

Finansdepartementet
Avdeling for formuesforvaltning
Pb 8008 Dep
0030 Oslo

24. mars 2011

Vedrørende tilråding om utelukkelse av selskaper som kjøper fosfat fra Vest-Sahara

Etikkrådet viser til brev fra Finansdepartementet av 7. februar 2011 hvor departementet ber om en utdypning av noen forhold knyttet til tilrådingen om utelukkelse fra SPU av selskapene Potash Corporation of Saskatchewan og FMC Corporation. Tilrådingen ble avgitt 15. november 2010.

Tilrådingen vurderer selskaper som på langtidskontrakt kjøper fosfat som er utvunnet i Vest-Sahara av det statlige, marokkanske selskapet OCP. Vest-Sahara er et ikke-selvstyrt område uten anerkjent administrator. I realiteten kontrollerer Marokko det meste av området. Etikkrådet anser at selskapenes kjøp av fosfat ved kontrakter som spesifikt fastsetter at fosfatet skal komme fra en gruve som ligger i Vest-Sahara, utgjør et grovt normbrudd ettersom lokalbefolkningens interesser ikke tilgodeses ved utvinningen, og ettersom virksomheten til OCP bidrar til å opprettholde en uavklart situasjon for området.

Finansdepartementet ber Etikkrådet utdype sin forståelse av rammene for medvirkningsbegrepet i en kjøpsituasjon generelt, samt kommentere noen spørsmål knyttet til den aktuelle saken.

Finansdepartementet viser også i sitt brev til to øvrige, tidligere tilrådninger. Den ene tilrådingen omhandler delvis et selskaps ansvar for forhold som ligger hos dens underleverandører. Etikkrådet la her blant annet vekt på den innflytelse som et selskap kan ha på sine leverandører ved at selskapet er leverandørens eneste kunde. Den andre tilrådingen vektlegger vesentligheten av et selskaps bidrag til understøttelse av en stats normbrudd.

I lys av disse tidligere sakene ber Finansdepartementet Etikkrådet om en presisering av hva som normalt vil kunne anses som medvirkning i en kjøpsituasjon, herunder kjøpers innflytelse på normbrudd hos selger og avhengighetsforholdet mellom kjøper og selger. Finansdepartementet ber videre Etikkrådet kommentere hvorvidt grovheten i en underliggende handling vil kunne påvirke hvilken aktsomhetsnorm selskaper vurderes opp mot, eksempelvis i tilfeller der produktene som kjøpes stammer fra okkupert område.

Innledningsvis vil Etikkrådet bemerke at det ikke synes treffende når departementet viser til at det i denne saken gjelder et tilfelle der Etikkrådet anbefaler utelukkelse av en kjøper "*utelukkende på grunnlag av hva selger gjør*". Det er som nevnt tale om en sak der kjøper har spesifisert hvor fosfatet skal komme fra, og ikke et tilfelle av kjøp av uspesifisert fosfat fra selger som også produserer andre steder i selve Marokko. For øvrig har Etikkrådet også tidligere avgitt ytterligere én tilrådning om utelukkelse av en kjøper på bakgrunn av hva selger gjør: Selskapet Monsanto Co ble i 2006 tilrådet¹ utelukket fra SPU fordi Etikkrådet anså at det var en uakseptabel risiko for medvirkning til de verste former for barnearbeid ved produksjon av hybride bomullsfrø i India. Etikkrådet la til grunn at det var en klar sammenheng mellom selskapets virksomhet og bruken av barn som arbeidskraft ved at Monsantos datterselskap inngikk avtaler med lokale bønder om dyrking av hybride bomullsfrø og leverte innsatsvarer og kontrollerte produksjonen. Monsanto kjøpte frøene med full kunnskap om at utstrakt bruk av barnearbeid ved dyrkingen var vanlig, uten å gjøre tilstrekkelig for å hindre dette. Etikkrådet anså i denne saken at selskapets grad av medvirkning til normbrudd i sin leverandørkjede, sammenstilt med normbruddenes grovhet, tilsa at selskapet burde utelukkes fra SPU.

Monsanto-saken og de øvrige sakene som departementet viser til, illustrerer på en god måte hvordan forbindelsen mellom selskaper i SPU og normbrudd vil arte seg forskjellig fra sak til sak. Etikkrådet vurderer ikke en kjøpsituasjon eller andre former for selskapstilknypning løst fra underliggende normbrudd, men vurderer dette opp mot normbruddets karakter og grovhet og det konkrete forholdet mellom kjøper- og selgersiden. Det er derfor vanskelig for Etikkrådet å gi en dekkende beskrivelse av alle forhold som kan tenkes å utgjøre medvirkning til normbrudd i enhver kjøpsituasjon, ettersom dette nettopp vil avhenge av det underliggende normbruddets karakter og omstendighetene for øvrig. I den aktuelle saken har Etikkrådet vurdert selskapenes kunnskap om og spesifisering av varens opphav, varens utbytbarhet for kjøperen og den kontraktsmessige forbindelse mellom kjøper og selger. Tilsvarende forhold vil også kunne vurderes i andre saker dersom Etikkrådet skal ta stilling til selskapers medvirkning til normbrudd i en kjøpsituasjon.

Etikkrådet legger til grunn at det generelt vil være slik at dersom normbruddet er svært grovt, vil kravet til selskapets opptreden for å unngå medvirkning være strengere enn dersom normbruddet er mindre grovt. Den delen av SPUs etiske retningslinjer som hjemler adferdsbasert utelukkelse av selskaper, omfatter i utgangspunktet kun grove normbrudd. For slike saker som Etikkrådet vurderer, vil det derfor normalt kunne stilles strenge aktsomhetskrav til selskapene for å unngå medvirkning til normbruddene.

¹ Etikkrådets tilrådning om utelukkelse av selskapet Monsanto Co, 20. november 2006

Når det gjelder vurdering av selskaper som kjøper produkter som stammer fra okkupert område, kan dette reise en rekke problemstillinger. Etikkrådet har til nå ikke avgitt noen tilrådninger som omhandler dette temaet, og har i sin vurdering av den aktuelle saken heller ikke lagt til grunn at Vest-Sahara er okkupert. I folkerettslig forstand er det da også svært få områder i verden som i dag er under militær okkupasjon.

Folkerettens regelverk søker å gjøre økonomisk vinning fra naturressursutnyttelse gjennom okkupasjon illegitimt. Dette henger nettopp sammen med at tilgangen til naturressurser kan danne bakgrunn for voldelige konflikter. Plyndring i okkuperte områder er i alle tilfeller forbudt, og den okkuperende makt plikter både selv å avstå fra plyndring samt å hindre at andre aktører plyndrer.² Når det gjelder mineralressursutvinning i okkuperte områder, kan for eksempel opprettholdelse av gruvedrift som også foregikk før okkupasjonen inntrådte, være lovlig, samtidig som det kan være ulovlig for okkupantmakten å anlegge nye gruver. På den annen side kan det tenkes at hensynet til sivilbefolkningens behov, for eksempel for kull eller mineraler til lokal industri, gjør det nødvendig å opprette nye gruver. Slike hensyn må veies mot hverandre. En vurdering av selskapers kjøp av produkter fra okkupert område vil videre måtte ta hensyn til eiendomsretten til produktene, for eksempel om disse stammer fra privat eiendom som er beslaglagt av okkupantmakten eller fra offentlig eiendom i det okkuperte området, om produktene selges av aktører som hadde tilsvarende virksomhet i området også før dette ble okkupert, om produktene er basert på fornybare eller ikke-fornybare ressurser og så videre. For ikke-selvstyrte områder som Vest-Sahara vil kravet om at naturressursutvinning skal skje i samsvar med lokalbefolkningens interesser, være enda sterkere.³ Det faller utenfor rammene av dette brevet å drøfte på generelt grunnlag de mange ulike og kompliserte spørsmål som kan reises av slike saker. Hovedregelen må likevel være at selskaper bør utvise stor aktsomhet dersom de driver næringsvirksomhet i ikke-selvstyrte, okkuperte eller omstridte områder eller handler med selskaper med virksomhet i slike områder.

Etikkrådet erkjenner at vurderinger av selskapers kjøp av produkter med “uetisk opphav”, kan gi vanskelige grensdragninger. Etikkrådet utreder også andre områder hvor slike problemstillinger er aktuelle. Dersom eksempelvis selskaper i SPU kjøper tropisk tømmer som kommer fra stater med eksportforbud, vil det kunne være aktuelt for Etikkrådet å vurdere om kjøperen begår et grovt normbrudd. Et annet aktuelt tema er knyttet til ulovlig eller uregulert fiske. For eksempel kan det bli aktuelt å vurdere om det må anses å utgjøre et grovt normbrudd dersom selskaper i SPU kjøper fisk som er fanget uten konsesjon i en stats økonomiske sone.

² Forbud mot plyndring av okkuperte områder følger av Haag-konvensjonen av 1907 art. 47 og IV Genevekonvensjon art. 33. Folkerettsdomstolen i Haag (ICJ) avsa i 2005 dom i saken “*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*”. I denne dommen blir naturressursutnyttelse foretatt av okkupantmakten i okkuperte områder sammenstilt med plyndring (avsnitt 245): “*Thus, whenever members of the UPDF were involved in the looting, plundering and exploitation of natural resources in the territory of the DRC, they acted in violation of the jus in bello, which prohibits the commission of such acts by a foreign army in the territory where it is present. The Court notes in this regard that both Article 47 of the Hague Regulations of 1907 and Article 33 of the Fourth Geneva Convention of 1949 prohibit pillage.*”, se <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>

³ FN-paktens Artikkel 73 pålegger administratorer av ikke-selvstyrte områder å ivareta innbyggerenes velferd og sikre økonomisk utvikling i tråd med deres interesser.

Som Finansdepartementet påpeker heter det i forarbeidene til SPUs etiske retningslinjer blant annet “*Selv om et selskap har uetiske underleverandører, kan det [...] være fornuftig ikke å trekke seg ut med mindre det er et mønster i at selskapet bruker underleverandører med en tvilsom praksis uten å søke å gjøre noe med dette. Forholdet vil nærme seg medvirkning hvis kundeforholdet er langvarig eller gjentatt etter at de uetiske forholdene er avdekket.*”⁴ Forarbeidene fremhever her at både kjøperens kunnskap om de uetiske forholdene, manglende vilje til å gå ut av kundeforholdet etter at de uetiske forholdene er avdekket, samt kundeforholdets varighet kan være relevante vurderingstema.

I tilknytning til den aktuelle saken spør Finansdepartementet i hvilken grad selskapene som kjøper fosfatet, kan sies å ha innflytelse på den underliggende situasjon, eller om situasjonen ville fortsette uavhengig av om selskapene fortsetter å kjøpe fosfat på langtidskontrakter.

Generelt er det slik at i saker som omhandler selskapers medvirkning til menneskerettighets- eller folkerettsbrudd, vil det formelle ansvaret for bruddene ligge hos en stat. Etikkrådets rolle er å vurdere selskapers grad av medvirkning til normbruddene. Formålet med SPUs etiske retningslinjer er å unngå medvirkning til uetiske handlinger. Etikkrådet skal ikke vurdere om utelukkelse av selskaper kan ha effekter utover dette, for eksempel å bidra til en bedring av menneskerettighetssituasjonen eller den politiske situasjonen i en stat.

I saker hvor det uetiske forhold hos kjøper oppstår fordi selger ikke har legitim råderett over ressursene som selges, kan et vurderingstema for Etikkrådet være om avtalen mellom kjøper og selger kan sammenlignes med et bestillingstyveri når kjøper med full kunnskap om forholdene knyttet til produksjonen, spesifiserer opphavet til produktet.

I den aktuelle saken kan man videre si at det foregår normbrudd på flere nivåer: Selskapene begår normbrudd ved å kjøpe fosfatet på langtidskontrakt fra OCP, OCP begår normbrudd ved å utvinne fosfatet uten at lokalbefolkningens interesser tilgodeses, og myndighetene begår normbrudd blant annet ved å la denne virksomheten drives slik.

Dersom selskapene hadde sluttet å kjøpe fosfatet på langtidskontrakt med OCP, ville normbruddet som selskapene i første rekke kan lastes for, åpenbart ha opphørt. Utover dette ligger det utenfor Etikkrådets kompetanse å vurdere om situasjonen i området ville endres dersom de to selskapene som tilrådingen omfatter, slutter å kjøpe fosfat på langtidskontrakter fra Vest-Sahara.

Finansdepartementet ber videre Etikkrådet kommentere hvorvidt OCPs utvinning av fosfat i Vest-Sahara ville opphørt dersom jevnlig leveranser ikke ble opprettholdt. Avslutningsvis ber departementet om en nærmere vurdering av graden av innflytelse på den underliggende situasjon selskaper som kjøper fosfat sporadisk fra Vest-Sahara må anses å ha sammenlignet med selskaper som kjøper dette på langtidskontrakt.

Det er vanskelig for Etikkrådet å ha noen oppfatning av hvilke disposisjoner OCP ville ha foretatt under andre forhold enn dagens. I Etikkrådets møte med representanter for OCP ble det gitt noe motstridende opplysninger om virksomhetens omfang og betydningen av langtids-

⁴ NOU 22, 2003. Avsnitt 5.3.2.3

kontrakter. Uansett er det slik at dersom ingen selskaper i SPUs portefølje kjøper fosfat på langtidskontrakt fra OCP, vil OCPs virksomhet og følgene av denne være SPU og Etikkrådet uvedkommende.

Vurderingene som ligger til grunn for denne saken, bygger på en analogi med pliktene til administratorer av ikke-selvstyrte områder. En av disse pliktene er å påse at naturressurs-utvinning skjer i samsvar med lokalbefolkningens interesser. Dette vil i utgangspunktet gjelde uavhengig av hvilke kontraktsforhold salget av naturressursene skjer under, og gjelder i prinsippet både for langtidskontrakter og for enkeltkjøp.

Etikkrådet kan bare tilråde utelukkelse av selskaper når det foreligger en uakseptabel risiko for fremtidige normbrudd knyttet til selskapenes virksomhet. Dette tilsier at sporadiske kjøpere av fosfat fra Vest-Sahara ikke tilrådes utelukket, ettersom det her vil være vanskelig for Etikkrådet å ha noen konkret oppfatning om den fremtidige risiko for normbrudd. Etikkrådets undersøkelser indikerer at det blant de sporadiske kjøpere av fosfat fra OCP ikke finnes noen selskaper i SPUs portefølje som har kjøpt fosfat fra Vest-Sahara de siste tre år.

I tillegg til at vurderingen av fremtidig risiko vil arte seg annerledes for kjøpere med langtidskontrakt enn for sporadiske kjøpere, anser Etikkrådet at de langsiktige kontraktene knytter selskapene som tilrådes utelukket, nærmere til OCPs normbrudd: Selskapene har ikke bare kunnskap om fosfatets opprinnelse, men har foretatt en bestilling av fosfat med spesifisering av at dette skal utvinnes i Vest-Sahara.

Med hilsen



Gro Nystuen
Leder,
Etikkrådet for Statens pensjonsfond utland