



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Daniel Sällberg

EU:s och USA:s förslag till tvistlösning i TTIP
En regeljämförelse

LAGM01 Examensarbete

Uppsats på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: period 1 VT2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 INTRODUKTION TILL ÄMNET	6
1.2 PROBLEMFORMULERING	7
1.3 SYFTE	8
1.4 DISPOSITION	8
1.5 AVGRÄNSNINGAR	8
1.6 METOD	10
1.6.1 <i>Material och forskningsläge</i>	10
2 KÄLLOR TILL INTERNATIONELL INVESTERINGSRÄTT	12
2.1 NATIONELL LAGSTIFTNING	12
2.2 INTERNATIONELL SEDVANERÄTT	12
2.3 BILATERALA INVESTERINGSAVTAL (BITS)	13
2.4 MULTILATERALA AVTAL	14
2.4.1 <i>WTO</i>	15
2.4.2 <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)</i>	16
2.4.3 <i>Energy Charter Treaty (ECT)</i>	17
2.4.4 <i>North American Free Trade Agreement (NAFTA)</i>	18
2.5 PREJUDIKAT	18
3 BAKGRUND TILL TTIP	19
3.1 TRANSATLANTIC TRADE AND INVESTMENT PARTNERSHIP (TTIP)	19
3.2 EU:S TIDIGARE (ISDS-) AVTAL	20
3.2.1 <i>Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)</i>	20
3.3 USA:S TIDIGARE ISDS-AVTAL	22
3.3.1 <i>Trans-Pacific Partnership (TPP)</i>	22
4 EU:S TVISTLÖSNINGSFÖRSLAG I TTIP	24
4.1 INTRODUKTION: EU:S FÖRHANDLINGSPPOSITION	24
4.2 EU:S FÖRSLAG PÅ REMISS 2016 - UPPLÄGG	25
4.2.1 <i>Förutsättningar för att driva en tvist: Investeringsskyddet</i>	26
4.3 BEFOGADE FÖRVÄNTNINGAR UR ETT INVESTERARPERSPEKTIV	27
4.3.1 <i>Transparens</i>	27
4.3.2 <i>Tillgänglighet</i>	29
4.3.3 <i>Förutsägbarhet</i>	30
4.4 OFFENTLIG DEBATT KRING FÖRSLAGET	32
4.5 NÄSTA STEG	33
5 USA:S TVISTLÖSNINGSFÖRSLAG I TTIP	34
5.1 INTRODUKTION: USA:S FÖRHANDLINGSPPOSITION	34
5.2 2012 U.S. MODEL BIT – UPPLÄGG	34
5.2.1 <i>Förutsättningar för att driva en tvist till skiljedom</i>	35
5.3 BEFOGADE FÖRVÄNTNINGAR UR ETT INVESTERARPERSPEKTIV	36
5.3.1 <i>Transparens</i>	37
5.3.2 <i>Tillgänglighet</i>	38
5.3.3 <i>Förutsägbarhet</i>	38

6	LEGALITET – DE BÅDA FÖRSLAGENS EVENTUELLA OFÖRENLIGHET MED EU-RÄTTEN	41
6.1	BAKGRUND	41
6.2	AUTONOMI	42
6.3	ARTIKEL 340 FEUF: ELLER HUR MAN STÄMMER EU	44
6.4	ATT BESTÄMMA VEM SOM ÄR SVARANDE	45
6.5	EN FUNGERANDE INRE MARKNAD	46
7	DISKUSSION	48
8	ANALYS	50
8.1	TRANSPARENS	50
8.2	TILLGÄNGLIGHET	52
8.3	FÖRUTSÄGBARHET	55
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
	<i>Litteratur</i>	59
	<i>Artiklar</i>	60
	<i>Publikationer</i>	60
	<i>Rättsfall & Utlåtanden</i>	61
	<i>Elektroniska resurser</i>	62
	<i>Lagar, traktat, förordningar & resolutioner</i>	65
	<i>Övriga källor</i>	67

Summary

The purpose of this thesis was to make a comparison between the two proposals for investment dispute resolution under TTIP, currently being negotiated between the European Union and the United States. The study was made to answer the following question:

- What level of protection does the US and the EU proposals, respectively, grant an investor wanting to safeguard an investment?

The question was answered using a dogmatic approach, with the help of a comparative method for some of the analysis.

The two proposals have much in common as regards to claims, defense, amicable resolutions and negotiations, choice of law and rules of interpretation. The prerequisites for taking a case to court following a breach of the agreement are clear and fully regulated through both proposals.

The most notable differences come from the choice of forum. The US uses a traditional arbitration procedure while the EU proposes a permanent court not unlike national and international courts, including a court of appeals. The findings are that the US proposal will lead to shorter wait, more flexibility, a slightly higher level of transparency and less conflict of interest amongst the judges. The EU proposal might very well lead to a richer set of case law, although at the expense of lengthier and more expensive proceedings. A number of possible conflicts of interest with the established EU legal order are identified, which might possibly lead to a distortion of competition and uncertainty. The thesis ends with the conclusion, however, that both of the proposed dispute settlement mechanisms offer reasonable possibilities to safeguard an investment under any of the proposals.

Sammanfattning

Syftet med uppsatsen var att göra en regeljämförelse av USA:s och EU:s förslag till tvistlösning i handels- och investeringsavtalet TTIP, som förhandlades fram då uppsatsen skrevs. Studien gjordes med följande frågeställning som grund:

- Vilka möjligheter ger USA:s respektive EU:s nuvarande förslag till tvistlösningsmekanism i TTIP en investerare att bevaka sin investering?

Frågan besvarades genom en rättsdogmatisk metod med inslag av en komparativ jämförelse i analysen.

Förslagen har mycket gemensamt vad gäller käromål, svaromål, inledande förhandlingar, lagval och tolkningsregler. Förutsättningarna för att driva en tvist om avtalsbrott mot TTIP är i båda förslagen mycket tydliga och regleras helt genom avtalen.

De stora skillnaderna märks i valet av forum. USA:s skiljenämnds förfarande ställs mot EU:s förslag på en permanent domstol med tillhörande överklagandeinstans. USA:s förslag leder enligt analysen till kortare väntetider, större flexibilitet, en något större transparens och mindre risk för jäv mindre genom att parterna tillsammans väljer sina domare till skillnad mot EU:s förslag där de permanenta domarna väljs uteslutande genom EU:s och USA:s försorg. EU:s föreslagna system med två instanser kan mycket väl leda till en rikare praxis än i fallet med USA:s enda instans, men i investerarens fall på bekostnad av en längre och dyrare process.

Ett par tänkbara konflikter med EU:s befintliga rättssystem har identifierats, vilket kan leda till en snedvriden konkurrens och osäkerhet. Den sammanlagda bedömningen blir ändå att en investerare har goda möjligheter att bevaka sin investering genom båda de föreslagna tvistlösningsmekanismerna.

Förord

“I know what you're thinking. ‘Did he fire six shots or only five? Well, to tell you the truth, in all this excitement I kind of lost track myself. But being as this is a .44 Magnum, the most powerful handgun in the world, and would blow your head clean off, you've got to ask yourself one question: ‘Do I feel lucky?’ Well, do ya, punk?!”
- *Dirty Harry (1971)*

Jag vill passa på att tacka min fantastiska handledare, som från första handledningstillfället och fram till skrivande stund (några timmar före inlämning) peppat och drivit på mig med goda råd, synpunkter och filmcitat. Tack Henrik!

Mina föräldrar och min fantastiska syster sänder jag en varm tanke. Till att uttrycka min tacksamhet på papper finns inga ord.

Tack ”L.”, för Pollyn och Gott & Blandat.

Förordet är skrivet på samma sätt som jag skrivit resten av uppsatsen. Sent på natten, skrivandes på min Mac, med Taylor Swift i hörlurarna. På dagarna har jag sett om Game of Thrones, gråtit lite, och trösttit.

Läsaren vill jag önska trevlig läsning.

Daniel Sällberg
Lund, 2016-05-23

Förkortningar

BIT	Bilateral Investment Treaty
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
DSB	Dispute Settlement Body
ECT	The Energy Charter Treaty
EUF	Treaty on European Union
FEUF	Treaty on the Functioning of the European Union
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ICC	Internationella handelskammarens skiljedomsinstitut i Paris
ICC Arbitration Rules	The Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce
ICJ	Internationella Domstolen i Haag
ICS	Investment Court System
ICSID	(Världsbankens) International Center for Settlement of Investment Disputes
ICSID Convention	the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965

ICSID Additional Facility Rules	the Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
SCC	Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
TPP	Trans-Pacific Partnership
WTO	World Trade Organization
UNCITRAL	(FN-organet) United National Commission on International Trade Law
UNCITRAL Arbitration Rules	the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

Uppsatsens ämne är konfliktlösning i internationell investeringsrätt.

EU och USA står tillsammans för cirka hälften av världens BNP och en tredjedel av de globala handelsflödena. De båda regionerna har sedan länge goda handelsrelationer och en djup ekonomisk integration – varje dag handlas varor och tjänster över Atlanten för nästan två miljarder euro. USA är EU:s viktigaste handelspartner och vice versa.¹

Den arbetsgrupp som EU och USA tillsatt 2011 för att etablera ett transatlantiskt samarbetsforum rekommenderade i sin slutrapport ledarna på båda sidor om Atlanten att inleda förhandlingar om ett långtgående frihandelsavtal². EU-kommissionen är den institution som förhandlar frihandelsavtal inom EU, på mandat av medlemsstaterna. Den 14 juni 2013 antogs förhandlingsmandatet om ett transatlantiskt handels- och investeringsavtal (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) genom ett beslut i Rådet för utrikesfrågor.³ EU-kommissionen fick därigenom ett formellt mandat och TTIP är nu i sin 14:e förhandlingsrond.

För att avtalet ska fungera måste marknadens aktörer lita på att det som avtalats genomförs, varför valet av tvistlösningsmekanism kan bli avgörande. Tvistlösningsmekanismen kan till exempel ge investerare en möjlighet att inleda ett internationellt skiljeförfarande mot ett värdland om den anser att landet brutit mot de garantier som avtalats fram. Skiljeförfarandet har den fördelen att det ger en oberoende prövning av tvisten, utanför den stämda statens eget rättsväsende, samtidigt som parterna

¹ *Final Report: High Level Working Group on Jobs and Growth* (11 februari 2013), s. 1.

² *Ibid.*, s. 2

³ *Press Release*, Luxemburg (14 juni 2013), 3245th Council meeting, *10862/13 EN*, Council of the European Union.

tillsammans kan bestämma hur tvisten ska avgöras. Genom möjligheten till skadestånd i dessa skiljeförfaranden stärker tvistlösningsmekanismen avtalen och gör det därmed mer attraktivt för utländska investerare att etablera sig i värdlandet. Denna form av tvistlösning har varit dominerande i internationella investeringsavtal under de senaste decennierna och är den tvistlösningsform som USA har föredragit i sina tidigare frihandelsavtal.

EU:s internt publicerade förslag innehåller en hänvisning till kommissionens framtida vision om en ”världsdomstol” för investeringsfrågor (Investment Court System, ICS)⁴. Förslaget kommer sannolikt att ställas mot USA:s beprövade tvistlösningsförslag i form av en *ad hoc* skiljedomstol. Från att ha haft en liknande syn på tvistlösningsmekanismen i investeringsavtal (jämför ECT och NAFTA, se kapitel 2.4.3 och 2.4.4 nedan) har vi nu två skilda förslag på tvistlösning i TTIP.

1.2 Problemformulering

Transparens, förutsägbarhet och tillgänglighet. Graden av dessa egenskaper i ett tvisteförfarande påverkar i hög grad möjligheten att räkna hem en investering.

Då egenskaperna, och i vilken grad de premieras, ställs mot andra värden (som ”folkens välfärd” i EU-fördraget) på den politiska arenan behöver ovanstående egenskaper brytas loss och analyseras för att jämföra investerarens juridiska möjligheter inom de två förslag som nu är aktuella vid tvistlösning i TTIP: Traditionellt skiljedomsförfarande och den permanenta domstolen ICS.

⁴ *TTIP:EU*, art. 12.

1.3 Syfte

Syftet är att göra en regeljämförelse av USA:s och EU:s förslag till tvistlösning i handels- och investeringsavtalet TTIP som nu förhandlas fram. Syftet är vidare att presentera parternas tidigare slutna avtal och i analysdelen med hjälp av dessa göra en bedömning av i vilken mån en investerare kan bevaka sina intressen enligt förslagen.

Frågeställningen kan sammanfattas i följande mening:

- Vilka möjligheter ger USA:s respektive EU:s nuvarande förslag till tvistlösningsmekanism i TTIP en investerare att bevaka sin investering?

1.4 Disposition

Uppsatsen inleds i kapitel 2 med att beskriva källorna till internationell investeringsrätt. Detta dels för att ge kontext till de två förslagen men även för att beskriva utfyllande rätt. Kapitel 3 ger bakgrunden till frihandels- och investeringsavtalet TTIP och beskriver USA:s och EU:s senast slutna avtal för att visa på utgångspunkten för de båda parterna. Fjärde och femte kapitlen presenterar respektive förhandlingsposition och förslag till tvistlösning vid investeringstvister i samband med TTIP. I kapitel 6 undersöks och analyseras de båda förslagens förenlighet med EU-rätten. I kapitel 7 förs en allmän diskussion inför den avslutande analysen i kapitel 8.

1.5 Avgränsningar

TTIP är på väg att bli den rättsliga ramen till världens största handelsområde, och hundratals jurister på båda sidor av Atlanten är ett par

är in i processen att ta fram en fördragstext. Förhandlingarna är till viss del hemliga, vilket av nödvändighet avgränsar uppsatsen till att omfatta de förhandlingspositioner som är tillgängliga för allmänheten i skrivande stund, alltså perioden fram till och med 23 maj 2016. Det bör poängteras att förhandlingarna är långt ifrån avslutade och att uppsatsen i de senare delarna måste läsas med detta i åtanke.

I jämförelsen med tidigare frihandelsavtal och tillhörande tvistlösnings-system avgränsas undersökningen till respektive parts senast slutna avtal, då syftet inte är att göra en historisk utan en samtida jämförelse.

Vidare har uppsatsen avgränsats till att endast undersöka den del av avtalsförslagen som reglerar tvistlösningsprocesser mellan investerare och någon av de avtalsslutande parterna. Reglerna kring tvistlösning mellan fördragsparterna (alltså State-State) ligger utanför uppsatsens syfte.

Bedömningen görs baserat på i vilken grad förslagen bidrar till transparens, tillgänglighet och förutsägbarhet på investerarnivå.

Med transparens avses, för denna uppsats syfte, vilken insikt omvärlden får i processen. Både investerare och fördragspart påverkas av till vilken del processen sker inför öppen ridå. Tillgänglighet avser bestämmelser som har betydelse för hur snabb och lättillgänglig en process förväntas bli, något som är avgörande för alla investerare ur processekonomisk synvinkel – och möjligen helt avgörande för mindre eller medelstora företag med begränsade resurser. Graden av förutsägbarhet vad gäller tvistens utgång påverkar viljan att förlika eller undvika en process helt och hållet - samtidigt som en stor förutsägbarhet kan öka (eller minska) investeringsviljan redan innan ett problem uppstår eftersom investeraren kan förutse USA:s och EU:s möjligheter att i efterhand kringgå eller påverka vad som avtalats.

Det finns många andra studier som försökt uppskatta totala effekterna av ett framtida TTIP och detta ligger närmare en uppsats i nationalekonomi.

Denna studie begränsas till att undersöka de juridiska förutsättningar som påverkar investeringsklimatet, en del av helheten.

I undersökningen av avtalsförslagets legalitet begränsas uppsatsen till eventuella konflikter med EU:s fördrag och rättsordning. Det är möjligt att förslagen även kan leda till konflikter med USA:s konstitution och rättsväsende, något som skulle vara ett intressant ämne för vidare forskning, men detta ligger utanför denna uppsats avgränsning.

1.6 Metod

Metoden för uppsatsen är traditionell rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatiken systematiserar och tolkar gällande rätt med ledning av de primära rättskällorna⁵. De rättskällor som använts i uppsatsen är lagar, internationella avtal, sedvana, rättspraxis och juridisk doktrin. Vid sidan om dessa har allmänna grundläggande principer och rättsgrundsatser beaktats. Avtalsförslagen använder även internationella avtal och internationell sedvanerätt som utfyllande rätt på många områden, varför dessa måste redovisas för att kunna tolka avtalen. Rättsfallsanalys har använts som en kompletterande metod till rättsdogmatiken i analysen av tidigare praxis på området. Komparativ metod har använts i den jämförande delen av analysen i kapitel 8. Argumentationen förs dels *de lege lata*, dels *de lege ferenda* och är i denna mening normativ-deskriptiv.

1.6.1 Material och forskningsläge

De viktigaste källorna för uppsatsens inledande del är dels doktrin på ämnet och dels tillgänglig statistik från världshandelsorganisationer samt tillgängliga rättsfall. Investeringsrätt är ett både aktuellt och omskrivet ämne och det var inga problem att finna material till uppsatsens inledande del. Internationell tvistlösning präglas dock fortfarande av ett visst

⁵ Korling, Zamboni (2013), *Juridisk Metodlära*, s. 17-18.

hemlighetsmakeri och en brist på transparens. Tillgänglig statistik, främst från FN:s underorgan United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)⁶ samt tillgängliga rättsfall måste ses som en del av en helhet och den ger inte nödvändigtvis hela bilden, även om den får ses som den bästa bild som är tillgänglig.

I den sista och undersökande delen av uppsatsen, som presenterar och analyserar de två aktuella förslagen, är materialet nästan uteslutande baserat på de dokument som utgör USA:s och EU:s förslag, då händelserna ibland ligger så nära som några veckor tillbaka i tiden.

EU:s nya förslag till en permanent investeringsdomstol undersöks genom det officiella materialet, medan USA:s förslag analyseras genom tidigare syskonavtal (Trans-Pacific Partnership, TTP) samt deras modellavtal från 2012. Detta för att ge en så aktuell och samtidigt korrekt bild som möjligt av förhandlingar och förslag.

⁶ FN:s konferens om handel och utveckling.

2 Källor till internationell investeringsrätt

2.1 Nationell lagstiftning

Det går inte att bortse från nationell lagstiftning som källa till internationell investeringsrätt, då de flesta skiljedomstolar beaktar inhemsk lagstiftning vid sidan om internationella bestämmelser.⁷

En del länder har lagstiftning som uteslutande reglerar utländska direktinvesteringar (exempelvis till syfte att locka utländska investerare genom skattelättnader). Inhemska lagar spelar även en uppenbart stor roll genom att de skapar grundförutsättningarna för affärsverksamheten i fråga (via sin arbetsrätt, handelsrätt, civilprocesslagstiftning, o.s.v.) vilket även kan bli avgörande i frågor gällande vilka befogade förväntningar en investerare kan ha haft i fråga om en investering. Det kan vidare vara så att ett internationellt investeringsavtal direkt hänvisar till nationell lagstiftning för att reglera delar av ett avtal, eller för att bestämma definitionen av nyckeltermen (som t.ex. vad begreppet ”investering” omfattar).⁸

2.2 Internationell sedvanerätt

Internationell sedvanerätt var fram till 1950-talet den primära källan till regler vid utländska direktinvesteringar. Ett antal stora tvister mellan utländska direktinvestorer och deras värdländer under perioden efter andra världskriget uppenbarade dock stora luckor i sedvanerätten och utvecklingen har sedan dess gått mot allt fler multi- och bilaterala investeringsavtal.⁹

⁷ Douglas, Pauwelyn & Viñuales (2014), s. 222.

⁸ Ibid. s. 223.

⁹ UNCTAD (2015), sid 121 ff.

Den internationella sedvanerätten har trots detta fortfarande en viktig roll att fylla, genom att den utgör bakgrunden för alla internationella avtal¹⁰. Bilateral investeringsavtal (se kapitel 2.3 nedan), och andra internationella investeringsavtal, tolkas och fylls ut med internationell sedvanerätt vid en eventuell tvist. *Wienkonventionen om traktaträtten* (till vilken USA och samtliga EU-länder utom Frankrike är medlemmar) stadgar att alla relevanta internationella rättsregler ska tas i beaktande vid tolkningen av internationella traktat.¹¹

Även i multilaterala avtal spelar sedvanerätten en utfyllande roll och utgör således en bakgrund till avtalen. Som exempel kan nämnas ett uttalande från NAFTA:s frihandelskommitté i juli 2001, där handelsministrar från de tre medlemsländerna uttalade att tolkningen av bland annat minimistandarder ska tolkas utifrån internationell sedvanerätt.¹²

2.3 Bilateral investeringsavtal (BITs)

Ett *bilateralt investeringsavtal* (på engelska *bilateral investment treaty* eller *BIT*) är ett avtal som reglerar villkoren för privatinvestering av medlemsmedborgare eller företag i en stat på en annan stats territorium¹³.

De flesta BITs ger investerare bosatta i en av avtalets medlemsländer en rad garantier vid investeringar i det andra medlemslandet. Som exempel kan nämnas rättvis och jämlik behandling, skydd mot expropriation och rätt att fritt överföra kapital. Fokus ligger ofta på att minska den stora osäkerhet som finns kring vilken ersättning en utländsk investerare får om dennes tillgångar exproprieras.¹⁴

¹⁰ UNCTAD (2004), s. 14

¹¹ Wienkonventionen om traktaträtten art. 31.3 (c)

¹² UNCTAD (2004), s. 239

¹³ *ibid.* s. 240

¹⁴ Kommersskollegium (2013), s. 1

Det mest använda skiljeinstitutet för investeringstvister är Världsbankens International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), men även Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (SCC) och Internationella handelskammarens skiljedomsinstitut i Paris (ICC) används i stor utsträckning. De mest använda skiljereglerna i investeringstvister kommer från ICSID och FN-organet United National Commission on International Trade Law (UNCITRAL).¹⁵

Då det rör sig om skiljeförfaranden, där parterna själva bestämmer vad som ska publiceras, finns ingen fullständig information om antalet investeringstvister eller dess innehåll. Trenden går dock mot en ökad öppenhet kring investeringstvister och FN-organet UNCTAD sammanställer varje år statistik över kända investeringstvister. I rapporten från 2015 redovisas att över 600 ISDS-tvister har inletts sedan 1987, och att ca 200 av dessa inleddes de senaste fyra åren (vilket dock måste ses i ljuset av att trenden att redovisa allt fler tvister blivit starkare)¹⁶.

BITs används av i stort sett alla stater i världen och det finns idag över 2800 aktiva BITs¹⁷. Större, kapitalstarka, stater och handelsregioner förhandlar ofta fram nya BITs efter sina egna modellavtal (som t.ex. USA:s modellavtal från 2012, se kapitel 5.2 nedan)¹⁸.

2.4 Multilaterala avtal

Idag finns även ett antal internationella avtal som är öppna för alla stater att gå med i och som har till uppgift att öka världshandeln och förenkla internationella investeringar. Försök har gjorts att skapa en övergripande organisation för att hantera samtliga tvister, handels- och investeringsfrågor

¹⁵ Kommerskollegium (2013), s. 5 ff

¹⁶ UNCTAD (2015), s. 114

¹⁷ Kommerskollegium (2013), s. 1

¹⁸ Office of the United States Trade Representative, *Bilateral Investment Treaties*, <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties>. Hämtad 4 maj 2016.

men än så länge utan resultat¹⁹. Ett av de större, än idag ej helt övervunna hindren, är konflikten mellan marknadsekonomier (där privat äganderätt erkänns) och stater under kommunistiskt styre (där privat äganderätt erkänns i betydligt mindre mån).²⁰

2.4.1 WTO

Handelsavtalet General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) skapades 1947 med syftet att öka den internationella handeln genom minskade tullavgifter, handelskvoter och andra handelshinder. Avtalet hade knutit 123 av världens länder till sig när det efter sin sista förhandlingsrond i april 1994 gick över till att bli ett huvudavtal inom Världshandelsorganisationen (WTO) som bildades följande år. Den ursprungliga lagtexten, modifierad genom GATT 1994 och nu upptagen i WTO, utgör fortfarande grunden inom världshandeln med viktiga regler kring utländsk direktinvestering.²¹

Twistlösningsmekanismen inom WTO bygger i första hand på samråd (Understanding of Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, förkortat DSU) och i andra hand på att en panel sammansätts av WTO:s twistlösningsorgan Dispute Settlement Body (DSB). Panelen ger en rekommendation om åtgärder eller en möjlighet för den förlorande parten att inleda förhandlingar om kompensation (ej finansiell kompensation utan medgivande om marknadstillträde, t.ex. tullsänkningar eller upphävande diskriminerande reglering). Om den förlorande parten inte genomför panelens rekommendationer eller erbjuder kompensation har den vinnande parten rätt att införa motåtgärder efter beslut i en skiljedomspanel. Twistlösningsprocessen och möjligheten att göra sina rättigheter gällande är

¹⁹ T.ex. den föreslagna International Trade Organization 1948.

²⁰ UNCTAD (2015), s. 122

²¹ Trebilcock (2011), *Understanding trade law*, s. 10-11.

begränsad till medlemsstaterna varpå enskilda investerare får bevaka sin rätt genom sitt lands representanter.²²

2.4.2 International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) är ett internationellt skiljedomsinstitut inriktat på att lösa internationella investeringstvister. ICSID är en underorganisation till World Bank Group, och har som mål att underlätta och uppmuntra investeringar över landsgränser samt att minska de politiska risker som följer med utländska direktinvesteringar. Organisationen grundades 1966 och avtalet har idag ratificerats av över 150 stater.²³

Medlemsländerna har genom avtalet förbundit sig att följa de skiljedomar som döms ut i enlighet med dess konvention. ICSID-konventionen innehåller dock endast processuella regler och i sig självt inga konkreta regler till skydd för investerare.²⁴

²² Annex 2, *Dispute Settlement Understanding*, Uruguay Round Agreement, WTO, s. 353 ff.

²³ International Centre for Settlement of Investment Disputes, *About ICSID*, s. 1.

²⁴ Dolzer & Schreuer (2012), s. 238.

2.4.3 Energy Charter Treaty (ECT)

Energy Charter Treaty, förkortat ECT, är ett multilateralt ramavtal inom energi-sektorn. Efter att ursprungligen haft till syfte att integrera dåvarande Sovjets energi-sektor med EU och resten av den industriella världen har avtalet utvidgats i omfång och betydelse. Idag täcker det alla kommersiella aktiviteter inom sektorn, inklusive handel, transport och inte minst investeringar. Avtalet är juridiskt bindande, med tillhörande tvistlösningsmekanism.²⁵

ECT erbjuder investerare en rad möjligheter till tvistlösning. I första skedet måste ett försök göras att lösa konflikten genom samråd. Om det inte går att nå en lösning på detta sätt kan investeraren välja mellan att stämna värdlandet i dess egna domstolar, använda sig av internationell skiljedom eller om så avtalats någon annan tvistlösningsmekanism. Om valet faller på internationell skiljedom är det upp till investeraren att välja bland ett antal skiljedomsinstitut, däribland ICSID, Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut eller en ad hoc tribunal under UNCITRAL:s skiljedomsregler.²⁶

Sektorn är mycket kapitalstark och det är inte ovanligt med skiljedomar i storleksordningen hundratals miljoner dollar. Yukos-fallet från 2014 resulterade i ett rekordstort skadestånd på 50 miljarder dollar²⁷. Fallet är dock långt ifrån över och en holländsk tingsrätt upphävde i april 2016 domen på grunden att skiljedomarna saknade jurisdiktion att döma i fallet²⁸.

²⁵ Summary – European Energy Charter, 2007-01-30, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=URISERV:l27028>. Hämtad 4 maj 2016.

²⁶ Hobér (2013), *Selected writings on investment treaty arbitration*, s. 229 ff.

²⁷ *Yukos shareholders vs. Russia*

²⁸ *Dutch Court Overturns \$50 Billion Ruling Against Russia in Yukos Case*, New York Times (New York edition), 21 april 2016, s. B2

2.4.4 North American Free Trade Agreement (NAFTA)

NAFTA är ett frihandelsavtal mellan USA, Kanada och Mexiko som trädde i kraft 1 januari 1994. Avtalet utnyttjar undantaget inom GATT (nuv. WTO) för frihandelsområden²⁹. Dess syfte är att skapa en fri rörlighet av varor, tjänster, arbetskraft och investeringar.

Twistlösningsmekanismen vid investeringstvister liknar den i ECT. Precis som i ECT är det investeraren som drar fallet inför prövning, genom skiljedomsförfarande under antingen ICSID:s eller UNCITRAL:s regler.³⁰

2.5 Prejudikat

Till vilken grad föregående fall påverkar rättsutvecklingen inom internationell investeringsrätt är en omdiskuterad fråga³¹. Det finns inga formellt bindande regler om prejudikats rättskraft i varken ICSID:s eller UNCITRAL:s regelverk, men frågan kommer ofta upp i skiljedomstolar och investeringstribunaler³². Enligt stadgan för den Internationella Domstolen i Haag (ICJ), om än inte riktat specifikt till investeringstvister, anses prejudikat utgöra en subsidiär rättskälla jämställt med doktrin vid fastställande av gällande rätt³³.

Prejudikat spelar en avgörande roll i många rättssystem, speciellt i common law-länder som USA, men som vi sett även inom EU:s egna rättssystem.

²⁹ GATT 1947 erbjuder två undantag till principen om ”most favoured nation”, nämligen frihandelsområden och tullunionen. Förutsättningarna regleras i lagtextens tredje avdelning.

³⁰ Se NAFTA kap. 11 samt Dolzer & Schreuer (2012) s. 15 ff.

³¹ Douglas, Pauwelyn & Viñuales (2014), s. 223

³² se argument för i *AES v. Argentina* och argument mot (och för) i *Burlington v. Ecuador*.

³³ Statute of the International Court of Justice, art. 38 d.

3 Bakgrund till TTIP

3.1 Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)

TTIP är ett förslag till frihandelsavtal mellan EU och USA. Målet är att öka handeln mellan regionerna och att öka den ekonomiska tillväxten³⁴. De tre huvudområden som förhandlas om är graden av marknadstillgång, varuspecifika regelverk och samarbete/konfliktlösning³⁵. Den första förhandlingsronden startade i juli 2013 och förhoppningen var från början att avtal skulle slutas redan i slutet av 2014³⁶. Nu i maj 2016 är förhandlingarna fortfarande långt ifrån avslutade. Handelskommissionär Cecilia Malmström sa i ett uttalande 2015 att avtalet kunde vara klart tidigast 2017³⁷ och enligt vissa bedömare ser vi inte ett färdigt avtal förrän 2019 eller 2020³⁸. En av de största frågorna som kvarstår är just tvistlösningsmekanismens utformning.

Innehållet i USA:s och EU:s förslag är inte offentligt³⁹, men efter att delar av EU:s förslag läckts till allmänheten i mars 2014⁴⁰ publicerade kommissionen först delar av förslaget som ett offentligt samråd, och följde sedan upp med en överblick av avtalsförslaget i januari 2015⁴¹ varefter säkerheten kring förhandlingarna ökade⁴². Information kring avtalsförslagen

³⁴ *This EU-US trade deal is no 'assault on democracy'*, Ken Clarke, The Guardian (11 November 2013)

³⁵ *State of Play of TTIP negotiations ahead of the 6th round of negotiations*, European Commission DG Trade (11 juli 2014)

³⁶ *EU and US conclude first round of TTIP negotiations in Washington*, European Commission DG Trade, (12 July 2013)

³⁷ *Handelsavtalet mellan EU och USA dröjer*, Sveriges Radio (29 mars 2015)

³⁸ Bland andra ekonomen Hosuk Lee-Makiyama, se *EU-U.S. trade deal seems distant dream after early optimism*. Reuters (16 juni 2015), <http://uk.reuters.com/article/us-eu-usa-trade-idUKKBN0OW0UW20150616>

³⁹ *TTIP controversy: Secret trade deal can only be read in secure 'reading room' in Brussels*, The Independent.

⁴⁰ *TTIP Draft, Trade in Services, Investment and E-commerce* (2 juli 2013).

⁴¹ *Question and Answers on the results of the public consultation: Consultation on investment protection in EU-US trade talks*, Commission DG Trade (13 januari 2013)

⁴² *TTIP controversy: Secret trade deal can only be read in secure 'reading room' in Brussels*, Zachary Davies Boren, The Independent (14 augusti 2015)

fortsätter dock att läcka ut till allmänheten, och så sent som den 2 maj 2016 publicerade Greenpeace Nederländerna 248 läckta sidor ur det amerikanska motförslaget⁴³ (investor-state-tvistlösning täcktes dock ej av den läckta information som var tillgänglig i maj 2016).

3.2 EU:s tidigare (ISDS-) avtal

EU:s medlemsstater förhandlade fram till 2009 själva fram sina egna BITs och i Sverige var det Utrikesdepartementet som förhandlade fram avtalen. Detta förändrades genom Lissabonfördraget och sedan 1 december 2009 faller även utländska direktinvesteringar (FDI) inom EU:s exklusiva kompetens för den gemensamma handelspolitiken⁴⁴. Det är numera (Europeiska) Kommissionen som, på uppdrag av medlemsländerna, förhandlar fram avtal om investeringsskydd. Dessa avtal måste sedan godkännas av både medlemsländerna och (Europeiska) Parlamentet. Det finns även möjlighet för EU:s medlemsländer att förhandla om investeringsskydd på egen hand i de fall EU inte har något intresse av att förhandla fram avtal.⁴⁵

3.2.1 Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)

Frihandelsavtalet Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) mellan EU och Kanada är nu färdigförhandlat och inväntar beslut i EU-parlamentet och EU-rådet innan ratificerandet tar vid.

Avtalet är mycket omfattande och ska inom sju år ha avlägsnat 98% av alla tullavgifter mellan regionerna. Medlemsstaternas rätt att lagstifta och uppnå legitima ändamål (som till exempel miljömål) bibehålls och det poängteras

⁴³ *TTIPleaks: confidential TTIP papers unveil US position*, Greenpeace Press Centre, 1 maj 2016.

⁴⁴ *se* Art. 2.1 och 3.1(e) EUF

⁴⁵ *se* EU-förordning 1219/2012 om införande av övergångsordningar för bilaterala investeringsavtal mellan medlemsstater och tredjeland.

att en investerare inte kan förvänta sig att en lagstiftning förblir oförändrad.⁴⁶

Avdelning fyra i avtalet erbjuder investeringskydd åt utländska direktinvestorer och garanterar en rättvis och jämlik behandling samt fullt skydd och säkerhet (*“fair and equitable treatment and full protection and security”*). Efter att från början förhandlat om ett tvistlösningssystem genom *ad hoc* tribunaler har parterna i det slutliga förslaget enats om en permanent tvistlösningstribunal, vilken liknar EU:s förslag i TTIP-förhandlingarna, ICS.⁴⁷

Tribunalen kommer bestå av 15 domare som sedan delas upp i team om tre för att döma i uppkomna tvister. Domarna utses gemensamt av EU och Canada och de får inte ta andra uppdrag som experter eller rådgivare i andra investeringstvister. En överprövningsinstans kommer även att skapas.⁴⁸

CETA ger därigenom utländska investerare en möjlighet att stämma värdlandet inför en investeringstribunal i det fall de anser sig ha lidit ekonomisk skada på grund av att de behandlats mindre fördelaktigt än inhemska företag eller att ett utlovat skydd uteblivit.⁴⁹

UNCITRALs regler om transparens i investeringstvister är inkorporerat i avtalet⁵⁰. Transparens är viktigt för den politiska legitimiteten och förtroendet för avtalet.

⁴⁶ CETA – *Summary of the final negotiating results*, Commission DG Trade (februari 2016), s. 2 ff.

⁴⁷ Mikael Damberg's uttalande om CETA, Regeringskansliet (1 mars 2016).

⁴⁸ CETA: *EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement*, EU Commission Press Release (29 februari 2016).

⁴⁹ CETA, avd. 3, s. 158-161

⁵⁰ CETA, art. X.33: *Transparency of Proceedings*, s. 174

3.3 USA:s tidigare ISDS-avtal

USA är världens största (national-) ekonomi i nominella termer och näst störst beräknat i köpkraft⁵¹. USA har varje år från 1976 redovisat ett handelsunderskott av varor medan de behållit sitt handelsöverskott på tjänster. Sammanräknat har de redovisat ett handelsunderskott varje år sedan 1982⁵². Ekonomiska bedömare har dock visat på att det endast kostar USA en liten del av dess BNP att finansiera ett större underskott, främst tack vare skillnaderna i avkastning på inhemska och utländska placeringar⁵³. Även växelkursen spelar en betydande roll, vilket lett till att utländska investerare erhållit en lägre avkastning på sina tillgångar i USA jämfört med vad amerikanska investerare fått ut av sina utlandsplaceringar, just på grund av den deprecierande amerikanska dollarn⁵⁴.

The Office of the United States Trade Representative (USTR) förhandlar fram frihandelsavtal åt USA och agerar som presidentens rådgivare vad gäller bland annat landets handelspolicy.⁵⁵

3.3.1 Trans-Pacific Partnership (TPP)

USA har tillsammans med Kanada, Mexiko och nio andra länder i Asien och Oceanien⁵⁶, enats om att sänka tullar och minska handelshinder sinsemellan. Avtalet, som med sina 30 kapitel är mycket omfattande och detaljerat, har nu släppts i sin helhet⁵⁷. USA ser TTIP som ett följeavtal till

⁵¹ *Report for Selected Countries and Subjects*. World Economic Outlook Database (oktober 2015), International Monetary Fund (IMF).

⁵² *U.S. International Trade in Goods and Services*, Bureau of Economic Analysis (5 februari 2015).

⁵³ Kitchen (2007), s. 1036 ff.

⁵⁴ se exempelvis Gourinchas och Rey (2007) för en mer detaljerad analys av växelkursens roll i detta sammanhang.

⁵⁵ *Trade Expansion Act of 1962*, se även <https://ustr.gov/about-us>

⁵⁶ USA, Japan, Malaysia, Vietnam, Singapore, Brunei, Australien, Nya Zeeland, Kanada, Mexiko, Chile och Peru.

⁵⁷ Återfinns sedan 26 januari 2016 bland annat via Nya Zeelands utrikesministerium <https://www.mfat.govt.nz/en/about-us/who-we-are/treaty-making-process/trans-pacific-partnership-tpp/text-of-the-trans-pacific-partnership/>

TTP och USA har gått in i förhandlingarna med samma inställning till utländska direktinvesteringar⁵⁸.

Investeringar regleras i nionde kapitlet⁵⁹ med regler om skiljeförfarande och tvister i kapitel 9 sektion B, Annex 9-J samt lands-specifika tillägg till avtalet⁶⁰. Tvistlösningen sker i ett första skede genom samråd och förhandlingar⁶¹. I det fall detta inte räcker för att lösa tvisten får den klagande parten söka skiljeförfarande i det fall han lidit skada⁶² och den svarande parten (medlemsstat) får i vissa fall göra ett kvittningsyrkande⁶³.

I det fall investeraren önskar föra frågan vidare till ett skiljeförfarande finns fyra alternativ⁶⁴:

1. ICSID-konventionen och *ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings*, i det fall både svarandestaten och investerarens stat är medlemmar av konventionen;
2. ICSID Additional Facility Rules, i det fall antingen svarande eller klagande part är medlem av konventionen
3. UNCITRAL:s skiljedomsregler; eller
4. I det fall båda samtycker, vilket annat skiljedomsinstitut eller skiljeförfarande som helst.

⁵⁸ *Transatlantic Interests In Asia*, Russel (2014), s. 2

⁵⁹ Section B: Investor-State Dispute Settlement, Article 9:18 ff

⁶⁰ se exempelvis USA, Annex I:1 Atomenergi och Annex 1:3 om tillstånd för att överföra teknologi till utländska företag i vissa fall

⁶¹ TPP, art. 9:18 p.1-3

⁶² TPP, art. 9:19 p. 1(a)(ii)

⁶³ TPP, art. 9:18 p. 2

⁶⁴ TPP, art. 9:19 p. 4

4 EU:s tvistlösningsförslag i TTIP

4.1 Introduktion: EU:s förhandlingsposition

EU:s senaste förslag till tvistlösningsmekanism bygger på, och överför i juridisk text, de idéer som presenterades i Kommissionens programförklaring *Investment in TTIP and beyond – the path for reform*⁶⁵, som publicerades i maj samma år (2015)⁶⁶. Det reflekterar även resultatet av det offentliga samråd som Kommissionen organiserade mellan 27 mars och 13 juli 2014⁶⁷.

Förslaget är styrt av Rådets och Parlamentets önskemål, främst genom dess direktiv om förhandling av ett handels- och investeringsavtal med USA⁶⁸ samt Parlamentets resolution från 8 juli 2015⁶⁹ innehållande rekommendationer för TTIP.

⁶⁵ *Concept Paper, Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court.*

⁶⁶ *Reading Guide to the Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Commission DG Trade (16 september 2015), heading 5: *Background and context*.

⁶⁷ Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), 13 juli 2014. Hämtad 11 maj 2016:
http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179

⁶⁸ *Directives for the Negotiation on a Comprehensive Trade and Investment Agreement, called the Transatlantic Trade and Investment Partnership, between the European Union and the United States of America*, ST 11103/13 (17 juni 2013, deklassificerat sedan 9 oktober 2014 genom DCL1 ST 11103/13)

⁶⁹ *European Parliament resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, 2014/2228(INI)

4.2 EU:s förslag på remiss 2016 - upplägg

Förslaget är indelat i två sektioner:

- Investeringskydd (se 4.2.1 nedan)
- Tvistlösning och Investeringsdomstol (ICS) (se 4.3.2 nedan)

Investeringskyddet inleds med att slå fast parternas rätt att lagstifta. I en direkt instruktion till domaren ges staterna rätt att lagstifta av legitima skäl. Avtalsförslaget ger en lång, men ej uttömmande, lista⁷⁰ av sådana skäl: folkhälsa, säkerhet, miljö, allmän moral, socialt skydd, konsumentskydd och kulturell mångfald.

Förslaget reglerar vidare vad som utgör ett åsidosättande av avtalets förpliktelser och vad en investerare kan räkna med när han gör en investering hos någon av parterna.⁷¹ Förslaget slår dock fast att investeringskyddet inte skall tolkas som ett åtagande från medlemsstaterna att inte ändra och utveckla sina rättsliga ramverk, inte ens i de fall en sådan åtgärd riskerar att ändra en investerares förväntade vinst (så länge detta inte görs i syfte att diskriminera).⁷²

Vidare slås det fast att TTIP inte påverkar EU:s rätt att styra statliga stöd och bidrag, varken att ge ut bidrag, avsluta eller återkräva dem (inklusive statligt stöd, exempelvis det för jordbruk och fiske).⁷³

EU:s förslag skiljer sig från USA:s främst genom att föreslå en permanent domstol, en investeringstribunal med tillhörande andra-instanstribunal, liknande nationella och internationella domstolar. Domstolen skulle helt

⁷⁰ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 2, art. 2.1

⁷¹ *Reading Guide to the Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Commission DG Trade (16 september 2015), 2A

⁷² TTIP:EU, kap. 2, sekt. 2, art. 2.2

⁷³ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 2, art. 2.3 samt 2.4

ersätta *ad hoc* skiljedomstolar (ISDS) i tvister mellan investerare och någon av parterna.

Förslagets andra nyhet, i sammanhanget TTIP, har redan inkorporerats i EU:s frihandelsavtal med Kanada (CETA), nämligen etiska krav och krav på offentlighet och transparens.⁷⁴

4.2.1 Förutsättningar för att driva en tvist: Investeringsskyddet

Förslaget innehåller bestämmelser kring fem grundläggande investerings-skydd:

- Ingen expropriation utan kompensation (inklusive indirekt expropriation – definierat i annexet)⁷⁵;
- Möjligheten att överföra och återföra investerade medel över gränserna⁷⁶;
- Generella garantier av rättvis och skälig behandling samt fysisk säkerhet (rättvis och skälig behandling definieras genom en uttömmande lista för att förtydliga och förhindra missbruk)⁷⁷;
- Ett åtagande att staterna respekterar de skrivna och juridiskt bindande kontrakt som sluts med en utländsk investerare⁷⁸;
- Ett åtagande att ersätta förluster knutna till krig eller väpnade konflikter, i samma mån som till inhemska investerare⁷⁹.

Avtalsförslaget slår även fast att individuella avtal mellan en investerare och en fördragspart ej får brytas genom lagstiftning eller myndighetsbeslut⁸⁰.

⁷⁴ *Reading Guide to the Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Commission DG Trade (16 september 2015), 2B

⁷⁵ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 2, art. 5 (med undantag i p. 1)

⁷⁶ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 2, art. 6

⁷⁷ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 2, art. 3

⁷⁸ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 2, art. 7

⁷⁹ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 2, art. 4

Tillsammans med garantin mot diskriminering på grund av nationalitet är dessa investeringsskydd grunden och utgångspunkten för det skydd som avtalsförslaget ger utländska investerare. En utländsk direkt-investerare som vill föra talan inför den föreslagna investeringsdomstolen kan endast göra det genom att hävda att någon av ovanstående garantier har åsidosatts.⁸¹

I ett första skede *rekommenderas* parterna att lösa tvisten genom samråd och liknande medel⁸² såsom medling⁸³, utan att resultaten av dessa har inverkan på en eventuell framtida process i tribunalen⁸⁴.

4.3 Befogade förväntningar ur ett investerarperspektiv

Nedan redovisas de bestämmelser som påverkar kommande processers transparens, tillgänglighet samt förutsägbarhet.

4.3.1 Transparens

UNCITRALs regler om transparens i traktatbaserade investor-state-tvister⁸⁵ är tillämpliga på EU:s avtalsförslag⁸⁶, med ett par tillägg⁸⁷.

Följande material skall genom UNCITRALs regler göras tillgängliga för allmänheten⁸⁸:

- Käromål;
- Svaromål;

⁸⁰ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 2, art. 7

⁸¹ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 1, art. 1.1

⁸² TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 2

⁸³ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 3

⁸⁴ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 3.2

⁸⁵ The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based investor-State Arbitration

⁸⁶ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 5, art. 18

⁸⁷ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 5, art. 18(2-5).

⁸⁸ UNCITRAL Transparency Rules art. 3(1) genom TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 5, art. 18

- En lista över bevisföring i fallet (inklusive en uppräknig av expertvittnen) men inte bevisen i sig;
- Samtliga inlagor från *amicus curiae* (intresserad avtalspart som ej är direkt involverad i tvisten samt tredje part);
- Beslut och dom i frågan;

Materialet görs tillgängligt för allmänheten genom vidarebefordran till Förenta Nationernas Generalsekreterare eller genom UNCITRALs försorg⁸⁹.

Tillägg genom EU:s förslag:

- Ansökan om medling⁹⁰ och samråd⁹¹, val av svarande⁹², åberopande och svar på åberopande av jäv hos en domare⁹³, samt sammanslagning av liknande käromål⁹⁴ skall bifogas listan med bevisuppräknig ovan⁹⁵.
- En tvistande part har rätt att, på eget ansvar, delge även sådan information i fallet som gjorts konfidentiell åt personer de förlitar sig på för att driva fallet (såsom vittnen eller experter)⁹⁶.

Undantag från kravet att offentliggöra handlingar:

Tribunalen kan, efter en diskussion med parterna, besluta att viss information klassas som skyddad och undanhålls allmänheten. UNCITRALs regler om transparens i investeringstvister reglerar i artikel 7(2): *Exceptions to transparency* vilken information som kan skyddas:

- a) Affärshemligheter;
- b) Information som skyddas enligt fördraget;

⁸⁹ UNCITRAL *Transparency Rules* art. 8 genom TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 5, art. 18

⁹⁰ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 3

⁹¹ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 4

⁹² TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 5

⁹³ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 11

⁹⁴ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 27

⁹⁵ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 18(2)

⁹⁶ TTIP:EU, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 2, art. 18(5)

- c) I svarandens fall, information som skyddas enligt svarandens lagar. I karendens fall, information som skyddas enligt en lag som enligt tribunalen har relevans för frågan;
- d) Information som riskerar att äventyra ett kriminellt åtal.

Tribunalen kan även fördröja publicerandet av information och bevisning för att undvika att tvistlösningsprocessen äventyras⁹⁷.

4.3.2 Tillgänglighet

Den föreslagna investeringsdomstolen (ICS) består av en förstahandstribunal (benämnd *Tribunal of First Instance* eller *Tribunal* i avtalsförslaget)⁹⁸ och en instans för överklagan (*Appeal Tribunal*)⁹⁹.

Tribunalen skulle bestå av 15 domare, gemensamt utsedda av EU och USA, varav fem skall vara EU-medborgare, fem amerikanske medborgare och fem från tredje land¹⁰⁰. Precis som i nationella domstolar och internationella tribunaler skulle de tvistande parterna inte välja domare. Tre domare väljs slumpmässigt (för att minska risken för yttre påverkan), med förbehållet att en domare är från EU, en från USA och en från ett tredje land. Domaren från tredje land får rollen av ordförande.¹⁰¹

De 15 permanenta domarna förutsätts ha stora kunskaper i internationell investeringsrätt och vara framstående jurister¹⁰². De underställs vidare en rad etiska krav. De förbjuds bland annat att delta som rådgivare i andra investeringstvister och de får inte arbeta för eller företräda någon stat¹⁰³. Däremot säger avtalet inget om vilka ytterligare uppdrag de får ta inom näringslivet, en möjlig intressekonflikt.

⁹⁷ *UNCITRAL Transparency Rules* art. 7(7) genom *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 5, art. 18.

⁹⁸ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 4, art. 9

⁹⁹ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 4, art. 10

¹⁰⁰ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 4, art. 9.6

¹⁰¹ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 4, art. 9.6

¹⁰² *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 4, art. 9.4

¹⁰³ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 4, art. 11

4.3.3 Förutsägbarhet

Tvistlösningsmekanismens förutsägbarhet delas nedan upp i avtalets grad av processtyrning, tillämplig lag (lagval) och utfyllande rätt, samt möjligheten för överprövning (i funktionen av att skapa en enhetlig praxis).

Processtyrning:

Processen styrs, utöver tillsättande av domare, till mycket liten del av avtalsförslaget och Tribunalen har mandat att själv sätta upp regler kring förfarandet som inte täcks av avtalet¹⁰⁴. När dessa regler är på plats och i vilken mån de tillåts att utvecklas (ändras) allteftersom praxis utvecklas går inte att säga.

Tillämplig lag och tolkningsregler:

Tillämplig lag för tvistlösningsprocessen är avtalet, tillsammans med andra internationella avtal som är bindande för båda parter. Avtalet skall tolkas i enlighet med den internationella sedvanerätten så som den kodifierats i Wienkonventionen om traktaträtten.¹⁰⁵

Avtalsförslaget fastställer för tydlighetens skull att nationella bestämmelser inte är en del av tillämplig lag för processen. I det fall domstolen måste avgöra gällande nationell rätt som en del av bevisningen skall praxis inom den aktuella rättsordningen avgöra tolkningen.¹⁰⁶

Förslaget slår vidare fast att domar som går emot en av parterna endast är bindande i det enskilda fallet, och att tribunalen inte har auktoritet att ifrågasätta nationell lagstiftning eller någon insats av fördragsparterna¹⁰⁷.

En relativt vid friskrivning från ovanstående tolkningsbestämmelser ger en [ännu ej namngiven] kommitté utsedd av båda fördragsparter befogenhet att avgöra tolkningen av avtalets bestämmelser kring ICS och

¹⁰⁴ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 4, art. 9.10

¹⁰⁵ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 5, art. 13(2)

¹⁰⁶ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 5, art. 13(3)

¹⁰⁷ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 5, art. 13(4)

investeringskyddet i det fall ”...*serious concerns arise as regards matters of interpretation*[...]”¹⁰⁸.

Överprövning – Appeal Tribunal:

En enhetlig praxis är ett av argumenten för den permanenta överinstans som finns med i EU:s förslag.

Appeal Tribunal, som den benämns i avtalsförslaget, utgörs av sex domare – två från EU, två från USA och två från tredje land¹⁰⁹. Kravspecifikationen är strängare än i den lägre instansen och kan jämföras med den för WTO:s överinstans (WTO Appellate Body)¹¹⁰.

Möjligheten att överklaga ett beslut i den ordinarie tribunalen står öppen för både investerare och motpart i det fall:

- Tribunalen har gjort en felaktig bedömning eller tolkning av tillämplig lag;
- Tribunalen på ett uppenbart sätt har missbedömt bevisningen i fallet (inklusive bedömningen av nationell lag som bevis); eller
- I det fall klagande part kan åkalla någon av grunderna i artikel 52, ICSID (domarjäv, otydligt domslut, allvarlig brist i fallets handledning, bristande kompetens att avgöra frågan, eller felaktig uppsättning av domstolen).

Domstolens befogenheter:

Avtalstexten specificerar ej uttryckligen vilka befogenheter och begränsningar tribunalen har för att döma ut ersättning vid ett konstaterat fördragsbrott mot en investerare.

¹⁰⁸ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 5, art. 13(5)

¹⁰⁹ *TTIP:EU*, kap. 2, sekt. 3, sub-sekt. 4, art. 10.2

¹¹⁰ *Reading Guide to the Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Commission DG Trade (16 september 2015), heading 2B(i)

4.4 Offentlig debatt kring förslaget

Frans Timmermans, Europeiska kommissionens förste vice ordförande – sedan 1 november 2014 ansvarig för bättre lagstiftning, rättsstatsprincipen och stadgan om de grundläggande rättigheterna – uttryckte i ett pressmeddelande i februari i år (2016) sin glädje över att kommissionens förslag på tvistlösningstribunal inorporerats i CETA och poängterade att ländernas rätt att reglera och rättssäkerheten stått i fokus:

*"I am very glad that we have been able to reach this agreement with our Canadian partners. With the changes we have agreed we bring CETA fully in line with our new approach on investment protection in trade agreements. In particular, we demonstrate our determination to protect governments' right to regulate, and to ensure that investment disputes will be adjudicated in full accordance with the rule of law."*¹¹¹

Även Cecilia Malmström, sedan 2010 svensk EU-kommissionär, har drivit frågan om en tvistlösningstribunal med fokus på rättsäkerheten:

*"CETA takes on board our new approach on investment and its dispute settlement. By making the system work like an international court, these changes will ensure that citizens can trust it to deliver fair and objective judgements. We can confidently say that we've met the expectations of both the Member States and the European Parliament."*¹¹²

Utänför Kommissionen har dock diskussionen varit blandad, och förslaget har fått skarp kritik, bland annat från Deutscher Richterbund (DRB) – Tysklands största domar- och åklagareförbund. Förbundet menade att EU:s befintliga rättssystem redan är på plats och fullt kapabelt att skydda

¹¹¹ Press Release 29 februari 2016, Commission DG Trade, hämtad 14 maj 2016: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm

¹¹² Press Release 29 februari 2016, Commission DG Trade, hämtad 14 maj 2016: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm

utländska investerare. De ifrågasatte även EU:s (legala) kompetens till att skapa en investeringsdomstol då den skulle förändra den rättsliga ramen för EU. Slutligen kritiserar förbundet urvalskriterierna för att utse de permanenta domarna, då de inte skulle möta de krav man ska kunna ställa på tekniskt och finansiellt oberoende.¹¹³

Kritik har även märkts genom EU:s medborgarinitiativ, en funktion för direkt demokrati som möjliggör för grupper om minst en miljon EU-medborgare (från minst 7 av de 28 EU-länderna, med ett minsta antal från respektive land) att begära att Kommissionen lägger fram ett förslag inom EU:s befogenhetsområden¹¹⁴. I skrivande stund har över 3,4 miljoner signaturer samlats in till motstånd mot både CETA och TTIP¹¹⁵.

4.5 Nästa steg...

Det nuvarande förslaget är ännu inte EU:s formella förslag till tvistlösning i TTIP, utan ett informellt dokument inom EU. Kommissionen kommer först behöva övertyga Rådets och Parlamentets medlemmar. Parallellt med de interna förhandlingarna kring TTIP har Kommissionen på sin agenda att den föreslagna investeringsdomstolen (ICS) skall öppnas upp för samtliga framtida avtal mellan EU och deras handelspartners, men även för handelsavtal utanför EU:s försorg – med målet att skapa en världsdомstol i investeringsfrågor.¹¹⁶

¹¹³ DRB-Opinion No. 04/16

¹¹⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 211/2011 av den 16 februari 2011 om medborgarinitiativet, samt 10.3 & 11.4 Lissabonfördraget

¹¹⁵ <https://stop-ttip.org/>, samt *What is TTIP and why should we be angry about it?* (3 augusti 2015), Stuart Jeffries, *theguardian.com*.

¹¹⁶ *Reading Guide to the Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Commission DG Trade (16 september 2015), heading 3 & 4

5 USA:s tvistlösningsförslag i TTIP

5.1 Introduktion: USA:s förhandlingsposition

Då USA inte lämnat ett officiellt förslag på tvistlösning i TTIP kommer deras modellavtal från 2012 att presenteras och tillsammans med USA:s senast förhandlade frihandelsavtal TTP (se kapitel 3.3.1 ovan) att jämföras med EU:s förslag.

5.2 2012 U.S. Model BIT – upplägg

Det modellavtal som varit grunden i USA:s investeringsavtal sedan 2012, *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*, liknar i mångt och mycket USA:s tidigare model BIT från 2004. USA markerar därmed att det är nöjt med det investeringsskydd det givit amerikanska investerare utomlands och att de ännu inte förlorat ett enda fall som svarande stat genom avtalet.¹¹⁷

Den sista stora förändringen i USA:s inställning till BITs kom i den model BIT som gällde från 2004¹¹⁸. Ändringarna från tidigare avtal, fortfarande i stort införlivade i nuvarande model BIT, handlade till största del om att stärka medlemsstaternas makt och handlingsfrihet i sin lagstiftning vid legitima skäl såsom värnande om miljön. Några exempel på förändringar i tvistlösningsmekanismen var införandet av preskriptionstid vid avtalsbrott samt ökade och tydligare möjligheter för medlemsstaterna att i förväg bestämma, för tribunalerna bindande, avtalstolkning.¹¹⁹

¹¹⁷ Johnson (2012) ”The 2012 US Model BIT and What the Changes (or Lack Thereof) Suggests about Future Investment Treaties”, *Political risk insurance Newsletter*, s. 1

¹¹⁸ 2004 Model Bilateral Investment Treaty

¹¹⁹ Johnson (2012), s. 2

5.2.1 Förutsättningar för att driva en tvist till skiljedom

Vid en investeringstvist *rekommenderar* 2012 U.S. Model BIT (hädanefter benämnt Modellavtalet) i ett första skede att parterna försöker förlika genom samråd/förhandlingar, konsultationer och om så önskas även – ej bindande – tredjepart-processer (exempelvis medling).¹²⁰

I det fall en investerare anser att en investeringstvist inte går att lösas genom förhandlingar eller liknande medel (eller i det fall det gjorts försök som har misslyckats att nå förlikning) får kändanden, å sina egna vägnar, underkasta frågan en skiljedomstol så snart 6 månader har gått från det datum som avtalsbrottet skall ha skett¹²¹. Förutsättningarna är att svaranden har brutit antingen ett investeringsbeslut, ett privat investeringsavtal med värdstaten, eller artiklar 3-10 i frihandelsavtalet¹²², nämligen:

- (3) National Treatment, likabehandlingsprincip gentemot värdlandets egna medborgare/företag
- (4) Most-Favored-Nation Treatment, likabehandlingsprincip gentemot medborgare/företag från andra länder
- (5) Minimum Standard of Treatment, ett antal minimistandarder satta genom internationell sedvanerätt
- (6) Expropriation and Compensation, regler kring expropriation och en rätt till skälig ersättning
- (7) Transfers, fri rörlighet av investerat kapital till och från investerarens territorium
- (8) Performance Requirements, ett förbud mot oskäligen villkor för en investering (som att tvingas uppfylla vissa minimikvoter eller att förse värdlandet med tekniska industrihemligheter)
- (9) Senior Management and Boards of Directors, frihet att välja företagsledning oberoende av nationalitet

¹²⁰ US Model BIT, Section B, Art. 23

¹²¹ US Model BIT, Section B, Art. 24.3

¹²² US Model BIT, Section B, Art. 24.1(a)(i)(A-C) samt 24.1(b)(i)(A-C)

- (10) Publication of Laws and Decisions Respecting Investment, en transparens i samtliga regler som påverkar investeringar täckta av avtalet.

Ett ytterligare krav är att investeraren har lidit ekonomisk skada direkt hänförlig till investeringsavtalet¹²³.

En kallelse måste skickas svaranden senast 90 dagar före det datum kändanden vill ta upp frågan till skiljedom¹²⁴.

5.3 Befogade förväntningar ur ett investerarperspektiv

Nedan redovisas, på liknande sätt som EU:s förslag i kapitel 4.3, de bestämmelser i USA:s Modellavtal som påverkar en investerares befogade förväntningar och investeringsbeslut.

¹²³ US Model BIT, Section B, Art. 24.1(a)(ii) samt 24.1(b)(ii)

¹²⁴ US Model BIT, Section B, Art. 24.2

5.3.1 Transparens

2012 U.S. Model BIT reglerar transparens under och efter förfarandet i artikel 29.

Följande görs tillgängligt för allmänheten efter avslutad tvist¹²⁵:

- Käromål;
- Svaromål;
- Inlagor från parterna;
- Information kring eventuell sammanslagning av liknande käromål;
- Samtliga inlagor från *amicus curiae* (intresserad avtalspart som ej är direkt involverad i tvisten samt tredje part);
- Protokoll och upptagningar från förfarandet;
- Beslut och dom i frågan.

Ovanstående skall offentliggöras av svarande part¹²⁶.

Under processens gång:

- Förhandlingen skall vara öppen för allmänheten. Domstolen beslutar hur detta skall ske rent logistiskt, efter att ha mottagit åsikter från de tvistande parterna.¹²⁷

Undantag från kravet att offentliggöra handlingar:

- Tvistande part kan anhålla inför domstolen att visst material som den använder som bevis skall klassas som skyddat. I samband med denna ansökan skall parten inge en reviderad version, som inte innehåller den skyddade informationen. Domstolen gör sedan en bedömning av om materialet skall klassas som skyddat, och om i så fall endast den reviderade versionen skall göras tillgänglig för allmänheten.¹²⁸

¹²⁵ 2012 U.S. Model BIT, Section B, Art. 29(1)(a-e)

¹²⁶ 2012 U.S. Model BIT, Section B, Art. 29(1)

¹²⁷ 2012 U.S. Model BIT, Section B, Art. 29(2)

¹²⁸ 2012 U.S. Model BIT, Section B, Art. 29(4)

USA har även skapat större möjligheter till att driva igenom krav på mer transparens efter att ha infört vissa ändringar i den riktningen i sitt modellavtal.¹²⁹

5.3.2 Tillgänglighet

US Model BIT ger fyra alternativ till skiljedomsförfarande åt en investerare som önskar ansöka om skadestånd för en fördragsslutande parts avtalsbrott i TTIP. Efter att en process har inletts genom något av nedanstående forum kan klagande part inte driva frågan parallellt i någon av de andra¹³⁰:

- ICSID-konventionen och dess regler om skiljedom, i det fall båda parter är medlemmar i ICSID;
- ICSID Additional Facility Rules, i det fall någon av parterna är medlem av ICSID-konventionen;
- UNCITRALs skiljeförfarande; eller
- Vilket annat skiljedomsinstitut och vilka skiljeregler som helst som parterna kommer överens om.

5.3.3 Förutsägbarhet

Tvistlösningsmekanismens förutsägbarhet delas, precis som vid redovisningen av EU:s förslag (se 4.3.3 ovan), upp i avtalets grad av processtyrning, tillämplig lag (lagval) och utfyllande rätt, samt möjligheten för överprövning (i funktionen av att skapa en enhetlig praxis).

Processtyrning:

Som många andra BITs med skiljeförfarande som tvistlösning har U.S. Model BIT mycket få regler om själva förfarandet utan istället överlåts uppgiften till olika skiljedomsinstitut. Parterna kan, exempelvis, som utgångspunkt komma överens om vilka utomstående som nämnden kan höra, alternativt får skiljenämnden själv besluta om avtalet tillåter en sådan

¹²⁹ US Model BIT, Section B, Art. 11 och 29

¹³⁰ US Model BIT, Section B, Art. 24.3(a-d)

ordning. US Model BIT ålägger dock det skiljedomsinstitut som väljs ett par rättsliga förutsättningar för processen, nämligen¹³¹:

- Skiljedomen måste ske inom en stat som är medlem av New York-konventionen;
- Medlemmar av den specifika US Model BIT som frågan gäller och som inte är delaktig i tvisten i fråga (intresserad tredje part, eller Non-Disputing Party) har rätt att avge muntliga eller skriftliga tolkningsförslag avseende avtalstexten;
- Skiljedomsribunalen skall ha rätt att höra vem de än tror kan hjälpa till i fallet (*amicus curiae*)¹³²;

Tillämplig lag och tolkningsregler:

Lagvalet bestäms till investeringsavtalet i fråga samt utfyllande internationell rätt¹³³.

I det fall ett individuellt investeringsavtal har slutits mellan fördragsslutande part och en investerare gäller, för det avtalet, den lag som där angetts, eller den lag som parterna kommer överens om. Har parterna inte kommit överens om lagval gällande det individuella investeringsavtalet gäller istället svarandens lag (inklusive lagvalsbestämmelser) och sådan internationell rätt som parten är bunden av.¹³⁴

Tolkning av fördragstexten kan, med bindande verkan, ändras genom ett gemensamt tillkännagivande från de fördragsslutande parterna¹³⁵.

¹³¹ US Model BIT, Section B, Art. 28

¹³² tillägg till US Model BIT efter skiljedomarna *Loewen Group, Inc and Raymond Loewen v. United States of America*, samt *Methanex Corporation v. United States of America*, där skiljedomsribunalerna dömde att de inte hade skyldighet att beakta annat än vad parterna lagt fram. I andra änden av spektrumet, i fallet *Canfor v. United States of America*. tillät skiljedomsribunalen offentliga förhandlingar som sändes live.

¹³³ US Model BIT, Section B, Art. 30(1)

¹³⁴ US Model BIT, Section B, Art. 30(2)

¹³⁵ US Model BIT, Section B, Art. 30(3)

Överprövning:

Inga möjligheter till överprövning finns med i 2012 U.S. Model BIT eller de möjligheter till skiljedom som följer av avtalet. Möjligheten att angripa ett beslut begränsas därmed till en klandertalan vid fel på formella grunder enligt det skiljedomsinstitut som väljs¹³⁶.

Domstolens befogenheter:

Skiljedomstolen har endast befogenhet att döma förlorande part att betala ersättning för ekonomisk skada och/eller återge egendom, samt ersättning för juridiskt ombud¹³⁷. Domstolen får ej utdöma straffavgifter¹³⁸.

¹³⁶ se exempelvis – art. 52, ICSID (domarjäv, otydligt domslut, allvarlig brist i fallets handledning, bristande kompetens att avgöra frågan, eller felaktig uppsättning av domstolen).

¹³⁷ US Model BIT, Section B, Art. 34(1)(a-b)

¹³⁸ US Model BIT, Section B, Art. 34(3)

6 Legalitet – de båda förslagens eventuella oförenlighet med EU-rätten

6.1 Bakgrund

En av EU:s speciella egenheter är att dess rättssystem är öppet för privata individer. Ett annat är att det ger en omfattande och exklusiv behörighet till EU-domstolen att utmana EU-beslut och tolkningsföreträdare i privata käromål baserade på EU-rätten.¹³⁹ Detta har ansetts nödvändigt för att försäkra sig om att EU-rätten bedöms på samma sätt i hela EU, en förutsättning för den inre marknaden. Resultatet är ett EU med en rättsordning som är autonom både i förhållande till medlemsstaterna och i förhållande till internationella rättsordningar.¹⁴⁰

Båda dessa egenheter gör det problematiskt att introducera externa tvistlösningsformer som tillåter privatpersoner och företag att angripa EU-beslut utanför EU-domstolen¹⁴¹. Varje internationellt avtal som sluts med Europeiska Unionen måste vara förenligt med EU:s funktionsfördrag¹⁴² (inklusive det juridiska systemet). Det går att dra en parallell till EU:s anslutning till EKMR¹⁴³ där EU-domstolen i Opinion 2/13 uttalade att EU ej kunde anslutas till EKMR eftersom Europadomstolen för de mänskliga

¹³⁹ Antingen direkt till EU-domstolen genom direkta åtgärder eller genom nationell domstol som sedan begär förhandsavgörande enligt 267 FEUF.

¹⁴⁰ *EU External Relations Law* (2014), Vooren & Wessel s. 87, samt Case 6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585

¹⁴¹ Legality of investor–state dispute settlement (ISDS) under EU law (22 oktober 2012), Ankersmit, L. & Hill, K., fotnot 5.

¹⁴² TFEU art. 218 (11).

¹⁴³ *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, antagen av Förenta Nationernas generalförsamling 10 december 1948.

rättigheterna (Europadomstolen) då skulle underminera EU-domstolens makt i strid med EU-fördragen¹⁴⁴.

Mer specifikt går det att argumentera för en konflikt mellan EU-rätten och de tvistlösningsförslag som nu förhandlas på fyra punkter:

- ISDS och ICS kan komma att påverka autonomi inom EU-rätten, mer specifikt EU-domstolens exklusiva rätt att tolka EU-lagstiftning (se kapitel 6.1 nedan);
- ISDS och ICS påverkar EU-domstolens exklusiva rätt att avgöra frågor om skadestånd gentemot EU (se kapitel 6.2);
- Varken skiljemän i ISDS eller domare i ICS har rätt att placera skyldigheter mellan EU och sina medlemsstater (se kapitel 6.3);
- ISDS och ICS kan komma att negativt påverka utvecklingen av den inre marknaden (se kapitel 6.4).

6.2 Autonomi

EU-domstolen avvisade EU:s anslutning till EKMR på grunden att Europadomstolen annars skulle få tolka EU:s sekundärrätt utan EU-domstolens involvering¹⁴⁵.

Eftersom själva grundtanken bakom ISDS (och ICS) är att investerare ska kunna ifrågasätta EU-lagstiftning (och amerikansk lag) i ljuset av frihandelsavtalet skulle skiljedomstolen, eller tribunalen, behöva ge sin tolkning av ny lagstiftning.

En av de invändningar som Deutscher Richterbund har redovisat i sin kritik (se även kapitel 4.2 ovan) till tvistlösningsförslagen i TTIP är just att ISDS

¹⁴⁴ Opinion 2/13, para. 246.

¹⁴⁵ Opinion 2/13, paras. 246–247.

eller ICS skulle förändra den rättsliga ramen inom EU och komma att påverka även nationella domstolar i frågor som rör EU-rätten¹⁴⁶.

Kommissionen har själv uppmärksammat detta i samband med tidigare BITs. Exempelvis uppmanade Kommissionen i sitt *amicus curiae*-inlägg i fallet *Achmea v. Slovakia* (baserat på ett investeringsavtal mellan Österrike och Slovakien) skiljedomstolen att avvisa talan. Detta eftersom ISDS-funktionen kom i konflikt med EU-domstolens exklusiva kompetens vid tolkning av EU-rätten (även i det fall rätten påverkas endast delvis)¹⁴⁷. I fallet *EURAM v. Slovakia* skrev Kommissionen:

*“The arbitral tribunal is not a court or tribunal of an EU Member State but a parallel dispute settlement mechanism entirely outside the institutional and judicial framework of the European Union. Such mechanism deprives courts of the Member States of their powers in relation to the interpretation and application of EU rules imposing obligations on EU Member States.”*¹⁴⁸

Problemet drabbar båda de föreslagna systemen, ISDS och ICS. En lösning kunde i stället vara att införa ett krav på förhandsavgöranden vid tolkning av EU-lagstiftningen vid tvister i TTIP, liknande art. 267 FEUF. Detta skulle dock bli på bekostnad av skiljedomsförfarandets självständighet.

¹⁴⁶ Deutscher Richterbund. (februari 2016). Stellungnahme Nr. 04/16: Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015. Hämtad från: <http://www.drb.de/cms/index.php?id=952> (endast på tyska)

¹⁴⁷ “an investor–State arbitral mechanism [...] conflict[s] with EU law on the exclusive competence of the EU court for claims which involve EU law, even for claims where EU law would only partially be affected.”, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (award on jurisdiction 7 December 2012), para. 193.

¹⁴⁸ *European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic* (13 oktober 2011), European Commission Amicus Curiae submission SJ.i.dir (2011) 1154556.

6.3 Artikel 340 FEUF: eller hur man stämmer EU

Den offentliga kritiken mot ISDS och ICS grundar sig till stor del på rädslan för att avtalet ska påverka EU:s, och medlemsstaternas, möjlighet att lagstifta genom hot om skadestånd i det fall ett offentligt intresse (som miljö eller säkerhet) tillgodoses på bekostnad av företag och investerare¹⁴⁹. Enda sättet att idag stämna EU för utomkontraktuella skador är via EU-domstolen och artikel 340 FEUF¹⁵⁰.

Både ISDS och ICS skulle ge ytterligare möjligheter, för investerare, att stämna EU för dessa skador. EU-domstolen har tidigare påpekat faran av så kallat ”regulatory chill”, eller rädsla att lagstifta, i det fall den skulle lätta på kraven för att erkännas skadestånd. I de förenade målen *C-120/06 P and C-121/06 P FIAMM and FIAMM Technologies v Council and Commission* klargjorde domstolen att lagstiftaren inte får låta sig hindras av möjligheten att lida skadestånd i det fall en bestämmelse behövs i Unionens intresse och samtidigt riskerar att få negativa effekter på privata intressen¹⁵¹.

EU-domstolens inställning tyder på att en fråga om skadestånd lättare skulle nå framgång i en ISDS som inte behöver ta hänsyn till lagstiftarens dilemma, vilket skulle sätta press på EU-domstolen att lätta på sina krav för att utge skadestånd. I vilken mån en permanent domstol som i EU:s förslag om en permanent domstol (ICS) skulle påverka rädslan att lagstifta är svårare att bedöma. En permanent domstol skulle, genom sin något större förutsägbarhet antingen förstora eller förminska problemet (beroende på hur praxis utvecklas).

¹⁴⁹ *Investeringskyddsregler: Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS)*, Svenskt Näringsliv.

¹⁵⁰ Art. 268 FEUF och 340 andra stycket FEUF, samt Case C-377/09 *Hanssens Ensich v. European Community*, para. 17.

¹⁵¹ “exercise of the legislative function must not be hindered by the prospect of actions for damages whenever the general interest of the Community requires legislative measures to be adopted which may adversely affect individual interests.”, förenade fallen *C-120/06 P and C-121/06 P Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) and others v Council and Commission*, para 174.

6.4 Att bestämma vem som är svarande

Vem är rätt svarande i en tvist där en investerare lidit skada genom en nationell bestämmelse baserat på ett EU-direktiv och anser att detta strider mot frihandelsavtalet (eller i en liknande situation)? EU-domstolen uttryckte i sin Opinion 2/13 (inför antagandet av EKMR, se ovan), angående valet av svarande, åsikten att ansvarsfördelningen mellan EU och dess medlemsländer är en fråga för EU-rätten, som EU-domstolen har exklusiv behörighet att tolka:

”The question of the apportionment of responsibility must be resolved solely in accordance with the relevant rules of EU law and be subject to review, if necessary, by the Court of Justice, which has exclusive jurisdiction to ensure that any agreement between co-respondent [that is, the European Union] and respondent [that is, the Member State] respects those rules.”¹⁵²

I EU:s förslag till tvistlösning i TTIP har detta lösts genom att käranden – inom 90 dagar från att denne begärt samråd och alltså innan en eventuell skiljedomsprocess blir aktuell – uppmanas att ansöka hos ”EU” om ett avgörande om vem som blir svarande i tvisten¹⁵³.

Ingen motsvarande lösning finns ännu att finna i USA:s förslag men det är fortfarande under utveckling och det finns inga tekniska hinder från att införa en bestämmelse liknande EU:s artikel 5 i det slutliga förslaget. Regleras inte frågan om hur vem som är svarande bestäms, blir det däremot upp till den valda skiljedomstolen att avgöra om svaranden är behörig och då uppkommer en konflikt med EU-fördragen (enligt EU-domstolens Opinion 2/13).

¹⁵² Opinion 2/13, para. 234.

¹⁵³ TTIP:EU, Section 3, sub-sect 3, art. 5: Request for determination of the respondent.

6.5 En fungerande inre marknad

Ett frihandelsavtal med tillhörande tvistlösningsmekanism i form av ISDS eller ICS skulle kunna komma i konflikt med EU:s berömda fyra friheter – fri rörlighet av varor, tjänster, personer och kapital¹⁵⁴ samt unionens konkurrenslagstiftning¹⁵⁵.

Det finns många sätt att tänka sig hur de föreslagna tvistlösningsmekanismerna kan komma att påverka EU:s inre marknad. Vi kan till exempel tänka oss att en amerikansk investerare utmanar Kommissionens beslut om att bötfälla honom/henne för missbruk av dominerande ställning på den europeiska marknaden. En twist på problemet är att en amerikansk investerare i detta läge får tillgång till ISDS eller ICS medan en europeisk investerare inte får det.

Svaret på frågan om ett framtida frihandelsavtal, TTIP, hamnar över eller under de fyra friheterna (garanterade genom EU-fördragen) i normhierarkin går inte att finna genom att läsa fördragstexten¹⁵⁶. Artikel 216(2) FEUF säger visserligen att internationella avtal slutna av EU är bindande för EU-rätten, men säger inget om dess plats i relation till andra ”bindande” bestämmelser inom EU-rätten. EU-domstolen har slitit frågan i en rad fall ända sedan frågan först kom upp i fallet *Costa v. ENEL* 1964. I konflikter med WTO-bestämmelser har EU-domstolen löst problemet genom att inte tillerkänna WTO:s regler direkt effekt¹⁵⁷ – något som inte hade fungerat med ett investeringsavtal i den form som nu förhandlas. I fallet *Kadi* hade ett beslut från FN:s säkerhetsråd en uppenbar direkt effekt och där löste EU-domstolen frågan ”internt” då den menade att internationell rätt – såsom FN-stadgan – utgjorde en del av EU-rätten på samma sätt som grundläggande rättigheter utgör en del av EU-rätten vilken EU-domstolen

¹⁵⁴ Se art. 34, 45, 49, 56, and 63 FEUF.

¹⁵⁵ Se art. 101-109 FEUF.

¹⁵⁶ Vooren & Wessel (2014), *EU External Relations Law*, s. 221.

¹⁵⁷ *ibid.* s. 221.

har att beakta och besluta om¹⁵⁸. I det fallet gav EU-domstolen prioritet åt de grundläggande (mänskliga) rättigheterna. EU-domstolen har varit kreativ i sitt sätt att hantera normkonflikter mellan EU-rätt och internationella åtaganden. Det återstår att se hur EU-domstolen kommer behandla frågan ifall beslut i ett ISDS-system (alternativt beslut av ICS) påverkar funktionen av den inre marknaden och vad det i så fall får för konsekvenser.

¹⁵⁸ *C-402/05 P & C-415/05 P Kadi and Ak Barakaat International Foundation v Council* [2008] ECR I-6351, para 283.

7 Diskussion

När företag investerar utomlands, så kallad utländsk direktinvestering (eller foreign direct investment, FDI, på engelska) tar de ofta en större risk än om de investerat i hemlandet. En av anledningarna till detta är vad som brukar kallas politisk risk. Några exempel på sådana risker är krig, korruption och andra oroligheter, som är svåra att styra över och inte rimligen går att avtala bort. Men det finns andra risker, som lättare kan minimeras genom avtal. Expropriation, i det fall landet där man investerat i bestämmer sig för att förstatliga en sektor, och risken att ett företag behandlas sämre för att gynna landets egna företag, är två vanligt förekommande exempel på risker.

Förutsättningarna för att genomföra en affärsplan kan således plötsligt och oförutsägbart ändras genom en stats agerande. För att företag ska våga investera behövs ett förutsägbart investeringsklimat i landet. Ett sätt att minska osäkerheten för utländska investerare är att genom avtal eller lagar garantera ett visst investeringsskydd.

I takt med marknadsekonomins framfart sluts investeringsavtal nu i en allt snabbare takt stater (och sammanslutningar) emellan och frihandelsområden utvidgas. Kapital och know-how flyttas runt efter principen om tillgång och efterfrågan och reglerar arbetsfördelningen för maximal effektivitet och ekonomi. I den politiska kontexten styrs avtalen även av hänsyn till sociopolitiska mål. EU har numera som övergripande mål att öka unionsmedborgarnas välfärd, inte enbart ekonomiskt utan även med ambitionen att skapa ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. Konsumentens rättigheter ställs mot producentens.

USA är än idag marknadsekonomi personifierad, men även där märks idag en viss protektionism som ett resultat av att resten av världen, Kina inte minst, hunnit ikapp. Företagens lobbyister har fortfarande stort inflytande på

handelspolitiken men andra grupper, som miljörelser och konsumentföreningar får allt större makt.

Företag har (generellt sett), till skillnad mot de värdländer där de etablerar sig, ofta som mål att maximera vinsten på investerat kapital. Framtida vinster beräknas på försäljningsprognoser i förhållande till kostnader och risker. Ju mer förutsägbar en risk är, desto större möjlighet för företaget att räkna hem en investering.

8 Analys

8.1 Transparens

Sekretess contra offentlighet

Sekretess brukar räknas upp som en av de största fördelarna med ett skiljeförfarande och är en stor anledning till att så många företag använder förfarandet vid tvistlösning. I det enskilda fallet, när en investerare väl hamnar i en tvist med någon av de fördragsslutande parterna, har investeraren ofta inget egenintresse av att delge allmänheten alla detaljer i frågan. Kanske finns det ett intresse av att uppmärksamma brister i lagstiftningen för att skapa opinion till sin fördel, men företag vill ofta inte förknippas med tvister och lagbrott då de förlorar goodwill och aktiekursen därför kan komma att påverkas negativt. Det är även viktigt att kunna slå vakt om företagshemligheter.

Offentlighet blir viktigt först när vi lyfter blicken och ser samtliga investerare som en grupp, eller en investerare som står utanför tvisten. Värdet av att göra tvister offentliga ligger då i att redan avgjorda tvister kan ligga till grund för kommande investeringsbeslut. Det blir tydligare vilka möjligheter och begränsningar som kommer av avtalet (här TTIP) och framtida tvister kan antingen helt avvärjas genom att investeraren vet vad som gäller, eller i det fall en tvist ändå uppstår – lättare leda till förlikning och en kortare process.

Exempelvis kan en specifik investerare som hamnar i en tvist vilja dölja detaljer, som att han använder genmanipulerade ingredienser, för allmänheten. Samtidigt vill en annan investerare, som precis är på väg in i branschen, veta vad som skulle hända i en eventuell framtida process om han använder just genmanipulerade ingredienser. Då är tidigare praxis ett värdefullt verktyg när beslutet ska fattas.

I ett vidare perspektiv spelar även samhällets intresse in, genom sitt behov av att veta vart skadestånden – finansierade genom skatter – går, och då det finns ett behov av att offentliggöra domslut som förklarar varför ett demokratiskt EU- eller USA-beslut underkänts av skiljedomstolen/tribunalen.

Skillnader mellan förslagen:

Skiljeförfarandet är som regel inte offentligt, men precis som i USA:s modellavtal finns inga hinder för att öppna upp även detta förfarande för allmänheten. Modellavtalet förespråkar stor transparens i förfarandet och på vissa punkter är transparensen till och med större än i EU:s förslag. Modellavtalet ålägger skiljedomstolen att göra förhandlingarna tillgängliga för allmänheten – ett krav vi inte ser i EU:s förslag. Det är upp till parterna och skiljedomstolen att avgöra hur detta ska ske rent logistiskt (bestämmelsen har som vi sett i tidigare avtal till och med lett till att förhandlingar streamats över internet), men bestämmelsen är ovillkorlig så när som på undantag för bevismaterial och moment som rör industrihemligheter och sådant som kan försvåra kriminella åtal.

Likheter mellan förslagen:

I EU:s förslag finns ännu inga krav på att göra själva förfarandet offentligt, men i övrigt liknar förslagen varandra. Käromål, svaromål, samtliga inlagor och en lista över de bevis som använts samt den slutliga domen görs tillgängliga för allmänheten och andra investerare. Båda förslagen innehåller även möjligheten att göra undantag i delar av offentliggörandet med hänvisning till företagshemligheter, efter bedömning och beslut av skiljedomstolen/tribunalen. Processerna för att bedöma vilken part som är rätt svarande (någon av EU:s institutioner eller en av dess medlemsländer - eller motsvarande situation i USA) liknar även varandra i alla avgörande hänseenden.

Slutsatser:

Sammanfattningsvis innehåller båda de jämförda avtalsförslagen stora krav på offentlighet samtidigt som de har regler om när information bör – och får – skyddas. EU:s förslag är något mindre omfattande i och med att själva processen inte är öppen för allmänheten och att bevis inte på samma sätt görs offentliga men trenden inom EU visar på en ökning av transparens på många områden och det skulle inte förvåna om det slutliga förslaget hamnar närmare USA:s modellavtal i detta hänseende.

Innebörden blir att även om de första åren mycket väl kan komma att präglas av osäkerhet vad gäller direktinvesteringar över Atlanten, så bör TTIP i ett längre tidsperspektiv resultera i tydligare möjligheter för en investerare att bevaka en investering som omfattas av avtalet. Detta oavsett vilket av förslagen den slutliga tvistlösningsmekanismen liknar.

8.2 Tillgänglighet

Förutsättningarna för att inleda en process, väntetider, processkostnader och den tid processen tar när den väl är igång är faktorer som påverkar ett rättssystem tillgänglighet och i förlängningen en investerares möjligheter att bevaka sin investering.

Förutsättningarna för en investerare att inleda en process beror på vilka krav som ställs för att ett avtalsbrott ska anses föreligga. Vidare beror tillgängligheten på kostnader i fråga om arvode till ombud, och i vissa fall även domare. Andra tekniska hinder kan förekomma, som att avgöra exakt vem som är korrekt motpart. I EU kan rätt motpart vara någon av dess institutioner eller en medlemsstat. Tiden som en process tar beror på en rad faktorer, såsom väntetider, processens utformning och möjligheter till överklagan samt regler om verkställighet. Möjligheten att överklaga en dom och vilka konsekvenser detta får för förutsägbarheten kommer diskuteras i nästföljande avsnitt (8.3 nedan).

Skillnader mellan förslagen:

I USA:s modellavtal sker hela tvistlösningsförfarandet i en enda instans, genom ett klassiskt skiljeförfarande. Eftersom en skiljedom enligt modellavtalet inte kan överklagas (annat än på grund av rent formella fel) vet parterna att de omedelbart kan rätta sig efter domen. En vinnande part kan snabbare återuppta sin affärsverksamhet och fortsätta kampen om att vinna marknadsandelar och sätta sitt kapital i arbete. Även den förlorande parten undviker förluster som exempelvis hade kunnat uppstå om den fortsatt att marknadsföra sin produkt i väntan på att domen skall bli slutgiltig. Det är även kostsamt att genomgå ytterligare en process, för att först efter denna andra dom tvingas dra sig ur marknaden. Skiljeförfaranden förknippas ofta just med ekonomisk effektivitet, både av ovanstående skäl och eftersom processen ofta utmärks av en snabb och smidig handläggning. Kostnaden bör genom USA:s förslag kunna bli högre än vid en motsvarande process i EU:s förslag till permanent tribunal, om inte annat eftersom parterna förväntas betala både domarnas och de egna ombudens löner enligt Modellavtalet.

Tvistlösningen avgörs, efter misslyckat samråd, enligt EU:s förslag av en permanent tribunal uppsatt av EU och USA. Femton domare, uppdelade på fem arbetslag, sköter samtliga tvister. Här finns en tydlig flaskhals i förfarandet. De fem domarlagen kan lätt överbelastas, exempelvis i det fall någon av fördragsparterna inför en ny ingripande bestämmelse i konflikt med TTIP. I det klassiska ISDS-system som USA använder i sitt modellavtal står både en mängd domare men även experter tillgängliga för att avgöra en tvist, då parterna själva väljer sina domare. EU:s förslag innehåller vidare en andra instans för överklagan, även på materiella grunder, vilken diskuteras nedan. En överklagandeinstans drar ut på processen, som redan i första instans kan vara lång. Detta ökar de redan höga kostnaderna vilket kan få små och medelstora företag att dra sig från att processa. Det finns en risk att en överklagan blir standardförfarande vilket gör förstainstansavgörandena till ett slöseri med tid och resurser.

Företag och investerare har ofta inte något intresse av att driva en process som inte går ihop ekonomiskt medan fördragsparterna, EU och USA, av politiska och klargörande skäl kan vilja dra frågan till sin spets nästan oavsett kostnad.

Likheter mellan förslagen:

Förutsättningarna för att driva en fråga, såsom brott mot de grundläggande investeringsskydden, är tydliga i båda avtalsförslagen och bör inte föranleda svårigheter vid författandet av ett käromål.

Tvister enligt både EU:s förslag och USA:s modellavtal inleds genom att parterna förväntas kommunicera sina meningsskiljaktigheter och i ett första skede lösa tvisten genom samråd, förhandlingar och om möjligt förlikning. Detta är ett frivilligt första steg, men det är svårt att tänka sig att någon av de fördragsslutande parterna inte skulle svara på en förfrågan om exempelvis samråd eller medling innan en investerare tvingas ta fallet vidare till avgörande genom något av de skiljedomsförfaranden som avtalsförslagen tillåter. Det kan i vissa fall tänkas att en av parterna, exempelvis en mindre påläst investerare, blir upplyst om tidigare praxis redan i detta inledande skede, att en förlikning blir möjlig och att processen avslutas.

De möjliga skiljedomsinstitut som finns tillgängliga för att lösa tvisten enligt förslaget är beprövade och effektiva, men inget talar för att själva processen i EU:s föreslagna förstahandsinstans kommer att vara mindre effektiv.

Slutsatser:

Sammanfattningsvis är de båda förslagen mycket lika varandra avseende förutsättningarna för att inleda en process och vad gäller de frivilliga förhandlingarna som föregår processen. Förutsättningarna för att driva en tvist om avtalsbrott mot TTIP är i båda förslagen mycket tydliga och regleras helt genom avtalen. Skillnaderna utgörs främst av olikheter i

Modellavtalets skiljeförfarande och EU:s förslag om en permanent tribunal (med ett klassiskt domstolssystem och tillhörande överklagandeinstans).

USA:s förslag leder till en större flexibilitet och tillgänglighet, främst genom att parterna fritt väljer skiljedomare och inte är beroende av de fem domarlag som EU:s förslag tillhandahåller. Väntetiderna blir därmed förväntat låga och skiljedomstolens förfarande i en enda instans ger en finalitet som EU:s förslag uppnår först efter att överklagandeinstansen antingen avgjort eller avvisat ett eventuellt överklagande. USA:s förslag med skiljedomstribunal blir troligen dyrare vad gäller processen – eftersom parterna förväntas betala både ombud och domare – men detta måste ställas i relation till de resurser som sparas av att nå ett slutligt beslut redan i första instans.

Innebörden blir att en investerare snabbare kan få tillgång till tvistlösning och eventuell upprättelse genom USA:s förslag till tvistlösning och även i ett tidigare skede få ett slutgiltigt beslut, genom en process i endast en instans. Resultatet blir att en investerare, på grund av hög tillgänglighet, på ett effektivare sätt kan bevaka sin investering genom USA:s förslag.

8.3 Förutsägbarhet

Ingen fördragspart eller investerare har ett intresse av att hamna i en tvist. Ju mer förutsägbart både avtalet och tvistlösningsförfarande är desto större möjligheter för en investerare att förkorta processen eller till och med att undvika den helt.

Skillnader mellan förslagen:

Möjligheten för parterna att som i USA:s förslag själva välja sina skiljemän minskar risken för ensidiga jävssituationer. Det kan tänkas att den skiljedomare som var part inledningsvis väljer står närmare sin uppdragsgivare än den andra tvistande parten – men förfarandet är liksidigt

så eventuella jäv tar ut varandra. Förfarandet övervakas även av den tredje skiljedomaren, som väljs gemensamt och blir rättens ordförande, samt av ingående jävsbestämmelser i TTIP. I USA:s system, där parterna väljer var sin domare som sedan väljer den tredje är risken mindre att samtliga tre domare är pro-EU/USA eller anti-business – eller för den delen pro-business.

I EU:s föreslagna ICS kommer samtliga domare att väljas gemensamt av EU och USA samt till viss del (2/3) bestå av medborgare från något av de fördragsslutande parternas länder, med resterande tredjedel från tredjeland (ett förfarande som inte anses rättvist enligt exempelvis ICSIDs regler). Investeraren har ingen påverkan på vem som dömer. Här finns inledningsvis en osäkerhet och en risk för att domarna tolkar fördraget till fördel för den fördragsslutande motparten. Denna osäkerhet bör dock minskas i och med att praxis fastställs och möjligen även genom den (ännu ej namngivna) kommitté som på fördragsparternas uppdrag har till uppgift att avgöra tolkningen i komplicerade och allvarliga fall. I det långa loppet skapar även en – högst eventuell – tendens hos domarna att tolka fördragstexten till de fördragsslutande parternas fördel en förutsägbarhet, så länge den är konsekvent.

Skiljemän som väljs av parterna besitter ofta inte samma juridiska kompetens som domare i permanenta domstolar, men detta kompenseras ofta med en högre grad av specialist- och branschkunskap. Skiljemän som har ingående kunskaper om just det område tvisten gäller kan underlätta tvister av mer teknisk karaktär, där man i en motsvarande permanent tribunal hade behövt kalla experter och sakkunniga för att sätta in domarna i branschen. Det går att argumentera för att det är lättare att förutse hur en expert ser på ett problem jämfört med hur en lekman skulle dömt i samma situation (även om lekmannen fått frågan förklarad för sig).

EU:s förslag innehåller även, till skillnad från USA:s, en möjlighet att överklaga beslut av förstainstansen på materiella grunder till en överinstans,

benämnd *Appeal Tribunal* i avtalsförslaget. Ett argument för en överinstans är att den fyller, inte bara uppgiften av att rätta till felaktiga domar, utan även att skapa konsekvens i domsluten samt att skapa en mer betydande praxis.

En hög rättssäkerhet ökar förutsägbarheten, men det är viktigt att notera att även en överklagandeinstans kan fatta felaktiga beslut. Att ett fall överklagas kan öka säkerheten men det är inte per automatik så att felaktiga domar suddas ut och ersätts med riktiga. Det kan i individuella fall bli precis tvärtom. En överklagandeinstans kommer däremot genom sin praxis att fylla ut gällande rätt i en större utsträckning än förstainstanserna. Utfyllande praxis kan förtydliga oklara bestämmelser och göra förutsättningarna för en investering tydligare. Att (andrainstans-) tribunalen fyller ut bestämmelserna med sin tolkning innebär dock även ett par möjliga nackdelar. Investerare måste hålla reda på både praxis och fördragstext för att bedöma sina förutsättningar i en eventuell framtida tvist. Ur ett demokratiskt perspektiv innebär det även att domstolen tar bort en del av de fördragsslutande parternas kontroll över investeringsrätten – åtminstone i det korta loppet.

Det skall även nämnas att en överklagan på formella grunder fortfarande är möjlig även med USA:s modellavtal som grund och reglerna i exempelvis ICSID-konventionen.

Likheter mellan förslagen och relationen till EU-domstolen:

Processtyrning, tolkningsregler och straffavgifter ser ut att vara områden där parterna redan är överens, åtminstone på ett högre plan.

Hur tvistlösningssystemet än utformas finns en potentiell konflikt med EU-domstolens befogenheter. Frågan om vilken påverkan en extern tvistlösning liknande de två förslagen kommer att ha på EU:s inre marknad är inte heller lätt att svara på i dagsläget.

Om vi till exempel tänker oss att ett EU-direktiv leder till bestämmelser inom EU:s inre marknad som påverkar samtliga företag inom en sektor – alltså både företag startade inom EU och företag som kommit till genom en amerikansk direktinvestering. I den mån direktivet leder till diskriminerande nackdelar för det ”amerikanska” företaget finns då möjligheter att stämna EU genom det tvistlösningssystem som inkluderats i TTIP. Men om samma bestämmelser leder till att några få europeiska företag diskrimineras gentemot andra europeiska företag har dessa inte samma möjlighet att stämna EU i TTIPs tvistlösningssystem – utan tvingas i så fall göra detta i EU-domstolen. Det är rimligt att anta att någon av domarna kommer vara mer fördelaktig än den andra, vilket kan leda till snedvriden konkurrens på EU:s inre marknad (potentiellt diskriminerande i sig självt). Förutsägbarheten här är än så länge mycket låg, men förhandlingarna är ännu långt ifrån avslutade.

Slutsatser:

Sammanfattningsvis skiljer sig de båda förslagen åt främst genom val av domare, med medföljande jävssituation, och genom EU:s val av att inkludera en överklagandeinstans. Jävssituationen, verklig eller inte, balanseras på EU:s sida ut av att samma domare över tid bör kunna utveckla en konsekvent praxis och på USA:s sida av att eventuellt jäv tar ut sig genom att domarna väljs gemensamt av båda parter. En överklagandeinstans ger tvistlösningssystemet en möjlighet att rätta till felaktiga domar, men till en ökad kostnad i både tid och pengar. Frågan är om det är värt den kostnaden, sett ur en investerares perspektiv. Ser vi till de skiljedomsinstitut som står tillgängliga i USA:s förslag så har dessa skiljedomsinstitut utvecklats främst genom önskemål från privata företag (och inte stater) och det har inte funnits några tekniska hinder mot att införa ett överklagandesystem. Så har ändå inte skett, vilket tyder på att en effektiv och snabb tvistlösning premieras över en högre rättssäkerhet. Tid är pengar.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2:a upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2012. ISBN: 9780199651795.

Douglas, Zachary, Pauwelyn, Joost & Viñuales, Jorge E. (red.), *The foundations of international investment law: bringing theory into practice*, Oxford University Press, Oxford 2014. ISBN: 9780199685387.

Hobér, Kaj, *Selected writings on investment treaty arbitration*, 1:a upplagan, Studentlitteratur, Lund 2013. ISBN: 9789144088204.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro, *Juridisk Metodlära*, 1:a upplagan, Studentlitteratur, Stockholm 2013. ISBN: 9789144083865.

Pierre-Olivier Gourinchas and H el ene Rey, "From World Banker to World Venture Capitalist: US External Adjustment and the Exorbitant Privilege", i Clarida, R H (red), *G7 Current Account Imbalances: Sustainability and Adjustment*, University of Chicago Press, Chicago 2007. ISBN:0226107264.

Trebilcock, Michael J., *Understanding Trade Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2011. ISBN 9780857931498

van Vooren, Bart & Wessel, Ramses A., *EU External Relations Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2014. ISBN: 9781107031128.

Artiklar

Johnson, Lise, "The 2012 US Model BIT and What the Changes (or Lack Thereof) Suggests about Future Investment Treaties", *Political risk insurance Newsletter*, Columbia Center on Sustainable Investment, Volume VIII, Issue 2, November 2012.

Kitchen, John, "Sharecroppers or Shrewd Capitalists? Projections of the US Current Account, International Income Flows, and Net International Debt", *Review of International Economics*, vol 15, s 1036-1061, november 2007.

Reed, Stanley, "Dutch Court Overturns \$50 Billion Ruling Against Russia in Yukos Case", *New York Times (New York edition)*, 21 april 2016.

Publikationer

Kommerskollegium, *Investeringskyddsavtal (BITs)*, maj 2013 – första tryckningen, ISBN:9789186575588.

UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, United Nations Publication, Geneva 2015. ISBN:9789211128918.

UNCTAD, *World Investment Report 2004: The Shift Towards Services*, United Nations Publication, Geneva 2004. ISBN:9211126444.

Utrikesdepartementet, *Potential Effects from an EU–US Free Trade Agreement – Sweden in Focus* (2012), Dnr 3.4.2-2012/00751-3 (2012-11-01).

Rättsfall & Utlåtanden

AES Corp v Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/17, 26 april 2005.

Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/08/514, 14 december 2012.

C-120/06 P and C-121/06 P *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) and others v Council and Commission* (Förenade fallen) [2008] ECR I-6513

C-402/05 P & C-415/05 P *Kadi and Ak Barakaat International Foundation v Council* [2008] ECR I-6351

C-6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585

Opinion 2/13, *Accession to the ECHR* [2014]

Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, 18 juli 2014.

Elektroniska resurser

Ankersmit, L. & Hill, K. (22 oktober 2012), Clientearth.org, *Legality of investor–state dispute settlement (ISDS) under EU law*. Hämtad 2 maj 2016:
<http://www.clientearth.org/health-environment/health-environment-publications/legality-of-investor-state-dispute-settlement-under-eu-law-3020>

Bureau of Economic Analysis (5 februari 2015), *U.S. International Trade in Goods and Services*. Hämtad 4 maj 2016:
<http://www.bea.gov/newsreleases/international/trade/2015/pdf/trad1214.pdf>

EU Commission Press Release (29 februari 2016), *CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement*,. Hämtad 13 maj 2016:
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm

European Commission DG Trade (februari 2016), *CETA – Summary of the final negotiating results*,. Hämtad 13 maj 2016:
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc_152982.pdf

European Commission DG Trade (13 juli 2014), *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*. Hämtad 11 maj 2016:
http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179

European Commission DG Trade (11 juli 2014), *State of Play of TTIP negotiations ahead of the 6th round of negotiations*. Hämtad 5 maj 2016:
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152666.pdf

European Commission DG Trade (12 juli 2013), *EU and US conclude first round of TTIP negotiations in Washington*. Hämtad 4 maj 2016:
<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=941>

European Commission DG Trade (13 januari 2013), *Question and Answers on the results of the public consultation: Consultation on investment protection in EU-US trade talks*. Hämtad 4 maj 2016:
<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1233>

European Initiative against TTIP and CETA. Hämtad 10 maj 2016:
<https://stop-ttip.org/>

Greenpeace Press Centre (1 maj 2016), *TTIPleaks: confidential TTIP papers unveil US position*. Hämtad 5 maj 2016. <http://www.greenpeace.org/eu-unit/en/News/2016/TTIPleaks-confidential-TTIP-papers-unveil-US-position/>

High Level Working Group on Jobs Growth (11 februari 2013), *Final Report*. Hämtad 10 maj 2016:
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf

International Centre for Settlement of Investment Disputes, *About ICSID*, World Bank Group. Hämtad 4 maj 2016:
<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx>

Jarrod Wong, "Umbrella Clauses In Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries In Foreign Investment Disputes", *George Mason Law Review* (2007). Hämtad 4 maj 2016:
http://www.georgemasonlawreview.org/wp-content/uploads/2014/03/14-1_Wong.pdf

Jeffries, Stuart, The Guardian, (3 augusti 2015), *What is TTIP and why should we be angry about it?* *theguardian.com*. Hämtad 17 maj 2016:
<https://www.theguardian.com/business/2015/aug/03/ttip-what-why-angry-transatlantic-trade-investment-partnership-guide>

Keionline.org, *TTIP Draft, Trade in Services, Investment and E-commerce* (2 juli 2013), Hämtad 4 maj, 2016:
<http://keionline.org/sites/default/files/eu-kommission-position-in-den.pdf>

Ken Clarke, The Guardian (11 november 2013), *This EU-US trade deal is no 'assault on democracy'*. Hämtad 4 maj 2016:
<http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/11/eu-us-trade-deal-transatlantic-trade-and-investment-partnership-democracy>

Kommerskollegium, *USA - det transatlantiska handels- och investeringspartnerskapsavtalet (TTIP)*. Hämtad 10 maj 2016:
<http://www.kommers.se/verksamhetsomraden/Handelspolitik/Forhandlingar/EUs-frihandelsavtal-ny/Pagaende-forhandlingar1/USA/>

Regeringskansliet (1 mars 2016), *Mikael Dambergs uttalande om CETA*. Hämtad 4 maj 2016:
<http://www.regeringen.se/uttalanden/2016/03/mikael-dambergs-uttalande-om-ceta/>

Reuters (16 juni 2015), *EU-U.S. trade deal seems distant dream after early optimism*. Philip Blenkinsop. Hämtad 5 maj 2016:
<http://uk.reuters.com/article/us-eu-usa-trade-idUKKBN0OW0UW20150616>

Svenskt Näringsliv (17 december 2014), *Investeringsskyddsregler: Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS)*. Hämtad 17 maj 2016:
http://www.svensktnaringsliv.se/material/rapporter/fakta-om-investeringsskyddsregler-isds_606651.html

Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

Concept Paper, Investment in TTIP and beyond – the path for reform.

Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court, DG Trade.

Directives for the Negotiation on a Comprehensive Trade and Investment Agreement, called the Transatlantic Trade and Investment Partnership, between the European Union and the United States of America, ST 11103/13 (17 juni 2013, deklassificerat sedan 9 oktober 2014 genom DCL1 ST 11103/13).

Energy Charter Treaty.

EU-förordning 1219/2012 om införande av övergångsordningar för bilaterala investeringsavtal mellan medlemsstater och tredjeland.

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

European Parliament resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2014/2228(INI).

Fördraget om Europeiska unionen (EUF).

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP).

Wienkonventionen om traktaträtten.

Uruguay Round Agreement, WTO.

Övriga källor

Council of the European Union, Press Release, Luxemburg, 14 juni 2013, 3245th Council meeting, 10862/13 EN.

Deutscher Richterbund, *DRB-Opinion No. 04/16: Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015*, februari 2016.

Hämtad 10 maj 2016:

<http://www.drb.de/cms/index.php?id=952> (på tyska)

Reading Guide to the Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Commission DG Trade, 16 september 2015.