

Kommentar til HR-2023-491-P

Snøkrabbe II

1. Sakens bakgrunn	1
2. Høyesteretts metode	3
2.1 Utgangspunktet for tolkningen	3
2.2 Dynamisk tolkning.....	4
2.3 Traktatens gjenstand og formål	6
2.4 Andre tolkningsfaktorer	8
3. Kritikk mot avgjørelsen	8
4. Veien fremover	9

1. Sakens bakgrunn

Høyesterett avsa 20. mars 2023 dom i saken HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*. Dette var en sivil sak, der det latviske rederiet *SIA North Star Ltd.* hadde saksøkt staten ved Nærings- og fiskeridepartementet. Rederiets påstand var at et vedtak om å nekte rederiet tillatelse til å fangste snøkrabbe på den norske kontinentalsokkelen, var ugyldig.¹ Staten ble frifunnet i tingretten, og lagmannsretten forkastet rederiets anke.² Rederiet anket til Høyesterett, som kom til samme konklusjon.³

Høyesteretts avgjørelse var enstemmig. Dommer Ringnes var førstvoterende. Av Høyesteretts 20 dommere, deltok 15 i saken. Dommer Skoghøy og dommer Noer hadde forfall, mens Dommer Falkanger hadde studiepermisjon.⁴ Dommer Sæther var inhabil på grunn av sin deltagelse i straffesaken HR-2019-282-S *Snøkrabbe I*,⁵ som var en forløper til den foreliggende saken.⁶ Dommer Steinsvik måtte fratre for at antallet dommere ikke skulle være delelig med to.⁷

¹ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 31.

² HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 32-34.

³ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 230.

⁴ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 38.

⁵ HR-2022-2360-P.

⁶ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 21.

⁷ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 39, jf. domstolloven § 5.

Saken gjaldt tolkningen av Svalbardtraktaten (1920).⁸ Denne ble inngått i 1920 og trådte i kraft i 1925, og har i dag 44 parter.⁹ Traktatens artikkel 1 gir Norge suverenitet over Svalbard. Artikkel 2-4 og 7 oppstiller et likebehandlingsprinsipp, der utenlandske individer og selskaper har rett til å bli behandlet på samme måte som norske i forbindelse med næringsvirksomhet, ressursutnyttelse, ferdsel, kommunikasjon og eiendomsrett. Dette er en *sui generis* regulering av rettigheter til et territorium. Høyesterett påpeker at “denne strukturen er spesiell i folkerettslig sammenheng, og at det ikke er kjent at andre konvensjoner har en tilsvarende regulering”.¹⁰

Norge og andre traktatparter har lenge vært uenige om hvor dette likebehandlingsprinsippet skal gjelde. Det er enighet om at det gjelder på Svalbards fastland og i territorialfarvannet. Partene er derimot uenige om hvorvidt det også gjelder utenfor territorialfarvannet, altså i Svalbards økonomiske sone og kontinentalsokkel.¹¹ Norges syn er at prinsippet ikke gjelder utenfor territorialfarvannet, mens andre traktatparter mener det motsatte. Høyesterett konklusjon i HR-2023-491-P *Snøkrabbe II* var i tråd med Norges syn.¹²

Svalbardtraktaten har vært oppe i for Høyesterett i flere saker, men HR-2023-491-P *Snøkrabbe II* er den første saken der Høyesterett tar stilling til om likebehandlingsprinsippet gjelder utenfor territorialfarvannet.¹³ I Rt. 1996 s. 624, Rt. 2006 s. 1498 og Rt. 2014 s. 272 unnlot Høyesterett å ta stilling til dette, fordi retten mente at prinsippet uansett ikke var brutt.¹⁴ Høyesterett konkluderte med det samme i HR-2019-282-S *Snøkrabbe I*, med den begrunnelse at både norske og utenlandske fiskere kunne straffes dersom de manglet dispensasjon.¹⁵

Saken gjaldt både da og nå snøkrabber (*chionoecetes opilio*). I HR-2019-282-S *Snøkrabbe I* konkluderte Høyesterett med at snøkrabben er en sedentær art, jf. havrettstraktaten artikkel 77 nr. 4.¹⁶ Adgangen til å fangste snøkrabbe følger i så fall havrettens regler om kontinentalsokkelen. Det avgjørende i HR-2023-491-P *Snøkrabbe II* var derfor om likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten gjaldt på Svalbards kontinentalsokkel. Det er ikke grunnlag for å skille mellom kontinentalsokkel og økonomisk sone i Svalbardtraktaten, så Høyesteretts konklusjon i HR-2023-491-P *Snøkrabbe II* gjelder i praksis også for Svalbards økonomiske sone.

⁸ Treaty recognising the sovereignty of Norway over the Archipelago of Spitsbergen, including Bear Island, inngått 9. februar 1920, i kraft 14. august 1925, 2 LNTS 8. Traktaten kaller øygruppen Spitsbergen, men norske myndigheter endret dette til Svalbard i 1925. Derfor brukes begrepet “Svalbardtraktaten”, selv om navnet Svalbard verken finnes i traktatens tittel eller tekst.

⁹ Dessuten har Irland og Slovakia erklært at de anser seg bundet av traktaten på grunnlag av henholdsvis Storbritannias (1923) og Tsjekkosloviakias (1930) tiltredelse.

¹⁰ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 99.

¹¹ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 41 og 56. Jf. for eksempel Robin Churchill og Geir Ulfstein, ”The Disputed Maritime Zones Around Svalbard”, i Myron Nordquist, John Norton Moore og Tomas H. Heidar (red.), *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea* (Brill 2010) s. 551, på s. 564.

¹² HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 227.

¹³ At Høyesterett ikke tidligere har tatt stilling til dette, fremgår blant annet av HR-2018-1028-U, Høyesteretts ankeutvalg avgjørelse om å fremme saken som ble HR-2019-282-S *Snøkrabbe I* til behandling.

¹⁴ Rt. 1996 s. 624, på s. 634; Rt. 2006 s. 1498, i avsnitt 77 og Rt. 2014 s. 272, i avsnitt 20. Disse avgjørelsene er omtalt i Irene Dahl, ”Svalbardtraktaten i fiskevernsonen ved Svalbard: Noen utviklingstrekk i Høyesteretts praksis“ (2018) 57 Lov og Rett 585.

¹⁵ HR-2019-282-S *Snøkrabbe I*, i avsnitt 83.

¹⁶ HR-2019-282-S *Snøkrabbe I*, i avsnitt 58. Dette var ikke omtvistet, og ble uten videre lagt til grunn, i en tidligere sak om krabbefiske på kontinentalsokkelen til det norske fastlandet: HR-2017-2257-A, i avsnitt 20.

I HR-2023-491-P *Snøkrabbe II* kom Svalbardtraktaten inn i saken gjennom sektormonismebestemmelsen i havressursloven § 6, som sier at loven “gjeld med dei avgrensingane som følgjer av internasjonale avtalar og folkeretten elles”.¹⁷ Snøkrabbeforskriften, som er vedtatt med hjemmel i havressursloven, viser til konsesjonsforskriften, som oppstiller et nasjonalitetskrav. Dette innebærer at kun norske fartøyer får fangste snøkrabbe.¹⁸ Disse reglene vil være i strid med Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp dersom dette prinsippet får anvendelse utenfor territorialfarvannet.

Problemstillingene i saken oppsummeres i et nøtteskall i avsnittene 2 og 30, og også ellers er dommen oversiktlig, til og med pedagogisk lagt opp slik at den egner seg godt som introduksjon til folkerettslig metodelære. At det likevel kan være forskjellige syn på enkelte av vurderingene til den enstemmige Høyesterett, er for så vidt heller ikke noe nytt.

Innledningsvis skal også noen ubetydelige skjønnsfeil nevnes. Ulfstein har tidligere påpekt at dommens omtale av art. 9 i Svalbardtraktaten som “en bestemmelse om militære anlegg”¹⁹ underkommunerer kraftig nedslagsfeltet for art. 9.²⁰ I tillegg defineres C-en i CERD i avs. 113 i tråd med slik CERD normalt forstås - som Committee on the Elimination of Racial Discrimination – mens det åpenbart i det aktuelle sitatet heller var snakk om den underliggende avtalen som sådan - International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

2. Høyesteretts metode

2.1 Utgangspunktet for tolkningen

I avsnittene 100 til 125 gir førstvoterende er oversikt over de rettslige utgangspunktene for tolkning av internasjonale avtaler. Utgangspunkt tas i art. 31 og 32 i Wienkonvensjonen om traktatretten fra 1969. Avtalen har Norge ikke tiltrådt,²¹ men det får liten betydning da de relevante bestemmelsene fra denne avtalen er blitt ansett av Den internasjonale domstolen i Haag (ICJ) som internasjonal sedvanerett.²² I forhold til bruk av disse reglene fra en avtale fra 1969 på avtaler inngått før den tid, fremhever ICJ i avs. 47 i.f. av *Costa Rica v. Nicaragua* saken fra 2009 at

Consequently, neither the circumstance that Nicaragua is not a party to the Vienna Convention on the Law of Treaties nor the fact that the treaty which is to be interpreted here considerably pre-dates the drafting of the said Convention has the effect of preventing the Court from referring to the principles of interpretation set forth in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention.

¹⁷ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 70.

¹⁸ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 68-69

¹⁹ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 97.

²⁰ Geir Ulfstein, ”Snøkrabbesaken avklart av Høyesterett - Haag neste?”, Rett24, 21.03.23;

<https://rett24.no/articles/snokrabbesaken-avklart-av-hoyesterett-haag-neste>.

²¹ Dette synes å skyldes spørsmålet om Grl. § 26 (2) står seg ift Wienkonvensjonen art. 46(1). Se herom Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* (11. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2017), s. 375-376.

²² Se *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Cost Rica v. Nicaragua)*, dom av 13. juli 2009, avsnitt 47 med videre henvisinger.

Høyesterett gjengir deretter ordlyden til alle fire avsnitt av Wienkonvensjonens art. 31, og det bemerkes her at avsnitt 3 bokstav c vil være “relevant, fordi havrettskonvensjonen er av betydning”.²³ Denne kommentaren knytter an mot hvor man kan se hen for å finne relevant informasjon av betydning for fortolkningen av avtalens ordlyd.

Det fremgår av art. 31 at ordlyden må fortolkes i god tro i tråd med vanlig ordlydsforståelse og i henhold til sammenhengen ordlyden står i (konteksten reguleres av bestemmelsens avsnitt 2, mens den utvidende konteksten behandles i avsnitt 3) og avtalens gjenstand og formål. Avtalens gjenstand refererer seg til innholdet i avtalen, mens formålet ”viser til det partene ønsker å oppnå med avtalen”.²⁴ Førstevoterende påpeker imidlertid deretter at “disse to elementene [vil] gli over i hverandre og bli vurdert under ett”.²⁵

Under henvisning til rettspraksis fra ICJ²⁶ viser førstevoterende til at art. 31 avs. 1 krever ”en enhetlig og samlet tolkningsprosess”,²⁷ samtidig som han også fremhever at av disse tre faktorene danner ordlyden ”likevel en ramme for tolkningen i den forstand at tolkningsresultatet må være forankret i denne”.²⁸

2.2 Dynamisk tolkning

Diskusjonen videre angår i stor grad hvor tydelig ordlyden i Svalbardtrakteten er, og om den er av en slik karakter at den kan anses å endre innhold over tid.

Høyesterett har tidligere uttalt at “det er lite rom for dynamisk fortolkning” ved anvendelsen av Wien-konvensjonen art. 31-33.²⁹ Førstevoterende i *Snøkrabbe II* viser til denne uttalelsen og mener at denne ”kortfattede uttalelsen” må ”nyanseres og utdypes”.³⁰

Utgangspunktet i forhold til hvilken forståelse som skal legges til grunn ved fortolkningen av ordlyd – ved inngåelse eller når tvisten skal løses - er at partenes felles forståelse best gjenspeiles av hvordan begrepene var å forstå på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Dette har da også ICJ lagt til grunn i sin dom av 13. Juli 2009 i saken mellom Costa Rica og Nicaragua,³¹ hvor ICJ viser til to tidligere saker hvor domstolen la til grunn meningsinnholdet begrepet hadde ved avtaleinngåelsen. Det som derimot er av større interesse for *Snøkrabbe II*-saken er det som ICJ sier i avsnittene 64 til 66.

ICJ begynner riktignok nokså defensivt i avs. 64. Domstolen påpeker at når begrepets mening “is no longer the same” på det senere tviste tidspunktet som ved inngåelsen av avtalen, er det likevel ikke slik at det aldri skal (“no account should ever”) hensyntas hvordan begrepet er å forstå nå. At begrepet ikke lenger har samme innhold betyr ikke nødvendigvis at begrepet i dag betyr noe helt annet, men snarere at det gjerne betyr noe mer – omfatter for eksempel flere aktiviteter – enn hva som ble lagt til grunn tidligere. Og det er stor forskjell mellom å

²³ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 103.

²⁴ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 124.

²⁵ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 124.

²⁶ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. India)*, preliminary objections, dom av 2. februar 2017, avsnitt 64.

²⁷ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 110.

²⁸ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 115.

²⁹ HR-2017-569-A, i avsnitt 44.

³⁰ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 122.

³¹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Cost Rica v. Nicaragua)*, dom av 13. juli 2009, avsnitt 63.

overhode ikke se hen til begrepets nåtidige forståelse på den ene siden, og på den andre siden tillegge den nåtidige forståelsen en eller annen vekt ved vurderingen av hva begrepet i avtalen betyr i dag.

ICJ viser til at dette spørsmålet kan gripes an på to vis. For det første ved at etterfølgende praksis mellom avtalepartene som legger til grunn en avvikende forståelse – i tråd med Wien-konvensjonen om traktarett art. 31 (3)(b) - kan utgjøre stilltiende enighet (“tacit agreement”). Dette berøres senere av førstevoterende - i avsnittene 205 til 207 – hvor det klart nok fremgår at andre stater ikke har stilltiende samtykket i de norske myndigheters forståelse av saken.

For den andre situasjonen hvor det kan være naturlig å vektlegge nåtidsforståelse av ordlyden, fremhever ICJ i avs. 64 at

«On the other hand, there are situations in which the parties’ intent upon conclusion of the treaty was, or *may be presumed* to have been, to give the terms used – or *some* of them – a meaning or content *capable of evolving*, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order to *respect the parties’ common intention at the time the treaty was concluded*, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied” (vår utheving).

Et sentralt poeng er her at det fortsatt er partenes intensjon – eventuelt formodede intensjon – på tidspunktet for avtaleinngåelsen som vi orienterer vår fortolkning etter. Spørsmålet blir da hva som karakteriserer slike situasjoner hvor denne “evolusjonære”, ofte omtalt som dynamiske, tilnærmingen til meningen eller innholdet av ord skal råde grunnen. Dette behandler ICJ i avs. 66 hvor det fremheves at

«[...]where the parties have used *generic terms* in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a *very long period or is “of continuing duration”*, the parties must be *presumed*, as a *general rule*, to have intended those terms to have an evolving meaning”(vår utheving).

Det sentrale blir dermed bruken av generiske ord eller begrep, samt om avtalen er tidsbegrenset eller har lang varighet. I slike tilfeller er domstolen tilbøyelig til å presumere at den nåtidige betydningen skal legges til grunn. Det er likevel verdt å merke seg at selv da er denne presumsjonen kun en generell regel (“general rule”) slik at unntak kan tenkes. I tillegg kan formuleringen også leses dithen at ICJ hadde i tankene en særlig gruppe av generiske ord eller begreper, nemlig slike hvor partene nødvendigvis var klar over at meningsinnholdet kunne komme til å endre seg over tid. Domstolen går imidlertid ikke nærmere inn på hva som i så fall skulle skille slike generiske ord fra de øvrige generiske ordene, siden det er nærliggende at mange ord vil få i det minste en justert betydning over tid.

Førstevoterende oppsummerer sin gjennomgang av rettskildene dithen at dynamisk tolkning følger de ordinære tolkningsprosessene i nevnte art. 31 og 32 (sistnevnte om forarbeider med mer sin betydning). Dernest “må en dynamisk tolkning kunne forankres i den forståelse partene hadde eller må antas å ha hatt da traktaten ble inngått”, og her “vil ordlyden setter

rammer for hvor dynamisk den kan tolkes.”³² Som presisering av ordlydens betydningen påpekes det at avtalens gjenstand og formål kan klargjøre teksten, “men de kan ikke gi grunnlag for å fravike en klar ordlyd”.³³ Og det er nettopp spørsmålet om hvor klar ordlyden er som Høyesterett deretter ser nærmere på.

Etter å ha slått fast av Svalbard-traktaten art. 1 gir Norge full og uinnskrenket suverenitet over øyene og tilhørende klipper i “Svalbardboksen” - den delen av kartet som befinner seg innenfor de bredde- og lengdegradsangivelsene som fremgår av art. 1 - påpeker førstevoterende at denne suvereniteten har den begrensning at Norge plikter “å respektere de rettigheter som traktatstatenes undersätter er sikret gjennom traktatens bestemmelser”.³⁴ Hvilke rettigheter det her er snakk om vil følge av de øvrige artiklene i Svalbardtraktaten. Retten til likebehandling må da også utledes av disse etterfølgende artiklene, og følger ikke som sådan av art. 1.³⁵

I den foreliggende saken er artiklene 2 og 3 påberopt. Førstevoterende påpeker korrekt at begrepet “waters” i art. 3(1) neppe kan forstås videre enn “territorial waters” i art. 2 (1) (avs. 225), så i det følgende skal vi se på om “territorial waters” kan anses å være et begrep av en slik karakter at dynamisk fortolkning er påkrevd.

I avsnittene 144 til 174 redegjør førstevoterende for hvorfor begrepet “territorial waters” hadde er fastlagt meningsinnhold allerede i 1920, nemlig som det havbeltet langs kysten hvor kyststaten har suverenitet. Dernest anses ikke meningsinnholdet i begrepet å ha endret seg nevneverdig – det anvendes fortsatt på de havområdene hvor nettopp kyststatens suverenitet gjelder. At kyststaten er gitt adgang til å utvide geografisk det området hvor slik suverenitet foreligger, endrer ikke på dette. “Territorial waters” er derfor, ifølge førstevoterende, ikke “et ‘generisk begrep’ som kan gis et utvidet innhold”.³⁶ Her ser vi at førstevoterende behandler det første av kriteriene fra *Costa Rica v. Nicaragua*-saken – om generiske begreper er brukt.

Høyesteretts konklusjon på dette punktet virker forsvarlig. ICJs uttalelser i *Costa Rica v. Nicaragua* gjelder “generic terms”, som ifølge domstolen er “likely to evolve over time”. Begrepet “territorial waters” viser riktignok til et større havområde i dag enn det gjorde i 1920, men språklig sett har ikke begrepet har ikke endret innhold på den måten at det nå omfatter økonomisk sone eller kontinentalsokkel. En konvensjonell dynamisk tolkning av Svalbardtraktaten passer derfor ikke som begrunnelse for at likebehandlingsprinsippet gjelder utenfor territorialfarvannet.

2.3 Traktatens gjenstand og formål

Etter en slik klar konstatering av at den relevante ordlyden nettopp er “klar”, kan det virke noe overraskende at dommen likevel ser hen til om nevnte gjenstand og formål kan trekke i en annen retning. Dette må nok ses på bakgrunn av at Høyesterett ønsker å unngå kritikk for ikke å ha behandlet alle relevante forhold – dette er jo tross alt en av de viktigste sakene Høyesterett nok kommer til å behandle i år. Så kan derimot synene avvike noe på om retten var grundig nok i sin behandling av disse forholdene.

³² HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 121.

³³ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 125.

³⁴ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 134. Dette knytter an mot den innskutte setningen ”subject to the stipulations of the present Treaty” i art. 1.

³⁵ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 140.

³⁶ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 182.

Førstevoterende viser innledningsvis til at traktatens gjenstand og formål kan si noe om partene hadde ment at traktaten skulle tolkes dynamisk, men dette kan ikke gi grunnlag for å fravike en klar ordlyd.³⁷ Førstvoterende viser så til at det uttalte formålet med avtalen fremgår av fortalen: Sikre Svalbards utvikling og fredelige utnyttelse (“assure their development and peaceful utilisation”). Dette skulle oppnås ved et rettferdig regime (“equitable regime”), og Norges suverenitet og likebehandlingen som skrevet inn i avtalen skulle bidra til dette.³⁸

I forhold til det temporale kriteriet som ICJ nevnte i *Costa Rica v. Nicaragua*-saken, nevnes her den ubestemte varigheten nærmest i forbifarten.³⁹

Den saksøkende parten hadde påberopt seg at det ville oppstå en anomali dersom Norge skulle ha større rådighet over ressursene i området utenfor territorialfarvannet til Svalbard enn innenfor, siden den normale reguleringen er at kyststatens rettigheter reduseres jo lenger fra land man kommer.⁴⁰ Intuitivt fremstår det som et godt argument, men det er for så vidt et godt – men kanskje ikke avgjørende - motargument at denne anomalien skyldes den samtidige eksistensen av to separate rettslige systemer: Svalbardtrakten på den ene siden, og havretten på den andre.⁴¹ Svalbardtraktatens bestemmelser får dermed *lex specialis* virkning i forhold til havrettens generelle regler for de indre farvann og territorialfarvannet.

Førstvoterende ser en mulighet for “at fremtidig utnyttelse av de potensielt store og vitale ressursene på kontinentalsokkelen kan skape konflikter knyttet til ressurstilgang og regulering”, og at disse kan bli “større dersom alle interesserte traktatstater kan påberope seg rett til likebehandling”.⁴² Det førstvoterende kaller “hensynet til stabilitet” taler derfor for “at ett land har rettighetene”.⁴³ Dette er imidlertid ikke innlysende. I sin kritikk av avgjørelsen (punkt 3 nedenfor), påpeker Ulfstein at det allerede er en konflikt mellom Norge og andre traktatparter om anvendelsen av likebehandlingsprinsippet utenfor Svalbards territorialfarvann. Og Skoghøy viser til at likebehandlingen på Svalbards fastland og territorialfarvann ikke i seg selv har skapt nevneverdige konflikter.

Det sentrale for førstevoterende er her at hensynene som taler for en dynamisk fortolkning (at kontinentalsokkelen avledes av suvereniteten over Svalbard) i tilstrekkelig grad balanseres av hensynene som ikke gjør det (bla. at anvendelsen av Svalbard regimet på kontinentalsokkelen ikke nødvendigvis sikrer fredelig utnyttelse av Svalbard), og at det dermed ikke er grunn til å skulle fravike den klare ordlyden.

Førstevoterende konkluderer på denne bakgrunn med at Svalbardtraktatens gjenstand og formal “ikke klart og utvetydig [gir] støtte til et tolkningsresultat som fraviker det tolkningsalternativer som følger av en naturlig forståelse av traktatens ordlyd”.⁴⁴

³⁷ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 184.

³⁸ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 189.

³⁹ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 193.

⁴⁰ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 197.

⁴¹ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 198.

⁴² HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 202.

⁴³ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 203.

⁴⁴ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 204.

Dette er en konklusjon som kan bli annerledes dersom man legger større vekt enn Høyesterett på den nevnte “anomalien”, og dersom man ikke er enig i Høyesteretts argument om hvilken løsning som vil være mer konfliktskapende. Da må det gjøres en klarere avveining mellom traktatens ordlyd på den ene siden, som tross alt er “territorial waters”, og det som antagelig var et formålene med traktaten på den andre siden, altså at likebehandlingsprinsippet skulle gjelde i havområdene som tilhørte Svalbard.⁴⁵ Her vil nok i så fall også fortalens ønske om å etablere et “equitable regime“ på Svalbard måtte vektlegges.

2.4 Andre tolkningsfaktorer

Førstvoterende slår også kort fast at det ikke finnes noen statspraksis som “etablerer enighet mellom partene om tolkningen”,⁴⁶ ettersom traktatpartene har forholdt seg til sine motstridende syn på tolkningen av Svalbardtraktaten. Slik praksis kunne ellers vært et tolkningsmoment i tråd med Wien-konvensjonen art. 31(3)(b), som Høyesterett viser til.

Det kan være verdt å merke seg at selv om internasjonal rettspraksis ble brukt for å kartlegge hvordan reglene om traktattolkning skulle forstås, var det meget beskjeden bruk av slik rettspraksis senere i dommen.⁴⁷

Dessuten anvendes folkerettslitteraturen i svært begrenset grad uttrykkelig i drøftelsene.⁴⁸ En av saksøkerens anførsler var at “en rekke anerkjente folkerettsjurister” deler deres syn på tolkningen av traktaten.⁴⁹ Førstvoterendes syn er imidlertid at litteraturen ikke gir “noe entydig bilde av hvordan Svalbardtraktaten bør tolkes”, siden forfatterne grovt sett kan fordeles i to leire. Førstvoterende sier ikke noe om “størrelsen” på disse to leirene, og heller intet om det er en klar fordeling på disse basert på nasjonalt opphav.⁵⁰

I en “samlet vurdering” konkluderer førstvoterende med at “Svalbardtraktatens artikkel 2 gjelder i Svalbards indre farvann og sjøterritorium, men ikke på kontinentalsokkelen”.⁵¹

3. Kritikk mot avgjørelsen

Professor emeritus ved Universitetet i Oslo Geir Ulfstein har skrevet en artikkel om Høyesteretts dom i rett24.no.⁵² Ulfsteins artikkel presenterer to innvendinger mot Høyesteretts tolkning av traktatens regler om likebehandling.

⁴⁵ Jf. for eksempel Robin Churchill og Geir Ulfstein, “The Disputed Maritime Zones Around Svalbard”, i Myron Nordquist, John Norton Moore og Tomas H. Heidar (red.), *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea* (Brill 2010) s. 551, på s. 571.

⁴⁶ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 205-207.

⁴⁷ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 172-173 og 208-209.

⁴⁸ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 163 og 210-211.

⁴⁹ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 49.

⁵⁰ Robin Churchill og Geir Ulfstein, “The Application of the Svalbard Treaty Offshore”, i Irene Dahl og Øystein Jensen (red.), *Svalbardtraktaten 100 år: Et jubileumsskrift* (Fagbokforlaget 2020), s. 265, på s. 268 gir en oversikt over relevant litteratur, og skriver i en oppsummering på s. 291 at “certain Norwegian commentators” støtter Norges tolkning av traktaten, mens “some commentators” har motsatt syn.

⁵¹ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 220.

⁵² Geir Ulfstein, “Snøkrabbesaken avklart av Høyesterett - Haag neste?”, *Retts24*, 21.03.23; <https://rett24.no/articles/snokrabbesaken-avklart-av-hoyesterett--haag-neste>.

Han mener for det første at det er «vanskelig å forstå at ikke Høyesterett innser «anomalien» i at Norge har større rettigheter på kontinentalsokkelen enn i territorialfarvannet».

Dessuten synes han ikke det er «særlig overbevisende når det uttales at det norske synet på traktatens geografiske anvendelse skulle være mindre konfliktskapende enn dersom traktatens likebehandlingsregel fikk anvendelse».

Ulfstein har tidligere tolket Svalbardtraktaten i sin ph.d.-avhandling, *The Svalbard Treaty*, der han konkluderte med at likebehandlingsprinsippet også gjelder utenfor Svalbards territorialfarvann.⁵³ Høyesterett valgte å ikke sitere denne.

Høyesterettsdommer Jens Edvin A. Skoghøy hadde forfall i saken, som nevnt i punkt 1. Han ga likevel sitt syn på saken i en artikkel på rett24.no.⁵⁴ Skoghøy skriver at han ikke «føler [seg] overbevist av» Høyesteretts resonnement.

Han mener det er «lett selvmotsigende» at Høyesterett ”fremhever ordlyden som det beste uttrykk for partenes felles forståelse” og samtidig anerkjenner at de som utarbeidet traktaten manglet ”forutsetninger for å forutse utviklingen av havretten som skjedde i andre halvdel av det 20. århundre, og som utvidet kyststatens rettigheter i sjøområdene» (dommens avsnitt 193). Skoghøy mener at ”en lojal tolking av traktaten” innebærer ”at det geografiske anvendelsesområdet for likebehandlingsprinsippet må utvides tilsvarende” i takt med utvidelsen av Norges kontroll over havområdene og kontinentalsokkelen rundt Svalbard.

Skoghøy sier seg dessuten enig i Ulfstein når det gjelder anomalien i ”at Norge skal ha større rettigheter på kontinentalsokkelen enn i territorialfarvannet”. Han er også enig i at Høyesteretts bruk av ”hensynet til fred og stabilitet” er lite overbevisende, ettersom ”det er vanskelig å se at praktisering av likebehandling skulle skape større problemer på sokkelen enn på landjorden og i sjøterritoriet

4. Veien fremover

Høyesteretts avgjørelse vil nok i praksis bli lagt til grunn som retningsgivende internt i norsk rett, av for eksempel lavere domstoler og forvaltningsorganer. Høyesteretts avgjørelse nødvendiggjør ingen endring i norske myndigheters praksis for forvaltningen av kontinentalsokkelen og den økonomiske sonen rundt Svalbard.

Samtidig er det verdt å minne om at Høyesterett tolket en traktat. I folkerettens rettskildelære regnes Høyesteretts avgjørelse som nasjonal rettspraksis og som statspraksis fra én stat. Dette

⁵³ Geir Ulfstein, *The Svalbard Treaty: From Terra Nullius to Norwegian Sovereignty* (Universitetet i Oslo, 1995), på s. 440-441. I senere publikasjoner som Robin Churchill og Geir Ulfstein, ”The Disputed Maritime Zones Around Svalbard”, i Myron Nordquist, John Norton Moore og Tomas H. Heidar (red.), *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea* (Brill 2010) s. 551, på s. 593 og Robin Churchill og Geir Ulfstein, ”The Application of the Svalbard Treaty Offshore”, i Irene Dahl og Øystein Jensen (red.), *Svalbardtraktaten 100 år: Et jubileumsskrift* (Fagbokforlaget 2020), s. 265, på s. 291, er konklusjonen mer åpen.

⁵⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, ”Ordlydsfortolkning av traktater – kommentar til snøkrabbedommen”, *Rett24*, 23 mars 2023, <https://rett24.no/articles/ordlydsfortolkning-av-traktater--kommentar-til-snokrabbedommen>.

har liten vekt i seg selv.⁵⁵ Fra et folkerettslig perspektiv, er derfor tolkningen av Svalbardtraktaten like uavklart som den var før Høyesteretts dom ble avsagt. De øvrige partene i Svalbardtraktaten kommer ikke til å endre sine syn som følge av dommen.

SIA North Star Ltd. har også tatt ut et internasjonalt voldgiftssøksmål mot Norge.⁵⁶ Grunnlaget for søksmålene er en bilateral investeringstraktat mellom Norge og Latvia fra 1992. Saken er under behandling av et voldgiftstribunal ved ICSID-senteret i Washington DC. Voldgiftstribunalet vil kunne ta stilling til det samme spørsmålet om tolkningen av Svalbardtraktaten som var tema i HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*. Hovedforhandling ble gjennomført i oktober og november 2022, men det er ikke klart når en avgjørelse vil foreligge.⁵⁷ Et annet latvisk selskap, *UAB Arctic Fishing*, har tatt ut et tilsvarende søksmål mot Norge, basert på samme traktat.⁵⁸ Denne saken ble imidlertid stilt i bero av ICSIDs generalsekretær i april 2023, uten at et voldgiftstribunal har blitt konstituert.

En avgjørelse i ICSID vil være formelt bindende for partene i saken, jf. ICSID-konvensjonen artikkel 53(1). Norge vil imidlertid bare være bundet av *domsslutningen*, som kan gå ut på at Norge har brutt investeringstraktaten og plikter å betale erstatning til rederiet. Et annet spørsmål er hvilken vekt *domsgrunnene*, der tribunalets tolkning av Svalbardtraktaten eventuelt fremgår, vil ha som rettskilde. Internasjonale rettsavgjørelser har større vekt enn nasjonale rettsavgjørelser i folkeretten. I utgangspunktet vil derfor en ICSID-avgjørelse ha større vekt en Høyesteretts dom. Samtidig er ikke Svalbardtraktaten del av investeringsretten. Den ligger derfor et stykke utenfor det som normalt vil være et ICSID-tribunals ekspertise. Internasjonale rettsavgjørelser har normalt større vekt i spørsmål som ligger innenfor den aktuelle domstolens mandat.⁵⁹ Saker i ICSID avgjøres normalt av kun tre dommere, hvorav to er oppnevnt av partene i saken. Dette har også betydning for avgjørelsens vekt som rettskilder, sammenlignet med avgjørelser fra permanente domstoler med flere dommere som er utnevnt gjennom en mer omfattende prosess.⁶⁰ En ICSID-avgjørelse som tolker Svalbardtraktaten vil derfor også ha begrenset vekt som rettskilde.

For å få en autoritativ tolkning av Svalbardtraktaten, er det nok nødvendig med en avgjørelse fra ICJ. Norge har avgitt et generelt forhåndssamtykke til søksmål for ICJ.⁶¹ Denne tar et forbehold om at erklæringer i tilknytning til tvisteløsningssystem under FNs havrettstraktat og den tilhørende traktaten om fiskeribestander skal gjelde tilsvarende. Dette forbeholdet er ikke relevant for tvisten om Svalbardtraktaten. Latvia har også gitt forhåndssamtykke til søksmål for ICJ.⁶² Latvias erklæring inneholder diverse forbehold, men ingen av disse påvirker domstolens adgang til å avgjøre en sak om Svalbardtraktaten. Av de øvrige 42

⁵⁵ Jf. for eksempel James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (2. utg., Oxford University Press 2019), på s. 38-39.

⁵⁶ *Peteris Pildegovics and SIA North Star v. Kingdom of Norway*, ICSID Case No. ARB/20/11.

⁵⁷ *Peteris Pildegovics and SIA North Star v. Kingdom of Norway*, ICSID Case No. ARB/20/11, Procedural order 8, 26. oktober 2022, s. 11-13.

⁵⁸ *UAB Arctic Fishing v. Kingdom of Norway*, ICSID Case No. ARB/22/31.

⁵⁹ International Law Commission, *First report on subsidiary means for the determination of rules of international law*; By Charles Chernor Jalloh, *Special Rapporteur*, A/CN.4/760, 13. februar 2023, i avsnitt 382.

⁶⁰ Alain Pellet og Daniel Müller, "Article 38", i Andreas Zimmermann m.fl. (red.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3. utg, Oxford University Press 2019) s. 819, på s. 949.

⁶¹ International Court of Justice, "Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory: Norway", 24. juni 1996, <https://www.icj-cij.org/declarations/no>

⁶² International Court of Justice, "Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory Latvia, Republic of", 30. august 2019, <https://www.icj-cij.org/declarations/lv>.

partene til Svalbardtraktaten, har 26 gitt erklæringer om forhåndssamtykke til søksmål for ICJ.⁶³ Det er altså mange stater som vil ha mulighet til å ta saken inn for ICJ.

Selv om Norge skulle tape en sak i ICJ, vil det fortsatt være mulig for Norge å nekte *både* norske og utenlandske aktører å fiske og utvinne andre naturressurser i den økonomiske sonen og kontinentalsokkelen rundt Svalbard. Da vil de øvrige statene være like langt. Tvisten om Svalbardtraktaten kan løses gjennom forhandlinger uten noen avgjørelse fra ICJ, og i slike forhandlinger vil Norges handlingsrom etter et eventuelt tap være en del av bakteppet.

Et aspekt som kan komme til å skape noe utfordring ville i så fall også være avgrensingen mellom Norges “øvrige” kontinentalsokkel og det som i så fall skulle omfattes av Svalbardtraktaten.⁶⁴

⁶³ Dette er Australia, Belgia, Bulgaria, Canada, Danmark, Den dominikanske republikk, Egypt, Estland, Finland, Hellas, India, Italia, Japan, Litauen, Nederland, New Zealand, Polen, Portugal, Romania, Spania, Storbritannia, Sveits, Sverige, Tyskland, Ungarn og Østerrike. I tillegg har Irland og Slovakia avgitt slike erklæringer.

⁶⁴ HR-2023-491-P *Snøkrabbe II*, i avsnitt 19.