

## **Norsk modell for bilaterale investeringsavtaler – Hydros høringsuttalelse**

Det vises til høringsbrev med utkast til modell for avtaler om å fremme og beskytte investeringer (investeringsavtaler) med kommentarer av 7. januar 2008. Hydro takker for å bli gitt anledning til å fremme våre synspunkter vedrørende behovet for bilaterale investeringsavtaler og til å kommentere på utkastets materielle og prosessuelle bestemmelser.

Hydro har omfattende virksomhet i utlandet, med over 22 000 ansatte i over 30 land. Det er dessuten grunn til å anta at en stor del av Hydros fremtidige vekst vil bli lokalisert til energilommer utenfor Norges grenser, som typisk befinner seg i land med betydelige innslag av politisk risiko.

Etter vårt syn er det meget positivt at det inngås investeringsavtaler mellom Norge og vertsstaten som er egnet til å beskytte våre investeringer. At vertsstaten påtar seg grunnleggende, positivrettslige, forpliktelser vedrørende behandlingen av vår investering vil virke risikoreduserende. En bilateral investeringsavtale må ses som et uttrykk for velvillighet overfor relasjonen mellom vertslandet og norske investorer.

I forlengelsen av dette er det viktig å bemerke at bilaterale investeringsavtaler nok vil bringe med seg to positive ringvirkninger. For det første vil en bilateral investeringsavtale virke risikoreduserende i forhold til banker og andre långivere som vil yte prosjektfinsiering – enten ved at prosjektfinsiering blir tilgjengelig fra flere aktører i det finansielle markedet, og / eller at prosjektfinsiering kan gis til en noe lavere rente ettersom prosjektrisikoen vurderes som lavere.

For det annet vil en BIT påvirke en eksportkredittinstitusjons risikovurdering av vertslandet ved inngåelse av investeringsgarantier (politisk risiko-forsikringer). Som kjent fungerer investeringsgarantier slik at en eksportkredittinstitusjon, ved utbetaling av en garanti, trer inn i investors krav på vertslandet. Garanti-instituttet for eksportkreditt (ved kontorsjef for juridisk seksjon Irene Haugland Sørdsahl) opplyser at en BIT meget vel vil kunne påvirke GIEKs vurdering av hvorvidt en investeringsgaranti skal gis eller ikke. En BIT kan også påvirke vilkårene for garantien (herunder risikopremien, dvs prisen på garantien), men dette avhenger av om investeringsbeskyttelsen i BIT'en er tilstrekkelig og av om eksportkredittinstitusjonens håndhevingsadgang overfor vertslandet forenkles. Et nærliggende eksempel på en slik forenkling er at erstatning for ekspropriasjon skal utmåles etter klare kriterier (for eksempel ekspropriasjon mot markedsverdi med spesifisert rentesats). GIEK v/ Sørdsahl opplyser at en gjengs oppfatning blant andre lands eksportkredittorganisasjoner er at en ekspropriasjonsbestemmelse kun basert på en henvisning til internasjonal folkerett anses lite hensiktsmessig, ettersom dette er et begrep med uklart juridisk innhold, basert på et betydelig antall vidt sprikende rettskilder.

Norske selskaper oppfordres i tillegg til å komme med innspill på hvilke land Norge bør starte forhandlinger om bilaterale investeringstraktater med. Fra vårt ståsted har det høyest prioritet å inngå bilaterale investeringsavtaler med Qatar, Tajikistan, Brazil, Angola og Jamaica.

Når det gjelder Hydros kommentarer til modellutkastet, mener vi investeringsbeskyttelsen i avtalen er for svak og må forbedres. Vi mener det er viktig at norske selskaper skal nyte tilnærmet samme grad av beskyttelse som våre konkurrenter. Vi er overrasket over at utkastet til modellavtale avviker i så stor grad fra det vi oppfatter er praksis i andre lands bilaterale investeringstraktater.

Vi vedlegger derfor et notat som forklarer nærmere hvilke utfordringer vi ser med någjeldende utkast til modellavtale. Særlig er vi opptatt av at ekspropriasjonsbeskyttelsen utvides. I tillegg mener vi investeringsavtalen bør inneholde en såkalt "paraplybestemmelse" som gir investor – stat voldgiftsribunalet jurisdiksjon også over kontraktsrettslige tvister mellom investor og vertsland.

Vi stiller gjerne opp i et møte med Nærings- og handelsdepartementet for å utdype våre synspunkter.

Med hilsen  
for Norsk Hydro ASA



Odd Ivar Biller  
Juridisk direktør

Vedlegg: 1. Notat – Hydros høringsuttalelse til modell for bilaterale investeringsavtaler



## UTKAST TIL MODELL FOR FREMTIDIGE INVESTERINGSAVTALER – HØRINGSUTTALELSE FRA NORSK HYDRO ASA

### 1 Modellavtalens beskyttelse av investor må utvides

Hydro har lenge ment det er behov for at norske myndigheter inngår bilaterale investeringsavtaler med utviklingsland og land med overgangsøkonomier. Norske myndigheters anerkjennelse av at det er behov for Norge å inngå bilaterale investeringsavtaler er derfor meget velkommen.

Som det påpekes fra Nærings- og handelsdepartementet er norske selskaper mange steder dårligere beskyttet enn våre konkurrenter. Sverige har inngått 66 BITs, Danmark har inngått 43, Finland har inngått 62, Tyskland har inngått 147, og Frankrike har inngått 103. Både Sveriges og Danmarks BIT'er, som Hydro har undersøkt, er vesentlig mer innrettet mot investeringsbeskyttelse enn dette utkastet til Norges modellavtale.

Hydro mener derfor at investeringsbeskyttelsen i Statssekretærutvalgets utkast til modellavtale er utilstrekkelig. Investeringsbeskyttelsen må utvides og forbedres.

En stor del av Hydros fremtidige vekst vil måtte skje i land med betydelige energiresurser uten alternativ anvendelse, som typisk vil utsette oss for betydelige innslag av politisk risiko. Som redegjort for i følgebrevet er vår vurdering at en BIT vil virke risikoreduserende og dermed utgjøre et viktig rammevilkår for investeringen. At Norge har en BIT (med tilstrekkelig investeringsbeskyttelse) med de landene hvor vi etablerer oss, vil kunne lette tilgangen på, og forbedre vilkårene for, både politisk risiko-forsikringer og for prosjektfinansiering.

Det bemerkes at Hydro har erfaring med investeringsbeskyttelsen under Norges eksisterende BIT'er, nærmere bestemt Avtale mellom Norge og Tsjekkoslovakia vedrørende gjensidig fremme og beskyttelse av investeringer av 21. mai 1991 ("Norge – Tsjekkoslovakia BIT"). Høringsuttalelsen er bygget på de erfaringer vi gjorde oss i forberedelsen til denne tvisten.

### 2 Fortalen: Investeringer er nødvendige, men ikke tilstrekkelige, for utvikling

Hydro støtter fortalens vektlegging av Corporate Social Responsibility, men savner en eksplisitt anerkjennelse av at investeringer kan bidra positivt til utvikling. Slik Statssekretærutvalget også anerkjenner i sitt følgenotat, viser den økonomiske utviklingen i Kina, India og Sørøst-Asia de siste tiårene at land med åpne økonomier som mottar investeringer vokser raskere enn land med lukkede økonomier.

Det følger av følgebrevet at et formål med investeringsavtalen er å stimulere til norske selskapers utenlandsinvesteringer. Etter Hydros syn bør fortalen i større grad vektlegge investerings positive konsekvenser for vertslandets utvikling, for eksempel ved at følgende inkluderes som nytt avsnitt 3:

*“Desiring that agreement on the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of both parties.”*

### 3 Nasjonal behandling og bestevilkårsbehandling

Hydro vurderer det som viktig å ha vilkår om nasjonal behandling. Vilkåret om at utenlandske investorer, på generelt grunnlag, ikke skal behandles dårligere enn nasjonale aktører, er en viktig beskyttelse. Hydro er positiv til at nivået på beskyttelsen i utkastet til modellavtale synes å følge vanlig praksis i BIT'er.

Når det gjelder bestevilkårsbestemmelsen, fremgår det at Statssekretærutvalget har følt behov for å avklare at denne ikke omfatter tvisteløsningsbestemmelser. Etter Hydros oppfatning utgjør muligheten for å påberope seg tvisteløsningsmekanismer som andre investorer har tilgang til et viktig rammevilkår. Bestevilkårsbestemmelsen burde derfor presiseres til å også omfatte prosessuelle rettigheter, herunder valg av tvisteløsningsmekanisme. Selv om det etter voldgiftspraksis vil være noe tvil om anvendelsen av en bestevilkårsbestemmelse, herunder om den omfatter prosessuelle rettigheter og adgang til tvisteløsningsmekanisme, så vil en spesifikk klargjøring av dette i avtalen virke bindende mellom partene.

### 4 Ekspropriasjonsbestemmelsen er så vag og svak at den er uhensiktsmessig

Hydro ser seks, riktignok noe overlappende, argumenter for hvorfor modellavtalens tradisjonelle investeringsvern bør forsterkes ved at ekspropriasjonsbestemmelsen utvides.

For det første: hvorvidt Statssekretærutvalgets forslag vil kunne beskytte Hydro særlig mot kryptende ekspropriasjon og andre ekspropriasjonslignende tiltak, er i beste fall et åpent spørsmål. Kryptende ekspropriasjon, i form av en delvis appropriering av investors rettigheter uten at investors eiendeler konfiskeres, fremstår nå som den mest aktuelle formen for politisk risiko.

For det andre: ingen BIT Hydro har sett har en så svak ekspropriasjonsbeskyttelse. Hvis formålet er å gi norske selskaper like rammevilkår som våre konkurrenter, må ekspropriasjonsbeskyttelsen forbedres.

For det tredje: Hydro kan ikke se hvorfor EMK, med sitt svake eiendomsrettsbegrep, skal legge standarden for beskyttelsen. Hydro tviler sterkt på at EMKs eiendomsrettsbegrep i protokoll nr 1 vil bidra til et ensartet regelverk – ettersom dette er utkast til en investeringsavtale (og ikke en menneskerettighetsavtale) blir vel utfallet heller det motsatte. EMK er så vidt Hydro bekjent ikke brukt i andre BIT'er, og det finnes ikke noe fast og langvarig praksis på å knytte ekspropriasjonsbestemmelser opp mot EMK. Dersom hensynet til et ensartet regelverk skal tillegges betydning, bør fast og langvarig praksis i BIT-sammenheng ("Hull-regelen" om "prompt, adequate and effective compensation") bli løsningen. Et ensartet regelverk vil videre redusere prosessrisiko og rettslig usikkerhet forbundet med Most Favoured Nation-klausulen.

For det fjerde: dersom utkastets forslag til ekspropriasjonsbestemmelse gjennomføres i en ny modellavtale, så utsetter man seg samtidig for risikoen for at land med eksisterende investeringsavtaler (som jo har en bedre beskyttelse for norske selskaper) ber om en reforhandling

av gjeldende BIT for å komme innunder Norges nye praksis med svakere ekspropriasjonsbeskyttelse.<sup>1</sup>

Dernest vises igjen til GIEKs og andre eksportkreditorganisasjoners oppfatning referert i vårt følgebrev om at en ekspropriasjonsbestemmelse kun basert på en henvisning til internasjonal folkerett anses lite hensiktsmessig, ettersom dette er et begrep med uklart juridisk innhold, basert på et betydelig antall vidt sprikende rettskilder. Det er altså betydelig rettsusikkerhet forbundet med en ren henvisning til alminnelig folkerett. Fra advokat Per Christian Nordtømmes artikkel om investeringsbeskyttelse under folkeretten siteres:

*"Dessuten har det vært antatt at folkeretten har skranker for når [en investors] eiendom på vertsstatens territorium kan gjøres til gjenstand for ekspropriasjon, samt når og hvor mye som skal betales i erstatning, skjønt dette spørsmålet har vel aldri fått noen endelig avklaring innenfor den sedvanlige folkeretten".<sup>2</sup>*

Til slutt spørres det om hva slags beskyttelsesstandard som egentlig er i et utviklingslands interesse? Det faktum at flere utviklingsland har bedt Norge om at det inngås bilaterale investeringstraktater, slik at landet i økt grad evner å tiltrekke seg internasjonale investeringer, tyder på at utviklingsland er komfortable med gjeldende praksis i BIT'er. Et utviklingsland som kommitterer seg til den vanlige ekspropriasjonsstandarden kan sammenlignes med "å binde seg til masten" – man sender et signal til omverdenen om at man vil være en ansvarlig aktør, noe som man selv vurderer til å være i utviklingslandets langsiktige interesse.<sup>3</sup> Vår forståelse er at utviklingsland heller vil være interessert i ensretting av ordlyden innenfor sine bilaterale investeringstraktater (dvs Hull-regelen).

Hydro foreslår derfor at linjen som følger av tidligere norsk BIT-praksis, eksemplifisert ved "Norge – Tsjekkia BIT" artikkel V Expropriation and Compensation, videreføres.<sup>4</sup> For å hensynta

---

<sup>1</sup> Dette kan for eksempel være aktuelt i forhold til Russland, hvor jo StatoilHydro som kjent er på vei inn i Stokman-feltet. The Economist, *Another Inspector Calls*, 27. mars 2008 diskuterer Shell og BPs problemer overfor russiske myndigheter i forhold til hhv miljøinspeksjoner og produksjonstall. Problemene forsvant så snart Shell og BP overdro kontrollerende eierposter til Gazprom.

<sup>2</sup> Nordtømme, *Folkerettens regler om beskyttelse av utenlandske investeringer*, i Biller, Brannsten, Brautaset og Hasaas (red.) *Industribygging og Rettsutvikling Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-års jubileum* s. 567-603 på s. 569, Fagbokforlaget 2005. Samme slutning trekker Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 5<sup>th</sup> edition 1998 s. 533.

<sup>3</sup> For en nærmere redegjørelse vises til Andrew T. Gusman, *Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, Virginia Journal of International Law, Vol. 38:639 s. 640-688. Se særlig argumentasjonen på s. 641-42, som påpeker det kontradiktoriske i at utviklingsland som gruppe først kjempet en innbitt kamp mot "Hull-regelen" ved vedtagelsen i FNs Generalforsamling av The Charter of Economic Rights and Duties of States, for så å helhjertet gå inn for en mengde bilaterale investeringstraktater som vanligvis gir investorene bedre beskyttelse enn Hull-regelen i Charteret.

<sup>4</sup> "1. Investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party cannot be expropriated, nationalized or subjected to other measures having a similar effect, all such measures hereafter referred to as "Expropriation", unless when the following conditions are fulfilled:

- (i) The expropriation shall be done for public interest and under the law of that Contracting Party;
- (ii) It shall not be discriminatory;
- (iii) It shall be done only against compensation.

Statssekretærutvalgets bekymringer redegjort for i veiledningen pkt 4.2.4 pkt 1-5, kan ekspropriasjonsbeskyttelsen suppleres med et tolkningsutsagn av typen som finnes i US Model BIT av 2004 Annex B Expropriation (se vedlegg 1 nedenfor).

## 5 Tvisteløsningsmekanismen – behovet for å utvide voldgiftstribunalets materielle kompetanse

### 5.1 Brudd på en investeringskontrakt må falle innunder tvisteløsningsmekanismen ("paraplybestemmelse")

I utgangspunktet er voldgiftstribunalets jurisdiksjon begrenset til å behandle brudd på den bilaterale investeringsavtalen. Men etter Hydros syn bør investeringsbeskyttelsen i modellavtalen også bestå i at brudd på en vanlig investeringskontrakt mellom investor og vertsland må kunne bringes inn for voldgiftstribunalet under BIT'en (såkalt "paraplybestemmelse"). Dette gjelder særlig dersom ikke investeringsbeskyttelsen mot ekspropriasjonslignende tiltak utvides.

Ettersom staten Norge ikke inngår investeringskontrakter med utenlandske investorer, så kan modellavtalens investeringsbeskyttelse utvides uten at andre bærende hensyn svekkes.

Det er neppe korrekt, slik Statssekretærutvalget hevder i veiledningens pkt 4.3.2, at partene, ved en Umbrella Clause, "opphøyer kontraktsrettslige tvister til folkerettslige tvister". Poenget er i stedet at voldgiftstribunalet, med samtykke fra partene, gis kompetanse til å behandle kontraktsrettslige tvister mellom to parter, hvorav den ene er en stat. Slike tvister er ikke "folkerettslige", men vil bli løst i henhold til vertsstatens rett, kontraktens reguleringer, "lex mercatoria" (dvs internasjonale rettslige prinsipper blant annet kodifisert gjennom voldgiftspraksis) og internasjonal rett, jf ICSID-konvensjonen artikkel 42. I sin doktoravhandling om dette emnet påpeker Ivar Alvik at et ICSID-tribunal utøver sin rolle som en stedfortreder og en erstatning for nasjonale domstoler *samtidig som* at voldgiftstribunalet også anvender internasjonale rettsregler og voldgiftspraksis.<sup>5</sup>

Hydro kan heller ikke si seg enig i påstanden om at investor / stat voldgift er betenkelig ut i fra et rettspolitisk perspektiv, og at søksmålsadgangen derfor må begrenses (veiledningens pkt 4.3.3). Det rettspolitiske betenkelige er at rettssystemene i utviklingsland ofte vil være uegnet til å forestå nøytral og effektiv tvisteløsning, fordi disse dessverre kan være korruperte, svake, og politisk styrte. I slike rettssystemer kan en investor neppe ha forventning om en uavhengig og rettfærdig rettergang. Så lenge dette er tilfellet, vil investor-stat voldgift være en dyd av nødvendighet, akseptert og tilskyndet også av utviklingslandet selv.

### 5.2 Sverige og Danmark har paraplybestemmelser (i tillegg til en sterkere ekspropriasjonsbeskyttelse)

---

2. Such compensation shall amount to the market value of the investment immediately before the date of expropriation and shall be paid without delay. The compensation shall include interest, computed from the first day following the date of expropriation until the date of payment, at a rate based on libor. The payment of such compensation shall be effectively realizable and freely transferable in convertible currency."

<sup>5</sup> Alvik, Contracting with Sovereignty The structure of Commitment in International Investment Arbitration, Oslo 2006 s. 80-82.

Som tidligere påpekt utgjør BIT'er en investerings rammevilkår, og paraplybestemmelser er utbredt. For eksempel anvender Sverige slike paraplybestemmelser. Sveriges BIT med Algerie (underskrevet 15. februar 2003) artikkel 2 Promotion and Protection of Investments pkt 6, lyder:

"The investments made in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory they are undertaken, shall enjoy the full protection of this Agreement... Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with investors of the other Contracting Party with regard to their investment."

Den samme avtalens artikkel 8 (1) og (2) gir jurisdiksjon til et voldgiftstribunal i følgende tilfeller:

- (1) "Any dispute concerning an investment between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party shall, if possible, be settled amicably."
- (2) "If any such dispute cannot be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by the investor through written notification to the Contracting Party, each Contracting Party hereby consents to the submission of the dispute, at the investor's choice, for resolution by international arbitration to one of the following fora..."

Sammenlignet med det norske utkastets artikkel[15] 1. ser man at det ikke er et krav om at disputten må være basert på et krav om et brudd på traktaten – noe som for øvrig også følger av artikkel 2 som pålegger vertslandet å overholde tidligere inngåtte forpliktelser.

Som et eksempel på andre lands reguleringer som understreker at kontraktsrettslige forpliktelser utgjør en naturlig del av investeringsbeskyttelsen under en BIT, vises til US model BIT av 2004 artikkel 16 (vedlegg 1). Hydro anbefaler at en lignende bestemmelse inntas i Norges modellavtale.

### 5.3 Hydros erfaring med Norge – Tsjekkoslovakia BIT

I Hydros potensielle tvist med republikken Slovakia, referert ovenfor, var behovet for en Umbrella Clause påfallende. Tolkningen av og bruddet på investeringskontrakten var uomtvistet, men prosessrisikoen måtte vurderes etter hvorvidt kontraktsbruddet utgjorde en ekspropriasjon. Professor James Crawford, en ledende folkerettsjurist ved University of Cambridge utarbeidet en betenkning, som viste at det, i mangel av en paraplybestemmelse, var betydelig prosessrisiko forbundet med å subsumere et kontraktsbrudd som en ekspropriasjon.

Etter Hydros syn var det klart utilfredsstillende å ikke kunne forholde seg til en klar kontraktsrettsbestemmelse. At kontraktsbruddet i stedet måtte kvalifisere som en ekspropriasjon gjorde håndhevingen av våre rettigheter mer usikker, og økte prosessrisikoen betydelig (i henhold til Professor Crawfords vurdering). De aller fleste av våre konkurrenter kan håndheve sine kontraktsfestede rettigheter direkte for voldgiftstribunalet med hjemmel i deres lands BIT'er.

### 5.4 Telenors erfaring med Norge – Ungarn BIT

Det vises videre til Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary (ICSID Case no ARB / 04/15).<sup>6</sup> Telenor anførte for voldgiftstribunalet at Ungarn hadde begått flere brudd på Concession Agreement for the provision of public mobile radiotelephone services, mellom Pannon GSM Communication (Telenors ungarske datterselskap) og the Hungarian Minister of Transport, Communication and Water Management.

<sup>6</sup> Tilgjengelig på ICSIDs hjemmeside [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid) per 16. april 2008.

Telenor tok ut stevning under Norge – Ungarn BIT. Ettersom denne BIT'en ikke inneholdt en paraplybestemmelse, måtte Telenor argumentere med at kontraktsbruddene utgjorde en kryptende ekspropriasjon.

ICSID-tribunalet fant at det ikke hadde jurisdiksjon til å behandle tvisten, fordi kontraktsbruddet, etter en prima facie vurdering, ikke kvalifiserte som en ekspropriasjon eller et brudd på bestemmelsen om fair and equitable treatment. Tvisten ble altså ikke realitetsbehandlet. Slik Hydro oppfatter tvisten, ville Telenor vært mye bedre i stand til å opprettholde sine rettigheter dersom Norge – Ungarn BIT hadde inneholdt en "paraplybestemmelse".

## 5.5 Oppsummering

I de ovenfor redegjorte tvistene vedrørende Hydro og Telenor, knyttet vurderingen av hvorvidt kontraktsbruddet kvalifiserte som ekspropriasjon eller ikke seg til dagjeldende ekspropriasjonsbestemmelse, som er vesentlig sterkere i sin ordlyd enn modellavtalens utgangspunkt. Å vinne fram med at et evt kontraktsbrudd vil utgjøre et brudd på nåværende forslag til ekspropriasjonsbestemmelse, så vagt og svakt som den er utformet, innebærer etter Hydros syn en nær sagt uoverkommelig prosessrisiko.

Ved å inkludere en paraplybestemmelse er det fullt mulig å forbedre avtalens investeringsbeskyttelse uten at dette, på noen som helst måte, går på bekostning av hensynet til norsk myndighetsutøvelse, ettersom norske myndigheter aldri inngår investeringskontrakter.

Å unnlate å inkludere en "paraplybestemmelse" i avtalen vil føre til at norske selskaper vil lide under vesentlig dårligere investeringsbeskyttelse, og dermed få dårligere rammevilkår for våre investeringer, enn andre skandinaviske og vestlige selskaper.

## 6 Andre problematiske aspekter ved tvisteløsningsmekanismen

### 6.1 Kravet om at investor må ha uttømt lokale rettsmidler før 3-årsfristen begynner å løpe, må fjernes

I følge artikkel 15.3 er det et krav om at disputten ikke kan henvises til voldgift før det har gått 36 måneder (dvs 3 år) fra tvisten er sendt til en lokal domstol etter å ha vært uttømt enhver administrativ klageadgang.

Som departementet selv påpeker er det ikke vanlig å sette krav til uttømming av nasjonale administrative/rettslige tvisteløsningsmekanismer i investeringsavtaler. Hvis departementets forslag opprettholdes, er dette et nytt eksempel på at norske investorer dermed vil kunne bli dårligere stilt enn investorer fra andre land. Unntaket om at en tvist kan bringes inn for ICSID dersom det ikke er noen "rimelige tilgjengelige rettsmidler" er uklart, og graden av sendrettighet kan avgjøre hvorvidt et ICSID-tribunal har jurisdiksjon eller ikke.

Dersom kravet om uttømming av lokale rettsmidler opprettholdes, mener Hydro at en frist må begynne å løpe fra saksanlegget uavhengig av om den administrative klageadgangen er uttømt. Hvis ikke kan et krav trenes, eller til og med parkeres, i den lokale forvaltningen. I tillegg er en tidsperiode på tre år altfor lang tid å vente. I Sveriges BIT med Algerie artikkel 8(2), sitert ovenfor, er tidsperioden på seks måneder.



## 6.2 New York konvensjonen må inkorporeres i henvisningen til ICSID Additional Facility Rules

Hydro støtter ICSID som valg av permanent voldgiftsdomstol. ICSID har etter hvert opparbeidet seg tillit fra så vel utviklingsland som investorer, og behandler nå en omfattende saksmengde hvert år.

I det tilfellet Norge inngår en BIT med et land som ikke er medlem av ICSID, slik at ICSID Additional Facility Rules velges, må det samtidig påhvile partene å avholde voldgiften i en stat som er medlem i United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York – konvensjonen) av 10. juni 1958 (samt at dette utgjør bindende samtykke under New York-konvensjonens artikkel II).

Årsaken bak dette behovet er todelt. For det første vil en adgang til å håndheve en bindende voldgiftsdom fasilitere både prosjektfinansiering, men særlig også vilkårene for kjøp av politisk risiko – forsikringer. For det andre er det meget tid- og kostnadskrevende å håndheve en bindende voldgiftsdom når motparten verken er medlem av ICSID eller New York – konvensjonen, ettersom man da er begrenset til å håndheve voldgiftsdommen gjennom vertsstatens domstoler.

I Sveriges BIT med Algerie pålegges partene å avholde ad hoc – voldgift under UNCITRAL i et land som er medlem av New York Konvensjonen, samt at dette utgjør bindende samtykke under New York-konvensjonens artikkel II, jf artikkel 8 (4-5).

## 6.3 10-års grensen må fjernes

Hydro anbefaler at foreldelsesfristen på 10 år i artikkel 15.4 fjernes. Så vidt Hydro kan bedømme finnes det ikke foreldelsesregler innenfor verken folkeretten eller "lex mercatoria"-prinsippene kodifisert gjennom internasjonal voldgiftspraksis.

En ansvarlig investor vil i det lengste vente med å gå til voldgiftssøksmål mot en vertsstat, for å se an utviklingen og om hvorvidt det er mulig å redde noen verdier gjennom forhandlinger, og man kan ikke utelukke at 10-årsgrensen kan bli overskredet i enkelte tilfeller. I verste fall kan derfor en absolutt foreldelsesfrist virke prosessfremmende fordi investor tvinges til å ta ut søksmål for å unngå rettighetstap.

## 6.4 Voldgifter er en inter partes tvisteløsningsmekanisme og ikke en offentlig høring

Hydros er bekymret for at tredjeparters rett til å sende inn amicus curiae i artikkel 18 (3), og voldgiftsdomstolens plikt til å hensynta disse i artikkel 18 (4), kan gjøre en allerede komplisert tvist mer uoversiktlig og at den kan blåse opp saksomkostningene. Verken vertsland eller investorer vil være interessert i de økte saksomkostningene for partene og tribunalet som vil påløpe som følge av behovet for å svare på slike Amicus Curiae.

Hensynet til offentlighet er allerede godt ivaretatt gjennom ICSIDs nettsider og at voldgiftsdommene ved ICSID (i motsetning til ICC) nå er offentlig tilgjengelige.

## **Vedlegg 1: Utdrag fra US Model Bilateral Investment Treaty**

### **Article 16**

"This treaty shall not derogate from any of the following that entitle an investor of a Party or a covered investment to treatment more favorable than that accorded by this treaty:

1. laws or regulations, administrative practices or procedures, or administrative or adjudicatory decisions of a Party;
2. international legal obligations of a Party; or
3. obligations assumed by a Party, including those contained in an investment authorization or an investment agreement."

### **Annex B Expropriation**

"The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.
2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.
3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.
4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.
  - (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:
    - (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;
    - (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
    - (iii) the character of the government action.
  - (b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations."