkår som må foreligge. Like fullt kan momenter fra rettspraksis utgjøre et utgangspunkt og være nyttige referansepunkter når det tas stilling til om en aktivitet utgjør en investering.

I ICSID-praksis har Salini-kriteriene vært sentrale for å vurdere om en kontrakt er en investering. I *Salini v Morocco*, som gjaldt tvist i forbindelse med en *tjenestekontrakt* om konstruksjonen av en motorvei, uttalte voldgiftsretten at en investering innebærer

« (...) contributions, a certain duration of performance and a participation in the risks of the transaction (...). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition». ²⁰⁷

Domstolen bemerket at det er en indre sammenheng mellom de fire kriteriene og at hvorvidt kontrakten utgjør en investering må vurderes helhetlig, selv om en skulle komme til at vilkårene hver for seg er oppfylt. ²⁰⁸ Salini-kriteriene har dannet utgangspunkt for vurderingen av om det er foretatt en investering i senere dommer fra ICSID-tribunalet. ²⁰⁹ Kriteriene er blant annet anvendt i *Mining v Egypt*, som gjaldt tvist knyttet til leveransen av gruveutstyr. Domstolen uttalte at de sentrale vurderingskriteriene for om det forelå en investering var et prosjekts varighet, regelmessigheten i fortjeneste og avkastning, ²¹⁰ tilstedeværelsen

²⁰⁷ *Salini v Morocco* (Decision on Jurisdiction, 2004) para 52

²⁰⁸ *Ibid* para 52. Se også *Joy Mining v Egypt* (Award on Jurisdiction, 2004) para 54

²⁰⁹ Se for eksempel *Saipem v Bangladesh* (Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 2005); *Jan de Nul v Egypt* (Decision on Jurisdiction, 2004) para 91; *Biwater Gauff v Tanzania* (Award, 2008) para 316

²¹⁰ Vilkåret ble foreslått av Schreuer (2001) 140 og var oppe i *Fedax v Venezuela* (Decision

av et risikoelement, en betydelig forpliktelse og at den vil utgjøre et betydningsfullt bidrag til vertslandets økonomi.²¹¹

I nyere rettspraksis er det også eksempler på at Salini-kriteriene inngår i en sekstrinns vurdering, omtalt som Phoenix-testen. I Phoenix v Czech Republic oppstilte voldgiftsretten seks kriterier som bør tas i betraktning ved vurderingen av om det er foretatt en investering. Disse var et bidrag i form av penger eller andre aktiva, en viss varighet, et risikoelement, en operasjon foretatt for å utvikle en økonomisk aktivitet i vertslandet, aktiva investert i samsvar med vertslandets rett og aktiva investert i god tro.²¹² Denne forståelsen av investeringsbegrepet tar opp i seg flere sider av det enn Salini-testen, samtidig som den fremstår som noe mer fleksibel. Siden kravet om at investeringen er i samsvar med vertslandets rett er eksplisitt inntatt i den norsk-russiske BITen, er det imidlertid kun godtro-kriteriet som representerer noe nytt.²¹³

Anulleringsdommen i MHS v Malaysia ble avsagt dagen etter Phoenix v Czech Republic, og utgjør også et interessant bidrag til forståelsen og anvendelsesområdet til investeringsbegrepet. MHS og Malaysiske myndigheter inngikk en avtale om at MHS skulle lokalisere og berge et skip utenfor den malaysiske kysten. Denne innebar at MHS skulle “survey, identify, classify, research, restore, preserve, appraise, market, sell/auction and carry out a scientific survey and salvage of the wreck and contents.”²¹⁴ Betalingsformen var «No Finds, No Pay», slik at MHS i all hovedsak bar risikoen for funn alene.²¹⁵ Malaysia skulle på sin side betale en serviceavgift. Etter en søketid på fire år fant MHS skipet og mesteparten av innholdet ble auksjonert bort.²¹⁶ Det oppsto tvist om oppgjøret. Da saken

on Jurisdiction, 1997). Det er også vektlagt i nyere rettspraksis, se Helnan v Egypt (Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 2012)

²¹¹ Joy Mining v Egypt (Award on Jurisdiction, 2004) para 53

²¹² Phoenix v Czech Republic (Award, 2009) para 114

²¹³ Det er blant annet vist til Phoenix-testen i Mobile Corporation v Venezuela (Decision on Jurisdiction, 2010) para 58, 61, 182, 198, 205, 47 og GEA v Ukraine (Award, 2011) paras 129, 132, 140

²¹⁴ MHS v Malaysia (decision on the application for annulment, 2009) para 2

²¹⁵ Ibid. para 3

²¹⁶ Ibid. para 5

først var oppe til behandling, avviste ICSID-tribunalet at bergingsavtalen utgjorde en investering etter ICSID-konvensjonen artikkel 25.²¹⁷ Annulleringskomiteen var uenig. Den kommenterte at dette var en avtale som gjaldt “intellectual property rights; and the right granted to salvage may be treated as a business concession conferred under contract,”²¹⁸ og anså en slik kontrakt for utvilsomt å utgjøre en investering slik begrepet måtte forstås i den aktuelle BITen.²¹⁹ Komiteen var mer i tvil om det var foretatt en investering etter ICSID-konvensjonen artikkel 25, men la vekt på at ICSID-voldgift var den eneste tvisteløsningsmekanismen tilgjengelig gjennom BITen, og at en avvisning av jurisdiksjon ville medført at MHS sto uten andre internasjonale muligheter.²²⁰ Dette var i følge domstolen vanskelig å forene med traktatlandenes formål. Dommen og annulleringen kan tas til inntekt for at tjenestekontrakter som sådan kan utgjøre investeringer, og at det ikke stilles noe strengt krav om investorens faste tilknytning til vertslandets territorium i form av lokaler, en installasjon eller lignende. Samtidig hadde MHS’ tilstedeværelse en viss varighet, og det knyttet seg stor usikkerhet til om bergingsforsøket ville være vellykket. Annulleringsavgjørelsen er like fullt et eksempel på at domstolen la terskelen lavt for hva som kan utgjøre en investering, og den gir et inntrykk av virkeområdet på tjenestekontrakter.

Av voldgiftspraksis fra ICSID-domstolen synes det å være enighet om at Salini-kriteriene, herunder Phoenix-testen, ikke skal anvendes strengt og ikke må være oppfylt i hvert enkelt sak.²²¹ Selv om avgjørelsene etter ICSID-konvensjonen ikke er bindende ved vurdering av investeringsbegrepet i den norsk-russiske BITen, får dommene betydning ved at de også kan ses som uttrykk for at investeringsbegrepet har visse

²¹⁷ MHS v Malaysia (Award on Jurisdiction, 2007)

²¹⁸ MHS v Malaysia (decision on the application for annulment, 2009) para 60

²¹⁹ Ibid. para 61

²²⁰ Ibid. para 62

²²¹ Se for eksempel Inmaris v Ukraine (Decision on Jurisdiction, 2010) para 13, hvor retten uttalte at «these elements should be viewed as non-binding, non-exclusive means of identifying (rather than defining) investments that are consistent with the ICSID Convention». Se også Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V Tanzania (Award, 2008) para 312-318; MCI Power Group v Ecuador (Award, 2007) para 165 og RSM Production Corp. v Granda (Award, 2009) paras 236-38 til inntekt for samme syn.

kjernefunksjoner. De forsøk som er gjort på å fastlegge investeringsbegrepet fristilt fra ICSID-konvensjonen, taler for dette. Douglas (2009) tolker i den økonomiske siden av investeringsbegrepet inn et krav om «[c]ommitment of resources to the economy of the host state, the assumption of risk in expectation of a commercial return».²²² Alvik (2009) karakteriserer en investering som “[a] distinct right or entitlement (though not necessarily of an in rem variety) which in some manner must arise out of or be directly associated with a “commitment of resources” to the state and sharing in the attendant risk elements which it entails.”²²³

Det er også konsensus om at kontraktsforholdet som er grunnlag for tvisten vurderes i sin helhet når det tas stilling til spørsmålet om det er foretatt en investering.²²⁴ Dette innebærer at krav med grunnlag i aktiviteter som isolert sett ikke utgjør investeringer, likevel kan kvalifisere dersom «the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment.»²²⁵

Med dette utgangspunkt må det vurderes nærmere hvilke kriterier som vil måtte innfortolkes i den norsk-russiske BITen, og hva innholdet av disse vil være. Som vil bli vist, kan ikke alle aspekter av Salini-kriteriene overføres.

3.5.1 Aktiviteten må utgjøre et bidrag

I *Salini v Morocco* la voldgiftsretten til grunn at en transaksjon måtte utgjøre en «contribution», eller et bidrag, for å være en investering. Dette kriteriet er også lagt til grunn i nyere rettspraksis. I *Romak v Uzbekistan*, uttalte voldgiftsretten seg om kravet i generelle vendinger, og la til grunn at

²²² Douglas (2009) 190

²²³ Alvik (2011) 136

²²⁴ Se for eksempel *Phoenix v Czech Republic* (Award, 2009) para 115; *Inmaris v Ukraine* para (Decision on Jurisdiction, 2010) 93; *Joy Mining v Egypt* (Award on Jurisdiction, 2004) para 54; *ADC v Hungary* (Award, 2006) para 331 og *Mytilineos v Serbia* (Award on Jurisdiction, 2006) para 120

²²⁵ *CSOB v Slovakia* (Decision on Jurisdiction, 1999) para 72

“Any dedication of resources that has economic value, whether in the form of financial obligations, services, technology, patents, or technical assistance, can be a “contribution,” In other words, a “contribution» can be made in cash, kind or labour.”²²⁶

Dette tilsier at bidragskriteriet sjelden vil volde problemer for leverandørkontrakter som er påbegynt. Rettspraksis gir imidlertid grunnlag for å skille ut visse aktiviteter som ikke kvalifiserer som bidrag. Om kriteriet er oppfylt må derfor alltid vurderes konkret.

En *intensjon* om å investere, er ikke tilstrekkelig grunnlag for å gi investoren beskyttelse.²²⁷ Spørsmålet blir da når et bidrag av kapital til et prosjekt blir en investering. I *Mihaly v Sri Lanka*, som ble avsagt under dissens, hadde saksøker signert en intensjonsavtale med srilankiske myndigheter, som inneholdt rammeverket for videre forhandlinger.²²⁸ *Mihaly* hadde på bakgrunn av en anbudskonkurranse oppnådd en eksklusiv rett til å inngå intensjonsavtalen, og pådro seg store kostnader i forbindelse med finansiering, forhandlinger og engasjement av konsulenter. Srilankiske myndigheter nektet imidlertid å signere selve prosjektavtalen. Voldgiftsretten kom til at det ikke var foretatt en investering etter ICSID-konvensjonen artikkel 25, under henvisning til at Sri Lanka ikke hadde påtatt seg noen bindende forpliktelse. At det hadde påløpt kostnader tilsvarende 2-4 prosent av kontraktssummens stipulerte størrelse endret ikke på dette. Retten åpnet imidlertid for at utgifter påløpt før investeringen var endelig besluttet, kunne anses som del av en investering i de tilfeller hvor investeringen faktisk ble gjennomført.²²⁹

Kravet om et bidrag av økonomisk verdi taler for at det må oppstilles

²²⁶ *Romak v Uzbekistan* (Award, 2009) para 214. Se også *Saipem v Bangladesh* (Decision on Jurisdiction, 2007) para 100 og *Bayindir v Pakistan* (Decision on Jurisdiction) para 116 hvor retten uttalte at «Bayindir’s contribution in terms of know how, equipment and personnel clearly has an economic value and falls within the meaning of «every kind of asset».

²²⁷ *Rubins* (2004) 301

²²⁸ *Mihaly v Sri Lanka* (Award, 2002) para 151-156. Forhandlingskostnader ble heller ikke anerkjent som en investering under ICSID-konvensjonen i *Zhinvali v Georgia* (Award, 2003) (upublisert, gjengitt i *Rubins* (2004) 303).

²²⁹ *Mihaly v Sri Lanka* (Award, 2002) para 40

et krav om at bidraget på en eller annen måte er *realisert og endelig*. Dette kom til uttrykk i Joy Mining v Egypt som gjaldt tvist om frigivelse av bankgarantier utstedt i forbindelse med en leverandørkontrakt til en gruve. Domstolen bemerket at garantiene var en *betinget forpliktelse*, og at det ville være å strekke ordlyden i ICSID-konvensjonen langt, dersom dette skulle anses å være en investering.²³⁰

Der aktiviteten består av know how, oppstår spørsmålet om det skal stilles krav til at *selve kunnskapen er overført* til vertslandet, eller om det er tilstrekkelig at den har kommet vertslandet til gode, eksempelvis ved at investoren har benyttet seg av denne selv som ledd i oppfyllelsen av en avtale, eller ved at den russiske avtaleparten har fått en brukslisens. Salini v Morocco kan taler for at det er tilstrekkelig at investoren bruker sin know-how til å gjennomføre investeringen, og at det ikke kreves at selve kunnskapen er overført.²³¹ Dette kan få betydning for kontrakter som innebærer at operatøren får en midlertidig lisens til bruk av en form for teknologi.

I tillegg til å være et inngangsvilkår, kan bidragets *form og art* være et moment som veier mer eller mindre tungt for at det er tale om en investering. I SGS v Pakistan ble det sett på som spesielt viktig at “the contract involved the performance of a government function, which thus distinguished the contract from an ordinary private law contract.”²³² Dette taler for at ytelsens eventuelle karakter av å være en offentlig tjeneste kan vektlegges i en større helhetsvurdering av transaksjonen. En slik vurdering følger ikke av en alminnelig ordlydsfortolkning, men traktatens formål tilsier at investoren i større grad bør kunne påberope seg traktaten der en beveger seg på et myndighetsregulert område. Avtalen kan ha særlig stor betydning for vertsstaten ved at investoren ivaretar myndighetsfunksjoner. Samtidig vil en aktør som opererer på myndighetenes område kunne være særlig utsatt for innblanding fra staten, også når det

²³⁰ Joy Mining v Egypt (Award on Jurisdiction, 2004) para 45. Domstolen påpekte at kravet var veldig ulikt det i Fedax v Venezuela, der «the promissory notes held were proceeds of an earlier credit transaction pursuant to which the State received value in exchange for its promise of future payment» Joy Mining para 47

²³¹ Yala (2005) 109

²³² Alvik (2011) 132

gjelder å få betaling for en ytelse.²³³

I *Salini v Morocco* og en rekke senere dommer er det lagt til grunn at bidraget må være *betydelig*.²³⁴ Dette innebærer en kvalifisering av bidragskriteriet som ikke følger av en vanlig språklig forståelse av *investering*. I *Pantechniki v Albania* argumenterte voldgiftsretten mot et slikt krav. Domstolen så betydelighetskravet i sammenheng med samtykke til ICSID-voldgift og pekte på statenes anledning til å reservere seg mot voldgift for investeringer under et visst omfang. Til dette innvendte voldgiftsretten at

« (...) other States may precisely want to benefit from the aggregate investment flows of attracting the small to middle sized businesses which have contributed so notably to the economies such as those of Germany and Italy. This is their policy choice; not that of ICSID arbitrators.»²³⁵

På den annen side vil det at bidraget er *av en viss størrelse* øke slagsiden mot myndighetsinnblanding siden kontraktens politiske, strategiske og økonomiske betydning for russiske myndigheter vil øke. Dette taler for at bidragets størrelse i hvert fall er et moment ved vurderingen av om det foreligger en investering og at det kan få betydning det er mer usikkert om de andre kriteriene er oppfylt. For eksempel kan Russland ha meget stor interesse i å få overført en midlertidig lisens til en eller annen form for grensesprengende utvinningsteknologi. Teknologien kan være et resultat av en lang og kostbar utvikling i Norge og bidra til en dramatisk effektivisering av utvinningen på russisk sokkel.

Det kan også spørres om det må oppstilles noe *kvalitativt krav* til bidraget. Som det fremgår av *Salini-dommen* og enkelte senere ICISD-avgjørelser, er det i ICSID-praksis tidvis blitt oppstilt som et vilkår at bidraget *bidrar til vertslandets utvikling*.²³⁶ Grunnlaget for vilkåret var

²³³ Ibid. 138

²³⁴ Det er omdiskutert om dette vilkåret må gjelde etter ICSID-konvensjonen artikkel 25. Dette ble blant annet avvist i *Pantechniki v Albania* (Award, 2009) para 45

²³⁵ Ibid. para 44

²³⁶ Et slikt krav ble blant annet stilt i *Patrick Mitchell v Congo* (Decision on the

der hentet fra ICSID-konvensjonens fortale. Et slikt vilkår følger ikke av en naturlig språklig forståelse av «investering». Samtidig er det – særlig i nyere ICSID-dommer - eksplisitt uttalt at dette vilkåret ikke trenger å være oppfylt²³⁷ blant annet fordi innholdet er vanskelig å fastsette²³⁸ og fordi det implisitt er dekket av de andre kriteriene.²³⁹

3.5.2 Aktiviteten må medføre risiko

Et element av risiko synes å være tilstede i alle aktiviteter som kvalifiserer som investeringer i internasjonal investeringsrett. Dette er naturlig, siden få eller ingen kontrakter vil være helt risikofrie. For å ta stilling til den norsk-russiske BITens anvendelsesområde må det følgelig vurderes *hva slags risiko* som tilsier at en har å gjøre med en investering, og *hvor stor grad* av slik risiko som kreves.

Når det gjeldet type risiko, taler vanlig språklig forståelse av begrepet for at det omfatter usikkerheten rundt en avtales fremtidige lønnsomhet. Med en slik definisjon er det uten betydning om risikoen skriver seg fra politiske eller kommersielle forhold, det sentrale er den totale usikkerheten investoren står overfor. Traktatens formål om å beskytte mot myndighetsinnblanding, kan likevel tilsi at det stilles krav om at risikoen knytter seg til politiske forhold. Det kan argumenteres for at risikoen må skyldes en sårbarhet for realisering av den usikkerheten knyttet til investeringer på tvers av landegrenser som traktaten skal beskytte mot. De investeringene som ikke oppleves som usikre av denne grunn, ville blitt foretatt uavhengig av om BITen ga beskyttelse. Dessuten vil det være større anledning til å få gjennomslag for sine rettigheter for nasjonale

Application for Annulment of the Award) paras 29, 33; ADC affiliate Ltd and others v Hungary (Award, 2006); Jan de Nul v Egypt (Decision on Jurisdiction 2006) og i Joy Mining v Egypt (Award) para 53, som senere ble annullert

²³⁷ Se for eksempel MHS v Malaysia (Decision on Annulment); Lesi SpA and Astaldi SpA v Algeria (Decision on Jurisdiction, 2006) para 27; Inmaris v Ukraine (Decision on Jurisdiction, 2010) para 129

²³⁸ Se for eksempel Phoenix v Czech Republic (Award, 2009) para 85, hvor voldgiftsretten uttalte at “[i]t is the Tribunal’s view that the contribution of an international investment to the development of the host state is impossible to ascertain – the more so there are highly diverging views on what constitutes “development”.

²³⁹ Alvik (2009); Manciaux (2008) 17

domstoler der interessene kun er kommersielle. Dersom kommersiell risiko omfattes kan det også bli vanskeligere å trekke en grense mot ordinære kommersielle transaksjoner.

Domstolene har flere ganger uttalt at det kreves et innslag av politisk risiko. I *Joy Mining v Egypt*, uttalte voldgiftsretten om den aktuelle kontrakten at “[r]isk there might be indeed, but it is not different from that involved in any commercial contract, including the possibility of the termination of the Contract.» I *Romak v Uzbekistan*, begrunnet retten at salg av korn ikke var en investering med at

«[a]ll economic activity entails a certain degree of risk. As such, all contracts – including contracts that do not constitute an investment – carry the risk of non-performance. However, this kind of risk is pure commercial counterparty risk, or, otherwise stated, the risk of doing business generally. It is therefore not an element that is useful for the purpose of distinguishing between an investment and a commercial transaction.(...) An “investment risk” entails a different kind of area, a situation in which the investor cannot be sure of a return of his investment, and may not know the amount he will end up spending, even if all relevant counterparties discharge their contractual obligations. Where there is “risk» of this sort, the investor simply cannot predict the outcome of the transaction.»²⁴⁰

Det er imidlertid også en del eksempler fra rettspraksis på at domstolene trekker inn rent kommersielle risikofaktorer. I *Salini v Morocco* viste voldgiftsretten til en blanding av politiske og kommersielle forhold ved kontrakten.²⁴¹ I *Bayindir v Pakistan*, som gjaldt en konstruksjonskontrakt av en motorvei, uttalte domstolen at investoren ble eksponert for risiko, og at “the very existence of a defect liability period of one year of a maintenance period of four years against payment, creates an obvious risk for Bayindir».²⁴² I *Phoenix v Czech Republic* fant domstolen at en investering som besto av kjøp av selskaper innebar tilstrekkelig risiko

²⁴⁰ *Romak v Uzbekistan* (Award, 2009) paras 229-30

²⁴¹ *Salini v Morocco* (Decision on Jurisdiction, 2003) para 55

²⁴² *Bayindir v Pakistan* (Decision on Jurisdiction, 2004) para 136

under henvisning til at “[i]n general, in buying companies in bad shape, an investor certainly assumes a certain risk, the risk not to be able to revitalize the corporation if such was the intent.”²⁴³

Et poeng som taler for at det ikke bør være avgjørende om risikoen skriver seg fra kommersielle eller politiske forhold, er at de materielle standardene uansett kun får anvendelse på ulike former for myndighetsinnblanding. Der en investor tilsynelatende kun har tatt en kommersiell risiko, men eksempelvis utsettes for urimelig forskjellbehandling fra myndighetene, har han et like stort behov for beskyttelse som en aktør som har beveget seg på usikker grunn hele veien. Aktøren som tror at han kun har tatt en kommersiell risiko har hatt mindre oppfordring til å forsikre seg mot politisk risiko og kan dermed bli hardere rammet. På den annen side taler BITens formål i mindre grad for å anerkjenne dette som investeringer. Et annet argument mot å utelukkende vektlegge politisk risiko, er at dette kunne føre til at BITer oftere kom til anvendelse i saker mot stater hvor risikoen er høy, for eksempel en del utviklingsland.

Samlet taler dette for at det ikke er avgjørende hvor den aktuelle risikoen skriver seg fra, med et mulig unntak for tilfeller der det kun er kontraktsmotpartens mislighold i en enkelttransaksjon som er problemet. Rubins (2004) skriver at det går en nedre grense for “transactions where risk is primarily or entirely placed on the Host State by contract – in particular the prepaid sale of goods or service agreements where payment is made substantially before completion of the foreigner’s obligations.”²⁴⁴ Her inntar kontakten karakter av å være et enkelt salg. Romak v Uzbekistan kan tas til inntekt for at det må foreligge en slik form for risiko at investoren vil ha vanskelig for å forutse om investeringen vil bli vellykket eller ikke. Her kan det ha en viss betydning at det er lettere å ta høyde for kommersielle risikofaktorer enn politiske. Uansett bør det totale risikobildet tas i betraktning. Alvik (2009) skisserer en mellomløsning, der det sentrale er om permanent eller langvarig binding av kapital og ressurser i vertslandet bidrar til å eksponere leverandøren for risiko «som

²⁴³ Phoenix v Czech Republic (Award, 2009) para 127

²⁴⁴ Rubins (2004) 298

ikke utelukkende er kommersiell, men også knyttet til politiske forutsetninger i en eller annen form».²⁴⁵

Når det gjelder risikoens *omfang*, viser voldgiftspraksis at denne vurderes mer implisitt, da den vil være et resultat av andre forhold ved aktiviteten. Dette er kontraktspartens varighet, de initiale investeringene en investor har foretatt i forbindelse med å utvikle en vare eller tjeneste for det russiske markedet, om varen eller tjenesten ytes på kreditt eller har en annen oppgjørsform.

3.5.3 Kontraktperiodens varighet

Kontraktperiodens varighet er et tradisjonelt uttrykk for at en aktivitet innebærer en risiko av et visst omfang. Naturlig nok vektlegges derfor varighet regelmessig som et element i vurderingen av om en kontrakt utgjør en investering. I voldgiftspraksis er det gjort flere forsøk på å trekke opp den nedre tidsgrensen for når en aktivitet utgjør en investering, uten at dette har ført til noen omforent oppfatning. I *Salini v Morocco*²⁴⁶ kom domstolen til at en transaksjon med en varighet på 32 måneder forlenget til 36 måneder, tilfredsstilte «the minimal duration observed by the Doctrine, which is of 2 to 5 years.»²⁴⁷ I forarbeidene til ICSID-konvensjonen artikkel 25 ble det foreslått en minimumsperiode på fem år,²⁴⁸ men dette ble ikke tatt inn i den endelige versjonen. ICSID-tribunalet har vært tilbakeholdne med å sette en minimumsfrist, men synes heller å ha sammenholdt varigheten med vilkår om bidrag til utvikling i vertslandet og økonomisk tilknytning til dette.²⁴⁹

Gode grunner taler for at kort varighet i seg selv *ikke* utelukker at det er foretatt en investering. I *Romak v Uzbekistan* uttalte voldgiftsretten at en viss varighet var et kjerneelement i investeringsbegrepet. Retten var imidlertid ikke villig til å oppstille noen minimumsfrist, og uttalte at

²⁴⁵ Alvik (2009) 10

²⁴⁶ *Salini v Morocco* (Decision on Jurisdiction, 2003)

²⁴⁷ Manciuax (2008) 12

²⁴⁸ *Ibid* 11

²⁴⁹ *Manciaux* (2008) 11; *Consorzio Lesi-Dipenta v Algeria*, (Award of lack of jurisdiction, 2005) para. 14(ii); *L.E.S.I. S.p.A. v République Algérienne* (Descision on Jurisdiction, 2006) para 73 (iii)

“[t]he Arbitral Tribunal does not consider that, as a matter of principle, there is some fixed minimum duration that determines whether assets qualify as investments. Short-term projects are not deprived of «investment» status solely by virtue of their limited duration. Duration is to be analyzed in light of all the circumstances, and of the investor’s overall commitment.”²⁵⁰

Dommen kan tas til inntekt for at varigheten er et element som inngår i en helhetsvurdering av om det er foretatt en investering. Det taler for at en viss varighet ikke er en nødvendig forutsetning for at en investering skal anses å foreligge, men at det er et kjennetegn som taler for at dette er tilfelle. Et slikt syn har støtte i teorien.²⁵¹

Heller ikke i *Joy Mining v Egypt* ble varighet tillagt avgjørende betydning. Retten uttalte der, under henvisning til en helhetsvurdering at «[t]he duration of the commitment is not particularly significant, as evidenced by the fact that the price was paid in its totality at an early stage.”²⁵² Voldgiftsretten synes å ha lagt avgjørende vekt på at investoren ikke tok en tilstrekkelig risiko. En viss varighet i seg selv endret ikke på dette. Etter dette får varighet først og fremst betydning som et kjennetegn på og uttrykk for risiko, ikke som et selvstendig vilkår.

Uttalelser i *Saipem v Bangladesh* støtter dette synet. Dommen viser at risikoeksponeringen ble lagt til grunn ved beregning av investeringens varighet. Saken gjaldt tvist om en avtale om å bygge en rørledning for frakt av kondensert gass i Bangladesh. Ved vurdering etter ICSID-konvensjonen artikkel 25, så domstolen hen til Salini-kriteriene,²⁵³ og bemerket at det tvilsomme kriteriet i saken var prosjektets varighet. Domstolen kom til at denne måtte settes til to og et halvt år, selv om den

²⁵⁰ Romak v Uzbekistan (Award, 2009) para 225

²⁵¹ Manciaux (2008) 13 hevder at «[s]ince it cannot isolate the specific investment transaction, time must not be considered as a constructive criterion but rather as a characteristic from the principal criterion, a contribution to a project in order to obtain revenues later on.» Alvik (2011) 137 påpeker at “the requirements of duration (...) are difficult to find any clear basis for in the underlying rationale for investment protection.» Se også Douglas (2009) 198

²⁵² Joy Mining v Egypt (Award on Jurisdiction, 2004) para 57

²⁵³ Saipem v Bangladesh (Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 2007)

aktive ytelsesfasen var kortere. Det avgjørende var at risikoen for Saipem var like stor i perioden før og etter ytelse av sin del av avtalen.²⁵⁴ Dette synspunktet har støtte i *Pantechniki v Albania* og *Joy Mining og v Egypt*, som åpner for at enkle salg kan utgjøre investeringer dersom de samtidig er av et visst omfang eller der de er et resultat av lengre tids utvikling for å oppfylle særlige krav til produktets funksjon i vertsstaten. Felles for disse dommene er at de åpner for at en risiko som investoren strengt tatt tok før den aktuelle transaksjonen, kan føre til at den totale aktiviteten må anses som en investering.

Samlet taler dette for at varigheten inngår som et moment i en bredere helhetsvurdering av om det er foretatt en investering. Selv om en investering i de fleste tilfeller vil strekke seg over en lengre tidsperiode kan det tenkes unntak der investoren har tatt den samme formen for risiko og hvor hans behov for beskyttelse er like fremtredende. Det avgjørende er å trekke en grense mot enkle salg. Det må gå en absolutt nedre grense der det verken er snakk om en viss varighet eller initiale utgifter eller et visst omfang. Motsetningsvis er kort varighet en indikator på at en ikke har med en investering å gjøre. På bakgrunn av rettspraksis, virker det forsvarlig å anta at en varighet på mindre enn to år vil stille ekstra krav til aktivitetens risikoprofil for at den skal utgjøre en investering.

Med denne løsningen unngår en å ta stilling til vanskelige grensespørsmål om hvordan varigheten skal beregnes.

3.5.4 Regelmessighet i fortjeneste og avkastning

I *Joy Mining v Egypt* var del av begrunnelsen for at kontrakten om levering av gruveutstyr ikke ble ansett å utgjøre en investering etter ICSID-konvensjonen artikkel 25, at den ikke førte med seg tilstrekkelig *regelmessighet i fortjeneste og avkastning*.²⁵⁵ Kriteriet belyser kjennetegnet ved investeringer at man skyter inn midler i håp om å oppnå profitte ved å akkumulere verdier på et senere tidspunkt. Voldgiftspraksis viser imidlertid at dette vilkår ikke alltid tillegges stor vekt, for eksempel der

²⁵⁴ Ibid. para 102

²⁵⁵ *Joy Mining v Egypt* (Award on Jurisdiction, 2004) para 34

konstruksjonskontrakter er ansett som investeringer.²⁵⁶ Romak v Uzbekistan kan tas til inntekt for at kravet om bidrag/ytelse ses i sammenheng med kravet om regelmessighet i fortjeneste og avkastning. Domstolen uttalte der at “[w]ith respect to the supply of wheat itself, this can hardly be considered a contribution, given that immediate payment at a market rate was envisaged under the Romak Supply Contract.”²⁵⁷

3.6 Kravet om territoriell tilknytning

Investeringen må være foretatt på vertsstatens «territorium», jf. den norsk-russiske BITen artikkel 8. Formålet er at det er vertsstaten som skal få fordelene ved investeringen.²⁵⁸ Den norsk-russiske BITen inneholder en definisjon av det fysiske territoriet i artikkel 1 4. ledd. Dette er «Den Russiske føderasjons territorium, som innbefatter landterritorium, indre farvann og sjøterritorium, samt den kontinentalsokkel der den berørte stat i samsvar med folkeretten utøver suverene rettigheter og jurisdiksjon med hensyn til leting etter og utnyttelse av naturressurser». Angivelsen kan ses som et uttrykk for at statene har ønsket å unnta visse områder fra BITens nedslagsfelt, for eksempel økonomisk sone.

Videre kan ordlyden sies å tale for at det må legges en rent fysisk forståelse av territoriebegrepet til grunn. I rettspraksis er det flere eksempler på at vertsstaten har hevdet at territoriekravet innebærer et krav om fysisk tilstedeværelse i vertsstaten. En slik forståelse av vilkåret kan volde problemer der investeringen er en form for finansielt instrument, eller hvor den består i å yte en form for bidrag som foregår utenfor territoriet men like fullt kommer vertslandet til gode. I Fedax v Venezuela hevdet en investor at kjøp av gjeldsbrev utgjorde en investering.²⁵⁹ Hvem som til enhver tid var investor skiftet i tråd med transport av dokumentene, mens investeringen var konstant. Voldgiftsretten kommenterte at det ikke er uvanlig at det foretas investeringer som ikke innebærer noen

²⁵⁶ Alvik (2011) 130; Salini v Morocco (Decision on Jurisdiction, 2004) og Toto v Lebanon (Award, 2009)

²⁵⁷ Romak v Uzbekistan (Award, 2009) para 215

²⁵⁸ Salacuse (2010)169 flg.

²⁵⁹ Fedax v Venezuela (Decision on Jurisdiction, 1997)

form for overføring av midler eller verdi til et annet land, men at de stilles til disposisjon på annen måte. På denne bakgrunn ble det sentrale spørsmålet “whether the funds made available are *utilized* by the beneficiary of the credit, as in the case of the Republic of Venezuela, so as to finance its various governmental needs.”²⁶⁰ (min utheving) Voldgiftsretten fant at Venezuela hadde mottatt kreditt i form av gjeldsbrev, og at denne kreditten ble benyttet. Den hadde derfor kommet vertslandet til gode, og investeringen ble ansett foretatt på venezuelansk territorium.

Dette synspunkt ble fulgt opp i CSOB v Slovak Republic, som gjaldt tvist på bakgrunn av en låneavtale. Slovakia anførte at slike ikke utgjorde investeringer etter ICSID-konvensjonen artikkel 25 fordi de ikke innebar overføringer til Slovakisk territorium.²⁶¹ Voldgiftsretten avviste dette og bemerket at «a transaction can qualify as an investment even in the absence of a physical transfer of funds».²⁶² Tilsvarende ble lagt til grunn i Inmaris v Ukarina, som gjaldt tvist i forbindelse med et certeparti hvor retten uttalte at

“[i]n the Tribunal’s view, an investment may be made in the territory of a host State without a direct transfer of funds there, particularly if the transaction accrues to *the benefit of the State itself*. Here, the benefits of Claimant’s investments, considered as an integrated whole, were received by Respondent.”²⁶³ (min utheving)

Dommene taler for at kravet til fysisk tilknytning ligger lavt, og at det avgjørende er hvilken stat aktiviteten faktisk har kommet til gode. Samtidig må det antas at en slik nytte for vertsstaten i de fleste tilfeller *må* påvises, sett i lys av skepsisen til å godkjenne Portfolio-investeringer som beskyttede under BITer.²⁶⁴ I tillegg kan uttalelsene i Inmaris v

²⁶⁰ Ibid. para 41. Se også CSOB v Slovakia (Decision on Jurisdiction, 1999) para 77, 78 og L.E.S.I S.p.A. v République Algérienne (Decision on Jurisdiction, 2006) para 73.

²⁶¹ Ceskoslovenska Obcjozni Banka, A.S. (CSOB) v Slovak Republic (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 1999) para 76

²⁶² CSOB v Slovak Republic (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 1999) para 77

²⁶³ Inmaris v Ukraine (Decision on Jurisdiction, 2010) para 124

²⁶⁴ Se avsnitt 4.4.9

Ukraine tas til inntekt for at det er tilstrekkelig at kontraktskomplekset som helhet har sin hovedtilknytning til vertsstaten. Retten la avgjørende vekt på at «the investment as a whole was ultimately undertaken in relation to property belonging to the Ukrainian state, and thus sufficiently in the territory of Ukraine.»²⁶⁵

Territoriekravet kan derfor være oppfylt selv om deler av oppfyllelsen, for eksempel tilvirkningen av et komponent i en større EPC-kontrakt skjer på norsk grunn.

SGS-dommene bidrar til å kaste lys over vurderingen av om investeringen har skjedd på vertsstatens territorium der den fysiske tilknytningen er liten. SGS v Pakistan gjaldt spørsmål om en kontrakt som i all hovedsak var oppfylt utenfor Pakistansk territorium kunne utgjøre en investering på grunnlag av den aktuelle BITen. SGS virksomhet besto blant annet i å bistå med sertifiseringstjenester basert på undersøkelser før forsendelse på vegne av myndighetene i importlandet, i eksportlandet. Det ble ansett å være skjedd en investering på Pakistansk territorium fordi det var foretatt «an injection of funds into the territory of Pakistan for the carrying out of SGS's engagements under the PSA Agreement».²⁶⁶ Det var ikke avgjørende at de fleste av SGS' utgifter var pådratt utenfor Pakistan. Det var tilstrekkelig at det også var foretatt noen investeringer i Pakistan. Det ble også lagt vekt på funksjonen SGS hadde hatt i å bistå Pakistan med å utføre en myndighetsoppgave.

SGS v Phillipphines gjaldt tvist om en avtale om forbedring av prosedyrene for fortolling og kontroll av varer på vei til Filippinene, som SGS hadde påtatt seg.²⁶⁷ Det oppsto uenighet om betalingen, og domstolen sto blant annet overfor det samme spørsmålet om territorietilknytning som i SGS v Pakistan.²⁶⁸ Domstolen kommenterte tidligere rettspraksis og sa at den ga liten veiledning. Om CSOB-saken sa voldgiftsretten i SGS v Phillipphines at

²⁶⁵ Inmaris v Ukraine (Decision on Jurisdiction, 2010) para 125

²⁶⁶ SGS v Pakistan (Decision on Jurisdiction, 2003) 136

²⁶⁷ SGS v Phillipphines (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 2004) para 1

²⁶⁸ Ibid. para 2

“the Tribunal held that the agreement in that case qualified as an investment under the BIT because its «basic and ultimate goal... was to ensure continuing and expanding activity of CSOB” in the Slovak Republic. The Tribunal emphasized “the *entire process* of economic activity, even though particular aspects of it were not locally performed”²⁶⁹ (min uthevnig)

Domstolen tiltrådte deretter vurderingen fra SGS v Pakistan om at det sentrale var at det hadde skjedd “an injection of funds into the territory of Pakistan” og at dette utgjorde en investering.²⁷⁰ Voldgiftsretten kommenterte at det var enda sterkere grunner for at territoriekravet var oppfylt i nærværende sak siden *skalaen og omfanget* av SGS’ aktiviteter var større.²⁷¹ Retten vurderte avtalen i sin helhet²⁷² og vektla også at investeringen ikke hadde sterkere tilknytning til noen annen stat.²⁷³

Dommene, særlig SGS v Phillipphines, taler for at det må foretas en negativ avgrensning av territoriekravet. Det avgjørende var at “the investment did not have a substantial connection with any other territory; thus the main territorial connection was with the territory of the Philippines.”²⁷⁴ I tillegg kan kontraktens karakter av å inneholde myndighetsoppgaver ha betydning. Alvik (2011) fremhever om SGS-sakene at “the contracts had a distinct government purpose distinguishing them from other and more ordinary contracts for delivery of services.”²⁷⁵

Dersom det allerede foreligger et bidrag, og bidraget ikke tilføres et annet land enn vertslandet, følger det forutsetningsvis av dette at verdiskapningen kommer vertslandet til gode. Voldgiftspraksis taler for at det må foretas en helhetlig vurdering av hvor investeringen har sin hovedtilknytning. Det har også betydning hvor investeringen fysisk utføres.

²⁶⁹ Ibid. para 110; CSOB v Slovakia (Decision on Objections to Jurisdiction, 1999) para 88

²⁷⁰ SGS v Pakistan (Decision on Jurisdiction, 2003) para 136

²⁷¹ SGS v Phillipphines (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 2004) para 111

²⁷² Ibid. para 112

²⁷³ L.c.

²⁷⁴ Alvik (2011) 132

²⁷⁵ Ibid. 132

Dersom investeringen ikke fysisk finner sted på russisk territorium, eller andre forhold tilsier nære bånd til en annen stat, må det foretas en nærmere vurdering av til hvilket lands økonomi investeringen har sin hovedtilknytning. Momenter er hvor verdiskapningen skjer, hvilket lands arbeidskraft som benyttes, hvor eventuelle innkjøp er gjort og hvor det er betalt skatt og andre lovpålagte avgifter og hvilket land som vil dra nytte av det fullførte produktet.

4 Vurdering av ulike leverandørkontrakter

Kravet som stilles til investeringer i kapittel 3, innebærer at ikke alle leverandørkontrakter vil oppfylle dette vilkåret. Samtidig viser uttalelser i voldgiftspraksis at retten i hvert fall tidvis har en pragmatisk tilnærming til kriteriene og i større grad åpner for en vurdering av den reelle risikoen og tilknytningen til vertsstaten. På bakgrunn av dette kan det ikke trekkes altfor mange generelle slutninger om de enkelte kontrakttypene, fordi utfallet av vurderingen kan avhenge av konkrete omstendigheter. Formålet med dette kapittelet er å holde ulike leverandørkontrakter opp mot vilkårene behandlet i kapittel 3, for å gi en indikator på den norsk-russiske BITens anvendelse på slike.

4.1 Kontrakter om leting og utvinning

Det er lite tvilsomt at konsesjonskontrakter, PSAer og servicekontrakter vil være investeringer slik begrepet må forstås i den norsk-russiske BITen. Slike former for involvering er kapitalintensive og innebærer at den norske aktøren tar en stor kommersiell og politisk risiko over lengre tid, i håp om at innsatsen skal tilbakebetales gjennom petroleumsfunn og -salg.²⁷⁶ Det vil knytte seg usikkerhet til eventuelle funn, de geografiske forholdene er krevende, og ansvaret ved miljøskader kan bli enormt. Man opererer i tillegg på et felt hvor myndighetene har sterk interesse i å ha kontroll,

²⁷⁶ Alvik (2009) 11

og hvor tillatelser kan hvile på forvaltningsvedtak som senere endres.

Territoriekravet vil også være oppfylt for denne former for involvering siden leting og utvinning av petroleum nødvendigvis må skje på russisk territorium. Selv om deler av de norske ytelsene skulle ha en viss tilknytning til Norge eller andre stater, er hovedtilknytningen både fysisk og økonomisk til Russland, siden det er her verdiskapningen skjer.

De samme synspunktene vil i stor grad gjøre seg gjeldende for joint ventures, her illustrert ved SPVer. Det er lite tvilsomt at deling av kompetanse og teknologi vil utgjøre et bidrag.²⁷⁷ Engasjementet vil trolig pågå over en lengre tidsperiode og vederlagsforventningen vil være knyttet opp mot fremtidig utvinning og drift. Det vil også eksistere en risiko grunnet usikkerhet om prosjektets lønnsomhet. Dette illustreres med Shtokman-prosjektet, hvor Statoil valgte å trekke seg fordi selskapet vurderte risikoen som for høy.²⁷⁸

Det må imidlertid vurderes nærmere om territoriekravet er oppfylt der den norske innsatsen i en SPV i et annet land først og fremst består i å yte teknologisk bistand i form av deling av sin kompetanse på området. Et aktuelt tilfelle er at den norske aktøren besitter store kunnskaper knyttet til utvinning i arktiske forhold, opparbeidet i forbindelse med tidligere prosjekter. Der kompetansen skriver seg fra erfaringer i Norge, er det lite som tilsier at den norske investoren har investert i denne. Der investoren i tillegg finansierer prosjektet, vil territoriekravet ganske klart være oppfylt, siden dette innebærer at midler sprøytes inn i Russland. Aktivitetens art er dessuten viktig for Russland.

4.2 Entrepren- og fabrikkasjonskontrakter

Hvorvidt totalentrepren- og fabrikkasjonskontrakter utgjør investeringer, må vurderes konkret. Ofte vil dette være kontrakter med høye omkostninger som strekker seg over lengre tidsperioder og med store sunk costs. Kontraktenes omfang og varighet vil da også tilsi at leverandøren tar en

²⁷⁷ Se for eksempel *Romak v Uzbekistan* (Award, 2009) para 214; *Saipem v Bangladesh* (Decision on Jurisdiction, 2007) para 100; *Bayindir v Pakistan* (Decision on Jurisdiction) para 116

²⁷⁸ Bjerke (2012)

kommersiell og politisk risiko. Det kan imidlertid også tenkes at visse kontrakter faller utenfor denne karakteristikken etter en nærmere vurdering. *Vederlagsformen* spille inn, da også denne vil ha betydning for risikoen investoren utsettes for. Der det skjer forskuddsbetaling, vil leverandøren i større grad være vernet mot kontraktmislighold fra avtaleparten og risikoen dempes. Dette gjelder også der leverandøren får betaling etter hvert som arbeidet utføres. I *SOABI v Senegal*, uttalte domstolen i et obiter dictum at en kontrakt «limited to construction of a building to be paid for by the client *as work progressed* (...) could (...) not be said to be an agreement concerning investments.”²⁷⁹ (min utheving). Motsetningsvis vil det være god grunn til å anta at prosjekter som involverer større innslag av sunk costs vil være investeringer. Dette gjelder typisk BOT-avtaler (Build Operate Transfer) og omfattende entreprisprosjekter som krever store kapitaloverføringer, arbeidskraft og teknologi.²⁸⁰ Dette gjelder antakelig prosjekter av kortere varighet. Det avgjørende må være at risikoen investoren eksponeres for er av en viss art og permanens.

Også kravet om *territoriell tilknytning* kan volde problemer. Det må foretas en konkret vurdering for hver enkelt kontrakt. Kravet vil klart være oppfylt der den norske aktøren fremstiller hele ytelsen i Russland, typisk gjennom et lokalt inkorporert datterselskap. En annen situasjon er der en kontrakt delvis oppfylles i Russland og delvis et annet sted. For eksempel kan det tenkes at den norske aktøren har en avdeling i Russland hvor ingeniørtjenestene utføres, mens selve byggingen foregår i Norge, og utstyret hentes inn fra andre land. Selv om ytelsen til slutt skal leveres på Russisk territorium og oppfyllelse skjer der, vil verdiskapningen knyttet til produksjonen først og fremst komme Norge til gode, blant annet fordi man mest sannsynlig vil bruke norsk arbeidskraft og betale avgifter og skatt til Norge. På den annen kommer resultatet til nytte i Russland. Ytelsen som tilvirkes vil i mange tilfeller være spesialtilpasset et konkret prosjekt, og vil ikke finne noe alternativt nytteområde andre steder. Også risikoen er knyttet til Russland gjennom russiske myndig-

²⁷⁹ Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v Senegal (Award, 1998).

²⁸⁰ Rubins (2004) 306

heter og kontraktspartens opptreden. Et annet element er omfanget eventuelle installasjons- og monteringsarbeider som må utføres i Russland. Dersom disse er av et visst omfang, vil ytelsens tilknytning til territoriet og russisk økonomi bli tilsvarende større. Det samme vil gjelde dersom det er knyttet løpende service- og vedlikeholdstjenester til ytelsen.

4.3 Vareleveranser

Kontrakter som går ut på levering av varer vil i utgangspunktet være salg, og ikke investeringer. Dette gjelder for leveranser av *materialer* som for eksempel stål, rør og flenser og mer standardiserte *varer* som ikke krever noen form for forhåndsutvikling, som overlevelsesdresser og livbåter, booms og skimmers til fjerning av oljesøl, samt leveranse av *forbruksvarer* som drivstoff og boreslam. Dette er engangslleveranser der risikoen tilsynelatende er begrenset til å ikke få betaling.²⁸¹

Vurderingen kan imidlertid bli annerledes der det foreligger et tilvirkningsmoment. Varene er for eksempel *frembrakt gjennom lengre tids forskning*, for eksempel der en aktør har investert i utviklingen av kulleresistent stål til skip og plattformer som skal tåle ekstremt lave temperaturer. Utvikleren kan ha hatt det russiske markedet for øyet, og pådratt seg store utgifter i håp om å skape et egnet materiale. Et annet eksempel på aktiviteter som kan tenkes å utgjøre investeringer på dette grunnlag, kan være salg av løsninger for reduksjon av skadelig vannproduksjon på plattformene, ved å utvikle et verktøy for måling og overvåking av utslipp i havet. Mengden og sammensetning av avfallsstrømmene som slippes ut vil variere fra plattform til plattform, noe som innebærer at løsninger må spesialtilpasses.²⁸² Det ble argumentert etter disse linjer i *Pantechniki v Albania*,²⁸³ hvor domstolen i et obiter dictum sa at gode grunner talte for at salg av *prototyper* utviklet til vertslandets fordel utgjorde investeringer.

Det byr imidlertid på utfordringer å trekke grensen for når det er

²⁸¹ Dette synspunkt har også støtte i voldgiftspraksis, se for eksempel *Romak v Uzbekistan* (Award, 2009)

²⁸² *Emissions to water* (2007)

²⁸³ *Pantechniki v Albania* (Award, 2009)

foretatt en større forhåndsinvestering og ikke. For eksempel kan det det hende at leverandøren har foretatt en stor investering med et *større marked* enn Russland for øye. Alternativt var varen tiltenkt bruk i Norge, men kan etter mindre eller ingen tilpasninger også brukes i Russland. Det er også en mulighet at utgiftene til utviklingen av produktet som selges *allerede er inntjent*, eller at det er *finansiert med forskningsmidler*. Risikoen for den norske aktøren dempes da til nivået for ordinære salg. Slike tilfeller kan siles ut ved at det tolkes inn et krav om at risikoen investoren har tatt har en *forbindelse med forsøket på å få innpass på det russiske markedet*. I slike tilfeller er risikoen tatt i vertslandets interesse, og gode grunner tilsier at det er først da investeringen blir beskyttet under BITen. En norsk investor vil i det minste kunne argumentere etter disse linjer i en eventuell sak, men det vil avhenge av en nærmere vurdering av den aktuelle leveransekontrakten å ta endelig stilling til om den utgjør en investering.

Et annet spørsmål er hvordan vurderingen blir der leveranser av en enkelt forbruksvare strekker seg over *lengre tid*. I lys av synspunktet om at det er den samlede risikoeksponeringen som er avgjørende, og at varigheten først og fremst har betydning ved at den øker eksponeringen, er ikke dette tilstrekkelig til å gjøre en leveransekontrakt til en investering i seg selv. Dette kan bli annerledes der selgeren *leverer varer på kreditt*.²⁸⁴ Slike transaksjoner er særlig beskyttelsesverdige fordi de kan ha et tilsnitt av bistand, og således er i kjernen av den type investeringer BITen ønsker å fremme. Et eksempel er salg av off grid solcellesystemer til enkeltpersoner.²⁸⁵ Kredittordninger er nok mindre aktuelt i petroleumsindustrien, som kjennetegnes av store, profesjonelle aktører.

Aktivitetens betydning for vertsstaten kan også tale for at visse former for leveranser er investeringer, selv om det er tvilsomt hvor langt dette argumentet kan trekkes.

Det bør på den annen side ikke omgjøre et salg til en investering at den norske investoren har satset alle midler på det russiske markedet. Avhengighet av kun ett land, gjør slagsiden mot importrestriksjoner,

²⁸⁴ Se Pantekniki v Albania (Award, 2009)

²⁸⁵ Ariel (2011)

endrede tollsatser og lignende stor, uavhengig av om ytelsen er standardisert. Investorens individuelle sårbarhet ligger imidlertid utenfor den aktuelle kontrakten, og dessuten utenfor de forhold den norsk-russiske BITen skal beskytte mot. Det kan spørres om dette blir annerledes for varer som det i realiteten *kun er et marked for i Russland*. For eksempel kan investoren ha spesialisert seg på å produsere og levere en form for kulderesistent stål som er så kostbart at det kun er aktuelt for bruk i arktiske områder, slik at Russland blir en av få potensielle kjøpere. Som argument for at dette kan utgjøre en investering, kan det pekes på at et antakelig er i tråd med den norsk-russiske BITens formål å gi beskyttelse også til visse leveranseavtaler, der det er i Russlands interesse at investorer er villige til å tilby de aktuelle tjenestene.

Kontraktkomplekset må vurderes i sin helhet. Der leveranser av varer og materialer er en del av en mer omfattende kontrakt, er det klart at denne etter en helhetsvurdering kan anses som en investering.²⁸⁶

Leveransekontrakter vil også ha vanskelig for å oppfylle kravet til territoriell tilknytning. Dette gjelder særlig der varer er tilvirket i Norge, for så å sendes over til Russland. Vurderingen blir annerledes der den norske investoren har opprettet et kontor i Russland. Investeringen endrer da imidlertid også karakter fra å være varehandel.

4.4 Andre tjenestekontrakter

Tjenestekontrakter er en uensartet gruppe og det må vurderes konkret om hver enkelt avtale utgjør en investering. Ofte vil kontraktene være av kortere varighet, som i seg selv tilsier at de ikke er investeringer. Det er imidlertid ikke tvilsomt at tjenestekontrakter etter sin art *kan* være investeringer, og at de vil være det der kombinasjonen av innsats, varighet og territoriell tilknytning vil medføre at risikoen samlet sett er såpass fremtredende at transaksjonen bør få beskyttelse.²⁸⁷ Ofte vil dette også

²⁸⁶ Se for eksempel *Joy Mining v Egypt* (Award on Jurisdiction, 2004), hvor avtalen gikk ut på levering og installasjon; *Romak v Czech Republic* (Award, 2009); *Patrick Mitchell v Congo* (Decision on the application for annulment of the Award, 2006). *Petrobart v The Kyrgyz Republic* (Award, 2003)

²⁸⁷ Se også *Romak v Uzbekistan* (Award, 2009) para 225 «Duration is to be analyzed in

gjelde der tjenesteytelsen inngår i et større kontraktkompleks.

En tjenestekontrakt om søk etter og berging av et forlist skip, ble ansett å utgjøre en investering i MHS v Malaysia. Varigheten var på fire år og betalingsformen var «No Finds, No Pay», slik at MHS bar risikoen for funn alene.²⁸⁸ Malaysia skulle på sin side betale en serviceavgift. Annulleringskomiteen kommenterte at dette var en avtale som gjaldt “intellectual property rights; and the right granted to salvage may be treated as a business concession conferred under contract.”²⁸⁹

Dommen og annulleringen kan taler for at tjenestekontrakter som sådan kan utgjøre investeringer, og at det ikke stilles noe strengt krav om investorens «faste tilknytning» til vertslandets territorium i form av lokaler, en installasjon eller lignende. Samtidig hadde MHS’ tilstedeværelse en viss varighet, og det knyttet seg stor usikkerhet til om bergingsforsøket ville være vellykket. Risikoen var følgelig stor.

Motsetningsvis vil neppe tjenestekontrakter med mindre fremtredende risikoeksponering være investeringer. For eksempel vil avtaler om montering av diverse komponenter sjelden ha veldig lang varighet. Det kreves i liten grad noen forutgående innsats utover alminnelig opplæring av personell og tilveiebringelse av nødvendig utstyr. Dette vil ikke utgjøre en investering i seg selv, men eventuelt der er del av et større kontraktkompleks. Til sammenligning kan en avtale om vedlikehold og reparasjon være av lengre varighet. Det vil her være en regelmessighet i innsats og tilbakebetaling, og oppdraget vil innebære liten risiko der betaling skjer løpende. Dette tilsier at heller ikke slike kontrakter isolert sett utgjør investeringer. Dette kan være annerledes der tjenesteyteren også har utviklet og installert ytelsen, men da må hele kontraktkomplekset vurderes.

En tjenestekontrakt i form av et *dykkeroppdrag* har en økonomisk verdi og vil ganske sikkert utgjøre et bidrag. Der kompetansen ikke kan oppdrives andre steder kan det ha meget stor betydning for vertslandet at noen påtar seg slike oppdrag. Den vanligste vederlagsformen, der det

light of all the circumstances, and of the investor’s overall commitment.”

²⁸⁸ MHS v Malaysia (decision on the application for annulment, 2009) para 3

²⁸⁹ Ibid. para 60

betales en basisrate per tidsenhet, tilsier at dykkeentreprenøren unngår en negativ betalingsstrøm, slik at risikoen begrenses av denne grunn. Det kan trekkes paralleller til MHS v Malaysia, der en dykkeentreprenør har påtatt seg et krevende oppdrag som en resultatforpliktelse, og hvor betalingsformen er no cure, no pay. Vederlagsformen fører til at risikoen øker betraktelig for entreprenøren. I tillegg vil dykkeoppdragets karakter av å være en investering styrkes der kontrakten innebærer chartering av et fartøy. Også varigheten spiller inn. En dykkerkontrakt som varer i en uke, kan neppe utgjøre en investering. Et unntak er muligens der dykkeoppdraget er særlig farlig og utfordrende og har forutsatt store forbedelser fra investorens side. Det er imidlertid tvilsomt at en dykkerkontrakt vil utgjøre en investering også i slike tilfeller.

Kravet om territoriell tilknytning vil neppe volde store problemer, siden oppdraget natur er slik at det må utføres på russisk territorium. Som illustrert i MHS v Malaysia kreves det neppe at investoren har noen fastere tilknytning til Russland, for eksempel i form av kontorer eller et etablert selskap.

Vurderingen av om seismiske undersøkelser utgjør en investering, vil ha visse fellestrekk med dykkekontrakter. Undersøkelsene kan ha ulik varighet og foregår til sjøs, uten at investoren nødvendigvis har noen fast, fysisk tilknytning til Russland. Det er imidlertid også markerte forskjeller. Ved seismiske undersøkelser er det vanligere å kontrahere et skip med mannskap, noe som bidrar til å øke investeringens omfang. I tillegg er vederlagsformen forskjellig, ved at undersøkelsenes lønnsomhet avhenger av å få solgt materialet videre. Risikoen dempes av at det inngås avtaler om videresalg på forhånd. Dette innebærer imidlertid også at leverandøren kan komme i mislighold overfor tredjeparter, og løper en risiko i dette henseende. For øvrig er seismiske undersøkelser et viktig arbeid som krever kompetanse. Innsamling og analyse kommer klart Russland til gode, siden funnene gir grunnlag for fremtidig leting og utvinning. Et annet moment er at analysen av dataen ofte vil foregå utenfor Russland. Dette gjør tilknytningen mindre. Analysen vil implisitt komme Russland til gode siden det er myndighetene som forvalter petroleumsressursene, og i siste instans kan regulerer områdene, selv om

materialet skulle selges videre.

4.5 Borekontrakter og offshorecertepartier

Det er vanskelig å si noe generelt om borekontrakter og offshorecertepartier vil utgjøre investeringer. For begge kontrakttypene vil tilstedeværelsen på russisk territorium, samt innslaget av sunk costs som følger av individuelle tilpasninger, være forhold som fører til eksponering for risiko. Der kontraktene i tillegg har varighet på flere år, virker det forsvarlig å anta at aktivitetene vil utgjøre investeringer. Motsetningsvis vil certepartier med liten grad av særlige tilpasninger og med kortere varighet mest sannsynlig falle utenfor.

Kravet om territoriell tilknytning vurderes kun for oppfyllelsen av kontrakten, slik at det er uten betydning om installasjonen er tilvirket et annet sted. En mulig problemstilling for reise-certepartier, er at fartøyene beveger seg på ulike lands territorier. Det vil imidlertid spille inn at formålet er å yte bistand til petroleumsutvinning, som igjen kommer Russland til gode. Dette taler for at hovedtilknytningen uansett er dit.

I *Inmaris v Ukraine* ble en Bareboat charter-kontrakt og en sub charter-kontrakt ansett å være investeringer uten at retten foretok en nærmere vurdering.²⁹⁰ Kontraktene var imidlertid del av et større kontraktkompleks, og retten sa uttrykkelig at den undersøkte avtaleforholdet i sin helhet.

4.6 Forsknings- og utviklingsavtaler (FoU)

Den aktuelle situasjonen vil være at en norsk leverandør skyter inn midler til et forskningsprosjekt som helt eller delvis er russisk. Å yte slike midler vil utgjøre et bidrag, og er et klassisk investeringstilfelle i den forstand at det skytes inn midler i håp om fremtidig profit. Prosjektene vil ofte ha lengre varighet, siden det ligger i sakens natur at det vil ta tid å utvikle ny teknologi. Den norske leverandøren tar også en åpenbar risiko, både ved at det er usikkert om forskningen vil gi et resultat som kan generere

²⁹⁰ *Inmaris v Ukraine* (Decision on Jurisdiction, 2010)

inntekter, og fordi det kan være vanskelig å verne om immaterielle rettigheter.

Der selve forskningen utføres i Russland, vil territoriekravet ganske klart være oppfylt. Dette kan bli annerledes der det er tale om et samarbeid mellom flere forskningsinstitusjoner, og arbeidet utføres i Norge i lokalene til en norsk aktør, fordi verdiskapningen underveis i prosjektet i størst grad vil komme Norge til gode. Det bør imidlertid også vektlegges om og i hvilken grad forskningsarbeidet tjener russiske interesser. For eksempel vil det klart være til fordel for Russland at det utvikles teknologi som muliggjør eller forenkler utvinning i krevende arktiske forhold. Slik teknologi vil imidlertid også kunne komme Norge til gode. En tolkning av den konkrete avtalen, kan si noe om hvor teknologien er tiltenkt og få betydning for vurderingen. Der formålet er at teknologien skal deles, tilsier dette at investeringen ikke har den nødvendige tilknytningen til russisk territorium at den utgjør en investering i Russland.

5 Materielle vilkår

Det følger av den norsk-russiske BITen artikkel 8 1. ledd at den kommer til anvendelse på tvister som «gjelder følgene av manglende eller uriktig gjennomføring av forpliktelsene etter [den norsk-russiske BITen]». Det er således et vilkår for jurisdiksjon at investorens krav baserer seg på en overtredelse av en av de materielle beskyttelsesstandardene i avtalen. Fordi det er statene som er pliktsubjekter i traktaten, er det i tillegg nødvendig at den aktuelle opptreden skriver seg fra russiske myndigheter, eller noen som må identifiseres med dem.²⁹¹

For en norsk leverandør til russisk petroleumsindustri, som typisk inngår kontrakter med et *statsselskap*, reiser dette særlig to interessante spørsmål. For det første når myndighetene svarer for disse *selskapenes* handlinger, og for det andre, hvilken opptreden *i kontraktsforholdet* som

²⁹¹ Dette er også vilkårene for ansvar ved en «internationally wrongful act of a State» i den alminnelige statsansvarslæren, se ILC Draft Articles artikkel 2.

kan utgjøre brudd på traktaten. I det følgende gis det først en behandling av spørsmålet om hvilke handlinger myndighetene svarer for, før det gis en illustrerende gjennomgang av hvilken beskyttelse den norsk-russiske BITen kan gi ved kontraktsbrudd.

Formålet er ikke å gi en uttømmende gjennomgang av de materielle standardene, men å illustrere at den norsk-russiske BITen kan komme til anvendelse på tvister som i utgangspunktet fremstår som kommersielle. Dette innebærer at mange sentrale problemstillinger knyttet til BITers beskyttelsesområde ikke behandles.

5.1 Tilordning: Statens ansvar for statselskapers opptreden

Det følger av den norsk-russiske BITen artikkel 8 at staten kun kan holdes ansvarlig for opptreden som må tilordnes denne, jf. at tvisten må bestå mellom enn investor og «den annen avtalepart», i dette tilfellet Russland. Tilordning kan defineres som “the legal operation by which the allegedly wrongful deed is connected to the State as the doer.”²⁹² Det kreves altså at de påståtte traktatbruddene skriver seg fra noen staten svarer for.

I mange tilfeller volder dette spørsmålet få vanskeligheter. Det er klart nok at myndighetene svarer for sin egen opptreden, for eksempel der disse er representert ved lovgivende, dømmende eller utøvende makt. Spørsmålet er mer tvilsomt for selskaper, siden de er selvstendige rettssubjekter. Det klare utgangspunktet er at selv statseide selskaper er vurderes separat fra myndighetene.²⁹³ Det følger imidlertid av voldgiftspraksis og juridisk teori at tilordning kan skje for et statselskaps opptreden overfor en avtalepart.²⁹⁴ Spørsmålet her, er i hvilke tilfeller det kan etableres en slik forbindelseslinje mellom den norske leverandørens kontraktspart og russiske myndigheter, at sistnevnte kan holdes folkerettslig ansvarlig for førstnevntes handlinger.

Fordi det ikke er noen tilordningsregler i den norsk-russiske BITen,

²⁹² Petrochilos (2010) 287

²⁹³ ILC Commentary 48

²⁹⁴ Ibid. 41 para 6

må disse finnes i supplerende internasjonal rett. De sentrale reglene om statsansvar er gjengitt i arbeidet til FNs International Law Commission (ILC Draft Articles).²⁹⁵ Reglene er ikke i seg selv bindende, mens anses i stor grad for å være kodifisering av internasjonal sedvanerett.²⁹⁶ Også kommentarene til artiklene får betydning ved fastleggelsen av reglene, som uttrykk for generelle rettsprinsipper.²⁹⁷ Nyere voldgiftspraksis viser dessuten at tilordningsspørsmålet i høy grad er aktuelt for statselskaper og bidrar til å illustrere ansvarsreglenes rekkevidde for disse.

ILC Draft Articles åpner for at tilordning for statselskaper kan skje på tre grunnlag. For det første fastslås det i artikkel 4 at all opptreden foretatt av statsorganer tilordnes staten. I alminnelighet vil statselskaper være separate juridiske enheter, som dermed faller utenfor bestemmelsen. Det følger imidlertid direkte av ordlyden i artikkel 4 at myndighetene svarer for statsorganer «whatever its character as an organ.»

Der et statselskap ikke er et statsorgan, er tilordning aktuelt der det finnes “evidence that the corporation was exercising public powers, or that the state was using its ownership interest of control of a corporation specifically in order to achieve a particular result.”²⁹⁸ Disse tilfellene er regulert i artikkel 5 og 8. Det andre tilordningsgrunnlaget følger av ILC artikkel 5, hvor det fremgår at opptreden til en person eller enhet som er «empowered by the law of that state to exercise elements of governmental authority» er en statshandling, såfremt personen eller enheten handler i kapasitet av dette i den konkrete saken. Tilordningsgrunnlaget gjelder følgelig ikke for kommersielle handlinger.

Til slutt kan tilordning skje der en person eller gruppe med personer handler på instruksjon fra, eller under ledelse eller kontroll av staten, «in

²⁹⁵ 2001 ILC Draft Articles on State Responsibility as adopted on second reading 2001 by the International Law Commission and as commended to the attention of Governments by the UN General Assembly i Res. 56/83 12 desember 2001.

²⁹⁶ Dette har blant annet kommet til uttrykk i *Noble Ventures v Romania* (Award, 2005) para 69; *Hobér* (2008) 550 og *Petrochilos* (2010) 288. Det anføres tidvis at ILC-reglene kun gjelder tvister mellom to stater. Det følger imidlertid av ILC Articles Del 1 at statsansvarsreglene gjelder alle saker der staten kan ha begått en internasjonal gal handling.

²⁹⁷ Se for eksempel *F-W Oil Interests v Trinidad and Tobago* (Award, 2006) para 202

²⁹⁸ ILC Commentary, para 6 til artikkel 8

carrying out the conduct», jf. artikkel 8. Dette omfatter både kommersielle handlinger og myndighetshandlinger fordi kontrollen er det vesentlige. Tilordning kan også skje dersom staten *erkjenner* ansvar for en enhets opptreden, jf. ILC Draft Articles artikkel 11.

I det følgende vurderes tilordning for statselskaper separat for de tre sentrale tilordningsgrunnlagene. Det gis en løpende tolkning av rettsreglene, før anvendelsesområdet illustreres ved en vurdering av hvordan dette stiller seg for russiske forhold.

5.1.1 Tilordning der statselskapet er et statsorgan

Tilordningsgrunnlaget

At staten svarer for handlinger den selv utfører følger av prinsippet om strukturell identifikasjon.²⁹⁹ Spørsmålet blir dermed hvem som er staten, og om staten under noen omstendigheter kan være selskaper. Den nærmere reguleringen av dette tilordningsgrunnlaget kommer til uttrykk i ILC artikkel 4, som fastslår at

“The conduct of any *State organ* shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.”

I tillegg fastslås det i 2. ledd at

“An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.”

Annet ledd oppstiller en særregel som innebærer at organer som klassifiseres som statsorganer etter nasjonal rett, pådrar staten ansvar. Regelen kan ikke tolkes antitetisk, slik at statene kan *unnslippe* ansvar på grunnlag

²⁹⁹ Alvik (2007) 4; EDF v Romania (Award, 2009) para 187

av artikkel 4 ved ikke å gi en enhet status som statsorgan.³⁰⁰

Dersom enhetens status etter nasjonal rett ikke gir grunnlag for å fastslå at den er et statsorgan, må det foretas en nærmere vurdering etter 1. ledd. Bestemmelsen selv gir ingen definisjon av hva som er et statsorgan. I ILCs kommentarutgave uttales det at “[t]he reference to a “State organ» covers all the individuals or collective entities that make up the organization of the State and acts on its behalf.”³⁰¹ Handlinger utført av departementer, etater, nemder, domstoler, direktorater og tilsyn vil dermed tilordnes staten.³⁰² “Any other functions» viser at også kommersielle aktiviteter omfattes.³⁰³

Russland er organisert som en føderasjon og består av flere likestilte politisk-administrative enheter.³⁰⁴ Det er en vanlig anførsel fra en stats side at de innklagede handlingene ble foretatt av lokale eller regionale myndigheter som staten ikke hadde anledning til å påvirke.³⁰⁵ Det fremgår imidlertid direkte av ordlyden at tilordning skjer uavhengig av organiseringen mellom nasjonalt og regional nivå, jf. “whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.” Det er også uten betydning om de føderale myndighetene kunne påvirke de lokale myndigheters handlinger i det konkrete tilfelle.³⁰⁶

Det virker heller ikke inn på vurderingen etter artikkel 4 om hand-

³⁰⁰ Dette er utslag av et internasjonalt rettsprinsipp som også har kommet til uttrykk i Wien-konvensjonen om traktatstolkning artikkel 27. «A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.»

³⁰¹ ILC Commentary, para 1 til artikkel 4

³⁰² I *Robert Azinian v Mexico* (Award, 1999) para 98 uttalte voldgiftsretten at “[a]lthough independent from the Government, the judiciary is not independent from the State.” Se også *Saipem v Bangladesh* (Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures para 143 og *Eureko v Poland* (Partial Award, 2005) paras 128-9

³⁰³ ILC commentary, para 6 til artikkel 4; *Alpha v Ukraine* (2010) para 402; *Eureko v Poland* para 129

³⁰⁴ Fodchenko (2009) 40

³⁰⁵ Dette ble for eksempel anført i *Generation Ukraine Inc. v Ukarine* (Award) para 10.3, hvor retten under henvisning til ILC artikkel 4 fastslo at «[t]here is no doubt that the conduct of a municipal authority such as the Kyiv City State Administration, which is listed as an organ of State power by the Ukrainian Constitution, is capable of being recognized as an act of the State of Ukraine under international law.»

³⁰⁶ ILC Commentary para 9 til artikkel 4; Alvik (2007); Hobér (2008) 572

linger foretatt av statsorganene *er lovstridige eller i strid med instruks*. Dette følger direkte av ILC artikkel 7, som fastslår at statsorganer så vel som personer og enheter som er gitt kompetanse til myndighetsutøvelse, kan pådra staten ansvar «even if it exceeds its authority or contravenes instructions». ³⁰⁷ Også tjenestemenn på lavere nivå kan pådra staten ansvar. En variasjon av dette var oppe i *Siag and Vecchi v Egypt*, hvor myndighetene hevdet at domstolenes kunnskap om en konkurs ikke kunne tilordnes staten. Egypt anførte at ansvar på grunnlag av ILC artikkel 4 var begrenset til «the wrongful acts of its judiciary», slik at landet motsetningsvis ikke svarte for «the non-wrongful acts of its organs.» ³⁰⁸ Retten avviste dette under henvisning til artikkel 7.

Statsselskaper som statsorganer

På bakgrunn av det foregående er det interessante spørsmålet om og i hvilke tilfeller artikkel 4 kan være tilordningsgrunnlag for handlinger utført av selskaper. Dette vil trolig kun være aktuelt i spesielle tilfeller, der selskapet verken er en selvstendig juridisk enhet etter nasjonal rett eller en konkret realitetsvurdering. Samtidig er muligheten for tilordning for statsselskaper på grunnlag av ILC artikkel 4 en logisk konsekvens av at myndighetenes klassifisering ikke er avgjørende.

Nykomb v. Latvia ³⁰⁹ kaster lys over artikkel 4s anvendelsesområde for selskaper. I saken tok voldgiftsretten stilling til om *betalingsmislighold fra det statseide selskapet Latvenergo* kunne tilordnes staten. Nycombs datterselskap Windau, inngikk i 1997 avtale med Latvenergo der Windau påtok seg å bygge et energigjenvinningsanlegg. Partene kom ikke til enighet om inntektsfordelingen fra produksjonen og Nykomb brakte saken inn for SCC på grunnlag av Energichartertraktaten. ³¹⁰ Domstolen kom til at Latvia måtte anses ansvarlig for Latvenergos handlinger på bakgrunn av reglene om tilordning i internasjonal rett, men forholdt seg

³⁰⁷ Se også *Kardassopoulos v Georgia* (2010) paras 189-190

³⁰⁸ *Siag and Vecchi v Egypt* (2009) para 194.

³⁰⁹ *Nykomb v Latvia*

³¹⁰ *Ibid.* s. 12

ikke eksplisitt til bestemmelsene i ILC Draft Articles.³¹¹ Voldgiftsrettens begrunnelse viser imidlertid at Latvenergo ble ansett å være et statsorgan. Det forelå ikke noen utøvelse av konkret kontroll etter artikkel 8, ei heller ble det utøvd noe bestemt form for myndighet, siden den aktuelle opp-tredenen var mislighold som enhver part kunne utøve. Voldgiftsretten viste først til at Latvenergo ble etablert som en statsvirksomhet og senere omgjort til aksjeselskap med staten som 100 prosent eier. Oppsynet med selskapet ble etterhvert overført til finansdepartementet. Retten uttalte at

«Both before and after these organizational changes Latvenergo held a *dominant* position as a major domestic producer of electric power and as *sole distributor of electricity* over the national grid. It was clearly an *instrument of the State* in a highly regulated electricity market. In the market segment where Windau operated, Latvenergo had *no commercial freedom*. It had no freedom to negotiate electricity prices but was bound, and considered itself to be bound, by the legislation and the regulatory bodies' determination of the purchase prices to be paid for electric power produced by cogeneration plants. Latvenergo cannot be considered to be, or have been, an independent commercial enterprise, but clearly a constituent part of the Republic's organization of the electricity market and a vehicle to implement the Republic's decisions concerning the price setting for electric power.”³¹²

Uavhengig av selskapsmerkelappen ble altså Latvenergo ansett som statens forlengede arm. Selskapet *som sådan* ble vurdert som avhengig av staten. Dommen åpner for tilordning på grunnlag av artikkel 4 for statselskaper der de har en strategisk viktig posisjon for myndighetene som forvalter av en naturressurs. Rettspraksis viser imidlertid at det skal svært mye til for at et selskap er et statsorgan.

Den nedre grensen for artikkel 4 går ved *juridisk uavhengige enheter* og må undersøkes nærmere. Verken ILC Draft Articles eller kommentaren gir veiledning om når en enhet anses uavhengig utover at den nasjonale

³¹¹ Ibid. s. 31

³¹² Ibid para 4.2 side 31

klassifiseringen ikke er avgjørende. Voldgiftsrettens behandling av bestemmelsen i *Amto v Ukraine*, som har visse likhetstrekk med *Nykomb v Latvia*, kan bidra til å illustrere hvor linjen trekkes. Tvisten gjaldt en klage om betalingsmislighold fra statseide National Nuclear Generating Company (Energoatom) overfor EYUM-10, som latviske Amto hadde en stor eierandel i. Amto anførte at Ukraina svarte for Energoatoms opp-treden under henvisning til at:

«[t]he ultimate purpose of *all* Energoatom's dealings is to implement the Government's policy, to achieve the results, and to maintain a high degree of productivity, safety and stability in the production of electricity, in the interest of the Nation and in accordance with instructions from, and under the ultimate control of, the superior political organs of the Ukraine.»³¹³ (min utheving)

Amto viste til *Nykomb v Latvia* og Amto anførte at Energoatom var del av myndighetsstrukturen «through its participation in the highly centralized and totally state controlled Wholesale Energy Market.»³¹⁴ Retten avviste imidlertid tilordning på grunnlag av artikkel 4, under henvisning til at Energoatom var en selvstendig juridisk enhet. Rettens begrunnelse var at ukrainsk rett oppstilte separat juridisk ansvar for Energoatom og staten. De fulgte av den ukrainske Civil Code artikkel 176 at «The state... shall not be responsible under the obligations of juridical persons created thereby, except for the cases established thereby.»³¹⁵ Retten uttalte at Energoatom var en strategisk viktig enhet, men la likevel avgjørende vekt på at staten etter nasjonal rett ikke var ansvarlig for Energoatoms forpliktelser.

Det er uklart hvorfor retten stopper her, i lys av at både ordlyd og kommentarene gir uttrykk for at ILC Draft Articles artikkel 4 2. ledd ikke skal tolkes antitetisk. Det kan ikke utelukkes at retten vektla hensynet til et konkret rimelig resultat, da tilordning etter artikkel 4 ville medført ansvar for alle Energoatoms (folkerettsstridige) kommersielle

³¹³ Ibid. para 31

³¹⁴ I.c.

³¹⁵ Ibid. para 101

handlinger. Dommen kan uansett ses som uttrykk for at det skal mye til for at et selskap skal anses som et statsorgan. Også i *EDF v Romania* nøyde retten seg med å avvise tilordning på grunnlag av artikkel 4 fordi de aktuelle enhetene ikke var gitt status som statsorganer etter nasjonal rett.³¹⁶ Begge dommene gir inntrykk av at voldgiftsretten ikke har inntatt en granskende holdning til dette spørsmålet.

Rettspraksis viser videre at enhetens *formelle økonomiske selvstendighet* stort sett er tilstrekkelig grunnlag for å anse enheten som separat. I *Ulysseas v Ecuador* avviste retten tilordning på grunnlag av artikkel 4 for fem ulike enheter under henvisning til at de «enjoy separate legal personality, have their own assets and resources to meet their liabilities.»³¹⁷ Retten kom til dette resultat selv om selskapene tilsynelatende hadde svært nære bånd til myndighetene. De var opprettet i lov, var underlagt offentlig økonomisk kontroll og hadde ansvar for oppgaver som innebar utøvelse av myndighetsfunksjoner som utstedelse av tilatelser, illeggelse av sanksjoner og kontroll av elektrisitetsmarkedet. Også her var de aktuelle handlingene som ble forsøkt tilordnet staten kommersielle av natur.

I *Jan de Nul v Egypt* avviste retten tilordning på grunnlag av artikkel 4 fordi SCAs aktiviteter ifølge Egyptisk lovgivning hadde *kommersiell natur*, og SCA hadde et *selvstendig budsjett*.³¹⁸ I *Bosh v Ukraine* pekte voldgiftsretten på at universitetets status var regulert av en rekke lover og resolusjoner som understreket universitetets uavhengighet fra myndighetene, noe som tilsa det det var en selvstendig juridisk enhet.³¹⁹

Gjennomgangen viser at tilordning på grunnlag av ILC artikkel 4, er mest aktuelt for enheter som ikke er selskaper, men at artikkel 4 har et visst anvendelsesområde også for disse. Momenter som vektlegges er klassifiseringen i nasjonal rett, om selskapet har egne aktiva og et selvstendig budsjett og om staten kan holdes ansvarlig for selskapets økonomiske forpliktelser etter intern rett. Momenter som kan tilsi at selskapet

³¹⁶ *EDF v Romania* para 190

³¹⁷ *Ulysseas v Ecuador* (Final Award, 2012) para 127

³¹⁸ *Jan de Nul* (Award, 2008) para 161

³¹⁹ *Bosh v Ukraine* (Award, 2012) para 166

er et statsorgan, er om selskapet er monopolist, fravær av kommersiell frihet, om selskapet brukes som instrument for staten og må anses som del av organiseringen av et marked.

Det fremgår også av voldgiftspraksis legger listen lavt for å anse et selskap som en selvstendig juridisk enhet. Felles for dommene som avviser dette uten en nærmere konkret vurdering av de reelle forholdene, er at den aktuelle opptreden har knyttet seg til kommersielle handlinger. Dette tyder på at en konkret rimelighetsvurdering har vært avgjørende. Et slikt resultat er ikke nødvendigvis i samsvar med BITers formål, siden kommersielle handlinger like fullt kan skyldes realisert politisk risiko.

Vurderingen av artikkel 4s anvendelsesområde, tilsier at tilordning for russiske statsselskaper kan bli aktuelt på dette grunnlag. Et interessant spørsmål er om Gazprom er et statsorgan. Redegjørelsen for selskapets tilknytning til myndighetene i kapittel 2 tilsier at dette kan være tilfelle. Voldgiftspraksis tilsier imidlertid at vurderingen kan slå ut annerledes ved kommersielle handlinger. Det kan også tenkes at en voldgiftsdomstol vil kvie seg for å komme til en slik konklusjon av politiske grunner.

Selv om artikkel 4 i begrenset grad får anvendelse på statsselskaper, kan den likevel få betydning for en norsk leverandør. For det første kan tilordning bli aktuelt der den traktatstridige opptreden er utenfor kontrakt. I tillegg vil enkelte leverandører kontrahere direkte med myndighetene. Dette gjelder for eksempel for leverandører av seismiske undersøkelser, som vil yte mesteparten av sine tjenester før et felt i det hele tatt er tildelt en operatør.

5.1.2 Tilordning der statsselskapet driver med myndighetsutøvelse

Tilordningsgrunnlaget

Tilordning kan også skje på *funksjonelt grunnlag* der den russiske kontraktsparten ikke er et statsorgan.³²⁰ Bruddet må da skyldes at statsselskapet har utøvd en myndighetshandling. Regelen kommer til uttrykk i

³²⁰ Dolzer (2008) 200; EDF v Romania (Award, 2009) para 187

ILC artikkel 5, som er dekkende for rettstilstanden.³²¹ Av bestemmelsen fremgår det at

“The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.»

Enheten eller personen må altså både være tildelt spesielle prerogativer og benytte seg av disse i den aktuelle situasjonen. Formålet med regelen er å forhindre at staten delegerer vekk ansvaret gjennom å opprette juridisk uavhengige enheter. I kommentaren til ILC Draft articles forklares det at artikkel 5 «is intended to take account of the increasingly common phenomenon of *parastatal entities*, which exercise elements of government authority in place of State organs, as well as situations where *former State corporations have been privatized* but retain certain public or regulatory functions». ³²² (min utheving) Eksempler på enheter som kan være omfattet er “(...) public corporations, semi-public entities, public agencies of various kinds and even, in special cases, private companies (...)”³²³

Når er et statsselskap tildelt myndighetsfunksjoner?

Et første spørsmål under artikkel 5, er når et statsselskap må anses å være «empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority». Det følger av ordlyden at vilkåret medfører en betingelse om at den som handler er gitt en *særskilt* myndighet som ikke kan oppebæres av private personer uten videre. I kommentaren utdypes det at «what is regarded as «governmental» depends on the particular society, its history and traditions.”³²⁴ I vurderingen trekkes det også inn hvordan enheten er gitt myndigheten, formålet med tildelingen og i hvilken grad

³²¹ Petrochilos (2010) 299

³²² ILC Commentary 42

³²³ Ibid. 43

³²⁴ Ibid. para (6) to Article 5

enheten er ansvarlig overfor myndighetene for utøvelse av myndigheten.³²⁵

En klassisk myndighetsfunksjon er at selskapet er gitt kompetanse til å igangsette tiltak som er bindende og som kan gjennomføres med tvang. Dette var tilfelle i *Hamester v Ghana*, hvor voldgiftsretten kom til at selskapet *Cocobod* var tildelt myndighetsfunksjoner. *Cocobod* hadde blant annet som oppgave å regulere markedsføringen og eksporten av kakao, kaffe og sheanøtter, å støtte opp under utviklingen av kakao-produksjonen i Ghana samt å bekjempe sykdommer på kakaobønner. *Cocobod* hadde i tillegg myndighet til å ilegge sanksjoner dersom selskapets bestemmelser ble overtrådt.³²⁶ Andre eksempler på typiske myndighetsfunksjoner, er kompetanse til å tildele kvoter, godkjennelse av eksport, ileggelse av skatt, gjennomføring av pengepolitikk, administrasjon av naturressurser, administrasjon av eksproprierte aktiva, toll og immigrasjonskontroll og innkreving av avgifter.³²⁷ Dette er funksjoner som tradisjonelt ligger innenfor myndighetenes sfære, men som også kan delegeres til statsselskaper og private enheter.

I voldgiftspraksis er det imidlertid flere eksempler på at kravet til myndighetsutøvelse forstås videre enn det som anses som klassiske myndighetsoppgaver. I *Salini v Morocco* nøyde voldgiftsretten seg med å vise til at styrevedtektene fastslo at ADMs hovedaktivitet var «the construction, maintenance and operation of the highways and communication routes of a large dimension, granted by the State».³²⁸ I *Helnan v Egypt*, kom retten til at the Egyptian Company for Tourism and Hotels (EGOTH) var tildelt myndighetsfunksjoner siden det var «an active operator in the privatisation of the tourism industry on behalf of the Egyptian Government». Det var uten betydning at EGOTH ikke formelt var gitt noen kompetanse.³²⁹

I *Bosh v Ukraine* ble tilordning på grunnlag av artikkel 5 vurdert for

³²⁵ L.c.; Petrochilos (2010) 303; Hobér (2008) 556.

³²⁶ *Hamester v Ghana*. 190

³²⁷ Petrochilos (2010) 303

³²⁸ *Salini v Morocco* (Decision on Jurisdiction, 2004) para 33

³²⁹ *Helnan v Egypt* (Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 2012) para 93

et universitets handlinger. Universitetet var gitt myndighet til å utøve kontroll over statseiendom gjennom etablering og vedlikehold av universitetsområdet. Det var i tillegg fastslått i et charter at universitetet kunne drive med kommersielle aktiviteter.³³⁰ Retten kom til at universitetet var «empowered to exercise elements of governmental authority».³³¹ Dommen er et uttrykk for at det funksjonelle kravet legges lavt, da siden det ikke krevdes mer enn at universitetet disponerte statlige eiendommer.

Voldgiftspraksis taler for at det ikke kreves at selskapet er gitt noen formell kompetanse, ei heller må det være tale om beføyelser som private ikke kan utøve. Det er tilsynelatende tilstrekkelig at selskapets oppgaver knytter seg til eiendommer eller ressurser som tilhører myndighetene, slik at de på et eller annet plan har fått en tillatelse til å forvalte dem. Den lave terskelen må ses i sammenheng med at tilordning etter artikkel 5 er en toleddet vurdering, og at det uansett vil være avgjørende om myndighet er utøvd i det konkrete tilfellet.

På bakgrunn av at forvaltning av statlige eiendommer og motorveier er anerkjent som myndighetsfunksjoner, er det grunn til å anta at en del operatører av olje- og gasselskaper vil anses å være tildelt dette. Dette forsterkes av at det i praksis kun er russiske selskaper som gis utvinningstillatelser i Russland.³³² Selskapene forvalter strategiske ressurser som det er av stor viktighet for myndighetene å nyttiggjøre seg på best mulig måte. Videre vil salg av olje og gass, samt regulering av dette markedet ha stor betydning for Russland. I lys av dette, vil selskaper som er gitt konsesjon til å utvinne petroleum i mange tilfeller oppfylle den funksjonelle testen.

Det er lite tvilsomt at Gazprom har myndighetsprerogativer i relasjon til ILC artikkel 5. Selskapet forvalter strategiske naturressurser og er i lov gitt eksklusiv rett til eksport av naturgass.³³³ Selv om Gazprom formelt konkurrerer om nasjonale prosjekter, er selskapet de facto tilnærmet

³³⁰ Ibid. para 171

³³¹ Ibid. para 173

³³² Fodchenko (2009) 92

³³³ Den føderale loven om gasseksport av 20. juli 2006

monopolist.³³⁴

Når anses et statsselskap å utøve myndighetsfunksjoner?

Statsselskaper vil ofte være tildelt myndighetsfunksjoner. Spørsmålet blir dermed hva slags opptreden fra selskapet myndighetene svarer for? Særlig interessant er det å undersøke om og i hvilken grad *kontraktsbrudd* kan ses som utslag av myndighetsbruk.³³⁵

For at tilordning skal skje på grunnlag av artikkel 5, kreves det at enheten med myndighetsfunksjoner «is acting in that capacity in the particular instance», som er en henvisning til den kritiserte opptredenen. Hva som ligger i dette utpensles i kommentaren til ILC-artiklene:

«If it is to be regarded as an act of the State for purposes of international responsibility, the conduct of an entity must accordingly concern *governmental activity* and no other private or commercial activity in which the entity may engage.»³³⁶

Det sentrale etter dette kriteriet er å trekke en grense mot ordinære kommersielle handlinger. Rettspraksis kan gi veiledning. I *Mazzeffini v Spain* formulerte voldgiftsretten det som avgjørende å ta stilling til «whether the specific actions or omissions are *essentially commercial* rather than governmental in nature or, conversely, whether their nature is *essentially governmental* rather than commercial.»³³⁷ (min uthevning) Dette tilsier en litt mer fleksibel vurdering, hvor det åpnes for at en myndighetshandling kan ha visse kommersielle innslag.

I *Hamaster v Ghana*, sa voldgiftsretten at det var et nødvendig vilkår at «the precise act in question was an exercise of such governmental authority and not merely an act that could be performed by a commercial entity».³³⁸ Retten utdypet dette med at “only the acts of Cocobod *utilizing*

³³⁴ Hults (2012) 100

³³⁵ Merk at det for ansvar etter BITen i tillegg kreves brudd på en av de materielle bestemmelsene.

³³⁶ Crawford (2002) 101

³³⁷ *Mazzeffini v Spain* (Decision on Objections to Jurisdiction, 2000) para 52

³³⁸ *Hamaster v Ghana* (Award, 2010) para 193

State prerogatives are attributable to the State for the purpose of international responsibility (...).³³⁹ Retten formulerte dette som et spørsmål om Cocobod hadde oppført seg som en normal avtalepart, eller som en statsenhet “enforcing regulatory powers.”³⁴⁰ Retten uttalte at «[i]t is not enough for an act of public entity to have been performed in the general fulfillment of some general interest, mission or purpose to qualify as an attributable act.”³⁴¹

Uttalelser i *Jan de Nul v Egypt* støtter denne forståelsen. Retten avviste tilordning av visse handlinger utført av SCA fordi «[a]ny private contract partner could have acted in the same way».³⁴² Dommene viser at det eksklusive i myndighetsbruken er vektlagt. En handling som en privat aktør kan utføre innebærer ikke myndighetsutøvelse, ei heller er det myndighetsutøvelse å handle i samsvar med myndighetenes interesse i seg selv. Gjennomgangen tilsier at en handling kan ha kommersielle innslag, men må innebære bruk av myndighetsprerogativer som ligger eksklusivt til myndighetene. Dette tilsier at rene kontraktsbrudd i form av mislighold faller utenfor de tilfeller som fanges opp av artikkel 5. Dette kom til uttrykk i *Amto v Ukraine*, hvor voldgiftsretten uttalte at «[t]he payment or non-payment by a state-entity of contractual debts owed to a service provider involves no exercise of sovereign authority or puissance publique, and cannot be attributed to the Ukraine».³⁴³ Voldgiftsretten sluttet seg til dette resonnementet i *Hamester v Ghana*, hvor retten bemerket at «[t]he core controversy here concerns the amount of payments to be made under a contract.”³⁴⁴

Et element som muligens kan gi kontraktmislighold et islett av myndighetsutøvelse er at en opptreden krever myndighetenes godkjenning. Slike situasjoner kan i enkelte tilfeller også tilordnes på grunnlag av artikkel 8. I *Bosh v Ukraina* vurderte retten om de aktuelle handlingene fra uni-

³³⁹ Ibid. para 197

³⁴⁰ Ibid. Para 202

³⁴¹ Ibid. para 202

³⁴² Ibid. para 283; *Jan de Nul v Egypt* (Decision on Jurisdiction, 2006) para 170

³⁴³ *Limited Liability Company Amto v Ukraine* (Award, 2006), SCC para. 107

³⁴⁴ *Hamester v Ghana* (Award, 2010) para 254

versitetets side var utøvelse av myndighetsprerogativer eller om disse var kommersielle. Retten la avgjørende vekt på at universitetet hadde kompetanse til å inngå den aktuelle kontrakten uten noen form for godkjenning fra myndighetene. Kontraktsinngåelsen og den senere terminasjonen ble derfor sett på som kommersielle aktiviteter med sikte på å oppnå kommersielle fordeler.³⁴⁵ Voldgiftsretten vektla de samme synspunktene i *EDF v Romania*, hvor tilordning ble vurdert for to statselskaper som hadde ansvar for drift av en flyplass. Domstolen pekte på at

“there is a distinction to be made between the legal regime of public property at the airport (...) which is held and managed by AIBO under the terms of a concession (...) as public assets regulated by public law, and the legal regime of AIBO’s private property which is a part of its own patrimony (...). Regarding the latter, the evidence before the Tribunal shows that AIBO *takes decisions within its own corporate bodies*, as any other commercial company operating in Romania.”³⁴⁶ (min utheving)

Det er tilsynelatende uten betydning for vurderingen om kontrakten inneholder *offentligrettlige innslag*. Dette kom til uttrykk i *Ulysseas v Ecuador*, hvor tilordning ble vurdert for det nasjonale energirådet, CONELEC. Voldgiftsretten tok utgangspunkt i at CONELECs opptreden måtte vurderes på grunnlag av de kontraktsbestemmelser kontraktspartene hadde blitt enige om.³⁴⁷ Retten understreket at det ikke var av betydning at kontrakten var av administrativ art.³⁴⁸ Det avgjørende var at saksøkers innsigelser knyttet seg til kommersiell opptreden.

Det stilles ikke noe krav om at opptreden har en *ytre karakter* av å være myndighetsutøvelse. I *Maffezini v Spania*, innebar det myndighetsutøvelse å gjennomføre en overføring fra en av EAMSAs bankkontoer,³⁴⁹ fordi overføringen *i realiteten innebar en beslutning* om å øke en inves-

³⁴⁵ *Bosh v Ukraine* (Award, 2012) para 177

³⁴⁶ *EDF v Romania* (Award, 2009) para 195

³⁴⁷ *Ibid.* para 137

³⁴⁸ *Ibid.* para 139

³⁴⁹ *Hobér* (2008) 560; *Maffezini v Spain* (Decision on Objections to Jurisdiction, 2000) para 79

tering.³⁵⁰ En slik form for beslutning er ikke et eksklusivt myndighetsprerogativ. Etter disse linjer skulle også en beslutning om å avslutte en kontrakt kunne være myndighetsutøvelse.

Et annet spørsmål er hvordan myndighetsutøvelse vurderes i *forhandlings situasjoner*. Her kan myndighetsutøvelsen utmerke seg ved å være mer subtil, og komme til uttrykk i form av et generelt skjevt styrkeforhold, som får innvirkning på om utfallet er resultat av en alminnelig kommersiell drakamp. I *Hamaster v Ghana* knyttet den første påståtte myndighetshandlingen seg til en prisavtale. *Hamaster* anførte at innføringen av en ny prisfastsettelsesmekanisme i avtalen mellom partene i praksis var gjennomføring av myndighetenes prispolitikk fra *Cocobod* sin side.³⁵¹ Retten formulerte dette som et spørsmål om den nye prisavtalen ble «imposed on Wamco by Government policy» og vurderte om fremgangsmåten ved inngåelsen av prisavtalen var ulik den ved inngåelsen av andre avtaler mellom partene.³⁵² Voldgiftsretten viste til at avtalen kom i stand etter *langvarige forhandlinger*, og at myndighetenes endrede prispolitikk ble diskutert inngående. Retten mente dette viste at

«the Government did not impose any coercive change on Wamco through *Cocobod*, via its powers of *puissance publique*, but rather that Wamco and *Cocobod*, as economic actors, engaged in discussions to adapt to the new legal framework.»³⁵³

Retten viste videre til myndighetenes nye prispolitikk var en generell regulering som økonomiske aktører hadde et selvstendig ansvar for å implementere gjennom avtaler.³⁵⁴ Retten vurderte derfor situasjonen slik at

“Two commercial actors were engaged in “arms-length” negotiations in order to take into account a general policy of Ghana. (...)”

³⁵⁰ *Maffezini v Spain* (Decision on Objections to Jurisdiction, 2000) para 79

³⁵¹ *Ibid.* para 218

³⁵² *Hamaster v Ghana* (Award, 2010) para 222

³⁵³ *Ibid.* para 231

³⁵⁴ *Ibid.* para 238

No act of the Government can be found that would have imposed the FOB price on Wamco, through the actions of Cocobod.”³⁵⁵

Voldgiftsdommene viser at vurderingen av når et statselskaps opptreden utgjør en myndighetshandling alltid må bli konkret. Gjennomgående krever voldgiftsdomstolene at den aktuelle opptreden inneberer bruk av myndighet som ligger eksklusivt til staten. Kravet om at handlingen er «essentially governmental» og om at myndighetene er «utilizing State prerogatives» kan tale for at det avgjørende er at statselskaper bruker en kompetanse som tilligger dem eksklusivt i det konkrete tilfellet. Dette kan innebære at opptreden som i utgangspunktet kan fremstå som kommersiell kan utgjøre myndighetsutøvelse i det konkrete tilfellet.

Anvendt på petroleumsindustrien, tilsier dette at mange forskjellige typer adferd fra et statselskap overfor en leverandør etter en nærmere vurdering kan være myndighetsutøvelse. Særlig praktisk er det at forhandlinger i løpet av avtaleforholdet ikke er gjenstand for en ordinær kommersiell drakamp på grunn av det skjeve styrkeforholdet mellom partene. Et eksempel er der statselskapet tar initiativ til *reforhandling av en avtale*. Styrkeforholdet mellom aktørene vil innebære at leverandøren stiller i en svak forhandlingsposisjon, slik at reforhandlingen ikke blir gjenstand for en ordinær prosess. Dette fører til at leverandøren ikke har noe annet valg enn å gå med på de endrede kontraktsvilkårene.

Tilsvarende er en beslutning om å *bruke en forlengelsesopsjon som egentlig er utløpt på dato* i en kontrakt utøvelse av en kontraktsrettighet, men er i realiteten en beslutning som kan være avgjørende for investorens mulighet til fortsatt tilstedeværelse i Russland. Også en myndighetsinitiert reforhandling av kontrakt vil kunne utgjøre myndighetsutøvelse, i de tilfeller hvor reforhandlingen i realiteten er en nødvendig forutsetning for at investoren fortsatt skal ha adgang på et marked. Tilsvarende gjelder der et selskaps *monopolsituasjon* setter det i en særegen stilling, for eksempel ved at det kan bruke en avtale på ett felt som pressmiddel for å

³⁵⁵ Ibid. para 248. Retten avviste også tilordning på grunnlag av artikkel 8 for dette forholdet, siden myndighetene ikke hadde vært innblandet i forhandlingene. Para 249

reforhandle en avtale på et annet felt. For investoren blir dette realiteten et spørsmål om markedsadgang.

I forlengelsen av dette bør det også være en viss mulighet for at *betalingsmislighold* kan være myndighetsutøvelse der det brukes som virkemiddel for å disiplinere investoren. En tilsynelatende kommersiell handling kan få karakter av å være en sanksjon mot uønsket opptreden. Det skjeve styrkeforholdet mellom partene i visse kontrakter kan bidra til å forsterke denne mekanismen. Utgangspunktet for slike tilfeller vil nok likevel være at tilordning ikke kan skje.

5.1.3 Tilordning der statselskapet handler under oppsyn eller instruksjon fra staten

Foruten tilordning for handlinger som utgjør myndighetsutøvelse, kan tilordning for statselskaper skje der den aktuelle opptreden har vært under ledelse eller kontroll fra myndighetene. Bestemmelsen har sitt sentrale virkeområde der staten gjennom sin eierinnflytelse styrer et selskap og den aktuelle opptreden er slik som en privat part kunne utvist.³⁵⁶ Regelen reflekteres i ILC artikkel 8, hvor det fastslås at:

“[t]he conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”

Begrunnelsen er at det i disse tilfellene består et spesielt faktisk forhold mellom myndighetene og personen eller enheten som står for opptreden.³⁵⁷ Hensynet til effektivitet i folkeretten tilsier at det avgjørende er at det eksisterer en reell link mellom staten og enheten.³⁵⁸ Til forskjell fra artikkel 4 er enhetens status er her uten betydning, og til forskjell fra artikkel 5, begrenses ikke ansvaret til kun å gjelde myndighetshandlinger. Også kommersielle handlinger omfattes.

³⁵⁶ Det er imidlertid ikke noe vilkår at enheten eies av staten. Jan de Nul (Award, 2008) para 157

³⁵⁷ Crawford (2002) 47

³⁵⁸ Ibid. 47

Som redegjort for innledningsvis, fremgår det av forarbeidene at tilordning kun aktuelt der staten bruker sitt eierskap i hensikt å oppnå et bestemt resultat.³⁵⁹ Det kreves en sammenheng mellom «the instructions given or the direction or control exercised and the specific conduct complained of.»³⁶⁰ I saken *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*,³⁶¹ som gikk for ICJ, uttalte retten at «a general situation of dependence and support would be insufficient to justify attribution of the conduct to the state.»³⁶² Istedet viste retten til doktrinen om effektiv kontroll. Denne kom treffende til uttrykk i den nyere Folkemord-saken fra ICJ (2007), hvor domstolen uttalte at

“It has to be proved that [the persons or groups] acted in accordance with that State’s instructions or under its «effective control». It must however be shown that this “effective control» was exercised. Or that the State’s instructions were given, in respect of each operation in which the alleged violations occurred, not generally in respect of the overall actions taken by the persons or groups of persons haven committed the violations.”³⁶³

Doktrinen om effektiv kontroll ble også fulgt opp i *White Industries v India*. Voldgiftsretten måtte blant annet ta stilling til om selskapet Coal India handlet på instruksjon eller under ledelse eller kontroll av indiske myndigheter. De aktuelle handlingene det ble klaget på var Coal Indias påståtte ulovlige tilbakeholdelse av en bankgaranti og deres beslutning om å prøve en ICC-dom for indiske domstoler.³⁶⁴ Voldgiftsretten så på doktrinen om effektiv kontroll og la til grunn at White var nødt til å vise at India både hadde generell kontroll over Coal India og spesifikk kontroll over de konkrete handlingene.³⁶⁵ Voldgiftsretten kom til at White ikke hadde lyktes i å godtgjøre dette fordi det ikke var noen tegn på at Coal

³⁵⁹ Ibid. 47

³⁶⁰ Ibid. 48

³⁶¹ *Nicaragua v United States of America* (1986) para 109

³⁶² Crawford (2002) 47-48

³⁶³ *White Industries v India* (Award, 2011) para 8.1.14

³⁶⁴ Ibid. para 8.1.9

³⁶⁵ Ibid. para 8.1.18

India *trengte* eller *skaffet seg* godkjenning fra indiske myndigheter for å aktivere bankgarantien.³⁶⁶

Doktrinen om effektiv kontroll innebærer følgelig at det må være gitt instruksjoner for hver enkelt handling eller unnlatelse. Det er for eksempel ikke nok at det handlende selskapet vet at opptreden er innenfor dets mandat, eller at myndighetene antakelig vil bifalle eller ettergodkjenne den. Det er heller ikke tilstrekkelig at myndighetene hadde kjennskap til opptreden. Dette ble understreket i *Hamaster v Ghana*, hvor voldgiftsretten uttalte at det forhold at myndighetene var «being informed and discussing the case with the parties – both the Claimant and Cocobod – does not mean that the later was under the effective control of the Government (...)»³⁶⁷

Et aspekt som må tas i betraktning der en investor påberoper seg tilordning på grunnlag av ILC Draft Articles artikkel 8, er at vurderingen etter denne bestemmelsen ofte koker ned til et bevissspørsmål. Voldgiftspraksis viser at retten ofte mangler tilstrekkelige holdepunkter for å konkludere med at en bestemt opptreden har funnet sted. I *F-W Oil Interests v Trinidad and Tobago* uttalte voldgiftsretten i forbindelse med en vurdering av korrupsjonsanklager mot staten at den

«was faced with the problems inherent in investment arbitrations (by contrast with proceedings in a court of law): no evidence on oath, and no compellability of witnesses».³⁶⁸

Tilsvarende skjedde i *Jan de Nul v Egypt*, hvor retten avviste tilordning på grunnlag av artikkel 8 under henvisning til at det ikke var noe «evidence on record» for at myndighetene hadde utøvd kontroll.³⁶⁹ I *Al-Bahloul v Tadjikistan* ble beskyldninger om trusler lagt til side av samme grunn.³⁷⁰ En generell observasjon er at artikkel 8 volder problemer i

³⁶⁶ Ibid. para 8.1.19

³⁶⁷ *Hamaster v Ghana* (Award, 2010) para 199

³⁶⁸ *F-W Oil Interests v Trinidad and Tobago* (Award, 2006) para 211

³⁶⁹ *Jan de Nul v Egypt* (Award, 2008) para 173

³⁷⁰ *Al-Bahloul v Tadjikistan*, (Partial Award on jurisdiction and liability, 2009) paras 170 og 173

praksis, og avgjørelser om denne vurderingen er sprikende.³⁷¹

Dette problemet styrkes av at myndighetene ofte benytter seg av uformelle kommunikasjonskanaler ved utøvelse av kontroll. Lite transparens er i høy grad et problem i Russland. Representanter for norske selskaper forteller at de opplever at møter avlyses fordi direktøren til Gazprom er innkalt til Kreml. Hults (2012) skriver at «Gazprom has nominal power over investment decisions, but the state frequently uses its informal authority to control decision making.»³⁷²

Det må vurderes nærmere hva som ligger i kravet om at ledelsen eller kontrollen må ha til *hensikt å oppnå et bestemt resultat*. Krevs det for eksempel at det tas hensyn som en alminnelig kommersiell aktør ikke ville vektlagt, eller som først og fremst tjener et politisk formål? Voldgiftsretten gikk inn på dette i EDF v Romania,³⁷³ hvor retten fant det bevist at Transportdepartementet hadde gitt instruksjoner til selskapene AIBO og TAROM om hvordan disse skulle utnytte aksjonærrettighetene sine, samt til AIBO om organiseringen av en anbudsprosess. Etter en konkret vurdering fant retten at myndighetenes ordre var bindende for selskapene.³⁷⁴ Retten fant også at myndighetene hadde forsøkt å oppnå et bestemt resultat, nemlig «bringing to an end, or not extending, the contractual arrangements with EDF and ASRO and instituting a system of auctions.»³⁷⁵ Romania anførte at “in order to achieve a particular result” måtte forstås som et krav om at opptredenen som ble beordret lå *utenfor selskapets interesser*. Dette ble avvist av voldgiftsretten, som la til grunn at det var tilstrekkelig at ordrene var i strid med det aksjonærene og selskapets ledelse *subjektivt* oppfattet som selskapets interesser.³⁷⁶ Spørsmålet ble dermed om ledelsen i AIBO og TAROM hadde oppfattet det som å være i selskapets interesser å utføre de aktuelle myndighetshandlingene. Dette ble ikke ansett å være tilfelle, siden selskapene endret

³⁷¹ Petrochilos (2010) 288

³⁷² Hults (2012) 100

³⁷³ ILC Commentary p. 112-113

³⁷⁴ EDF v Romania (Award, 2009) paras 203-207

³⁷⁵ Ibid. para 201

³⁷⁶ Ibid. para 210

politikk som følge av at en ny minister overtok Transportdepartementet. Følgelig ble opptreden ansett foretatt “in order to achieve a particular result.”³⁷⁷

Det avgjørende er at instruksjon *faktisk er gitt*, ikke hvilken oppfatning den handlende subjektivt har hatt av situasjonen. I *Tradex v Albania*,³⁷⁸ som gjaldt påstått ekspropriasjon som følge av at landsbyboere invaderte landområder, måtte domstolen ta stilling til om myndighetene svarte for landsbyboernes okkupasjon. Voldgiftsretten kom til at dette ikke var tilfelle, siden *Tradex* ikke lyktes i å bevise at myndighetene hadde godkjent okkupasjonen, ei heller hadde de nektet å gi beskyttelse på *Tradex*' forespørsel. Det var uten betydning at okkupantene var av den subjektive oppfatning at myndighetene hadde gitt dem landområdene.³⁷⁹

Gjennomgangen viser at tilordning på grunnlag av ILC Draft Articles artikkel 8, kan skje der et selskaps opptreden skyldes at staten utøver kontroll eller ledelse for å oppnå et bestemt resultat som ligger utenfor det aksjonærer og ledelse subjektivt oppfatter som selskapets interesser. Vurderingen blir nødvendigvis noe annerledes der selskapets aksjonærer og ledelse *er* staten. På bakgrunn av det foregående virker det forsvarlig å legge til grunn at det i slike tilfeller må foretas en fleksibel vurdering av hva slags opptreden som objektivt sett fremsto som rasjonell på tidspunktet for påvirkningen, og statsselskapets avvik fra dette.

5.1.4 Samlet vurdering

Det er høy risiko for at russiske statsselskaper vil oppføre seg på en måte som får negativ innvirkning på lønnsomheten for en norsk investor. Det er også en nær sammenheng mellom denne opptreden og myndighetenes nære bånd til og kontroll over disse selskapene.

For en investor er det mest fordelaktig at et statsselskap klassifiseres som et statsorgan. I slike tilfeller vil kommersielle handlinger være dekket, i tillegg til at det ikke må bevises konkret hvilke instruksjoner

³⁷⁷ Ibid. paras 210-213

³⁷⁸ *Tradex v Albania* (Decision on Jurisdiction, 1996)

³⁷⁹ *Hobér* (2008) 563

myndighetene har gitt. Der selskapet ikke er et statsorgan, er det vanskeligere å trekke konklusjoner om tilordningsspørsmålet isolert fra den konkrete saken. Det er først og fremst kommersielle handlinger der ledelse eller kontroll fra myndighetene ikke kan påvises som vil falle utenfor.

Tilfeller der tilordning ikke vil skje, er dermed hvor er selskap vurderes som tilstrekkelig selvstendig til å ikke være et statsorgan, typisk fordi det har en selvstendig økonomi, og det ikke kan påvises konkret kontroll eller myndighetsutøvelse. Det kan her foreligge et sterkt innslag av generell kontroll, men det foreligger ikke tilstrekkelige konkrete holdepunkter for at det er utøvd kontroll etter artikkel 8. Dette vil typisk være der myndighetene bruker politisk kontroll til å ivareta kommersielle interesser, fordi situasjonen da også faller utenfor artikkel 5. Tilordningsspørsmålet vil også volde større tvil ved statseide leverandørselskaper og større olje- og gasselskaper med større eller mindre innslag av privat eierskap.

Det nevnes at der opptreden ikke kan tilordnes et statsselskap, kan staten likevel bli ansvarlig for traktatbrudd der andre statsenheter har vært involvert. Dette gjelder typisk der investoren har brakt saken inn for nasjonale domstoler, eller regulatorisk innblanding har påvirket avtaleforholdet.

5.2 Kontraktsbrudd som utgangspunkt for traktatbrudd

I foregående avsnitt ble det vist at statsselskapers handlinger, herunder kommersielle, i mange tilfeller vil kunne tilordnes myndighetene. Her undersøkes det hvilken materiell beskyttelse den norsk-russiske BITen gir ved kontraktsbrudd. Fremstillingen vil således kun belyse en liten del av BITens materielle anvendelsesområde, siden BITers primære funksjon er å sikre investoren uavhengige domstoler, et effektivt og regelbundet byråkrati og et middel mot korrupsjon.³⁸⁰ En generell fremstilling av disse bestemmelsene ville imidlertid i liten grad reist spørsmål som er

³⁸⁰ Reisman (2004) 115

spesielle for leverandørkontrakter.³⁸¹ Formålet med avsnippet er derfor å illustrere den norsk-russiske BITens rekkevidde for norske leverandører til russisk petroleumsindustri, samt å underbygge oppgavens innledende påstand om at den norsk-russiske BITen kan være et potent og aktuelt rettsmiddel for norske leverandører.

Fremstillingen vil vise at kontraktsbrudd fra et russisk statselskap ikke i seg selv er tilstrekkelig til å utgjøre brudd på en av beskyttelsesstandardene i BITen. Som et faktum kan det imidlertid inngå i en større kontekst som utgjør et traktatbrudd. Den overordnede retningslinjen er at kontraktsbruddet må være utslag av en realisert politisk risiko.

5.2.1 Rettslige utgangspunkter

Et *kontraktsbrudd* kan defineres som et avvik fra riktig oppfyllelse av en kontraktsmessig forpliktelse som ligger innenfor debtors ansvarsområde. Mislighold kan knytte seg til pengeforpliktelser eller realforpliktelser. For en norsk investor vil betalingsmislighold være særlig praktisk, selv om det også er mulig at den russiske kontraktsparten mislighold en realforpliktelse, for eksempel til å yte medvirkning. Til sammenligning foreligger *traktatbrudd* der en av bestemmelsene i den norsk-russiske BITen er overtrådt. En har å gjøre med to ulike kravgrunnlag som ikke nødvendigvis utelukker hverandre.³⁸² Noble Ventures v Romania formulerte retten det slik at

“in normal circumstances per se a breach of a contract by the State does not give rise to direct international responsibility on the part of the state. This derives from the clear distinction between municipal law on the one hand and international law on the other, two separate legal systems.”³⁸³

³⁸¹ For en grundigere behandling vises det til fremstillingene i Alvik (2011); Dolzer (2008) og Sornarajah (2010)

³⁸² I *Vivendi v Argentine* (Decision of Annulment, 2006) uttrykte retten dette ved å si at «A State may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa» para 60

³⁸³ *Noble Ventures v Romania* (Award, 2005) para 53

Dette utgangspunktet er lagt til grunn i en rekke dommer.³⁸⁴ Det er imidlertid på det rene at kontraktrettigheter er beskyttede aktiva under den norsk-russiske BITen, jf. artikkel 1. 1. ledd bokstav c, som slår fast at en aktiva som kan utgjøre en investering omfatter «[k]rav på penger som er benyttet til å skape en økonomisk verdi, eller krav på enhver ytelse i henhold til kontrakt som har en økonomisk verdi». Dette er også allment akseptert. I *Bayindir v Pakistan* redegjorde voldgiftsretten for sin jurisdiksjon over kontraktskrav ved å si at:

«its jurisdiction covers treaty and not contract claims. This does not mean that it cannot consider contract matters, including the contract's governing municipal law, into account as *facts* as far as they are relevant to the outcome of the treaty claims. Doing so, it exercises treaty not contract jurisdiction.»³⁸⁵

5.2.2 Kort om den norsk-russiske BITens materielle beskyttelsesstandarder

Den norsk-russiske BITen oppstiller en rekke materielle beskyttelsesstandarder, hvis overtredelse pådrar staten ansvar. Enkelte av bestemmelsene tar særlig sikte på å regulere klassiske myndighetsorganers opptreden, og retter seg særlig mot reguleringer. Andre standarder er mer abstrakte, og kan gi vern mot et større spekter av adferd. Standardene kjennetegnes av vage, brede formuleringer.

Det fremgår av BITens artikkel 2.2 ledd at «[h]ver avtalepart garanterer i samsvar med sin lovgivning beskyttelse av investeringer foretatt av investorer tilhørende den annen avtalepart på sitt territorium». Det opprinnelige formålet med slike standarder om ”full protection and security” var å beskytte investeringer mot fysisk vold. I dag er standarden først og fremst aktuell som en beskyttelse ved krenkelser av investorens rettigheter som følge av lover og regler i vertsstaten. Bestemmelsen kan

³⁸⁴ *Hamaster v Ghana* (Award, 2010) para 327; *Joy Mining v Egypt* (Decision on Jurisdiction, 2004) para 72; *Impreglio v Pakistan* (Decision on Jurisdiction, 2005) para 260; *Azurix v Argentina* (Award, 2006) para 315

³⁸⁵ *Bayindir v Pakistan* (Award, 2009) para 135

også tenkes å få en viss anvendelse ved kontraktsbrudd.³⁸⁶

Videre inneholder BITen en klausul om bestevilkårsbehandling (MFN-klausul). Det følger av BITens artikkel 3 2. ledd at den rettferdige og rimelige behandlingen investoren har krav på etter artikkel 3 1. ledd ikke skal være «mindre gunstig enn den behandling som gis investeringer foretatt av investorer tilhørende en tredjestat». En norsk investor har derfor krav på de samme fordeler som ytes investorer fra andre land.³⁸⁷

I artikkel 3 3. ledd er det inntatt en bestemmelse om at vertslandet skal yte en utenlandsk investor «en behandling som ikke er mindre gunstig enn den behandling den gir investeringer foretatt av egne investorer.» Formålet er å unngå forskjellsbehandling.³⁸⁸

BITens artikkel 4 gir rett på kompensasjon dersom det skulle oppstå tap hos en investor i forbindelse med krig, annen væpnet konflikt, nasjonal krise eller lignende. Bestemmelsen fastslår at kompensasjonen ikke skal være mindre gunstig enn den som gis til investorer fra andre stater.

BITen artikkel 6 1. ledd gir investoren rett til frie «betalingsoverføringer til utlandet i tilknytning til sine investeringer», etter at investoren har oppfylt sine skatteforpliktelser i vertslandet. I 1. ledd bokstav a-e fremgår det at dette særlig gjelder avkastning, erstatning ved ekspropriasjon og visse former for utbytte. Adgangen til å kunne føre midler inn og ut av vertsstaten er sentral for investoren. Samtidig har vertsstaten behov for å overvåke valutastrømmene, siden finansmarkedene kan være ustabile.³⁸⁹

I tillegg til nevnte standarder, inneholder den norsk-russiske BITen to bestemmelser som er særlig relevante for kontraktsbrudd. Disse behandles i det følgende.

³⁸⁶ I *Toto v Lebanon* (Award, 2009) anførte saksøker at Lebanon hadde brutt bestemmelsen blant annet fordi staten hadde gitt entreprenøren gal informasjon og instruksjoner samt uriktig design i forbindelse med et byggeprosjekt. Retten avviste dette kontant, under henvisning til «Toto's claim appear to relate to the standard duties in a construction contract, i.e., (...). It does not involve the use of sovereign authority or "puissance publique.» Para 121.

³⁸⁷ Dolzer (2008) 186

³⁸⁸ Ibid. 178

³⁸⁹ Ibid. 191

5.2.3 FET-standardens anvendelse ved kontraktsbrudd

BITens artikkel 3 1. ledd pålegger avtalepartene å «på sitt territorium gi investeringer foretatt av en investor tilhørende den annen avtalepart en *rettferdig og rimelig behandling*». Ordlyden er en henvisning til standarden om «fair and equitable treatment» (FET-standarden). Det er en alminnelig oppfatning at «rettferdig og rimelig» må anses som en enhetlig kategori som vurderes etter internasjonale regler, ikke landenes private rett.³⁹⁰ Selv om standarden ikke er ny, har den i relasjon til internasjonal investeringsvoldgift hovedsakelig fått sitt innhold gjennom rettspraksis fra år 2000 og frem til i dag.³⁹¹ Den vide og vage ordlyden innebærer at den får anvendelse på et vidt spekter av myndighetsadferd. En pekepinn på dette gis i *Continental v Argentine*

«The fair and equitable standard is aimed at assuring that the normal law-abiding conduct of the business activity by the foreign investor is not hampered without good reasons by the host government and other authorities.»³⁹²

Det er ikke tvilsomt at kontraktsbrudd kan utgjøre brudd på FET-standardens etter en nærmere vurdering.³⁹³ I voldgiftspraksis har det utviklet seg en særegen fremgangsmåte ved vurderingen av om dette er tilfelle. Det kreves for det første at kontraktsbruddet er utslag av en suveren og ikke kommersiell handling. Dette kom nylig til uttrykk i *Hamaster v Ghana*, hvor retten uttalte at

«In order for a violation of the contract to constitute a violation of the BIT, there must be an act taken by the State or a separate entity entailing the use of governmental powers.»³⁹⁴

Kravet er en naturlig følge av at det kun er staten som suveren som kan

³⁹⁰ Dolzer (2008) 119

³⁹¹ L.c.

³⁹² *Continental v Argentine* (Award, 2006) para 254.

³⁹³ Dolzer (2008) 140

³⁹⁴ *Hamaster v Ghana* (Award, 2010) para 329

bryte sine internasjonale forpliktelser. Det innebærer at standarden ikke er brutt der statens opptreden, eller noen den svarer for, også kunne vært utvist av en privat part. Dette syn har kommet til uttrykk i flere andre dommer.³⁹⁵

Spørsmålet blir dermed når suveren makt anses utøvd i et kontraktsforhold. I voldgiftspraksis trekkes grensen ved adferd enhver kommersiell part kan utvise. Dette innebærer at ordinære kontraktsbrudd ikke i seg selv er tilstrekkelig grunnlag for overtredelse av FET-standard. I *Duke v Ecuador*, avviste for eksempel retten anførsler om at betalingsmislighold, forsinkelser og uregelmessig ileggelse av bøter var utslag av suverenitetsutøvelse.³⁹⁶ Selv om ileggelse av bøter ofte vil være et myndighetsprerogativ, var kompetansegrunnlaget her å finne i kontrakten. Retten uttalte at «[s]uch mutually agreed delegation of power derives from the parties' autonomy under the law of contracts.»³⁹⁷

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å konstatere at et kontraktsbrudd innebærer en form for suverenitetsutøvelse, da heller ikke dette i seg selv gir grunnlag for en folkerettsstridig handling. I rettspraksis vurderes rettmessigheten av myndighetenes adferd i lys av investorens *berettigede forventninger*. Dette må nyanseres. En investor vil i de aller fleste tilfeller ha en berettiget forventning om at avtaler han inngår, holdes. *Pacta sunt servanda* er et grunnleggende prinsipp i kontraktsretten, og helt avgjørende for å sikre inngåelsen av gjennomføringer av avtaler, også på tvers av landegrenser. Det er imidlertid ikke uten videre sammenfall mellom investorens berettigede forventninger til kontraktsparten og investorens berettigede forventninger til myndighetene.

I *Hamaster v Ghana* understreket retten at eksistensen av en kontraktsrett *i seg selv* ikke ga grunnlag for noe krav basert på berettigede forventninger etter FET-standard.³⁹⁸ Retten viste til uttalelser i Parke-

³⁹⁵ Se for eksempel *Impreglio v Pakistan* (Decision on Jurisdiction, 2005) para 260; *RFCC v Morocco* (Award, 2003) para 51; *Joy Mining v Egypt* (Award on Jurisdiction, 2004) paras 78-79; *Bayindir v Pakistan* (Award, 2009) para 180; *Hamaster v Ghana* (Award, 2010) para 330

³⁹⁶ *Duke v Ecuador* (Award, 2008) para 348

³⁹⁷ *Ibid.* para 354

³⁹⁸ *Hamaster v Ghana* (Award, 2010) para 333

rings-Compagniet v Lithuania, hvor voldgiftsretten fremholdt at

«The expectation a party to an agreement may have of the regular fulfillment of the obligation by the other party is not necessarily an expectation protected under international law. In other words, contracts involve intrinsic expectations from each party that do not amount to expectations as understood in international law.»³⁹⁹

Følgelig skal det noe mer til enn en avtale, for at investoren kan høres med å ha en berettiget forventning om at den statlige kontraktsparten utøver en form for suverenitet i kontaktforholdet som resulterer i kontraktsbrudd. I EDF v Romania presiserte retten at investorens forventninger om overholdelse av en kontrakt kom i betraktning der “the treatment attributable to the State is in breach of representations made by it which were said to be *reasonably relied upon* by the Claimant.”⁴⁰⁰ Retten understreket at kun “specific promises or representations” kunne utgjøre grunnlag for forventninger. Motsetningsvis kunne investoren “not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State’s legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.”⁴⁰¹

Rettspraksis viser at kravet om at det er gitt “specific promises” og hvilke forventninger so manses “reasonable» virker i et samspill. Jo større grunn det er til å ha beskjedne forventningene til vertsstaten, jo høyere krav stilles til vertsstatens forsikringer om at en kontraktsforpliktelse vil bli overholdt. For det første må investoren justere forventningene til vertsstatens historiske adferd. I Duke v Ecuador, fastslo voldgiftsretten at det ikke var “reasonable» av investoren å forvente at Ecuador ville overholde alle betalingsforpliktelser under en PPA-avtale, når investoren var kjent med at staten i stor grad hadde misligholdt slike forpliktelser tidligere. Retten uttalte at «the expectation could only have been deemed rea-

³⁹⁹ Parkerings-Compagniet v Lithuania (Award, 2007) para 344

⁴⁰⁰ EDF v Romania (Award, 2009) para 216; Waste Management v Mexico (Final Award, 2004) para 98

⁴⁰¹ Ibid. para 217

sonable if it had been based on *clear assurances* from the Government.»⁴⁰² Videre må det ses hen til de samtidige forholdene i vertsstaten. I samme dom uttalte voldgiftsretten også at den økonomiske krisen i Ecuador måtte tas med i vurderingen bed fastleggelse av investorens berettigede forventinger.⁴⁰³ I tillegg vektla retten at Duke var en erfaren investor.⁴⁰⁴

I lys av dette vil en norsk leverandør kunne høres med at et kontraktsbrudd er et brudd på FET-standarden der den har fått uttalte forsikringer om at en viss adferd vil utvises fra vertsstaten. Det er ikke tilstrekkelig at et generelt kontraktsrettslig prinsipp at avtaler skal holdes. For at staten som suveren skal være folkerettslig forpliktet til å holde en kontrakt, må den ha gitt eksplisitte forsikringer om dette.

5.2.4 Ekspropriasjonsstandarden som beskyttelse mot kontraktsbrudd

I den norsk-russiske BITens artikkel 5 fastslås det at ekspropriasjon av en investors investeringer kun er tillatt dersom «ekspropriasjonen foretas av hensyn til allmennhetens interesse, er i samsvar med vedkommende avtaleparts lovgivning, ikke er diskriminerende og skjer mot omgående, tilstrekkelig og effektiv erstatning.»

Videre fastslås det i artikkel 5 at «ekspropriasjon» må forstås som at investeringer «eksproprieres, nasjonaliseres eller undergis andre tiltak med *lignende* virkning». Ekspropriasjon kan defineres som «a governmental taking of property for which compensation is required»,⁴⁰⁵ mens indirekte ekspropriasjon betegner tilfellene hvor opptredenen «leaves the investor's title untouched but deprives him of the possibility to utilize the investment in a meaningful way».⁴⁰⁶ Hva som menes med “lignende virkning” kan illustreres med uttalelser i *Waste Management v Mexico*, hvor retten tolket hva som var «tantamount to [...] expropriation».

⁴⁰² Duke v Ecuador (Award, 2008) para 351

⁴⁰³ Ibid. para 347

⁴⁰⁴ Ibid. para 363

⁴⁰⁵ International Investment Arbitration. Substantive Principles (2007) 266

⁴⁰⁶ Dolzer (2008) 92

«where a measure tantamount to an expropriation is alleged, there may have been *no actual transfer*, taking or loss of property by any person or entity, but rather an *effect* on property which makes formal distinctions of ownership irrelevant.»⁴⁰⁷

Det er ikke tvilsomt at kontraktrettigheter er en type rettighet som er beskyttet under den norsk-russiske BITen. Det er også generelt akseptert at indirekte ekspropriasjon eller ekspropriasjonslignende tilfeller kan forekomme i relasjon til disse.⁴⁰⁸ I Consortium RFCC v Kingdom of Morocco ble det uttalt at «any type of asset *can* be a priori subject to expropriation and thus protected by the provision of the treaty».⁴⁰⁹ I Bayindir v Pakistan uttalte domstolen at «[i]t is not disputed that expropriation is not limited to in rem rights and may extend to contractual rights.»⁴¹⁰ Det skal imidlertid svært mye til.

Spørsmålet blir dermed hvordan vurderingen blir for kontraktsbrudd. Som for FET-standard, er det et grunnvilkår for å konstatere brudd på artikkel 5, at kontraktsbruddet skyldes at staten har opptrådt i kraft av sin suverenitet. Dette kom blant annet til uttrykk i Waste Management v Mexico, hvor voldgiftsretten viste til at “[a]ny private party can fail to perform its contracts, whereas nationalization and expropriation are inherently governmental acts, as is envisaged by the use of the term “measure” in Article 110 (1).”⁴¹¹ Linjen ble fulgt i Azurix v Argentine, hvor voldgiftsretten uttalte at hvorvidt ekspropriasjon har forekommet

⁴⁰⁷ Waste Management v Mexico (Award, 2004) para 143

⁴⁰⁸ Blyschak (2010) 623; Schreuer (2005) 296; Forutsatt at den utgjør en beskyttet investering, se avsnitt 3.4; Schreuer (2005) 296; Alvik (2011) 161; Higgins (1982); Amco v Indonesia (Award, 1984); LETCO v Liberia (Award, 1986); Alexandrov (2010) 325; International Investment Arbitration. Substantive Principles (2007) 266; Eureko v Poland (Partial Award) para 241

⁴⁰⁹ Consortium RFCC v Marocco (Award, 2003) para 62. Oversatt av Alexandrov (2010). Se også Bayindir v Pakistan (Decision on Jurisdiction, 2005) para 255 og Wena Hotels v Egypt (Award) para 98. I The Norwegian Shipowner’s Claims Case, uttalte voldgiftsretten at «the Fleet Corporation took over *the legal rights and duties* of the shipowners towards the shipbuilders» og at en slik annullering av eksisterende kontrakter utgjorde ekspropriasjon. Dommen para 323, 325

⁴¹⁰ Bayindir v Pakistan (Decision on Jurisdiction, 2005) para 255. Tilsvarende standpunkt ble tatt i Wena Hotels v Egypt (Award, 2000) para 98

⁴¹¹ Waste Management v Mexico (Award, 2004) paras 174

“will depend on whether the State or its instrumentality has breached the contract in the exercise of its sovereign authority, or as a party to a contract.”⁴¹² Etter dette, vil ikke opptreden som også en ordinær kontraktspart *kunne* utvist, være ekspropriasjon.⁴¹³ Vurderingen vil gå etter de samme linjer som for FET-standardene.

Utgangspunktet for vurderingen ble treffende formulert i *Tecmed v Mexico*, hvor retten så dette som et spørsmål om «the Claimant (...) was radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto (...) had ceased to exist.”⁴¹⁴

Voldgiftspraksis viser at domstolene legger ulike krav til grunn for at et kontraktsbrudd skal anses å ha ekspropriasjonslignende virkning. Det må særlig vurderes om det kreves at den suverene opptreden har ført til bortfall av den underliggende kontraktrettigheten, eller om det er tilstrekkelig at investoren i praksis har liten eller ingen mulighet til å få pengene tilbake.

Det taler for førstnevnte løsning at det kun er myndighetene som kan frata investoren rettigheten, mens alle kan bryte en kontrakt. I *Waste Management v Mexico* skilte voldgiftsretten mellom situasjoner hvor investoren ble utsatt for mislighold for krav på et pengebeløp fra myndighetenes eller noen disse svarte for, og hvor investoren hadde mistet retten til pengebeløpet. For at sistnevnte skulle være inntruffet, mente retten at nasjonale rettsmidler måtte være benyttet, og uttalte at

“the normal response by an investor faced with a breach by its governmental counter party (...) is to sue the appropriate court to remedy the breach. It is only where such access is *legally or practically* foreclosed that the breach could amount to an *definitive denial* of the right.”⁴¹⁵

⁴¹² *Azurix v Argentine* (Award 2006) para 315

⁴¹³ Alvik (2011) 170. Se dog *Alpha v Ukraine* (Award, 2010), hvor retten har en annen innstilling. Som respons på saksøkers anførsel om at kontraktsbruddet i saken skyldtes en kommersiell handling, uttalte retten at “[t]he tribunal questions whether any distinction between “sovereign” and “commercial” actions is relevant to the question of whether Ukraine’s actions expropriated Claimant’s investment”. Para 412

⁴¹⁴ *Tecmed v Mexico* (Award, 2003) para 115

⁴¹⁵ *Waste Management v Mexico* (Award, 2004) para 174

Mislighold i seg selv var altså ikke tilstrekkelig. Retten ga videre en angivelse av hva den anså som “definitive denial”, nemlig “an effective repudiation of the rights, unredressed by *any remedies* available to the claimant, which has the effect of preventing exercise entirely of a substantial extent.”⁴¹⁶

Dette ble fulgt opp i *EnCana v Ecuador*,⁴¹⁷ hvor manglende refusjon av moms ikke ble ansett som ekspropriasjon fordi slike situasjoner ble effektivt håndtert i nasjonale domstoler. Voldgiftspraksis gir imidlertid ikke grunnlag for å innfortolke et absolutt krav om at den underliggende retten er bortfalt. I *Eureko v Polen* hadde investoren tilsynelatende mulighet til å få saken til behandling for nasjonale domstoler, men dommen kom likevel til at det forelå ekspropriasjon fordi en politisk risikofaktor hadde materialisert seg.⁴¹⁸

Også i *Alpha v Ukraine* avviste voldgiftsretten Ukrainas anførsel om at saksøker måtte ha prøvd saken i det nasjonale rettssystemet for at ekspropriasjon kunne konstateres.⁴¹⁹ Saken gjaldt tvist om betaling som oppsto under en avtale om rekonstruksjon og renovering av et hotell, inngått mellom østeriske Alpha og det statseide hotellet. Hotellet sluttet etter en stund å utføre betalingene det hadde påtatt seg i avtalen. Da saken var oppe til behandling i voldgiftsretten hadde ikke selskapet mottatt betaling på flere år, og verken hotellet eller myndighetene hadde gitt signaler om at de ville gjenoppta overføringene.⁴²⁰ På bakgrunn av dette fastslo retten at betalingsmisligholdet var «permanent and that Claimant has been deprived of substantially all remaining economic value in the agreements.»⁴²¹ Videre uttalte retten:

“Given that Claimant’s investment has been substantially deprived of value, that such deprivation is *effectively permanent*, and that the deprivation was the *result of government action*, the Tribunal finds

⁴¹⁶ Ibid. para 175

⁴¹⁷ *EnCana v Ecuador* (Award, 2006) para 194

⁴¹⁸ Alvik (2011) 174

⁴¹⁹ *Alpha v. Ukraine* (Award, 2010)

⁴²⁰ Ibid. Para 409

⁴²¹ L.c.

that Claimant's rights under the JAAs have been expropriated.⁴²²

Retten oppstilte altså ikke noe krav om at rettigheten var tatt fra saksøker, kun pengene. Voldgiftsretten fant det tilstrekkelig at myndighetenes adferd hadde gitt grunnlag for å konstatere at betalingene aldri ville bli tatt opp igjen. Til Ukrainas innsigelse om at saken ikke var prøvd for en nasjonal domstol, uttalte voldgiftsretten at

«Whether Claimant could have enforced its rights in local courts, and whether the JAAs are technically still in effect, as Respondent alleges, is not relevant for this question. Claimant chose to seek a remedy through international arbitration instead, as it is entitled to do.»⁴²³

Voldgiftsretten er ganske kategorisk i avvisningen av anførselen, og forholder seg ikke til begrunnelsene for prosess i nasjonale domstoler som er gitt i tidligere voldgiftsdommer. Retten synes også i liten grad å ta hensyn til at det ikke kun er tale om *internasjonal voldgift*, men investeringsvoldgift på grunnlag av en BIT som innebærer avståelse av suverenitet fra traktatpartene.⁴²⁴

Samtidig utgjør ikke Alpha v Ukraine nødvendigvis et brudd med linjen fra de øvrige dommene. Forskjeller i faktum kan tilsi at det her var tale om politisk risiko som har realisert seg i ulike ledd av forholdet mellom investoren og staten. I Alpha v Ukraine var suverenitetsutøvelsen fra myndighetene så åpenbar og endelig at kontraktsbruddet i seg selv var en realisert politisk risiko. Dette taler for at prøving i rettssystemet kun er et av flere alternative uttrykk for suverenitet som godkjennes. På en annen måte kan det sies at der selve kontraktsbruddet ikke utgjør noen suveren aktivitet, er det den etterfølgende gale behandlingen i rettssystemet som kan omgjøre bruddet til et traktatkrav. Den politiske risikoen realiserer seg da i domstolene. Fellesnevneren for dommene er

⁴²² Ibid para 410

⁴²³ Ibid para 411

⁴²⁴ Saken var brakt inn for ICSID i henhold til den østerisk-ukrainske BITen, jf. dommen para 1

at det ikke er misligholdet i seg selv som utgjør brudd på standarden, men at det er myndighetenes suverenitetsutøvelse som til slutt blir avgjørende for at investoren ikke får betaling.

Fremstillingen viser at kontraktsbrudd kan utgjøre brudd på ekspropriasjonsstandarden. Det er ikke grunnlag for å konkludere endelig når det gjelder spørsmålet om det er retten til betaling eller fraværet av betaling i seg selv som må være ekspropriert. Det kan trolig ikke oppstilles som noe absolutt vilkår at den underliggende retten er borte. Det avgjørende er suverenitetsutøvelsen har fått et tydelig uttrykk. Mot en slik forståelse taler det at der rettigheten, og ikke pengene som er beskyttet i den norsk-russiske BITen artikkel 1 1. ledd bokstav c. En forsiktig tilnærming taler derfor for å legge dette til grunn.

5.3 Oppsummering: beskyttelse mot kontraktsbrudd fra statsselskaper

Myndighetenes ansvar for statsselskapers handlinger og for kontraktsbrudd er to ulke vurderinger. Fellesnevneren er at både tilordning og traktatbrudd kan skje der situasjonen påviselig skyldes en realisert politisk risiko. Når det gjelder tilordning, viser gjennomgangen at dette kan skje i alle tilfeller unntatt der statsselskapet kun har opptrådt som en alminnelig kontraktspart uten påvirkning fra myndighetene. Imidlertid vil bevisets stilling i hver enkelt sak ha stor innvirkning på hvordan spørsmålet i praksis løses.

Når det gjelder kontraktsbrudd som traktatbrudd, er det også her avgjørende at bruddet skyldes en realisert politisk risiko. Både for brudd på ekspropriasjonsbestemmelsen og FET-standardens er det en nødvendig forutsetning at kontraktsbruddet skyldes en suveren handling. Selv om vurderingene skiller seg etter dette, er det en fellesnevner at kontraktsbruddet inngår som faktum i en større vurdering der krenkelsen av denne holdes opp mot myndighetenes suverenitetsutøvelse. Samlet taler dette for at ansvar for statsselskapers kontraktsbrudd forutsetter at helhetsbildet undersøkes, for å identifisere den politiske risikofaktoren som har realisert seg.

6 Avsluttende bemerkninger: BITen som virkemiddel mot politisk risiko

Oppgaven har hatt som mål å undersøke det politiske risikobildet som gjør seg gjeldende for norske leverandører til russisk petroleumsindustri, og hvilken beskyttelse den norsk-russiske BITen kan gi leverandører mot dette.

Gjennomgangen har vist at myndighetsinnblanding er en aktuell problemstilling for norske leverandører som opererer i Russland. Svakheter ved landets institusjonelle rammeverk generelt og i reguleringen av petroleumsindustrien spesielt, skaper et ustabil investeringsklima. At myndighetene også opptrer som kommersielle avtaleparter gjennom statseide selskaper bidrar til å gjøre investeringer ekstra sårbare for vilkårlig myndighetsinnblanding.

Den norsk-russiske BITens formål og virkeområde tilsier at denne er et hensiktsmessig verktøy mot denne risikoen, selv om betydningen vil avhenge av den konkrete kontrakten og den aktuelle opptredenen. Anvendelsen begrenses både når det gjelder hvilke kontrakter som oppfyller BITens jurisdiksjonsvilkår og hva slags myndighetsadferd traktaten gir beskyttelse mot.

Når det gjelder traktatens anvendelsesområde, vil BITen særlig være aktuell ved med langvarige og kapitalintensive aktiviteter, som kontrakter om leting og utvinning og en del entrepris- og fabrikkkontrakter. Også borekontrakter og offshorecertepartier kan oppfylle kravet om at det må være foretatt en investering, spesielt der en kontrakt har forutsatt større tilpasninger av installasjonen som forutsettes tilbakebetalt over tid. Vareleveranser vil i utgangspunktet ikke være investeringer, men det kan tenkes unntak der de er frembrakt gjennom lengre tids forskning eller hvor de leveres på kreditt. Tjenestekontrakter er en uensartet gruppe som må vurderes konkret. Vurderingen foran tilsier at dykkerkontrakter stort sett ikke vil være investeringer, mens dette i større grad kan være tilfelle for avtaler om seismiske undersøkelser.

Gjennomgangen av tilordningsspørsmålet for statselskaper og de

materielle beskyttelsesstandardenes betydning ved kontraktsbrudd, viser videre at BITen kan komme til anvendelse på forhold som i mindre grad forbindes politisk risiko. Den nedre grensen går ved kommersielle handlinger fra statselskaper hvor det ikke kan påvises noen ledelse eller kontroll fra myndighetene, og ved kontraktsbrudd som ikke innebærer noen form for myndighetsutøvelse.

Gitt at det i særlig grad er den politiske risikoen en leverandør vil trenge beskyttelse mot ved investeringer i Russland, innebærer ikke dette i seg selv at betydningen av BITen svekkes. Tvert imot viser behandlingen av reglene at BITen sammenholdt med ILC og tolket og anvendt av voldgiftsdomstoler, utgjør et finjustert system for å fange opp tilfeller av realisert politisk risiko, samt for å sjalte ut situasjonene hvor staten som suveren står utenfor kontraktsforholdet.

Samlet taler dette for at den norsk-russiske BITen kan få stor betydning for en norsk leverandør som opplever at vilkårlig myndighetsinnblanding får negative konsekvenser for gjennomføringen av en avtale. Selv om voldgiftssak på grunnlag av BITen vil være et drastisk virkemiddel som kan vanskeliggjøre videre engasjement i Russland, gir det sikkerhet som en siste utvei der lønnsomhet uansett ikke kan oppnås.

En generell observasjon, er at internasjonal investeringsrett er i rivende utvikling. Det avses stadig nye dommer som belyser BITers virkeområde, og det er grunn til å tro at den nedre terskelen enda ikke er fastlagt. Dette tilsier at norske leverandører til russisk petroleumsindustri bør ha den norsk-russiske BITen i bakhodet både før, under og ved avslutningen av en investering.

Kildehenvisninger

Traktater

Multinasjonale traktater

New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign
Arbitral Awards

Signert 10 Juni 1958, i kraft 7 Juni 1959. 330 UNTS 38

Vienna Convention on the Law of Treaties. Signert 23 Mai 1969, i kraft
27 Januar

1980. 1155 UNTS 331

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States
and Nationals of Oth

er States. I kraft 14 Oktober 1966

ILC Draft Articles on State Responsibility as adopted on second
reading 2001 by the

International Law Commission and as commended to the attention of
Governments by the

UN General Assembly i Res. 56/83 12 December 2001.

Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee
Agency 1985, International

Legal Materials Vol. 24. 1985, 1605.

The Energy Charter Treaty. Signert desember 1994, i kraft April 1998

Statute of the International Court of Justice, i kraft 24 Oktober
1945)

Bilaterale traktater

Avtale mellom Norge og Russland om fremme og gjensidig beskyttelse av investeringer, 4. oktober 1995

Agreement between the Government of the Arab Republic of Egypt and the Kingdom of Denmark (Hereinafter Denmark) as to the promotion and reciprocal protection of investments. June 24, 1999

The Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments

Overenskomst om maritim avgrensning og samarbeid i Barentshavet og Polhavet. Undertegnet av partene 15. september 2010, i kraft 7. juli 2011

Nasjonale rettskilder

Norsk Lovgivning

1985

Lov om registrering av foretak (foretaksregisterloven) 21. juni 1985 nr. 78

2005

Lov om norsk statsborgerskap (statsborgerloven) 10. juni 2005 nr. 51

Forarbeider

Meld.St. 7 (2011-2012)

Nordområdene, visjon og virkemidler Meld.St. 7 (2011-2012)

Andre dokumenter

Nærings- og handelsepartementet: *Kommentarer til modell for fremtidige investeringsavtaler (2007)* Tilgjengelig her: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026#> [Sitert 08. Oktober 2012]

Russisk lovgivning

Den russiske PSA-loven

Федеральный закон
соглашениях о разделе
продукции»от 30.12.95 N
225-ФЗ (ред. от 19.07.2011)
«О

Den russiske arbitrazh-loven

А р б и т р а ж н ы й
процессуальный кодекс РФ
(АПК РФ) от 24 июля 2002 г.
N 95-ФЗ [Russland]

Lov om strategiske investeringer

Федеральный закон «О
порядке осуществлен ия
иностранн ых инВестиций
в хозяйственн ые общества,
имеющие стратегиЧеское
значение для обеспечения
о Б о р о н ы с т р а н ы и
Безопасности государства»
(в ред. Федеральных
законов от 28.12.2010 N
420-ФЗ, от 01.07.2011 N
169-ФЗ, от 16.11.2011 N
322-ФЗ)

Strategiske dokumenter

Russlands energistrategi 2010

Tilgjengelig her: http://www.geopoliticsnorth.org/index.php?option=com_content&view=article&id=92%3Arussias [Sitert 03. Mars 2012]

Russlands strategi for Arktis

Tilgjengelig her: <http://www.scrf.govru/documents/98.html> [Sitert 21. Juni 2012]

Russlands nasjonale sikkerhetsstrategi for 2020 Tilgjengelig her: http://www.geopoliticsnorth.org/index.php?option=com_content&view=article&id=84&limitstart=2 [Sisert 03. Mars 2012]

Voldgiftsregler

The Arbitration Rules and the Rules for Expedited Arbitrations, I kraft 1. Januar 2010.

UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010, General Assembly resolution 65/22.

Voldgiftspraksis

Alle avgjørelser er tilgjengelige på <http://italaw.com/>, med mindre annet er oppgitt

Avgjørelser fra ICSID

Abaclat and Other v The Argentine Republic (Decision on Jurisdiction and Admissibility, 2011) ICSID Case No. ARB/075

ADC Affiliate Ltd and ADC & ADMC Management Ltd v The Republic of Hungary (Award, 2006) ICSID Case No. ARB/03/16

Aguas del Tunari SA v Bolivia (Decision on Jurisdiction, 2005) ICSID Case No. ARB/02/3

Alpha Projektholding GmbH v Ukraine (Award, 2010) ICSID Case No. ARB/07/16

Amco v Indonesia (Award, 1984) I ICSID Reports 454 Tilgjengelig her: <http://www.biicl.org/damages/amco/>

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v Bolivarian Republic of Venezuela (Aucoven v Venezuela) (Decision on Jurisdiction, 2003) ICSID Case No. ARB/00/5 Tilgjengelig her: <http://www.biicl.org/damages/autopista/>

Azurix Corp. v Argentine Republic (Award, 2006) ICSID Case No. ARB/01/12

- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan* (Decision on Jurisdiction, 2005) ICSID Case No. ARB/03/29
- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v United Republic of Tanzania* (Award, 24 July 2008) ICSID Case No. ARB/05/22
- Bosh International, Inc. and B&P LTD Foreign Investments Enterprise v Ukraine* (Award, 2012), ICSID Case No ARB/08/11
- Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB) A.S. v The Slovak Republic* (Decision on Jurisdiction, 1999), ICSID Case No. ARB/97/4
- CMS Gas Transmission Company v Argentina*, (Award, 2005), ICSID Case No. ARB/01/8, 44 ILM (2005) 1205
- Conorzio LESI-Dipenta v Algeria* (Award of lack of jurisdiction, 2005) ICSID Case No. ARB/03/08
- Consortium RFCC v Kingdom of Marocco* (Award of December 22, 2003). ICSID Case no. ARB/00/6
- Continental Casualty Company v. The Argentine Republic* (Award, 2006) ICSID Case No. ARB/03/9
- Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v Republic of Ecuador* (Award, 2008) ICSID Case No. ARB/04/19
- EDF (Services) Limited v Romania* (Award, 2009) ICSID Case No. ARB/05/13
- Fedax NV v Republic of Venezuela* (Decision on Jurisdiction, 1997) ICSID Case No. ARB/96/3
- F-W Oil Interests, Inc. v The Republic of Trinidad and Tobago* (Award, 2006) ICSID Case No. ARB/01/14
- GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine* (Award, 2011), ICSID Case No. ARB/06/16
- Generation Ukraine Inc v Ukarine* (Award 2003), ICSID Case No. ARB/00/9
- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v Republic of Ghana* (Award,

2010), ICSID Case No. ARB/07/24

Helnan International Hotels A/S v The Arab Republic of Egypt
(Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 2012) ICSID
Case no ARB/05/19

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GMBH and Others v
Ukraine (Decision on Jurisdiction, 2010), ICSID Case No.
ARB/08/8

Impreglio SpA v Islamic Republic of Pakistan (Decision on Jurisdiction,
2005), ICSID Case No. ARB/03/3

Ioannis Kardassopoulos & oter v The Republic of Georgia (2010) ICSID
Case No. ARB/07/15

Jan de Nul N.V and Dredging International N.V v Arab Republic of
Egypt (Decision on Jurisdiction, 2006) ICSID Case No. ARB/04/13

Jan de Nul N.V and Dredging International N.V. v Arab Republic of
Egypt (Award, 2008) ICSID Case No. ARB/04/13

Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt (Award on
Jurisdiction, 2004) ICSID Case No. ARB/03/11

L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v République Algérienne
Démocratique et Populaire (Decision on jurisdiction, 2006) ICSID
Case No. ARB/05/3

LETCO v Liberia, (Award, 1986) Tilgjengelig her: <http://www.google.no/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Ficsid.worldbank.org%2FICSID%2FFrontServlet%3FrequestType%3DCasesRH%26actionVal%3DsHowDoc%26docId%3DDC662%26caseId%3DC126&ei=0UL0UKGHLon74QT984GoAg&usq=AFQjCNGIYiQl3V5etDUJkh8l9K6bLAfyVA&bvm=bv.1357700187,d.bGE>

Malaysian Historical Salvors SDN BHD (MHS) v The Government of
Malaysia (Award on Jurisdiction, 2007) ICSID Case No. ARB/05/10

Malaysian Historical Salvors SDN BHD (MHS) v The Government of
Malaysia (Decision on the Application for Annulment, 2009)
ICSID Case No. ARB/05/10

- Emilio Agustín Maffezini (Maffezini) v Kingdom of Spain* (Decision on Objections to Jurisdiction, 2000) ICSID Case no. ARB/97/7.
- M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v Republic of Ecuador* (Award, 2007) ICSID Case No. ARB/03/06
- Mihaly International Corporation v Sri Lanka* (Award, 2002) ICSID Case No. ARB/00/2
- Mobil Corporation and others v Bolivarian Republic of Venezuela* (Decision on Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/07/27
- Noble Ventures Inc v Romania* (Award 2005) ICSID Case No. ARB/01/11
- Olguín v Republic of Paraguay* (Award, 2001) ICSID Case No. ARB/98/5
- Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v The Republic of Albania* (Award, 2009) ICSID Case No. ARB/07/21
- Parkerings-Compagniet AS v Litauen* (Award 2007) ICSID ARB/05/8
- Mr. Patrick Mitchell v The Democratic Republic of Congo* (Decision on the Application for Annulment of the Award), Case No. ARB/99/7
- Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, (Award, 2009), ICSID Case No ARB/06/5
- Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States* (Award, 1999) ICSID Case No. ARB (AF)/97/2 NAFTA.
- The Rompetrol Group N.V v Romania* (Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility 2008) ICSID Case No. ARB/06/3
- Saipem S.p.A v The People's Republic of Bangladesh* (Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 2007) ICSID Case No. ARB/05/07
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco* (Decision on Jurisdiction, 2001) ICSID Case No. ARB/00/4

- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines*
(Decision on Jurisdiction 2004) ICSID Case No ARB/02/6.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*
(Decision on Jurisdiction, 2003) ICSID Case No. ARB/01/13
- Siemens A.G. v The Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction, 2004)
ICSID Case No. ARB/02/8
- Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v Senegal* (Award, 1998)
ICSID Case no ARB/82/1
- Hussein Nuaman Soufraki v The United Arab Emirates* (Award, 2004),
ICSID Case No. ARB/02/7
- Telenor v Hungary* (Award, 2006) ICSID Case No. ARB/04/15
- Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A v The United Mexican States*
(Award, 2003) ICSID Case No. ARB (AF)/00/2
- Tokio Mitsui Bussan Kaisha v Ukraine* (Decision on Jurisdiction, 2004) ICSID Case
No. ARB/02/18,
- Toto Costruzioni v Lebanon* (Award, 2009) ICSID Case No.
ARB/07/12
- Tradex Hellas SA v Albania* (Decision on Jurisdiction, 1996) ICSID
Case No. Arb/94/2
- Tza Yap Shum v Perud* (Decision on Jurisdiction and Competence,
2009). ICSID Case No ARB/07/6
- Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt* (Award, 2000) ICSID Case
ARB/98/4, 2002 41 ILM 896
- Waguib Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Egypt* (2009) ICSID
Case No. ARB/05/15
- Zhinvali Development Ltd. V Georgia* (Award, 2003) ICSID Case no.
ARB/00/1 (upublisert). Gjengitt i Rubins (2004) 303

Avgjørelser fra The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce

Berschader v Russia (Award, 2006) SCC Case No. 080/2004

Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Stockholm v Latvia
(Award, 2003) SCC

Mohammad Ammar Al-Bahloul v Republic of Tajikistan, (partial
Award on jurisdiction and liability), SCC Case No. V (064/2008)

Limited Liability Company Amtov v Ukraine (Final Award, 2008) SCC
Case No. 080/2005

Avgjørelser fra Den internasjonale domstolen

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua
(Judgement, 1986) I.C.J. Reports 1986

Investeringsaker (Ad hoc)

EnCana Corporation v Republic of Ecuador (Award, 2006), London
Court of International Arbitration UNCITRAL

Eureko B.V v Republic of Poland (Award 2005) Ad hoc-voldgift etter
Polsk-nederlandsk BIT

*Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and
Republic of Serbia* (Partial Award on Jurisdiction, 006) UNCITRAL

Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic (Award 2003) Forum:
Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce,
Energicharter-traktaten (1994)

Ronald S. Lauder v Czech Republic (Award, 2001), London, 9 ICSID
Reports 66

Waste Management Inc. v United Mexican States (Final Award, 2004),
Case No ARB(AF)/00/3 (ICSID Additional Facility), 43 ILM (2004),
NAFTA

White Industries Australia Limited v The Republic of India (Final
Award, 2011) UNCITRAL arbitration in Singapore, [2007]

Romak S.A. and The Republic of Uzbekistan (Award 2009) (PCA Case No AA280) Permanent court of Arbitration. Haag.

Ulysseas, Inc. v The Republic of Ecuador (Final Award, 2012)
UNCITRAL

Litteratur

Anderson, Scot W. *Expropriation, Nationalisation and Risk Management*. (Touch Briefings 2008)

Alexandrov, Stanimir. *Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is it still Unknown Territory? I: Arbitration Under International Investment Agreements, A guide to Key Issues*, Edited by Yannaca-Small, Katia. (Oxford University Press 2010)

Alvik, Ivar. *Bruk av «investeringsvoldgift «i internasjonale statskontrakter - med særlig henblikk på kontrakter i petroleums- og energi-sektoren* (Tidsskrift for forretningsjuss 2009)

Alvik, Ivar. *Contracting with Sovereignty : State Contracts and International Arbitration*. (Oxford; Portland, Or.: Hart Pub., 2011)

Alvik, Ivar. *Arbitration in long-term International Petroleum Contracts: The “Internationalization” of the Applicable Law*. Yearbok on International Investment Law & Policy 2011/2012. Redaktør: Karl P. Sauvant.

Amsterdam, Robert. *Risking it in Russia*. I: Energy Risk, Oktober 2006
Tilgjengelig her: <http://www.risk.net/energy-risk/feature/1524034/risking-russia> [Sisert 22. desember 2012]

Askheim, Lars Olav, Bull, Hans Jacob og Lange, Viggo. *Maritime Offshorekontrakter, Karakteristiske trekk ved sentrale maritime offshorekontrakter* (Oslo 1983)

Gisvold, Marius, Askheim Lars Olav, Tapper Jan Kaare, *Kontrakter i petroleumsvirksomheten* (Oslo, Sjørettsfondet, 1983)

Bayulgen, Oksan. *Foreign Investments and Political Regimes : the Oil Sector in Azerbaijan, Russia, and Norway*. (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2010)

- Bjørndal, Øyvind. *Forsknings- og utviklingskontrakter innenfor energi-sektoren*. I: MarLus nr. 411, (Sjørettsfondet, Nordisk institutt for sjørett, Universitetet i Oslo. 2012)
- Blyschak, Paul Michael. *Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract Versus Breaches of Treaty*. Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2010 Volume 27 Issue 6) pp. 579-629
- Broches, A. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and other states*. (1972) 136 Recueil des Cours 331 at 354-355
- Cordero Moss, Guiditta. *Petroleum investments in Russia: are there grounds for revising the preference for production sharing? I: SIMPLY 2001 nr. 281*
- Crawford, J. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. 2002
- Davidson, Cooper. *A risk analysis; Investment*. Tilgjengelig fra JSTOR: Interfaces, Vol. 10, No. 6 (Dec., 1980), Pp. 62-75, n.d
- Draft articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*. Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II Part Two.
- Dolzer, Rudolf og Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2008)
- Douglas, Zachary. *The international law of investment claims* (Cambridge University Press. Cambridge. 2009)
- Eden, Lorraine. *From the Obsolescing Bargain to the Political Bargain Model*. 2004 Tilgjengelig her: http://www.researchgate.net/publication/228560706_From_the_obsolescing_bargain_to_the_political_bargaining_model
- Falkanger, Thor og Falkanger Aage Thor. *Tingsrett* (Universitetsforlaget. Oslo 2007. 6 utgave.)

- Fauchald, Ole Kristian. *The legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis*. I: The European Journal of International Law (2008) Vol. 19 no. 2 301-364
- Fodchenko, Irina. *Utenlandsk deltakelse i petroleumsvirksomhet på russisk kontinentalsokkel – hovedtrekk ved Russlands petroleumsregimer med referanse til det norske konsesjonssystemet*. I: MarIus 380 (Sjørettsfondet, Nordisk institutt for sjørett, Universitetet i Oslo)
- Gallus, N, Peterson, L E. *International Investment Treaty protection of NGOs* (2006) I: Arbitration International 527.
- Gebelein, C.A., Pearson, C. E., Silbergh, M. *Assessing Political Risk of Oil Investment Ventures*. I: Journal of Petroleum Technology, May 1978 275-730
- Grinblat, Marina, Volkova, Irina. *Risks and Barriers for Norwegian Companies on the Russian Oil-and-Gas Market*. Tilgjengelig her: <http://www.english.hhb.no/index.php?ID=18942>
- Higgins R. *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*. I: 176 Recueil des Cours 267-278 (1982-III)
- Hobér, Kaj. *State Responsibility and Attribution*. I: International Investment Law, (Ox-ford 2008)
- Hults, David R. *Hybrid governance: state management of national oil companies*. I: Oil and Governance. State-Owned Enterprises and the World Energy Supply. Redaktører: Victor, David G., Hults, David R og Thurber, Mark C. (Cambridge University Press. 2012)
- Hwang S.C., Michael and Fong Le Cheng, Jennifer. *Definition of "Investment" – A Voice from the Eye of the Storm*. I: Asian Journal of International Law, 1 (2011), pp. 99-129
- Jakobsen, Jo. *Political risk and the multinational company : concepts, theories and evidence*. (Tapir Academic Press, 2012)
- Jarvis, Darryl S.L. *Conceptualizing, Analyzing and Measuring Political Risk: The Evolution of Theory and Method*. Lee Kuan Yew School of Public Policy Research Paper No. LKYSPP08-004. Tilgjengelig her: <http://ssrn.com/abstract=1162541>. 2008 [Sitert 11. November 2012]

- Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. (Universitetsforlaget 2006)
- Kobrin. *Testing the bargaining hypothesis in the manufacturing sector in developing countries*. International Organization 41: 609-38. 1987
- McLachlan, Campbell. Shore, Laurence og Weiniger, Matthew. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. (Oxford University press 2007)
- Manciaux, Sébastien. *The Notion of Investment: New Controversies* (2008) 9(6) Journal of World Investment and Trade.
- Mann, F.A. *British Treaties for the Promotion and Protection of Foreign Investments*. 52 BYIL 241 (British Yearbook of International Law, 1982)
- Nolan, Peter og Turber, Mark C. *Risk and the state's choice of oil company*. I: Oil and Governance. State-Owned Enterprises and the World Energy Supply. Redaktører: Victor, David G., Hults, David R og Thurber, Mark C. (Cambridge University Press. 2012)
- Petrochilos, Georgios. *Attribution*. I: Arbitration under international investment agreements, A guide to key issues. Redaktør: Katia Yannaca-Small, (Oxford University Press 2010)
- Pomeranz, William E. *Russian Protectionism and the Strategic Sectors Law*. I: American University International Law Review 25, no. 2 (2010): 213-224. Reisman, W. Michael og Sloane, Robert D. *Indirect Expropriation and its Valuation in the*
- BIT Generation*. I: Faculty Scholarship Series 1-1-2004, Yale Law School Legal Scholarship Repository
- Rubins, Noah og Kinsella, N. Stephan. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*. Oceana Publications, (Oxford University Press. 2005)
- Rubins, Noah. *The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration*. I: Arbitrating Foreign Investment Disputes, edited by Prof.dr. Norbert Horn. (Kluwer Law International, Haag, 2004)

- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i Folkerett*. (Universitetsforlaget, 2006. 3 utg.)
- Salacuse, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*. Oxford; New York: (Oxford University Press, 2010)
- Salacuse, Jeswald W. *The Emerging Global Regime for Investment*. I: 51 Harv Int'l L.J. 427 (2010) (volum 51, issue nr. 2 2010) s 427-474 Salacuse (2010 II)
- Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. (Cambridge University Press, 2001)
- Schreuer, Cristoph. *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I Case Considered*. I: T. Weiler ed., International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law 281-323 (2005).
- Schreuer, Christoph. *Calvo's Grandchildren: The Return of Loyal Remedies in Investment Arbitration*. I: The Law and Practice for International Courts and Tribunals. (2005 Leiden)
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. (New York: Cambridge University Press, 2010)
- Stern, Jonathan. *The Future of Russian Gas and Gazprom*. (Oxford University Press, USA. 2005)
- Svistun, Olga. *Development of the Shtokman field. Challeges and opportunities*. 2008. Tilgjengelig her: <http://www.duo.uio.no/sok/work.html?WORKID=76572> [Sitert 02. Januar 2013]
- Tarrant, John. *Obligations as Property*. I: UNSW Law Journal, Volume 34 (2) s. 677 flg. 2012
- Tenfjord, Susanne Therese. *Begjær eller besvær i kontrastenes land: En analyse av faktorer som påvirker relasjonene mellom Russland/ Gazprom og vestlige petroleumsselskaper*. 2012. Tilgjengelig her: <https://www.duo.uio.no/handle/123456789/13422> [Sitert 13. Oktober 2012]

- Vesel, Scott. *Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favoured-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*. I: The Yale Journal of International Law Vol. 32: 125. 2007
- Vernon, Raymond. *Sovereignty at Bay* the multinational spread of U.S. enterprises. (Longman,1971)
- Victor, Nadejda Makraova. *Gazprom: Gas Giant under Strain*. Program on Energy and Sustainable Development Working Paper #71, 2008. Tilgjengelig her: http://spice.stanford.edu/catalog/gazprom_gas_giant_under_strain/ [Sisert 30 August 2012]
- Vivoda, Vlado. *Bargaining Model for the International Oil Industry*. I: Business and Politics: Vol. 13: Iss. 4, Article 3.
- Weigand, Frank-Bernd. *Practitioners Handbook on International Commercial Arbitration*. (Oxford University Press, 2009. 2. Utgave.)
- Yala, Farouk. *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement*, Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2005 Volume 22 Issue 2) pp. 105-125.
- Yannaca-Small. *Who is entitled to Claim? Nationality Challenges*. I: Arbitration under International Investment Agreements. (Oxford 2010)

Foredrag

- Alvik, Ivar. *Investment protection and state responsibility for state entities' activity*. Manus fra prøveforelesning, holdt 30. august 2007 ved Universitetet i Oslo.
- Alvik, Ivar. *Hva slags kontrakt er en borekontrakt? – Borentreprenørens ytelse og risikofordelingen i offshoreborekontrakter*. Foredrag for Kyllingstad Kleveland 25. oktober 2012.

Rapporter

Rystad Energy: *Internasjonal omsetning fra norske oljeserviceselskaper*.
21. august 2012.

<http://www.intsok.no/?id=6080> [Sitert 02. Oktober 2012]

Baker McKenzie: *Doing Business in Russia*

<http://www.bakermckenzie.com/bkrussiadbi12/> [Sitert 04. Mai 2012]

Bertelsmann Stiftung: *BTI 2012 Russia Country Report*.

<http://www.bti-project.org/countryreports/pse/rus/2012#chap12>
[Sitert 04. Mai 2012]

Hogan Lowells. *The Law on Foreign Investments in Russian Strategic Companies*

<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fbe0fcfb-ecef-411f-b781-49a9988ce2df> [sitert 12.01.13]

Freedom House. *Freedom in the world – Russia*. 2011

<http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/2011/russia>
[Sitert 02. Mai 2012]

Freedom House. *Freedom in the world – Russia*. 2010

<http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/2010/russia>
[Sitert 04. Mai 2012]

Statens eierberetning 2011

http://www.eierberetningen.no/2011/index.php?seks_id=85332&element=Del [Sitert 04. Mai 2012]

Høringsuttalelse fra Olje- og energidepartementet angående virkeområdet til utkastet til ny modellavtale

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing--modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026#> [Sitert 10. Juni 2012]

Handelskampanjen. *Høringsuttalelse til modell for investeringsavtaler*

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing--modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026#> [Sitert 10. Juni 2012]

- Oljedirektoratet. *Petroleumsressursene på norsk kontinentalsokkel*. 12. oktober 2011. <http://www.npd.no/Publikasjoner/Ressursrapporter/2011/> [Sitert 12. Juni 2012]
- Hydro. *Norsk rapport for bilaterale investeringstraktater – Hydros høringsttalelse*. 2008
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/horingsuttalelser.html?id=496023> [Sitert 02. Mai 2012]
- NHO. *Modell for investeringsavtaler – høring*. 2008
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/horingsuttalelser.html?id=496023> [Sitert 07. Mars 2012]
- WWF. *Responsible Contracting in the Russian Oil and Gas Industry*. 2010 <http://www.wwf.ru/resources/publ/book/eng/374> [Sitert 12. Juni 2012]
- Ernst & Young. *Positioned for growth*. 2012
<http://www.ey.com/GL/en/Issues/Business-environment/Positioned-for-growth---2012-Russia-attractiveness-survey> [Sitert 02. Mai 2012]
- Transparency International. *Corruption Perception Index 2011*.
<http://www.transparency.org/cpi2011/results> [Sitert 12. Juni 2012]
- Word Justice Project. *Rule of Law Index*
<http://worldjusticeproject.org/country/russia> [Sitert 14. Januar 2013]

Nettsider

- Business Anti-Corruption Portal: *Russia Country Profile*.
<http://www.business-anti-corruption.com/country-profiles/europe-central-asia/russia/corruption-levels/environment-natural-resources-and-extractive-industry/> [Sitert 15. mars 2012]
- BP in Russia: A timeline*. I: The Telegraph, nettutgave. 24 mars 2011.
<http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/energy/oiland-gas/8405109/BP-in-Russia-a-timeline.html> [sitert 21. Juni 2012]

Petroleum Arrangements: The Service Contract (SC.) I: Oil and Gas Brief, nettversjon. 11 april 2010.

<http://oilandgasbrief.com/knowledge-base/petroleum-arrangements-service-contract-sc/304/> [sitert 02. Mai 2012]

Nordic Marine Insurance Plan 2013 – Commentary Part I 41

http://www.google.no/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&ved=0CEkQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.nordic-plan.org%2FDocuments%2FNordic%2520Plan%25202013%2FNordicPlan2013-Com-Part1_Ch1-9.pdf&ei=bnPzUMOPJIGg4gTGz4HYAQ&usq=AFQjCNGF0JUZAfS88yo_aNmAMdqv6JY5eA&bvm=bv.1357700187,d.bGE [Sitert 07. Januar 2013]

Oversikt over ICSIDs medlemsstater. Search ICISD membership.

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDataRH&actionVal=ViewContractingStates> [sitert 04. Januar 2013]

Statoil. *Emmissions to water*. 23 september 2009.

<http://www.statoil.com/en/environmentsociety/environment/pages/dischargeswater.aspx> [sitert 01. April 2012]

Energy Charter - FAQ

<http://www.encharter.org/index.php?id=18> [sitert 21. Juni 2012]

Nærings- og handelsdepartementet. *Høring – Modell for investeringsavtaler*. 2008

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler.html?id=496022> [Sitert 14. Januar 2012]

Nyhetsartikler

Aardal Hagen, Gro. *Slik fungerer russisk rett*. <http://www.dagensit.no/article1690635.ece> 30. oktober 2009 [Sitert 12. Januar 2013]

Ariel, Yotam. *Off-Grid Solar Solutions Shine in Low-income Rural*

Cambodia. 2011 <http://www.renewableenergyworld.com/rea/news/article/2011/04/off-grid-solar-solutions-shine-in-low-income-rural-cambodia> [Sitert 04. januar 2013]

- Bjerke, Espen. *Statoil gir opp Shtokman*. I: Dagens næringsliv, nettutgave. 7 august 2012. <http://www.dn.no/energi/article2448041.ece> [Sitert 09. November 2012]
- Blich Bakken, Jonas. *Telenors aksjer tatt i arrest*. I: Dagens IT, nettutgave. 12 mars 2009. <http://www.dagensit.no/finans/article1629662.ece> [Sitert 21. juni 2012]
- Dresen F. Joseph. *Petrostate: Putin, Power and the new Russia*. <http://www.wilsoncenter.org/publication/petrostate-putin-power-and-the-new-russia> [Sitert 09. November 2012]
- Harbo, Hilde. *Norges nye eksportkomet*. I: Aftenposten, nettutgave. 11 juni 2012. <http://www.aftenposten.no/okonomi/Norges-nye-eksportkomet-6847326.html> lastet ned 13.06.12 [Sitert 11. september 2012]
- Rowling, Rupert. *Russia needs dollar 600 Billion Investment to Maintain Oil Output* <http://www.bloomberg.com/news/2012-10-11/russia-needs-600-billion-investment-to-maintain-oil-output.html> [Sitert 21. Juni 2012]
- Steinsland, Tor Ole. *Telenor i russisk milliardstrid*. <http://www.tv2.no/nyheter/telenor-i-russisk-milliardstrid-376175.html> [Sitert 21. Juni 2012]
- Oil Companies Get Russian Setback*. I: BBC News, 11 februar 2005. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4256539.stm> [Sitert 02. Mai 2012]
- BP «barred from Siberia auctions»*. I: BBC News 7 april 2005. (II) <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4419651.stm> [Sitert 02. Mai 2012]
- The Telegraph (2011) BP in Russia: A timeline. 24 mars 2011 <http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/energy/oiland-gas/8405109/BP-in-Russia-a-timeline.html> [Sitert 24. Mars 2012]
- Gahr Støre, Jonas. *Norge, Russland og delelinjen.*, 4 mai 2010. http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/aktuelt/taler_artikler/utenriksministeren/2010/blogg_delelinje.html?id=604680 [Sitert 08. Desember 2012]

Graarud, Jan Erik. *Vekst i Norsk eksport til Russland*. 25. April 2012.
<http://www.giekkreditt.no/default.asp?page=139&article=309>
[Sisert 02. Mai 2012]

MacKenzie, James. Total confident over Kharyaga licence. 31 mai 2006
<http://www.upstreamonline.com/live/fsu/article110827.ece> [02.
Januar 2013]

Oppslagsverk

Wordnik. <http://www.wordnik.com/words/institutional%20framework> [sisert 21. Juni 2012]

Gardner, A. Brian (redaktør). *Black's Law Dicionary*. Ninth Edition, WEST. 2009

Soanes, Cahterine og Stevenson, Angus. eds. *Concise Oxford English Dictionary, 11th edition* (Oxford: Oxford University Press, 2008)

Forkortelser

ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes

ICJ: International Court of Justice

SCC: Stockholm Chamber of Commerce

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law

UNTS: United Nations, Treaty Series

Vedlegg

Norsk versjon av den norsk-russiske BITen

Engelsk versjon av den norsk-russiske BITen

Se følgende sider

Norsk versjon av den norsk-russiske BITen

Avtale mellom Kongeriket Norges regjering og Den russiske føderasjons regjering om fremme og gjensidig beskyttelse av investeringer

FORTALE

Kongeriket Norges regjering og Den Russiske Føderasjons regjering, heretter kalt
« avtalepartene »,
som ønsker å utvikle det økonomiske samarbeid mellom de to stater,
som bestreber seg på å stimulere og skape gunstige forhold for investeringer foretatt av
investorer tilhørende den ene avtalepart på den annen avtaleparts territorium, basert på
likhet og gjensidig nytte,
som er oppmerksom på at fremme og gjensidig beskyttelse av investeringer i samsvar med
denne avtale vil stimulere til initiativ på dette området,
er enige om følgende:

ARTIKKEL 1

DEFINISJONER

I denne avtale gjelder følgende definisjoner:

1. Med «investering» menes enhver form for aktiva som investeres på en avtaleparts territorium i samsvar med denne parts lover og forskrifter, av en investor tilhørende den annen avtalepart, og særlig:
 - a) Fast eiendom og løsøre og andre eiendomsrettigheter, som pant i fast eiendom, samt leierettigheter,
 - b) Aksjer, obligasjoner og andre former for eierandeler i selskaper eller foretak,
 - c) Krav på penger som er benyttet til å skape en økonomisk verdi, eller krav på enhver ytelse i henhold til kontrakt som har en økonomisk verdi,
 - d) Immaterielle eiendomsrettigheter samt teknologi, knowhow og goodwill,

- e) Forretningskonesjoner i henhold til lov eller kontrakt, herunder konsesjon om leting etter, foredling, utvinning eller utnyttelse av naturressurser.
2. Med «investor» menes med hensyn til hver avtalepart:
- a) Enhver fysisk person som etter vedkommende avtaleparts lovgivning er dens borger,
 - b) Enhver juridisk person, herunder et konsern, selskap, foretak eller en sammenslutning som er registrert eller opprettet på avtalepartens territorium i samsvar med dens lovgivning,
- forutsatt at den fysiske eller juridiske person etter avtalepartens lovgivning har tillatelse til å foreta investeringer på den annen avtaleparts territorium.
3. Med «avkastning» menes beløp som investeringen kaster av seg, og inkluderer særlig profitt, kapitalgevinst, renter, dividender, royalties og andre godtgjørelser.
4. Med «territorium» menes Kongeriket Norges territorium eller Den Russiske Føderasjons territorium, som innbefatter landterritorium, indre farvann og sjøterritorium, samt den kontinentalsokkel der den berørte stat i samsvar med folkeretten utøver suverene rettigheter og jurisdiksjon med hensyn til leting etter og utnyttelse av naturressurser.

ARTIKKEL 2

FREMME OG GJENSIDIG BESKYTTELSE AV INVESTERINGER

- 1. Hver avtalepart vil på sitt territorium fremme investeringer foretatt av investorer tilhørende den annen avtalepart, og tillate slike investeringer i samsvar med sin lovgivning.
- 2. Hver avtalepart garanterer i samsvar med sin lovgivning beskyttelse av investeringer foretatt av investorer tilhørende den annen avtalepart på sitt territorium.

ARTIKKEL 3

BEHANDLING AV INVESTERINGENE

1. Hver avtalepart vil på sitt territorium gi investeringer foretatt av investorer tilhørende den annen avtalepart en rettferdig og rimelig behandling.
2. Den behandling som er omhandlet i nummer 1, skal som et minimum ikke være mindre gunstig enn den behandling som gis investeringer foretatt av investorer tilhørende en tredjestat.
3. Under forutsetning av nummer 1 og 2 i denne artikkel skal hver avtalepart på sitt territorium, med mindre annen behandling kreves av avtalepartens lovgivning, gi investeringer foretatt av investorer tilhørende den annen avtalepart en behandling som ikke er mindre gunstig enn den behandling den gir investeringer foretatt av egne investorer.
4. Bestevilkårsbehandling som gis i samsvar med nr. 2, skal ikke gjelde ved fordeler avtaleparten innrømmer eller i fremtiden vil innrømme;
 - i forbindelse med deltakelse i et frihandelsområde, en tollunion eller en økonomisk union,
 - i kraft av Den Russiske Føderasjons avtaler om økonomisk samarbeid med de stater som tidligere utgjorde Unionen av sosialistiske sovjetrepublikker;
 - på grunnlag av avtaler for å unngå dobbeltbeskatning eller andre avtaler om skattespørsmål.
5. Bestemmelsene i denne artikkel skal også få anvendelse på investeringenes avkastning.

ARTIKKEL 4

ERSTATNING FOR TAP

Investorer tilhørende den ene avtalepart hvis investeringer på den annen avtaleparts territorium lider tap som følge av krig, annen væpnet konflikt, nasjonal unntakstilstand eller andre lignende hendelser, skal av den annen avtalepart gis en behandling som ikke er

mindre gunstig enn den som gis investorer tilhørende enhver tredjestat med hensyn til tilbakebetaling, skadeserstatning, erstatning eller andre former for vederlag.

ARTIKKEL 5 EKSPROPRIASJON

Investeringer som foretas av investorer tilhørende den ene avtalepart på den annen avtaleparts territorium, kan ikke eksproprieres, nasjonaliseres eller undergis andre tiltak med lignende virkning (heretter kalt « ekspropriasjon »), med mindre ekspropriasjonen foretas av hensyn til allmennhetens interesse, er i samsvar med vedkommende avtaleparts lovgivning, ikke er diskriminerende og skjer mot omgående, tilstrekkelig og effektiv erstatning.

Slik erstatning skal utgjøre investeringenes verdi umiddelbart før ekspropriasjonsdagen og utbetales uten opphold, og skal innbefatte renter etter en markedsbasert kommersiell rentesats fra to måneder etter ekspropriasjonsdagen og til betalingsdagen.

ARTIKKEL 6 BETALINGSOVERFØRINGER I TILKNYTNING TIL INVESTERINGER

1. Hver avtalepart skal garantere at investorer tilhørende den annen avtalepart etter å ha oppfylt alle sine skatteforpliktelser fritt kan foreta betalingsoverføringer til utlandet i tilknytning til sine investeringer, og særlig:
 - a) Avkastning,
 - b) Investorens utbytte fra helt eller delvis salg eller hel eller delvis avvikling av en investering,
 - c) Midler til tilbakebetaling av lån i forbindelse med en investering,
 - d) Erstatning som omhandlet i artikkel 5,
 - e) Ubenyttet lønn for personale ansatt fra utlandet i tilknytning til en investering.
2. Betalingsoverføringer etter nummer 1 i denne artikkelen skal skje umiddelbart i den

konvertible valuta investeringen ble gjort i, eller i en annen fritt konvertibel valuta etter investorens valg. Betalingsoverføringer skal finne sted til den valutakurs som gjelder på overføringsdagen etter valutabestemmelsene hos den avtalepart på hvis territorium investeringen har funnet sted.

ARTIKKEL 7 SUBROGASJON

En avtalepart eller et organ avtaleparten har utpekt som har gitt garanti for ikke-kommersiell risiko i forbindelse med en investering på den annen avtaleparts territorium og har foretatt en utbetaling til investor i henhold til garantien, har ved subrogasjon rett til å utøve investors rettigheter i samme utstrekning som nevnte investor. Disse rettigheter bør utøves i samsvar med sistnevnte avtaleparts lovgivning.

ARTIKKEL 8 TVISTER MELLOM EN INVESTOR TILHØRENDE EN AVTALEPART OG DEN ANNEN AVTALEPART

1. Tvister mellom en investor tilhørende en avtalepart og den annen avtalepart som oppstår i forbindelse med en investering på dens territorium, og som gjelder følgene av manglende eller uriktig gjennomføring av forpliktelsene etter denne avtale, skal i den grad det er mulig løses i minnelighet.
2. Dersom en slik tvist ikke er løst i minnelighet innen seks måneder etter skriftlig underretning er gitt, kan hver av partene henvise tvisten til
 - a) en voldgiftsdomstol oppnevnt for hver enkelt sak etter de regler for voldgift som er fastsatt av De forente nasjoners kommisjon for internasjonal handelsrett (UNCITRAL), eller
 - b) Voldgiftsinstituttet under Handelskammeret i Stockholm.
3. Voldgiftskjennelsene skal anerkjennes og fullbyrdes i samsvar med Overenskomst om anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske voldgiftsavgjørrelser, utferdiget i New York 10. juni 1958.

ARTIKKEL 9
KONSULTASJONER

Avtalepartene skal når det er nødvendig rådføre seg med hverandre for å vurdere fortolkningen og gjennomføringen av denne avtale, samt om muligheten for samtykke til å utvide avtalen til å omfatte de eksklusive økonomiske soner for Kongeriket Norge og Den Russiske Føderasjon. Konsultasjoner skal finne sted når en av avtalepartene ber om det.

ARTIKKEL 10
TVISTER MELLOM AVTALEPARTENE

1. Tvister mellom avtalepartene om fortolkningen eller anvendelsen av denne avtale skal så langt det er mulig løses ved forhandlinger mellom avtalepartene.
2. Dersom en tvist mellom avtalepartene ikke kan løses på denne måten innen seks måneder etter at forhandlingene ble innledet, skal den på anmodning fra en av avtalepartene henvises til en voldgiftsdomstol.

Voldgiftsdomstolen skal oppnevnes for hver enkelt sak på følgende måte:

Innen tre måneder etter at anmodningen om voldgift er mottatt, skal hver avtalepart oppnevne ett medlem av voldgiftsdomstolen. Disse to medlemmer skal så velge en borger tilhørende en tredjestat, som etter å være godkjent av de to avtaleparter skal oppnevnes til voldgiftsdomstolens formann. Formannen skal oppnevnes innen to måneder etter oppnevningen av voldgiftsdomstolens to øvrige medlemmer.

Dersom de nødvendige oppnevnelser ikke er foretatt innen de frister som er angitt ovenfor, kan en av avtalepartene dersom ingen annen avtale foreligger, be presidenten for Den internasjonale domstol foreta de nødvendige oppnevnelser. Dersom presidenten for Den internasjonale domstol er borger i en av avtalepartene eller på annen måte er forhindret fra å utøve nevnte funksjon, skal Den internasjonale domstols visepresident bli bedt om foreta de nødvendige oppnevnelser. Dersom visepresidenten er borger i en av avtalepartene eller på annen måte er forhindret fra å utøve nevnte funksjon, skal det medlem av Den internasjonale domstol med lengst ansiennitet som

- ikke er borger i en av avtalepartene, bli bedt om å foreta de nødvendige oppnevnelser.
3. Hver avtalepart skal bære omkostningene for den voldgiftsmann den har oppnevnt, og for sin deltakelse i voldgiftsprosessen. Omkostningene for formannen og de resterende omkostninger skal avtalepartene bære med like deler.
 4. Voldgiftsdomstolen treffer sin avgjørelse på grunnlag av bestemmelsene i denne avtale og de folkerettslige regler og prinsipper.
 5. Voldgiftsdomstolen treffer sin avgjørelse ved stemmeflertall. Avgjørelsene skal være endelige og bindende for begge avtaleparter.
- Alle andre prosedyrer vil bli fastsatt av voldgiftsdomstolen.

ARTIKKEL 11

AVTALENS VIRKEOMRÅDE

Denne avtale skal gjelde for alle investeringer foretatt av investorer tilhørende en avtalepart på den annen avtaleparts territorium etter 1. januar 1960. Med hensyn til selskapet « Arkticugol » får denne avtale anvendelse fra 1. januar 1925.

ARTIKKEL 12

ANVENDELSE AV ANDRE BESTEMMELSER

Dersom en avtaleparts lovgivning eller en internasjonal avtale som er bindende for begge avtaleparter, inneholder bestemmelser som gir investeringer foretatt av en investor tilhørende den annen avtalepart en behandling som er gunstigere enn den behandling som gis i henhold til denne avtale, skal den gunstigste behandlingen gjelde.

ARTIKKEL 13

AVTALENS IKRAFTTREDELSE

Hver avtalepart skal underrette den annen avtalepart skriftlig om slutføringen av de interne prosedyrer som kreves for at denne avtale skal tre i kraft. Denne avtale skal tre i kraft på datoen for den siste av de to underretninger.

ARTIKKEL 14
AVTALENS VARIGHET OG OPPHØR

1. Denne avtale skal gjelde i femten år. Den skal deretter gjelde i tolv måneder fra den dag en avtalepartene gir den annen avtalepart skriftlig varsel om avtalens opphør.
2. For investeringer foretatt før den dag denne avtale opphører, skal bestemmelsene i artikkel 1-12 gjelde for en ytterligere periode på 15 år fra nevnte dag.

Utferdiget i Oslo den 4. okt. 1995, i to eksemplarer på norsk, russisk og engelsk, med samme gyldighet for alle tekster. Ved uenighet om fortolkningen skal den engelske teksten gå foran.

Engelsk versjon av den norsk-russiske BITen

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

The Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Russian Federation, hereinafter referred to as the «Contracting Parties»,
desiring to develop the economic cooperation between the two States,
endeavouring to encourage and create favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party on the basis of equality and mutual benefit,
conscious that the promotion and mutual protection of investments in accordance with this Agreement will stimulate the business initiative,
have agreed as follows:

ARTICLE 1
DEFINITIONS

For the purpose of this Agreement:

1. The term «investment» means any kind of asset invested in the territory of one

Contracting Party in accordance with its laws and regulations by an investor of the other Contracting Party and includes in particular:

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

Provided that the natural person or the legal entity is entitled in accordance with the legislation of that Contracting Party to make investments in the territory of the other Contracting Party.

3. The term «returns» means the amounts yielded by an investment, and includes in particular profit, capital gains, interests, dividends, royalties and other fees.
4. The term «territory» means the territory of the Kingdom of Norway or the territory of the Russian Federation including the land territory, internal waters and the territorial sea, as well as the continental shelf over which the state concerned exercises in accordance with international law, sovereign rights and jurisdiction for the purpose of

exploring it and exploiting its natural resources.

ARTICLE 2
PROMOTION AND MUTUAL PROTECTION
OF INVESTMENTS

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

ARTICLE 3
TREATMENT OF INVESTMENTS

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

Republics;

- On the basis of the agreements to avoid double taxation, or other arrangements relating to taxation issues.
5. The provisions of this Article shall also apply to the returns derived from the investments.

ARTICLE 4

COMPENSATION FOR LOSSES

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

ARTICLE 5

EXPROPRIATION

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

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

ARTICLE 6
TRANSFER OF PAYMENTS IN CONNECTION
WITH INVESTMENTS

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

ARTICLE 7
SUBROGATION

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

ARTICLE 8

DISPUTES BETWEEN AN INVESTOR OF ONE CONTRACTING PARTY AND THE
OTHER CONTRACTING PARTY

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

ARTICLE 9

CONSULTATIONS

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

ARTICLE 10

DISPUTES BETWEEN THE CONTRACTING PARTIES

1. Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, as far as possible, be settled through negotiations between the Contracting Parties.

2. If a dispute between the Contracting Parties cannot thus be settled within six months after the beginning of negotiations, it shall upon the request of either Contracting Party be submitted to an arbitral tribunal.

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

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

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

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

All other procedures will be determined by the arbitral tribunal.

ARTICLE 11

APPLICATION OF THE AGREEMENT

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

ARTICLE 12

APPLICATION OF OTHER RULES

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

ARTICLE 13

ENTRY INTO FORCE OF THE AGREEMENT

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

ARTICLE 14

DURATION AND TERMINATION OF THE AGREEMENT

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

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

Sjørettsfondets utgivelser

Sjørettsfondet fremmer forskning innen sjørett, transportrett, forsikring, petroleumsrett, energirett og beslektede juridiske emner. I tidsskriftet *Marlus*, inkludert *Scandinavian Institute Maritime and Petroleum Law Yearbook (SIMPLY)*, publiserer studenter og forskere sine arbeider. Fondet utgir også pensumlitteratur for studenter.

Tidsskriftet *Marlus* - siste utgaver

- | | | |
|-----|--|--|
| 418 | Flexibility and risk allocation in long term contracts | Contributors: Jonas Rosengren, Trond Solvang, Giovanni Iudica, Giuditta Cordero-Moss. 2013. 140 p. |
| 419 | SIMPLY 2012 | Contributors: Trond Solvang, Thor Falkanger, Knut Kaasen, Trine-Lise Wilhelmsen. 2013. 114 p. |
| 420 | Sundry master theses in maritime law | Contributors: Monika Midteng, Erik Tuvey, Laura Borz, Zhihe Ji, Randmil Kranda, Synne Hathway. 2013. 392 p. |
| 421 | CLEMENT, Endre | Miljøinteressene på sidelinjen. En kritisk analyse av regjeringens fastsettelse av nytt manøvreringsreglement for Suldalslågen. 2013. 227 s. |
| 422 | BJERKE, Line Ramm | Energiloven § 3-4: Nettilknytning og koordinering i kraftsektoren. 2013. 154 s. |
| 423 | MORTENSEN, Bent Ole Gram og SCHJØLER, Christian Højer | Sikkerhet og havvindmøller. 2013. 234 s. |
| 424 | The VII ECMLR – Contracts in shipping: flexibility, oreseability, reasonableness | Twentyone contributors, see http://www.jus.uio.no/nifs/forskning/publikasjoner/marius/arkiv/index.html . 2013. 574 p. |
| 425 | FREDLY, Heidi | Befrakterforårsaket off-hire-begivenhet. 2013. 150 s. |

Bøker utgitt av Sjørettsfondet

- Syversen, Jan: Skatt på petroleumsutvinning. ISBN 82-90260-33-4
762 s. 1991.
- Askheim, Bale, Gombrii, Herrem, Kolstad, Lund, ISBN 82-90260-34-2
Sanfelt, Scheel og Thoresen: Skipsfart og
samarbeid. Maritime joint ventures i rettslig
belysning. 1119 s. 1991.
- Brækhus, Sjur og Alex Rein: Håndbok i ISBN 82-90260-37-7
kaskoforsikring På grunnlag av Norsk
Sjøforsikringsplan av 1964. 663 s. 1993.
- Hans Peter Michelet: Last og ansvar. Funksjons- ISBN 82-90260-36-9
og risiko- fordeling ved transport av gods under
tidscerteparti. (Hefte) 180 s. 1993.
- Røsæg, Erik: Organisational Maritime Law. 121 s. (Utsolgt)
1993.
- Nygaard, Dagfinn: Andres bruk av ISBN 82-90260-40-7
utvinningsinnretninger. 365 s. 1997
- Bull, Hans Jacob: Hefte i sjøforsikringsrett. 60 s. (Utsolgt)
2. utg. 1997.
- Michelet, Hans Peter: Håndbok i tidsbefraktning. ISBN 82-90260-31-8
600 s. 1997.
- Arnesen, Finn, Hans Jacob Bull, Henrik Bull, ISBN 82-90260-42-3
Tore Bråthen, Thor Falkanger, Hans Petter
Graver: Næringsreguleringsrett 187 s. 1998.
- Brautaset, Are, Eirik Høiby, Rune O. Pedersen og ISBN 82-90260-43-1
Christian Fredrik Michelet: Norsk Gassavsetning
- Rettslige hovedelementer 611 s. 1998.
- Karset, Martin, Torkjel Kleppo Grøndalen, ISBN 89-90260-47-4
Amund Lunne: Den nye reguleringen av
oppstrøms gassrørledningsnett. 344 s. 2005.
- Falkanger, Thor og Hans Jacob Bull: Sjørett. ISBN
7. utg. 602 s. 2010. 978-82-90260-48-9©

Distribusjon

Bøker, pensum og tidsskriftet MarIus distribueres via Den norske bokbyen og andre bokhandler. Sjørettsfondet og Nordisk institutt for sjørett håndterer ikke bestillinger.

Informasjon om priser på enkeltnummer av MarIus er oppdatert på <http://bokbyen.no/butikk>. Du kan bestille på nett via butikkløsningen, e-post til post@bokbyen.no eller telefon 57 69 22 10.

Fullstendig oversikt over Sjørettsfondets utgivelser finnes på nettsidene til Nordisk institutt for sjørett: jus.uio.no/nifs. Se banneret MarIus nede til høyre på siden.

Tidsskriftet MarIus – abonnement

Sjørettsfondet tilbyr nå abonnement med flere valgmuligheter:

A: Alle utgaver

B: Innbundet årgang

C: Sjørett (på norsk og engelsk)

D: Petroleums- og energirett (på norsk og engelsk)

E: Utgaver på engelsk, inkludert SIMPLY

(både sjørett, petroleums- og energirett)

F: SIMPLY

For å tegne abonnement, send e-post til post@bokbyen.no. Prisen vil variere med sidetall per publikasjon og antall utgivelser i året. Faktura basert på kostnader sendes i etterkant et par ganger i året. De åtte utgavene på totalt 1220 sider som ble utgitt i 2012 kostet til sammen 2 100 kr i utsalg.

Trine-Lise Wilhelmsen (red.)

Tradisjonsbærer med endringsvilje

Nordisk institutt
for sjørett gjennom
50 år



Trine-Lise Wilhelmsen
Professor
Universitetet i Oslo

*Tradisjonsbærer med endringsvilje.
Nordisk institutt for sjørett
gjennom 50 år
Bidrag fra flere av instituttets
medarbeidere*

Gyldendal Juridisk (2013)
132 sider, 350 kr.

Boken kan bestilles på nett

— O O —
CRIMINAL
JURISDICTION OVER
PERPETRATORS
OF SHIP-SOURCE
POLLUTION

*International Law, State Practice
and EU Harmonisation*

— O O —
ALLA POZDNAKOVA

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS

Alla Pozdnakova
Associate professor
University of Oslo

*Criminal Jurisdiction over
Perpetrators of Ship-Source
Pollution: International Law, State
Practice and EU Harmonisation*
(2012), 346 pages.

Can be ordered from Martinus
Nijhoff Publishers

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

