Investeringsbeskyttelse i en kommende frihandelsaftale mellem EU og USA

Det traktatbaserede regime til beskyttelse af udenlandsk investering har i de seneste år været genstand for kritik, der dækker over en grundlæggende juridisk problemstilling her omtalt som et stabilitets-fleksibilitets dilemma. Kritikken aktualiseres i forhandlingerne af en større handels- og investeringsaftale mellem EU og USA, the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP).

Udenlandske investeringer og behovet for stabilitet og fleksibilitet

Investeringer i længerevarende projekter er som et grundlæggende vilkår altid forbundet med en vis risiko. Risikoens karakter og størrelse kan variere, men givet er det, at investoren vil søge at sikre en stabil ramme for investeringen, navnlig i politisk og juridisk henseende.

I et vist omfang kan investorer have held med at sikre den juridiske stabilitet i forhandlingen af det kontraktmæssige grundlag for investeringen. Hertil kommer, at der i national lovgivning i mange tilfælde vil være regler, der giver en vis stabilitet eksempelvis i skattemæssig henseende. Imidlertid kræver såvel kontraktgrundlag som national lovgivning, at investoren sætter sin lid til værtnatsstaten og dennes regering, der jo kan skifte med de politiske vinde. Netop dette faktum afsøde behovet for at sikre investorer en international beskyttelsesstandard, som kunne håndHAVES uden om disse to øvrige lag: kontraktgrundlaget og national lovgivning. Hele formålet med, at stater påbegyndte forhandlingen af traktatbaserede aftaler om investeringsbeskyttelse, var således at sikre behovet for stabilitet.

Ud over hensynet til stabilitet eksisterer behovet for fleksibilitet, dvs., at der også sikres et vist råderum for en værtnatsstat til at ændre politisk kurs, foretage nye prioriteringer og adressere uforudsete hændelser. Der kan være mange grunde til, at en stat ønsker at ændre på vilkår for virksomhedsdrift. Det kan skyldes ændrede politiske prioriteringer i forbindelse med et regeringskifte, være begrundet i konjunkturændringer eller militære konflikter, teknologisk udvikling eller ny viden, der forrykker den virkelighed, hvori virksomheden agerer. Ny viden viser måske, at et produkt er sundhedsskadligt, et kemisk middel er kraftfremkaldende eller stærkt forurenende, og der kan derfor komme behov for at indføre restriktioner i brugen af bestemte stoffer. Alle disse former for indgreb kan have en negativ indvirkning på virksomhedsudøvelsen og derved investeringens værdi. Da den samfundsmæssige kontekst er en dynamisk størrelse, er der derfor behov for fleksibilitet i det retlige grundlag, når længerevarende investeringer skal betegnes. I folkeretlig henseende betyder det, at værtnatsstaten skal have mulighed for at udrøje en vis fleksibilitet uden at pådrage sig statsansvar for folkeretsbrud. Faktorer, der kan realisere behovet for fleksibilitet, kan opstå pludseligt (f.eks. i form af et terrorangreb, der foranlediger øget kontrol med virksomhedsdrift eller indefrysning af finansielle midler) eller mere glidende (f.eks. ved, at ny forskning giver anledning til sundheds- eller miljøregulering med forbud af brugen af visse kemiske stoffer).

Et retligt grundlag, der infortulerer hensynet til fleksibilitet, er også i investorernes interesse, idet et længerevarende investeringsprojekt ikke kan operere isoleret fra den omgivende verden, og investoren må forholde sig dertil. Når der allerede i forbindelse med planlægningen af investeringen er klarhed omkring hensynet til fleksibilitet i det retlige grundlag, har investoren mulighed for at undgå mange ubehagelige overraskelser. Omvendt kan et fastfrossent juridisk regime i realiteten generere større usikkerhed for en investor. Usikkerheden forøges i takt med projektets længde, idet en investor næppe kan forvente, at værtnatsstaten afstår fra at tilpasse sig samfundsudviklingen.
Den grundlæggende juridiske problemstilling vedrører spørgsmålet om, hvordan man udforming en retsgrundlag, der yder en effektiv investeringsbeskyttelse samtidig med, at man sikrer et råderum for staten til at foretage nye politiske prioriteringer.

**Det traktatbaserede investeringsbeskyttelsesregime**

Traktater til beskyttelse af udenlandske investeringer har været forhandlet mellem stater i mere end 50 år. Danmark har underskrevet 55 bilaterale investeringsbeskyttelsesaftaler (BITs) og 64 øvrige aftaler, der typisk er af multilateral karakter med EU som traktatpart, hvor investeringsbeskyttelse indgår som et led i en større og bredere økonomisk aftale. Til sammenligning har Sverige underskrevet 69 BITs og 64 øvrige aftaler. Norge, der står uden for EU, har underskrevet 15 BITs og har derudover indgået 28 øvrige aftaler om investeringsbeskyttelse. Tyskland har underskrevet hele 135 BITs, Storbritannien 106 BITs og Holland 95 BITs, og alle tre lande indgår desuden i 64 øvrige aftaler. På verdensplan er det blevet til mere end 3.000 investeringsbeskyttelsesaftaler. Trods det betydelige antal aftaler er aftalerne i vid udstrækning enslydende. Typisk dækker aftalerne over en toleddet beskyttelse, hvoraf første led omfatter en række materielle beskyttelsesstandarder med påbud og forbud i forhold til behandlingen af udenlandske investorer og deres investeringer, og det andet led giver investoren adgang til effektiv håndhævelse af beskyttelsen.


I tillæg til den materielle beskyttelse indeholder investeringsbeskyttelsesaftalerne typisk en processuel beskyttelse i form af en effektiv adgang til at håndhæve beskyttelsen i et neutralet forum uden for værstsataten ved international voldgift kendt som investor-state dispute settlement (ISDS). Voldgiftsretten træffer afgørelse i fortrolighed, og afgørelsen er bindende for parterne og uden appeladgang.

Den traktatbaseret investeringsbeskyttelse medfører, at fortolkningen af traktaterne følger de folketerapeutregler herom. Det primære juridiske instrument til fortolkning af traktater er Wienerkonventionen om traktatretten, hvor den almindelige for tolkningsregel i artikel 31, stk. 1, tilsiger, at en "traktat skal for tolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillegges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål." Staternes fælles hensigt og formål med traktaten udtrykkes typisk i traktatens præambel, der derved angiver retningen for for tolkningen af de materielle beskyttelsesstandarder. Herudover følger det af artikel 31, stk. 3 litra c, at investeringsbeskyttelsesaftalen skal fortolkes under hensyntagen til staternes øvrige folketerapeutforpligtelser som eksempelvis internationale klimakonventioner, ILO-konventioner eller menneskerettigheder i øvrigt.

Med Lisabon-traktatens ikrafttreden har EU overtaget kompetencen til at forhandle investeringsbeskyttelse fremadretter. Danmark kan principielt stadig anmode Kommissionen om tilladelse til at forhandle nye aftaler med lande, hvor EU ikke har intentionen om at indgå forhandlinger. I praksis sætter EU imidlertid nu standarderne for de danske aftaler fremadrettet, da det reelt er vanskeligt for Danmark ikke at lægge sig tæt op af de standarder, der formuleres i EU-regi.

**Formålet med traktatregimet – fra stabilitet til fleksibilitet**

Siden den første BIT blev indgået mellem Tyskland og Pakistan i 1959, har traktatregimet nærmest uden undtagelse været baseret på et formål om økonomisk udvikling. Størstedelen af de aftaler, der forhandles i dag, ligner fortsat de aftaler, der blev forhandlet dengang. Et stigende antal lande generationer nu deres investeringspolitik. Ifølge FN’s Organisation for Handel og Udvikling (UNCTAD) er mere end 50 lande i verden i en sådan proces, hvor mange reviderer deres modelaftale for forhandling af investeringsbeskyttelsesaftaler. Når traktatbeskyttelsesregimet nu genovervejes af en række lande, skyldes

---

**NOTES**

2. Se f.eks. aftalen mellem Danmark og Kuwait, artikel 3, stk. 1.
8. Dolzer og Schreuer, 2012, s. 11.
det staternes stigende ønske om at varetag et mere langsigtet formål med traktatene. Formålet med indgåelse af investeringsbeskyttelsesaftaler har for mange lande ændret karakter fra ’økonomisk udvikling’ til ’bæredygtig udvikling’. Begrebet bæredygtighed eller bæredygtig udvikling defineres typisk med henvisning til social udvikling og miljøbeskyttelse i tillæg til den økonomiske udvikling.

I forhandlingen af investeringsbeskyttelsesaftaler har det stigende antal referencer til bæredygtighed de seneste år fundet vej til aftalerne. Det gælder både i præamblerne, der sætter rammen om fortsættelsen af aftalen, og i de materielle bestemmelser. For eksempel fremhæves det i aftalen mellem EU og Canada (CEFA), der blev færdigforhandlet i august 2014, at parterne med aftalen tiltræder et fælles ønske om ’at fremme bæredygtighed og bæredygtig udvikling af den internationale handel på en sådan måde, at den bidrager til en bæredygtig udvikling både i dens økonomiske, sociale og miljømæssige dimensioner’. Derudover kan bæredygtighed indgå i form af referencer til andre ikke-økonomiske policy-hensyn såsom referencer til miljø, sundhed, arbejdstagerstandarder eller menneskerettigheder. For at fremme formålet om bæredygtig udvikling i relation til udenlandske investeringer har staterne behov for fleksibilitet til at varetag de ikke-økonomiske hensyn. Varetagelsen af sådanne hensyn kan typisk ske gennem regulering såsom miljø- og sundhedsregulering. Formålet med investeringsbeskyttelsesaftalerne har derved gradvist ændret karakter fra at varetag hensynet til stabilitet til at have et langt større fokus på hensynet til fleksibilitet.

**Stabilitet og fleksibilitet i investeringstvister**

ISDS-mekanismen giver investorerne adgang til at indlede en sag mod stater ved en voldgiftsret, hvis de bliver mødt med krav, der har negativ indvirkning på (værden af) investeringen. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedsudøvelsen er truet af lokale krav til sundhed og sikkerhed eller krav til visse arbejdstagerstandarder. Derved har investorer adgang til at teste aftalens fleksibilitet.


Ekstensieve søgsmål har bidraget til kritikken mod investeringsbeskyttelsesregimet. Kontroversielle for disse sager er, at investorer via ISDS-mekanismen har søgt at teste aftalens fleksibilitet i forhold til mere generelle regulatoriske indgreb. Eksempelvis har det danske energiselskab, Vattenfall, indledt en sag mod Tyskland for brud på investeringskapitlet i Energi Charter Traktaten. I kovandet på Fukushima-ulykken i Japan besluttede den tyske regering at udløse atomenergiprogrammet tidligere end planlagt, hvilket af Vattenfall anses for at være et erstatningspådragende brud på investeringsbeskyttelsesaftalen. Andre kontroversielle søgsmål er indledt af tobakkselskabet Philip Morris mod Australien og Uruguay for krænkelse af deres immaterielle rettigheder, idet en ny politisk kurs forhinder virksomheden i at fremvise deres logo på cigaretetoppikkerne. Sagerne har fået stor opmærksomhed, idet de synliggør, at den traktatbaserede investeringsbeskyttelse kan have negativ indvirkning på statters ret til at regulere, når staten risikerer at skulle svare investo-

**Stabilitet og fleksibilitet i TTIP**

Selv om Danmark i en årrække har forhandlet investeringsbeskyttelsesaftaler, har disse aftaler været genstand for særdeles begrænset opmærksomhed. Investeringsbeskyttelsesaftalerne er først for alvor kommet på dagsordenen i Danmark i forbindelse med forhandlingerne mellem EU og USA om en større handels- og investeringsaftale, the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP).

Baggrunden for forhandlingen er et fælles ønske om øget harmonisering af lovgivningen. En række EU-medlemsstater har udtrykt bekymring for, hvorledes aftalen sikrer medlemsstaternes ret til at regulere, når medlemsstaternes regulering testes via ISDS uden for statens eget domstolsystem. Det er imidlertid felagtigt at tro, at retten til at regulere alene er Europas kærehed, idet hensynet til at sikre fleksibiliteten i investeringsbeskyttelsesaftaler faktisk opstod på den anden side af Atlanten, længe før vi i Europa gjorde os disse overvejelser.

Da USA og Canada i 1994 indgik den Nordamerikanske Frihandelsaftale (NAFTA) med Mexico var hensigten at sikre amerikanske og canadiske investorer rettigheder, således at disse kunne håndhæves uden om de mexikaniske domstole, men da søgsmålene pludselig blev indledt af canadiske investorer mod USA og vice versa blev aftalen reciprocitet til virkelighed. Det havde konsekvenser for forhandlingen af investeringsbeskyttelsesaftaler for USA og Canada fremadrettet.

Da USA i 2004 stod klar med en ny modelaftale til forhandling af investeringsbeskyttelse, var det en aftalemodel, som i langt videre omfang end europæiske modelaftaler på det tidspunkt beskyttede statens råderum til at indføre regulering på området for sundhed, sikkerhed og miljø, der kun undtagelsesvist skulle udløse erstatning.16 I 2012 kom USA igen på banen med en ny modelaftale, som var et resultat af en mere end tre år lang proces, der inkluderede en bred vifte af aktører, herunder virksomheder, NGO’er og akademikere. Den lange proces vidner både om en markant offentlig interesse i emnet og en betydelig velvilje fra amerikanske side til at sikre en bedre balance mellem stabilitet og fleksibilitet og derved fremtidige aftalers demokratiske legitimitet.


Bestemmelsen angiver i første led: “The provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity.” Ud fra en ordførselsfortolkning stadfæster bestemmelsen staternes generelle ret til at regulere, som det følger af folketenen. Man kan dog stille spørgsmål ved, om hensigten med bestemmelsen alene tjener en kodificering af folketenen. Henset til staternes ønske om at præcisere og begrænse erstatningsansvar for generel regulering må man snarere antage, at bestemmelsen tjener et yderligere formål. Hvis bestemmelsen skal forstås i tilfælde til den almindelige folkeret, kan man slutte, at bestemmelsen snarere er rettet mod spørgsmålet om, hvorvidt regulering skal udløse erstatning. Man kan derved anføre, at bestemmelsen etablerer ‘en særlig form for anerkendelse’ af visse typer regulering. I den forbindelse nævnes regulering til bl.a. at fremme hensyn til offentlige sundhed, sikkerhed, miljø mv. Listen over regulering, der forfølger særligt beskyttelsesværdige formål, er ikke udtæmmende. Hertil kommer, at reguleringen ikke alene qua dens formål kan anses for ‘særlig anerkendelsesværdig’. I tilfælde hertil kræves der, at reguleringen opfylder nødvendighedskriteriet, som er et kriterium, der hentes fra praksis ved Den Europæiske Menneskerettighedskomité. Derved giver bestemmelsen intet carte blanche for f.eks. sundheds- eller miljøregulering, men for regulering, der forfølger de nævnte offentlige formål, etableres denne ‘særlige form for anerkendelse.’ Anses et eventuelt regulatorisk indgreb som omfattet af denne ‘særlige form for anerkendelse’, opstår dernæst spørgsmål om retsforvirringerne heraf.

---

**Notes:**


16 Heindl, 2006.

Bestemmelsen kan næppe udstrækkes til selvstændigt at fritage værtssatet for ansvar for brud på enhver af de materielle beskyttelsesstandarder, som er indeholdt i aftalen. Snarere må bestemmelsen forståsom en etablering af et formodningsregel, hvorved generel regulerling, der forfølger legitime offentlige formål og samtidig er nødvendigt, som udgangspunkt skal anses for at være kompensationsfris. Investoren kan således ikke generelt forvente, at værtssatet ikke vil regulere. I tillegg hertil kan investoren ej heller forvente, at en sådan regulering ikke vil have en negativ indvirkning på investeringens værdi. Bestemmelsens stk. 2 understøtter en sådan forståelse, idet det angives: "For greater certainty, the provisions of this section shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change the legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of covered investments or the investor’s expectations of profits."

Den praktiske virkning af en sådan formodningsregel er, at der vendes op og ned på det almindelige udgangspunkt for bevisbyrden. Investeringsbeskyttelsesaftalerne giver investorer ret til at indlede søgsag mod værtssatet. Omvendt kan en stat ikke indlede søgsag mod en investor qua en sådan aftale. Det er derved investoren, der indleder sagen og skal bevise, at statens indgreb udgør et brud på en materiell bestemmelse indeholdt i traktaten. Her er det så, at bestemmelsen i artikel 2 finder anvendelse i forhold til de indgreb, der er begrundet i generel regulerling, der forfølger et legitimt offentligt formål og er nødvendige. I sager vedrørende denne form for regulatoriske indgreb må man efter artikel 2 formode, at det regulatoriske indgreb er kompensationsfrif. Undtagelsen hertil er de tilfælde, hvor den konkrete investor har fået en yderligere garanti.

Man kan diskutere, om en sådan yderligere garanti både kan foreligge eksplicit f.eks. i kontraktform og implicit f.eks. ved mere indirekte former for tilkendegivelser via mundtlige tilsgør eller i andre erklæringer. Man kunne eksempelvis forestille sig, at personer, hvis handlinger kan tilsyneladende, såsom ministre i en offentlig tale eller i et avisinterview udtrykker sig i vendinger, der kumulativt kan generere en form for implicit garanti via-a-via en konkret investor. Det må dog anses for ganske vanskeligt at påvise, at en sådan garanti er givet implicit. Dette vanskeliggør yderligere, såfremt artikel 7 i TTIP opholder. Det følger af artikel 7, at "[w]here a Party [...] has entered into any contractual written commitment with investors of the other Party or with their covered investments, that Party shall not, either itself or through any such entity breach the said commitment through the exercise of governmental authority."

Henset til denne bestemmelse kan regulatoriske indgreb som udgangspunkt ikke begrunde kontraktbrud.


Konklusion og perspektivering

I takt med, at formålet med indgåelsen af investeringsbeskyttelsesaftalerne udstrækkes fra økonomisk udvikling til bæredygtig udvikling, åbnes der op for et større behov for, at aftalerne ikke alene adresserer behovet for stabilitet, men at de også adresserer behovet for fleksibilitet. Det grundlæggende problem opstår som følge af fundamentale uklarheder i det reelle grundlag, men det sættes på spidsen, når en investeringsvist opstår. Hvis ikke voldgiftsommerne skal overlades vide skønsmæssige beføjelser til at foretage denne balancerering mellem stabilitet og fleksibilitet, er der behov for, at spændingsfeltet adresseres i aftalen.

Litteratur
MOUYAL L.W., 2014 Politiske beslutninger i international voldgift – om voldgift i såkaldt investor-state dispute settlement (ISDS), Juristen, 1, 30-39.
SCHIERSING N., 2000, Om retlig beskyttelse af investeringer i udlandet – en introduktion, Ugeskrift for Retnæsen, 277.