

Til Nærings- og handelsdepartementet

## **Høringsuttalelse: Regjeringens Utkast til modell for investeringsavtaler SAK 200704830-2/MIR**

MENON Business Economics arbeider aktivt med studier av internasjonal økonomisk aktivitet, der direkte utenlandsinvesteringer (DUI) spiller en viktig rolle. Vi driver samtidig med løpende kartlegging av internasjonalt eierskap (både inn og ut av Norge) og forskning om drivkreftene bak og konsekvensene av slikt eierskap. MENON Business Economics opererer både som et forskningssenter og som rådgiver overfor private aktører og offentlige myndigheter på temaer som knytter seg til vilkår for investeringer over landegrensene.

Den globale økonomi blir i stadig større grad integrert gjennom mer omfattende DUI og eierskap over landegrensene. Ikke minst berører dette Norge. Som en kapitalrik nasjon vil Norge i økende grad leve av inntekter som opptjenes i utlandet gjennom våre investeringer. Det er ikke bare Statens Pensjonsfond Utland vi investerer gjennom. Både statlige og private bedrifter investerer en økende andel av sin kapital i utlandet, og bedriftenes sysselsetting vokser raskt utenfor våre landegrenser. Det er derfor av stor interesse for norsk næringsliv at regjeringen får etablert en modellavtale for inngåelser av bilaterale investeringsavtaler med viktige land.

Empirisk forskning viser i all hovedsak at fjerning av hindre for investeringer over landegrensene bidrar til å øke den internasjonale investeringsvirksomheten. I så måte er ikke forskjellene så store mellom handel med varer og tjenester på den ene siden og DUI på den andre siden. Det er dog en viktig forskjell og den knytter seg til irreversible faste kostnader (sunk costs). Dersom de internasjonale kapitamarkedene er imperfekte, vil det å gå inn i et annet land, eksempelvis et u-land, med betydelige investeringer, bringe med seg omfattende risiko fordi man ikke kan være sikker på å få solgt investeringen på et senere tidspunkt. Bilaterale investeringsavtaler bidrar til å redusere usikkerheten ved å tone ned sunk cost problemet. Dette er av stor betydning for både aktører i investeringens vertsland og hjemland. Særlig er dette viktig for u-land som gjerne har stor mangel på kompetent utenlandsk kapital. Denne mangelen knytter seg ikke minst til den politiske og systemiske usikkerhet man finner i en rekke regimer i utviklingsland. I en ny artikkel av Harding og Javorcik (2007) vises det at utviklingsland øker tilstøtningen av DUI dersom de satser aktivt på å tilby sikre og tydelige vilkår for investeringer, promotert gjennom såkalte Investment Promotion Agencies. Bilaterale investeringsavtaler fungerer på mange måter tilsvarende.

MENON Business Economics er svært positiv til initiativet om å utarbeide en modell for investeringsavtaler med tanke på å legge til rette for investeringer i utlandet der norske aktører er involvert. Bilaterale investeringsavtaler er et viktig middel for å legge til rette for investeringer i land hvor risikoen for urimelig statlig intervensjon overfor investor og ekspropriasjon av eiendom anses å være betydelig. Særlig gjelder dette for land hvor også rettsinstitusjonene er underutviklede. Videre

ser vi behov for å uttrykke vår støtte til prinsippet om ”negativ listing”, som bidrar til å forenkle prosessene for investor og bidrar til å begrense antall sektorer som holdes utenfor avtalen. Det er også svært positivt at modeller i så stor grad fokuserer på utvikling, miljø, sosiale rettigheter og corporate social responsibility.

MENON finner likevel at modellrammen inneholder enkelte fundamentale mangler som kan bidra til å gjøre avtalen lite relevant for investorer så vel som de involverte stater. Særlig er disse manglene avgjørende for små og mellomstore utenlandske investorer. Nedenfor går vi gjennom de områdene som er åpenbart problematiske. Vi angir i tillegg alternative løsninger som vi anser å være i overenstemmelse med de målsettinger som avtalerammeverket har til hensikt å ivareta.

## 1. Fokus på utviklingsland og transisjonsøkonomier

I vedleggets kapittel 1.3 angis følgende.

*Vurderingene som er gjort i arbeidet med modellavtalen er knyttet til inngåelse av avtaler med u-land og land med overgangsøkonomier. Dersom det blir aktuelt å inngå investeringsavtaler med i-land vil andre hensyn måtte vektlegges.*

MENON finner det lite hensiktsmessig å kun orientere modellavtalen rundt bilaterale relasjoner mellom Norge og slike land. Norge har sterke interesser i å få etablert bedre avtaler med industrialiserte land utenfor EØS-området. Ikke minst gjelder dette land som Kanada, USA, Australia, Japan, Korea, Malaysia, Taiwan og Thailand. Det er uklart om man tenker seg at land som India og Brasil vil sortere inn under de land som omfattes av modellavtalen. Men at det er et uttalt behov for bedre investeringsbeskyttelse i disse landene er det ingen tvil om. Når det gjelder Kina og Russland, eksisterer det allerede avtaler om investeringsbeskyttelse, men det kan stilles spørsmål om disse avtalene er tilstrekkelig gode for å ivareta norske næringsinteressert i disse landene. Med andre ord står vi nå overfor en lengre periode der ingen av de viktigste landene for Norge utenfor EØS-området er omfattet av effektive bilaterale investeringsavtaler. Da fremstår det som svært oppsiktsvekkende at man kun velger å fokusere på avtaler med u-land. Modellavtalen blir da et rent utviklingspolitisk virkemiddel, og ikke et næringspolitisk verktøy for å sikre de stadig viktigere norske næringsinteressene i utlandet. Vi ser også med undring på hvorfor man er nødt til å gå to runder for å etablere en modell for bilaterale investeringsavtaler. I den grad avtaleutforming først blir anvendt overfor u-land og overgangsøkonomier, vil avtalene nødvendigvis måtte sette standard for hvordan avtaler med i-land også utformes. Dette i henhold til bestevilkårsklausuler, ikke-diskriminerende tiltak og lignende bestemmelser om likebehandling. Det er også lite hensiktsmessig å utvikle to sett rammeverk i lys av den prosess som skal fortsette i GATS.

### Forslag:

Det bør foretas justeringer i forarbeidene for å eliminere vektleggingen av denne two-track strategien. Det samme rammeverket bør kunne anvendes for alle land man velger å gå inn i forhandlinger om avtaler med.

## 2. Vedrørende dispute settlement

I Artikkel 15 punkt 3 angis følgende:

3. If any such dispute should arise and either
  - i. agreement cannot be reached between the parties to this dispute within 36 months from its submission to a local court for the purpose of pursuing local remedies, after having exhausted any administrative remedies; or

Dette punktet omtales nærmere i vedleggets kapittel 3.1 og 4.3.3

MENON finner at kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler ikke er hensiktsmessig. Kravet vil vil kunne undergrave norske investorers konkurransevilkår i utlandet. Det er også grunn til å hevde at kravet vil kunne undergrave andre lands vilje til å inngå investeringsavtaler med Norge.

Hovedargumentet bak disse anførsler knytter seg til det faktum at krav om uttømming av nasjonale rettsmidler sjelden er å finne blant de omlag 2000 andre eksisterende BITs. Norge vil da operere med en avtalestruktur som behandler tvisteløsning ulikt fra nærmest alle andre land. For fremtidige avtalepartnere (både utviklingsland og industrialiserte land) vil dette fremstå som kompliserende for etablering av avtaler med Norge.

Et viktig tilleggsargument knytter seg til like vilkår i vertslandet. Særlig i utviklingsland er rettsapparatet ofte dårlig utviklet og tregt-arbeidende. Dersom norske investorer må gjennom en prosess på 36 måneder i det nasjonale eller lokale rettssystem, mens eksempelvis svenske investorer kan løfte en disputt direkte over i et ICSID-tribunal, vil dette fremstå som en høyst urimelig og kostbar forskjellsbehandling. En naturlig konsekvens av dette vil være at norske investorer vil etablere et datterselskap/investeringselskap i land som har etablert en BIT med gjeldende vertsland uten klausul om uttømming av nasjonale rettsmidler. Dette kan neppe være hensikten med modellavtalen.

Når det gjelder små og mellomstore bedrifter som opererer som investor i land med dårlig utviklede rettssystemer, vil kostnaden ved å drive en sak gjennom i det lokale rettsapparatet gjerne fremstå som prohibitive. Dermed vil klausulen i art 15.3.i. bidra til å diskriminere små og mellomstore investorer ettersom politisk og juridisk risiko gjør investeringene særlig kostbare for disse. Heller ikke dette kan være hensikten med en slik modell. Det er heller snarere tvert om et behov for å favorisere de mindre investorene i en slik avtalemodell.

Slik vi leser redegjørelsen i vedlegget til avtalemodellen, legger ikke grunnloven eksplisitte hindre for myndighetsoverføring i forbindelse med internasjonale voldgifter knyttet til investor/stat tvister. Dette er en viktig avklaring som dog modereres noe i følgende tekstutdrag fra vedleggets punkt 3.1

*Det er ikke klart hvor grensene går i den aktuelle sammenheng for kompetanseoverføring med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. De konstitusjonelle betenkelighetene reduseres imidlertid ved å minske omfanget av myndighetsoverføringen.*

Samtidig leser vi at det ligger normative tolkninger av internasjonale tribunaler og deres funksjonsform, som ikke begrunnes videre og som fremstår som noe spekulativt. Her henviser vi til tekstutdrag fra vedleggets punkt 4.3.3.

*Det internasjonale voldgiftstribunalet kan da fremstå snarere som et alternativt rettsmiddel enn som en sikkerhetsventil. Veien er kortere og muligheten for å lykkes større ved å gå internasjonalt, enn å holde seg til den tradisjonelle veien i norske domstoler.*

Vi er også dypt uenige i at særlig norske investorer skal ta kostnaden ved å utvikle rettsystemer i andre land under følgende argument som fremføres under punkt 4.3.3:

*Rettslige institusjoner utvikles ikke av seg selv, men på grunn av ytre krav om funksjonelle rettsmidler. Ved å kreve uttømming av nasjonale rettsmidler kan man altså bidra til å forsterke institusjonene.*

I vedlegget rettes det også oppmerksomhet mot klausulens unntak der det foreligger *utjenelige* rettsmidler. Vi kan ikke se av artikkel 15 at disse rettsmidlene er tilstrekkelig konkretisert til å ha en operasjonell verdi i tviste-sammenheng.

#### FORSLAG:

Det er helt nødvendig at klausulen om uttømming av nasjonale rettsmidler modifiseres. Vår primære henstilling er å løfte klausulen ut av modellen for investeringsavtaler, for dermed å harmonisere avtalemodellen med de aller fleste andre avtaler på samme tema.

### 3. Om kompensasjon ved ekspropriasjon eller andre urimelige intervensjoner overfor investorer

Artikkel 6 og vedleggets omtaler under punkt 4.2.4 berører spørsmål knyttet til ekspropriasjon.

Det er spesielt viktig at det er klarhet knyttet til hvordan ekspropriasjonsvederlag beregnes. I vedlegget argumenteres det hvorfor man i avtaleteksten ikke har tatt med betingelser rundt kompensasjon. I likhet med punktet over utgjør også dette punktet et betydelig avvik fra internasjonal avtalepraksis, og her skal det særlig fremheves at trenden går i retning av en sterkere vektlegging av konkrete kriterier for verdsetting av verdier ved ekspropriasjon og andre urimelige intervensjoner overfor investorer. Da er det overraskende at Norge alene går i en helt annen retning.

Det fremstår som uklart om den europeiske menneskerettskonvensjonen vil sikre kompensasjon for ekspropriasjon utført i land utenfor konvensjonspartenes territorier. Hvis dette ikke er tydelig avklart kolliderer hele argumentasjonen for hvorfor man har valgt å ikke spesifisere nærmere kriteriene for kompensasjon. Vi ønsker derfor at utkastets artikkel 6 om ekspropriasjon får en betydelig høyere presisjonsgrad, jf. diskusjon knyttet til punkt 4.2.4 i vedlegg til modellutkastet. Etter vår vurdering gir den europeiske menneskerettskonvensjonen rom for uhensiktsmessig mye skjønn. Det fremheves i vedleggsteksten at: *Det er det internasjonale eiendomsvernet som det er klart mest praksis og litteratur knyttet til. Praksisen og litteraturen gir tribunalene god veiledning.* Fordi vi har begrenset innsikt i folkerettslige spørsmål ser vi det som helt nødvendig å få avklart om denne praksisen og litteraturen faktisk omhandler spørsmål om kompensasjon.

Utformingen av artikkel 6 er primært basert på defensive interesser der ivaretagelse av norsk praksis vedrørende kompensasjon ved ekspropriasjon ikke må endres. Dette behovet opplever vi ikke som noe problem, men vi anser som fullt mulig å utforme en artikkeltekst som nettopp ivaretar denne praksis i Norge og som samtidig angir at tilsvarende vilkår for kompensasjon skal anvendes i begge avtalepartenes land.

## FORSLAG:

Det utformes en eksplisitt metode for beregning av kompensasjon ved ekspropriasjon som er i overenstemmelse med norsk rettspraksis p.t. Metoden danner så grunnlag for en klausul som legges inn som et underpunkt i artikkel 6. Det sentrale i denne tillegsteksten relaterer seg til sikring av kompensasjon i land som ikke er underlagt slike forpliktelser i henhold til internasjonale konvensjoner.

Vi håper at våre innspill er til hjelp i den videre prosessen frem til en endelig modellavtale. Vi ønsker regjeringen lykke til og presiserer at regjeringens tiltak på dette området vil være av stor betydning for norsk næringsliv i årene som kommer.

Med vennlig hilsen

Leo A. Grünfeld  
MENON Business Economics