

Frihandel for en hver pris?

- Konsekvenserne ved at inddrage ISDS i den kommende transatlantiske handelsaftale

Forhandlingerne om en handelsaftale mellem EU og USA, det Transatlantiske Handels- og Investeringspartnerskab (TTIP) begyndte i juli 2013. Denne briefing handler om den kontroversielle ISDS-mekanisme om investorbekyttelse, der forventes at indgå i aftalen og dens konsekvenser for mennesker og miljø.

Hvad er ISDS?

Investor-State Dispute Settlement eller ISDS er en domstol til håndtering af konflikter mellem stater og virksomheder, der fungerer uafhængigt af nationale domstole. Den anvendes ofte i forbindelse med international handel.

Formålet med ISDS er at yde investeringsbeskyttelse, hvilket betyder, at udenlandske investorer og virksomheder kan sagsøge nationale myndigheder og kræve økonomisk erstatning, hvis de vurderer, at national lovgivning begrænser deres nuværende og fremtidige indtjeningsmuligheder.

Dette gælder blandt andet demokratisk besluttet lovgivning om miljø, fødevarerikkerhed og arbejdsret. ISDS er langt fra et nyt fænomen, men indgår i et utal af bi- og multilaterale investeringsaftaler, eksempelvis NAFTA-aftalen mellem Canada, Mexico og USA. Virksomheder kan inden for disse investeringsaftaler rejse sag mod en stat ved en domstol, selv efter en national domstol forinden måtte have kendt virksomhedens klage og krav ubegrundet.

Antallet af investeringstribunaler, som investorer kan vælge imellem er stigende. Verdensbankens voldgiftsorgan ICSID og FN's Kommission for International Handelsret (UNCITRAL) er de mest hyppige valg¹. En stor del af de bilaterale ISDS-aftaler giver investorer ret til at vælge mellem to eller flere forskellige voldgiftstribunaler. Nogle aftaler giver endog investorer ret til at få deres sag prøvet ved to forskellige tribunaler.

Der er stort set ingen bilaterale aftaler indeholdende ISDS-mekanismer, der beskæftiger sig med advokaternes upartiskhed og neutralitet angående økonomiske interesser eller som definerer regler for advokaternes kvalifikationer. Dette på trods af, at adskillige af dem tidligere har siddet i bestyrelser for store multinationale virksomheder.

På baggrund af eksisterende handelsaftaler og deraf følgende voldgiftssager mellem virksomheder og nationalstater, er der god grund til at være skeptisk over for inddragelsen af ISDS i de igangværende frihandelsforhandlinger.

Hvis ISDS bliver en del af den kommende transatlantiske handelsaftale vil virksomheder få endnu

¹ Læs mere om de forskellige ISDS-mekanismer i: [Pohl, Joachim, Kekeletso Mashigo, and Alexis Nohen \(2012\) "Dispute settlement provisions in international investment agreements"](#), OECD Working Paper

mere magt til at udfordre enhver foreslået forbedring af miljø-, fødevarer- og sundhedsstandarder i både USA og EU.

ISDS udfordrer det nationale retssystem

ISDS er en mekanisme, der kun tillader investorer at sagsøge stater – stater kan ikke sagsøge investorer. Dette giver virksomheder mulighed for at stille spørgsmål ved staters suveræne ret til at lovgive og til at kunne tilsidesætte afgørelser truffet af nationale domstole. Virksomheder opnår på denne måde samme status som suveræne stater. Dette udfordrer staters demokratiske pligt til at regulere i henhold til borgernes og miljøets interesser.

Der er talrige eksempler på virksomheder, som har benyttet ISDS-ordningen til at sagsøge stater med negative konsekvenser for beskyttelsen af mennesker og miljø. Der er tale om eksisterende sagsanlæg, som enten er gennemført eller igangværende.

For eksempel har tobaksgiganten Phillip Morris, producent af blandt andet Marlboro, sagsøgt Australien og Uruguay for at indføre advarselmærker på cigaretpakker, det svenske energiselskab Vattenfall kræver økonomisk erstatning for Tysklands beslutning om at lukke sine atomkraftværker og en lang række virksomheder har sagsøgt Argentina for politiske tiltag under den alvorlige finansielle krise i landet i 2000.

Dertil findes mange andre eksempler på hvordan virksomheder har benyttet ordningen gennem forskellige handels- og investeringsaftaler til at udfordre national lovgivning på områder såsom farligt affald, forbud mod fracking af skiffergas og genmodificerede fødevarer samt begrænsninger på import af majssirup med højt sukkerindhold.

Virksomheder har flere gange forsøgt at omstøde nationale domstolsafgørelser gennem ISDS. Det gælder eksempelvis i Ecuador, hvor det amerikanske energiselskab Chevron blev idømt en bøde for forurening og manglende oprydning efter et stort olielæk. Det fik Chevron til at indlede en ISDS-sag mod Ecuador, som virksomheden vandt. ISDS-domstolen underkendte med andre ord den nationale domstolsafgørelse.

Et andet godt eksempel på, at ISDS kan udfordre den nationale lovgivning er Argentinas mange ISDS-sager. I 2000 under den finansielle krise i landet var der alvorlig risiko for social uro, optøjer og endda et egentligt sammenbrud. Argentina var derfor nødt til at indføre politiske tiltag. Det resulterede i "den største bølge af anklager fra udenlandske investorer mod et enkelt værtsland i nyere historie"². Det betyder, at selv i helt ekstraordinære krisesituationer kan selvstændige staters politiske tiltag blive udfordret ved internationale domstole.

Flere lande genovervejer i øjeblikket deres engagement i ISDS på grund af dennes betydelige negative indvirkning på statens suverænitæt. Det gælder blandt andre Indien, Sydafrika, Brasilien, Australien og Norge.³

² Martinez, Elizaveth A(2012): Understanding the Debate over Necessity... *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 23, 149.

³

<http://www.bilaterals.org/spip.php?article21295>

En dyr affære:

Uanset hvem der vinder en given erstatningssag, har ISDS-systemet med de private voldgiftstribunaler store økonomiske omkostninger for staterne hvis udgifter betales af skatteyderne og kan beløbe sig til milliarder af dollar. Stater skal oftest betale for deres eget forsvar, selv hvis de vinder en sag, som en investor har anlagt imod dem.⁴ Der er grund til at frygte, at ISDS gennem udsigten til milliardsøgsmål fungerer afskrækkende på stater i forhold til at indføre lovgivning, der prioriterer menneskers og miljøets interesser frem for udenlandske investorers rettigheder. Dette skal ses i lyset af at en gennemsnitlig ISDS-sag koster 8 millioner dollars per part i sagen.⁵

En nylig rapport bestilt af den britiske regering gransker fordelene og ulemperne for Storbritanien hvis ISDS-ordningen bliver en del af TTIP.⁶ Rapporten konkluderer, at der ikke er evidens for at Storbritanien vil drage hverken økonomisk eller politisk fordel ved en investeringsorden med USA. Derimod finder rapporten belæg for at ordningen med større sandsynlighed vil øge omkostninger for den britiske stat bl.a. fordi det forventes at staten vil blive genstand for flere sagsanlæg fra amerikanske investorer og virksomheder. Samtidig peger rapporten på den politiske ulempe at risikoen for at skulle yde erstatning kan afholde staten fra at indføre regler og lovgivning.

Hvis stater indfører lavere standarder for at imødekomme industriens krav vil det underminerer EU's forsigtighedsprincip, som kræver, at virksomheder sørger for, at nye teknologier er sikre, og som udgør en central juridisk hjørnesteen i Europæisk miljøbeskyttelse. En sænkning af krav til virksomheder vil også true det grundlæggende princip om, at forurenere betaler, der er nedfældet i EU-traktaterne. Således kan ISDS-ordningen der pålægges gennem bindende handelsaftaler, ikke blot få store økonomiske konsekvenser for stater men også underminere staters evne til at handle demokratisk.

Konsekvenser for klima og energi

ISDS er særligt blevet brugt til at forhindre foranstaltninger, der begrænser olieeftersøgning eller forbyder skiffergasudvinding, og mekanismen er derfor særlig kritisk i forhold til klima og energi. 60 ud af de 169 (37.5%) ISDS-sager, som er indbragt for ICSID domstolen ved Verdensbanken, er relateret til olie, minedrift eller gas.⁷ Udviklingen af ukonventionelle brændstoffer, især skifergas, giver i øjeblikket anledning til stor kontrovers i hele Europa, hvor olie- og gasindustrien lobbyer kraftigt for garantier med hensyn til deres investeringer i risikable teknologier såsom fracking.⁸ Det er klart, at der er en stærk vilje fra amerikansk side til at sikre de bedste vilkår for, at investorer kan udforske Europas ukonventionelle brændstofpotentiale, herunder skifergas og tjæresand.

Men ukonventionelle brændstoffer er en af de mest presserende og akutte trusler mod klima og miljø. Afgørelser truffet af nationale eller føderale regeringer om ikke at tillade skifergas-projekter

⁴ Gaukrodger, David (2013): "Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder claims and issue of consistency", OECD Working Paper

⁵ <http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>

⁶ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/260380/bis-13-1284-costs-and-benefits-of-an-eu-usa-investment-protection-treaty.pdf

⁷ http://www.ips-dc.org/reports/mining_for_profits_update2013

⁸ http://corporateeurope.org/sites/default/files/shale_gas_lobby_final.pdf

på grund af deres miljø- og sundhedsmæssige konsekvenser kan blive direkte udfordret og bragt i fare af transnationale olie- og gasselskaber. Men det er absolut nødvendigt, at stater fortsat er fuldt ud i stand til at regulere efterforskningen og udnyttelsen af fossile brændstoffer, fri fra pres fra virksomheder og investorer, et pres som vil blive øget ved indførelse af ISDS.⁹

Flere lande genovervejer ISDS-aftaler¹⁰

Mens EU er i gang med at indføre en ISDS-mekanisme i forbindelse med frihandel mellem de to økonomiske supermagter, er flere stater blevet mere skeptiske overfor ISDS. Flere lande genovervejer i øjeblikket deres engagement i ISDS på grund af dennes betydelige negative indvirkning på statens suverænitet. Det gælder blandt andre Indien, Sydafrika, Brasilien, Australien og Norge.¹¹

Sydafrika har gennem en undersøgelse konkluderet, at landet får større udenlandsk kapital fra lande, det ikke har en ISDS-aftale¹². Sydafrika har besluttet at stoppe for den automatiske fornyelse af investeringsaftaler, som blev underskrevet i den tidlige post-apartheid periode, og har meddelt, at nogle af aftalerne vil blive opsagt¹³. Den australske regering har siden 2011 talt imod ISDS-systemet i forhold til bilaterale og multilaterale handelsaftaler. Australien kunne således i 2011 indgå en bilateral aftale med USA uden en ISDS-mekanisme.¹⁴

Sydafrika og Australien har bl.a. argumenteret for, at ISDS er unødvendigt i stater med et retssystem, der i forvejen beskytter privat ejendom og ikke diskriminerer mellem indenlandske og udenlandske virksomheder. Udenlandske virksomheder får nøjagtigt den samme beskyttelse som indenlandske. Derfor har argumentet været, at de ikke bør have særrettigheder men derimod benytte sig af de nationale domstole ligesom indenlandske virksomheder med nøjagtig den samme juridiske beskyttelse.

Både EU og USA er stater, der bygger på domstolenes uafhængighed, upartiskhed og neutralitet. Hvorfor er det nødvendigt at have særlige private domstole for udenlandske virksomheder i disse lande?

Selvom forhandlingerne om ISDS som en del af aftalen med USA kan undergrave demokratisk vedtagne love, der skal beskytte miljøet og befolkningens sundhed, er kritikken af handelsunionen næsten ikkeeksisterende blandt politikerne i Danmark.

Undlad de unødvendige og udemokratiske ISDS-aftaler

Dagbladet Information kunne i en artikel bragt den 17. december afsløre at mange danske politikere og medlemmer af Europaudvalget ikke aner hvad ISDS er eller hvad det indebærer – på trods af at selvsamme politikere har givet EU-Kommissionen mandat til at forhandle en

⁹ <http://www.foeeurope.org/foee-unconventional-and-unwanted-the-case-against-shale-gas-sept2012> ; <http://www.foeeurope.org/shale-gas-economic-myths-210513>

¹⁰ <http://www.sierraclub.ca/en/main-page/multiple-countries-rejecting-investor-state-dispute-settlement>

¹¹ <http://www.bilaterals.org/spip.php?article21295>

¹² <http://www.iol.co.za/business/opinion/renegotiating-bilateral-treaties-should-not-scare-off-investors-1.1601411#.UuTPFLSKbIU>

¹³ <http://www.project-syndicate.org/commentary/joseph-e--stiglitz-on-the-dangers-of-bilateral-investment-agreements>

¹⁴ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/260380/bis-13-1284-costs-and-benefits-of-an-eu-usa-investment-protection-treaty.pdf

handelsaftale med USA på hele EU's vegne.¹⁵ Men presset på politikerne er voksende. Som følge af protester fra civilsamfundets organisationer i USA og Europa valgte Europa Kommissionen den 21. januar at sætte forhandlingerne om ISDS i bero og afsætte tre måneder til offentlige høringer.

NOAH hilser betænkningstiden velkommen.

Vi opfordrer til følgende:

EU-Kommissionen, Europa-Parlamentet, EU medlemsstaterne og den amerikanske regering bør afvise inddragelsen af ISDS i TTIP og afvise enhver endelig afgørelse, der inkluderer sådanne bestemmelser. De nationale domstole i både USA og EU-landene kan sagtens beskytte udenlandske investorer.

Det Europæiske Råd, Europa-Kommissionen og Europa-Parlamentet bør ikke indgå mellemstatslige aftaler, som kan anvendes af en investor til at lægge sag an mod stater ved domstole eller voldgift med henblik på at udfordre love, der håndhæver miljø-, sundheds-, social- og forbrugerbeskyttelsespolitikker og regler.

Borgere og lokalsamfund, der er blevet påvirket eller misbrugt af virksomheder og investorer, bør som minimum have de samme rettigheder som investorer med hensyn til adgang til de internationale domstole.

¹⁵ <http://www.information.dk/482270>