

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om Investerarskydd och tvistlösning mellan investerare och stat inom ramen för EU:s handels- och investeringsavtal med tredjeländer

(2015/C 332/06)

Föredragande: Sandy BOYLE

Vid plenarsessionen den 10 juli 2014 beslutade Europeiska ekonomiska och sociala kommittén att i enlighet med artikel 29.2 i arbetsordningen utarbeta ett yttrande på eget initiativ om

Investerarskydd och tvistlösning mellan investerare och stat inom ramen för EU:s handels- och investeringsavtal med tredjeländer.

Facksektionen för yttre förbindelser, som svarat för kommitténs beredning av ärendet, antog sitt yttrande den 28 april 2015.

Vid sin 508:e plenarsession den 27–28 maj 2015 (sammanträdet den 27 maj 2015) antog Europeiska ekonomiska och sociala kommittén följande yttrande med 199 röster för, 55 röster emot och 30 nedlagda röster.

Förkortningar som används i yttrandet

CETA (*Comprehensive Economic Trade Agreement*) – det övergripande avtalet om ekonomi och handel mellan EU och Kanada

FTA – Free Trade Agreement

Icsid – Internationella centrumet för biläggande av investeringstvister

IIA – International Investment Agreement

INTA – Europaparlamentets utskott för internationell handel

IP – Investor Protection

ISDS (*Investor State Dispute Settlement*) – tvistlösning mellan investerare och stat

Nafta – Nordamerikanska frihandelsavtalet

OECD – Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling

TTIP – Det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar

Uncitral – FN:s kommission för internationell handelsrätt

Unctad – FN:s konferens för handel och utveckling

1. Slutsatser och rekommendationer

Slutsatser

1.1 Utländska direktinvesteringar bidrar i hög grad till ekonomisk tillväxt, och utländska investerare måste skyddas mot direkt expropriation och diskriminering samt åtnjuta samma rättigheter som inhemska investerare.

1.2 En stats rättighet att lagstifta i allmänhetens intresse är av största vikt och får inte urholkas av bestämmelserna i internationella investeringsavtal. Det behövs en otvetydig klausul som övergripande hävdar denna rättighet.

1.3 Tvistlösning mellan investerare och stat (ISDS) får inte ge transnationellt kapital samma ställning som en suverän stats kapital eller göra det möjligt för utländska investerare att ifrågasätta regeringarnas rätt att lagstifta och bestämma över sina egna angelägenheter.

1.4 Med tiden har ett antal fall av missbruk framkommit genom användning av ISDS, och dessa behöver nu åtgärdas. De systematiska brister som finns vid tillämpningen av ISDS omfattar bristande öppenhet, avsaknad av tydliga regler för skiljedomsförfarande, avsaknad av rätt till överklagande, diskriminering av inhemska investerare som inte kan använda systemet, risk för att rent spekulativa investeringar skyddas, vilka bland annat leder till att inga nya arbetstillfällen skapas, och rädslan för att specialiserade advokatbyråer utnyttjar systemet. Målet är nu att föreslå ett alternativt tvistlösningsförfarande som gör det möjligt att ta hänsyn till såväl de berättigade kraven från investerare som den oro som finns inom det civila samhället till följd av dessa negativa uppfattningar om ISDS.

Kommissionens samråd om ISDS i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar (TTIP) visade en tydlig uppdelning mellan näringslivets synpunkter och de synpunkter som framkom i de allra flesta svaren från resten av det civila samhället.

1.5 Det finns en oro kring den makt som en nämnd med tre privata jurister skulle tilldelas när det gäller att avgöra ärenden och utfärda bindande beslut på områden av grundläggande samhällsintresse. Trots att Uncitral nyligen har antagit nya regler om öppenhet kvarstår oron över att det nuvarande systemet till stora delar saknar insyn och möjligheter till överklagande.

1.6 Den ursprungliga tanken bakom ISDS har för länge sedan övergetts. Systemet har i stället blivit en stor inkomstkälla för några få branschledande advokatbyråer som specialiserar sig på investeringsrätt.

1.7 Vissa specialiserade advokatbyråer förespråkar nu ISDS som ett viktigt verktyg för riskreducering i inledningskedet för en investering. I några uppmärksammade fall har ISDS blivit ett lobbyverktyg, där enbart hotet om en rättslig tvist kan verka dämpande på lagstiftningsarbetet och leda till att lagstiftare avstår från att vidta åtgärder med allmänhetens bästa för ögonen. Det finns också farhågor om att ISDS har lockat till sig spekulativa investeringar via hedgefonder, osv.

1.8 Flera liberala tolkningar av vad som utgör expropriation har lett till växande oro för att skattebetalarna tvingas betala ersättning för en politik i allmänhetens intresse som påstås begränsa vinsterna.

1.9 EU:s avtal med Kanada (CETA), som undertecknades i slutet av 2014, och det separata investeringskapitel som lagts till i frihandelsavtalet mellan EU och Singapore, innehåller de allra första investeringskapitel som EU förhandlat fram i ett avtal sedan EU fick behörighet på investeringsområdet genom Lissabonfördraget 2009. Även om syftet med dessa kapitel är att förbättra det nuvarande ISDS-systemet samt att fastställa vad kommissionen uppger är en ny EU-modell för ISDS som tar hänsyn till den allra senaste utvecklingen, är de inte på långa vägar tillräckliga för att stilla allmänhetens farhågor. Modellerna i Singapore- och CETA-avtalen är inte identiska, och många anser att ISDS fortfarande är en obalanserad och mycket kostsam process som begränsar demokratin, inte omfattar någon rätt att överklaga och hotar regeringars rätt att lagstifta genom att ge utländska investerare rättigheter som är mer omfattande än de som fastställs i staternas författningar och mer betydande än de inhemska investerarnas. EESK konstaterar med oro att CETA-avtalets text om ISDS för närvarande ligger till grund för förhandlingarna om frihandelsavtalet mellan EU och Japan.

1.10 Samma personer uppträder både som skiljemän och juridiska rådgivare – ett klart fall av intressekonflikt som inte regleras i CETA. Detta gör det svårt att se ISDS som en rättvis, oberoende och balanserad metod för tvistlösning i investeringsfrågor.

1.11 EESK välkomnar det offentliga samrådet om ISDS i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar. I motsats till CETA har det bidragit till att göra TTIP-förhandlingarna mer transparenta och utgör ett viktigt prejudikat som kommittén är fast övertygad om att man nu måste följa i alla framtida handelsförhandlingar. Kommissionens svar har varit att fastställa fyra särskilda områden för fortsatta och mer ingående diskussioner, och även om EESK inte betraktar detta som en uttömmande förteckning har vi lämnat detaljerade synpunkter på dessa särskilda frågor i kapitlen 7–10 i detta yttrande.

1.12 Kommittén välkomnar också målet att avskaffa orimliga anspråk från alla framtida mekanismer för investerarskydd. Det är viktigt att parterna i internationella investeringsavtal skyddas av ett allmänt politiskt filter som innebär att de genom avtal kan blockera ett rättsanspråk från att gå vidare till skiljedomsförfarande om det finns berättigade skäl till detta.

1.13 Investerare bör uppmuntras att se avtalsbaserad tvistlösning som en sista utväg och att i stället använda alternativa metoder såsom medling och förlikning. Privata försäkringar och kontraktbaserat skydd är lämpliga medel med vars hjälp utländska investerare kan begränsa riskerna.

1.14 Behovet av skydd för utländska investeringar varierar från land till land. I länder med ett demokratiskt och välutvecklat rättssystem som är fritt från korruption bör investeringstvister hanteras med hjälp av medling, nationella domstolar och tvistlösning mellan stater. I EU, USA och Kanada har man tillgång till dessa rättsmedel, och dagens omfattande investeringsflöden över Atlanten visar tydligt att avsaknaden av ISDS-bestämmelser inte hindrar investeringar. EESK drar därför slutsatsen att en sådan bestämmelse inte är nödvändig vare sig i TTIP eller i CETA och motsätter sig att den införs.

1.15 Oenigheten om ISDS riskerar att omindetgöra både TTIP och CETA. Kommissionen måste fråga sig om det verkligen är lämpligt att kräva att ISDS inbegrips i dessa avtal, med tanke på att det är en politiskt känslig fråga som möter stort motstånd hos allmänheten.

1.16 Från utvecklingsländer kommer ett tydligt budskap om att ISDS är en oacceptabel mekanism som kommer att motarbetas av ett växande antal viktiga globala aktörer. Om man inte hittar ett alternativt system kommer det att bli svårare att integrera investerarskydd i framtida avtal med länder där det behövs mest.

1.17 Det finns allvarliga frågetecken när det gäller ISDS-beslutens förenlighet med EU:s rättssystem, EU-fördragen och författningsrätten. Privata skiljedomstolar har kapacitet att fatta beslut som inte är förenliga med EU-lagstiftningen eller som bryter mot EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna. Mot bakgrund av detta anser EESK att det är av yttersta vikt att EU-domstolen undersöker ISDS förenlighet med EU-lagstiftningen inom ramen för ett formellt yttrandeförfarande, innan de behöriga institutionerna fattar ett beslut och innan eventuella internationella investeringsavtal som förhandlats fram av kommissionen provisoriskt träder i kraft.

Rekommendationer

1.18 Om man ska kunna hitta en övergripande lösning för hantering av investeringstvister kan den inte baseras på en mindre omarbetning av det befintliga, hårt kritiserade ISDS-systemet som har ett mycket svagt stöd från allmänheten.

1.19 För närvarande deltar samtliga G7-stater i långt gångna förhandlingar om omfattande handels- och investeringsavtal. Detta är ett unikt tillfälle att utarbeta ett trovärdigt system som garanterar ett gott investerarskydd och samtidigt slår vakt om statens rättigheter.

1.20 Om lösningen är en enhetlig myndighet, så bör denna myndighet inte bestå av privata jurister, och den ska vara mer tillgänglig för små och medelstora företag och dess beslut ska kunna överklagas.

1.21 EESK uppmanar å det bestämdaste kommissionen att överväga Unctads reformförslag beträffande ISDS, och konstaterar att upprättandet av en internationell investeringsdomstol är den bästa lösningen för att garantera ett demokratiskt, rättvist, transparent och neutralt system.

2. Inledning

2.1 I och med att yttrandet REX/390⁽¹⁾ antogs med överväldigande majoritet beslutade EESK att utarbeta ett initiativyttrande om ISDS. Även om denna rekommendation gällde specifikt för TTIP enades man därefter om att vidga tillämpningsområdet till att även omfatta investerarskydd och ISDS i handels- och investeringsavtal med tredjeländer.

2.2 Även om detta yttrande behandlar de generella konsekvenserna av ISDS är det oundvikligt att en stor del av det använda materialet och hänvisningarna hänför sig till TTIP. Under förhandlingarna om TTIP har ISDS varit en central fråga för de berörda parterna i såväl EU som USA.

2.3 Kommissionen har hållit ett 15 veckor långt offentligt samråd på internet om ISDS i samband med TTIP (mars till juli 2014). EESK ansåg det bäst att vänta in offentliggörandet av resultaten från samrådet och att därefter hålla en offentlig utfrågning innan man färdigställde sitt yttrande. Resultaten offentliggjordes i mitten av januari 2015 och den offentliga utfrågningen hölls den 3 februari 2015. Båda var till stor hjälp vid utarbetandet av yttrandet.

3. Bakgrund

3.1 Systemet

3.1.1 ISDS är ett folkrättsligt instrument som ger en utländsk investerare rätt att inleda ett tvistlösningsförfarande mot en utländsk regering i enlighet med bestämmelserna i ett internationellt investeringsavtal. Avtalen syftar till att etablera vissa grundläggande skyldigheter för parterna när det gäller utländska investeringar genom att tillhandahålla garantier för att regeringarna kommer att respektera centrala principer som

- en skyldighet att inte diskriminera på grund av nationalitet och att säkerställa en rättvis och lika behandling,
- ett förbud mot direkt eller indirekt expropriation utan snabb, och adekvat ersättning med skyddsverkan,
- skydd av möjligheten att överföra kapital.

3.1.2 I händelse av en påstådd överträdelse av dessa skyldigheter från en stats sida kan utländska investerare som omfattas av internationella investeringsavtal lägga fram krav på en internationell skiljedom via ISDS-förfarandet. De klagande måste bevisa att åtgärderna i fråga har orsakat dem väsentlig skada. Om fallet godtas är det värdlandets skyldighet att betala ersättning för den vållade skadan. I motsats till reglerna inom WTO:s tvistlösningsorgan är en stat inte förpliktigad att ändra sin lagstiftning om den förlorar en tvist.

3.1.3 ISDS-förfarandet baseras i hög grad på argumentet att systemet skapar ett avpolitiserat, neutralt forum för tvistlösning mellan utländska investerare och värdländer. Det ger företagen möjlighet att stämma stater inför internationella domstolar. Detta rättsmedel är endast tillgängligt för utländska företag eller transnationella företag som använder ett dotterbolag i ett annat land. Berörda lokalsamfund, medborgare, inhemska företagsledare och regeringar kan inte använda samma mekanism.

3.1.4 Skiljemän är inte ordinarie domare och kan inte utöva samma myndighet som domare i de nationella rättssystemen. Skiljedomstolarna består huvudsakligen av tre privata jurister som sammanträder bakom stängda dörrar och som utses från fall till fall. Deras beslut är slutgiltigt och kan inte överklagas.

⁽¹⁾ EESK:s yttrande om transatlantiska handelsrelationer och EESK:s syn på ett utökat samarbete och ett eventuellt frihandelsavtal mellan EU och Förenta staterna, EUT C 424, 26.11.2014, s. 9.

3.1.5 Om båda parterna i tvisten önskar det kan förfarandet för tvistlösning mellan investerare och stat ske helt konfidentiellt, även om tvisten rör frågor av allmänt intresse. Standardformatet för USA:s bilaterala investeringsavtal bidrar visserligen till ökad öppenhet, men i många gällande avtal kvarstår sekretessen. Uncitrals regler om öppenhet kommer att leda till en avsevärd förbättring av situationen om de genomförs globalt.

3.2 Fakta och statistik

3.2.1 93 % av alla bilaterala investeringsavtal innehåller en ISDS-bestämmelse⁽²⁾. En sådan bestämmelse ingår också i vissa internationella handelsavtal, exempelvis det nordamerikanska frihandelsavtalet (Nafta) och i internationella investeringsavtal som energistadgefördraget. Under 2014 gick energistadgefördraget om Nafta som det oftast återopade avtalet⁽³⁾.

3.2.2 EU:s medlemsstater har ingått över 1 400 bilaterala investeringsavtal sedan 1950-talet, vilket motsvarar cirka hälften av alla sådana avtal på global nivå⁽⁴⁾. Alla omfattar i stort sett liknande bestämmelser om investeringsskydd och ISDS. Enligt uppgift är det EU:s investerare som oftast använder tvistlösningsförfarandet på global nivå (i 50 % av samtliga fall).

3.2.3 För närvarande förhandlar EU med USA om avtalet om det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar och om ett omfattande frihandelsavtal med Japan. Förhandlingarna om ett avtal med Kanada har nyligen avslutats. Dessa avtal har mer än något annat gett upphov till en omfattande offentlig debatt om nödvändigheten av en tvistlösningsmekanism mellan investerare och stat i alla kapitel om investeringar.

3.2.4 Endast nio EU-medlemsstater har bilaterala investeringsavtal med USA (Bulgarien, Kroatien, Tjeckien, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien och Slovakien), sju medlemsstater har bilaterala investeringsavtal med Kanada, och ingen har ett sådant avtal med Japan. Samtliga dessa avtal slöts innan länderna gick med i EU.

3.2.5 Amerikanska investerares innehav av utländska direktinvesteringar i dessa nio medlemsstater motsvarar 1 % av USA:s sammanlagda direktinvesteringar i EU. Vad gäller de utgående utländska direktinvesteringarna från dessa länder till USA utgör de endast 0,1 % av de sammanlagda utländska direktinvesteringarna i USA⁽⁵⁾.

3.3 Antal ärenden

3.3.1 Antalet ISDS-fall ökade dramatiskt mellan 2002 och 2014 (58 under 2013 och 42 under 2014)⁽⁶⁾, och antalet avtalsbaserade skiljedomsförfaranden uppgick till 610 i slutet av 2014. Eftersom de flesta skiljedomsforum inte för något offentligt register över tvisterna är det sammanlagda antalet fall troligen högre.

3.3.2 Av de 356 kända fall som avgjorts fick investerarna rätt i 25 % av fallen och staten i 37 %. De specifika förhållandena när det gäller resterande 28 % av fallen var konfidentiella.

3.4 Tid och kostnader

3.4.1 Den genomsnittliga kostnaden för ett skiljedomsförfarande är fyra miljoner US-dollar per part, varav cirka 82 % är juridiska arvoden⁽⁷⁾. Vissa mål kan ta flera år.

3.4.2 De höga kostnaderna har lett till växande finansiering från tredje part. Eftersom detta minskar företagens ekonomiska risker bidrar det till en ökning av orimliga rättstvister för vilka staterna emellertid måste bära hela den juridiska kostnaden. EESK motsätter sig starkt de rapporterade spekulativa investeringarna från hedgefonder i specifika ISDS-fall, mot en andel av eventuella skadestånd⁽⁸⁾.

⁽²⁾ OECD: *ISDS – a scoping paper for the investment policy community*, 2012.

⁽³⁾ Unctad: *Recent Trends in IIAs and ISDS* – nr 1, februari 2015. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

⁽⁴⁾ PM till det offentliga samrådet om ISDS i avtalet om det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar.

⁽⁵⁾ Unctad – *ISDS Information Note on the US and EU*.

⁽⁶⁾ Se fotnot 3.

⁽⁷⁾ E (SN/EP/6777), 10 december 2013.

⁽⁸⁾ Europaparlamentets forskningscentrum "ISDS and prospects for reform"
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI\(2015\)545736_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI(2015)545736_REV1_EN.pdf)

4. Argument för ISDS

4.1 Med undantag av Irland har samtliga medlemsstater ett förfarande för tvistlösning mellan investerare och stat i bilaterala investeringsavtal. Det finns också 190 bilaterala investeringsavtal inom EU som står för 16 % av alla kända ISDS-ärenden i världen.

4.2 I kommissionens förhandlingsmandat, som godkändes 2012 av de dåvarande 27 medlemsstaterna, ingår målet att få till stånd en ISDS-mekanism. Syftet är en effektiv och avancerad tvistlösningsmekanism.

4.3 Kommissionens ståndpunkt⁽⁹⁾ är att ISDS är

— ett viktigt instrument för att skydda investeringar, som därför kan främja och säkra den ekonomiska tillväxten i EU,

— en effektiv metod för att se till att våra handelspartner fullgör de skyldigheter som de enats om med våra investerare när de undertecknar investeringsavtal med EU.

4.4 EESK:s arbetsgivargrupp anordnade en rundabordskonferens om TTIP. I ett gemensamt uttalande⁽¹⁰⁾ från konferensdeltagarna konstaterade de att ett internationellt avtal såsom TTIP bör skapa rätt förutsättningar för att attrahera stora framtida investeringar på den transatlantiska marknaden. Detta innefattar att ge investerare på båda sidor generös tillgång och icke-diskriminerande behandling och att förbättra den nuvarande ramen för investerarskydd, inbegripet ISDS, genom att göra den mer tillgänglig för små och medelstora företag och hitta rätt balans mellan investerares rättigheter och staters och lokala myndigheters rätt att lagstifta i allmänhetens intresse. Att man ska se till att bestämmelserna i TTIP om tvistlösning mellan investerare och stat inte står i vägen för EU-medlemsstaters rätt att lagstifta i allmänhetens intresse togs också upp i slutsatserna från ett gemensamt sammanträde som konsument-, miljö- och jordbrukargrupperingarna anordnade i juni 2014 om de transatlantiska förhandlingarna.

4.5 Näringslivsrepresentanter på båda sidor av Atlanten är i hög grad eniga om att det behövs ett ISDS-förfarande, eftersom de ser detta som ett grundläggande skydd för de utländska investerarna och anser att det

— är en viktig del av investeringsskyddet och utgör en neutral och faktabaserad tvistlösningsmekanism, med regler för att främja efterlevnad och förebygga missbruk, och

— att det bidrar till att förankra staternas rätt att lagstifta och investerarnas rätt till skydd i enlighet med folkrätten.

4.6 De menar också att ISDS är en sista utväg som bara används i extrema fall när alla andra alternativ har uttömts, och att omkring 90 % av alla bilaterala investeringsavtal aldrig har utnyttjats av investerare för ett tvistlösningsförfarande. Trots att de globala utländska direktinvesteringarna uppgår till 25 biljoner US-dollar har det endast förekommit cirka 500 mål sedan 1987. Endast ekonomisk ersättning kan tilldömas. Skiljedomarna har inte möjlighet att begära ändringar i lagstiftning eller statliga åtgärder⁽¹¹⁾.

4.7 Näringslivet menar också att ett funktionellt och modernt ISDS-system är viktigt för små och medelstora företag och att 22 % av alla mål globalt sett inletts av små och medelstora företag⁽¹²⁾.

4.8 Trots näringslivets uppmaningar om att förhandla fram ett liberalt investeringsavtal⁽¹³⁾ medger man att åtgärder måste vidtas för att göra ISDS effektivare, modernare och mer förutsebart och transparent. Man stöder ett förtydligande av definitionerna av viktiga begrepp som "investerare/investering", "rättvis och lika behandling" och "indirekt expropriation"⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ Europeiska kommissionen – Faktablad om ISDS – punkt 2, 3 oktober 2013.

⁽¹⁰⁾ EESK:s rundabordskonferens – *Common Declaration on TTIP*, 16 december 2014.

⁽¹¹⁾ Business Europe: *ISDS – Overview of BusinessEurope position*, februari 2015.

⁽¹²⁾ Som ovan och ståndpunktsdokument från Eurochambres: *Views and priorities for the negotiations with the US for a TTIP*, 6 december 2013.

⁽¹³⁾ Transatlantic Business Council: *Comments of the TBC regarding the proposed TTIP*, 10 maj 2013.

⁽¹⁴⁾ Business Europe: *ISDS – An Indispensable Tool to protect Investors*, 2 maj 2014. *ISDS – Overview of BusinessEurope position*, februari 2015.

4.9 Mot bakgrund av de mycket högt profilerade förhandlingarna om TTIP, CETA-avtalet med Kanada och frihandelsavtalet mellan EU och Japan hävdar man att ett misslyckande när det gäller att få till stånd ett framförhandlat avtal kommer att få allvarliga konsekvenser för möjligheterna att förhandla fram en ISDS-klausul i andra eventuella bilaterala investeringsavtal, eftersom varje enskilt avtal får konsekvenser för kommande avtal.

5. Farhågor och motargument

5.1 Stödet för ISDS delas inte av andra viktiga segment i det civila samhället. Det råder emellertid ett brett samförstånd om att utländska investerare behöver skyddas från direkt expropriation och diskriminering och bör ges tillgång till samma investeringsvägar som inhemska investerare.

5.2 Från andra sidan Atlanten har mycket kritiska röster höjts från fackföreningar, icke-statliga organisationer, konsumentorganisationer, miljöorganisationer och folkhälsoorganisationer.

5.3 Den främsta invändningen är att ISDS-systemet inte är ändamålsenligt och att det ger transnationellt kapital en rättslig status som motsvarar suveräna stater. Kommittén konstaterar dock att två länder som vill främja sina ekonomiska förbindelser genom ett internationellt investeringsavtal lovar varandra att garantera en viss nivå på behandlingen av investerare och investeringar från det andra landet.

5.4 ISDS började i blygsam omfattning som ett system för att hjälpa utländska direktinvestorer att få ersättning för direkt expropriation av privat egendom som genomförs av nationella regeringar i utvecklingsländer med dåligt fungerande rättssystem, men har nu växt till en mekanism som

- på ett grundläggande sätt ändrar maktbalansen mellan investerare, stater och andra berörda parter,
- sätter företagets rättigheter före regeringarnas rätt att reglera och ländernas suveräna rätt att bestämma över sina egna angelägenheter.

5.5 Expropriation har utvidgats till att omfatta *åtgärder som kan likställas med expropriation, indirekt och lagstiftningsmässig expropriation*. Effekten har blivit att man godkänner yrkanden avseende alla typer av statliga åtgärder som eventuellt kan påverka vinster, framtida vinster eller rimliga förväntningar på vinster, även om strategin eller åtgärden i fråga har en allmän inriktning och inte avser den specifika investeringen.

5.6 Inhemska domstolars avgöranden som går emot företag har bestridits som "expropriation". Ett sådant fall är den amerikanska läkemedelsjätten Eli Lilly, som har stämt Kanada på 500 miljoner US-dollar eftersom företaget hävdar att den kanadensiska federala domstolens avgörande avseende två patenterade läkemedel strider mot företagets investeringsrättigheter. Detta är första gången som ett läkemedelsföretag som innehar patent försöker utnyttja de extraordinära privilegier som amerikanska handelsavtal innebär som ett verktyg för att uppnå ett bättre skydd av patentmonopolet ⁽¹⁵⁾.

5.7 Vissa advokatbyråer som specialiserat sig på bolagsrätt tjänar nu stora pengar på rådgivning i fall som inte har mycket med expropriation av privat egendom att göra. En handfull advokatbyråer som ägnar sig åt investeringsrätt har dragit nytta av den stora ökningen av antalet rättstvister och dominerar branschen.

5.8 Är ISDS nödvändigt i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar?

5.8.1 När det gäller TTIP är det svårt att hävda att investerare har skäl att oroa sig för nationella rättssystem. Både EU och USA har välutvecklade och stabila rättssystem. Det finns inget uppenbart skäl att anta att utländska direktinvesterares rättigheter inte skulle kunna skyddas i tillräcklig utsträckning genom att en enkel regel om icke-diskriminerande rättsskydd och lika tillträde till nationella domstolar införs. Liknande argument kan framföras när det gäller Kanada och Japan. Om det visar sig svårt att verkställa internationella rättigheter genom förhandling eller medling eller inför nationella domstolar i dessa högt utvecklade demokratier, då bör frågan i första hand avgöras genom tvistlösning mellan stater.

⁽¹⁵⁾ <https://www.citizen.org/eli-lilly-investor-state-factsheet>

5.8.2 Enligt en rapport från London School of Economics där USA:s modell för bilaterala investeringsavtal från 2012 analyseras slås det fast att vissa områden där USA:s bilaterala investeringsavtal går längre än brittisk lagstiftning är viktiga. Av denna anledning och mot bakgrund av omfattningen av amerikanska investeringar i Storbritannien anser vi att det finns en betydande risk för politiska kostnader för Storbritannien, där viss politik som regeringen vill driva igenom i framtiden kommer att slopas eller ändras på grund av invändningar från amerikanska investerare i Storbritannien.

5.8.3 Man kan knappast påstå att avsaknaden av en ISDS-mekanism hindrar utländska investeringar. Volymen på de utländska investeringarna varierar stort runt om i EU. Vissa av de EU-medlemsstater som har ISDS-förfaranden i bilaterala investeringsavtal med USA hör till dem som tar emot minst utländska investeringar från USA:

- De utländska direktinvesteringarna mellan EU och USA uppgår till över 2,5 biljoner US-dollar (1,5 biljoner euro) i vardera riktningen. Belgien har lockat till sig amerikanska investeringar till ett belopp som är fyra gånger så stort som för Kina.
- Brasilien, som tar emot den största andelen utländska direktinvesteringar i Latinamerika, har inga investeringsavtal som omfattar ISDS.
- Australien har visat att ett land på ett trovärdigt sätt kan utesluta investeringsskydd från handelsavtal med ett land (USA) och fortfarande inkludera det i avtal med ett annat (Sydkorea). Det finns inga skäl till att EU inte kan gå samma väg.

5.8.4 Det är högst tveksamt om avsaknaden av en ISDS-mekanism i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar skulle försämra EU:s möjligheter att inbegripa ISDS i framtida bilaterala investeringsavtal och investeringsavtal med länder utanför OECD, t.ex. Kina. Kina har redan byggt upp ett tätt nätverk av över 130 bilaterala investeringsavtal (inbegripet med 26 EU-medlemsstater). Det är lika önskvärt för Kina som för EU att få till stånd ett avtal. Vad som är mer tveksamt är om det ligger i EU:s intresse att låta kinesiska statligt ägda företag, som i praktiken är en förlängning av den kinesiska regeringen, använda ISDS för att ifrågasätta regeringarnas politik. Detta skulle ge ett annat land möjlighet att utnyttja något som ska vara en handelsprocess för att påverka förhållanden som borde lösas genom förhandlingar och diplomati.

5.8.5 I en detaljerad studie som offentliggjordes i mars 2015 av Centre for European Policy Studies, Centre for Transatlantic Relations och Johns Hopkins University drog man slutsatsen att det inte är troligt att EU får några betydande ekonomiska eller politiska fördelar av att inkludera ett kapitel om investeringsskydd i TTIP som åtföljs av ISDS. Deras analys tyder också på att en inkludering av sådana bestämmelser skulle orsaka betydande ekonomiska och politiska kostnader för EU. Även om författarna till studien menar att det är viktigt att inte överdriva de potentiella kostnadernas storleksordning är deras samlade bedömning att kostnaderna med största sannolikhet kommer att vara större än de potentiella fördelarna för EU. Om inte ISDS åtföljs av betydande eftergifter från USA:s sida för att kompensera för de ISDS-relaterade kostnaderna anser de därför att det skulle vara klokt av EU att överväga andra alternativ⁽¹⁶⁾.

5.9 Den rådande politiska situationen

5.9.1 Sydafrika, Bolivia, Ecuador, Venezuela och Indonesien har börjat annullera eller fasa ut befintliga bilaterala investeringsavtal. Indien håller enligt uppgift också på att se över sina avtal och Australien har till följd av Philip Morris-fallet meddelat att man inte kommer att gå med på att inbegripa en ISDS-bestämmelse i några framtida avtal.

5.9.2 National Conference of State Legislatures, som företräder parlamenten i USA:s samtliga 50 delstater, har meddelat⁽¹⁷⁾ att man inte kommer att stödja några handelsavtal som omfattar tvistlösning mellan investerare och stater, eftersom detta inverkar på deras befogenheter att i egenskap av lagstiftande organ i delstaterna anta och genomföra rättvisa och icke-diskriminerande bestämmelser som skyddar folkhälsan, månar om säkerhet och välbefinnande, garanterar arbetstagarnas hälsa och säkerhet och skyddar miljön.

⁽¹⁶⁾ "Transatlantic Investment Treaty Protection", offentliggjord samtidigt på webbplatserna för Centre for European Policy Studies (www.ceps.eu) och Centre for Transatlantic Relations (<http://transatlantic.sais-jhu.edu>).

⁽¹⁷⁾ <http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf>

5.9.3 Motståndet mot ISDS ökar också i Europa, där länder som Tyskland, Österrike, Grekland och Frankrike ifrågasätter investerarnas rättigheter i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar.

5.9.4 Varningar har hörts från ledamöter i Europaparlamentets inflytelserika utskott för internationell handel (INTA), som har begärt att ISDS ska slopas i det transatlantiska partnerskapet.

5.9.5 Regionkommittén varnar för att ett ISDS-förfarande mellan EU och Förenta staterna som kringgår de allmänna domstolarnas behörighet är förknippat med stora risker och anser därför att det inte bör tas med i avtalet⁽¹⁸⁾.

5.9.6 Dessa uttalanden speglar inställningen hos det stora antal europeiska civilsamhällesorganisationer som motsätter sig ISDS i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar. En av de viktigaste punkterna är att en investerare som vänder sig till det inhemska rättssystemet först och får en slutlig dom fortfarande kan väcka talan vid en investeringsdomstol. Det blir då denna domstol som lämnar det slutgiltiga avgörandet, vilket ses som helt oförenligt med ett demokratiskt samhälle.

6. Kommissionens offentliga samråd om investerarskydd och ISDS i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar

6.1 EESK välkomnar kommissionens beslut att inleda ett offentligt samråd om ISDS i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar. Kommissionen fick in 143 053 svar (när dubletter räknats bort), vilket visar att det finns ett stort intresse för frågan hos allmänheten. Det arbetsdokument från kommissionens avdelningar som offentliggjordes i januari 2015 innehåller en grundlig analys av innehållet och slutsatserna i de svar som lämnades in⁽¹⁹⁾.

6.2 Samrådet byggde på en referenstext baserad på CETA-avtalet. Dessvärre genomfördes aldrig något offentligt samråd om utkastet till detta avtal eller till avtalet med Singapore. Det faktum att CETA-avtalet, för vilka förhandlingarna redan avslutats, låg till grund för det offentliga samrådet när bläcket redan hade torkat väckte misstankar om att samrådet enbart gällde ett fullbordat faktum och var utformat för att EU:s nya generation av investeringsavtal ska godkännas obesedda. Dessa misstankar stärktes ytterligare av det faktum att samrådsdokumentet var inriktat på bestämmelser och inte ställde frågan om ISDS-principen överhuvudtaget borde inbegripas i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar. Syftet med samrådet var emellertid att samråda med berörda parter om olika sätt att förbättra ISDS i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar.

6.3 Samrådet bidrog inte med mycket nytt till den stora mängd information som redan kommit fram under den pågående debatten om ISDS på internet. Det var emellertid en mycket nyttig övning i att koppla samman de olika argumenten och ge det civila samhället en chans till direktpåverkan.

6.4 Det är olyckligt att vissa ISDS-förespråkare har avfärdat de svar som skickats in gemensamt via olika nätplattformar, och som utgör 97 % av alla inkomna svar. Gemensamma svar är tillåtna vid offentliga samråd. EESK ser positivt på kommissionens försäkran om att man tagit lika stor hänsyn till alla svar.

6.5 EESK noterar att mindre än 1 % av de svarande uppgav att de är investerare i USA men anser inte att detta är ett problem. När det gäller frågor som demokrati och suveräna staters rätt att bestämma över sina egna angelägenheter är det viktigt att ett brett urval av aktörer i det civila samhället får säga sitt.

6.6 Kommissionen har identifierat följande fyra områden där man bör sträva efter förbättringar:

- Skydd av rätten att lagstifta.
- Inrättande av skiljedomstolar och deras funktion.
- Förhållandet mellan nationella rättssystem och ISDS.
- En mekanism för överklagande av ISDS-beslut.

⁽¹⁸⁾ ReK:s yttrande "Det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar (TTIP), ECOS-V-063, februari 2015.

⁽¹⁹⁾ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

Dessa vidareutvecklas i diskussionsunderlaget "Investment in TTIP and beyond – the path for reform", som kommissionsledamot Malmström presenterade för Europaparlamentet och rådet i maj 2015.

6.7 EESK förväns över att man under sammanträdet för dialog med det civila samhället den 18 maj bekräftade att den modell för investerarskydd som för närvarande används i förhandlingarna om ett frihandelsavtal med Japan är den som man enats om i CETA-avtalet. Med tanke på att kommissionsledamoten i diskussionsunderlaget "Investment in TTIP and beyond – the Path for Reform", som presenterades för Europaparlamentet den 6 maj, har identifierat ett antal områden där det finns utrymme för ytterligare förbättringar i CETA-avtalet, är kommittén oroad över att detta fortsätter att utgöra grunden för förhandlingarna med en så viktig global partner som Japan.

7. Rätten att lagstifta

7.1 Kommittén är oroad över att European Service Forum i sitt svar på det offentliga samrådet kräver att det ska finnas så få undantag och begränsningar som möjligt och att kommissionen ska använda sitt förhandlingsmandat enligt Lissabonfördraget för att förbättra och förstärka, inte försvaga, ISDS. Dessa krav omfattar bland annat klausuler om mest gynnad nation och om nationell behandling utan förbehåll, en klausul om rättvis och lika behandling utan förbehåll, en bred paraplyklausul, inga undantag för specifika sektorer, inga filtermekanismer och full ersättning för direkt eller indirekt konfiskering⁽²⁰⁾.

7.2 ISDS utnyttjas i allt större utsträckning för att kringgå nationella rättssystem och i stället stämna regeringar i internationella specialdomstolar, där man kräver ersättning från skattebetalarna för politik i allmänhetens intresse, som man hävdar begränsar vinsterna. Detta är särskilt vanligt på områdena hälsa och miljöskydd.

7.3 En rad omtalade fall på senare tid har lett till ett starkare motstånd mot ISDS, t.ex. följande:

- Philip Morris mot Australien avseende cigarettpaket. Företaget hävdar att det berövas värdet på sina investeringar i varumärken och andra immateriella rättigheter.
- Med stöd i energistadgefördraget kräver svenska Vattenfall Tyskland på över 3,7 miljarder US-dollar med anledning av beslutet att fasa ut kärnkraften.
- Lone Pine har stämt Kanada på 250 miljoner kanadensiska dollar sedan provinsen Quebec av miljöhänsyn infört ett stopp för hydraulisk spräckning.
- Det franska företaget Veolia har stämt Egyptens regering på grund av dess beslut att höja minimilönen, med hänvisning till att detta kommer att skada företagets vinster.
- Libyen ålades att betala 935 miljoner US-dollar till ett kuwaitiskt företag för förlorade intäkter från verkliga och definitiva möjligheter till följd av att ett turismprojekt lagts ned⁽²¹⁾. Investeraren hade endast satsat 5 miljoner US-dollar i projektet och byggandet hade inte inletts.
- Rumänien stämde av Micula på grund av en investering som gjordes som svar på ett incitament från landets regering innan landet gick med i EU. När Rumänien anslöt sig till EU stoppades incitamentprogrammet för att uppfylla EU:s bestämmelser om statligt stöd. Domstolen tilldömde företaget ersättning på 116 000 US-dollar plus ränta (uppskattningsvis 250 000 US-dollar totalt), eftersom den ansåg att landet inte respekterat sina åtaganden enligt det bilaterala investeringsavtalet. År 2014 utfärdade generaldirektoratet för konkurrens ett föreläggande där Rumänien beordrades att inte betala, eftersom detta skulle utgöra olagligt statligt stöd. Trots detta har skiljemännen gett Micula tillåtelse att väcka talan om ersättning vid en amerikansk domstol, med hjälp av en klausul som hänvisar till FN:s konvention om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar.

⁽²⁰⁾ European Services Forums svar på det offentliga samrådet om ISDS, 20 juni 2014.

⁽²¹⁾ <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>

7.4 I investeringsavtalen förbjuds alla typer av begränsningar när det gäller hemtagning av kapital eller vinster. Regeringarna får inte införa kontroller av kapital för att stoppa attacker mot sina valutor eller begränsa lätttröliga finansiella flöden (*hot money*) vid en kris, trots att IMF menar att sådana kontroller är en oundgänglig politisk åtgärd. Det land som drabbats värst av ISDS-fall är Argentina, som har tvingats betala ut över 500 miljoner US-dollar med anledning av sitt beslut att frikoppla peson från US-dollar år 2002.

7.5 Kapitel 11 i CETA-avtalet (om gränsöverskridande handel med tjänster) innehåller undantag för offentliga tjänster, men kapitel 10 (om skydd för investeringar) innehåller inga bestämmelser om undantag eller uteslutande av offentliga tjänster. I princip är det rätt att investerare skyddas från statliga myndigheters godtyckliga beslut. Emellertid ger definitionerna av *expropriation*, och särskilt *indirekt expropriation*, anledning till oro när det gäller staternas förmåga att för allmänhetens bästa förstatliga vissa tjänster som för närvarande tillhandahålls av kommersiella aktörer. Enligt kapitel 10 gäller reglerna om expropriation all lagstiftning som leder till minskade vinster för privata företag. Ersättningen måste avspejla "verkliga förluster". Detta skulle kunna göra det alltför dyrt för länder att förstatliga tjänster om dessa en gång har privatiserats.

7.6 I CETA-avtalet medges att definitionen av indirekt expropriation är alltför bred, och i bilaga X.11 punkt 3 görs ett försök till förtydligande genom en förteckning över de statliga åtgärdsområden där indirekt expropriation inte bör förekomma, såsom hälso- och sjukvård, säkerhet och miljö. Det finns emellertid en risk att detta skulle kunna tolkas som preskriptivt och leda till uppfattningen att det därmed är fritt fram för ISDS-anspråk när det gäller andra, bredare statliga åtgärder, såsom ekonomisk politik, finanspolitik eller återförstatligande av vissa grundläggande tjänster. Ett förtydligande på denna punkt är därför nödvändigt.

7.7 Kommissionen har meddelat att man planerar att förhindra att investerare missbrukar ISDS och har slagit fast att den i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar skulle vilja införa bestämmelser för att förhindra orimliga anspråk⁽²²⁾. Utkastet till CETA-avtalet innehåller ett snabbförfarande för förkastande av ogrundade och orimliga anspråk. Det kommer emellertid att bli ytterst svårt att definiera orimliga ("*frivolous*") i strikt rättslig mening, vilket kan skapa än mer gynnsamma förutsättningar för specialiserade investeringsjurister.

7.8 I utkastet till CETA-avtalet ges en entydig tolkning av "rättvis och lika behandling" ("*fair and equitable treatment*"). De som motsätter sig ISDS anser att definitionen är alltför bred, medan näringslivet anser att den inte är tillräckligt flexibel. Domstolen ges fria händer när det gäller tolkningen, och det saknas också en flexibel överklagandemekanism.

7.9 Enbart hotet om en stämning inom ramen för ISDS kan verka dämpande på lagstiftningsarbetet och leda till att regeringarna avstår från reglering som ligger i allmänhetens intresse av rädsla för en rättstvist och påföljande straffavgifter. Den nyzeeländska regeringen har exempelvis lagt sin egen lag om neutrala förpackningar för tobaksprodukter på is i väntan på ett avgörande i fallet Philip Morris mot Australien.

7.10 I ett informationsdokument från advokatfirman Freshfields Bruckhaus Deringer till sina multinationella klienter framhålls följande: "Företag är nu mer uppmärksamma på den betydelse som investeringsavtalen kan ha, inte bara som en sista skyddsmekanism om något går snett, utan även som ett viktigt verktyg för riskreducering i inledningsskedet när investeringen genomförs."

7.11 Även om kommissionen har lovat att se till att en stat inte kan tvingas upphäva en åtgärd inom ramen för EU:s framtida handels- och investeringsavtal har man inte tagit hänsyn till hur hotet om enorma bötesbelopp när en stämningsansökan på många miljarder dollar väl har lämnats in kan komma att påverka länderna.

7.12 I utkastet till CETA-avtalet fastställs också att den part som förlorar ett skiljedomsförfarande ska stå för kostnaderna. Det innebär att de som lägger fram obetydliga fordringar ska tvingas betala alla kostnader. De enorma summor som stått på spel i många av de senaste fallen innebär emellertid att det är osannolikt att detta kommer att utgöra ett hinder för rika multinationella företag och specialiserade advokatbyråer när det vägs mot de potentiella vinsterna. Å andra sidan kommer de genomsnittliga kostnaderna på 4 miljoner US-dollar per part troligen att avskräcka små och medelstora företag från att väcka talan inom ramen för ISDS.

⁽²²⁾ Europeiska kommissionen: Faktablad om ISDS – punkt 8, 3 oktober 2013.

8. Inrättande av skiljedomstolar och deras funktion

8.1 Det befintliga systemet beskrivs i kapitel 3. Under samrådet framkom kritik mot systemet från flera håll.

Det råder samstämmighet om att ISDS inte kan kvarstå i sin nuvarande form.

8.2 Skiljemän på investeringsområdet

8.2.1 Skiljemännen utses för varje enskilt fall genom att parterna väljer var sin skiljeman och sedan enas om en tredje. Om de inte kan komma överens finns det vanligen en tillsättningsmyndighet som fattar beslut om den tredje. Detta står i motsats till nationella domare, som tillsätts utan att parterna kan påverka det. De kommer vanligtvis från Icsid och Uncitral och är ytterst framträdande medlemmar av juristkåren, däribland erfarna advokater, professorer och före detta domare. I motsats till WTO:s praxis förefaller det inte som om statens försvarare i ISDS-fall eller regeringarnas förhandlare om investeringsavtal har utsetts till skiljemän i fall som rör andra stater.

8.2.2 Enligt Corporate Europe Observatory (CEO)⁽²³⁾ har många av dem också varit rådgivare i andra mål: 50 % för investerare och 10 % för stater. Att ett relativt litet antal personer agerar i många olika roller (15 skiljemän har avgjort 55 % av alla tvister)⁽²⁴⁾ befaras ibland leda till en ömsesidig företagssolidaritet, som i sin tur kan leda till osunda kompromisser⁽²⁵⁾. Antalet invändningar från motparten gällande föreslagna skiljemän tyder på att det finns farhågor om kandidaternas opartiskhet⁽²⁶⁾.

8.3 Det är tydligt att bestämmelserna i CETA-avtalet om val av skiljemän och deras uppförande samt reglerna om hur förfarandet ska gå till inte har brett stöd i det civila samhället, trots att många aktörer anser att bestämmelserna innebär en förbättring på vissa områden. När det gäller inrättandet av skiljedomstolar och deras funktion uttrycker många oro över följande:

- Staters förslag till lagstiftning i allmänhetens intresse skulle fortfarande kunna bli föremål för en begäran om ersättning som ska höras av en nämnd bestående av tre privata jurister.
- Garantierna för att stoppa intressekonflikter är svaga och ger inte mycket hopp om att detta problem kan lösas inom ett ISDS-system. I artikel X.25 i CETA-avtalet fastställs att skiljemän måste följa Internationella advokatsamfundets riktlinjer för intressekonflikter vid internationella skiljedomsförfaranden (*International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*). Detta löser emellertid inte det grundläggande problemet, som är att samma personer kan vara både juridiska rådgivare och skiljedomare för samma part i olika fall, vilket är det som främst befaras leda till intressekonflikter.
- I utkastet till CETA-avtalet fastställs också att Uncitral's bestämmelser om öppenhet ska gälla för den som lämnar information till allmänheten och att utfrågningar ska vara öppna för allmänheten. Vid första anblicken förefaller detta vara en garanti för öppenhet, men den begränsas avsevärt av det faktum att domstolen har omfattande rättigheter när det gäller att hålla förhandlingar bakom stängda dörrar och att undanhålla handlingar.

⁽²³⁾ Corporate Europe Observatory (CEO) är en icke-vinstdrivande forsknings- och kampanjgrupp som bedriver forskning och publicerar rapporter om företagslobbying på EU-nivå (<http://corporateeurope.org/>).

⁽²⁴⁾ Europaparlamentets utredningstjänst: *ISDS State of Play and Prospects for Reform*, 21 januari 2014.

⁽²⁵⁾ OECD: *Working Paper on International Investment No 2012/3*, s. 44–45.

⁽²⁶⁾ UNCTAD: *Reform of ISDS – In Search of a Roadmap – Issues Note No. 2*, juni 2013, s. 4.

9. Förhållandet mellan de nationella rättssystemen och ISDS

9.1 Utländska direktinvesterares rätt att kräva en skiljedom enligt internationell rätt i fall där motparten är en stat är i det närmaste unik. Människorättslagstiftningen ger vissa särskilda rättigheter, men för att undvika situationer där de nationella domstolarna förbigås måste individer använda sig av alla rättsmedel som står till buds på lokal nivå innan de kan väcka talan vid en internationell domstol. CETA-avtalet innehåller ingen bestämmelse om användning av lokala rättsmedel. Det enda krav som ställs på investerare är att de ska söka rådgivning.

9.2 Medlemsstaterna har ifrågasatt huruvida ISDS-bestämmelserna i CETA-avtalet och de planerade ISDS-bestämmelserna inom det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar är förenliga med EU-fördragen och författningsrätten⁽²⁷⁾. De föreslagna förbättringarna av ISDS inom ramen för bilaterala investeringsavtal har hittills inte lyckats stilla medlemsstaternas farhågor⁽²⁸⁾. EU måste i sin handelspolitik (artiklarna 205 och 207 i EUF-fördraget) följa de principer som fastställs i artikel 3 i EU-fördraget, EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna och EU:s övriga rättsliga standarder.

Inom ramen för ett handelsavtal där investeringstvister avgörs genom internationella skiljedomsförfaranden där man inte är förpliktad att följa dessa bestämmelser är det möjligt att fatta beslut som inte är förenliga med EU-rätten (se punkt 7.3 – Micula mot Rumänien).

9.3 Det är inte säkert att ett sådant överlåtande av befogenheter till privata skiljedomstolar som inte är förbundna att följa EU:s principer omfattas av Lissabonfördraget och det kan innebära att man överskrider sina befogenheter. EU-domstolen har fastslagit att sådan internationell behörighet endast får upprättas på villkor att det inte föreligger några hinder för principen om respekt för autonomi hos EU:s rättssystem och den fördelning av befogenheter som fastställs i fördragen⁽²⁹⁾.

9.4 Eftersom ISDS i det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar måste införas i ett blandat avtal krävs det att samtliga 28 medlemsstaters parlament samtycker innan det (provisoriskt) träder i kraft. Man måste ta hänsyn till subsidiaritetsprincipen när det är fråga om exkludering av nationella domstolar.

9.5 Förvisso förekommer det vissa spänningar mellan EU-rätten och internationell rätt, särskilt när det gäller EU-domstolens jurisdiktionsmonopol (artikel 19 i EU-fördraget och artikel 263 och följande artiklar i EUF-fördraget). EU-domstolens yttrande om EU:s anslutning till Europakonventionen⁽³⁰⁾ och kommissionens återopande av principen om EU-lagstiftningens företrädare i fallet Micula mot Rumänien tyder på detta. Enligt artikel 14.16 i utkastet till CETA-avtalet är avtalet inte direkt tillämpligt och avtalets bestämmelser måste införlivas i EU:s eller medlemsstaternas lagstiftning för att kunna återopas av investerare. Detta komplicerar ytterligare förhållandet mellan EU-rätten och ISDS-mål som avgörs av skiljedomstolar.

9.6 Beträffande införandet av det första ISDS-systemet någonsin i ett frihandelsavtal för EU med världsomfattande effekter för medlemsstaterna och många EU-medborgare anser EESK att det är oerhört viktigt att EU-domstolen i förväg bedömer om detta är förenligt med EU:s lagstiftning. Detta är särskilt viktigt i förhållande till EU:s grundläggande värderingar och den gemensamma referensramen, men även när det gäller EU-domstolens monopol vad gäller rättslig tolkning och subsidiaritet. Därför är det nödvändigt att ett lämpligt rättsligt utlåtande görs och att hänsyn tas till slutsatserna i detta innan avtalet träder i kraft, och före dess preliminära ikraftträdande (artikel 218 i EUF-fördraget). Man bör också vara medveten om att om CETA träder i kraft innehåller det en bestämmelse om att beslut gällande investeringar som fattas under avtalets giltighetstid ska fortsätta gälla i 20 år efter ett eventuellt upphävande av avtalet.

⁽²⁷⁾ Rättsligt utlåtande: *Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA)* (EU-rättsliga och författningsrättsliga bestämmelser i det övergripande avtalet om ekonomi och handel (CETA) mellan EU och Kanada), Andreas Fischer-Lescano, Bremen, oktober 2014; *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, Markus Krajewski, Friedrich-Alexanderuniversitetet, Erlangen-Nürnberg, FES oktober 2014; *Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit* (Frihandelsavtal: några kommentarer om det privata skiljedomsförfarandet), Siegfried Broß, *Report on Mitbestimmungsförderung (co-determination promotion)* No 4, H. Böckler Stiftung, 2015.

⁽²⁸⁾ Corporate Europe Observatory – CETA: *Verkaufte Demokratie*.

⁽²⁹⁾ EU-domstolen, yttrande 1/91 av den 14 december 1991 – EES 1; Yttrande 1/00 av den 18 april 2002 – ECAA; yttrande 1/09 av den 8 mars 2011 – Patentdomstolen.

⁽³⁰⁾ EU-domstolen, yttrande 2/13 av den 18 december 2013.

9.7 Kommissionen måste snarast möjligt ställa sig frågan om hur man ska hantera befintliga bilaterala investeringsavtal, både inom EU och mellan medlemsstater och tredjeländer, särskilt utvecklade länder som USA och Kanada, som innehåller ISDS-mekanismer som inte blivit föremål för reformer och som för närvarande kan användas för att begränsa staters rätt att reglera och genomföra berättigade statliga åtgärder. De flesta av dessa avtal innehåller dessutom bestämmelser som förlänger tillämpligheten hos beslut fattade enligt avtalen även efter ett eventuellt upphävande, vilket gör det svårt att upphäva dem.

10. Överklagandemekanism

10.1 Det offentliga samrådet visade att det finns ett betydande stöd för en överklagandemekanism inom det civila samhället. Detta bekräftades också vid EESK:s offentliga hearing.

10.2 Utkastet till CETA-avtalet omfattar inget system för överklagande. Det öppnar emellertid för möjligheten att inrätta ett sådant system. I avtalet föreskrivs framtida samråd om överklagandesystem och metoder. Denna motsägelsefulla inställning till överklaganden förringar frågans vikt. En lösning måste hittas snarast.

10.3 Ett domstolsbeslut om ersättning är i princip slutgiltigt, och prövning eller upphävande är endast möjligt i absoluta undantagsfall⁽³¹⁾. Detta system kan uppenbarligen inte mäta sig med ett nationellt rättsystem och stillar knappast de omfattande farhågor som uttrycktes under samrådet.

11. Reform av ISDS-systemet

11.1 Unctad har fastställt följande fem alternativ för att reformera ISDS:

- Anpassa de befintliga systemen med hjälp av internationella investeringsavtal.
- Begränsa investerares tillgång till ISDS.
- Främja alternativ tvistlösning för stater.
- Inrätta en överklagandemekanism.
- Inrätta en permanent internationell investeringsdomstol.

11.2 EESK anser att dessa olika alternativ bör övervägas mycket noggrant. Kommissionen har arbetat med de fyra första alternativen och utformat en ny metod för investerarskydd och ISDS i utkastet till CETA-avtalet och avtalet mellan EU och Singapore. Samrådet har visat att det fortfarande finns djupt rotade farhågor. Kommittén anser att idén om att inrätta en internationell investeringsdomstol är det bästa alternativet, eftersom en sådan institution skulle kunna göra mycket för att säkra ett legitimt och transparent system, mer konsekventa tolkningar och mer korrekta beslut. I detta sammanhang välkomnar EESK uttalandet från kommissionsledamoten med ansvar för handel, till INTA den 18 mars om att en multilateral domstol skulle innebära effektivare resursanvändning och ha större legitimitet.

11.3 EESK anser dock inte att det är hållbart att både bedriva förhandlingar om ISDS i TTIP och samtidigt arbeta för att på medellång sikt införa en internationell investeringsdomstol. Om man enas inom TTIP kommer det med största sannolikhet att bli ett slags högsta standard och undergräva alla möjligheter till stöd för en internationell domstol. Situationen kompliceras ytterligare av att det inte finns någon automatisk överföring från TTIP till CETA-avtalet. Det är viktigt att betona att CETA-avtalets förhandlingar är avslutade och att det inte finns någon garanti för att den kanadensiska regeringen skulle gå med på att införa några ändringar som man enats om i TTIP.

⁽³¹⁾ Icsid-konventionen, artikel 52.

11.4 Genom att välja den nuvarande strategin riskerar kommissionen att dess första försök att förhandla om investerarskydd resulterar i tre olika system för USA, Kanada och Singapore. Om kommissionen däremot lyckas driva igenom ett enhetligt system kommer detta endast att uppnås efter mycket tuffa förhandlingar. EESK anser att det i sådana fall skulle vara praktiskt taget omöjligt att få det stöd som behövs för att rikta insatserna mot att inrätta en internationell domstol.

11.5 EESK drar därför slutsatsen att det finns en unik möjlighet att inrätta en internationell investeringsdomstol tillsammans med stora globala aktörer som USA, Kanada och Japan, som alla deltar parallellt i nya förhandlingar om handel och investeringar. Kommittén anser också att detta är det bästa sättet att övertyga utvecklingsländerna, där behovet av investerarskydd sannolikt är mycket större, om fördelarna med ett nytt globalt system.

Bryssel den 27 maj 2015.

Henri MALOSSE
*Ekonomiska och sociala kommitténs
ordförande*

BILAGA I

till yttrandet från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén

Följande motyttrande avlogs under debatten, men fick minst en fjärdedel av rösterna:

Stryk hela texten i yttrandet och ersätt den med följande text:

1. Slutsatser och rekommendationer

1.1 Utländska direktinvesteringar är en viktig källa till ekonomisk tillväxt och sysselsättning. Företag som investerar i ett annat land tar automatiskt en särskild risk, men utländska entreprenörer behöver skyddas mot ojämlig och oriktig behandling av det värdland där de har investerat, t.ex. direkt expropriation eller diskriminering på grund av nationalitet och orättvis och annorlunda behandling jämfört med inhemska investerare. En neutral tvistlösningsmekanism är viktig. Investeringar är ofta mycket långsiktiga, och de politiska förhållandena i värdländerna kan förändras.

1.1.1 Ett internationellt investeringsavtal mellan två stater (eller regioner) involverar internationell rätt. För att vara effektivt krävs det en effektiv, balanserad, internationell tvistlösningsmekanism.

1.1.2 I de flesta internationella investeringsavtal reglerar emellertid tvistlösningsmekanismen förhållandet mellan enskilda företag och värdlandet genom förfarandet för tvistlösning mellan investerare och stat (ISDS)⁽¹⁾. ISDS har en retrospektiv karaktär. Till skillnad från WTO:s tvistlösningsförfarande utbetalas endast kompensation om en stat förlorar en tvist. Det är inte nödvändigt att upphäva den berörda lagstiftningen. Investeringar faller inte inom WTO:s behörighetsområde, eftersom de ströks från dagordningen för Doharundan 2003.

1.2 EU är både den största givaren och den största mottagaren av internationella investeringar. Investeringar är av grundläggande intresse för företag i EU, inklusive små och medelstora företag. Kommittén välkomnar därför kommissionens ståndpunkt⁽²⁾, enligt vilken ISDS är:

- Ett viktigt instrument för att skydda investeringar, som därför kan främja och säkra den ekonomiska tillväxten i EU.
- En effektiv metod för att se till att våra handelspartner fullgör de skyldigheter som de enats om med våra investerare när de undertecknar investeringsavtal.

1.2.1 EESK:s arbetsgivargrupp anordnade en rundabordskonferens om det transatlantiska partnerskapet för handel och investeringar (TTIP), där man konstaterade⁽³⁾ att ett internationellt avtal såsom TTIP bör skapa rätt förutsättningar för att attrahera stora framtida investeringar på den transatlantiska marknaden. Detta innefattar att ge investerare på båda sidor generös tillgång och icke-diskriminerande behandling och att förbättra den nuvarande ramen för investerarskydd, inbegripet ISDS, genom att göra den mer tillgänglig för små och medelstora företag och hitta rätt balans mellan investerares rättigheter och staters och lokala myndigheters rätt att lagstifta i allmänhetens intresse.

⁽¹⁾ ISDS-bestämmelser finns i omkring 93 % av de över 3 250 internationella investeringsavtal som hittills har undertecknats, trots att förfarandet bara har använts i färre än 100 fall, mindre än 3 %.

⁽²⁾ Europeiska kommissionen – Faktablad om ISDS – Punkt 2, 3 oktober 2013.

⁽³⁾ EESK:s rundabordskonferens – Common Declaration on TTIP, 16 december 2014.

1.3 Handelsavtalet mellan EU och Kanada (CETA), som ännu inte har ratificerats, innehåller ett omfattande kapitel om investeringskydd, inbegripet bestämmelser om ISDS. Detta avtal är tillsammans med investeringskapitlet i frihandelsavtalet mellan EU och Singapore⁽¹⁾ det första investeringsavtal som förhandlas fram av EU sedan unionen genom Lissabonfördraget 2009 fick behörighet på investeringsområdet. Detta har haft stor betydelse när det gäller att lösa de kvarstående frågorna, men ISDS behöver utvecklas ytterligare.

1.4 Bortsett från principen om mest gynnad nation (MGN) och det skydd som kommissionen vanligtvis inkluderar när det gäller ersättning i händelse av krig, revolution och så vidare, yrkar kommittén på att investerarskyddet i ett internationellt investeringsavtal, och följaktligen möjligheten att tillämpa ISDS, ska begränsas till att omfatta skydd på fyra väsentliga områden, nämligen:

- Förbud mot diskriminering på grund av investerarens nationalitet.
- En miniminorm för behandling, som vanligen beskrivs som 'rättvis och jämlik'.
- Snabb, tillräcklig och effektiv ersättning i händelse av expropriation (utan diskriminering och med ett korrekt rättsförfarande).
- Möjligheten att överföra medel med koppling till investeringar.

1.5 Med tiden har ett antal fall av verkligt eller upplevt missbruk framkommit genom användning av ISDS, och dessa behöver åtgärdas. ISDS behöver uppdateras. Kommittén välkomnar de fyra områden för ytterligare undersökningar om investeringskydd och ISDS som kommissionen identifierade i januari 2015 som ett resultat av det offentliga samrådet om investeringskydd och ISDS i TTIP, efter dess införande i förhandlingsmandatet som medlemsstaterna enhälligt beslutade om.

1.5.1 De avsåg

- skydd av statens rätt att lagstifta,
- inrättande av skiljedomstolar och deras funktion,
- en mekanism för överklagande av ISDS-beslut,
- förhållandet mellan ISDS och nationella rättssystem.

1.5.2 Kommittén anser att **en stats rättighet att lagstifta** måste skyddas, och att alla eventuella återstående tvetydigheter måste undanröjas. Såsom kommittén framhåller i sitt yttrande om TTIP⁽²⁾ är det 'av yttersta vikt att en eventuell bestämmelse i partnerskapsavtalet om tvistlösning mellan investerare och stat inte står i vägen för EU-medlemsstaters rätt att lagstifta i allmänhetens intresse'. Tidigare internationella investeringsavtal har i första hand utarbetats med tanke på behovet av att skydda investeringar. Både CETA-avtalet och Singaporeöverenskommelsen har medfört att nyckeldefinitionerna har skärpts för att undvika obefogade tolkningar, och man hänvisar uttryckligen till rätten att lagstifta i ingressen till varje avtal. EESK anser att detta nu bör ingå i själva avtalstexten, som en särskild artikel i varje sådant avtal.

1.5.3 Det är mycket viktigt att **skiljemännen vid ISDS-domstolarna** är fullständigt opartiska och fria från intressekonflikter. Kommittén understryker att samtliga skiljemän måste väljas från en förteckning som parterna i det berörda avtalet upprättat på förhand, och att tydliga kriterier för sådana skiljemän måste fastställas, bland annat att de är kvalificerade att inneha en befattning inom rättsväsendet och att de har dokumenterad sakkunskap inom relevanta områden av internationell rätt.

⁽¹⁾ Inte heller detta avtal har ratificerats, och det är föremål för en rättslig prövning i domstolen om huruvida det är ett s.k. blandat avtal och därför måste godkännas av samtliga medlemsstaters parlament.

⁽²⁾ EESK:s yttrande om transatlantiska handelsrelationer och EESK:s syn på ett utökat samarbete och ett eventuellt frihandelsavtal mellan EU och Förenta staterna av den 4 juni 2014, EUT C 424, 26.11.2014, s. 9.

1.5.4 En mekanism för överklagande är också nödvändig – det är med rätta mycket ovanligt med en rättslig process utan rätt till överklagande, även om detta förekommer i befintliga internationella investeringsavtal. EESK noterar att de ursprungliga förhandlingsdirektiven för TTIP innehöll en hänvisning till en mekanism för överklagande. Utformningen av en sådan mekanism kommer att bli synnerligen viktig, bland annat metoderna för hur medlemmar ska utses, vilka kvalifikationer och vilken lön de ska ha, jämte eventuella tidsfrister som ska tillämpas. Mekanismen bör omfatta felaktig rättstillämpning och felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna. Man bör på ett tidigt stadium överväga huruvida en bilateral mekanism skulle kunna göras multilateral, kanske med WTO:s överprövningsorgan som förebild. En mekanism kommer att innebära ytterligare kostnader, men det är något som man bör ta hänsyn till.

1.5.5 Frågan om förhållandet mellan **ISDS och inhemska rättssystem** kommer att bli svårare att lösa. Det rör sig här om internationella investeringsavtal och nationella domstolar har inte alltid behörighet att tolka frågor som rör internationell rätt. Även de bästa system kan vackla, men dubbla fordringar bör vara förbjudna. Antingen bör de potentiella tvistande parterna göra ett slutgiltigt val i inledningen av förfarandet, eller så bör de förlora rätten att vända sig till nationella domstolar så snart som de vänder sig till ISDS.

1.6 En multilateral **internationell domstol** är rätt lösning på lång sikt. Denna måste utformas parallellt med utvecklingen av ISDS i TTIP och andra avtal. Det är absolut nödvändigt att någon form av internationellt skydd för investerare finns kvar samtidigt som man förhandlar om och inrättar ett sådant internationellt organ.

1.6.1 Det är viktigt att säkerställa en kritisk massa för inrättandet av en internationell domstol som en långsiktig målsättning för lösningen av investeringstvister. En sådan internationell mekanism för överklagande kommer sannolikt att vinna bred acceptans om den inrättas i samstämmighet så att man kommer till rätta med de potentiella sammanhängande problem som alla nya internationella institutioner, inklusive den internationella brottmålsdomstolen, ställs inför.

1.6.2 EESK varnar för förslaget om att G7-medlemmarna, eftersom de alla för närvarande deltar i förhandlingarna om det internationella avtalet, tillsammans ska börja utforma en internationell domstol på egen hand. En kritisk massa kan endast uppnås om ett betydligt bredare spektrum av länder deltar från första början och dörren lämnas öppen för andra länder att gå med om och när de är intresserade.

1.6.3 Under tiden rekommenderar EESK att EU och Förenta staterna engagerar sig i att få till stånd en bilateral mekanism för lösning av investeringstvister i TTIP-avtalet.

2. Bakgrund

2.1 Kommittén konstaterar att två länder som vill främja sina ekonomiska förbindelser genom ett internationellt investeringsavtal lovar varandra att garantera en viss nivå när det gäller behandlingen av investerare och investeringar från det andra landet. Dessa löften, som ges frivilligt, ska sedan genomgå en fullständig nationell ratificeringsprocess. De innebär inte på något sätt att företagsintressen prioriteras före regeringarnas rätt att lagstifta. Med hänsyn till rättsstatsprincipen måste regeringarna dock hållas ansvariga för de garantier som de ger.

2.2 Även om förhandlande stater försöker införa bestämmelser för att skydda sina egna företag mot diskriminerande åtgärder från handelspartnerns sida är det orealistiskt av ett skadelidande företag att förvänta sig att alla tvister automatiskt ska lösas på mellanstatlig nivå och därmed föras upp på politisk eller diplomatisk nivå.

2.2.1 Om företagen skulle förlita sig på att EU löser tvisterna på mellanstatlig nivå skulle endast ett fåtal ärenden kunna drivas och mindre företag skulle få det svårare att göra sina röster hörda. Det är osannolikt att det skulle förekomma många fall mellan två mogna demokratiska rättssystem, men om ett tvistlösningsförfarande på mellanstatlig nivå blev normen, skulle antalet potentiella fall oundvikligen öka, med avsevärda ekonomiska konsekvenser för medlemsstaterna som följd.

2.2.2 Som kommissionsledamot Cecilia Malmström själv påpekade⁽¹⁾ i samband med TTIP-förhandlingarna kan inte internationell rätt återopas i Förenta staterna och det finns inte någon lag i Förenta staterna som förbjuder diskriminering av utländska investerare. I andra länder kan de inhemska domstolarna vara mindre tillförlitliga.

⁽¹⁾ I Europaparlamentet den 6 maj.

2.2.3 Investeringar är inte riktigt samma sak som handel. I en handelstvist är det uppenbart att det ankommer på staten att inta en ledande roll. Sådana tvister berör sannolikt en produktionsklass, såsom bananer, solcellspaneler eller textilier: dumpning är en nyckelfråga inom WTO:s tvistlösningsorgan.

3. ISDS utveckling

3.1 Även om det totala antalet ISDS-mål ⁽¹⁾ alltjämt är lågt, så har användningen av systemet ökat avsevärt sedan 2002. Detta står i proportion till ökningen av de totala utländska direktinvesteringarna, som 2013 översteg 25 biljoner US-dollar internationellt sett. Europeiska investerare har stått bakom omkring 50 % av alla fordringar sedan 2002. Ett betydande antal av dessa har inletts av mindre eller specialiserade företag ⁽²⁾. Det är viktigt att en reform av ISDS-förfarandet gör det mer tillgängligt för små och medelstora företag.

3.1.1 Av de 356 kända fall som avgjorts fick investerarna rätt i 25 % av fallen och staten i 37 %. De övriga fallen avgjordes genom förlikning ⁽³⁾.

3.2 På grund av problem – både upplevda och verkliga – som uppstått till följd av avgöranden i ett flertal ISDS-mål runt om i världen, inklusive många som fortfarande pågår, har en tilltagande del av allmänheten EU, under ledning av fackföreningar, icke-statliga organisationer och andra organisationer, börjat uttrycka farhågor kring dess användning, och motståndet mot ett kapitel om investeringar och ISDS i TTIP växer.

3.3 Utan en reform av ISDS, och införandet av ett kapitel om investeringar i frihandelsavtalet, konstaterar kommittén att de tidigare ordningar som finns i de 1 400 bilaterala investeringsavtal som förhandlats fram av enskilda medlemsstater (med undantag för Irland), och i synnerhet de som nio medlemsstater redan har ingått med USA, naturligtvis fortfarande är och förblir giltiga.

Resultat av omröstningen:

Röster för:	94
Röster emot:	191
Nedlagda röster:	25

⁽¹⁾ 610 ärenden i slutet av 2014.

⁽²⁾ Stockholms Handelskammare rapporterar att av de ca 100 mål som avgjordes mellan 2006 och 2011 stod små och medelstora företag bakom omkring 22 %. Även den tyska industrifederationen (Bundesverband der Deutschen Industrie, BDI) uppger att omkring 30 % av fallen rörde små och medelstora företag.

⁽³⁾ Europeiska kommissionen, Faktablad om ISDS, 3 oktober 2013.