

Til Nærings- og handelsdepartementet

Fra Thommessen Krefting Greve Lund AS
v/ Otto Beyer og Ivar Alvik

Dato 28. mars 2008

MODELLAVTALE FOR INNGÅELSE AV BILATERALE INVESTERINGSTRAKTATER – HØRINGSUTTALELSE

1 INNLEDNING

Det vises til departementets høringsbrev av 8. januar 2008 i forbindelse med utkast til ny modellavtale for bilaterale investeringstraktater. Undertegnede ønsker på vegne av Advokatfirmaet Thommessen Krefting Greve Lund AS (avdeling for Offshore og Shipping) å gi enkelte innspill og kommentarer til modellavtalen.¹

Vi vil først fremheve at vi mener avtalen på mange punkter etablerer en god balanse mellom private og offentlige interesser, særlig gjennom å fremheve staters legitime behov for å kunne gjennomføre reguleringsendringer på sentrale områder. Avtalen går i denne henseende lenger enn mange andre lands investeringstraktater, noe vi anser som en positiv utvikling.

Hovedsiktemålet med det følgende er imidlertid å påpeke enkelte vesentlige svakheter ved modellavtalen, sett på bakgrunn av det vi anser som det viktigste formålet med slike avtaler, nemlig å gi private investorer forutsigbare rammevilkår og reelt vern mot myndighetsinngrep ved investeringer i andre land. Dette er også fremhevet som det sentrale formålet med avtalen i departementets veiledningsskriv.

I lys av det grunnleggende hensynet til at avtalen skal kunne oppfylle en slik funksjon, er vi først og fremst kritiske til tvisteløsningsbestemmelsene i avtalen. Vi har imidlertid også enkelte andre kommentarer til enkeltbestemmelser i avtalen.

2 GENERELT

Som allerede nevnt antar vi at hovedformålet fra norsk side med å inngå investeringsavtaler må være å legge til rette for mer stabile og forutsigbare rammevilkår for norske selskaper, som har eller kan tenkes å gjøre investeringer i de landene man inngår avtaler med, for slik å bedre norske selskapers mulighet til å investere der kapital og kompetanse kan antas å gi best avkastning.

For å tjene en slik funksjon er det etter vår oppfatning av avgjørende betydning at avtalene kan anses å gi reell og effektiv sikkerhet for enkeltinvestorer, på en slik måte at dette naturlig kan inngå som et

¹ Otto Beyer har tidligere jobbet i Norsk Hydro og har lang erfaring fra ledelsen av selskapets internasjonale olje- og gassvirksomhet som involverer betydelige investeringer i andre land. Ivar Alvik har juridisk doktorgrad fra Universitetet i Oslo på en avhandling om internasjonale investeringsavtaler og voldgift. Det bør nevnes at sistnevnte var medforfatter til en betenkning på oppdrag for Utenriksdepartementet i 2006 om bilaterale investeringsavtaler og Grunnloven.

element i den kommersielle vurderingen forut for en investeringsbeslutning. I motsatt fall er det vanskelig å tenke seg at avtalene vil ha noen særlig funksjon knyttet til å fremme og legge til rette for norske investeringer i utlandet.

Ut fra slike hensyn er det lite tvilsomt at det klart viktigste aspektet av en investeringsavtale er adgangen for enkeltinvestorer til å reise individuell voldgiftssak mot staten. Materielle garantier har liten kommersiell betydning uten adgang til et effektivt rettsmiddel. Som vi skal utdype nærmere i neste punkt mener vi at modellavtalens bestemmelser om tvisteløsning langt på vei kan underminere avtalens funksjon som et hensiktsmessig virkemiddel for å fremme norske utenlandsinvesteringer.

3 ADGANGEN TIL VOLDGIFT INVESTOR – STAT

Adgangen for en investor til å reise individuell voldgiftssak mot en stat som følge av traktatbrudd følger av modellavtalens artikkel 15, som samtidig oppstiller som en betingelse at lokale rettsmidler må være uttømt eller utilgjengelige, såfremt det ikke har gått mer enn 36 måneder fra sak er blitt anlagt for en lokal domstol.

Kravet om uttømming av lokale rettsmidler er i følge veiledningen begrunnet i tre ulike hensyn. Som vi skal grunngi i det følgende mener vi imidlertid denne argumentasjonen er lite overbevisende.

Det hevdes for det første at kravet om uttømming er i samsvar med folkerettens alminnelige utgangspunkt. Dette er ikke riktig. Uttømming av lokale rettsmidler er et vilkår for at stater kan utøve diplomatisk beskyttelse, ut fra det naturlige synspunkt at det ikke er grunnlag for å løfte spørsmålet opp på mellomstatlig, politisk nivå før en definitiv rettsfornektelse har funnet sted. Et av hovedformålene med investeringsvoldgift er derimot å avpolitiserer det som gjerne er forholdsvis ordinære kommersielle tvister mellom stater og investorer i tilknytning til en investering, gjennom å opprette et eget folkerettslig regime hvor private investorer har selvstendige rettigheter, slik at tvister nettopp ikke blir løftet opp på mellomstatlig nivå. Innenfor internasjonal investeringsrett er dermed det alminnelige utgangspunktet at uttømming av lokale rettsmidler ikke er nødvendig. Det følger av ICSID-konvensjonen § 26 at dette er hovedregelen, og av rundt 2500 bilaterale investeringstraktater på verdensbasis er det nesten ingen som stiller krav om uttømming av lokale rettsmidler.

For det andre hevdes det at et krav om uttømming av lokale rettsmidler gir staten mulighet til å korrigere feil. Selv om dette for så vidt er et hensyn i en intern norsk kontekst, hvor domstolene gjennomgående er uavhengige og av høy kvalitet, overser argumentet at et av poengene med investeringsavtaler nettopp er å gi investorer et alternativt rettsmiddel i situasjoner hvor man ellers ville unnlate å foreta investeringer på grunn av manglende tillit til landets eget rettsapparat. Hvis man i utgangspunktet mener det er sannsynlig at statens egne domstoler vil "korrigere feil," betyr det samtidig at det er få grunner til å inngå en investeringsavtale.

Endelig hevdes det å være et tredje og i følge veiledningen "bærende argument" at direkte adgang til voldgift "svekker funksjonsfordelingen og dialogen mellom statsmaktene som balanserer forholdet mellom dem." I forlengelsen av dette hevdes at et krav om uttømming av lokale rettsmidler vil bidra til å styrke nasjonale institusjoner. Igjen synes vi dette vitner om et noe skjevt fokus på hva som er formålet med å inngå en investeringsavtale.

Vi er enige i at hensynet til å styrke nasjonale institusjoner har betydelig vekt innenfor internasjonale menneskerettigheter, hvor man har et multilateralt konvensjonsverk bygget opp under forutsetningen om at effektiv beskyttelse av menneskerettighetene først og fremst må gjennomføres nasjonalt. Det

samme hensynet har imidlertid mindre betydning i tilknytning til bilaterale investeringstraktater. Slike traktater har først og fremst til formål å legge til rette for investeringer over landegrensene, gjennom å etablere standarder og tvisteløsningsorganer som nyter større grad av tillit hos enkeltinvestorer enn vertsstatens egne domstoler og rettsapparat. I denne sammenheng er ikke enkeltinvestorerers voldgifts adgang under en bilateral investeringstraktat svært forskjellig fra at staten forplikter seg til voldgift i kontrakter med private parter. Et sentralt hensyn er i begge henseender at den private parten gjerne vil være skeptisk til å anvende statens egne domstoler, slik at adgang til internasjonal voldgift blir en sentral forutsetning for transaksjonen sett fra den private partens perspektiv.

Selv om man likevel skulle mene at et krav om uttømming i teorien kan bidra til å styrke nasjonale institusjoner, ser vi grunn til å bemerke at det uansett vil ha liten eller ingen betydning hvilken løsning som følger av vertsstatens investeringsavtaler med Norge, hvis ingen andre avtaler vertsstaten har med andre land oppstiller et tilsvarende krav. Det er etter vårt syn liten grunn til å tro at andre land vil oppgi det grunnleggende prinsippet om at adgang til investeringsvoldgift ikke krever uttømming av nasjonale rettsmidler, siden dette som beskrevet over er forankret i nettopp de samme hensyn som gjør at investeringsavtaler blir inngått.

Slik vi ser det innebærer kravet om uttømming av lokale rettsmidler at adgang til investeringsvoldgift mest sannsynlig vil fremstå som en forholdsvis teoretisk mulighet for de fleste selskaper som planlegger en investering. Særlig for mindre investorer vil trolig utsiktene til en kostbar og langvarig rettsprosess med et minimum tidsperspektiv på 4-5 år fremstå som lite attraktivt og uforholdsmessig dyrt, i alle fall i alle andre saker enn der man er tilnærmet sikker på å få gjennomslag til slutt. Til dette kommer også at selv om investoren skulle få gjennomslag vil det ofte være vanskelig å få eksekvert en voldgiftsdom mot en stat. Når disse usikkerhetsmomentene kommer i tillegg til kravet om uttømming av lokale rettsmidler, vil ikke voldgiftsadgangen etter vår oppfatning fremstå som noe reelt og tilgjengelig rettsmiddel.

Dette betyr også at avtalen i liten grad vil kunne bidra til å oppfylle et av de andre formålene som er fremhevet i veiledningen, nemlig å gi norske selskaper tilsvarende konkurransevilkår som selskaper fra andre land. Investorer fra andre land vertsstaten har inngått investeringsavtaler med vil normalt ha direkte adgang til å bruke voldgift.

Vi ser videre grunn til å bemerke at det også i et internt, "defensivt" perspektiv, klart er problematiske aspekter knyttet til at et internasjonalt voldgiftstribunal skal kunne overprøve Høyesterett gjennom en avgjørelse som vil ha direkte rettskraftvirkning i intern norsk rett. Slik vi ser det vil dette nærmest i klartekst innebære at Høyesterett i den angjeldende tvisten ikke dømmer i siste instans, noe som står i uttrykkelig motstrid til Grunnlovens § 88. Nettopp ut fra slike hensyn er det ganske vanlig at bilaterale investeringstraktater, istedenfor et krav om uttømming av lokale rettsmidler inneholder en såkalt "fork in the road" klausul, hvoretter investoren må velge *enten* tvisteløsning for lokale domstoler *eller* internasjonal voldgift, men altså ikke kan velge først å gå til lokale domstoler og deretter forsøke internasjonal voldgift.

Avslutningsvis ønsker vi følgelig å fremheve at det etter vårt syn er av sentral og avgjørende betydning at modellavtalen gir adgang for investorer til å reise sak mot staten gjennom internasjonal voldgift. Av de grunner som vi allerede har anført bør imidlertid ikke denne adgangen være betinget av forutgående uttømming av lokale rettsmidler.

4 ANDRE KOMMENTARER

Vi har også enkelte andre kommentarer til enkeltbestemmelser i avtalen, uten at dette er ment å være uttømmende.

Artikkel 1: Bestemmelsen synes å forutsette at avtalen ikke skal gjelde for investeringer på kontinentalsokkelen eller innenfor den økonomiske sonen. Dette betyr at betydelige norske investeringer innenfor havbruk og offshorevirksomhet i andre land kan tenkes å ikke ville være omfattet. Vi har vanskelig for å se hensiktsmessigheten av dette, særlig når det tas hensyn til at de fleste investeringer på norsk kontinentalsokkel også vil ha slike tilknytningspunkter til norsk landterritorium (typisk gjennom etablering av norske datterselskaper) at avtalen her utvilsomt vil få anvendelse.

Artikkel 2: Definisjonen av "investor" i forhold til juridiske personer kan bety at selskaper med hovedsete og administrasjon i Norge, men "substansiell" forretningsvirksomhet kun i utlandet, ikke vil være omfattet. Bestemmelsen bør dermed etter vårt syn uttrykkelig spesifiseres slik at "management" anses som substansiell forretningsvirksomhet.

Artikkel 6: Bestemmelsen synes å forutsette at ekspropriasjonsvernet etter avtalen skal bygge på vernet etter EMK, 1. tilleggsprotokoll artikkel 1. Dette overser at henvisningen til "general principles of international law" reelt sett innebærer at det er den alminnelige folkerettens krav om ekspropriasjon av utlendingers eiendom som vil komme til anvendelse. Disse er ansett av de fleste moderne folkerettsforfattere å gå lengre enn vernet etter menneskerettighetene. Bestemmelsen er således uklar og gir liten forutberegnelighet, for eksempel med hensyn til kravet om erstatning. Etter vårt syn bør det uttrykkelig spesifiseres at ekspropriasjon er betinget av "just compensation in accordance with the principles of international law." Noe annet kan etter vårt syn vanskelig anses akseptabelt, i og med at det i realiteten vil stille norske investorer dårligere enn etter den alminnelige folkeretten, slik den er blitt lagt til grunn blant annet i et stort omfang saker under the Iran-US claims tribunal.

Artikkel 8: Vi gjør oppmerksom på at "performance requirements" ikke er uvanlige blant annet i såkalte "production sharing agreements" som også flere norske selskaper har inngått i utviklingsland. Slik krav kan være et naturlig virkemiddel for en stat som ønsker å bygge opp egen kompetanse og teknologi. Slike krav ble også benyttet av Norge i oppbyggingen av norsk oljeindustri.

Oslo, 28. mars 2008

Otto Beyer og Ivar Alvik