



Enheten för WTO
Jonas Hallberg

PM
2014-05-05 Dnr 3.2.4-2013/01078-12

Twistlösning i ett ev. framtida bilateralt investeringsavtal mellan EU och USA – en kort bakgrund samt frågor och svar

Promemorian disponeras enligt följande: I avsnitt 1 ges en översiktlig bild av vad som utgör de viktigaste delarna i ett investeringsavtal¹ samt vad som ingår i tvistlösningsmekanismen – Investor-State Dispute Settlement (ISDS). I avsnitten 1.1–1.4 ges en djupare bild av ett investeringsavtals viktigare skyddsartiklar.² Avsnitt 2 innehåller svar på vanliga frågor med mer specifik anknytning till investeringsavtalet mellan EU och USA inom ramen för Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP. Investeringsavtalet med USA kommer troligen på väsentliga punkter att påminna om investeringsavtalet mellan EU och Kanada (inom ramen för EU/Kanada frihandelsavtalet Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA). Därför utgör CETA en referenspunkt i analysen nedan. Referenser till CETA görs emellertid i huvudsak endast på de områden där Europeiska kommissionen offentliggjort avtalstext.

1 Vad är ett investeringsavtal?

Ett investeringsavtal mellan två stater, kallat Bilateral Investment Treaty (BIT)³, består i huvudsak av följande artiklar: (1) skydd mot diskriminering, (2) skydd mot godtycklig expropriation, (3) skydd mot ojämlig och orättvis behandling, (4) rätt att överföra kapital, såsom

¹ Ett investeringsavtal är i teknisk mening ett traktat, men eftersom ”avtal” är den vanligaste benämningen så är det också den som används här.

² D.v.s. artiklar i investeringsavtalet som är till för att skydda en redan gjord investering.

³ Benämns även International Investment Agreement, IIA. Det senare är emellertid en vidare term som även omfattar multilaterala traktat som Energy Charter Treaty (ECT) och North American Free Trade Agreement (NAFTA).

exempelvis vinster, (5) möjlighet till rättslig prövning av avtalet. Del 1–4 kallas för substantiella skyddsartiklar och del 5 är en procedurel artikel.

Ett investeringsavtal ingås för att garantera stabila regler, så att investerare kan avgöra om de kan investera i ett annat land utan att riskera sin investering genom statligt ingripande. För det mottagande landet handlar avtalet om att skapa ett investeringsklimat som attraherar investeringar.

Innan investeringsavtalen började slutas mellan stater blev investeringstvister ofta fråga för diplomatiska tvister. Detta beskrevs som att investeringar fick ”diplomatiskt skydd”. Länder ansåg emellertid att systemet var ineffektivt, men framför allt försämrade tvister relationerna mellan länder. En bedömning av värdet av ett investeringsavtal måste därför beakta att alternativet är att stater tvistar.

Särskilt när det är fråga om investeringar som uppgår till höga belopp kan investerare behöva skydd både mot nyckfulla regimer och mot svaga rättsväsenden. När motparten är en auktoritär regim och/eller har ett nyckfullt rättsväsende är ett investeringsavtal således viktigare än när motparten är en stabil demokrati med ett fungerande rättsväsende.

EU har genom Lissabonfördraget år 2009 exklusiv kompetens på investeringsområdet. Europeiska rådet ger Europeiska kommissionen direktiv (i form av mandat) om vad förhandlingarna på investeringsområdet ska omfatta. Kommissionen förhandlar sedan för EU:s räkning varefter både rådet och Europaparlamentet godkänner avtalen. Avstämning under förhandlingsprocessen sker kontinuerligt i arbetsgruppen Trade Policy Committee Services and Investment (TPCSI) där samtliga medlemsländer deltar på tjänstemannanivå.

Investeringsavtal kommer att ingå som en del av EU:s frihandelsavtal (FTA) med exempelvis USA (TTIP) och Kanada (CETA), liksom i det utökade investeringsavtalet med Kina.

Investeringsdelen av CETA är i stort sett färdigförhandlad. TTIP-förhandlingarna gällande investeringar inleddes i juli 2013 men är fortfarande i sin linda.

Sverige har idag gällande BIT:s med 66 länder varav 12 är medlemmar i EU.⁴ Det första avtalet ingicks år 1965 med Elfenbenskusten. Sveriges BIT:s är i kraft även efter det att Lissabonfördraget trädde i kraft, men de kommer att ersättas i den takt EU förhandlar fram nya investeringsavtal.

⁴ Investeringsavtalet med Bolivia är uppsagt men för de investeringar som ingicks före den 4 juli 2013 gäller avtalet i ytterligare 20 år.

Sveriges avtal med de länder som numera är medlemmar i EU kommer sannolikt inte att omförhandlas eftersom kommissionen anser att avtalen strider mot EU-rätten. Sammantaget har EU:s medlemsstater ingått ca 1 400 BIT:s.

Sveriges investeringsavtal gäller för redan ingångna investeringar (post-establishment). De ger alltså inte en utökad rättighet att investera i Sverige (pre-establishment).

Vad är Investor-State Dispute Settlement (ISDS)?

För att säkerställa att stater inte bryter mot ingångna investeringsavtal finns möjlighet till prövning av staternas agerande i internationell skiljenämnd, så kallad Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Tvistande parter är berörd investerare och mottagande stat, d.v.s. det land där investeringen har gjorts.

ISDS ingår i 63 av Sveriges 66 BIT:s. Sverige har dock aldrig varit svarande i en investeringstvist och har således aldrig förlorat en tvist. Investerare har vid två tillfällen använts sig av svenska BIT:s vid tvister mot andra stater.⁵

Vilka frågor i ett avtal som kan prövas genom ISDS varierar från avtal till avtal och även små skillnader i avtalstexten har i praktiken visat sig kunna leda till stora skillnader i tolkningen av vad som kan prövas av en skiljenämnd. I vissa investeringsavtal stipuleras att inhemska rättsmedel måste ha uttömts innan rätt ges till ISDS. I andra avtal kan anges att investeraren måste välja mellan ISDS och process i nationell domstol.

Vilket formellt regelverk som skiljenämnder ska tillämpa varierar utifrån hur avtalen är skrivna. Oftast är det fråga om ICSID-konventionen (Reglerna i International Centre for Settlement of Investment Disputes som är en del av Världsbanksgruppen) och/eller UNCITRAL Arbitration Rules (skiljereglerna i United Nations Commission on International Trade Law), men även exempelvis Stockholms handelskammars (SCC) skiljedomsregler kan komma ifråga.⁶ Därtill ska hänsyn tas till den allmänna folkrätten liksom till lagstiftning i aktuell stat.

Normalt väljer respektive tvistande part varsin skiljeman till skiljenämnden och dessa två ska sedan enas om en ordförande, alternativt enas parterna själva om en ordförande. I CETA har parterna valt den

⁵ Därtill tillkommer Vattenfalls tvister mot Tyskland liksom Nykomb Synergetics Tehnology Holding AB mot Lettland. Dessa tvister har och hade emellertid sin grund i Energistadgan (ECT).

⁶ Tvisteregler som använts eller används fördelar sig enligt följande: ICSID-regler 353, UNCITRAL:s regler 158 och SCC:s regler 28.

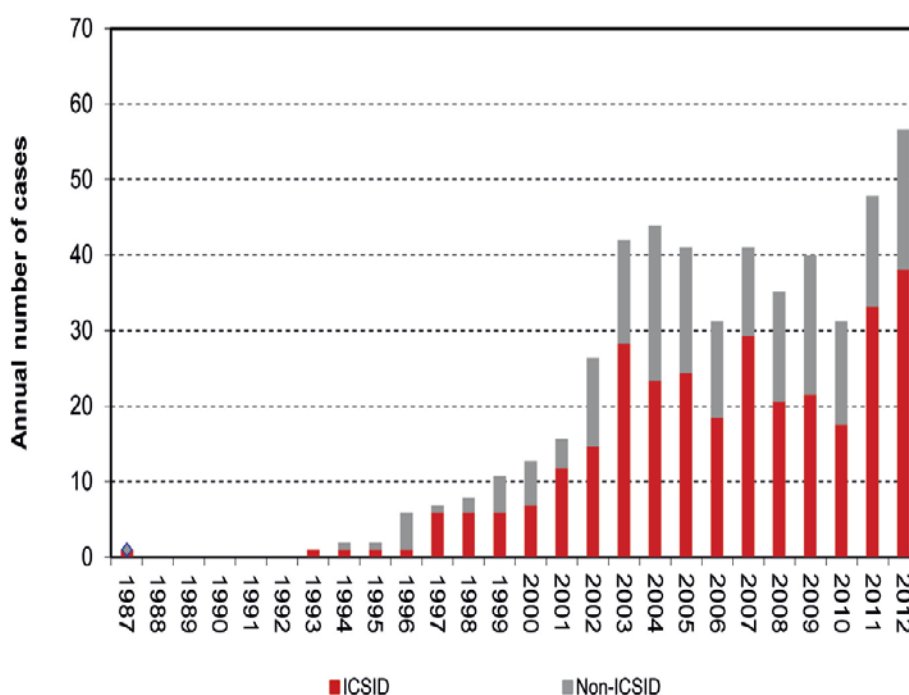
senare varianten vilket talar för att det även är denna variant som kommer att ingå i TTIP. Anledningen till detta är att parterna önskar ytterligare kontroll över vem som är ordförande i skiljenämnden.

I praktiken är det en relativt begränsad krets jurister som avgör en majoritet av tvisterna. Vissa anser att denna koncentration av skiljeledamöter inte är bra för legitimiteten i systemet. Det finns idag ingen överinstans till vilken man kan överklaga, vilket har lett till att det inte finns en enhetlig rättspraxis inom alla områden. Därmed är det också ibland svårt att i förväg förutsäga den sannolika utgången av en tvist.

Det finns flera olika möjligheter till utformning av ISDS i investeringsavtal varav huvudalternativen följer nedan:

- 1: Samtliga delar av avtalet kommer att omfattas av ISDS.
- 2: Endast vissa delar av avtalet omfattas av ISDS.
3. Ingen del av avtalet omfattas av ISDS.

Antalet kända investeringstvister fram till år 2012:



Källa: UNCTAD. (2013). IAA Issues Note nr 1

Som framgår av tabellen ovan började investerare först i början av 1990-talet att regelbundet använda sig av möjligheten till ISDS och trenden är stigande. År 2013 tillkom ytterligare 57 tvister. Sammanlagt innebär det

568 tvister. Av dessa hade 274 tvister avgjorts i slutet av år 2013. Således har fler än hälften av alla investeringstvister ännu inte avgjorts. Av de tvister som avgjorts har 26 procent gjorts upp i godo, 43 procent har staterna vunnit och 31 procent har investerarna vunnit. Investerare från EU står för 53 procent av stämningarna (innebärande 299 tvister) och investerare från USA står för 22 procent (innebärande 127 tvister).⁷

1.1 Investeringsavtalen och "right to regulate"

Investeringsavtalen ska ge så högt skydd som möjligt för ingångna investeringar. De kontraktsbundna länderna måste emellertid fortsatt ha en reell rätt att lagstifta, "right to regulate", på alla områden. I CETA understryks särskilt att "right to regulate" ska finnas inom områden av "public interest". Att finna en balans mellan högt skydd och bibehållen "right to regulate" komplicerar förhandlingarna av investeringsavtal.⁸

Begreppet "right to regulate" är missvisande eftersom det i egentlig mening inte handlar om att staten, genom ett investeringsavtal, fråntas rätten att lagstifta eller reglera. En skiljenämnd har inte heller mandat att underkänna ett lands lagstiftning. Vad det istället är fråga om är att en lagstiftningsåtgärd kan leda till att staten blir betalningsskyldig till en investerare vid en fällning i ISDS. För det fall rädslan för att bli fälld i ISDS påverkar en stat exempelvis på så vis att man väljer att inte införa en viss lag, så har landets "right to regulate" påverkats.

Somliga anser att investeringsavtal riskerar leda till att länder undviker att lagstifta inom vissa områden på grund av rädsla för att senare kunna angripas via ISDS och i förlängningen få betala ut mycket stora skadestånd till företag som exempelvis anser att den nya lagen innebär de facto expropriation. Det finns skäl att beakta denna farhåga.

Kommissionen, medlemsstaterna och motparter lägger därför ned mycket tid på att utforma avtalen så att staternas "right to regulate" på alla områden ska bibehållas och att det ska finnas en balans mellan investerares behov av skydd och staters oberoende.

⁷ UNCTAD. (2014). IAA Issues Note nr 1. Att en så stor andel av tvisterna initierats av investerare från USA bottnar i tvister som grundas i NAFTA (51 stycken) samt tvister som hör ihop med Argentinas reformer i början av 2000-talet.

⁸ Det ligger i sakens natur att alla internationella avtal som ett land ingår begränsar landets politiska handlingsutrymme. Detta kallas ibland att internationella avtal påverkar länders "policy space". Begreppet "right to regulate" i sammanhanget investeringsavtal likställs ofta med "policy space".

1.2 Nationell behandling och Mest Gynnad Nation

Artiklarna Nationell behandling (National Treatment, NT) och Mest Gynnad Nation, MGN, (Most Favoured Nation) handlar båda om diskriminering baserad på nationstillhörighet. Investeraren är garanterad minst lika bra behandling från värdlandet som den behandling inhemska investerare alternativt investerare från tredje land garanteras via deras hemstats BIT med värdlandet. För att behandlingen ska utgöra ett brott mot NT eller MGN måste behandlingen således leda till en försämring för investeringen och därtill bero på investerarens nationalitet. En åtgärd som får en diskriminerande effekt kan leda till ett brott mot NT och MGN även om syftet med åtgärden inte är att diskriminera på grund av nationell tillhörighet.

1.3 Tvister om rättvis och skälig behandling

Artikeln om rättvis och skälig behandling, Fair and Equitable Treatment (FET) i ett investeringsavtal handlar bl.a. om hur en investering och investerare *behandlas* inklusive rätt till säkerhet och domstolsprövning. Som en del av FET tolkas enligt gällande praxis, eller uttryckligen i avtalstext, begreppet ”berättigade förväntningar”. Om en stat behandlar ett företag på ett sätt som bryter mot företagets berättigade förväntningar, och detta agerande leder till att investeringen minskar i värde, kan agerandet leda till en fällning av en skiljenämnd inom ramen för avtalet (ISDS).

Bedömningen av om en åtgärd ryms inom ”berättigade förväntningar” sker med beaktande av landets tidigare agerande. Att ett land är väldigt aktivt inom miljölagstiftning kan därmed leda till att en investerare anses kunna förvänta sig att landet även i framtiden fortsätter att vara aktivt. En åtgärd som leder till att ett land fälls kan således ett annat land frias från.

FET är den vanligast förekommande artikeln i investeringstvister och av de tvister som amerikanska investerare vunnit så har skiljenämnderna funnit att i 74 procent av dessa så har ett avtalsbrott begåtts mot FET.⁹

Eftersom FET är en vanlig tvistefråga i ISDS är det av särskild vikt att denna artikel får en balanserad utformning i avtalen TTIP och CETA.

⁹ Gerstetter, C. och Meyer-Ohlendorf, N. (2014). ”Investor-state dispute settlement under TTIP – a risk for an environmental regulation?”.

1.4 Tvister om expropriation

Investeringsavtal reglerar bl.a. expropriation och indirekt expropriation. Det senare blir aktuellt om ett land via lagstiftning substantiellt minskar värdet på en investering. Exempelvis kan det röra sig om ett förbud mot en väsentlig komponent i en vara som produceras eller att ett nödvändigt tillstånd dras in.

Direkt expropriation regleras i Sverige även av regeringsformen och av expropriationslagen (1972:719). Av 4 kap. 1 § expropriationslagen framgår bl.a. att ersättningen ska motsvara marknadsvärdet av föremålet som exproprierats. De allra flesta länder har motsvarande lagstiftning.

Det finns idag ca 3 500 BIT:s (varav ca 600 ingår som delar av frihandelsavtal). Cirka 40 tvister har anknytning till länders miljölågstiftning.¹⁰ 20 av dessa tvister rörde naturresurser, energisektorn, eller grundläggande service såsom vatten och sopor. Tvisterna rör främst brott mot FET och expropriation.

För att en expropriation ska bli föremål för prövning i ISDS måste den ha skett i strid med avtalsvillkoren i BIT:en. Vidare utgår i allmänhet ersättning för expropriation endast om åtgärdens påverkan på investeringen har varit omfattande. Ett exempel på hur detta kan formuleras i investeringsavtal är följande: ”The measure must amount to substantial deprivation.” Avgörande för utgången i många tvister är därför vad som utgör en omfattande värdeminskning.¹¹ Rättspraxis talar för att värdeminskningen måste vara mycket stor för att åtgärden ska betraktas som en indirekt expropriation: “[m]ost tribunals seem to agree that expropriation can only occur where diminution in value is very close to 100 per cent.”¹²

Utgången i två tvister rörande indirekt expropriation (i dessa fall lagstiftning innebärande förbud mot viss produkt) resulterade i ett klarläggande att så länge som lagstiftningen syftar till att stärka den allmänna välfärden och inte är diskriminerande, så är länder inte heller skyldiga att betala ut ersättning. Grundläggande i båda fallen var att åtgärden vilar på vetenskaplig grund och är sakligt motiverad.

En tvist som ofta omnämns i media är ”Philip Morris mot Australien” rörande beslut om förbud mot märkesnamn på cigarettpaket. Philip

¹⁰ De som är intresserade av investeringsavtals relation till rätt att stifta lag på miljöområdet hänvisas till Åsa Romsons avhandling ”Environmental Policy Space and International Investment Law”, Stockholm 2012.

¹¹ En annan faktor som vägs in vid bedömningen av ”substantial deprivation” är graden av kontroll över investeringen.

¹² Richard Happ och Noah Rubins. (2009). ”Digest of ICSID awards and decisions 2003-2007”. Se även ex. tvisten Total vs. Argentina.

Morris tvist är dock ännu inte avslutad och några slutsatser kan därför inte dras av tvisten. Detsamma gäller för tvisten Lone Pine Resources Inc mot Kanada som rör ett återtagande av tillstånd gällande utvinning av gas med den omtvistade metoden ”fracking”.

Vattenfalls ärende mot Tyskland, p.g.a. beslut om att snabbare fasa ut kärnkraften, har också fått stor medial uppmärksamhet. Ärendet rör dock inte en BIT utan Europeiska energistadgefördraget. Tvisten är fortfarande pågående. Därtill har Vattenfall haft en tvist med Tyskland rörande kolraftverk i Hamburg som grundar sig i fördraget. Parterna förlikades, men har inte lämnat några uppgifter om utkomsten av förlikningen och kommer sannolikt inte heller att göra så framöver. Det finns 51 kända tvister under Energistadgefördraget, men eftersom strukturen på fördraget och strukturen på BIT:s, inklusive tvistlösningsmekanismen är väldigt snarlika kan dessa lätt sammanblandas.

Är en skatt en expropriation?

I princip är en skatt inte att betrakta som en expropriation i investeringsavtal, om inte skatten är väldigt hög och anses leda till ”substantial deprivation” (se ovan).

Vilken ersättning har ett företag rätt till?

I stort sett samtliga investeringsavtal som ingås idag reglerar hur beloppet som ska utgå som ersättning ska räknas ut. Oftast ska beloppet täcka värdet på investeringen plus ränta. Värdet ska uppskattas utifrån hur mycket investeringen var värd precis innan åtgärden företogs. Något ytterligare skadestånd utgår normalt inte. Det belopp som ska betalas ut av ett land som förlorat en tvist är således ungefär detsamma som landet skulle ha betalat kompensation till investeraren om landet agerat korrekt vid en direkt expropriation.

2 Investeringsdelen i avtalen med USA (TTIP)

Investeringsavtalet med USA (en del av TTIP) kommer sannolikt inte påverka investeringsflödena i särskilt stor utsträckning mellan Sverige och USA, eftersom båda länderna är fungerande rättsstater. Sverige har heller inte tidigare ansett det nödvändigt att förhandla en BIT med USA.

USA utgår i förhandlingen från sitt standardavtal ”US Model BIT 2012” och kommissionen utgår från EU:s medlemsstaters ”best standards”, vilka i sin tur baseras på medlemsstaternas egna BIT:s. Att det inte finns någon ”EU Model BIT” (och därmed inte heller en gemensamt utarbetad position) leder ofta till en intern debatt inom EU hur avtalet ska utformas.

Det är troligt att TTIP kommer att likna CETA i investeringsdelen. Av denna anledning så utgår svaren på frågorna rörande TTIP från hur CETA är formulerat.

USA har idag investeringsavtal med nio medlemsstater i EU. Enligt statistik från UNCTAD har amerikanska investerare stämt europeiska stater tolv gånger. Av dessa har staterna vunnit tre. Två tvister är förlikade, sex är inte avgjorda och i en tvist är utgången okänd. Såvitt känt har alltså inte någon amerikansk investerare vunnit en tvist mot ett land som är medlem i EU.

ISDS i TTIP-avtalet?

Frågan om huruvida ISDS kommer att inkluderas i TTIP går idag inte att besvara. Det är emellertid USA:s, och majoriteten av EU:s medlemsstaters uttryckliga vilja, att ISDS ska ingå i avtalet. Den 31 januari 2014 pausade kommissionen förhandlingarna med USA för att samråda med befolkningen i medlemsländerna (konsultation) om hur de önskar att avtalet ska se ut med avseende på bl.a. ISDS. Samrådet påbörjades den 27 mars 2014 då kommissionen publicerade ett samrådsunderlag som bl.a. utgörs av texter från ett frågeformulär samt texter ur det ännu inte färdigförhandlade CETA. Samrådet avslutas 90 dagar efter det att den sista officiella språkversionen tillhandahållits.

Handelskommissionär Karel De Gucht anför som skäl till att ISDS behövs i investeringsavtalet, att eftersom amerikansk lag inte explicit förbjuder diskriminering mot utländska företag så föreligger alltid en risk för orättvis behandling. Även om USA:s rättsväsende är pålitligt så talar de 21 kanadensiska och mexikanska investeringstvisterna mot USA, under NAFTA-avtalet, för att utländska investerare kan möta problem. Slutligen anför De Gucht att avtalet med USA kan komma att bli ett modellavtal för andra investeringsavtal som EU kommer att ingå. Sammantaget utgör detta enligt De Gucht skäl för att ISDS ingår i TTIP.

Kommer amerikanska företag att kunna gå till skiljenämnd för att tvinga de europeiska länderna att tillåta deras produkter?

Enligt samrådsunderlaget från kommissionen avseende TTIP kommer ISDS endast att kunna användas vid tvistemål gällande en redan etablerad investering. Det innebär att ISDS inte omfattar prövning av frågor om marknadstillträde (market access i pre-establishment). En skiljenämnd kommer alltså inte att (via en skadeståndstvist) kunna döma att varor som är förbjudna i EU ska bli lagliga. En skiljenämnd kan inte

heller kräva regeländringar i länder utan endast utdöma ekonomisk kompensation.¹³

Vilka företag kan använda sig av EU:s avtal med USA?

En kritik som anförs mot investeringsavtal är att det går att få tillgång till ett annat lands BIT genom att upprätta ett skalbolag i det andra landet och låta investeringen ske via detta bolag. Denna problematik har uppmärksamats och för att förhindra ”BIT:s shopping” har CETA formulerats så att för att juridiska personer ska få tillgång till investeringsavtalet måste företaget ha sin huvudsakliga verksamhet i någon av de kontraktbundna staterna. I samrådsunderlaget till TTIP fastslås att skalbolag inte kommer att vara skyddade av TTIP. Således kommer TTIP sannolikt att få samma utformning som CETA.

Kommer TTIP att leda till att medlemsstaterna avstår från att lagstifta på miljöområdet?

I förhandlingsdirektiven till TTIP och CETA står uttryckligt att medlemsstaterna ska bibehålla rätten att lagstifta inom områden såsom miljö och hälsa. Avtalsförslag som skulle bryta mot direktiven i denna del blir sannolikt inte antagna av rådet och/eller av Europaparlamentet. Samtidigt bör hållas i minnet att tillämpning av lagstiftning alltid ger ett utrymme för tolkning.

Om det införs ett vinstförbud i välfärdssektorerna skulle TTIP kunna leda till en fällning i ISDS?

I Sverige har flera politiker och debattörer hävdats att om ett amerikanskt bolag, i en investeringstvist, anför att vinstförbud i välfärdssektorerna bryter mot investeringsavtalet, så skulle detta kunna resultera i en fällning i ISDS. Om så blir fallet beror emellertid på hur ett eventuellt vinstförbud införs men även på omständigheterna kring när investeringen gjordes. Det är främst två artiklar i avtalen som skulle bli aktuella i en sådan tvist, nämligen rättvis och skälig behandling och indirekt expropriation.

Såsom artikeln som rör rättvis och skälig behandling är formulerad i CETA krävs det att staten gör en ”specific representation” för att skapa en ”legitimate expectation”. Detta tolkar kollegiet som att det krävs att stat eller kommun företar en aktiv åtgärd för att skapa en berättigad (legitim) förväntan. Så länge stat eller kommun avhåller sig från ett sådant agerande skulle ett vinstförbud i välfärdssektorn sannolikt inte

¹³ Detta är den vedertagna tolkningen av de konsekvenser som en ISDS-prövning kan leda till.

leda till ett brott mot denna artikel. Troligen får denna artikel i TTIP samma formulering som i CETA.

Gällande artikeln som rör indirekt expropriation så beror utgången till övervägande del på hur mycket investeringens värde påverkas. De flesta skiljenämnder är överens om att en åtgärd är att betrakta som en expropriation om värdeminskningen är nära 100 procent.¹⁴ Ett vinstförbud måste således dramatiskt minska värdet på investeringen för att utgöra ett brott mot artikeln.

Tyder tvisten Achmea vs. Slovakien på att Sverige skulle fällas i ISDS om ett vinstförbud införs i välfärdssektorerna?

Eftersom beslutet i den omtalade tvisten Achmea (tidigare Eureko) vs. Slovakien är hemligt så ger detta fall ingen vägledning till om ett vinstförbud i Sverige skulle kunna leda till en fällning i ISDS. Tvisten handlar om att det nederländska försäkringsbolaget Achmea år 2006 hade investerat på den nyligen liberaliserade slovakiska hälsoförsäkringsmarknaden. År 2007 återtogs reformen efter ett regimsskifte, genom att det infördes ett förbud att dela ut vinster till ägarna. En investeringstvist inleddes. Under tiden denna pågick gjorde den slovakiska konstitutionsdomstolen bedömningen att vinstförbudet stred mot konstitutionen vilket ledde till att lagen om vinstförbud togs bort år 2011. Enligt ett pressmeddelande beslutade skiljenämnden i december 2012 att Slovakien skulle betala sammanlagt ca 25 miljoner euro till Achmea. Eftersom beslutet inte är offentligt så går det endast att spekulera i vad som ledde fram till domen. Enligt obekräftade uppgifter fann skiljenämnden att Slovakien hade brutit mot artiklarna rättvis och skälig behandling samt mot rätten att överföra tillgångar. Brott mot artikeln rättvis och skälig behandling bygger på behandlingen i det specifika fallet och generaliseringar är därför svåra att göra utifrån ett enskilt fall.

Vilken insyn kommer det att bli i investeringstvister mellan EU:s medlemsstater och USA?

ISDS har fått kritik för att förhandlingarna sker i stängda rum och att utslagen ofta är hemliga eftersom de kan röra känsliga uppgifter.

I kommissionens samrådsunderlag gällande TTIP/ISDS betonas vikten av transparens och att ISDS ska omfattas av UNCITRAL:s transparensregler. Eftersom US Model BIT eftersträvar transparens i

¹⁴ Kollegiets analys utgår från att artiklarna i TTIP kommer att se ut som artiklarna gör i den version av CETA som var aktuell i april 2014. Däremot analyseras inte konsekvenserna av en tvist som har sin grund i Sveriges redan befintliga BIT:s.

ISDS kommer detta sannolikt inte att bli en svår fråga i förhandlingen utan parterna kommer förmodligen att verka för att det ska finnas insyn i tvisterna även om insynen begränsas i vissa delar.

UNCITRAL:s transparensregler trädde i kraft den 1 april 2014. Tillägget har automatisk verkan för framtida traktat som hänvisar till UNCITRAL:s regler. Det finns i en enskild tvist även möjlighet för fördragsslutande stater och investerare att välja att detta tillägg ska tillämpas, även om UNCITRAL:s regler inte tillämpas. UNCITRAL försöker även få till en konvention där stater kan välja att deklarerat att skiljeklausuler i samtliga av statens existerande investeringstraktat ska anses omfatta dessa nya transparensregler.

Går det att överklaga ett ISDS-beslut med anknytning till TTIP eller CETA?

Det går normalt inte att överklaga utgången i en investeringstvist, men förhandlingar pågår i CETA om det ska bli möjligt.¹⁵ Om något liknande kan komma att ingå i TTIP är i dagsläget oklart.

En överinstans förutsätter en högre kompetens än vad ledamöterna i en skiljenämnd kan bidra med. Därtill förutsätts att ledamöterna inte skiftas i alltför hög utsträckning, eftersom det kan leda till en spretig praxis. Kommissionen har ännu inte förklarat hur detta ska uppnås. ICSID-reglerna tillåter redan idag en överprövning, men den omfattar endast processuella fel. Därtill är en process redan idag kostsam och drar ut på tiden. Fördelen med en fungerande överinstans är att det leder till en mer sammanhållen rättspraxis, vilket vore välkommet.

I CETA pågår förhandlingar om att införa en kommitté som ska kunna binda skiljenämnder vid vissa tolkningar av avtalet. En sådan kommitté är för EU:s del tänkt att föregås av ett kommittéförfarande.¹⁶ Möjligen kommer detta att bli aktuellt även i TTIP.

¹⁵ En dom som bottnar i UNCITRAL:s regler måste ha ett säte – d.v.s. vara kopplad till en nationell jurisdiktion. Det innebär att en skiljedom kan angripas i enlighet med vad som följer av nationell rätt. I Sverige regleras det i lagen om skiljeförfarande (1999:116) §§ 33–36. Prövningen är dock inte en överprövning rörande det materiellt riktiga i skiljedomen utan omfattar endast det processuella. I princip alla utvecklade länder har samstämmiga grunder för sådana processer.

¹⁶ Med "kommittéförfarande" menas att kommissionen måste samråda med särskilda kommittéer när den genomför EU-lagstiftning. Kommittéerna består av experter från EU-länderna och genom dem kan kommissionen föra en dialog med förvaltningen i medlemsstaterna innan den vidtar genomförandeåtgärder. Källa: Regeringskansliet: <http://www.regeringen.se/sb/d/2729#K>

Vem betalar för tvisten?

Historiskt har respektive part stått för de egna ombudskostnaderna och delat på kostnaden för skiljenämnden. I CETA är det tänkt att den förlorande parten ska stå för merparten av kostnaden för tvisten. Om ett land vinner tvisten är det således investeraren som ska betala för landets ombudskostnader och kostnaderna för skiljenämnden. I vissa fall kan skiljenämnderna fördela kostnaderna mellan parterna om något annat skulle vara oskäligt. I genomsnitt kostar en tvist i ISDS sammanlagt ca 8 miljoner USD.