



Nærings- og handelsdepartementet

Norwegian Church Aid
Aide de l'Eglise Norvégienne
Ayuda de la Iglesia Noruega

Oslo, 16.04.08

Deres ref.:

Vår ref.:

VEDR: HØRINGSINNSPILL FRA KIRKENS NØDHJELP TIL REGJERINGENS NYE MODELL FOR INVESTERINGSAVTALER

Kirkens Nødhjelp takker for invitasjon til å uttale seg om Nærings- og Handelsdepartementets høring om ny norsk modell for "fremme og beskyttelse av investeringer". Det er liten tvil om at investeringer kan være en drivkraft for økonomisk vekst og utvikling, og mange utviklingsland og land med overgangsøkonomier ønsker utenlandske investeringer. Per i dag eksisterer det mer enn 2.500 regionale eller bilaterale investeringsavtaler (BITs), og avtaleuniverset ekspanderer stadig. De sentrale spørsmålene knytter seg til om investeringsavtaler faktisk øker investeringer, og om investeringsavtaler er et egnet virkemiddel for utvikling for utviklingsland og land med overgangsøkonomier.

Kirkens Nødhjelps primærkonklusjon er at vi i hovedsak på bakgrunn av modellavtalens investor-stat-prinsipp, som gir investor en ubetinget rett til å saksøke vertsstat, ikke kan støtte avtaleutkastet slik det foreligger. Det foreligger også få gode utviklingsargumenter for en slik avtale. Dette standpunktet vil utdypes og begrunnes i teksten. Anbefalinger vil også bli presentert.

Kirkens Nødhjelp mener at investeringsavtaler i utgangspunktet bør være multilaterale fremfor bilaterale fordi dette gir utviklingslandene muligheten til å være med på å utforme avtalene i større grad. Dette betyr imidlertid ikke at vi mener måten investeringer er inkludert i WTO under GATS-avtalen og GATS-forhandlingene ("mode 3") er tilfredsstillende. Det betyr heller ikke at Kirkens Nødhjelp støtter inkludering av Singapore Issues generelt, og investering spesielt i WTO-avtaler, så lenge utviklingslandene er motstandere av dette.

I sum ser Kirkens Nødhjelp at foreliggende avtaleutkast trenger så store endringer at vi vil foreslå at det startes på nytt med blanke ark. Det som må være tilstede for at vi kan støtte en slik avtale er at et bærekraftig utviklingsperspektiv (jfr. alternativ internasjonal modell om investeringer for bærekraftig utvikling utarbeidet av IISD) er overordnet når avtaler inngås med utviklingsland. Kirkens Nødhjelp mener dette kan sikres ved at BITs

- Balanserer rettigheter og forpliktelser mellom vertsstater og investorer. Dette innebærer å ta et oppgjør med asymmetrien forbundet med investor-stat-prinsippet i slike avtaler i og med at det blant annet åpnes opp for at selskaper kan spekulere i å saksøke vertsstater for tapt profitt. Denne asymmetrien gir også negative utslag for nasjonal reguleringskompetanse og politisk handlingsrom i utviklingsland og land med overgangsøkonomier. Det er også behov for en betydelig revisjon av dagens tvisteløsningsmekanismer.



- Primært anses som egnede instrumenter for å øke investeringer mellom utviklingsland og land med overgangsøkonomier og rike land og bidra til bærekraftig utvikling, ikke først og fremst for å beskytte norske investeringsinteresser. Hvis investeringsavtaler skal inngås i utviklingens navn må de også være påviselig utviklingsvennlige.
- Inkluderer bindende og operasjonelle CSR-forpliktelser for bedrifter som gjør investeringer i utlandet, i motsetning til dagens mer eller mindre frivillige ordninger i form av tilslutning til OECDs retningslinjer for selskaper eller FNs Global Compact.

Våre kommentarer til modellavtalen vil på bakgrunn av ovennevnte punkter hovedsaklig fokusere på behovet for balansering av rettigheter og plikter mellom investor, investors hjemland og vertsstat; sammenhengen mellom BITs og investeringer; sammenhengen mellom BITs og politisk handlingsrom i vertsstat; og spørsmålet om bedrifters samfunnsansvar i utlandet. Avslutningsvis diskuterer vi om BITs dermed er et egnet instrument som bidrar til utvikling i utviklingsland.

Asymmetri – i rettigheter, forpliktelser og tvisteløsning

Kirkens Nødhjelp er av den oppfatning at det eksisterende universet av investeringsavtaler spesielt på grunn av investor-stat-prinsippet inneholder en grunnleggende asymmetri når det gjelder rettigheter og forpliktelser. Vi mener at slike avtaler bør være balanserte mellom rettigheter og forpliktelser for investor, investors hjemland og vertsstat. BITs er på papiret gjensidige avtaler, men realiteten er at majoriteten av investeringer beskyttet av slike avtaler foretas av investorer i rike land, ofte er dette store multinasjonale selskaper, i utviklingsland og land med overgangsøkonomier. De rike landene er motvillige til å ratifisere BITs i de tilfellene der innslaget av investeringer er betydelig i begge retninger, det vil si med andre rike land. Dette skyldes i stor grad en skepsis mot å gi samme rettigheter og beskyttelse til sterke multinasjonale selskaper innenfor egne grenser, som til egne selskaper utenfor landets grenser.

Kirkens Nødhjelp ser videre med bekymring på tendensen til at regelverk i internasjonale investeringsavtaler i stor grad sikter mot å forby, begrense, eller på andre sett overstyre nasjonale investeringsregler. Asymmetri i rettigheter og forpliktelser gir seg også utslag i at vertsstat får begrenset sitt politiske handlingsrom og sin nasjonale reguleringskompetanse på økonomi- og sosialpolitikk i forhold til utenlandske investorer som ofte er multinasjonale selskaper. Vi mener dette er et demokratisk problem, som grenser mot en maktoverføring fra suverene nasjonalstater til en "verdensregjering" av storselskaper. Kirkens Nødhjelp oppfordrer derfor på det sterkeste til at en norsk avtale følger opp St. meld. nr. 26 (2006-2007), der det fremgår at regjeringen vil "bidra til en mer nyansert og balansert rettsutvikling i bilaterale investeringsbeskyttelsesavtaler".

Kirkens Nødhjelp mener at eksisterende tvisteløsningsmekanismer, inkludert ICSID-domstolen, mangler åpenhet og koherens. I sum går dette i disfavør av vertsstat, og da spesielt utviklingsland og land med overgangsøkonomier. Dette er også et nasjonalt suverenitetsspørsmål ettersom investor gis en ubetinget rett til å prøve tvister inn for et internasjonalt voldgiftstribunal, det såkalte investor-stat-prinsippet. Kirkens Nødhjelp stiller seg svært kritisk til at investor gis en ubetinget rett som ikke er avhengig av samtykke fra vertsstat. Uklare klausuler i mange eksisterende BITs medfører også at utenlandske investorer nærmest kan spekulere i å saksøke vertsstat på bakgrunn for eksempel av at profittoppnåelse ikke er på et fastsatt nivå. Vertsstater



har på den annen side ingen muligheter til å prøve saker mot utenlandske investorer, noe som bygger opp under asymmetrien i slike avtaler.

Kobbergruvesaken i Zambia viser med tydelighet problemet tilknyttet investor-stat-prinsippet. Kobbergruvene i landet ble privatisert mot slutten av 1990-tallet. Avtalene som ble inngått den gang hadde svært dårlige vilkår for den zambiske stat, og gjør at landet kun har fått tre til fem prosent av inntektene fra dets viktigste råvare. Til sammenligning får Norge 65 prosent av eksportinntektene fra olje- og gasseksport fra norsk sokkel. Den zambiske staten varslet en ny skattelov som i 2008 alene kan doble landets inntekter fra kobbergruvedriften. I januar 2008 kunngjorde den zambiske presidenten annulleringen av alle "tax concessions" for kobbergruveselskaper som opererer i Zambia, fordi disse skattelettene er "urettferdige og ubalanserte". Gruveselskapene i Zambia truet først med rettsaker etter at staten økte skattene i strid med eksisterende avtaler. Men press fra sivilsamfunnsorganisasjoner, sammen med en rekke andre faktorer, har resultert i at myndighetene og gruveselskapene har gått med på reforhandling av finansielle bestemmelser i kontraktene, og de utenlandske gruveselskapene har per dags dato bestemt seg for å ikke saksøke Zambia. Det var altså Zambias legitime forsøk på å gjøre om urettferdige skatteavtaler som utløste striden, og det måtte sterkt press og hjelp fra blant annet norske advokater til for at selskapene skulle snu.

Kirkens Nødhjelp er positive til at den foreliggende modellavtalen inneholder en bestemmelse om uttømming av nasjonale rettsmidler før saken går til internasjonal voldgift (artikkel 15). Vi mener dette er viktig for institusjonsbygging og styrking av rettsvesenet i utviklingsland og land med overgangsøkonomier. Samtidig vil saker i nasjonale rettsystemer medføre langt større åpenhet enn i lukkede internasjonale voldgiftstribunaler. Disse er preget av manglende åpenhet og hemmeligholdelse. Vi ser det som avgjørende at tribunalene åpnes for publikum og at kjennelser gjøres offentlig tilgjengelig. Videre er vi bekymret for mangelen på konsekvent rettspraksis i voldgiftstribunalene da disse utnevnes på ad hoc-basis, er preget av hemmeligholdelse, og fordi det ofte er de samme spesialiserte advokatene som inngår som enten dommere eller partsrepresentanter.

Modellavtalens artikler 14 og 17 medfører til sammen at tribunalet skal basere sin beslutning om "award" på bakgrunn av avtalens innhold og i samsvar med forståelse av internasjonal lov. Videre skal denne "arbitral award" være endelig og bindende for partene i tvisten. Dette kan gi det uheldige resultatet at tilsynelatende like saker kan få ulke avgjørelser, noe som skaper usikkerhet for vertsstater knyttet til deres politiske handlingsrom. Det er også svært kostbart å føre slike saker. Resultatet kan i verste fall bli at vertsstaten "fryser" eller senker eksisterende sosiale og økonomiske standarder. Spesielt rammer dette land med begrensede administrative ressurser. Kirkens Nødhjelp mener at tvisteløsningsmekanismene må reformeres, blant annet må en effektiv ankemekanisme inkluderes og større åpenhet og konsekvent rettspraksis sikres.

BITs – egnede virkemidler for å øke investeringer?

Investeringer kan bidra til et lands utvikling ved å tilby en kilde til kapital for fattige land, infrastruktur, nye eksportmuligheter, muligheter for overføring av kunnskap og teknologi, arbeidsplasser og skatteinntekter og muligheter for et løft for lokale selskaper. Antallet BITs har eksplodert siden begynnelsen av 1990-tallet. Bevis på at investeringsavtaler hjelper utviklingsland og land med overgangsøkonomier å tiltrekke seg den rette mengden av og kvaliteten på investeringer er derimot i beste fall



tvetydige. Studier gjort av blant annet Verdensbanken sår tvil om BITS har noen påvirkning på investeringsnivået i det hele tatt. UNCTAD viser blant annet til at andre faktorer har langt større betydning for investeringsbeslutninger enn BITS. Andre studier viser at sammenhengen i beste fall er positiv, men kun for enkelte avtaler og betinget på visse vilkår. Vi vil være behjelpelige med å vise til mer informasjon om disse studiene hvis ønskelig.

Kirkens Nødhjelp mener at styrking av institusjoner og nasjonale prosesser er av avgjørende betydning for at utviklingsland skal tiltrekke seg utenlandske investeringer. BITS har vært fremhevet som internasjonale alternativer til institusjonelle beskyttelse for utenlandske investeringer, med tilhørende rettigheter for investor i forhold til vertsstat. UNCTAD-studien referert til over viser derimot med all tydelighet at institusjonelle faktorer som markedsstørrelse, økonomisk vekst, tilgang på kompetent arbeidskraft, kvaliteten på rettssystem, åpenhet og stabilitet alle er faktorer som veier langt tyngre for selskapers investeringsbeslutninger enn om landet har inngått BITS. Dette er faktorer som har den største positive signaleffekten på utenlandske investorer. Brasil og Sør-Korea er eksempler på land som tradisjonelt på grunn av disse institusjonelle faktorene har tiltrukket seg store mengder utenlandsk kapital uten å inngå investeringsbeskyttelsesavtaler. Hvis slike avtaler skal inngås, må de ut fra et utviklingsperspektiv ta hensyn til dette. Det innebærer at utviklingsland må gis tilstrekkelig politisk handlingsrom, noe vi utdyper under.

Kirkens Nødhjelp er totalt sett opptatt av at hvis BITS skal inngås i utviklingsland så må slike avtaler ikke bare bidra til økte investeringer til utviklingsland, men investeringene må også faktisk bidra til utvikling. Vi anbefaler derfor at utviklingskonsekvensene av eksisterende BITS utredes nærmere før Norge inngår slike avtaler.

Sammenhengen mellom BITS og politisk handlingsrom

Kirkens Nødhjelp ser med bekymring på at investor-stat-prinsippet nedfelt i modellavtalen bidrar til å svekke nasjonale myndigheters muligheter til å påse at investeringene de mottar tjener nasjonale utviklingspolitiske mål.

Utviklingen de senere årene har gått i retning av at BITS inneholder stadig mer vidttrekkende klausuler som innebærer en dramatisk innskrenkning av politisk handlingsrom og alminnelig reguleringskompetanse for land som inngår slike avtaler. Dette rammer spesielt utviklingsland og land med overgangsøkonomier. Modellavtalens artikkel 30 slår fast at begge parter er fullt ut ansvarlige for at respektive regionale og lokale myndigheter også følger alle forpliktelsene i avtalen. Innskrenkningen av politisk handlingsrom forplantes således også ned fra det nasjonale planet. Det kan slik sett hevdes at sterk investorbeskyttelse heller undergraver enn fremmer demokrati. Kirkens Nødhjelp betrakter dette som en svært uheldig utvikling, som Norge bør bidra til å snu. Vi registrerer at Norge har vært motvillige til å gi fra seg politisk handlingsrom og muligheten for å regulere utenlandske investeringer innen Norges grenser. Det forventes at også utviklingsland og land med overgangsøkonomier skal få vektlegge tilsvarende hensyn i en forhandlings situasjon.

Kirkens Nødhjelp finner det likevel positivt at modellavtalen inneholder klausuler som skal ivareta myndigheters behov for å regulere, men klausulene som "vektlegger berettigelsen av statenes alminnelige lovgivningskompetanse, myndighetsutøvelse og politiske handlingsrom" må gis et mer substansielt innhold. Det er uheldig hvis fine ord og intensjoner forblir nettopp det, men ikke medfører reelle utslag. Dette mener vi å finne i modellavtalens artikler 11 og 12, der det henholdsvis nedfelles et "forbud" mot å



senke standarder og gir partene "rett" til å regulere. Vi anbefaler at slike klausuler styrkes slik at partene ikke bare gis forbud mot å redusere viktige standarder, men også gis rett til å styrke disse, og at retten til å regulere ikke er betinget på å være i overensstemmelse med innholdet i avtalen ellers.

Nytt i forhold til tidligere norske BITs er artikler 3 og 4 om markedsadgang som gir utenlandske investorer beskyttelse også ved etablering. Kirkens Nødhjelp er sterkt kritiske til dette. Vi mener en slik investorbeskyttelse fører til en ytterligere reduksjon av vertsstats politiske handlingsrom. Om bestemmelser om markedsadgang må inkluderes mener vi at det skal være under forutsetning om at unntak og reservasjoner best ivaretas ved såkalt "positiv listing", det vil si at det skisseres i avtalen hvilke sektorer som skal inkluderes. Dette gir større politisk handlingsrom for vertsstat enn det modellavtalen legger opp til, nemlig "negativ listing" der det skisseres hvilke sektorer som unntas i avtalen.

Kirkens Nødhjelp viser i denne sammenheng til Soria Moria-erklæringen der det påpekes viktigheten av at fattige land gis politisk handlingsrom i internasjonale handelsforhandlinger. Den samme standarden må gjelde også for eventuelle norske investeringsavtaler med utviklingsland og land med overgangsøkonomier.

Modellavtalen og bedrifters samfunnsansvar (CSR)

Kirkens Nødhjelp mener at investeringsavtaler må inneholde bindende CSR-forpliktelser på selskaper som investerer i utlandet. Modellavtalens artikkel 32 slår fast at partene skal oppfordre selskaper som investerer i utlandet til opptreden i samsvar med OECDs retningslinjer for multinasjonale selskaper og til deltakelse i FNs Global Compact. Vi stiller oss støttende til denne oppfordringen, men mener at Norge også må arbeide for at det utvikles et globalt, forpliktende regelverk for bedrifters samfunnsansvar. I den nåværende modellavtalen pålegges ikke investor noen forpliktelser i forhold til samfunnsansvar i vertsstat. Samtidig har investor en ubetinget rett til å gå til sak mot sistnevnte, igjen et eksempel på at rettigheter og forpliktelser er ubalansert i modellavtalen.

Kirkens Nødhjelp er opptatt av at bindende retningslinjer for investorer også kan bidra til å redusere korrupsjon ved å gi klarere spilleregler både for stater og selskaper, og slik bidra til en positiv rettsutvikling i enkelte utviklingsland og land med overgangsøkonomier. Ikke minst vil en slik innstilling gjenspeile en nyere trend i internasjonal investor-stat-arbitrasje, der voldgiftstribunaler i enkelte tilfeller har avslått å høre saker hvor investeringene ble sikret gjennom korrupsjon.

Vi har allerede omtalt modellavtalens artikkel 11, som inneholder en oppfordring om å ikke senke viktige standarder for å tiltrekke seg investeringer. Denne artikkelen berører kun vertsstat. Det foreligger altså ingen forpliktelser på investorer om å etterleve lignende krav. Konsekvensene av en slik investor-stat-løsning kan for eksempel gi utslag som i Tanzania hvor Kirkens Nødhjelp har vært med på å avdekke hvordan utenlandske gullgruveselskapers fremferd og myndighetenes iver etter å tiltrekke seg investeringer har hatt store negative følger for befolkningen. Tanzania får lite igjen av de verdier som tas ut av utenlandske selskaper som ikke er pålagt CSR-forpliktelser i avtaler med den tanzanianske stat.

Uten substans, klare bestemmelser og forpliktelser nedfelt i avtaleverket, kan gode intensjoner og fine ord som tidligere nevnt lett bli værende som nettopp det. Vårt inntrykk er at deler av norsk næringsliv, dette gjelder særlig de største bedriftene, tar disse utfordringene på alvor. Kirkens Nødhjelp anbefaler at dette følges opp med at det inkluderes bindende CSR-forpliktelser for investor i en norsk BIT. Vi mener at en



minstestandard for norske selskaper til og med kan utgjøre et konkurransefortrinn for norske investorer ved at de da i større grad blir oppfattet som seriøse og troverdige aktører.

Er BITs egnede instrumenter som bidrar til utvikling i utviklingsland?

Kirkens Nødhjelp er av den oppfatning at den foreliggende modellavtalen basert på investor-stat-prinsippet ikke inneholder gode nok utviklingsmessige argumenter til å være et egnet instrument som kan bidra til utvikling i utviklingsland. For det første er BIT-regimet preget av en grunnleggende asymmetri mellom investors og vertsstats forpliktelser og rettigheter. En BIT er som navnet tilsier en beskyttelsesavtale for investeringer, og ikke en utviklingsavtale. For det andre hersker det tvil knyttet til hvorvidt BITs faktisk øker investeringer til de landene som trenger det mest. Videre har BITs negative følger for staters politiske handlingsrom. Investor blir heller ikke pålagt noen forpliktelser i forhold til samfunnsansvar.

Kirkens Nødhjelp ser det som viktig at et utvidet norsk investeringsregime kan og må gjøres forenlig med ivaretagelse av offentlige interesser ikke bare i Norge, men tilsvarende også i utviklingsland og land med overgangsøkonomier. Vi mener derfor at partene må tillates å stille ytelseskrav (for eksempel om nasjonalt innhold og ulike former for teknologi- og kompetanseoverføring) til utenlandske investorer. Dette er noe alle dagens utviklede land har benyttet i ulike faser av sitt utviklingsløp. Dette berøres i modellavtalens artikkel 8, men denne bør formuleres mer eksplisitt enn at ytelseskrav kun kan pålegges i offentlig og samfunnsmessig interesse, og at dette skal skje på en ikke-diskriminerende måte. Slike uklare klausuler gir opphav til ulike tolkninger og kan bli årsaken til unødvendige tvister mellom investorer og vertsstat.

Videre er Kirkens Nødhjelp kritiske til modellavtalens artikkel 9 som tillater at betaling og overføring av midler knyttet til en investering skal kunne gjøres fritt og uten hindringer over landegrensene. Dette gjelder også utenlandsk "nøkkelpersonell", som mellomledere, ingeniører osv. Dette har den doble effekten av å frata vertslandet en viktig økonomisk reguleringsmekanisme, samtidig som det svekker kompetansebygging av landets arbeidskraft. I tillegg er det negativt hvis denne bestemmelsen om "transfer of funds" medfører at overskudd ikke nødvendigvis reinvesteres i landet, men fritt kan flyttes ut, såkalt "capital flight".

En god miljøpolitikk er en viktig del av utviklingspolitikken. Vi er derfor glade for at den norske modellavtalen har et mer uttalt mål om å kunne føre en tilstrekkelig miljøpolitikk enn hva den internasjonale BIT-standard er på dette feltet. Vi er positive til at modellavtalen legger opp til at nasjonale myndigheter skal ha adgang til å ta i bruk effektive virkemidler på bakgrunn av hva miljøproblemene til enhver tid krever, og at det er viktig med handlingsrom og fleksibilitet i virkemiddelbruk til vern om det ytre miljø over tid. Utfordringen at dette skal bli noe mer enn fine ord på papiret oppstår også her. Kirkens nødhjelp oppfordrer derfor til at modellavtalens artikkel 24 ("General exceptions") får et tilstrekkelig substansielt og forpliktende innhold for så vel avtaleparter som investorer.

I Soria Moria-erklæringen legges det opp til at handelsliberalisering, som med investeringsliberalisering, kun skal skje innenfor en ramme hvor man tar hensyn til fordeling, grunnleggende sosiale standarder, miljø og nasjonal matsikkerhet. Hvis Norge skal inngå BITs med utviklingsland og land med overgangsøkonomier må Soria Moria-erklæringens målsettinger vektlegges. Det innebærer å utforme fremtidige avtaler som bevarer og styrker politisk handlingsrom i disse landene.



**KIRKENS
NØDHJELP**

Norwegian Church Aid
Aide de l'Eglise Norvégienne
Ayuda de la Iglesia Noruega

Alternativ internasjonal modellavtale om investeringer for bærekraftig utvikling

Kirkens Nødhjelp er av den forståelse at embetsgruppens ambisjon er at den norske modellavtalen kan være et positivt bidrag til internasjonal rettspraksis for BITS. Vi mener en uttalt ambisjon også må være å bidra til en mer utviklingsvennlig modell for slike avtaler. Vi ønsker derfor å vise til en alternativ internasjonal modellavtale om investeringer for bærekraftig utvikling utarbeidet med støtte fra blant annet NORAD av kanadisk-baserte the International Institute for Sustainable Development (IISD).

IISD-modellen tilbyr andre ideer til nyttige alternative klausuler som kan inkluderes i avtaler som inkluderer utviklingsland. IISD uttrykker bekymring over at rammeverket for internasjonale investeringsavtaler som i stor grad ble utformet på 1950- og 1960-tallet ikke lengre tilfredsstillende kravene til dagens globale økonomiske system. I den alternative modellavtalen fokuseres det i stedet i større grad på "good governance", beskyttelse for både investorer og offentlige goder, etablering av utviklingslands målsettinger som en tydelig del av investeringsavtaler, balansering av investors rettigheter mot en miks av frivillige og bindende forpliktelser, etablering av en ny tvisteløsningsmekanisme og å frembringe et institusjonelt rammeverk som tillater investeringsregimet å utvikle seg basert på dets suksesser og feiltakelser. Kirkens Nødhjelp oppfatter denne avtalen som et spennende og mer balansert og utviklingsvennlig alternativ enn dagens investeringsbeskyttelsesavtaler.

Kirkens Nødhjelp ønsker Nærings- og handelsdepartementet lykke til videre i sitt arbeid med denne saken.

Med vennlig hilsen

Gunstein Instefjord

Sjef for utviklingspolitisk avdeling
Kirkens Nødhjelp

Dir Telefon: +47 905 96 780

E-mail: gunstein.instefjord@nca.no