



Det kongelige nærings- og handelsdepartement
postmottak@nhd.dep.no

Vår dato 17. april 2008
Deres dato 7. januar 2008
Vår referanse 129586-2/KRS/IH
Deres referanse 200704830-2/MIR

Att: mir@nhd.dep.no og tad@nhd.dep.no

Modell for investeringsavtaler - høring

Næringslivets Hovedorganisasjon vises til Nærings- og handelsdepartementets brev datert 7. januar 2008 med utkast til modellavtale for investeringer samt tilhørende kommentarer.

NHO har i mange år beklaget at ikke Norge har hatt mulighet for å inngå bilaterale investeringsavtaler (BIT) og investeringsbestemmelser i regi av EFTAs handelsavtaler, og har etterlyst at Norge på ny inngår slike avtaler. Norges holdning har bl.a. hindret Norge i å inngå bilaterale investeringsavtaler etter ønske fra en rekke utviklingsland, og har bidratt til å gi norske bedrifter en dårligere beskyttelse av investeringer i disse og andre land uten bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler, enn konkurrerende bedrifter fra andre land. Denne holdningen har også hindret Norge i å slutte seg til investeringsbestemmelsene i frihandelsavtalen med Korea som de øvrige EFTA-landene har gjort. Dette har vært en uheldig situasjon både ut i fra utviklingspolitiske perspektiver og fra et næringslivsperspektiv.

Norske bedrifter har av ulike årsaker til tross for mangel på slik beskyttelse, foretatt investeringer i en rekke land som Norge ikke har inngått BITs avtaler med. Dette betyr imidlertid ikke at slike avtaler ikke er viktige for norsk næringsliv. Den trygghet og sikkerhet som en rettslig bindende avtale vil gi norske bedrifter som etablerer seg ute er viktig for å beskytte allerede foretatte investeringer, samt å gi incitament og trygghet for utvidelse og sikring av allerede foretatte investeringer. For bedrifter som ikke er etablert i de aktuelle land, vil det ha en åpenbar direkte effekt på risikovurderingen knyttet til investeringer i disse markedene.

Det er derfor gledelig at det arbeidet som Nærings- og handelsdepartementet har initiert og ledet, har munnet ut i et forslag til en ny modellavtale for investeringer som åpner opp for at Norge igjen kan forhandle frem slike bilaterale investeringsavtaler eller avtaler i EFTA-regi.

NHO er fornøyd med at departementet og arbeidet i statssekretærgruppen nå har kommet frem til at både forholdet til Grunnloven og myndighetenes reguleringsadgang ikke lenger er til hinder for at Norge kan inngå slike avtaler.

I de seneste årene har det funnet sted en kraftig internasjonalisering av norsk næringsliv. Dette har i mange tilfeller omfattet land og områder utenfor EØS-området i fremvoksende markeder, land i overgang fra tidligere totalitære stater og utviklingsland. Mange av disse land har mangelfullt utviklede eller dårlig fungerende institusjoner og rettsystemer som svekker rettsikkerheten for utenlandske investorer. Dette gjør at behovet for slike avtaler er

økende. NHO mener det er riktig at departementet i sitt forslag påpeker både nærings- og handelsperspektiver og utviklingspolitiske perspektiver i forbindelse med investeringer og etableringer ute.

Markedsadgang – MFN og NT

NHO ønsker at modellavtalen adresserer både spørsmålet om markedsadgang og beskyttelse av etableringen etter at investeringen er gjort. Sett fra næringslivets side er det viktig at en slik avtale både tar opp spørsmålet om å bedre markedsadgangen til landet og sikrer en ikke-diskriminering etter at etableringen har funnet sted. Prinsippene om bestevilkårsbehandling (MFN) og nasjonal behandling (NT) er i denne forbindelse meget viktige.

NHO er tilhenger av at man i avtalen i utgangspunktet dekker alle sektorer, bortsett fra i de sektorer hvor man tar spesifikke unntak, det vil si såkalt ”negativ listing” slik EFTA i dag praktiserer. NHO støtter utformingen av modellavtalen på dette punkt. Prinsippet om at alt er tillatt, unntatt sektorer x, y, z, er gir langt bedre forutsigbarhet og handlingsrom for næringslivet enn det motsatte; at alt er forbudt, unntatt det som eksplisitt er tillatt.

Når det gjelder unntakene fra nasjonal behandling (NT) i avtalens vedlegg A, mener NHO at det er uheldig at avtaleutkastet åpner opp for å kunne reversere en tidligere liberalisering og åpning av en sektor, selv om dette skal kompenseres ved krav om å åpne andre sektorer. Slik NHO forstår bestemmelsen, kan en norsk investor i en bransje som på et gitt tidspunkt får tillatelse til å investere i vertslandets sektor, senere blir erklært de facto uønsket fra vertslandets side, mot at Norge kan bli kompensert ved at bedrifter kan investere i en annen bransje. Dette gir ingen tilfredsstillende sikring for en enkelte bedrift, som ikke kan antas å ha forutsetninger eller ønsker om å gå inn i en helt annen bransje. Dette er ikke tilfredsstillende sett ut fra den enkelte bedrift, bransje eller fra NHOs ståsted.

Ekspropriasjonsbestemmelsene for svake

NHO mener at bestemmelsene knyttet til ekspropriasjon er essensielle for bedriftene. Skal de tjene sitt formål, må de være effektive og gi investor tilstrekkelig beskyttelse. Paragrafen er imidlertid utformet for vagt og er utilstrekkelig. En formulering om at det ved ekspropriasjon skal kompenseres raskt, adekvat og på en effektiv måte. (”prompt, adequate and effective compensation”) slik den for eksempel er formulert i den gjeldende BIT-avtalen mellom Norge og Russland fra 1995 i artikkel 5 som Norge har undertegnet og akseptert, må etter NHOs oppfatning inntas.

Ytelseskrav hindrer bedriftens styringsrett

NHO er enig i departementets vurderinger i forhold til de såkalte ytelseskravene (”performance requirements”) om at dette i prinsippet skal være forbudt, men at man kan i hvert enkelt tilfelle vurdere om det er spesielle behov som tilsier ett eller flere slike krav. Det sentrale er at det ikke stilles for strenge og rigide krav fra vertslandets side med hensyn til ytelseskrav. Ytelseskrav knyttet til investeringer er i hovedsak en uheldig myndighetskobling som vil vanskeliggjøre lønnsomheten i investeringene, innskrenke kraftig bedriftens egen styringsrett og eventuelt i verste fall hindre at investeringene finner sted. Vi er enig at forholdet til investeringer i MUL-land er spesielle, ref. ministererklæringen fra WTO i Hong

Kong, om at MUL-land kan ha unntak, men at vi også må være konsistente med norske WTO-krav om at land skal forplikte seg til å avstå fra ytelseskrav ved investeringer.

Tvisteløsningen er utilstrekkelig

NHO hilser velkommen forslaget om at modellavtalen åpner opp for investor – stat tvisteløsning, med en ubetinget rett til å prøve en eventuell tvist mot verstlandet i en internasjonal voldgiftsrett ved brudd på investeringsavtalen. En avtale uten henvisning til slik tvisteløsning gir ingen særlig verdi for investoren.

Modellavtalen legger til grunn at man kun bruker tvisteløsningsmekanismen knyttet til ICSID, nært knyttet til Verdensbanken. Det fremholdes i kommentarene at fordelene med ICSID er at det har et fast sekretariat, har gode og utfyllende prosedyreregler, oversiktlige kostnader og den mest effektive mekanismen for gjennomføring av en beslutning. Andre voldgiftsinstitusjoner har ikke direkte tvangsgrunnlag (ICC, Stockholm, London, UNCITRAL).

I selve avtaleteksten har en investor tre måter å bringe en tvist på til internasjonal voldgift dersom man ikke er blitt enige gjennom konsultasjoner. Man skal først prøve å få løst tvisten ved bruk av de nasjonale rettsmidler innenfor en tidsramme på tre år. NHO mener at dette er alt for lang tid før en tvist blir endelig avgjort. Bestemmelsen åpner også opp for en sendretktig behandling i nasjonal forvaltning eller rettsystem. Etter NHOs syn bør en tvistemekanisme virke preventivt for å sikre investorer mot brudd på avtalen. Det bør derfor være en mulighet og rett for investorer til direkte å bringe saken inn for ICSID uten at nasjonale rettsmidler (administrative eller rettslige) er uttømt først.

I tillegg mener NHO det er en svakhet ved modellavtalen at ikke også selve investeringskontrakter også faller inn under tvisteløsningsmekanismen, i tillegg til brudd på selve BIT-avtalen. NHO mener at brudd på en vanlig investeringskontrakt mellom vertsland og investor må kunne bringes inn for voldgift (såkalt paraplybestemmelse). Både Sverige og Danmark har slike bestemmelser i sine avtaler og en slik bestemmelse hadde også vært fordelaktig for Telenors sak i Ungarn og Hydros sak i Slovakia.

Kapitalbevegelser og midlertidig bevegelse av personer

NHO er enige i betydningen av å sikre at alle kapitalbevegelser knyttet til investeringer skal foregå fritt og at man også sikrer at partene i avtalen gir investorer og deres nøkkelpersonell rett til midlertidig oppholds- og arbeidstillatelse i forbindelse med investeringsvirksomheten. Dette må også gjelde ektefeller og barn.

Ikke senke standarder og CSR

NHO er enig i at slike avtaler kan ha en bestemmelse om å ikke senke standarder innenfor helse, miljø, sikkerhet og grunnleggende arbeidsstandarder for å tiltrekke seg investeringer, det vil si gi en spesifikk investor spesielle og ”lavere standarder” som er forskjellig fra statens generelle regler.

NHO er støttende til bestemmelsene om at partene er enige om å oppmuntre investorene til å gjennomføre sine aktiviteter i henhold til OECDs retningslinjer for multinasjonale selskaper og til å delta i FNs Global Compact.

Avslutningsvis mener NHO at modellavtalen – ti ltross for et steg i riktig retning - ikke gir et tilstrekkelig godt nok utgangspunkt for å være et rammeverk for fremtidige forhandlinger om bilaterale investeringsavtaler eller i EFTA-regi. NHO ønsker derfor at departementet tar hensyn til de innvendinger som NHO peker på i dette brevet. NHO mener at departementet i særlig grad bør lytte til de innspill og erfaringer som kommer fra norske bedrifter i denne saken. Ekspropriasjonsbestemmelsene er for svake og tvisteløsningsmekanismen er for mangelfull. Modellavtalen fremtrer som for ubalansert i sterk favør av statens rettigheter på bekostning av investors krav til rimelige rettigheter.

Med vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON
Område næringspolitikk

Petter Haas Brubakk (sign.)
Direktør