



Enheten för WTO
Jonas Hallberg

SKRIVELSE

2015-04-22 Dnr 3.2.4-2013/01078-18

Frågor och svar om ett eventuellt investeringskyddsavtal i TTIP

Nedan följer ett antal frågor och svar gällande ett eventuellt investeringskydd i avtalet Trans Atlantic Trade and Investment Partnerhip (TTIP) som för närvarande förhandlas mellan EU och USA. Eftersom det ännu inte finns någon avtalstext att analysera utgår svaren bland annat från det nyligen färdigförhandlade avtalet mellan EU och Kanada, Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) och USAs modellavtal, vilket USA använder som utgångspunkt i sina förhandlingar om investeringskyddsavtal.

1. *Varför ingås investeringskyddsavtal?*

Syftet med investeringskyddsavtal är att skapa en stabil rättslig miljö för att attrahera direktinvesteringar. Investeringskyddsavtal minskar risken för att investera i utlandet samtidigt som förhoppningen är att utländska direktinvesteringar ska öka i hemlandet.

2. *Hur många investeringskyddsavtal har Sverige och hur många finns det i världen?*

Sverige har för närvarande 66 avtal och totalt sett i världen finns det över 3 200.

3. *Varför förhandlas ett investeringskyddsavtal som en del av TTIP?*

- Ett investeringskyddsavtal innebär ett skydd mot diskriminering för europeiska investerare i USA.
- Europeiska investerare behöver samma nivå av skydd i USA som till exempel deras asiatiska konkurrenter erhåller via sina staters investeringskyddsavtal med USA.

4. *Hur är ett investeringskyddsavtal uppbyggt?*

Ett klassiskt investeringskyddsavtal består av en inledning (preamble) som framför allt handlar om vad avtalet täcker. Därefter följer ett antal artiklar som syftar till att skydda investeraren mot 1) diskriminering, 2) expropriation, 3) oskäligen behandling och 4) rätten till att föra över pengar till investerarens hemland. Avtalet avslutas med en tvistlösningsmekanism (ISDS) som kan användas om investerare och stat inte kommer överens.

5. *Vad är ISDS?*

ISDS är en förkortning för Investor-State Dispute Settlement (tvistlösning mellan investerare och stat) och avser själva tvistlösningsmekanismen i ett investeringskyddsavtal. Det är således en av flera beståndsdelar i ett investeringskyddsavtal. Här regleras hur en investerare kan stämma en stat inför skiljenämnd för brott mot investeringskyddsavtalet. ISDS finns för att säkerställa att staterna inte bryter mot investeringskyddsavtalet.

6. *Kommer en ISDS-mekanism att finnas i TTIP?*

Enligt förhandlingsmandatet från Europeiska rådet till kommissionen bör ISDS ingå i TTIP. Även USA har uttryckt en önskan att ISDS ingår i avtalet.

7. *Är skiljenämnder icke-transparenta domstolar?*

Kommissionen har klargjort att i TTIP kommer det att finnas en hänvisning till UNCITRALs transparenskonvention, som är en FN-konvention om öppenhet i tvisteförfarande. Därigenom kommer tvisterna att processas mer öppet än i någon motsvarande domstol eller skiljenämnd i Europa.

8. *Vad händer om EU motsätter sig att ISDS ingår i TTIP?*

USA har investeringskyddsavtal med vissa EU-medlemsstater och önskar fortsatt ha dessa avtal. Eftersom TTIP är en bred förhandling om många frågor kan andra områden komma att påverkas om EU önskar lyfta ur ISDS ur avtalet.

9. *I vilken utsträckning kommer direktinvesteringarna öka som en konsekvens av ett investeringskyddsavtal med USA?*

Eftersom USA och Sverige är utvecklade rättsstater med relativt förutsägbara lagstiftnings- och beslutsprocedurer kommer investeringskyddsdelen i TTIP sannolikt inte att få någon större påverkan på antalet eller storleken på direktinvesteringar mellan länderna. Däremot kan ökat marknadstillträde generera fler investeringar.

10. *Vad är en expropriation?*

Det finns två typer av expropriation som omfattas av investeringskyddsavtal:

- a) *Direkt expropriation* är detsamma som nationalisering av egendom.
- b) *Indirekt expropriation* inträffar om en stat företar åtgärder (genom lag eller beslut) som leder till att värdet på investeringen minskar till noll eller mycket nära noll, alternativt till att investeraren förlorar kontrollen över investeringen.

11. *Kan en skatt vara en expropriation?*

I princip är en skatt inte att betrakta som en expropriation om inte skatten är så hög att investeringens värde i stort sett uttraderas, jämför punkten ovan.

12. *Om ett förbud mot vinster i välfärden införs, skulle Sverige förlora en eventuell tvist med grund i TTIP?*

Eftersom TTIP ännu inte förhandlats utgår svaret från EU:s avtal med Kanada (CETA) vars modellavtal ligger nära relativt nära USA:s modellavtal. Med denna utgångspunkt skulle ett totalt vinstförbud möjligen kunna utgöra en indirekt expropriation, om inte staten kan visa att förbudet sker för det allmännas bästa. En vinstbegränsning som inte uttraderar ett företags värde skulle däremot sannolikt inte vara att anse som en indirekt expropriation.

13. Vad är "right to regulate"?

Begreppet "right to regulate" översätts ofta till "rätten att reglera". Rätten att reglera handlar i detta sammanhang om att stater ska kunna stifta lag och fatta beslut utan att riskera att behöva betala skadestånd till följd av ett brott mot ett ingånget investeringsskyddsavtal. För det fall staten har en stark önskan att genom en lag eller ett beslut bryta mot investeringsskyddsavtalet står detta staten fritt så länge drabbade investerare kompenseras.

14. Skulle ett investeringsskyddsavtal med USA påverka Sveriges möjligheter till "right to regulate"?

Sveriges rätt att lagstifta påverkas inte av avtalet. Dock finns en indirekt påverkan genom att Sverige kan tvingas att betala ersättning vid ett brott mot avtalet. Kollegiet har analyserat avtalet med Kanada (CETA) och där studerat de två artiklar som är mest centrala för "right to regulate". Vår analys tyder på att avtalet sannolikt har en begränsad inverkan på Sveriges "right to regulate".

15. Skulle ett investeringsskyddsavtal med USA kunna påverka Sveriges möjligheter att lagstifta för att skydda miljö eller djur och människors hälsa?

I USAs modellavtal fastställs att åtgärder som syftar till att skydda allmän hälsa och miljö inte är att betrakta som indirekt expropriation. I preamblen (inledningen) till CETA anges att avtalet ska ge staterna rätt att reglera ("right to regulate") för att uppnå legitima politiska mål. Som exempel på sådana mål anges områdena miljö och allmän hälsa. Om ett liknande klagande gällande "right to regulate" införs i TTIP, och så länge åtgärderna införs i god tro, kommer avtalet sannolikt inte att påverka Sveriges möjligheter att lagstifta på dessa områden.

16. Kommer skiljenämnder att kunna överpröva demokratiskt fattade beslut?

ISDS kan inte ändra demokratiskt fattade beslut eftersom avtalen inte ger skiljenämnder ett sådant mandat. Istället handlar ISDS om att hantera tvister som kan uppstå om en stat fattar ett beslut (demokratiskt fattat eller inte) som en investerare påstår strider

mot investeringsskyddsavtalet. Under vissa förutsättningar kan staten då bli skyldig att betala ersättning till investeraren.

17. Kan ISDS i TTIP leda till överprövning av svenska domstolars beslut?

I vissa investeringsskyddsavtal stipuleras att inhemska rättsmedel måste ha uttömts innan rätt ges till ISDS. I andra avtal kan anges att investeraren måste välja mellan ISDS och process i nationell domstol. Enligt uttalanden från kommissionen kommer EU i TTIP att vilja införa vad som kallas en ”fork in the road”, innebärande att investeraren får välja mellan att få sin tvist prövad i nationell domstol eller i ISDS.

18. Phillip Morris har stämt Australien eftersom de infört ”plain packaging”, innebärande att märkesnamnet inte längre får finnas på cigarettpaketet. Skulle Sverige på grund av TTIP kunna förlora en liknande tvist?

Tvisten med Australien grundar sig på ett äldre investeringsskyddsavtal mellan Australien och Hongkong. I CETA har skyddet för investerare och ”right to regulate” tydliggjorts jämfört med äldre investeringsskyddsavtal. I CETA nämns bland annat explicit att ”right to regulate” bevaras hos staterna för åtgärder som har ett legitimt syfte – och dit hör folkhälsa. För det fall TTIP får en liknande utformning som i CETA är det inte osannolikt att Sverige skulle vinna en sådan tvist.

19. Kommer ISDS i TTIP att leda till att Sverige kan tvingas importera amerikanska varor som har framställts med lägre miljö- och hälsokrav än inom EU, eller att genmodifierade grödor skulle börja säljas i EU?

ISDS kommer endast att omfatta investeringar som gjorts på den andra partens territorium. Eftersom kommissionen inte har mandat att förhandla om att avsnittet marknadstillträde ska omfattas av ISDS kommer investeringsdelen i TTIP inte att leda till önskad import. Det kommer därför inte att bli möjligt att tvista om marknadstillträde för exempelvis genmodifierade grödor eller klordoppade kycklingar. Däremot kan parterna i andra delar av handelsavtalet komma överens om att tillåta sådan import (vilket är osannolikt med tanke på det stora motståndet i

EU:s medlemsländer), men det har alltså inget med investeringsskyddsavtalet att göra.

20. *Kan exempelvis ett företag vinna en tvist med en stat om företaget anser att det har blivit missgynnat eller felbehandlat av staten i fråga?*

Grundförutsättningar för att kunna vinna en tvist är att behandlingen i sig utgör ett brott mot avtalet och dessutom har resulterat i en ekonomisk skada.

Behandling som i CETA kan leda till skadestånd är (1) förvägrande av rättvisa såsom ex rätt till en rättvis rättegång, (2) uppenbart godtycklig behandling, (3) riktad diskriminering eller (4) tvång eller trakasserier. Om något av detta lett till att en investerings värde minskat kan investeraren stämna staten på värdeminskningen.

När det gäller indirekt expropriation (jämför punkten 10) räcker det inte med att behandlingen resulterat i en värdeminskning för att staten ska bli ersättningsskyldig. Istället krävs det att behandlingen gjort investeringen i stort sett värdelös eller lett till att investeraren har förlorat kontrollen över investeringen.

21. *Hur kommer TTIP att påverka arbetstagares rättigheter?*

I preambeln (inledningen) till CETA anges att parterna ska implementera avtalet på ett sätt som främjar arbetstagarsskyddet och att lagar och politik ska bygga på internationella arbetsrättsåttaganden. I detta ljus ska en skiljenämnd tolka avtalets artiklar som skyddar investerare. För det fall TTIP får en liknande formulering är det osannolikt att arbetstagares rättigheter påverkas negativt av avtalet.

22. *Kommer Sverige att kunna stämmas, såsom Tyskland har blivit stämt av Vattenfall, om ett kärnkraftverk läggs ned i Sverige?*

Det beror på hur nedläggningen går till. Vid nedstängningen av Barsebäck ersattes ägarna ekonomiskt genom en särskild reglering. Om en eventuell framtida nedläggning sker på samma sätt har en investerare inte några starka skäl att stämna Sverige i ISDS eller möjlighet att vinna en sådan tvist.

23. *Vilken ersättning har en investerare rätt till om denne vinner en tvist?*

Grundregeln är att investeraren ska kompenseras för statens åtgärd med ett belopp som motsvarar vad denne förlorat plus ränta. Något ytterligare skadestånd utgår inte.

24. *Vem betalar för tvisten?*

Historiskt har respektive part stått för de egna ombudskostnaderna och delat på kostnaden för skiljenämnden. I CETA är huvudregeln att den förlorande parten ska stå för merparten av kostnaden för tvisten. Enligt kommissionen är skälet till detta att avskräcka investerare från ogrundade tvister. Om en stat vinner tvisten är det således investeraren som ska betala för landets ombudskostnader och kostnaderna för skiljenämnden. I vissa fall kan skiljenämnderna fördela kostnaderna mellan parterna. I genomsnitt kostar en tvist i ISDS ca 8 miljoner USD.

25. *Vore det bättre om ISDS ersattes med tvister mellan stater, så kallad State-to-State Dispute Settlement (SSDS)?*

Att gå från ISDS till SSDS skulle drabba små och medelstora investerare (jämför punkten 4 gällande diplomatiskt skydd). Staterna skulle sannolikt välja att främst driva tvister som rör större investerare såsom multinationella företag och i mindre utsträckning processa för små och medelstora investerare.

Reglerna kring SSDS kan utformas på två sätt. Antingen kan utgången av en tvist resultera i beslut om regeländringar och inte i ersättning till investerare, vilket vore en försämring för investerare jämfört med ISDS. Eller så kan SSDS leda till ekonomisk ersättning för investerare. I det senare fallet skulle tvisterna drivas på ett liknande sätt som ISDS och fördelen med SSDS som alternativ till ISDS skulle försvinna.

I SSDS skulle därtill staterna agera som ombud för investerare och därmed behöva stå för kostnaderna för att driva processen, d.v.s. betala kostnader för advokater och skiljenämnd. Eftersom offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) medger sekretess för affärshemligheter och driftsförhållanden är det osäkert om SSDS skulle leda till ökad eller minskad insyn jämfört med vad som stadgas i UNCITRAL-konventionen.

26. *Varför kan inte svensk domstol respektive domstol i USA avgöra eventuella tvister istället?*

Investeringskyddsavtal förhandlas bland annat för att garantera en miniminivå av rättssäkerhet. Denna nivå minskar om investerarens motpart i en tvist (staten) när som helst kan ändra på de lagar som styr utgången av tvisten. Det finns även en poäng i att exempelvis rätten till rättvis rättegång garanteras av en instans som ligger utanför staten. För det fall tvisterna skulle avgöras i nationell domstol med investeringskyddsavtalet som regelverk, skulle det kunna bli problem med att hitta domare som är kunniga på både investeringsrätt och internationell sedvanerätt. Detta eftersom rättsområdena sällan tillämpas i svensk domstol.

27. *Vad skulle hända om världens investeringskyddsavtal sades upp?*

Detta skulle leda till en återgång till systemet med diplomatiskt skydd vilket innebär ett lägre och osäkrare skydd för investerare. De investerare som skulle lyckas övertyga sina regeringar att ställa upp för dem skulle få möjlighet till ett visst skydd. Det finns dock en risk för att små och mellanstora investerare skulle missgynnas av detta eftersom stater sannolikt skulle välja att endast i begränsad utsträckning tvista med andra stater över mindre belopp. Dessutom skulle sannolikt de stater som är inflytelserika röna större framgång än mindre inflytelserika stater i sitt skydd av investerare. Därtill riskerar diplomatiskt skydd att leda till osämja mellan stater.