

Oslo 18. april 2008

Nærings- og handelsdepartementet

Høringsuttalelse vedrørende modellavtale for bilaterale investeringsavtaler

Innledende kommentarer

På bakgrunn av at jeg de senere år har arbeidet mye med bilaterale og multilaterale investeringsavtaler samt med tvisteløsning knyttet til slike avtaler, ønsker jeg med denne høringsuttalelsen å bidra med synspunkter på utformingen av en norsk modellavtale. Utformingen av den norske modellavtalen må anses som en svært viktig utvikling i arbeidet med slike avtaler. Etter min oppfatning vil en norsk modellavtale kunne få stor betydning for Norges og andre lands holdninger til utviklingen av slike avtaler på bilateralt og multilateralt plan.

Dersom vi vurderer investeringsavtaler fra et generelt folkerettslig perspektiv, kan det observeres at selskaper under slike avtaler får stilling som interessesubjekter (subjekter som har sine interesser vernet gjennom folkeretten) og, i de fleste avtaler, påtalesubjekter (subjekter som har mulighet til å påtale krenkelse av rettigheter under folkeretten). Avtalene innebærer følgelig en vesentlig styrking av selskapenes rettslige posisjon vis-à-vis vertsstatene. Det kan også observeres at selskapene generelt ikke pålegges plikter under avtalene, og at de således ikke får stilling som ansvarssubjekter. Det er et grunnleggende spørsmål om det er behov for og ønskelig å utvikle regler som pålegger selskaper plikter under investeringsavtaler. Dels er dette et spørsmål om å formulere vilkår for at et selskap skal kunne nyte godt av beskyttelse under avtalene, og dels er det et spørsmål om å utvikle selvstendige plikter for selskapene uavhengig av den beskyttelsen selskapene oppnår under avtalene.

Som antydnet i departementets høringsbrev, der investeringsavtalene i mange sammenhenger omtales som ”investeringsbeskyttelsesavtaler”, er hovedmålet med slike avtaler å sikre investorer beskyttelse mot inngrep fra vertsstatens side. Det er også antydnet i høringsdokumentet at man ønsker å utvide de tradisjonelle investeringsbeskyttelsesavtalene til å omhandle etablering av investeringer (dette anføres å være grunnen til at man omtaler avtalene som ”investeringsavtaler” på s. 5 i vedlegget). Elementer knyttet til selskapers plikter under avtalene er kort drøftet i punktene 4.6.2 og 4.6.3 i vedlegget i relasjon til henholdsvis adgang til informasjon fra investorene og anvendelsen av OECDs retningslinjer for multinasjonale selskaper.

I det følgende skal det først anføres noen synspunkter på om og innenfor hvilke områder man kan inkludere regler om investorers plikter i investeringsavtaler. Deretter skal det knyttes noen kommentarer til enkelte av bestemmelsene som er tatt med i modellavtaleforslaget.

Om investorers plikter under investeringsavtaler

Det har de senere år vært arbeidet mye med å utvikle normer for hvordan investorer forventes å opptre i vertsstater. OECDs retningslinjer for multinasjonale selskaper har vært det sentrale

referansepunktet i dette arbeidet. Generelt har normutviklingen vært basert på frivillighet fra selskapenes side. Utfordringer med en slik frivillig tilnærming oppstår særlig der vertslandet:

- mangler evne til å håndheve minimumskrav overfor selskaper,
- mangler vilje til å håndheve minimumskrav overfor selskaper,
- konkurrerer med andre land om å tiltrekke seg investeringer,
- av ulike årsaker har en svak forhandlingsposisjon overfor selskaper som er etablert i landet eller vurderer å etablere seg i landet, eller
- har en svak forhandlingsposisjon overfor et selskaps hjemstat.

Som denne oversikten indikerer, vil det i hovedsak være utviklingsland som vil ha en interesse i at det etableres felles bindende normer for selskapers plikter.

Det er på denne bakgrunn kanskje ikke å forvente at Norge som kapitaleksportør skal være interessert i å fremme utviklingen av selskapers plikter i investeringsavtaler. Imidlertid er mange norske selskaper opptatt av å etterleve høye standarder, ofte formulert som ”globale standarder”, uansett hvor de investerer. Ut fra et slikt perspektiv vil det være av interesse for norske investorer å fremme harmonisering på et høyt nivå av de krav som stilles til investorer og investeringer, og innføring av pliktregler for investorer i investeringsavtaler kan være et aktuelt virkemiddel i denne sammenheng.

De senere år har man utviklet mekanismer for å holde selskaper ansvarlige i folkeretten. Selskapers opptreden var et viktig moment i saker som gikk for krigsforbrytertribunalene etter andre verdenskrig og i nyere saker om internasjonalt straffansvar, selv om de straffer som er idømt var rettet mot enkeltpersoner. I forbindelse med tiltak for å bekjempe terror har det i mange sammenhenger blitt iverksatt tiltak mot selskaper på grunnlag av deres forbindelseslinjer til terrororganisasjoner. Det kan også i visse situasjoner, slik som i Congo-konflikten, fattes vedtak i FNs sikkerhetsråd som tar sikte på å hindre selskaper i å bidra til å holde i live interne konflikter i land.

Da Verdensbankens styre vedtok ICSID-konvensjonen i 1965, uttalte de samtidig i sine kommentarer (para. 13) følgende: “... the provisions of the Convention maintain a careful balance between the interests of investors and those of host States. Moreover, the Convention permits the institution of proceedings by host States as well as by investors and the Executive Directors have constantly had in mind that the provisions of the Convention should be equally adapted to the requirements of both cases.” Sitatet viser at man så for seg at statene skulle kunne reise saker mot investorer innenfor konvensjonens rammer. Det har kun skjedd i to saker. Mye av grunnen er at bilaterale investeringsavtaler ikke inneholder bestemmelser om plikter for investorer som en stat i tilfelle kunne ha påberopt seg. Slike plikter fulgte i de to sakene av privatrettslige avtaler.

Verdensbanken opprettet i 1993 et Inspeksjonspanel. Inspeksjonspanelet har til oppgave å vurdere om prosjekter finansiert av Verdensbanken oppfyller de normer som er vedtatt av Verdensbankens styre om hvordan prosjekter skal gjennomføres. Studier av Inspeksjonspanelets rapporter viser at panelet i mange saker kritiserer selskaper som har stått for gjennomføringen av prosjektene for ikke å ha etterlevet bankens normer. Det er på denne bakgrunn nærliggende å benytte disse normene (omtalt som ”policies and procedures”) som et grunnlag for å utvikle pliktnormer for selskaper i investeringsavtaler. De normer som Verdensbanken har utviklet må anses som gode modeller for hva som kan forventes av større investeringsprosjekter, særlig i utviklingsland.

Blant de internasjonale organisasjonene er det International Labour Organization som har lengst tradisjoner for å utvikle normer for selskapers opptreden og å utvikle mekanismer for å sikre at normene etterleves. Selv om etterlevelsesmekanismene først og fremst er rettet mot statene samt deres plikt til å sikre at selskaper opptrer i henhold til normene, går etterlevelsesmekanismene ofte inn i vurderinger av om selskaper har opptrådt i tråd med ILOs regelverk. Særlig gjelder dette for Committee on Freedom of Association som har behandlet mer enn 2600 saker.

Endelig skal det fremheves at man de senere år har utviklet en lang rekke traktater av relevans for selskapers ansvar. Særlig gjelder dette traktater om organisert eller grenseoverskridende kriminalitet, eksempelvis traktater om korrupsjon. I tillegg finnes det traktater som er av særlig interesse for utviklingen av generelle forventninger om og normer for selskapers opptreden, eksempelvis traktater om utfasing eller kontroll med bruk av farlige stoffer.

På denne bakgrunn synes det nærliggende å ta inn bestemmelser om selskapers ansvar i Norges investeringsavtaler utover den foreslåtte generelle henvisningen til OECDs retningslinjer for multinasjonale selskaper. Det kan være ulike synspunkter på hvilken form slike bestemmelser skal ha – om de skal være rettslig bindende eller anbefalende, om de skal inneholde detaljerte regler, om de skal inneholde generelle prinsipper, eller om de skal referere til andre dokumenter der normene er utviklet, samt om krenkelse av normene skal medføre rettslige konsekvenser eller ikke.

Generelt synes det i denne fasen nærliggende å vurdere en videreutvikling av bestemmelsen om OECDs retningslinjer for multinasjonale selskaper. Hva angår spørsmålet om den rettslige statusen til denne typen bestemmelser kan det tas utgangspunkt i to saker som nylig har gått for ICSID-tribunaler (World Duty Free Company Ltd v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, og Inceysa Vallisoletana SL v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26). I disse sakene var det spørsmål om rettighetene som selskapene påberopte seg kunne falle bort som følge av at selskapenes opptreden. Det kan være en nærliggende rettslig konsekvens av for eksempel korrupsjon at et selskap ikke kan påberope seg rettigheter under en investeringsavtale. Tilsvarende konsekvenser kan tenkes i forhold til krenkelse av andre normer, som for eksempel et krav om å gjennomføre miljøkonsekvensutredninger. I sakene ble det antatt at selskaper kan tape rettigheter under avtaler som en følge av krenkelse av ”international ordre public”, men det er svært uklart hva som ligger i dette begrepet, og det ville vært en fordel om man gjennom avtalene kunne få en presisering av hva som skal til for at selskaper kan tape rettigheter under avtalene. Bestemmelser om tap av rettigheter kan formuleres som vilkår for at avtalen kommer til anvendelse, eksempelvis ved å begrense investeringer som er beskyttet under avtalen til investeringer som er gjennomført i tråd med visse krav.

Kommentarer til enkeltbestemmelser i modellavtalen

I artikkel 2.2 er definisjonen av investeringer fastlagt. Denne definisjonen er, i tråd med det som har vært tradisjonen i de fleste investeringsavtaler, veldig bredt anlagt. I investeringsdefinisjonen inngår blant annet: ”rights conferred pursuant to law or contract such as concessions, licenses, authorisations, and permits”. I norsk forvaltningsrett er det i mange tilfeller begrensninger i hvilke rettigheter tildeling av en tillatelse innebærer. Det finnes også regler som åpner for endring av tillatelser til ugunst for den private part. Avhengig av hvilke rettigheter som gis investorer i en investeringsavtale vil slike avtaler kunne gå lenger i å tildele rettigheter til investorer enn det som følger av

norsk forvaltningsrett. Problemstillinger kan eksempelvis oppstå i forhold til retten til erstatning ved ekspropriasjon. Det er med andre ord spørsmål om man er tjent med å ha med en så bred definisjon av investeringer i den norske modellavtalen.

Bestemmelsen om nasjonal behandling omfatter etablering og åpner for en ”negativliste” for sektorer som ikke skal være omfattet av forpliktelsen. Det er uklart om negativlisten kun skal kunne benyttes i avtaler som dekker etableringer, eller om den skal kunne benyttes også ellers. Dersom negativliste er tilgjengelig, må bestemmelsen tolkes slik at man kan liste sektorer som skal være unntatt uavhengig av om det dreier seg om etablering eller ikke. Etersom det kan være behov for å benytte negativliste også i andre sammenhenger enn ved etableringer, er det ønskelig man gjør klart at muligheten for negativliste bør være tilstede uavhengig av om bestemmelsen kommer til anvendelse på etableringer.

Artikkel 3 er søkt presisert gjennom å inkludere begrepet ”in like circumstances” og en forklarende fotnote til bestemmelsen. Det kan skilles mellom to hovedtolkninger av ikke-diskrimineringsbestemmelsen:

1. investoren har kun bevisbyrden for å vise at det foreligger en konkret forskjellsbellsbehandling mellom vedkommende og én innenlandsk investor
2. investoren har også bevisbyrden for at det foreligger en mer systematisk forskjellsbehandling til fordel for innenlandske investorer

Hvorvidt den første eller andre forståelsen av bestemmelsen skal legges til grunner er av svært stor betydning for hvilke konsekvenser bestemmelsen kan få for forvaltningens fleksibilitet til for eksempel å endre praksis eller å avgjøre enkeltsaker på grunnlag av en helhetsvurdering. Ordlyden i selve bestemmelsen er uklar på dette punktet, idet den kan tolkes i begge retninger. Den forklarende fotnoten synes å bygge på det første tolkningsalternativet, jfr. referansen til ”an investment or investor of another Party”. I departementets kommentarer til bestemmelsen er det uklart hva som skal legges til grunn. Det uttales at: ”Det sentrale ved bestemmelsen er at det ikke skal gjøres forskjell mellom investorer på bakgrunn av nasjonalitet”, noe som skulle tyde på at det andre tolkningsalternativet skal legges til grunn. Men det uttales også at: ”Forskjellsbehandling som mangler saklig grunn, er uforholdsmessig eller virker sterkt urimelig, er imidlertid forbudt. Det er også denne type inngrep ikke-diskrimineringsbestemmelsen i modellavtalen har som målsetting å ramme.” Denne uttalelsen kan tolkes som om den bygger på det første tolkningsalternativet.

Det er ønskelig at man i modellavtalen tar et klart standpunkt til hvilket av disse tolkningsalternativene som skal legges til grunn ved anvendelsen av bestemmelsen. Dette er et prinsipielt viktig tolkningsspørsmål som så langt ikke er avklart i rettspraksis under tilsvarende bestemmelser i investeringsavtaler. Ved avveiningen av hvilket tolkningsalternativ som bør velges, bør det tas hensyn til at det er store ulikheter i hva som anses som ”myndighetsmisbruk” i ulike land, og at avtalen åpner for å føre søksmål om slike forhold for et ad hoc tribunal som er sammensatt av eksperter på investeringsrett og ikke på forvaltningsrett.

De samme synspunkter som anført ovenfor er også relevante for MFN-bestemmelsen i art. 4. I tillegg er det å merke seg at MFN-bestemmelsene har vært blant de bestemmelser som har vært mest omstridt i investeringsavtaler. Det er følgelig bra at avtalen søker å klargjøre bestemmelsens rekkevidde i 2. og 3. ledd, samt at det åpnes for å gjøre spesifikke unntak i form av en liste. Det er imidlertid uklart hvorfor teksten i klammeparantes i 2. ledd skal kunne

være med når slike avtaler kan unntas etter første ledd. Det er også litt uklart hva som menes med ”dispute resolution mechanisms” i tredje ledd. Eksempelvis er det uklart om bestemmelsen kommer til anvendelse på bestemmelser som definerer tribunalenes jurisdiksjon, slik som art. 1 og 2 i avtalen. Det ville vært bedre om man hadde definert hvilke bestemmelser MFN-forpliktelsen skal komme til anvendelse på, forutsetningsvis de materielle bestemmelsene i avtalen.

Både art. 5 og art. 6 avviker betydelig fra bestemmelser i tidligere avtaler. I lys av MFN-bestemmelsen vil det være aktuelt å ta forbehold for relevante tidligere avtaler under art. 4.

Artikkel 8 omhandler ”performance requirements”, og er som anført i vedlegget særlig relevant fra et utviklingslandperspektiv. Underpunktene art. 8.1 er satt i klammeparentes, men de øvrige bestemmelser er satt uten klammeparentes. Det er uklart om dette skal tolkes dit hen at Norge alltid vil være fleksibel med hvilke underpunkter som skal med i avtalen, men at man vil ha som klart utgangspunkt at de øvrige bestemmelser skal med. Blant underpunktene er det særlig nr. vi om teknologioverføring som vil kunne være problematisk fra et utviklingslandperspektiv. Ettersom det i mange sammenhenger er ønsket fra norsk side å fremme teknologisk utvikling i utviklingsland, bør man være oppmerksom på at denne bestemmelsen kan ha negative konsekvenser i slike sammenhenger. Artikkelen 8 går også langt i å begrense et lands mulighet til å forhandle med investorer om ytelseskrav gjennom tredje og fjerde ledd. I betraktning av at bestemmelsen er ment å ha særlig virkning overfor utviklingsland, som har begrensede administrative ressurser, kan det reises spørsmål om det er hensiktsmessig med så absolutte og strenge krav som de som oppstilles i bestemmelsene. I denne forbindelse må det bemerkes at ytelseskrav uansett vil være omfattet av bestemmelsene i art. 3-6, og at misbruk av ytelseskrav følgelig vil kunne håndteres uten at man trenger en egen bestemmelse. Vedlegget diskuterer ikke hvorfor og i hvilken utstrekning det er behov for ytterligere begrensninger i statenes mulighet til å stille ytelseskrav.

Artikkel 11 begrenser statenes frihet til å trekke til seg investorer gjennom å tilby fordelaktige betingelser. Bestemmelsen er formulert som en anbefaling (”should”), i motsetning til de forslagene som forelå i MAI-forhandlingene der man fra norsk side gikk inn for en rettslig bindende bestemmelse. Ut fra et rent økonomisk perspektiv synes det inkonsistent at man skal ha et strengt forbud mot forskjellsbehandling til ulempe for utenlandske investorer, mens man skal ha stor frihet til å forskjellsbehandle til fordel for utenlandske investorer. Man skulle intuitivt tro at begge former for forskjellsbehandling skulle være uønsket. Hvilket behov et land vil ha for å forskjellsbehandle til fordel for utenlandske investorer vil være situasjonsavhengig. På denne bakgrunn kan det være grunn til å vurdere om bestemmelsen bør gjøres rettslig bindende eller omformuleres til en ikke-diskrimineringsbestemmelse på linje med art. 3.

Artikkel 12 er en bestemmelse som det er vanskelig å utlede noen klar juridisk mening av, noe som også illustreres av den uklare rettslige statusen bestemmelsen er ment å ha i henhold til vedlegget. Med velvilje kan den leses som en regel om valg av tolkningsalternativer der en bestemmelse er uklar. Dersom det er dette som er meningen med bestemmelsen, bør det gis klarere uttrykk for det i bestemmelsen.

Artikkel 14 inneholder nyskapende bestemmelser om hvilken rett som skal anvendes av tribunalene. Særlig annet ledd er av interesse. Denne bestemmelsen reiser også et tolkningsproblem. Uenighet om tolkning vil typisk komme opp i forbindelse med en konkret tvist. Artikkelen 14 gir ikke anvisning på om Joint Committee kan gripe inn i en pågående tvist

med et vedtak om tolkning. Det vil være betenkelig ut fra rettssikkerhetsbetraktninger om komiteen skulle få en slik mulighet. Art. 23.4(ii) indikerer at komiteen ikke bør bruke muligheten til å gripe inn i en tvist, men gjør ikke dette til noen klar plikt.

Den betydelige vekt som legges på den subjektive tolkningsteorien i omtalen av art. 14 i vedlegget er noe overraskende i lys av praksisen som følges av ICSID-tribunaler, der den objektive tolkningsteori står klart sterkest, og det er svært sjelden at tribunalene søker tolkningsargumenter i forarbeider og forhistorie.

Bestemmelsen om investor-stat tvisteløsning i art. 15 åpner ikke for søksmål fra stater mot investorer. I lys av hva man kommer fram til vedrørende investorers plikter under avtalene, jfr. ovenfor, er dette et punkt som muligens bør revurderes. Det kan også være aktuelt for en stat å reise motkrav mot en investor som et følge av et søksmål reist mot staten. Det er uklart om det vil være adgang til slike motkrav, jfr. uttalelsen i vedlegget.

Det bemerkes at, i motsetning til det som er standard ellers i internasjonale domstoler som behandler saker fra private, inneholder ikke bestemmelsen noe klart krav om å ha uttømt lokale rettsmidler før saken bringes inn for tribunalet. Det bør vurderes om ikke bestemmelsen kunne forenkles med å omformulere art. 15.3(i) til et krav om uttømming av nasjonale rettsmidler. Det er vanskelig å se hvorfor investorer skal ha en sterkere rett til å bringe saker til internasjonal tvisteløsning enn den retten man gir til personer som er utsatt for menneskerettighetsbrudd.

For øvrig inneholder art. 16-20 en rekke prosessuelle nyvinninger som sannsynligvis vil kunne medføre en god rettslig prosess. Er det en trykkfeil i art. 18.2(i), jfr. "preceding"?

Unntaksbestemmelsen i art. 24 er bygget på art. XX i GATT, men skiller seg fra denne bestemmelsen på noen punkter. Den innfører et generelt nødvendighetskrav og inneholder en fotnote om føre vår prinsippet. Det er naturlig å koble disse elementene gjennom at et strengere krav til begrunnelsen for et unntak følges av en klarere forankring av føre vår prinsippet i unntaksbestemmelsen.