

## ISDS - investeringskydd



Därför behövs ett

# investeringskydd

i frihandelsavtalet mellan EU och USA

Författare: Anders Johnson och Birgitta Rydell

**Svenskt Näringslivs vision är: "Företagsamma människor och konkurrenskraftiga företag i gemenskap leder Sverige till ökat välbefinnande".**

Vi representerar 50 medlemsorganisationer och omkring 60 000 svenska företag, varav 98 procent utgörs av små och medelstora företag.

Medlemsföretagen sysselsätter cirka 1,6 miljoner arbetstagare. Detta motsvarar 70 procent av den svenska privata sektorn.

Organisationens roll är att verka för företagens intressen samt skapa ett brett folkligt stöd för värdet och betydelsen av företagande. Grundläggande är att företagande är avgörande för ökad tillväxt och välbefinnande i Sverige.

Svenskt Näringsliv har sitt huvudkontor i Stockholm, 21 regionala kontor över hela Sverige och ett kontor i Bryssel.

# Innehåll

Förord.....	4
Sammanfattning.....	6
Handeln mellan EU och USA.....	7
Marknadsekonomi är inte regellös .....	9
Så fungerar investeringsskyddet .....	14
Därför behövs ISDS .....	15
Myter och missuppfattningar om ISDS.....	16
Källor.....	17

## Förord

Sveriges handelsförbindelser med andra länder blir allt viktigare. Ett framgångsrikt handelsutbyte är avgörande för vår möjlighet att bibehålla livskraftiga företag och därmed finansieringen av den svenska välfärden.

Men inte bara handel, utan också investeringar bidrar till att skapa eller utveckla resurser. Vi vill att Sverige ska vara öppet för utländska investeringar, och vi förväntar oss samma öppenhet av andra länder. Och ska man våga investera i andra länder än sitt eget, behöver man känna sig säker på att investeringen har ett rimligt skydd, oavsett vilket land den kommer från eller hamnar i. I debatten om det transatlantiska frihandels- och investerings-skyddsavtalet (TTIP) har regelverket för skyddet av investeringar kommit i fokus. Man har särskilt uppmärksammat de regler som styr hur en tvist mellan en investerare och värdstaten ska lösas. Debatten om just denna aspekt har emellertid fått en klar slagsida mot missförstånd och i en del fall ren desinformation. Vi hoppas att denna skrift ska rätta ut en del av frågetecknen och rätta till de värsta vanföreställningarna.

**Carola Lemne**

VD

Svenskt Näringsliv

# Sammanfattning

I juni 2013 inleddes förhandlingar mellan EU och USA om ett omfattande frihandelsavtal, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). En av de hetaste debatterna kring TTIP-förhandlingarna gäller skyddet för gränsöverskridande företagsinvesteringar, så kallat Investor-State Dispute Settlement (ISDS).

Syftet med ISDS-reglerna är att ge den som har investerat i ett annat land rätt till kompensation om värdet på investeringen minskar väsentligt på grund av exempelvis diskriminerande politiskt beslut i investeringslandet. ISDS-reglerna anger dels under vilka förutsättningar ersättningen ska utgå, dels hur en tvist mellan investeraren och värdlandet ska avgöras.

ISDS-regler är sedan länge närmast standard i bilaterala handelsavtal. EU-länderna har sammantaget ISDS-bestämmelser i 1 400 handelsavtal. Sverige har i dag sådana klausuler i ett 50-tal bilaterala avtal. Den svenska regeringen agerar för att investeringskydd även ska finnas med i TTIP. Detta framgår exempelvis av ett brev till EU-kommissionen i oktober 2014 som undertecknades av statsråd i flera länder, däribland näringsminister Mikael Damberg (S). Det frihandelsavtal som nyligen har förhandlats fram mellan EU och Kanada innehåller också ISDS-bestämmelser.

Det finns ännu inte något färdigförhandlat förslag till ISDS-regler inom ramen för TTIP. EU arbetar för att sådana bestämmelser ska ge ett effektivt skydd för investeringar. Samtidigt ska de främja öppenhet och transparens i tvistlösningsprocessen samt värna de ingående staternas demokratiska funktioner. En ambition med TTIP är att kunna skapa ett regelverk för ISDS som kan bli en förebild för andra frihandelsavtal i världen.

Trots att det alltså inte finns något konkret förslag till ISDS-regler för TTIP har det från olika håll riktats stark kritik mot planerna på att TTIP ska innehålla sådana regler. Flera invändningar bygger på uppenbara missuppfattningar eller vantolkningar. Samtidigt kan man notera att motsvarande kritik saknas då det gäller ISDS-regler i befintliga handelsavtal och i det nya förslaget till avtal mellan EU och Kanada. Därför är det svårt att frigöra sig från tanken att det för en del kritiker inte är bokstavskombinationen I-S-D-S som är problemet utan bokstavskombinationen U-S-A.

## Handeln mellan EU och USA

EU och USA är världens två största ekonomier med sammanlagt över 800 miljoner invånare. EU står för 25 procent av världens samlade produktion och USA för 22 procent. De två regionerna står tillsammans för ungefär 30 procent av den internationella varuhandeln i världen och 40 procent av handeln med tjänster.

EU är den största aktören i världshandeln. Dess andel med omvärlden utgör drygt 15 procent av den globala varuhandeln och omkring 25 procent av tjänstehandeln. EU är även världens största internationella investerare och investeringsmottagare.

Mellan EU och USA går världens största handelsflöde, värt två miljarder euro per dag. USA är den största mottagaren av direktinvesteringar från EU och EU är den största mottagaren av direktinvesteringar från USA.

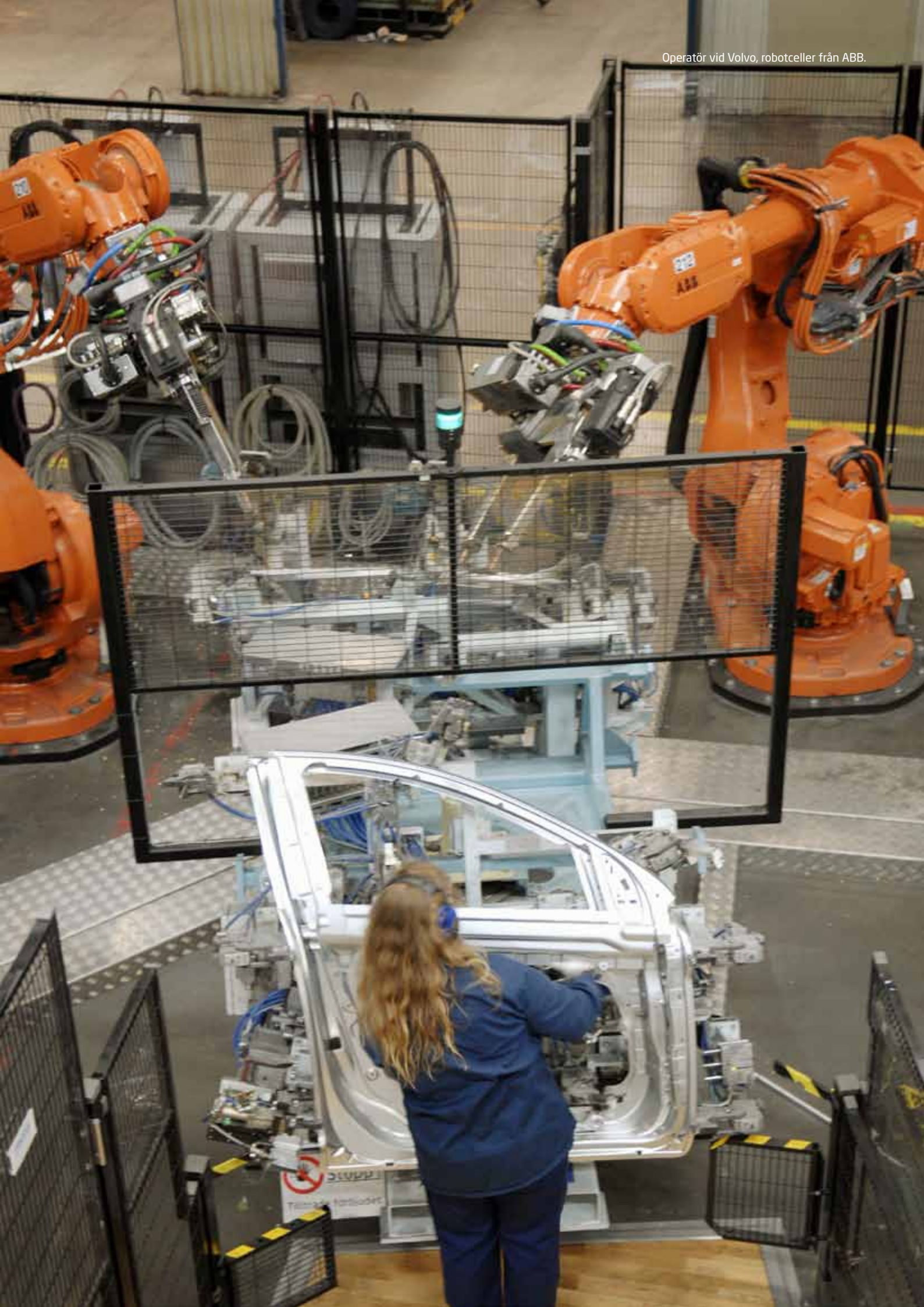
“USA är den största mottagaren av direktinvesteringar från EU och EU är den största mottagaren av direktinvesteringar från USA.”

Sverige är en av världens mest internationaliserade ekonomier. Den svenska exporten motsvarar i dag omkring 50 procent av Sveriges BNP mot ungefär 25 procent 1970 och 40 procent 1995.

Mellan 70 och 80 procent av Sveriges utrikeshandel sker inom EUs inre marknad som består av EU-länderna samt Norge, Island och Liechtenstein. Detta gäller både för exporten och för importen, såväl av varor som av tjänster.

USA är Sveriges största export- och importmarknad utanför EUs inre marknad. Räknat i förädlingsvärde utgör handeln med USA tolv procent av den svenska exporten och sju procent av importen. Tjänstehandeln utgör omkring 60 procent av Sveriges handel med USA.

USA är det största landet vad gäller företagsinvesteringar i Sverige. Amerikanska företag sysselsätter ungefär 70 000 personer i Sverige. Sverige är den tolfte största nationen vad gäller företagsinvesteringar i USA, vilket gör Sverige till en av de största investerarna per capita. Ungefär 1 200 företag med svensk anknytning sysselsätter nära 200 000 amerikaner.



Många svenska storföretag bedriver en omfattande handel med USA. ABB, Autoliv, Ericsson, Sandvik, Skanska, Volvo AB och Volvo PV har länge haft USA som sin största marknad. För H&M och Ikea är den amerikanska marknaden näst störst.

Handeln med USA är också mycket viktig för många små och medelstora företag i Sverige. Flera företag är underleverantörer till storföretag som exporterar till USA. Men det finns också många mindre svenska företag som själva exporterar dit – allt ifrån pepparkakor till kameror för kärnkraftverk.

## Frihandelsavtalet TTIP

Trots att EUs och USAs ekonomier redan är mycket integrerade så kan minskade handelshinder ge stora ekonomiska vinster för både européer och amerikaner – och för invånarna i övriga världen. Därför inleddes i juni 2013 förhandlingarna om frihandelsavtalet Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) mellan EU och USA.

Förhandlingarna omfattar ett brett spektrum av frågor, bland annat tullar, tjänstehandel, regleringar, investeringar, immateriella rättigheter, offentlig upphandling och subventioner av statliga företag, arbetskraftens rörlighet, hållbar utveckling, regler om fungerande kontroller av handeln och tullsamarbete, konkurrens, energi- och råvarufrågor, handelsrelaterade aspekter på små och medelstora företag, kapitalrörelser och betalningar samt en institutionell ram, inklusive en tvistlösningsmekanism.

Syftet med TTIP är att på bred front öka integreringen mellan EUs och USAs ekonomier. Tanken är att dessa två parter, som båda är politiskt, ekonomiskt och tekniskt mycket utvecklade, och som redan har starka ekonomiska band, ska kunna finna lösningar på några av dagens svåraste utmaningar för världshandeln.

Det har gjorts flera analyser av vilka vinster som TTIP kan ge. Resultaten varierar en hel del mellan olika bedömare. Men alla seriösa studier visar

- att handeln mellan EU och USA kommer att öka,
- att välståndet kommer att öka, både i EU och USA,
- att fler jobb kommer att skapas och arbetslösheten kommer att sjunka, både i EU och USA,
- att effekterna för världen som helhet kommer att vara positiva.

Även om tullnivåerna i dag är mycket låga, i genomsnitt kring fyra procent, så saknar detta inte betydelse. Det finns produkter som fortfarande är belastade med höga tullar. Både EU och USA har exempelvis höga tullar på vissa livsmedel. EU har också höga tullar på motorfordon.

Dessutom innebär även en liten tullsänkning en hel del med tanke på de enormt stora handelsflöden som går över Atlanten. En stor del av handeln består av priskänsliga insatsvaror och många av dessa ingår i omfattande produktionskedjor där tullar adderas vid varje gränsövergång. Varje år betalar europeiska företag närmare 100 miljarder kronor i tull i USA, och amerikanska företag betalar EU motsvarande belopp till EU.



Uppskattningar tyder på att cirka 20 procent av de vinster som kan uppstå genom ett ambitiöst frihandelsavtal kan hänföras till sänkta tullar. De stora vinstmöjligheterna ligger inom områden som inte direkt handlar om handelspolitik, till exempel olika former av standardisering samt regleringar kring miljö, säkerhet och hälsa. Företagens kostnader för dessa regelverk kan motsvara tullar på 10–20 procent.

Tanken är inte att sänka kraven inom dessa områden utan att systematiskt gå igenom de olika regelverk som finns i EU och USA för att se hur man kan minska företagens regelbörda. Både EU och USA har höga ambitioner inom miljö, säkerhet, hälsa och andra samhällsområden. Men regelverken och deras tillämpning har ofta utvecklats oberoende av varandra. Därigenom har det etablerats skilda krav i EU och USA, även om kravnivåerna är likvärdiga.

Minskade regelkostnader betyder relativt sett mer för mindre företag eftersom många typer av regelkostnader har karaktär av ”inträdesbiljett” på en marknad. Om det exempelvis krävs att en viss produkt genomgår ett särskilt test i USA, så kan ett stort företag ofta slå ut den kostnaden på ett stort antal produkter medan ett mindre företag ofta levererar ett mindre antal produkter. Stora företag har också lättare att knyta till sig den expertis som behövs för att hantera regelproblem på olika marknader.

Förutom tullar och andra handelshinder omfattar diskussionerna om TTIP även regler för hur tvister kring internationella investeringar ska lösas, så kallad Investor-State Dispute Settlement (ISDS).



# Marknadsekonomin är inte regellös

En väl fungerande marknadsekonomi är inte samma sak som en ekonomi utan regelverk. Tvärtom behöver marknadsekonomin en stark stat som kan skapa och upprätthålla goda regelverk. Därför är det också viktigt att den statliga administrationen är hederlig och kompetent.

Om regelsystemen främjar produktiva verksamheter som utbildning, arbete, företagande och investeringar, uppstår ekonomisk tillväxt. Det handlar bland annat om näringsfrihet, yrkesfrihet och frihandel, lagar som definierar och skyddar äganderätter, kontrakt och avtal samt regler för att hantera tvister och konkurser. I alla utvecklade ekonomier finns nationella regelverk av detta slag.

En viktig förklaring till den snabba ekonomiska utvecklingen i Sverige efter 1870 var de reformer som genomfördes under 1800-talet, bland annat laga skifte 1827, silvermyntfot 1834, folkskola 1842, aktiebolagslag 1848, läroverksreform 1849, stambanor 1854, fri in- och utvandring samt fri rörlighet inom landet 1860, näringsfrihet 1864, frihandel 1865, skandinavisk valutaunion med guldmyntfot 1873 samt flera reformer som ökade kvinnors rättigheter.

## Internationell handel förutsätter goda regelverk

Även för den internationella handeln behövs väl fungerande regelverk. Här har det dock varit svårare att skapa och upprätthålla sådana regler eftersom de måste byggas på en samverkan mellan självständiga stater. (Vi bortser nu från den typ av handel som uppstår under imperialistiska eller koloniala system.)

Internationell handel har genom historien varit förknippad med högre risker än nationell handel. En del risker hänger samman med de långa transporter och de stora avstånden mellan tillverkare och slutkund. Andra risker beror på att affärs- och transaktionerna berör flera länder med olika lagstiftning. Detta var något som redan påpekades i *Konungs skuggsjå*, en nordisk handbok för köpmän från 1200-talet:

”En handelsman måste ofta utsätta sig för livsfara. Stundom ute på havet, stundom i hedniska länder och nästan jämt bland främmande folkslag. Därför måste handelsmannen ständigt tänka på att uppföra sig väl på de platser han råkar befinna sig.”

Framsynta härskare insåg att det även låg i det egna landets intresse att behandla utländska köpmän och företag på ett rättvist sätt. Ett tidigt exempel på en lag som syftade till att reducera de juridiska riskerna för utlänningar var *Carta Mercatoria*, instiftad 1303 av den engelske kungen Edvard I. Den garanterade bland annat den fria handeln och att utländska köpmän som verkade i England skulle ha samma rättsliga skydd som inhemska köpmän.

I Magnus Erikssons stadslag från 1350-talet föreskrevs att de svenska städernas styre skulle delas lika mellan svenskar och tyskar. Syftet med denna bestämmelse var främst att garantera de tyska köpmännen – som utgjorde ett betydande inslag i de större köpstäderna – samma rättsliga skydd som sina svenska kolleger.

Grunden till den industriella revolutionen lades i Storbritannien. Landet hade under 1700-talet världens bäst utvecklade handelsrätt och ett väl fungerande rättsväsende. Voltaire konstaterade i *Filosofiska brev* 1734:

*”Gå in på börsen i London, en plats som är mera respektabel än många kungliga hov, och där kommer du att se representanter för alla nationer samlade för mänsklighetens bästa. Där behandlar juden, muhammedanen och den kristne varandra som vore de av samma religion och otrogen kallas endast den som gör konkurs.”*

Under andra halvan av 1800-talet utvecklades ett europeiskt frihandelssystem som Sverige anslöt sig till 1865. Grunden för systemet var den så kallade Cobdentraktaten, uppkallad efter den brittiske liberale företagaren och politikern Richard Cobden. Han lyckades 1860 få till stånd en frihandelstraktat med Frankrike. Avtalet innebar ett genombrott för en princip som sedan dess har utgjort en grundbult i det internationella frihandelssamarbetet, nämligen mest-gynnad-nationsbehandling. Den innebär att en handelsfördel som ett avtalsslutande land ger till ett annat land också ska ges till alla andra avtalsslutande länder. Avtalet innehöll även bestämmelser om passfrihet och förbud mot tullhöjningar.

## WTO-systemet

WTO (World Trade Organization) grundades 1995 med Sverige som en av medlemmarna. Medlemsländerna står i dag för 99 procent av världshandeln. WTO bygger på tre pelare:

- GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), ett avtal från 1947 som, med vidhängande avtal, reglerar varuhandeln i världen.
- GATS (General Agreement on Trade in Service), ett avtal om tjänstehandel som trädde i kraft 1995.
- TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), ett avtal om immateriella rättigheter (patent, upphovsrätter och varumärken) som trädde ikraft 1996.

Även om de konkreta förhandlingsframgångarna har varit begränsade under de 20 år som WTO har existerat, så spelar organisationen en viktig roll. För det första är WTO ett viktigt forum för diskussioner och dialog på global nivå om handelsfrågor.

“WTO slår vakt om grundläggande spelregler för världshandeln och tillhandahåller en strukturerad process för att hantera internationella handelstvister.”

För det andra slår WTO vakt om grundläggande spelregler för världshandeln och tillhandahåller en strukturerad process för att hantera internationella handelstvister.

Om handelstvister uppstår mellan WTO-medlemmar och om parterna inte kan lösa tvisten genom samråd har en medlemsstat rätt att begära att en panel tillsätts av WTOs tvistlösningsorgan (DSB). Panelen avgör om motparten har brutit mot sina avtalsåtaganden. Medlemmarna har även en möjlighet att överklaga ett panelbeslut till överprövningsorganet (AB).

Om det slås fast att en medlemsstat har brutit mot sina WTO-åtaganden, måste staten antingen implementera panelens rekommendationer under en rimlig tid eller inleda förhandlingar om kompensation. Om ett land varken implementerar en rekommendation eller erbjuder kompensation, har den klagande parten rätt att vidta motåtgärder. Nivån på motåtgärderna fastslås av en skiljedomspanel.

Att motåtgärder införs är dock mycket ovanligt. En majoritet av tvisterna löses i samrådsfasen. I de närmare 420 tvistlösningsärenden som WTO har handlagt sedan starten 1995 har motåtgärder endast införts vid fyra tvister. I de fallen infördes en extratull på import av vissa varor från den medlem som förlorat tvisten genom att ha brutit mot sina WTO-åtaganden.

WTOs mekanismer för tvistlösning i handelsfrågor är internationellt respekterade och har givetvis en särskilt stor betydelse för små och fattiga länder som skulle ha svårt att hävda sina intressen utan stöd av ett internationellt accepterat regelverk. Men WTO saknar regler för tvistlösning i internationella investeringsfrågor, varför detta istället har hanterats i bilaterala avtal mellan länder eller grupper av länder.

### **Framväxten av regler för internationella investeringar**

Runt sekelskiftet 1900 blev de internationella investeringsflödena allt större. De största investeringarna gällde brittiska företag som investerade i Amerika och i de gamla delarna av imperiet som Australien, Kanada, Nya Zeeland och Sydafrika. I samband med detta växte behovet av regler för tvistlösning kring internationella investeringar. Ofta handlade tvisterna om stora investeringar där också stater var inblandade.

Nu skapades nya institutioner för att bidra till att lösa olika typer av tvister mellan avtalslutande parter i olika länder. År 1903 tillkom en brittisk skiljedomstol, London Court of International Arbitration. Den hade föregåtts av en liknande institution som redan på 1880-talet hade initierats av City of London.

År 1917 bildades Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (SCC) som en självständig enhet inom Stockholms Handelskammare. På 1970-talet etablerades SCC som en neutral plats att lösa öst-väst relaterade handelstvister. Förhandlingar fördes i Stockholm under Handelskammarens medverkan mellan American Arbitration Association och Handelskammaren i Sovjetunionen, vilka 1977 resulterade i ett avtal som gjorde SCC till forum för skiljedomsförfarande i amerikansk-sovjetiska handelstvister.

Måltillströmningen har därefter ökat kontinuerligt och i dag omfattar SCCs verksamhet drygt 30 länder och genererar drygt 200 nya skiljemål per år. SCC har under de senaste årtiondena utvecklats till ett av världens ledande tvistlösningsorgan och är i dag den näst största institutionen för tvistlösningsmekanismen ISDS.

En internationell skiljedomstol vid International Chamber of Commerce i Paris (ICC) bildades 1923. Inom ramen för Nationernas Förbund försökte man under mellankrigstiden få till stånd ett internationellt avtal för att skydda äganderätten, men detta misslyckades.

En rad nya stater uppkom under efterkrigstiden när tidigare kolonier i Asien och Afrika fick sin självständighet. Många av dessa stater ville dra till sig utländska investeringar för att få tekniköverföring och industrialisering. Juridiska experter i London och affärsintressen i Västtyskland såg samtidigt ett behov av att säkra och skydda privata investeringar i andra länder. De började formulera generella principer och regler för att säkra och skydda privata utländska investeringar. Detta resulterade i ett förslag till en konvention, Abs-Shawcross Convention. Konventionen diskuterades inom ramen för OECD men ledde aldrig till något formellt avtal.

Istället tog ett antal enskilda länder egna initiativ i form av bilaterala investeringsavtal, Bilateral Investment Treaty (BIT). Det första träffades mellan Västtyskland och Pakistan 1959. Syftet var att skydda företag mot expropriation i länder där äganderätten hade ett svagt skydd och där möjligheterna att gå till en inhemsk domstol antingen inte fanns eller var osäker.

År 1966 träffades två multilaterala överenskommelser som innebar ett skifte till ett mer modernt sätt att lösa tvister rörande internationella företagsinvesteringar. Dessa överenskommelser innebar att två internationella institutioner bildades:

- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) i Washington DC, som inrättades inom ramen för Världsbanken. ICSID löser tvister mellan stater och utländska investerare genom medling och skiljeförfarande. Det är i dag det största forumet i världen för tvistlösning mellan stater och utländska investerare.
- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) med säte i Wien grundades av FN:s generalförsamling. Det har som mandat att främja harmonisering och modernisering av internationell handelsrätt. UNCITRALs regler för skiljeförfaranden används ofta i tvistlösning mellan stater och utländska investerare.

Båda dessa organisationer innebar att ett nytt synsätt etablerades på global nivå. Nu skulle inte tvister lösas med maktpolitik utan genom förhandling och skiljedom. Organisationerna ersatte inte skiljedomsinstitutet i London, Stockholm eller Paris, men de byggde nya ramar och etablerade nya regler och principer för processerna.

Inom OECD pågick förhandlingar om ett multilateralt investeringsavtal, Multilateral Agreement on Investment, 1995–98. Förhandlingarna bröt samman i oktober 1998 sedan Frankrike dragit sig ur. Enligt det utkast till avtal som lades fram i april 1998 skulle medlemsländerna behandla utländska investerare enligt samma principer som gäller för den internationella handeln: insyn i lagstiftning (transparens), nationell behandling och mest-gynnad-nationsbehandling (MGN-behandling). Avtalsutkastet innehöll även ett avsnitt om investeringsskydd som bland annat omfattade frågor om kompensation i händelse av egendomsexpropriering, samt rätten att föra ut vinster ur värdlandet. Det var även tänkt att avtalet skulle ha haft en tvistlösningsmekanism.

Strävan att skapa regelverk för internationella investeringar har alltså rönt både framsteg och motgångar. De tvistlösningsmekanismer som har kunnat etableras, har fungerat tämligen bra. Visserligen har det ibland uppstått tolkningsproblem, precis som inom alla andra former av tvistlösning på nationell och internationell nivå. Men med tanke på att metoden har använts med framgång i ett stort antal fall och fått legitimitet så har tvistlösningsförfarande blivit en viktig grundbult i den globaliserade ekonomin.

# Så fungerar investeringsskyddet

Bilaterala investeringsavtal (Bilateral Investment Treaty, BIT) är i dag en etablerad företeelse i den globala ekonomin. Det övergripande syftet med dessa avtal är att skapa ett stabilt, förutsägbart och rättssäkert klimat för internationella investeringar. Sådana avtal ger garantier för hur utländska investerare ska behandlas, så kallat investeringsskydd. Nivån på detta skydd varierar från avtal till avtal men några centrala frågor som brukar ingå är:

- skydd mot diskriminering
- skydd mot godtycklig expropriation
- skydd mot ojämlig och orättvis behandling
- rätt att överföra kapital, till exempel vinster
- möjlighet till rättslig prövning av avtalet

Till skillnad från många andra mellanstatliga avtal ger de flesta bilaterala investeringsavtal rättigheter till enskilda företag och andra investerare. (I fortsättningen använder vi ordet företag som beteckning på alla typer av investerare, även exempelvis organisationer och enskilda personer.) Därför kan företag genom internationellt skiljeförfarande kräva skadestånd av stater som inte uppfyller skyldigheterna i avtalen.

Antalet bilaterala investeringsavtal ökade kraftigt under 1990-talet, inte minst till följd av Sovjetunionens kollaps och de nya stater som därefter uppstod. Det finns i dag omkring 3 000 BITs, varav EU-länderna är avtalspart i över hälften av avtalen. Sverige har i dag gällande avtal med 66 länder. Det första slöts med Elfensbenskusten 1965.

## ISDS-reglerna

Investeringsavtalen innehåller alltså skyddsklausuler och det vanligaste sättet att lösa tvister är ISDS (Investor-State Dispute Settlement). OECD räknar med att över 90 procent av alla bilaterala investeringsavtal innehåller bestämmelser om ISDS. Det är denna tvistlösningsmekanism som föreslås bli en del av TTIP. ISDS och är också en del av det framförhandlade, men ännu inte godkända frihandelsavtalet mellan EU och Kanada, Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

ISDS ger företag möjligheter att stämma ett land som de anser har brutit mot ett ingånget investeringsavtal (BIT). ISDS-reglerna innebär att tvisten ska lösas genom ett internationellt skiljeförfarande, inte av lokala domstolar eftersom dessa kan vara partiska eller sakna mandat att hantera sådana tvister.

Normalt väljer investeraren och den aktuella staten varsin ledamot i en skiljenämnd. Dessa väljer i sin tur en ordförande. Alternativt utses ordföranden av parterna

gemensamt. Skiljenämnderna använder sig av regler från olika skiljedomsinstitut, där de två största alltså är ICSID i Washington DC och SCC i Stockholm. Tillsammans hanterar dessa två institutioner mer än 65 procent av alla internationella investeringstvister.

EU-länderna har sammantaget ISDS-bestämmelser i 1 400 handelsavtal. Sverige har i dag sådana klausuler i ett 50-tal avtal, huvudsakligen med utvecklingsländer. Nio av de nyaste EU-medlemmarna har ISDS-avtal med USA som ingicks före inträdet i EU. Detta har inte skapat några problem för medlemsländerna när det gäller att anpassa sig till EUs regelverk.

Genom Lissabonfördraget överfördes ansvaret inom investeringsområdet från de enskilda medlemsländerna till EU-nivån 2009. EU-kommissionen förhandlar därför om investeringskyddsfrågor för alla EU-länder. De bilaterala investeringsavtal som varje land i dag har kommer successivt att ersättas av de avtal som EU förhandlar fram.

### **Antalet tvister ökar**

Sammanlagt har 568 internationella investeringstvister väckts sedan början av 1990-talet. Antalet tvister har kontinuerligt ökat. 274 tvister hade avgjorts vid slutet av 2013. I 26 procent av tvisterna hade man gjort upp i godo, i 43 procent vann staten och i 31 procent vann investeraren. Sverige har hittills aldrig varit svarande i en investeringstvist.

När det gäller fördelning på länder, står investerare från EU-länderna för 53 procent av tvisterna. Investerare från USA står för 22 procent. Enligt statistik från UNCTAD har amerikanska investerare stämt europeiska stater tolv gånger. Av dessa har staterna vunnit tre och så vitt känt är har ännu inte någon tvist vunnits av ett amerikanskt företag.

ISDS-processer är vanligast inom sektorer som är beroende av offentliga kunder eller som står under politisk kontroll. Studier om utländska investeringar i allmänhet visar också att ISDS spelar en större roll för utvecklingen av investeringar på dessa områden jämfört med områden med huvudsakligen privata kunder. Anledningen är att risken för politiska ingrepp och regleringar är störst i sektorer som står nära den politiska makten.

Antalet tvister som går till skiljedomsförfarande har ökat, från ett tiotal per år vid millennieskiftet till ett 50-tal i dag. Det finns framför allt två förklaringar till detta. Den ena är att de internationella investeringarna har ökat kraftigt, från 7 000 till 25 000 miljarder dollar under samma tid. Andelen direktinvesteringar i länder med svaga rättssystem har också ökat. I förhållande till de enorma värden som finns i internationella investeringar, är de fall som har gått till ISDS-behandling försvinnande få.

För det andra kan man tala om ett allmänt ökat stöd för ”internationell lagstiftning”. Det finns större acceptans i världen för att den globala ekonomin ska följa regler och standarder som tydligt definierar enskilda staters makt i avtalstvister och för att skapa möjligheter till effektiv konfliktlösning.





## Därför behövs ISDS

För att ett avtal ska ha något värde överhuvudtaget, måste det finnas möjligheter att pröva dess innehåll när parterna inte är överens. Detta gäller alla avtal från det lilla till det stora. Den konsument som anser sig ha köpt en undermålig produkt i en butik har rätt att få saken prövad rättsligt om butiken vägrar göra upp i godo. Avtal mellan arbetsmarknadens parter innehåller regler om hur eventuella tvister om avtalet ska avgöras.

Särskilt när det gäller avtal som rör länder med skilda förutsättningar vad gäller avtalslagstiftning och synen på äganderätt är det viktigt att det finns tydligt fastställda regler om hur en eventuell tvist ska hanteras. Som tidigare har konstaterats, omfattar WTO-systemet tvistlösningsmekanismer för frågor kring internationell handel men inte för internationella investeringar. Därför måste reglerna för investeringsskydd hanteras i bilaterala eller regionala avtal.

Syftet med sådana investeringsavtal är att garantera stabila regler för investerare. Grundprincipen är att en utländsk investerare ska ha samma skydd som en inhemsk investerare har i ett land med godtagbar rättsäkerhet. Utländska företag vill inte riskera godtyckliga eller orättvisa statliga ingripanden i värdlandet som väsentligen reducerar investeringens värde – och om sådana ingripanden görs, så ska investeraren ha rätt till kompensation för de förluster som ingripandet åsamkar dem.

”Grundprincipen är att en utländsk investerare ska ha samma skydd som en inhemsk investerare har i ett land med godtagbar rättsäkerhet.”

För värdlandet är avtalet ett sätt att skapa ett investeringsklimat som lockar till sig internationella investeringar. Tanken är inte, som det ibland sägs, att ”garantera värdet” av investeringen, än mindre att ”garantera vinsten”. Några sådana garantier kan och bör aldrig ges i en dynamisk ekonomi. Avsikten är istället att skydda utländska investerare från vissa typer av statliga ingrepp, bland annat godtycke och diskriminering som väsentligen reducerar värdet av investeringen. Hur omfattande kompensationsrätten ska vara avgörs inte av ISDS-systemet i sig utan av hur det aktuella handelsavtalet utformas.

ISDS har spelat en stor roll för skyddet av utländska investeringar. I över 500 fall under de senaste decennierna har investerare ansett sig så illa behandlade att de har

gått till skiljeförfarande. Det första alternativet för ett företag brukar normalt vara att försöka lösa tvister i godo, utan att göra något väsen av frågan.

I fallet med investeringar är dessutom motparten en stat med den makt och de resurser som en stat förfogar över. Företaget måste också ta i beräkningen den risk för framtida investerings- och handelsmöjligheter som det innebär att gå in i en tvist mot en stat.

### **Skiljedomstol eller allmän domstol?**

Skiljedomsförfaranden har genom historien använts framgångsrikt för att lösa olika typer av internationella tvister. Det kan handla om tvister mellan stater, mellan enskilda parter eller mellan en stat och en privat aktör. Skiljedomar har bidragit till en fredligare värld, en ökad världshandel och även till ökat internationellt samarbete på andra områden. Det är ingen tillfällighet att världens äldsta aktiva fredsorganisation heter Svenska Freds- och Skiljedomsföreningen.

Det juridiska alternativet till skiljeförfarande, om parterna inte kan komma överens på egen hand, är att tvisten görs upp i värdlandets domstol. Fördelarna med skiljeförfarande är flera.

Genom skiljeförfarandet kan tvistlösning göras av en neutral instans som inte riskerar att otillbörligt gynna någondera parten. Ingen part behöver uppträda på motpartens hemmaplan och därmed behöva anpassa sig till motpartens språk eller till värdlandets regler för hur processer ska genomföras.

Många investeringsavtal träffas med stater som har svaga demokratiska och juridiska institutioner och där rättssäkerheten är svag. En rad svenska företag verkar i sådana länder. Men även i länder med en utvecklad rättssäkerhet kan det finnas berättigad oro för att de allmänna domstolarna inte alltid hanterar investeringstvister på ett neutralt och rättssäkert sätt.

Globaliseringen leder till alltmer komplicerade internationella relationer, vilket ställer höga krav på sofistikerad tvistlösning. De allmänna domstolarna är generellt illa rustade för att tillämpa folkrättsliga normer och att avgöra komplicerade ekonomiska frågor. Dessutom är det problem med att globalt verkställa allmänna domstolars domar. En neutral instans behövs alltså inte bara för att det kan finnas mistro mot ett lands rättssystem eller demokratiska mognad. Problemet rör de allmänna domstolarnas sätt att fungera även i utvecklade rättsstater.

Vid skiljedom får parterna utse de personer som ska lösa tvisten. Det innebär att man får jurister med specialkompetens inom det område som tvisten gäller. Processerna går snabbare än i de flesta allmänna domstolssystem. När väl beslutet är fattat kan också en skiljedom verkställas i fler än 150 länder i hela världen, vilket inte kan ske på samma smidiga sätt med en dom från en allmän nationell domstol.

## Ett system som utvecklas

ISDS är en metod för att lösa internationella investeringstvister. Men de regler som ska gälla för tvistlösningen är inte huggna i sten. Det finns en levande debatt om tvistlösningens utformning och regelverken utvecklas successivt.

I debatten om ISDS har det bland annat rests krav på ökad öppenhet och transparens. Bakgrunden är att skiljeförfarande traditionellt har varit en metod som utgått från att tvisten och tvistlösningen ska hållas konfidentiell. Många gånger har just möjligheten att inte öppet behöva redovisa tvisten och utgången varit ett skäl till att parterna har valt att gå till skiljedom.

Men vad gäller ISDS har detta ändrats. I början av 2014 trädde nya transparensregler i kraft. De har förhandlats fram inom ramen för FNs handelsrättskommission och kallas UNCITRAL Transparency Rules.

Alla steg i processen ska visas upp. Så snart tvisten finns, ska den ges tillkänna och alla dokument ska göras tillgängliga för allmänheten. Utomstående parter som till exempel NGOs ska kunna delta i processen. Förhandlingen görs tillgänglig exempelvis via videosändning. Ett särskilt sekretariat upprättas dit var och en kan vända sig för att få information om och tillgång till material över de processer som har varit och som pågår. Genom dessa regler blir öppenheten större än i princip alla nationella domstolprocesser.

Det finns fortfarande brister i en del ISDS-avtal vad gäller transparens, demokratiskt självbestämmande och uppförandekoder för multinationella företag. Det nyligen framförhandlade frihandelsavtalet med Kanada innehåller modernare regler. Ambitionen för TTIP-avtalet är att det ska bidra till en vidareutveckling av ISDS-reglerna. I de pågående förhandlingarna finns därför förslag från EU i syfte att öka öppenheten, att garantera skiljemännens opartiskhet och att upprätta en uppförandekod för deras arbete.

# Myter och missuppfattningar om ISDS

Det finns tre typer av kritik mot att TTIP ska omfatta ISDS-regler. En typ av kritiker är skeptiska till frihandel i allmänhet och till handel med USA i synnerhet. De ser ISDS-frågan som den opinionsmässigt bästa för att ifrågasätta hela TTIP-processen. Vi ska här inte beröra den typen av kritik. För att ta del av argumenten för TTIP hänvisas till skriften *Transatlantiskt partnerskap – Vad, hur och varför?* (Svenskt Näringsliv 2014).

Här ska istället två andra typer av kritik beröras. För det första den kritik som finns mot ISDS-regler i allmänhet. För det andra den typ av kritik som erkänner värdet av ISDS i vissa sammanhang men som anser att denna tvistlösningsmekanism inte behövs för TTIP eftersom både EU-medlemmarna och USA är stabila demokratier och rättsstater.

Ännu finns inget färdigförhandlat förslag till ISDS-regler för TTIP, inte ens något officiellt förhandlingsunderlag. Man kan notera att en del av kritiken mot TTIP-processen utgår från rena skräckskildringar av hur de tilltänkta ISDS-reglerna kommer att utformas – inte sällan utgår kritiken från beskrivningar och hypoteser som saknar stöd i de ISDS-regler som tillkommit i andra sammanhang under senare år.

Som tidigare har konstaterats, är ISDS sedan länge en etablerad tvistlösningsmekanism. Därför behöver man inte bygga diskussionerna om ISDS på lösa antaganden. Det finns rader av exempel på tvister som har lösts med ISDS, även om vissa av dem är kringgärdade av sekretess. Men man kan notera att kritiken mot denna form av tvistlösning i mycket liten utsträckning bygger på erfarenheter från konkreta fall.

## Generella invändningar mot ISDS-regler

### *ISDS inkräktar på demokratin.*

En vanlig invändning mot investeringskydd är att detta skulle inkräkta på enskilda staters suveränitet. Men det är en grundläggande rättsprincip att den som känner sig diskriminerad eller felaktigt behandlad av en stat ska kunna få frågan rättsligt prövad på ett opartiskt sätt. Detta gäller för enskilda personer, grupper, organisationer och företag. Exakt hur detta skydd ska utformas är en politisk fråga som avgörs i demokratisk ordning.

Om en stat undertecknar ett avtal med villkor för investeringskydd, är detta lika mycket ett demokratiskt fattat beslut som en nationell lag i landet i fråga. Stater ingår många olika typer av avtal och stater är, liksom alla andra, bundna av ingångna avtal. En stat kan inte undgå ansvar för avtal som ingåtts med andra stater genom att stifta nya, inhemska lagar som strider mot internationella åtaganden. Detta är en grundläggande folkrättslig princip.

Man kan notera att en del av dem som i dag argumenterar mot ISDS använde precis samma typ av argument för att misstänkliggöra EU-domstolen inför folkomröstningen om svenskt EU-medlemskap 1994. Då hette det att EU-domstolen inskränker demokratin genom att makt flyttas från folkvalda till jurister vid domstolar utan legitimitet. I dag är EU-domstolen en allmänt accepterad del av vårt rättssystem.

### *ISDS hindrar bland annat en aktiv miljö- och folkhälsopolitik.*

Det påstås ibland att ISDS-reglerna skulle hindra länder från att införa viss lagstiftning inom till exempel miljöskydd eller folkhälsa för att inte riskera att involveras i en tvist mot utländska företag. Inga investeringsskyddsavtal innehåller dock några restriktioner för sådan lagstiftning. Det finns också få konkreta exempel på att investerare med framgång har drivit tvister mot sådan lagstiftning.

Det fall som ofta lyfts upp är tobaksbolaget Philip Morris stämning mot Australien. Tvisten gäller en lagstiftning som innebär att cigaretter bara får säljas i anonyma paket med varningstext men utan företagssymboler. Philip Morris hävdar att detta inskränker företagets immateriella rättigheter.

För det första kan man notera att tvisten ännu inte är avgjord. Bara för att en stämning finns, behöver det inte betyda att Australien förlorar. För det andra ger utgången av en tvist under ett avtal inte någon säker vägledning om vilken utgång en liknande tvist under ett annat avtal skulle få. ISDS är en procedur, ett förfarande, för att lösa tvister och har inget att göra med hur villkoren för investeringsskyddet i avtalet är utformat.

”ISDS är en procedur, ett förfarande, för att lösa tvister och har inget att göra med hur villkoren för investeringsskyddet i avtalet är utformat.”

Till detta kan läggas att Spanien i flera ISDS-tvister nu står till svars för en ny policy som ger försämrade villkor för investeringar inom solenergi.

När det gäller TTIP-förhandlingarna har miljö-, hälso- och konsumentskydd lyfts upp som en prioriterad fråga. EUs handelskommissionär Cecilia Malmström och en rad andra företrädare för EU har understrukit att ett frihandelsavtal mellan EU och USA inte ska tumma på viktiga lagar inom miljö, folkhälsa eller skydd för arbetstagare. Enligt förhandlingsmandatet ska EU i TTIP-förhandlingarna bland annat eftersträva en utformning av ISDS-reglerna som inte inkräktar på de ingående staternas demokratiska funktioner.

### *ISDS kringgår de allmänna domstolarna.*

En kritik mot ISDS är att den sägs kringgå de allmänna domstolarnas verksamhet. Men ISDS är ett globalt erkänt system för att lösa tvister. Det är neutralt, effektivt och väl fungerande och ger förutsebara regler och rättssäkerhet för internationell handel.

Skiljeförfarande regleras i lag och internationella överenskommelser. Lagen anger hur det ska gå till för att uppfylla kraven på rättssäkerhet. Frågan om rättssäkerheten kan prövas i en allmän domstol. Därför kringgår inte skiljeförfarandet allmänna domstolar, utan agerar i samverkan med dem.

### *Förhandlingarna i skiljenämnd sker bakom lyckta dörrar.*

ISDS-tvister blir alltmer transparenta. Inom ramen för FNs handelskommission har nya regler om öppenhet tillkommit. Genom dessa regler kommer ISDS-tvister att bli öppnare än i princip alla domstolsprocesser.

### *Skiljenämnder är inte opartiska.*

Normalt väljer varje tvistande part varsin skiljeman till skiljenämnden och dessa två ska sedan enas om en ordförande, alternativt enas parterna själva om en ordförande. I frihandelsavtalet mellan Kanada och EU har parterna valt den senare varianten, vilket talar för att denna variant även kommer att ingå i avtalet med USA. Parterna får på det sättet kontroll över vem som är ordförande i skiljenämnden.

Som ett argument för att skiljemännen kan ha egna intressen i de tvister de behandlar framförs ibland att den personkrets som skiljemännen väljs ur är relativt begränsad. Detta pekar snarare på att de frågor som behandlas enligt ISDS-klausulerna fordrar en stark specialisering.

Man bör notera att ett land har det allmänna domstolsväsende det har. Om domstolarna är inkompetenta, korrupta eller partiska, kan ingen utomstående påverka detta. Skiljedomsinstitutionen verkar på en global, konkurrensutsatt marknad. Den skiljedomstol som inte vinner respekt hos alla inblandade parter kommer inte att bli anlitad.

### *Skiljedomstolar är en dyr och omständlig process.*

Alla processer kan bli dyra och särskilt i fall som är komplicerade. Men det finns inget som tyder på att ISDS skulle vara ett dyrare förfarande än att gå till allmän domstol. Tvärtom blir ofta processer i allmänna domstolar dyrare eftersom det finns möjlighet att överklaga i flera instanser. I internationell skiljedom finns bara en nivå.

När det gäller kostnaden för processen har det varit brukligt att varje part har stått för sin del. I frihandelsavtalet mellan Kanada och EU är det tänkt att den förlorande parten normalt ska stå för merparten av kostnaderna för tvisten.

### *Stater riskerar att få betala stora skadestånd till utländska företag.*

Investeringsavtalen ger företag rätt till ersättning i vissa fall, till exempel vid expropriation eller om staten plötsligt drar in ett givet tillstånd utan fullgoda skäl. Avtalen

reglerar hur storleken på en eventuell ersättning ska beräknas. Värdet beräknas utifrån hur mycket investeringen var värd precis innan åtgärden vidtogs. Något ytterligare skadestånd utgår normalt inte. Investeraren måste kunna bevisa vilken förlust som man har åsamkats och normalt blir det tilldömda skadeståndet lägre än vad investeraren har yrkat på.

### *Företagen kommer att vara vinnarna på staternas bekostnad.*

I 43 procent av de internationella investeringstvister som hittills är avklarade sedan början av 1990-talet har staterna vunnit och i 31 procent har investerarna vunnit. 26 procent har gjorts upp i godo.

Men ISDS-reglerna bör i första hand inte bedömas utifrån vilken typ av part som oftast vinner. Det viktigaste är om ISDS-reglerna leder till en rättsordning som skapar rättvisa spelregler för internationella investeringar.

### *Det är bara stora företag som tjänar på ISDS.*

Det är särskilt mindre företag som har nytta av att skiljeförfarande är ett enklare och snabbare förfarande än domstolsprocesser. Enligt en rapport från OECD har ISDS i hög grad använts av små och medelstora företag. 22 procent av målen var 2012 påkallade av små företag eller privatpersoner. De 100 största multinationella företagen stod för 8 procent av fallen.

### *Företag kan utnyttja skalbolag för att göra investeringar även om inte investeringsavtal finns i företagets eget hemland.*

Detta är ett problem som finns i en del ISDS-avtal, vilket dock kommer att lösas i frihandelsavtalet med Kanada. Det sker genom att de företag som ska få tillgång till investeringsavtalet ska ha sin huvudsakliga verksamhet i något av de länder som har ingått avtalet. EUs uppfattning är att TTIP-avtalet i denna fråga ska ges samma utformning som avtalet med Kanada.

### *Företag kan stämma stater utan att först konsultera den stat där företaget har sitt säte.*

Inom WTO-systemet är det bara stater som kan föra talan mot andra stater i handels-tvister. Skälet till detta är att sådana tvister normalt rör frågor som drabbar en eller flera branscher. I dessa tvister kan en stat i vissa fall ges rätt att vidta motåtgärder. Därför är det viktigt att det är staten själv som initierar tvisten.

ISDS-systemet skiljer sig från WTOs tvistlösningssystem eftersom enskilda investerare kan föra talan mot en stat. Det finns en debatt om att ersätta ISDS-klausuler i investeringsavtal med SDDS-klausuler (State-State Dispute Settlement) där alltså enbart stater kan föra talan mot andra stater. Det finns flera argument mot detta. Investeringstvister rör ofta bara ett företag, inte en hel bransch. I de flesta fall handlar inte ens tvisten om någon lag utan om avtalsfrågor som har med kontrakt, licenser och tillstånd att göra. Det kan exempelvis handla om att en stat bryter ett upphandlingskontrakt med en investerare.



Skiljenämnder är ett sätt att rensa de diplomatiska relationerna mellan staterna från investeringstvister. Om sådana tvister skulle hanteras på diplomatisk väg, skulle andra mellanstatliga samarbeten kunna ta skada. I ISDS-systemet finns därför inte heller några sanktionsmöjligheter för den klagande partens värdland.

Om en investerare skulle behöva gå via sin regering för att lösa en tvist med en annan stat, skulle investeraren bli utlämnad till en regering som också har en rad andra hänsyn att ta. Sannolikt skulle de mindre företagen drabbas mest eftersom de, ur ett politiskt perspektiv, inte är lika viktiga som storföretagen.

“Skiljenämnder är ett sätt att rensa de diplomatiska relationerna mellan staterna från investeringstvister.”



*ISDS-systemet snedvrider konkurrensen eftersom utländska företag, men inte inhemska företag, kan begära tvistlösning av en skiljenämnd.*

ISDS-systemet har tillkommit för att lösa ett problem som existerar, nämligen risken för negativ särbehandling av utländska företag, och för att skapa en tydlig internationell rättsordning.

En tvist mellan ett företag och den stat där företaget har sitt säte, är inte en internationell tvist. Inhemska tvister kan hanteras inom det nationella domstolsväsendet och inget hindrar ett land att införa ett investeringsskydd för inhemska företag som är lika starkt som skyddet för utländska företag. Det torde för övrigt vara sällsynt att lagstiftare vill behandla inhemska företag sämre än utländska.

### **Invändningar mot ISDS-regler i TTIP-avtalet**

Ett argument mot ISDS-bestämmelser i TTIP-avtalet är att i EU-länderna och i USA, som är utvecklade demokratier och rättsstater, kan investeringstvister utan större problem hanteras i allmänna domstolar. Det skulle dock vara märkligt att just ett frihandelsavtal mellan EU och USA inte skulle innehålla ISDS-lösning, när så gott som alla andra liknande avtal som har träffats de senaste decennierna har med denna mekanism.

Erfarenheten visar att ISDS-regler fyller en viktig funktion även i avtal mellan stabila demokratier. Det finns en hel del investeringstvister mellan företag och stater inom EU. Det helt nyligen framförhandlade CETA, alltså frihandelsavtalet mellan EU och Kanada, innehåller också ISDS som tvistlösningsmetod. I samband med att det avtalet har utarbetats, har mycket möda lagts ned på att utforma dessa regler på ett sätt som tillgodoser den kritik mot ISDS som har förts fram i debatten.

Det finns, utöver detta, två starka invändningar mot att TTIP inte skulle omfatta ISDS-regler. Den första är att det globala frihandelssystemet bör präglas av regelverk som i så stor utsträckning som möjligt gäller lika för alla stater. Den andra invändningen är att det från ett europeiskt perspektiv förvisso finns specifika argument för ISDS-regler i ett frihandelsavtal med USA.

### *Reglerna för den internationella ekonomin bör gälla lika för alla.*

Det är en styrka att handelstvister hanteras inom WTO-systemet med regler som gäller lika för alla stater. Det hade varit önskvärt att även internationella handelstvister hade kunnat hanteras på motsvarande sätt. Nu är dock investeringsområdet hänvisat till bilaterala och regionala avtal. Det är angeläget att systemet för tvistlösning inte blir alltför mycket av ett lapptäcke av olika regelverk och tvistlösningsmekanismer, inte minst för att detta skulle försvåra en framtida harmonisering inom regelområdet.

TTIP-avtalet har en strategisk betydelse för hela det globala frihandelssystemet. Om världens två största ekonomier kan enas om ett välfungerande avtal, kommer TTIP att tjäna som modell även för andra avtal. Även ISDS-reglernas utformning är då viktig.

Om EU eller USA skulle börja med att öppet gradera investeringsskyddsreglerna efter hur de bedömer olika länders demokratiska och juridiska institutioner, kommer man

att hamna i besvärliga diplomatiska situationer. Förutom alla de komplicerade problem som alltid följer med frihandelsförhandlingar, skulle man också behöva diskutera och öppet bedöma det enskilda landets juridiska standard.

Många som i dag hävdar att ISDS inte ska ingå i ett avtal i ett land som USA, eftersom det landet har ett fungerande rättssystem, skulle sannolikt förorda skarpa tvistlösningsmekanismer i ett avtal med Kina. Men kommer Kina att acceptera ISDS i ett avtal, om det inte har funnits med i frihandelsavtalet med USA? Hur är det med Indien – en stabil demokrati med en ineffektiv byråkrati? Och varför ska det finnas ISDS-klausuler i EUs avtal med Kanada?

Det finns många länder som hamnar i en gråzon mellan högt utvecklade juridiska institutioner och ett genomkorrumperat rättsväsende. Dessutom kan nivån på ett lands rättssystem förändras över tid, till det bättre eller till det sämre. Det vore knappast önskvärt med ett internationellt klassamhälle inom investeringsområdet: I den rika, västerländskt präglade världen litar man på varandras domstolar, men när man umgås med andra stater fordras andra lösningar.

### *Det amerikanska rättssystemet är inte optimalt för att lösa investeringstvister.*

Som tidigare har konstaterats, står EU och USA för en stor del av de internationella investeringstvisterna under senare decennier. Enligt statistik från UNCTAD har amerikanska investerare stämt europeiska stater tolv gånger. Av dessa har staterna vunnit tre och så vitt känt är har ännu inte någon tvist vunnits av ett amerikanskt företag.

Alla de fyra tvister enligt WTOs tvistlösningsmekanism som har lett till att motåtgärder har vidtagits rörde handeln mellan EU och USA. I två fall var EU svarande och i två fall var USA svarande. Ett svenskt företag som drabbades var Annas Pepparkakor. Att EU och USA var inblandade i samtliga tvister hänger naturligtvis samman med att handeln mellan dessa områden är så omfattande. De 21 kanadensiska och mexikanska investeringstvisterna mot USA under NAFTA-avtalet, talar också för att utländska investerare kan stöta på problem där.

Även om USAs rättsväsende är välutvecklat, finns i amerikansk lag inget som explicit förbjuder diskriminering av utländska företag. Därför uppstår också en risk för orättvis behandling. Man ska också komma ihåg att det i USA finns starka protektionistiska krafter som innebär att det lätt uppstår motstånd mot frihandel.

”Även om USAs rättsväsende är välutvecklat, finns i amerikansk lag inget som explicit förbjuder diskriminering av utländska företag.”

Det är bara drygt tio år sedan som en omfattande bojkott av franska varor fick starkt stöd i USA som en följd av Frankrikes motstånd mot kriget i Irak. Liknande situationer kan uppstå igen och påminner oss om att tydliga skydd för investerare med möjlighet att också driva sin sak, måste finnas med om ett avtal ska få legitimitet och leda till önskat resultat.

Det amerikanska jurysystemet skapar också risker. En jury består av medborgare som kallas in för att döma. Vissa delstater använder jurysystemet även i kommersiella tvister. Det är inte osannolikt att jurymedlemmar kan påverkas av politiska strömningar som leder till att ett utländskt företag otillbörligt missgynnas.

En invändning mot ISDS-klausuler i TTIP-avtalet är den speciella juridiska traditionen i USA med mycket drivna jurister som sägs innebära ett närmast automatiskt övertag mot mer försynta jurister från exempelvis Sverige.

Förvisso är den amerikanska juridiska traditionen annorlunda än den svenska. Många politiska beslut prövas i domstolar och det finns en kultur av höga skadestånd som används i en rad sammanhang där det inte är möjligt hos oss. Detta har genererat en kår av skickliga jurister som agerar på alla nivåer i systemet. Inte minst de mindre och medelstora svenska företag som är verksamma i USA brukar peka på den amerikanska juridifieringen och skadeståndskulturen som det kanske största problemet med att vara verksam på den marknaden.

Men just detta faktum är snarare ett argument för ISDS. Det finns givetvis inget sätt att förhindra amerikanska företag att, om de vill, anlita amerikanska superjurister – såvida det inte finns internationella överenskommelser om att helt förbjuda tvistlösningar. Om det inte finns ett investeringsavtal med ISDS-klausuler, så kommer tvister med amerikanska staten att föras i amerikansk domstol med de fördelar som därmed följer för amerikanska jurister.

Visserligen kommer tvister mot den svenska staten då att föras i svensk domstol. Men inget hindrar att ett amerikanskt företag tar hit några stjärnadvokater från USA. Detta skulle möjligen öka underhållningsvärdet av domstolsförhandlingarna men knappast skydda svenska intressen bättre än i ett skiljeförfarande enligt ISDS.

# Källor

## Rapporter

Roderick Abbott, Fredrik Erixon och Martina Francesca Ferracane: *Demystifying Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, ECIPE Occasional Paper 5/2014. <http://www.ecipe.org/publications/isds/>

*Investeringskyddsregler – Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS)*, Svenskt Näringsliv december 2014. [http://www.svensktnaringsliv.se/material/rapporter/fakta-om-investeringskyddsregler-isds\\_606651.html](http://www.svensktnaringsliv.se/material/rapporter/fakta-om-investeringskyddsregler-isds_606651.html)

*Investor-State Dispute Settlement – Necessary Mechanism to Ensure Investment Protection*, Business Europe 2 maj 2014. <http://www.buinesseurope.eu/Content/Default.asp?PageID=568&DocID=32983>

Magnus Nilsson: *TTIP: Ett hot mot demokratin eller en förutsättning för tillväxt?*, Tankesmedjan Tiden 5 november 2014. <http://tankesmedjantiden.se/ttip-pa-djupet/>

*The “I” in TTIP – Why the Transatlantic Trade and Investment Partnership Needs an Investment Chapter*, Federation of German Industries september 2014. [http://www.bdi.eu/download\\_content/GlobalisierungMaerkteUndHandel/BDI\\_The\\_I\\_in\\_\\_TTIP\\_140930.pdf](http://www.bdi.eu/download_content/GlobalisierungMaerkteUndHandel/BDI_The_I_in__TTIP_140930.pdf)

*Twistlösning i ett ev. framtida bilateralt investeringsavtal mellan EU och USA – En kort bakgrund samt frågor och svar*, Kommerskollegium 5 maj 2014. <http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/Nyheter/PM%20Twistl%C3%B6sning%20i%20ett%20ev%20%20framtida%20bilateralt%20investeringsavtal%20mellan%20EU%20och%20USA%20%20en%20kort%20bakgrund%20samt%20fr%C3%A5gor%20och%20svar.pdf>

## Artiklar

Anders Ferbe och Erica Sjölander: ”Uteblivet avtal inte bättre för facket” i *Svenska Dagbladet* 5 januari 2015. [http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/uteblivet-avtal-inte-battre-for-facket\\_4230473.svd](http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/uteblivet-avtal-inte-battre-for-facket_4230473.svd)

”Investeringskydd – Garanti för demokrati?” i *Advokaten* 7/2014. [https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokaten/Advokaten\\_2014\\_7\\_72.pdf](https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokaten/Advokaten_2014_7_72.pdf)

“ISDS Disconnect Between Rhetoric and Reality” i *Economist* 11 december 2014 (intervju med Fredrik Erixon på ECIPE). <http://www.euractiv.com/sections/ttip-and-arbitration-clause/economist-isds-disconnect-between-rhetoric-and-reality-310728>

Cecilia Malmström: ”TTIP bidrar, utan att hota miljö och hälsa” i *Svenska Dagbladet* 6 december 2014. [http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/ttip-bidrar-utan-att-hota-miljo-och-halsa\\_4168335.svd](http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/ttip-bidrar-utan-att-hota-miljo-och-halsa_4168335.svd)

Maria Rankka och Annette Magnusson: ”Skiljeförfarande säkrar att lagar följs” i *Svenska Dagbladet* 26 november 2014. [http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/skiljeforfarande-sakrar-att-lagar-foljs\\_4138241.svd](http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/skiljeforfarande-sakrar-att-lagar-foljs_4138241.svd)

Jonas Sjöstedt: ”Orimligt att Vattenfall stämmer Tyskland” i *Svenska Dagbladet* 13 november 2014. [http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/orimligt-att-vattenfall-stammer-tyskland\\_4095417.svd](http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/orimligt-att-vattenfall-stammer-tyskland_4095417.svd)

## Webbsidor och bloggar:

*EU-kommissionen*, fakta och dokument om TTIP-förhandlingarna. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>

*Frihandelsbloggen* <http://www.frihandelsbloggen.se/>

*ISDS-bloggen* <http://isdsbloggen.se/>

*Stockholms Handelskammare om TTIP och ISDS*. <http://www.chamber.se/nyheter/isds-och-ttip.htm>

## Övrigt

Brev från bland andra näringslivsminister Mikael Damberg till handelskommissionär Cecilia Malmström om behovet av investeringsskydd i frihandelsavtalet EU-USA. <http://blogs.ft.com/brusselsblog/files/2014/10/ISDSLetter.pdf>



**Anders Johnson** är skriftställare med inriktning på ekonomi och samhällsfrågor. Han har bland annat författat *Transatlantiskt partnerskap – Vad, hur och varför?* samt *Små företag på en stor marknad – Hur ett frihandelsavtal mellan EU och USA gynnar svenska småföretag*, utgivna av Svenskt Näringsliv 2014 respektive 2015.



**Birgitta Rydell** har varit förbundsdirektör för DIK – akademikerfacket för kultur och kommunikation samt enhetschef inom fackförbundet Sif (numera Unionen).

**[www.svensktnaringsliv.se](http://www.svensktnaringsliv.se)**

Storgatan 19, 114 82 Stockholm

Telefon 08-553 430 00