



Nærings- og Fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Også sendt elektronisk

Deres ref.: 15/1625

Dato: 14. september 2015

Vår ref.: 204045

HØRING - NY NORSK MODELL FOR AVTALER OM FREMME OG BESKYTTELSE AV INVESTERINGER (INVESTERINGSAVTALER)

1 Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 13.5.2015 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for europa- og konkurranserett. Lovutvalget består av Ingvald Falch (leder), Harald Evensen, Morten Goller, Helge Stemshaug og Monica Syrdal.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Sakens bakgrunn

Regjeringen har signalisert økt bruk av bilaterale investeringsavtaler (BITs), og i den forbindelse er det nødvendig å utarbeide en ny norsk modellavtale. Modellavtalen vil danne utgangspunkt for fremtidige

forhandlinger med aktuelle traktatparter og representere et uttrykk for Norges foretrukne forhandlingsresultat.

Advokatforeningen støtter departementets initiativ til å utarbeide et nytt mandat for fremtidige forhandlinger om norske BITs og vil understreke hovedformålet med "*å stimulere til, skape og opprettholde stabile, rettferdige, gunstige og oversiktlige vilkår for en parts investorer og deres investeringer på den annen parts territorium.*" Rettslig beskyttelse mot urettmessige inngrep i eiendomsretten, diskriminering og brudd på fundamentale rettsstatsprinsipper, er avgjørende for å sikre langsiktige og gjensidig fordelaktige investeringer – både i Norge og i land Norge inngår avtale med – fra utenlandske selskaper og personer.

Inngåelse av BIT vil etter Advokatforeningens mening dessuten kunne bidra til å redusere forekomsten av korrupsjon. Avtalene sikrer investorer en rettslig beskyttelse som reduserer deres insentiver til å sikre sine investeringer på annen og rettsstridig måte.

Samtidig anerkjenner Advokatforeningen at det er et viktig hensyn ved utformingen av ny modellavtale at denne ikke skal innskrenke handlingsrommet for nasjonale lovgivende og utøvende myndigheter på en uforholdsmessig måte, og heller ikke på en måte som reduserer avtalens formelle og sosiale legitimitet.

Advokatforeningen er kjent med den kritikk som har kommet frem mot det foreliggende utkast til modellavtale, herunder spørsmålet om forholdet til grunnloven. Advokatforeningen har ikke foretatt noen nærmere vurdering av de spørsmål som er reist, men forutsetter at de vil bli vurdert nærmere av departementet.

3. Kommentarer til modellavtalens ulike deler

3.1 Del 1 – Virkeområde og Anvendelse

Utkastets del 1 (Virkeområde og Anvendelse) inneholder i artikkel 1 regler som definerer og avgrenser avtalens geografiske og materielle anvendelsesområde, herunder i forhold til hendelser og investeringer som har funnet sted før investeringsavtalens ikrafttredelse.

Til dette vil Advokatforeningen kort bemerke at det fremstår som noe uklart hvorvidt tvister som oppstår som følge av hendelser som har funnet sted før ny avtales ikrafttredelse, og som ville vært beskyttet av tidligere investeringsavtale mellom Norge og samme motpart, er hensiktsmessig beskyttet av overgangsbestemmelser i utgåtte investeringsavtaler.

Det er også grunn til å reise spørsmål ved om det er i Norges interesse å legge til grunn - som en foretrukken løsning i modellavtalen – at norske BITs skal gjelde for utenlandske investorer på den eksklusive økonomiske sone og kontinentalsokkelen, og især om den internasjonale tvisteløsningsmekanismen skal få anvendelse her. Om dette sistnevnte spørsmålet vil Advokatforeningen oppfordre til videre åpen rådslagning uten at det tas konkret standpunkt i denne høringsuttalelsen.

I utkastets artikkel 2 defineres begrepene "investor" og "investering".

Advokatforeningen registrerer for det første at avtalen legger opp til at også stater skal regnes som

investorer, jf. artikkel 2 nr. (i), og dermed nyte godt av traktatbeskyttelse. Advokatforeningen vil advare mot en slik løsning uten nærmere avgrensninger og klargjøringer i avtaleteksten. Det bør stilles særlige krav til transparens når et statlig organ påberoper seg traktatbeskyttelse som utenlandsk investor. Det bør også vurderes om modifikasjoner kan gjøres som ivaretar hensynet til rikets sikkerhet ved andre staters påberopelse av BIT-beskyttelse og -tvisteløsning. Advokatforeningen har ikke konkrete forslag til løsning på dette punktet, men mener det er viktig å belyse temaet, ettersom det ikke er behandlet i departementets kommentarer til de enkelte bestemmelsene eller høringsbrevet.

Videre stilles det, Artikkel 2 nr. 1 (ii), krav om at *juridiske personer* må drive "*reell forretningsvirksomhet på territoriet til den annen part*" for å beskyttes av en BIT som utenlandsk investor. Advokatforeningen støtter i den forbindelse det underliggende formålet om "*å hindre at 'postkasseselskaper' får vern under avtalen*". Advokatforeningen stiller likevel spørsmål ved om bestemmelsen er hensiktsmessig utformet for å oppnå det uttalte formålet, samt om det i en viss forstand favner for vidt.

For det første er det noe uklart om bestemmelsen i tilstrekkelig grad verner mot uønsket "forum shopping" av selskaper som reelt sett er eiet eller kontrollert fra tredjeland som ikke er part i den aktuelle BIT, og som vertsstaten (Norge) ikke pleier diplomatiske relasjoner med, så lenge de driver såkalt "*reell virksomhet*".

For det andre avgrenser modellavtalen tilsynelatende også de nye BITs' anvendelsesområde mot juridiske personer som på en eller annen måte kan anføres ikke å drive reell virksomhet, men som like fullt er både eiet, kontrollert og lokalisert i den annen kontraktspart.

Når det gjelder den første problemstillingen antar Advokatforeningen at dette kan avhjelpest ved en såkalt "denial of benefits" klausul, som åpner for at vertsstaten kan nekte traktatbeskyttelse for juridiske personer som er eiet eller kontrollert i en tredjestat når vertsstaten i) ikke har diplomatiske relasjoner med tredjestaten, eller vertsstaten ii) har innført tiltak overfor den aktuelle tredjestaten eller personer derfra, som forbyr transaksjoner med den juridiske personen.

Den andre problemstillingen bør kunne avhjelpest ved kun å rette kravet om reell virksomhet mot juridiske personer som er eiet eller kontrollert av personer i tredjestater eller i vertsstaten selv.

3.2 Del 2 – Behandling og Beskyttelse av Investorer og Investeringer

I utkastets del 2 utpenses de materielle bestemmelsene om behandling og beskyttelse av de i del 1 omhandlede investorer og investeringer.

Artikkel 3 (Nasjonal Behandling) og artikkel 4 (Bestevilkårsbehandling) er sentrale diskrimineringsforbud. Advokatforeningen er enig i departementets uttalelse om at "*plikten til ikke-diskriminering står sentralt i investeringsavtaler, og den er av avgjørende betydning for norske investorer i utlandet.*" Dette gjelder kanskje spesielt diskriminering i forhold til selskaper hjemmehørende i vertsstaten og således bestemmelsen om Nasjonal Behandling. Advokatforeningen er positiv til at diskrimineringsvernet nå også vil gjelde for investorer i etableringsfasen, og har for øvrig ikke kommentarer til disse bestemmelsene.

Artikkel 5 (Generell Behandling og Beskyttelse) inneholder krav til minimumsbeskyttelse av investorer i henhold til internasjonal sedvanerett, "*herunder en rettfærdig og rimelig behandling*" ("*fair and equitable*").

treatment"). Det kursiverte henviser til en etablert standard som kanskje utgjør den mest sentrale og effektive bestemmelsen for internasjonal investeringsbeskyttelse. Også det tradisjonelle ekspropriasjonsvernet blir i stadig større grad subsumert under denne standarden, ettersom det innebærer en mildere kritikk av vertsstatens handlinger enn den illegitime ekspropriasjon. Advokatforeningen mener det er svært viktig for norske selskapers beskyttelse i utlandet at denne bestemmelsen ikke innskrenkes, slik trenden kan synes å være i en rekke andre land samt i utkastene til de transatlantiske handels- og investeringsavtalene som for tiden forhandles.

Artikkel 6 (Ekspropriasjon) har i utkastet til modellavtale fått et originalt uttrykk som Advokatforeningen frykter at ikke er hensiktsmessig.

Advokatforeningen er særlig bekymret for det reduserte vern som norske investorer i utlandet vil få mot såkalt kryptende eller indirekte ekspropriasjon, jf. utkastets artikkel 6 nr. 8 flg. Etter Advokatforeningens syn bør det ikke være tvil om at investorer nyter fullt ekspropriasjonsrettslig vern, også i de tilfellene der ekspropriasjonen skjer fordekt gjennom tiltak, herunder serie av tiltak, som har samme virkning som ved ekspropriasjon. Dette bør også gjelde uavhengig av om tiltaket opprinnelig hadde til hensikt å ha virkning som ved ekspropriasjon, og uavhengig av om det skjer en *verdioverføring* så lenge det skjer en *verdireduksjon*. Praktisk erfaring viser at det nettopp er ved mer "moderne" former for indirekte ekspropriasjon at det er behov for investeringsbeskyttelse, snarere enn den klassiske formen ved direkte eiendomsovertagelse.

Advokatforeningen er dessuten av den oppfatning at innskrenkningen av ekspropriasjonsvernet harmonerer mindre godt med den foregående bestemmelsen om "*rettferdig og rimelig behandling*" som uansett omfatter vidtrekkende eiendomsbeskyttelse.

Artikkel 12 om "*[r]ett til å regulere*" er i kommentarene til modellavtalen både angitt å være "*en faneparagraf*" og samtidig "*et ekstra tolkningsmoment for rekkevidden av beskyttelsesbestemmelsene i avtalen*". Advokatforeningen er av den oppfatning at bestemmelsen langt på vei er overflødig all den tid det ikke eksisterer noen tvil om partenes rett til "*å vedta, opprettholde eller håndheve tiltak som ellers er forenlige med denne avtale*".

Det antas også å være uheldig å innta symbolbestemmelser i en traktat som regelmessig skal tolkes i henhold til det folkerettslige effektivitetsprinsippet ("*effet utile*"), hvilket forutsetter at rettsanvenderen må tilskrive enhver bestemmelse en rettslig mening. Bestemmelsen fremstår slik sett med en uklar rettslig mening. Dersom man ønsker å anspore rettsanvenderen til å legge særlig vekt på "*helse, sikkerhet, menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter, ressurs håndtering eller miljø*" ved tolkningen av en bestemmelse, er det Advokatforeningens syn at dette best kan gjøres i traktatens fortale i kombinasjon med den generelle unntaksbestemmelsen i utkastets artikkel 24.

3.3 Del 3 – Tvisteløsningsbestemmelser

Utkastets del 3 inneholder bestemmelser om tolkningsprinsipper (artikkel 13), prosessuelle bestemmelser om tvister mellom investorer og en vertsstat (del A, artikkel 14-19), og prosessuelle bestemmelser som tvister mellom traktatstatene (del B, artikkel 20 og 21), samt subrogasjon (del C, artikkel 22).

Advokatforeningen slutter seg til at traktatbrudd må kunne påberopes for et uavhengig dømmende

organ. Disse reglene er etter Advokatforeningens syn avgjørende for at avtalen skal kunne virke effektivt etter sitt formål. Videre er det Advokatforeningens syn at utenlandske investorer har behov for å få traktatbruddsøksmål prøvd av i) et tribunal som har tilstrekkelig kompetanse til å avgjøre investeringsrettslige spørsmål, og således ved ii) et internasjonalt tribunal slik at man unngår problemstillinger knyttet til nasjonale domstolers (u)partiskhet knyttet til vertsstatens interesser i saken. Det siste er et betydelig og aktuelt problem for utenlandske (og norske) investorer i flere av de stater Norge i dag har aktive investeringsavtaler med.

I motsetning til de innvendinger som den seneste tiden har blitt fremsatt i media mot slike voldgiftstribunaler (at disse tribunalene "løper de multinasjonale selskapenes ærend"), er Advokatforeningen av den oppfatning at investor-stat voldgift gjennom ICSID fremstår som en viktig rettssikkerhetsgaranti for både stat og investor. Etter Advokatforeningens syn bør dette tillegges avgjørende vekt i denne forbindelse.

Advokatforeningen ser positivt på at utkastets artikler 14(6), 17(3), 19 og 21 legger opp til utvidet åpenhet både i konsultasjonsfasen og voldgiftsprosessen. I visse saker kan det tenkes at en slik praksis virker dempende på muligheten til å inngå forlik underveis i prosessen, men Advokatforeningen mener åpenhet i slike saker er helt nødvendig for å ivareta instituttets sosiale legitimitet.

3.4 Del 4 – Institusjonelle bestemmelser

I utkastets artikkel 23 foreslås det å opprette en felleskomité sammensatt av representanter for partene. Felleskomiteen skal blant annet avgi tolkningsuttalelser, jf. artikkel 23(4)(ii). Advokatforeningen mener dette forslaget er positivt, blant annet for å kunne justere kursen over tid all den tid internasjonale domstoler potensielt kan utvide avtalens innhold og således begrense den nasjonale reguleringsmyndigheten utover partenes felles intensjoner. Videre er det etter Advokatforeningens syn i denne sammenheng avgjørende at felleskomiteen avstår fra å avgi slike tolkningsuttalelser i anledning verserende tvister.

3.5 Del 5 – Unntak

Utkastets del 5 inneholder viktige unntaksbestemmelser. Advokatforeningen mener det er hensiktsmessig å bygge på en slik modell etter inspirasjon fra unntaksbestemmelsene i GATT/GATS, men vil samtidig foreslå at det vurderes om en eller flere av unntaksbestemmelsene i artiklene 25-27 kan slås sammen med utkastets artikkel 24.

Artikkel 24 inneholder blant annet et særskilt unntak for tiltak som er "*nødvendig for å verne om miljøet*" (pkt. v.), og da som erstatning for det klassiske GATT unntaket for "*conservation of natural resources*" jf. GATT art. XX (g). Med tanke på Norges særlig posisjon som forvalter av levende og ikke-levende naturressurser vil Advokatforeningen foreslå at det foretas en særskilt vurdering av om det også bør inntas et eksplisitt unntak for bevaring eller forvaltning av naturressurser.

Når det generelt gjelder tolkningen av unntaksbestemmelsen i artikkel 24, mener Advokatforeningen for øvrig at det med fordel kan klargjøres hvorvidt det skal legges særlig vekt på rettspraksis fra GATT og WTO-paneler (samt ankeorgan). Av konkrete problemstillinger siktes det da særlig til spørsmål vedrørende bevisbyrde ved påberopelse av unntak, hva som anses som "*nødvendig*" tiltak, samt meningsinnholdet i begrepene "*vilkårlig eller utilbørlig diskriminering*" og "*skjult restriksjon på*

internasjonal [handel eller] investering...".

4. Avslutning/oppsummering

Advokatforeningen stiller seg positiv til at regjeringen har signalisert økt bruk av bilaterale investeringsavtaler (BITs), og i den forbindelse at det utarbeides en ny norsk modellavtale.

Advokatforeningen mener at utkastet bør revurderes eller i det minste vurderes revurdert på følgende seks punkter:

- 1) Det bør vurderes om hvorvidt stater skal regnes som investorer, jf. utkastets artikkel 2 nr. (i), uten nærmere krav til transparens av hensyn til rikets sikkerhet når et utenlandsk statlig organ påberoper seg traktatbeskyttelse på lik linje med private investorer.
- 2) Det bør vurderes hvorvidt norske BITs skal gjelde for utenlandske investorer på den eksklusive økonomiske sone og kontinentalsokkelen.
- 3) Det bør vurderes hvorvidt det bør inntas en såkalt "denial of benefits" klausul i utkastets artikkel 2 overfor selskaper som i realiteten er hjemmehørende i stater som Norge ikke opprettholder diplomatiske forbindelser med eller som er gjenstand for sanksjoner, samt å kun rette kravet om reell virksomhet mot juridiske personer som er eiet eller kontrollert av personer i tredjestater eller i vertsstaten selv.
- 4) Artikkel 6 nr. 8 flg. bør endres slik at investorene – norske investorer i utlandet – ikke får et redusert vern mot såkalt krypende eller indirekte ekspropriasjon.
- 5) Artikkel 12 om retten til å regulere fremstår som overflødig og bør vurderes som en integrert del av traktatens fortale samt i unntaksbestemmelsen i art 24.
- 6) Det bør vurderes om det også bør inntas et eksplisitt unntak i utkastets artikkel 24 for tiltak som er nødvendige for bevaring eller forvaltning av naturressurser.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no