
NOTAT

Udenrigsministeriet

Til: Folketingets Europaudvalg J.nr.: 400.E.15-5.
CC: Bilag:
Fra: Udenrigsministeriet Dato: 26. maj 2014
Emne: Kommenteret gennemgang af henvendelse af 1. maj 2014 fra seks NGO'er til Folketingets Europaudvalg om ISDS i frihandelsaftalen mellem EU og USA.

Henvendelsen fra Greenpeace Norden, Det Økologiske Råd, ATTAC-Danmark, NOAH, Afrika Kontakt og Corporate Europe Observatory er opdelt i to afsnit, hhv. ”vigtigheden af en kritisk dansk holdning” og ”Kommissionens forslag”.

1. ”Vigtigheden af en kritisk dansk holdning”.

I dette afsnit henvises der for det første til, at en række Investor-State Dispute Settlement (ISDS) sager har vist, at demokratiske beslutninger kan undermineres på centrale områder. Det handler om sager, som føres under den Nordamerikanske Frihandelsaftales (NAFTA) kapitel 11 om investeringsbeskyttelse eller Energi Charter Traktatens investeringsbeskyttelsesregler samt nogle bilaterale investeringsbeskyttelsesaftaler (mellem fx Hong Kong og Australien, Frankrig og Egypten mfl.).

Det er korrekt, at investor i disse sager har lagt sag an mod modtagerlandets regering, fordi modtagerlandet har vedtaget lovgivning, som i et vist omfang har forringet værdien af investeringen. Lovgivningen har haft til hensigt at hæve beskyttelsesniveauet på en række politikområder som fx miljø, sundhed og arbejdstagerrettigheder som fx mindstelønniveauet.

Sagerne er imidlertid ikke afgjort endnu. Det er derimod en række andre sager om det samme, som på nær én sag er faldet ud til fordel for regeringerne. Der er med andre ord ikke voldgiftspraksis, som på overbevisende måde dokumenterer, at ISDS reelt eller potentielt underminerer demokratiske beslutninger ud fra offentlige interesser.

Det er desuden vigtigt at fremhæve, at de nævnte sager føres på et ældre regelgrundlag, som Kommissionen har erklæret, at man ikke vil genfinde i de nye EU-aftaler, som vil blive indgået i medfør af Lissabontraktatens artikel 207 (dette vil blive nærmere gennemgået under afsnit 2 om Kommissionens forslag). Man kan derfor ikke sammenligne de i brevet nævnte sager med de sager, som kan blive anlagt på baggrund af EU's kommende, moderniserede aftaler.

Selv om en sag under de nye aftaler skulle føre til, at investor mod forventning skulle få medhold i, at en given regulering i offentlighedens interesse er i strid med investors rettigheder, medfører dette ikke i sig selv, at lovgivningen undermineres. Selv om dommen fra voldgiftsretten måtte medføre en erstatning til investor, er regeringen ikke forpligtet til at rulle lovgivningen tilbage.

For det andet henvises der i brevet til, at der ikke er et behov for ISDS mellem EU og USA. Det er korrekt, at der som udgangspunkt ikke er tradition for investeringsbeskyttelsesaftaler mellem to udviklede lande. Det skyldes, at de nationale lovgivninger og retssystemer i det tilfælde anses for at være fair, effektive, troværdige og transparente. Når investeringsbeskyttelse med ISDS indgår i EU-USA-forhandlingerne, skyldes det et ønske fra USA's side, fordi USA historisk set har krævet det i de frihandelsaftaler, som man indgår, som en ekstra sikkerhed for investorerne. Såfremt ISDS ikke omfattes af en frihandelsaftale med USA, vil en aftales øvrige bestemmelser om investeringsbeskyttelse ikke umiddelbart kunne søges håndhævet af europæiske virksomheder ved en amerikansk domstol. Det vil forudsætte, at investeringsbeskyttelsesreglerne i TTIP omsættes til amerikansk ret ved føderal lovgivning fra Kongressen, idet en ratifikation fra Kongressen ikke alene vil være tilstrækkelig. Det er ikke givet, at dette vil ske.

Hertil kommer, at et europæisk ønske om udeladelse af ISDS kan have en politisk pris og negative konsekvenser for andre europæiske offensive interesser i frihandels-forhandlingerne. Desuden indgår den fremtidige præcedensvirkning som et vægtigt hensyn i spørgsmålet om ISDS. Det vil være særdeles vanskeligt, om ikke umuligt, at få et investeringsbeskyttelseskapitel med ISDS inkluderet i fremtidige aftaler med andre lande, hvor lovgivning og retssystemer ikke nødvendigvis sikrer udenlandske virksomheder mod diskriminerende behandling.

For det tredje henvises der i brevet til, at en række medlemslande har meldt kritiske holdninger ud, herunder Tyskland, Frankrig og Holland. Tyskland er p.t. part i en ISDS sag under Energi Charter Traktaten, som gør, at landet – indtil denne sag måtte være afgjort – af politiske grunde har anlagt en mere kritisk holdning til ISDS. ISDS er imidlertid opfundet i Tyskland, som er det land i verden, som har flest bilaterale investeringsbeskyttelsesaftaler med ISDS (ca. 130), og som har haft flest investorer, som har benyttet disse aftalers ISDS-ordninger til egen fordel. I forhold til andre EU-lande kan det anføres, at forhandlingsdirektiverne til TTIP blev givet enstemmigt af Rådet til Kommissionen i juni 2013. Denne situation er fortsat gældende.

For det fjerde henvises der til, at man fra den danske regerings side ikke tager problemet alvorligt nok, idet regeringen ikke mener, at sådanne sager kan finde sted mod Danmark. Regeringen vurderer ganske rigtigt, at sandsynligheden for, at sager anlægges mod Danmark, er relativt lille. Regeringen vurderer endvidere, at risikoen for, at eventuelle sager tabes, er yderst begrænset med et nyt og moderniseret aftalegrundlag. Såfremt et ønske fra EU's side om at udelukke ISDS fra en frihandelsaftale fremføres overfor USA, kan den politiske pris for dette vise sig langt større.

Regeringen har derfor, ligesom alle øvrige medlemslande, valgt at acceptere, at ISDS indgår i forhandlingerne, idet Rådet samtidig har pålagt Kommissionen at forhandle en ISDS-mekanisme, som minimerer de risici, som der måtte være herved i kraft af en klausul i forhandlingsdirektiverne, som præciserer parternes ret til at regulere ud fra legitime politik hensyn såsom miljø, sundhed, arbejdstagerrettigheder og forbrugerbeskyttelse. I første omgang afventer regeringen afslutningen af den høringsproces, som Kommissionen har igangsat, og som afsluttes medio juni.

Denne tilgang har ved forespørgselsdebatten den 15. maj 2014 opnået støtte fra et bredt flertal i Folketinget.

2. "Kommissionens forslag"

Der henvises for det første til, at voldgiftstribunalerne kan vælge at se bort fra en "forpligtende fortolkning", som er aftalt mellem de to traktatparter. Dette synspunkt deles ikke af danske voldgiftsdommere, som har anført overfor Udenrigsministeriet, at et voldgiftstribunal vil være bundet af sådanne forpligtende fortolkninger.

For det andet henvises der til, at bestemmelsen om "rimelig og ligeværdig behandling" i Kommissionens forslag er formuleret sådan, at der fortsat vil være mulighed for at føre kontroversielle sager. Kommissionen og medlemslandene er enige om, at de nye EU-aftaler skal sikre, at retten til at regulere ud fra legitime politik hensyn som de ovenfor nævnte respekteres af internationale voldgiftsretter, således at almindelig lovgivning i offentlighedens interesse ikke på noget tidspunkt kan anses for at være i strid med investors rettigheder. Investors rettigheder vil fremover alene gå på beskyttelse mod direkte chikane, usaglig eller diskriminerende lovgivning, beskyttelse mod ekspropriation eller beskyttelse af de berettigede forventninger, som investor kan dokumentere, at regeringerne kontraktuelt har forpligtet sig til at honorere gennem modtagelsen af investeringen. Regeringen forventer, at Kommissionen og USA kan forhandle en ISDS-tekst, som imødekommer dette krav.

I forhold til hidtidige ISDS-mekanismer efterlader dette relativt lidt fortolkningsrum til tribunalerne. Derfor bliver deres reelle rolle - snarere end fortolkningsopgaverne - at vurdere, hvorvidt investor har løftet bevisbyrden i forhold til den fortolkning, som parterne har bundet tribunalen til at anlægge. Endvidere vil tribunalernes rolle være at vurdere, hvilket omfang en eventuel erstatning bør have, hvis investor har løftet bevisbyrden for, at investors rettigheder faktisk er blevet krænket.

Udenrigsministeriet, den 26. maj 2014