FAGFELLEVURDERT ARTIKKEL

Er Utenriksdepartements innvendinger mot kommunal boikott av israelske varer holdbare? Frihandelsavtalen mellom EFTA-landene og Israel og WTO-avtalen om offentlige innkjøp

av PETER ØREBECH[1] e-post: porebech@law.harvard.edu

1 BAKGRUNN

Senhøstes 2005 vedtok Sør-Trøndelag fylkeskommune «å boikotte varer fra Israel, både egne innkjøp og i holdningsarbeid».[2] Spørsmålet som fikk bred medieomtale, ble møtt med innvendinger i Utenriksdepartementet. Var fylkeskommunes vedtak om boikott av israelske varer ulovlig? UD mente at så var tilfelle, se UD-svaret til fylkeskommunen:

> «Det fremgår uttrykkelig av denne avtalen [frihandelsavtalen med Israel] at norske anskaffelser på fylkes- og kommunenivå er dekket i den forstand at det foreligger en forpliktelse til å gi også israelske leverandører adgang til å delta i konkurranse i samsvar med avtalens regler om slike anskaffelser. En boikott av israelske leverandører i forbindelse med offentlige anskaffelser i den aktuelle sammenheng vil således anses å være i strid med norske folkerettslige forpliktelser.»[3]

---

[1] Visiting scholar ved Harvard Law School 2005–2007 og førsteamanuensis i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø. En takk til en anonym fagfelle for nyttige påpekninger og råd.

[2] Se opprinnelig fylkestingsvedtak i møte 14.–15. desember 2005, sak 86/2005. Vedtaket er senere omgjort, se sak 2/2006, vedtak av 7. mars 2006.

[3] Utenriksdepartementets brev av 5. januar 2006.

I et nytt brev fra UD til fylkeskommunen bringes ytterligere argumenter på banen. Nå heter det for det første:

> «Det er Norge som stat som er part i frihandelsavtalen med Israel, og det er kun staten som i tilfelle kan påberope seg unntaksadgangen i artikkel 8. Norske kommuner og fylkeskommuner har ikke en selvstendig stilling når det gjelder å fastlegge norsk handelspolitikk overfor våre frihandelspartnere. Som kjent har ikke Norge iverksatt boikott av varer fra Israel.»

For det annet er standpunktet at

> «Kommunene og fylkeskommunene har i sin innkjøpspolitikk en forpliktelse etter frihandelsavtalens artikkel 14».

For det tredje sies det at

> «Det vil være i strid med de folkerettslige forpliktelser som ligger i frihandelsavtalen med Israel dersom Sør-Trøndelag Fylkeskommune gjennomfører boikott av israelske leverandører ved offentlige anskaffelser på fylkeskommunalt nivå».

Det tredje punktet fremtrer mest trolig som en oppsummerende konklusjon, men kan også oppfattes som et selvstendig punkt. Mens en i det andre sitatet omtaler vareboikott, er en i det siste sitatet tilbake til formuleringer som ble anvendt i det første sitatet fra januar 2006.

Jeg skal her undersøke om UDs argumenter er holdbare. Etter en introduksjon til de rettslige, teoretiske og faktiske problemstillinger (pkt. 2–5) blir hovedspørsmålet om det er slik UD sier, at de folkerettslige skranker forbyr fylkeskommunen å treffe sitt boikottvedtak (pkt. 6–7). Fokus her er på rettslig analyse, men det er også nødvendig med en gjennomgang av vedtaket og klassifiseringen av det. Er det handelsboikott? Er det kun snakk om en forbrukerboikott? I pkt. 8–9 drøftes internrettslige spørsmål. Er kommunalt selvstyre og kommunal privatautonomi til hinder for at UD legger seg bort i den omdiskuterte aksjon?

2 Det rettslige grunnlag – en introduksjon

Hvordan betrakter UD vedtaket truffet i Sør-Trøndelag fylke i 2005? Generelt for de tre punktene gjelder at UD kun henviser til frihandelsavtalen mellom EFTA-landene og Israel,[4] og norske folkerettslige forpliktelser. Jeg tar i denne vurdering utgangspunktet i handelsavtalen. Av særlig betydning er artikkel 14,

[4] Agreement between the EFTA States and Israel av 12. september 1992.

som innfører et prinsipp om likebehandling av næringsdrivende uten hensyn til nasjonalitet:

> «the Parties shall grant each other's companies access to contract award procedures on their respective public procurement markets on a reciprocal basis».

Etter artikkel 7 skal

> «No new quantitative restriction on imports [...] or measures having equivalent effect [...] be introduced (paragraf 1) [...]».

Er trøndelagsboikotten forbudt i henhold til disse bestemmelser? Prinsippene her er imidlertid ikke uten unntak fordi medlemsstatene i henhold til artikkel 8 kan forby eller begrense importen av et produkt på grunn av hensynet til «public morality, public policy or public security». Kan dette hjemle en kommunal boikott?

Henvisningen til folkerettens regler stopper ikke med dette: Ved at artikkel 14 i frihandelsavtalen – som angår *hvilke* offentlige organers innkjøp som er dekket av handelsavtalen – henviser til Verdens handelsorganisasjons (WTO) regler om offentlige innkjøp, må undersøkelsen også omfatte The Agreement on Government Procurement,[5] eller «avtalen om offentlige innkjøp», som avtalen kalles på norsk. I og med at Norge er medlem av WTO gir henvisningen ingen utvidelse av de plikter som ellers hviler på Norge.

Kommuners adgang til boikott må vurderes i forhold til intern norsk rett. Utgangspunktet finnes i det kommunale selvstyre slik det nedfelles i lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. september 1992 nr. 107 og privatautonomien. Statlige inngrep skal ha hjemmel i lov.[6] En slik hjemmel er lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69. Denne gir ikke noe selvstendig grunnlag fordi loven nøyer seg med å vise til de folkerettslige forpliktelser. En annen bestemmelse er lov om boikott av 5. desember 1947 nr. 1 som kommer til anvendelse dersom sørtrøndelagaksjonen er en forbrukerboikott.

3 Problemstilling og avgrensning

Konflikten er forholdsvis kompleks fordi vi for det første har forholdet Norge–Israel og de plikter som kan utledes her for norske offentlige organer, herunder også fylkeskommunene. For det annet forholdet mellom den norske stat og

[5] Henvisningen gjelder de gamle GPA-regler fra 1979, og ikke de nye regler av 15. april 1994. Siden både Israel og Norge er medlemmer av den nyeste avtalen, må en anta at det er disse som legges til grunn selv om frihandelsavtalens tekst ikke er endret på dette punkt, det vil si viser til de eldre regler.

[6] Ot.prp.nr.42 (1991–1992) Om lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) side 50.

fylkeskommunene. I det første tilfelle utgjør frihandelsavtalen og WTO *skranker* i den nasjonale selvbestemmelsesrett. I sistnevnte forhold er det snakk om det internrettslige oppgjør mellom stat og fylkeskommune, der den kommunale selvråderett og privatautonomi gjelder såfremt og så langt ikke norsk lovverk setter *skranker.*

Saken skaper ikke kun tolkningsmessige vanskeligheter, men også problemer med rettslig subsumering fordi faktasiden er for dårlig beskrevet. Hvilke forestillinger har UD om fylkeskommunens vedtak? Mener UD at fylket har iverksatt en handelsboikott og ikke kun en forbrukerboikott? Og hva med skillet mellom vare og leverandørboikott, er det relevant?

For det første: Har Sør-Trøndelag fylke bestemt at *Norge* skal boikotte israelske varer? UD later til å mene det: Sør-Trøndelag fylke kan ikke «fastlegge norsk handelspolitikk overfor våre frihandelspartnere», heter det i januarbrevet. *For det annet:* Er det vedtatt at israelske leverandører ikke kan levere tilbud? Er det ikke kun israelske varer som kommunen vil avvise? Som en ser av UDs to brev som nevnt innledningsvis, står dette uklart for departementet. Dels snakkes det om «en boikott av israelske leverandører» og dels en «boikott av varer fra Israel».

4 Teoretisk og politisk bakgrunn

Boikott er stemoderlig behandlet i norsk juridisk teori.[7] I utenlandsk teori ble det for et par år tilbake konkludert med at «the WTO has foreign policy goals that would be defeated by the purported exception, and in particular, by the use of *broad* boycotts as instruments of foreign relations» (egen uth.).[8] Med «bred boikott» menes primær, sekundær- og tertiærboikott. Det første er det *direkte* eksportforbud som en stat utsettes for av en annen stat. Sekundær- og tertiærboikott betegner henholdsvis forbud for selskaper i det land som vedtar boikott mot å handle med land eller selskaper i land som bidrar til den militære eller økonomiske utvikling i den boikottede stat, *og* forbud mot forretningsforbindelse mellom fremmede selskaper og nærmere angitte svartelistede selskaper. Selv om vi her kun begrenser oss til den primærboikott av israelske varer som UD legger til grunn, kan det være grunn til å nevne at arabiske land lenge fremmet slik *avledet* boikott som rammet ikke-arabiske stater som handler med Israel:

---

[7] Et arbeid som så vidt berører den eldre boikottlov er Paal Berg: *Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927: med endringslover av 19. juni 1931 og 6. juli 1933 om boikott mv.* (Oslo 1934). Økonomisk analyse finnes i Inger-Lise Eilertsen og Carl-Erik Schulz; Økonomiske sanksjoner mot Sør-Afrika: virkninger av ensidig norsk boikott (FAFO-rapport nr, 61, Oslo 1986). Jeg tar ikke opp boikottaksjoner grunnet brudd på tariffavtaler, se her Rt. 1959 s.1080, boikott av Panama-skip og Henning Jakhelln; Boikott av skip under bekvemmelighetsflagg: noen spørsmål i brytningsfeltet mellom sjørett, erstatningsrett, arbeidsrett og organisasjonsrett (Sjørettsfondet nr, 123, Oslo 1986).

[8] Eugene Kontorovich: Reconciling political sanctions with globalization and free trade: The Arab League Boycott and WTO Accession: Can Foreign Policy Excuse Discriminatory Sanctions? 4 Chi. J. Int'l L. (2003) p. 283.

> «'secondary' boycott includes efforts by participating States, corporations and individuals to prevent trade between corporations in neutral third-party States that trade normally with Israel».[9]

Dette ble imidlertid endret i 1995 da Ministerrådet i den Arabiske Liga fjernet sekundær- og tertiærboikotten.[10]

Det er klart at synet på boikott som lovlig virkemiddel står og faller med den form som er valgt. Primær, sekundær eller tertiærboikott må vurderes forskjellig. Det samme gjelder forbrukerboikott og offentlig vedtatt handelsboikott. Og selv hva angår det siste, kan det være grunnlag for distinksjoner. Kanskje skal kommuner behandles på samme måte som private dersom de opptrer privat, altså forretningsmessig og ikke forvaltningsmessig?[11] Dette var Lovavdelingens syn ved apartheidaksjonene i norske kommuner på midten av 1980-tallet:

> «Lovavdelingen antar imidlertid at den private autonomi gir tilstrekkelig grunnlag til å bestemme hvem kommunen skal inngå avtaler med».[12]

Rettpolitisk er alle former for boikott betenkelig, hevdes det:

> «Allowing a boycotting nation to accede [to the WTO] would set a dangerous precedent. It would grant legitimacy to the foreign policy exception, possibly encouraging its invocation by existing members to justify discriminatory trade policies. And given the blank-check nature of the purported foreign policy exception, this could wreak havoc with the WTO's rule-based approach».[13]

Det er imidlertid ikke uten videre gitt at jussen følger de legislative hensyn her, som derfor nok fortsatt må betegnes som *praeter legem*. Arabiske land – som er medlem av den Arabiske Liga og således forpliktet av et vedtak om boikott av Israel – har etter medlemskapet i WTO ikke fjernet primærboikotten.[14] WTO har ikke truffet noe vedtak om hvor langt boikott er tillatt etter interna-

---

[9] Council – Trade Policy Review Mechanism – Israel – Report by the Secretariat, C/RM/S/55, 94-2427 (21/11/1994), pkt. II (5) (iii).

[10] The Arabic League Council of Ministers decision No. 5 dated 14.1.1416 AH. (1995).

[11] Vi har her plassert oss midt i det skisma som gjennomsyret høyesterett i sin berømte avgjørelse om nektelse av forretningsforbindelse hos Statens kornforretning i den såkalte kraftforsaken, se Rt. 1964 side 554. Et flertall mente at vi her befant oss innenfor offentligretten mens et mindretall så på reguleringen av detaljister i bransjen gjennom leveranseboikott som privatrett.

[12] Se Justisdepartementets lovavdeling jnr. 521/85 KIL/VFO 1356/85 E GK/JB/JEB/ih 12.3.1986 side 1.

[13] Eugene Kontorovich: supra note 5 p. 283, at p. 303–304.

[14] World Trade Organization, *Accession of Algeria:* Questions and Replies to the Memorandum on the *Foreign Trade Regime*, WTO Doc No WT/ACC/DZA/2 (July 14, 1997), question 57. Se også World Trade Organization: Working Party on The Accession of The Kingdom of Saudi Arabia. Questions and Replies, WTO doc WT/ACC/SAU/6 (30 September 1996), question 38 & 39.

sjonal handelsrett. Det finnes ingen bestemmelse som direkte tillater det, ei heller som forbyr det.[15]

Vanskelighetene med å anerkjenne eller avvise handelsboikott (også kalt embargo), har sammenheng med at boikott i hendene på verdenssamfunnet dekker et berettiget formål og gir FN et slagkraftig virkemiddel (FN-charteret kapittel VII, se særlig artikkel 41). Institusjoner som vanligvis slår kraftig ned på inngrep i fri konkurranse, støtter lojalt opp om slike FN-resolusjoner.[16]

Boikott av varer er ikke noe nytt virkemiddel: Iran-boikotten som ble vedtatt av FN, har Norge fulgt opp i lov om gjennomføring av sanksjoner mot Iran av 6. juni 1980 nr. 18. Av tidligere boikott kan nevnes sørafrikaboikotten som ble vedtatt av FNs medlemsland ved «Paris Declaration on Sanctions against South Africa.[17] Se videre boikotten av Serbia and Montenegro ved UN Resolution No. 757 (1992), av Irak etter Kuwait-krigen UN Resolution 661 (1990) og boikotten av Libya (UN Resolution 748 (1992) og 883 (1993) i Sikkerhetsrådet), inntil Gaddafi i 2003 vendte voldelige metoder ryggen, jevnfør USA og EU som hevet alle sanksjoner henholdsvis 27. og 29. september 2004. Disse boikottaksjoner er *infra legem* også etter WTO-retten.

Vanskeligheten med å godta boikott som virkemiddel er særlig iøynefallende når enkeltland eller internasjonale organisasjoner tar skjeen i egen hånd. Et eksempel er Den Arabiske Ligas 1951-boikott av israelske varer.[18] Et annet eksempel er USAs vedvarende embargo av Cuba siden revolusjonen i 1959.[19] Mange ser dette som *contra legem*.[20]

---

[15] Som vist i «Doha development agenda»; UNICE (Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe) position on non-agricultural market access negotiations (25 October 2002), tabellen side 6.

[16] World Bank Guidelines: Procurement under IBRD Loans and IDA Credits (May 2004) Art.8aii): «by an act of compliance with a decision of the United Nations Security Council taken under Chapter VII of the Charter of the United Nations». Oppfatningen i Verdensbanken er at FN-sanksjoner binder uansett om vedtaket er truffet i Sikkerhetsrådet eller i Generalforsamlingen, sml. formuleringen «Exclusion of nationals from countries under UN sanction», se Jean-Jacques Raoul (World Bank): Joint WTO/WB Regional Workshop on Procurement Reform and Transparency: Session 4: Objectives of Procurement Regimes and Non-Discrimination and Preferences. Basic Principles and Provisions for Procurement in Multilateral Instruments (Foredrag, Dar es Salaam January 14–17, 2003).

[17] International Conference on Sanctions against South Africa, Paris 20–27 May 1981.

[18] Council – Trade Policy Review Mechanism – Israel – Report by the Secretariat, C/RM/S/55, 94-2427 (21/11/1994), pkt. II (5) (iii).

[19] Se Presidential Proclamation No 3447, 27 Fed.Reg. 1085 (1962). I hver av de siste syv år har FN fordømt USAs blokade av Cuba, senest med stemmetallet 157–2. Se Resolution adopted by the General Assembly: Necessity of ending the economic, commercial and financial embargo imposed by the United States of America against Cuba, United Nations (6 January 2006) A/RES/60/12.

[20] EU stevnet i 1996 USA og hevdet at Helms-Burton Act stred mot GATT artikkel I, III, V, XI og XII. Request for the Establishment of a Panel by the European Communities, WTO Doc. WT/DS38/2/Corr.1 (Oct. 14, 1996). Etter forhandlinger mellom EU og USA ble saken senere trukket.

5 Faktum: Hva slags boikott har Sør-Trøndelag fylke vedtatt?

Sør-Trøndelag fylke vedtok i desember 2005 boikott av israelske varer, en boikott som imidlertid 7. mars 2006 ble omgjort som følge av brevvekslingen med UD. Vedtaket hadde følgende formulering:

> «Boikott varer fra Israel
> Det blir nå dratt i gang en internasjonal boikottaksjon mot Israel. Apartheid i Sør-Afrika ble fordømt av en hel verden og gjorde sitt til at det ble en ende på det. Israels okkupasjon av Vestbredden, Gaza og Golan er blitt fordømt i FN. Dessuten strider settelmentene på okkupert område mot internasjonal rett. Bygging av muren er dømt illegal av Den internasjonale domstolen i Haag, og flyktningene venter fortsatt på å få vende tilbake.
> Sør-Trøndelag var det første fylket til å boikotte Sør-Afrika – i tråd med en god tradisjon vedtar fylkesting, som det første i landet, å boikotte varer fra Israel, både egne innkjøp og i holdningsarbeid.
> Fylkesutvalget vil oppfordre alle innbyggerne til å følge opp dette».[21]

En forskjell mellom den trønderske Israel-boikotten og den amerikanske og arabiske boikotten (referert i pkt. 4), er at den ikke var like vidtfavnende fordi det her kun dreiet seg om innkjøpsstans for fylkets organer. Israelske varer skulle fortsatt kunne flyte fritt i norske butikker, også i Sør-Trøndelag. Fylket har ikke forbudt innbyggerne å kjøpe israelske varer, kun oppfordret innbyggerne til det. Israelske varer stanses ikke ved grensene slik tilfelle var med varer fra Sør-Afrika. Når UD hevder at «Norske kommuner og fylkeskommuner· har ikke en selvstendig stilling når det gjelder å fastlegge norsk handelspolitikk overfor våre frihandelspartnere», er dette er en misforståelse fordi det er klart at Sør-Trøndelag fylkes vedtak verken gjelder for Norge eller for fylket, men kun for sin egen organisasjon.

Hvordan skal den sørtrønderske aksjonen klassifiseres? Er Sør-Trøndelag fylkes aksjon mot israelske varer en forbrukerboikott, jf. lov om boikott av 5. desember 1947 nr. 1? Dersom offentlige organer «opptrer iht. privatautonomien»,[22] det vil si dersom det offentlige organ har en interesse eller stilling som tilsvarer den som private har, må det offentlige organ likestilles med private. Dette betyr at offentlige kjøp – etter sin funksjon – er forretningsvirksomhet og således ikke en slik type forvaltning som krever hjemmel i henhold til 1999-loven. Dette er tilfelle her. Kjøp skjer med hjemmel i privatautomomien.[23] Sør-Trøndelag fylke vil ikke benytte egne midler til å handle produkter med opp-

[21] Fylkestingsvedtak i møte 14.–15. desember 2005, sak 86/2005.

[22] Disse mekanismer er illustrert ved HR 3:2 avgjørelse i Kraftfördommen, Rt. 1964 side 554, der flertallet fant at handelsvilkårene som Statens komforretning oppstilte var myndighetsutøvelse – og altså forvaltningsrett, mens mindretallet holdt på at dette var privatrett og således tillatt med mindre annet fulgte av skrevet rett.

rinnelse i Israel. Det offentlige må på samme måte som hvilket som helst privat firma kunne beslutte ikke å handle inn bestemte varer.

Det er ulike former for boikott. Bedømmelsen av lovligheten står og faller med hvordan Sør-Trøndelag fylkeskommunes boikottvedtak oppfattes. Det er handelsboikott dersom det gjelder et offentligrettslig vedtak som begrenser den frie bevegelse av varer over landegrensene:

> «legal prohibition by a government or group of governments restricting [...] movement of goods from some or all locations to one or more countries».[24]

Forbrukerboikott er navnet på en nektelse med virkning for seg selv, av å kjøpe visse produkter: «the refusal [...] to purchase the goods or services».[25] Forskjellen består altså i at mens en handelsboikott er besluttet av et kompetent offentlig organ i henhold til sin høyhetsrett med virkning for andre enn det besluttende organ – herunder også personer som meget vel kunne tenke seg å handle produktet, vil en forbrukerboikott angå beslutningstakers egne kjøp med virkninger utelukkende for ham selv.

Sør-Trøndelag fylke har truffet et vedtak om bruk av egne midler til innkjøp av varer for eget forbruk. Det er ikke tale om et boikottvedtak med virkning for andre enn en selv. I så tilfelle står vi overfor en forbrukerboikott, og følgelig ingen handelsboikott. Det vil si at saken må vurderes etter lov om boikott av 5. desember 1947 nr. 1 (se pkt. 9).

Selv om vi her står overfor forbrukerboikott, er dette ikke ensbetydende med at tilfellet faller utenfor de forbud som gjelder i henhold til frihandelsavtalen med Israel eller WTO-reglene. Disse regelverk rammer «boycott» og «embargo», og det må vurderes konkret i forhold til hvert enkelt regelverk om den aksjon som Sør-Trøndelag fylkeskommune planla var lovlig eller ei.

6 Et rettslig utgangspunkt (1). Norge er part i frihandelsavtalen

I dette punkt tar jeg utgangspunkt i frihandelsavtalen mellom EFTA-landene og Israel. Hvilke skranker setter avtalen for norsk handlefrihet med henhold til å begrense omsetningen av israelske varer i Norge? Aller først drøftes to spørsmål om rekkevidden *ratione personae*, det vil si spørsmålet om hvem som er rettighetssubjekt (pkt. A) og hvem som bindes av reglene om offentlige innkjøp – pliktsubjektet (pkt. B). Til slutt kommer en gjennomgang av reglenes materi-

---

23 Forholdet her står ikke annerledes enn tilfellet med boikott av sørafrikanske varer under Apartheid, se Justisdepartementets Lovavdeling: jnr. 521/85 KIL/VFO 1356/85 E GK/JB/JEB/ih 12.3.1986.

24 Se Encyclopedia Britannica, http://search.eb.com/eb/article-9032501.

25 Se Encyclopedia Britannica, http://search.eb.com/eb/article-9016059.

elle rekkevidde (pkt. C–D). Spørsmålet om handelsavtalen rammer alle former for boikott, herunder også den aksjon som Sør-Trøndelag fylke vedtok i desember 2005, kan en ikke endelig ta stilling til før WTO reglene er undersøkt (pkt. 7).

6.1 Hvem kan innføre boikott?

Jeg skal aller først vurdere hvem som har kompetanse til å beslutte at boikott skal iverksettes. UD vil ha det til at kommunene *om* de skulle hatt kompetanse til å nekte innkjøp av varer med en bestemt opprinnelse, så må denne *hentes* fra artikkel 8: «det er kun staten som i tilfelle kan påberope seg unntaksadgangen i artikkel 8». Jeg skal her ta stilling til denne påstanden.

Hvilke skranker setter frihandelsavtalen med Israel med henhold til nasjonale norske aksjoner mot israelske varer? Har frihandelsavtalen en selvstendig betydning for dette spørsmålet, eller følger løsningen for offentlig boikott av utenlandske varer *in casu* de israelske, kun i WTO-reglenes fotefar? Er det kun staten Norge som er part i frihandelsavtalen og ikke fylker eller kommuner?

Frihandelsavtalen er mellom EFTA og Israel, med bindende virkning for EFTA-medlemsstatene, jevnfør artikkel 2 (3) i frihandelsavtalen: «This Agreement applies to trade relations between, on the one hand, each EFTA State and, on the other hand, Israel.» At det er statene som er parter, følger også av bestemmelsen om tiltredelse (artikkel 28) og om uttreden (artikkel 29). I tillegg må handelsavtalen tolkes innenfor rammene av Norges system for tilpasning til internasjonale forpliktelser, det vil si det dualistiske prinsipp. Staten Norge er bundet.

Dersom fysiske og juridiske personer nasjonalt skal bindes av internasjonale forpliktelser, skjer det ved transformasjon. Det vil si at kommuner, fylkeskommuner, bedrifter, frivillige organisasjoner og fysiske personer blir bundet ved at norske internasjonale forpliktelser innarbeides i norske interne lovbestemmelser (se pkt. 8–9). Dette er også UDs standpunkt, som utvilsomt er riktig. Sør-Trøndelag fylkeskommune kan åpenbart ikke vedta importforbud for israelske varer med virkning for *hele* Norge, ikke engang for *hele* Sør-Trøndelag fylke. Så langt er det greit.

Men dette er ikke ensbetydende med at et statlig fravær av boikott av israelske varer i Norge generelt samtidig genererer at Sør-Trøndelag fylke ikke kan nekte selv å kjøpe inn og forbruke israelske varer. Disse vedtak er ikke gjensidig ekskluderende. I så fall er det derved åpning for følgende setting: Fylkeskommunen påberoper seg ikke handelsavtalen som *hjemmel* for sitt vedtak. Fylkeskommunene kan fremholde at en har eksklusiv kompetanse til å disponere over egne midler i henhold til kommuneloven av 1992 og sin privatautonomi *med mindre* internasjonale avtaler, lover eller bevilgningsvedtak bestemmer annerledes. Vi må lete etter begrensninger i Sør-Trøndelags enerett til å bestemme over økonomien, ikke etter hjemmelen for å gjøre det. Det er

ikke derved sagt at dette er den endelige løsningen på problemet fordi det først må undersøkes om WTO-reglene – som handelsavtalen med Israel viser til – kan føre til andre løsninger (se pkt. 7).

6.2 Pliktsubjektene

Er kommunene forpliktet av frihandelsavtalen? Selv om kun staten har rettigheter etter frihandelsavtalen, kan pliktene rekke lengre. Det er intet i veien for at staten kan binde kommunene ved internasjonale avtaler, det vil si til å oppfylle avtalens plikter selv om kommunen ikke er part i avtalen. Om disse er bundet, avhenger av om frihandelsavtalen omfatter kommunene og kommunale innkjøp. I vårt dualistiske rettssystem er det også et vilkår at slike internasjonale forpliktelser for at de skal være bindende for norske undersåtter – fysiske og juridiske personer – må transformeres til norsk rett.

UD-standpunktet var at det «fremgår uttrykkelig av denne avtalen [frihandelsavtalen med Israel] at norske anskaffelser på fylkes- og kommunenivå er dekket». Dette standpunkt er opprettholdt i det seneste brevet til fylkeskommunen: «Kommunene og fylkeskommunene har i sin innkjøpspolitikk en forpliktelse etter frihandelsavtalens artikkel 14.» Siden UD ikke gir noen begrunnelse, er det nødvendig å gjennomgå de rettslige tekster forholdsvis grundig. Frihandelsavtalen med Israel artikkel 14 lyder som følger:

> «1. The Parties consider the effective liberalisation of their respective public procurement markets an integral objective of this Agreement.
>
> 2. As of the entry into force of this Agreement, the Parties shall grant each other's companies access to contract award procedures on their respective public procurement markets on a reciprocal basis according to the Agreement on Government Procurement of 12 April 1979, as amended by a Protocol of Amendments of 2 February 1987, negotiated under the auspices of the General Agreement on Tariffs and Trade.
>
> 3. Taking into account the rules and disciplines agreed upon within the General Agreement on Tariffs and Trade and with third countries in this field, the Parties foresee to extend the scope of paragraph 2 of this Article after the entry into force of this Agreement in accordance with the following provisions:
>
> (a) The Parties agree to further ensure effective transparency and free access and that there is no discrimination between the potential suppliers from the Parties. To this end the Parties shall progressively adjust the relevant rules, conditions, procedures and practices governing the participation in contracts awarded by public authorities and public undertakings, and by private undertakings which have been granted special or exclusive rights.
>
> (b) The Parties agree to entrust the Joint Committee to decide, as soon as possible, on all practical modalities, including the scope, timetable and

> rules for this adjustment, taking into account the need to maintain a full balance of the rights and obligations between the Parties.»

Det dreier seg her om en gjensidig likebegunstigende behandling av hver av partenes leverandørselskaper på noe som betegnes som «public procurement markets». Hvem som er pliktsubjekter, er ikke nevnt i handelsavtalen. Det vil si: Denne avtale legger ikke opp til en selvstendig vurdering av hvilke offentlige organer som er forpliktet av innkjøpsreglene. Reglenes personelle virkekrets avgjøres av Generalavtalen for handel og toll (GATT-reglene), som handelsavtalen viser til. UDs standpunkt må da følgelig være at likebehandlingen av israelske, islandske, norske, liechtensteinske og sveitsiske leverandører skal skje i overensstemmelse med reglene i Agreement on Government Procurement.[26]

Utgangspunktet er at avtalen kun omfatter slike offentlige, det vil si sentrale, regionale og lokale statlige innkjøp som er listet i Appendix (vedheng) I, det vil si er sentrale styresmakter (vedlegg 1), underliggende sentrale styresmakter (vedlegg 2) og alle andre organer som vedkommende medlemsstat har vedtatt at skal følge reglene i denne avtale (vedlegg 3). Selv om de generelle retningslinjer er gitt, gjelder det forskjellige avgrensninger i forhold til medlemsstatene fordi disse selv tilbyr hvilke organer som skal omfattes: Hvilke organer det er konkret, avgjøres altså i hvert enkelt tilfelle i medlemsstatenes avtaler med WTO. Det er altså spørsmål om hvilke organer som ligger innenfor Norges liste over organer som Norge har pålagt å følge avtalen om offentlige innkjøp.

Det springende punkt er hva som menes med «governmental» procurement. Er det forskjellig fra «public» procurement? Har det noen betydning at det er «*Central* Government Entities» og «*Sub-Central* Government Entities» som omfattes av vedlegg 1 og 2? Skal sentrale organer tolkes motsetningsvis slik at ikke lokale og regionale organer er omfattet? I den norske modifiserte liste til vedheng (appendix) I er det opprinnelige begrep statlige myndigheter, som lett kunne misforstås i stater med føderalt styresett som omfattende også delstaters innkjøp, forandret til de sentrale styresmakter:

> «Under 'List of Entities' the present wording 'The following contracting authorities of the State' should be changed to read: 'Central government entities including'».[27]

Går en gjennom listen i vedlegg 1 over forvaltningsorgan, finnes det intet sted henvisning til regionale eller lokale forvaltningsorganer.[28] Denne listen er

---

[26] Jeg skal her ikke trette leseren med at henvisningen gjelder de gamle GPA-regler fra 1979, og ikke de nye regler av 15. april 1994. Siden både Israel og Norge er medlemmer av den nyeste avtalen, må en anta at det er disse som legges til grunn selv om frihandelsavtalens tekst ikke er endret på dette punkt.

[27] Restricted: World Trade Organization GPA/w/46 (12 June 1997) (97–2425).

imidlertid ikke uttømmende, noe den norske regjering uttrykkelig gjør oppmerksom på:

> «We want to stress that Norway covers all central governmental entities under the Agreement and that our list of entities covered by the Agreement under Annex 1 of Appendix I, is not exhaustive.»[29]

Men uansett om listen ikke er uttømmende, det vil si om andre organ enn dem som er nevnt likevel faller inn under «avtalen om offentlige innkjøp», har Norge uttrykkelig klargjort at det kun er de sentrale styresmakter som er omfattet under vedlegg 1. Vi må derfor – dersom fylkeskommuner eller primærkommuner skal være omfattet – finne hjemmel for det enten i vedlegg 2 eller 3. I henhold til vedlegg 2 er følgende organ omfattet: «Contracting authorities of the regional or local public authorities (all counties (19) and municipalities (435))».[30] Det er således klart at Sør-Trøndelag fylkeskommune er omfattet av vedlegg 2.

Når dette likevel ikke avgjør saken, skyldes det at EFTA uttrykkelig har betinget seg en *gjensidighet* i forpliktelsene, jf. artikkel 14: «on their respective public procurement markets on a reciprocal basis according to the Agreement on Government Procurement», altså på en gjensidighetsbasis i henhold til avtalen om offentlige innkjøp. Det vil si at dersom Norges forpliktelse omfatter kommuner og fylkeskommuner, må Israel gjøre det på tilsvarende måte. Har det skjedd?

Det norske synet på gjensidighet med henhold til Israel er kommet til uttrykk i et norsk unntak fra de generelle norske forpliktelser:

> «The provisions of Article XX shall not apply to suppliers and service providers of Israel, Japan and Korea in contesting the award of contracts by entities listed under Annex 2, paragraph 2, until such time as Norway accepts that they have completed coverage of sub-central entities».[31]

Det som er viktig med dette sitatet i forhold til vår sak, er at Norge her dokumenterer at den gjensidighet som skal foreligge for at avtalen om offentlige innkjøp, kommer til anvendelse for organer under vedlegg 2 *de facto* ikke er på plass i 2003. Spørsmålet da er om forholdet har kommet på plass senere.

---

[28] Appendix I, Norway Annex 1: Entities which Procure in Accordance With the Provisions of this Agreement, 1 March 2000 (WT/Let/330).

[29] Restricted: General Agreement on Tariffs and Trade GPA/ I C/W/8, 15 November 1994 (94–2421). Interim Committee on Government Procurement: Notification under the procedures contained in the interim committee's decision on «administration of rectifications of a purely formal nature to appendices I to IV of the Agreement on Government Procurement (1994) prior to its entry into force. Norway.

[30] Appendix I, Norway Annex 1: Entities which Procure in Accordance With the Provisions of this Agreement, 1 March 2000 (WT/Let/330).

[31] Agreement on Government Procurement done at Marrakesh on 15 April 1994: Certification of modifications to the agreement, WL I/100 14 march 2003.

Israel er medlem av avtalen av 1994 om offentlige innkjøp. Har landet fått orden på listen over de underordnede organ? Jeg skal her holde meg til vedlegg 2-tilfellene, som var mangelfull og etterlyst av Norge i 2003: Vi ser at Israel i 2006 kun har bestemmelser om «Municipalities of Jerusalem, Tel-Aviv and Haifa [...] Local Government Economic Services Ltd.»[32]

Selv om en forutsetter at de tre nevnte byer hadde selvstendige innkjøpsenheter mens «Local Government Economic Services Ltd.» var ansvarlig for alle andre lokale enheters innkjøp, mangler listen over vedlegg 2 punkt 2: organene som gjelder «Bodies governed by public law, or associations formed by one or more such authorities or bodies governed by public law».

Pr. i dag er dette ennå ikke på plass. Kan en da si at fordi punkt 2-tilfellene ikke er på plass, er Norge heller ikke forpliktet hva angår pkt. 1 tilfellene – det vil si de lokale og de fylkeskommunale organer? Siden WTO betrakter vedlegg 2-tilfellene som et hele, er det mulig at Norge – dersom det var *politisk vilje* for det – kunne ha *valgt* ikke å la avtalen om offentlige innkjøp få anvendelse for fylkene og kommunene. Norge har imidlertid valgt ikke å gjøre det, jevnfør henvisningen til at leverandører og tjenesteytere som leverer til organer etter sin karakter kun henhører punkt 2 i vedlegg 2 fra blant annet Israel er – hvis disse ikke kommer i betraktning – utelukket fra å besvære seg over eventuelle norske regelbrudd etter avtalen om offentlige innkjøp artikkel XX *inntil* Norge anerkjenner at Israel har fullført listen over sine sentralt, underordnede organer.

Slik Norge har håndtert saken, kan en konkludere med at gjensidighetskravet er oppfylt. Avtalen om offentlige innkjøp omfatter også fylkeskommuner og primærkommuner og at Norge ikke har villet påberope seg unntak i forhold til israelske leverandører, grunnet den mangelfulle israelske liste. Da kommunene ikke er part i avtalen, må eventuelle brudd som disse gjør seg skyldige i, tilskrives vedkommende stat. Eller sagt annerledes: Norge som part i avtalen må sørge for at norske pliktsubjekter etterlever avtalens forpliktelser.

Spørsmålet som da gjenstår, er om boikott av varer begrunnet i politiske, det vil si ikke-økonomiske hensyn, er tillatt etter avtalen (se pkt. 6 C).

6.3 Rekkevidden ratione materiae (1). Motivet

Hvilke betingelser må være oppfylt for at boikott kan gjennomføres på en rettsriktig måte? Det er klart at slike vedtak kun kan begrunnes i politiske hensyn.

I utgangspunktet skal Israelske varer fritt kunne selges i Norge, jevnfør Frihandelsavtalen artikkel 7: «No new quantitative restriction on imports [...] or measures having equivalent effect shall be introduced (paragraf 1) [...]».

Det er offentlige kvantitative tiltak som direkte eller indirekte får innflytelse på importen, som rammes. Fordi de typer av boikott som er omfattet av han-

[32] Appendix I Israel, Annex 2: Sub-Central Government Entities which Procure in Accordance With the Provisions of this Agreement, 13 February 2006 (WT/Let/513).

delsavtalen (se pkt. D) i hendene på et organ som i henhold til pkt. B er forpliktet av handelsavtalen (hvilket Sør-Trøndelag er), er en ny kvantitativ handelshindring på importen ikke tillatt.

Artikkel 7 må imidlertid leses i sammenheng med reglene i artikkel 8. Det springende punkt blir om artikkel 8 *likevel tillater* Norge å iverksette en eventuell boikott.

Frihandelsavtalen artikkel 8 sier ikke uttrykkelig hvilket organ som skal treffe beslutninger i henhold til bestemmelsen. Fordi handelsavtalen er mellom EFTA-landene og Israel, tilhører kompetansen nasjonalstatene med mindre annet særskilt er bestemt. Så har ikke skjedd, hvilket betyr at det er staten Norge og ikke kommuner eller fylker som innehar denne kompetanse.

I fortsettelsen er interessen knyttet til det materielle spørsmål, om boikott er et tilfelle som faller innenfor artikkel 8. Her heter det:

> «This Agreement shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants and of the environment; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of intellectual property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or disguised restriction on trade between an EFTA State and Israel.»

Artikkel 8 bruker uttrykket «public [...] security». Bestemmelsen trekker opp et skille mellom offentlig politikk generelt og næringspolitikk. Tilsvarende klausuler finner en i henholdsvis GATT artikkel XXI «national security defence» og Agreement on Government Procurement artikkel XXIII: «protect public morals, order or safety». Jeg minner om fremstillingen i pkt. 2 og vektlegger at frihandelsavtalen ikke kan ha strengere rammer enn det som følger av WTO-reglene, jevnfør henvisningen til avtalen om offentlige innkjøp under WTO.

Jeg skal i fortsettelsen derfor se på samspillet mellom WTO reglene *in casu* avtale om offentlige innkjøp (Agreement on Government Procurement) og handelsavtalen mellom EFTA-landene og Israel.

6.4 Rekkevidden ratione materiae (2). Boikott av varer eller leverandører?

Som det fremgår av vedtaket og som også understrekes i debattene i fylkestinget, var det kun fokus på israelske varer. Intet sted snakkes det om leverandørboikott. Vi kan således fastslå at UDs merknader om leverandører er en misforståelse. Kommunen tar ikke sikte på å ramme leverandørene. Det er israelske varer en ikke vil kjøpe.

Spørsmålsstillingen er her som følger: Kan boikott av varer være ulovlig i forhold til en bestemmelse som rammer boikott av leverandører? Det er ikke

lett å lese inn en begrensning etter varegruppers opprinnelse i en tekst som lyder slik:

> «As of the entry into force of this Agreement, the Parties shall grant each other's companies access to contract award procedures on their respective public procurement markets on a reciprocal basis according to the Agreement on Government Procurement» (Handelsavtalen, artikkel 14 pkt. 2).

Her sies det ingen ting om at vedkommende leverandør skal ha rett til å stille med et vareassortiment som kommer fra dennes hjemland eller forretningssted. Det er ikke på sin plass med noen utvidet tolkning av handelsavtalen artikkel 14. Jeg viser her til alminnelig tolkningsteori slik den formuleres i 1969 Wienkonvensjonen om tolkning av traktater, artikkel 31 jf. 32: Tolkningen skal ta utgangspunkt i teksten lest i sin kontekst og i lys av reglenes mål og hensikt. Ordfortolkningen står sentralt, men der tolkningen etter artikkel 31 er tvetydig eller uklar eller fører til åpenbart urimelige eller uforståelige resultater, er det adgang til å vektlegge traktatens forarbeider, se artikkel 32. Formuleringen *er* ikke uklar. Det er ikke grunnlag for å trekke inn ytterligere faktorer i tolkningen som eventuelt kunne gitt en utvidende tolkning.

Mot dette kan det innvendes at artikkel 14 ikke kan leses isolert, og at artikkel 7 må komme til anvendelse sideordnet med artikkel 14 i og med at Norge ikke har påberopt seg unntakshjemmelen i artikkel 8. Altså at *både* israelske varer *og* leverandører er omfattet av vernet i frihandelsavtalen. Det vil si at det ikke er nødvendig med noen utvidende tolkning rett og slett fordi vareperspektivet allerede er inne i det vern som israelerne nyter godt av i henhold til artikkel 7. Svaret på dette er ikke åpenbart. Når det heter at «No new quantitative restriction on imports [...] or measures having equivalent effect shall be introduced», er det offentlige importhindringer som has i kikkerten. Det springende punkt er da hva som kvalifiserer som offentlige: Er det her på sin plass med et organisatorisk eller en funksjonell avgrensning?

Jeg er tilbøyelig til å mene det siste, fordi de store forskjeller i virkningsgrad oppstår først hos offentlige organer som i kraft av sin høyhetsrett kan stanse eller begrense importen med virkning for andre enn seg selv. Eller sagt annerledes; store og innflytelsesrike private[33] kan gjennom sin boikottpolicy ha like omfattende virkninger for dem som rammes, som det som gjelder for offentlige organer når sistnevntes boikott er et resultat av forretningsvirksomhet. Avgjørende blir da hvorvidt Sør-Trøndelag fylkes aksjon var handels- eller forbrukerboikott. Som jeg har konkludert med (pkt. 5), er det her tale om det siste. Vi ser altså at vareflyten ikke er vernet på samme måte som leverandørretten.

Rettstilstanden blir da som følger: Israelske firma som vil delta i anbudskonkurranse i Norge er ikke forhindret fra det selv etter en boikott i Sør-

[33] Se som illustrasjon de mer enn 1500 hoteller eid av Scandic som etter å ha blitt overtatt av hotellgiganten Hilton, boikotter cubanske turister, det vil si nekter å yte overnattingstjenester til cubanere.

Trøndelag fylkeskommunale organer. De kan inngi tilbud til staten og alle andre fylker og kommuner. Dessuten: Forbudet mot israelske varer rammer ikke kun israelerne, men også norske firma som alle må unngå at israelskproduserte varer inngår i det sortiment som tilbys Sør-Trøndelag fylkeskommune. Et Tel Aviv-basert firma kan for eksempel levere tilbud på olivenolje, appelsiner og tomater til utdanningsetaten i Sør-Trøndelag dersom det dokumenteres at disse produkter er palestinske, jevnfør her den «omforente forståelse» under handelsavtalen i Joint EFTA-Israel conclusions on exports from the territories som tillater «export of industrial and agricultural products from the Territories through Israel to the EFTA States». Se også Interimavtalen mellom EFTA og «the Palestinian Authority» (representert av PLO) av 30. november 1998, som i sin artikkel 7 forbyr kvantitative importrestriksjoner. For israelske firma gjelder handelsavtalen mellom Israel og Palestina om forenklet import til Israel av palestinske varer, se The Economic Agreement with Israel av april 1994, (også omtalt som «The Paris Protocol»).[34]

7 Et rettslig utgangspunkt (2). WTO

To spørsmål drøftes i dette punkt: for det første om boikott er forbudt etter WTO-retten og således heller ikke mulig i henhold til frihandelsavtalen (pkt. A), i og med at sistnevnte henviser til WTO-reglene om offentlige innkjøp. For det annet – for det tilfelle at boikott tillates etter WTO – om slik boikott er lovlig uansett hva som motiverer den (pkt. B).

7.1 Er boikott lovlig?

Fordi så vel frihandelsavtalen som lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 viser til WTO-avtalen om offentlige innkjøp, kan de norske forpliktelser ikke endelig fastslås uten å studere WTO-avtalen om offentlige anskaffelser. Loven kommer til anvendelse for «virksomheter som er gitt slike rettigheter etter WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet til å følge» (§ 4). Det er oppstilt et vern mot diskriminering: «Oppdragsgiver skal ikke ... diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet» (§ 5 femte ledd litra a). Leverandører er stikkordet her. Det er ikke noe forbud mot diskriminering på grunn av en vares opprinnelse. Mens dette omfatter blant annet israelsk leverandør i henhold til frihandelsavtalen, kan israelske produsenter ikke besvære seg over at deres varer ikke kan inngå i det varesortiment som leverandørene ønsker å selge.

Fordi det gjelder en «henvisningstolking» både i den norske loven og i frihandelsavtalen med Israel, er det klart at loven ikke gir større rettigheter til

[34] Se Gaza-Jericho Agreement, Annex Iv, Protocol on Economic Relations between the Government of the State of Israel and the P.L.O, representing the Palestinian people, Paris, April 29, 1994.

noen enn det som følger av WTO-avtalen. Da det ikke er meningen at interne plikter for de norske lokale og fylkeskommunale organer skal rekke lenger enn det som er bestemt i WTO, er det – ved fastlegging av rammene for norske offentlige organer – tilstrekkelig å studere WTO-avtalen om offentlige anskaffelser.

Som medlem av WTO er Norge ikke utelukkende bundet av Generalavtalen for handel og toll (GATT), men også spesialavtaler slik som offentlige innkjøp (Agreement on Government Procurement), herunder alle underliggende vedlegg, omforente forståelser og fortolkninger.[35] De kongelige proposisjoner er vedtatt i Stortinget.[36] Henvisningen i handelsavtalen med Israel til reglene om offentlige innkjøp, gir derfor ikke noen forpliktelser for Norge ut over dem vi allerede har i henhold til GATT.

Utgangspunktet er at WTO har verken bestemmelser som direkte hjemler eller forbyr boikott. Dette er oppfatningen blant europeiske næringsdrivende.[37] En bestemmelse som fra tid til annen har vært påberopt, er GATT artikkel XXI: Det vil si statenes rett til å ivareta sine sikkerhetsinteresser (litra b), særlig pkt. (iii): «taken in time of war or other emergency in international relations». Bestemmelsen har vært trukket temmelig langt. For eksempel har USA påberopt seg artikkel XXI som hjemmel for sin boikott av Cuba:

> «Since Helms-Burton is generally accepted to be a politically-motivated measure, the national security defense should be successful; but it should be argued carefully, not merely claimed».[38]

En tilsvarende bestemmelse som gjelder for offentlige innkjøp, finnes i Agreement on Government Procurement artikkel XXIII:

> «nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures necessary to protect public morals, order or safety ...»

---

[35] St.prp. nr. 65 (1993–94) Om resultatet av Uruguay-runden (1986–1993) og om samtykke til ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m. Se også St.prp. nr. 55 (1996–97). Om resultatet av forhandlingene om grunnleggende teletjenester i Verdens handelsorganisasjon (WTO) og om samtykke til undertegning av Fjerde protokoll til Generalavtalen om handel med tjenester (GATS).

[36] Innst. S. nr. 65 (1994–95) Innstilling fra finanskomiteen om endringer i tolltariffen som følge av handelsforhandlingene i Uruguay-runden under Generalavtalen om tolltariffer og handel (GATT) og ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m. og Innst. S. nr. 43 (1994–95). Innstilling fra utenrikskomiteen om resultatet av Uruguay-runden (1986–1993) og om samtykke til ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m. Se også Innst. S. nr. 210(1996–97). Innstilling fra utenrikskomiteen om resultatet av forhandlingene om grunnleggende teletjenester i Verdens handelsorganisasjon (WTO) og om samtykke til undertegning av Fjerde protokoll til Generalavtalen om handel med tjenester (GATS).

[37] Doha development agenda; UNICE (Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe) position on non-agricultural market access negotiations (25 October 2002), tabellen side 6.

[38] Se John A. Spanogle, Jr., Can Helms-Burton Be Challenged under WTO?, 27 Stetson L Rev 1313 (1998) side 1338.

Hvordan bestemmelsen skal forstås er gjenstand for tvil. Vi er her uten praksis fra GATT-panel, WTO Dispute Settlement Body-avgjørelser eller andre tolkningsmomenter fra WTO-organer. Det er delte oppfatninger i teorien. De mest restriktive teorier er etter mitt skjønn synspunkter *de scententia ferenda*.[39] (Hvor langt de politiske hensyn rekker etter frihandelsavtalen, kommer jeg til i pkt. 7B).

Praksis fra WTO viser at boikott er igangsatt og opprettholdt av toneangivende land, og at WTO ikke ser ut til å ha gjort noe forsøk på å avslutte praksisen.[40] Mens WTO i forbindelse med at sentrale arabiske land har søkt medlemskap i organisasjonen, har avvist sekundær- og tertiærboikotten, har en stilltiende akseptert primærboikott. Verdensbanken – som samarbeider tett med WTO – har sammenfattet hva jeg oppfatter som et slags offisielt syn slik: For prosjekter som er finansiert av Verdensbanken gjelder at firma uansett nasjonalitet kan delta i budprosessen. Imidlertid kan banken godta boikott hvis den følger av lovvedtak, forutsatt at det ikke hindrer effektiv konkurranse.[41] Dette er tolket slik at «Primary boycott is accepted if prescribed by law, provided this does not preclude effective competition».[42] Dette standpunkt føyer seg inn i det generelle syn om at land kan oppnå medlemskap i WTO selv om en har enkelte ordninger som bryter med WTO-reglene. Se GATT-avtalen artikkel XXVI – definitive application of GATT og Protokollen om midlertidig anvendelse av GATT.[43] Tiltredelsesprotokollen kan også leses slik at nasjonale ordninger i strid med WTO-reglene kan godtas.

WTO-systemet er fleksibelt fordi det gir adgang til individuell tilpasning gjennom reservasjoner ved tiltredelsen.[44] Disse kan være varige. Man er ikke tvunget inn i overgangsordninger slik tilfelle for eksempel er ved tiltredelse i EU.[45] Ikke alle medlemsstater må inn under den samme lest. I praksis ser man at ikke-tariffære restriksjoner fortsetter å anvendes på utenlandske varer selv

---

[39] Eugene Kontorovich: Reconciling political sanctions with globalization and free trade: The Arab League Boycott and WTO Accession: Can Foreign Policy Excuse Discriminatory Sanctions? 4 Chi. J. Int'l L. (2003) p. 283.

[40] Slik f.eks. John A. Spanogle, Jr., Can Helms-Burton Be Challenged under WTO?, 27 Stetson L Rev 1313 (1998) med videre henvisninger.

[41] World Bank Guidelines: Procurement under IBRD Loans and IDA Credits (May 2004) Art. 1.8ai.

[42] Slik Jean-Jacques Raoul (World Bank): Joint WTO/WB Regional Workshop on Procurement Reform and Transparency: Session 4: Objectives of Procurement Regimes and Non-Discrimination and Preferences. Basic Principles and Provisions for Procurement in Multilateral Instruments (Foredrag, Dar es Salaam January 14–17, 2003).

[43] Slik John H. Jackson, World Trade and the Law of GATT, The Michie Company (Charlottesville, Virginia 1969) side 65 for stater som ble medlemmer av GATT før 1. mars 1955. For nye medlemsstater er spørsmålet omdiskutert. Det vil si: Det kan fremholdes med styrke at disse får vente med å bli medlemmer inntil kravene er oppfylt – altså transformert til nasjonal rett. Medlemskap synes kun å kunne aksepteres dersom GATT utsteder en «waiver» som legitimerer det nasjonale unntaket, se Jackson side 110.

[44] Se Jackson op.cit. side 71–73.

[45] Se som illustrasjon, P. Orebech: The Fisheries Issues of the 2004 Second European Union Accession Treaty: a comparison with the 1994 First Accession Treaty (Int'journal of Marine & Costal law vol. 19, 2004 p. 93–142).

etter et WTO-medlemskap. Det følger av tiltredelsessystemet og «bestefarklausulene» at medlemsland ved tiltredelsen kan forbeholde seg retten til å fortsette sin tidligere handelspolitikk, men med påbud om «no return» når systemet er modent for revisjon. Man ser også eksempler på at ikke-tariffære importrestriksjoner opprettholdes uten at det kan påvises noen bestemt hjemmel for den fortsatte begrensningen i den frie handelen. Det er – i forbindelse med tiltredelsesforhandlingene – redegjort for restriksjonene uten at WTO har tatt stilling til dem. Det vil si at landsspesifikke derogasjoner – herunder boikott – fra WTO-standardene, tillates uten at det er til hinder for medlemskap.

Det er klart at det ikke er kun slike land som går inn i WTO med boikott på agendaen som får anledning til å anvende boikott. Også medlemmer som senere vil innføre boikott mot andre land, har gjennomført dette uten hinder av GATT eller WTO. Jeg konstaterer således at WTO-systemet ikke forhindrer boikott som helt og fullt er begrunnet i politiske hensyn og således ikke fremtrer som forkledd handelshindring. Et slikt åpent WTO-system inviterer til bilaterale løsninger. Medlemsstater som finner usikkerheten påtakelig og problematisk, kan søke sammen og fjerne partenes eventuelle mulighet for boikottaksjoner.[46]

7.2 *Er boikotten lovlig motivert?*

Motivet for boikotten kan ikke ligge i næringspolitiske eller statsfinansielle formål. Skal boikotten kunne passere, må den motiveres av ikke-tariffære eller ikke-pekuniære forhold som ikke er vedtatt av hensyn til staten selv eller som vern for nasjonale produsenter mot utenlandsk konkurranse. Formålet skal ikke være å hindre konkurransen, det vil si fremstå som «disguised restriction on trade». Etter mitt skjønn tilhører ønsket om å fremme fredsprosessen med fredelige midler – for eksempel gjennom boikott – kategorien offentlig politikk utenfor næringspolitikkens område. Flere medlemsland legger dette til grunn, noe WTO synes å akseptere. For eksempel legger USA til grunn at

> «The GATT has regulated devices employed by states to gain economic advantage for their products over the products of other states; it has been thought to be inapplicable to trade practices to achieve non-economic ends such as national security or foreign policy purposes.»[47]

[46] Men enkelt er det ikke: Amerikanerne har forsøkt dette i forhold til «vennligsinnede» araberland, uten å få inn slike passusser i noen frihandelsavtale, se for eksempel United States-Bahrain Free Trade Agreement of September 14, 2005. Implementation Act (the «Bahrain Act», side 2027 (December 12, 2005). Senatet måtte nøye seg med at «Bahrain confirmed in a letter that it did not apply the 'secondary' and 'tertiary' boycotts against Israel and stated that it recognized the need to terminate the 'primary' boycott of Israel imposed by the Arab League states in 1963.»

[47] Se Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 812 comment A (1987).

Dette standpunkt har åpnet for boikottvedtakene mot blant annet Cuba, Iran og Libya.[48]

Arabiske land antar at medlemskap i WTO ikke er i uoverensstemmelse med den smale boikottlinje som Den Arabiske Liga nå har lagt seg på i forhold til Israel.[49] Israel refererer til både primær- og sekundærboikotten uten innsigelser og må følgelig legge til grunn at sekundærboikott er i overensstemmelse med WTO.[50] Selv om teorien viser til at spørsmålet henhører under Dispute Settlement Body (tvisteløsningsorganet), antydes det også hos boikottkritiske forskere at læren om den lovlige politiske primærboikotten nok vil kunne stå seg.[51]

Men det er «double standards» og uklarhet mange steder. USA har på tross av sin boikottpraksis mot Cuba (medlem av WTO siden 20. april 1995) motsatt seg at Den Arabiske Liga får observatørstatus i WTO nettopp på grunn av ligaens boikottvedtak mot Israel.[52] Mens WTO ikke synes å ha noe offisielt standpunkt til spørsmålet, legger The World Bank – som nært samarbeider med WTO – til grunn at primærboikott (ikke represalier eller sanksjonsrettet) er lovlig i henhold til internasjonal handelsrett:

> «Primary boycott is accepted if prescribed by law, provided this does not preclude effective competition» (World Bank Guidelines Art. 1.8ai).[53]

GATT-reglene hindrer således ikke at Norge – om det er politisk vilje til det – innfører boikottaksjoner mot andre land, herunder også Israel. Dette er, som en vil vite, ikke gjort. Spørsmålet da er om dette utelukker andre aksjoner i Norge, det vil si om fylkesvedtak og statlig vedtak om boikott er gjensidig motstridende. Standpunktet i UD slik jeg oppfatter det, er at staten har enekompetanse til å treffe beslutningen om boikott. Dersom fylkene skal oppnå noe i så måte, må staten påvirkes til å gjennomføre boikotten.

Dette er et spørsmål om hvilket handlingsrom som *på tross av* det internasjonale regelverk tilligger underordnede forvaltningsorgan som fylker og kommuner. Arenaen i pkt. 8 og 9 er ikke lengre folkerett, men nasjonal norsk rett.

---

48 Pub. L. No. 104–114, 110 Stat. 785 (1996) (22 U.S.C. § 6021–6091 (Supp. II 1996)). [ofte omtalt som Helms-Burton Act] og Pub. L. No. 104–172, 110 Stat. 1541 (1996) (50 U.S.C.A. § 1701 note (West Supp. 1998)) [den såkalte D'Amato Act].

49 Se The Arabic League Council of Ministers decision No. 5 dated 14.1.1416 AH. (1995), med henvisninger til eldre vedtak.

50 Council – Trade Policy Review Mechanism – Israel – Report by the Secretariat, C/RM/S/55, 94-2427 (21/11/1994) at Part II, Paragraph 5(iii).

51 Eugene Kontorovich: Reconciling political sanctions with globalization and free trade: The Arab League Boycott and WTO Accession: Can Foreign Policy Excuse Discriminatory Sanctions? 4 Chi. J. Int'l L. (2003) p. 283.

52 Se Doha Round Briefing Series Vol. 1 No. 9 of 13 The International Center for Trade and Development (February 2003) side 2.

53 Slik Jean-Jacques Raoul (World Bank): Joint WTO/WB Regional Workshop on Procurement Reform and Transparency: Session 4: Objectives of Procurement Regimes and Non-Discrimination and Preferences. Basic Principles and Provisions for Procurement in Multilateral Instruments (Foredrag, Dar es Salaam January 14–17, 2003).

8 Kommunalt selvstyre: Fritt leverandørvalg? (1). Rettsstridig boikott?

Fokus her flyttes fra en vurdering av folkeretten og til norske internrettslige forhold. Kommunene kan meget vel ha plikter til å likebehandle norske og utenlandske leverandører uansett om slike plikter ikke skulle følge av folkeretten. Ved vurderingen av den fylkeskommunale kompetanse må en ta utgangspunkt i kommunalt selvstyre innenfor de rammer som traktater, lover, forskrifter eller statlige bevilgningsvedtak setter:

> «Det kommunale selvstyres kjerne er en lovfestet tildeling av forvaltningsmyndighet på et geografisk avgrenset område til selvstendige juridiske personer med en demokratisk basis, kommuner og fylkeskommuner. Som rettslig og historisk utgangspunkt er denne forvaltningsmyndigheten knyttet til ivaretakelsen av visse typer fellesoppgaver ved hjelp av økonomiske ressurser som er stilt til rådighet i form av skatteinntekter eller statlige overføringer».[54]

Det springende punkt er hvorvidt innkjøp av varer og tjenester er et område som er undergitt kommunalt selvstyre. Utgangspunktet er at kommuner og fylkeskommuner, på samme måte som enkeltindivider, er underlagt landets lovgivning, både formelle lover og forskrifter. Når kommunene beveger seg i privatautonomien som her, blir spørsmålet hvilke skranker som kommunene er pålagt i henhold til lov om boikott av 5. desember 1947 nr. 1 (se pkt. 9) og lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. september 1992 nr. 107, jevnfør lovens kapittel 8 om økonomistyringen (som behandles her): «Kommunestyret og fylkestinget vedtar [...] selv økonomiplanen og endringer i denne» (§ 44 nr. 3). «Økonomiplanen og endringer i denne oversendes departementet til orientering» (nr. 5). Etter § 46 skal det gis et årsbudsjett, som er

> «en bindende plan for kommunens eller fylkeskommunens midler og anvendelsen av disse i budsjettåret [...]. Kravet om budsjetthjemmel på utbetalingstidspunktet gjelder ikke for utbetalinger som kommunen eller fylkeskommunen er rettslig forpliktet til å foreta» (nr. 1).

De begrensninger som kommunene må finne seg i i sin økonomiforvaltning, er opplistet i § 60 (Statlig kontroll og godkjenning av økonomiske forpliktelser). Paragrafen setter fylker og kommuner under administrasjon kun ved opptak av lån og langsiktige kontrakter om varige driftsmidler som løper utover de neste fire budsjettår (nr. 1), *dersom* kommunen har underskuddsbudsjettering (litra a), ufullstendig økonomiplan (litra b), fremfasing av underskudd over flere år (litra c) eller at det finnes avvik mellom økonomiplan for inndekning av under-

[54] Jan Fridthjof Bernt: «Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?» Lov og Rett 1994 side 67.

skudd og faktisk inndekning» (litra d). Det er kun i disse tilfelle at «departementet [skal] føre kontroll med lovligheten av kommunestyrets eller fylkestingets budsjettvedtak» (litra 2).

Utover disse tilfelle har fylket frihet i sin økonomiforvaltning. Da kontrakter om kjøp av varer ikke omfattes av disse alternativ, kan vi konkludere med at kommuner og fylker har eksklusiv autonomi her.

Vi ser altså at pengebruken krever en hjemmel, at anvendelsen skal oppfylle de formål som midlene er ment å tilgodese, og at kommunene selv styrer hva de ønsker å disponere pengene til:

> «Lovregler som pålegger kommunene og fylkeskommunene bestemte oppgaver og derved innebærer begrensninger i denne valgfriheten, blir under denne synsvinkelen inngrep i lokaldemokratiet».[55]

Uten hjemmel i lov kan sentrale styresmakter ikke instruere kommuner eller fylkeskommuner i hvordan de skal bruke sine midler. Dette var også ordningen etter eldre norsk rett: Fylker og kommuner nyter en

> «fulstændig Uafhengighed i sine indre Anliggender, saaledes at ingen udenforstaaende Autoritet kan tvinge en Kommune til en Foranstaltning, som den ikke selv ønsker at gaa med paa, med mindre den ved Lov er paalagt Kommunen».[56]

Dette er fortsatt ordningen etter 1992-loven:

> «Det har altså aldri vært snakk om å sette sperrer mot statlig innblanding i det kommunale virkeområdet, men å forhindre vilkårlig statlig innblanding ved krav om at slike inngrep skal ha hjemmel i lov.»[57]

Med dette som fundament skal jeg i fortsettelsen vurdere Sør-Trøndelag fylkes boikottaksjon. *In casu:* Hvor er reglene som forbyr at kommunene ekskluderer varer med en bestemt opprinnelse fra sine innkjøp?

9 Kommunalt selvstyre: Fritt leverandørvalg? (2). Forbrukerboikott

UD vil ha det til at kommunene om de skulle hatt kompetanse til å nekte innkjøp av varer med en bestemt opprinnelse, må denne kompetansen *hentes* fra artikkel 8: «det er kun staten som i tilfelle kan påberope seg unntaksadgan-

---

55 Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove: *Kommunalrett* (Oslo 2002) side 88.

56 Sitat i Bilag 1 til Formandskabslovkomitéens Indstilling, 1899, side 10.

57 Ot.prp. nr.42 (1991–1992) Om lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) side 50.

gen i artikkel 8». Selv om dette er korrekt nok hva angår frihandelsavtalen, er dette ikke adekvat for vårt tilfelle her: Fylkeskommunen påberoper seg ikke handelsavtalen som *hjemmel* for sitt vedtak. Situasjonen er – som vist i pkt. 8 – motsatt: Fylkeskommunene har eksklusiv kompetanse til å disponere over sine midler i henhold til kommuneloven av 1992, jevnfør privatautonomien, *med mindre* internasjonale avtaler, lover eller bevilgningsvedtak bestemmer annerledes. Vi må lete etter begrensninger i Sør-Trøndelags enerett til å bestemme over økonomien, ikke etter hjemmelen for å gjøre det. Hvorvidt slike begrensninger gjelder, står og faller med hvorvidt fylkets aksjon er en forbrukerboikott eller ei.

Som vist i pkt. 5 står vi her overfor en forbrukerboikott. 1947-loven – som kun angår forbrukerboikott definert som «en oppfordring, avtale eller liknende tiltak [...] tar sikte på å hindre eller vanskeliggjøre en persons eller virksomhets økonomiske samkvem med andre» – har ingen eksplisitt avgrensning mot offentlig innkjøp. Som det fremgår av loven § 2, er avgjørelsen av om en aktuell boikott er rettsstridig, skjønnspreget. Det kreves ingen forvaltningsmessig forhåndsgodkjenning. Dersom UD mener at Sør-Trøndelags boikott av israelske varer er i strid med 1947-loven, må en utta stevning, se § 3.

Vilkårene som – alle som en – må være oppfylt, er at boikotten må ha et rettsstridig formål (litra a), være foretatt eller vedlikeholdt ved rettsstridige midler eller på en unødig opphissende eller krenkende måte og så videre (litra b), hvis den skader vesentlige samfunnsinteresser eller virker utilbørlig (litra c) og til sist at boikottede ikke har fått noe rimelig varsel eller fyllestgjørende begrunnet (litra d).

Boikott av israelske varer som fylket etter en samvittighetsfull vurdering mener er lovlig, må *a priori* anses lovlig inntil sak er reist og en eventuell domstol har kommet til at fylkets boikott er ulovlig. Det vil si at den må kunne iverksettes dersom kommunen vurderer det slik at vilkårene a–d er oppfylt.

10 Konklusjon

Norge er forpliktet til å likestille israelske og norske leverandører ved offentlige innkjøp. Fylkeskommunen kan ikke treffe avgjørelser om handelsboikott, verken for Norge eller for fylket. Denne forpliktelse ekskluderer ikke kommunene fra å treffe vedtak – innenfor rammen av privatautonomien – om hvilke varer de ønsker å forbruke. Fordi det ikke er tale om gjensidig ekskluderende vedtak, er det ingen motstrid mellom et statlig fravær av boikott av israelske varer i Norge generelt og at Sør-Trøndelag fylke ikke vil kjøpe inn israelske varer til sitt daglige forbruk. Mens det første er primær handelsboikott, er sistnevnte forbrukerboikott.

Mens staten ved UD er part i handelsavtalen med Israel og utleder sine rettigheter og plikter av den, opptrer fylkeskommunen som kjøper innenfor

rammen av privatrettsautonomien i overensstemmelse med særlig kommuneloven av 1992 og boikottloven av 1947. Kommunen har verken rettigheter eller plikter direkte fra handelsavtalen. Det følger av det kommunale selvstyre og privatautonomien at Sør-Trøndelag fylke kan bruke pengene sine på slike innkjøp som en måtte ønske.

Plikter som utledes av handelsavtalen med Israel, kan begrense fylkets handlefrihet. Slike bestemmelser må i så tilfelle transformeres til norsk rett fordi inngrep i den kommunale handlefrihet krever hjemmel i lov. Slike norske bestemmelser er gitt ved lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69. I og med at loven (§ 4) kun viser til WTO-avtalen om offentlige innkjøp og at frihandelsavtalen gjør det samme, er det klart at loven ikke gir større rettigheter til noen enn det som følger av WTO-avtalen.

Fylkeskommuner og kommuner er i henhold til WTO avtalen om offentlige innkjøp, vedheng (appendix) I, vedlegg 2, omfattet av reglene om internasjonal konkurranse og ikke-diskriminering mellom deltakende nasjoners leverandører. Boikott «on the ground of public policy» (avtalen artikkel 8) er lovlig fordi det er unntak fra handelsavtalen. Slike handelsrestriksjoner – som Norge som part i avtalen har kompetanse til å vedta – er ikke besluttet innført. Dette er imidlertid ikke avgjørende fordi artikkel 14 kun verner vareleverandører fra diskriminerende behandling, ikke vareprodusenter. Israelske *leverandører* er ikke nektet adgang til å inngi fylkeskommunale anbud. I en situasjon med boikott av israelske varer slik det ble vedtatt i desember 2005, kunne ingen – heller ikke norske leverandører – selge israelske varer. Når det er situasjonen, faller en utenfor handelsavtalens forbud mot diskriminering av leverandører.