

# Juridisk enklave for multinationale selskaber



LAUGE POULSEN

**Danmark er på vej til at give amerikanske investorer mulighed for helt og aldeles at forbigå danske domstole. Frihandelsaftalen med USA kan åbne juridisk enklave.**

Laugé N. Skovgaard Poulsen, ph.d., er Lektor i international politisk økonomi ved University College London og Senior Research Fellow ved The Global Economic Governance Programme, University of Oxford. Han har rådgivet den engelske regering om international investeringsbeskyttelse og givet ekspertbidrag om TTIP til House of Commons og House of Lords

FORESTIL DIG, AT tre voldgiftsadvokater bestemmer, hvorvidt og i hvilket omfang den danske stat skal betale erstatning til amerikanske virksomheder og aktionærer for offentlig regulering.

Det kan blive resultatet af den resolution, Europaparlamentet for nylig vedtog i forbindelse med de igangværende forhandlinger om en transatlantisk handels- og investerings partnerskabsaftale, TTIP.

Parlamentets resolution er vag og kan fortolkes på flere måder. Men som udgangspunkt giver den rig lejlighed for EU-kommissionen til at inkludere bestemmelser i TTIP om det, der kaldes for investor-to-state dispute settlement (ISDS). Det er en mekanisme, der giver udenlandske investorer mulighed for at bruge international voldgift til at sagsøge værtsstater, hvis de mener, at lokal regulering strider imod regler indskrevet i en investeringstraktat.

Men er det nu også en god idé? Selv hvis man er tilhænger af økonomisk globalisering, multinationale selskaber og samhandel på tværs af Atlanten, giver det så mening, at amerikanske investorer helt skal kunne forbigå danske domstole når de opererer i Danmark?

RUNDT OMKRING i Europa har der været en hidtidig debat om ISDS. EU-kommissionen holdt en offentlig høring om spørgs-



**Efter at have hørt danske politikere udtale sig om ISDS står det klart, at der florerer en række grundlæggende misforståelser**

iblandt Phillip Morris, som er i gang med at bruge ISDS til at søge milliarderstatning for Australiens tobakspolitik.

Herhjemme i Danmark har der imidlertid ikke været nogen synderlig debat om spørgsmålet. Og efter at have hørt danske politikere forsøge at udtale sig om ISDS, står det klart, at der på Christiansborg florerer en række grundlæggende misforståelser.

TTIP er dog ikke forhandlet på plads endnu, og der er stadig gode muligheder for at præcisere Danmarks politik uden nødvendigvis at gå imod Europaparlamentets resolution. Det skal jeg vende tilbage til, men lad mig først ridse seks af de vigtigste misforståelser op.

DEN FØRSTE MISFORSTÅELSE er, at investe-

målet sidste år og fik 150.000 svar. 97 procent var negative. Der var kun 60 virksomheder, som mente, at ISDS i TTIP var vigtigt nok, til at svare på høringen, ud over hvad deres industriorganisationer havde bidraget med. Blandt de 60 virksomheder var der to fra tobaksindustrien – her-

ringstraktater – som f.eks. den i TTIP – er baseret på samme sunde økonomiske principper, som kendes fra regler om international handel. Det er forkert.

For i modsætning til Verdenshandelsorganisationen, WTO, er en investeringstraktat med ISDS baseret på diskrimination: *Man giver udenlandske investorer rettigheder, som en anden gruppe af investorer – nemlig nationale investorer – ikke har.* Heriblandt er den vigtigste rettighed muligheden for at forbigå nationale domstole.

Det er åbenlys særbehandling, og det er svært at finde en seriøs økonom, som vil sige, at det er et sundt økonomisk princip. Derfor er det også ofte de stærkeste fortalere for frihandel, der udgør nogle af de stærkeste modstandere af ISDS. Mekanismen strider simpelthen imod grundlæggende spilleregler om ligebehandling og fri konkurrence.

På Christiansborg har de liberale kræfter imidlertid misforstået, hvad investeringsstraktater går ud på. Såfremt en traktat gav lige betingelser for udenlandske og hjemlige virksomheder i spørgsmål om ekspropriation og andre former for regeringsindgreb, vil den stemme fint overens med grundlæggende liberale principper. Men det er ikke det, en investeringstraktat gør – faktisk tværtimod.

Resolutionen vedtaget af Europaparlamentet lægger op til en 'ny' form for ISDS, der ikke beror på særrettigheder. Men da



**På Christiansborg har de liberale kræfter misforstået, hvad investeringsstraktater går ud på**

ISDS kun er relevant i tilfælde af grundlæggende overgreb på ejendomsretten og derfor primært bliver brugt imod dysfunctionelle regimer i udviklingslande. Det er også forkert.

I 2014 var 40 procent af alle sager rettet imod udviklede lande og ofte på baggrund af, hvad mange vil mene er ganske almindelig offentlig regulering, der ikke havde noget at gøre med ekspropriation, vilkårlig behandling eller åbenlys diskrimination.

For eksempel valgte Tyskland i 2010 at nedsætte sine lokale miljøkrav til en udenlandsk energivirksomhed, da man ellers frygtede et meget omfattende erstatningskrav via ISDS på mere end en milliard.

Canada har haft 37 sager og tabt flere af dem. Den sidste sag, Canada tabte, var for nylig, hvor en amerikansk virksomhed var utilfreds med, at canadisk miljøregulering gjorde det umuligt at åbne et stør-

der stadig er lagt op til, at kun *udenlandske virksomheder* skal have mulighed for at forbigå nationale domstole, er det en selvmodsigelse af dimensioner.

DEN ANDEN MISFORSTÅELSE er, at

ISDS kun er relevant i tilfælde af grundlæggende overgreb på ejendomsretten og derfor primært bliver brugt imod dysfunctionelle regimer i udviklingslande. Det er også forkert.

I 2014 var 40 procent af alle sager rettet imod udviklede lande og ofte på baggrund af, hvad mange vil mene er ganske almindelig offentlig regulering, der ikke havde noget at gøre med ekspropriation, vilkårlig behandling eller åbenlys diskrimination.

For eksempel valgte Tyskland i 2010 at nedsætte sine lokale miljøkrav til en udenlandsk energivirksomhed, da man ellers frygtede et meget omfattende erstatningskrav via ISDS på mere end en milliard.

Canada har haft 37 sager og tabt flere af dem. Den sidste sag, Canada tabte, var for nylig, hvor en amerikansk virksomhed var utilfreds med, at canadisk miljøregulering gjorde det umuligt at åbne et stør-

re mineprojekt i et beskyttet område. Virksomheden valgte at forbigå canadiske domstole – som man jo kan med ISDS – og nu står Canada til at tabe op imod to milliarder kroner. Det ville aldrig kunne være sket på baggrund af canadisk lovgivning, eller hvis det var canadiske domstole, der bestemte.

Canada tabte i øvrigt sagen på baggrund af, hvad nogle kalder 'moderne' ISDS-klausuler, der minder meget om dem, EU-kommissionen og Europaparlamentet har lagt op til.

Blandt danske politikere er der da også en udbredt forestilling om, at så længe TTIP bare får rettet lidt op på tidligere sprogbrug og indgår en 'moderne' aftale, så kan man sagtens sikre en balance mellem investorers legitime rettigheder og staters hensyn til miljø, sundhed og forbrugerbeskyttelse.

Men det er blevet prøvet flere gange tidligere, og det har ikke forhindret kreative voldgiftsmænd i at sætte spørgsmålstegn ved lige netop de områder. Så forestillingen om, at blot EU-kommissionen finjusterer regimet en gang til, så skal voldgiftsdommerne nok rette ind – ja, det er der mange inden for området, selv fortalere for ISDS, der anser for en fejlurdering.

DEN TREDJE MISFORSTÅELSE er, at i og med Danmark har indgået bilaterale aftaler med ISDS i mange år og ikke haft søgsmål





## ... Juridisk enklave for multinationale selskaber

endnu, er der heller ikke nogen grund til at forvente søgsmål fra amerikanske virksomheder. Det er også forkert.

Den primære grund til, at Danmark ikke har haft nogen sager, er, at vi kun har indgået investeringstraktater med udviklingslande. Den eneste undtagelse er en sær aftale for energisektoren, Energi Charter Traktaten. Det er den aftale, der blev brugt imod tysk miljøpolitik.

Og husk igen, hvad der skete i Canada. Der havde havde skiftende regeringer også indgået bilaterale investeringsaftaler med udviklingslande, der ikke førte til søgsmål – ligesom Danmark. Men så snart en aftale blev indgået med USA, en væsentlig kilde til udenlandske investeringer, begyndte sagerne at komme.

Man skal selvsagt ikke male fanden på væggen. ISDS vil ikke betyde enden på den danske velfærdsstat, det kollektive forhandlingssystem eller Danmarks miljø- og sundhedspolitik. Men mon ikke Socialdemokratiet og SF vil have dybere betæneligheder ved at give særrettigheder for multinationale selskaber og andre internationale investorer, hvis deres rådgivere ellers gad sætte sig ind i spørgsmålet?

Herudover er det værd at bemærke, at landets næststørste parti er særdeles skeptisk over for overnationale domstole, særlig i EU. Det kan derfor undre, at samme parti ikke er mere bekymret for et overnationalt retssystem, der giver udenlandske virksomheder mulighed for helt at forbigå danske domstole. Mener Dansk Folkeparti ikke, at dansk lov og ret skal have noget at skulle have sagt, så fremt en amerikansk virksomhed vil lægge sag an mod Danmark?



**Den primære grund til, at Danmark ikke har haft nogen sager, er, at vi kun har indgået investerings-traktater med udviklingslande**

gelse kan være nødvendig i enkelte tilfælde, hvor nationale domstole kan forventes systematisk at diskriminere imod udenlandske virksomheder. Men europæiske virksomheder, der investerer i USA, nyder de samme grundlæggende rettigheder som amerikanske virksomheder. Og amerikanske domstole er effektive og uafhængige af den amerikanske regering.

Selv når de investerer i udviklingslande, har danske virksomheder alternativer til traktat-baseret ISDS. Såfremt Mærsk, Novo Nordisk eller andre store virksomheder ønsker beskyttelse imod ekspropriation eller diskrimination, kan de købe det, der hedder en politisk risikoforsikring. Der er et stort privat marked for sådanne forsikringer, og Verdensbanken samt Danmarks egen Eksportkreditfond udbyder også forsikringer, der dækker en lang række af de samme risici som investeringstraktater.

Investorer skal selv betale for forsikringen – i modsætning til når beskyttelsen bliver givet i en traktat – men det er vel

*DEN FJERDE MISFORSTÅELSE* er, at uden ISDS har danske investorer ikke væsentlig juridisk beskyttelse imod krænkelse af ejendomsretten, når de eksempelvis etablerer sig i USA. Det er selvsagt også forkert.

En eller anden form for international tvistbillæg-

gelse kan være nødvendig i enkelte tilfælde, hvor nationale domstole kan forventes systematisk at diskriminere imod udenlandske virksomheder. Men europæiske virksomheder, der investerer i USA, nyder de samme grundlæggende rettigheder som amerikanske virksomheder. Og amerikanske domstole er effektive og uafhængige af den amerikanske regering.

Selv når de investerer i udviklingslande, har danske virksomheder alternativer til traktat-baseret ISDS. Såfremt Mærsk, Novo Nordisk eller andre store virksomheder ønsker beskyttelse imod ekspropriation eller diskrimination, kan de købe det, der hedder en politisk risikoforsikring. Der er et stort privat marked for sådanne forsikringer, og Verdensbanken samt Danmarks egen Eksportkreditfond udbyder også forsikringer, der dækker en lang række af de samme risici som investeringstraktater.

Investorer skal selv betale for forsikringen – i modsætning til når beskyttelsen bliver givet i en traktat – men det er vel

heller ikke så urimeligt. Endelig kan store virksomheder forhandle særkontrakter på plads med de samme, eller strammere, beskyttelse end det, der gives i en investeringstraktat.

*DEN FEMTE MISFORSTÅELSE* er, at ISDS har en væsentlig indvirkning på strømmen af udenlandske investeringer. Det er også forkert.

En række undersøgelser viser, at det kun er yderst sjældent, at investorer bekymrer sig om ISDS, når de beslutter sig for, hvor og hvor meget de investerer i udlandet. I EU-kommissionens høring om ISDS var der som nævnt kun ganske få virksomheder, der svarede.

Heriblandt var der en række mindre virksomheder, hvoraf flere ikke mente, ISDS var vigtig for deres arbejde. Og det vil også være pudsigt, hvis de gjorde, da investorers gennemsnitlige sagsomkostninger for ISDS ligger på omkring 30 millioner kroner per sag. (Ikke overraskende har private voldgiftsadvokater været nogle af de stærkeste fortalere for ISDS...).

*DEN SJETTE MISFORSTÅELSE* er, at selv om der ikke er behov for ISDS i en aftale med USA, så bliver vi nødt til at have det for at opnå lignende aftaler med udviklingslande. Det kan umiddelbart lyde fornuftigt; men det er – langt hen ad vejen – også forkert.

Kina er ofte nævnt som et eksempel, men det er lidt ved siden af, da enhver inden for området ved, at Kina selv er en stærk fortaler for ISDS, og Beijing har indikeret, at de gerne vil have en omfattende aftale med EU, der bl.a. indeholder ISDS.

Andre nævner så Brasilien. Det er også overraskende, da Brasilien har meldt klart ud, at de ikke vil have ISDS i nogen som helst investeringsaftale. Så bliver Indien nævnt. Men det er også pudsigt, da Delhi for nylig har lagt op til en noget anderledes ISDS-politik end EU's – og Indien afholder sig om nogen fra vestligt pres inden for de her områder.

VI VAR FLERE, der ønskede, at ISDS skulle droppes fra TTIP, da mekanismen giver globaliseringsmodstandere den perfekte undskyldning for at underminere hele aftalen.

USA har da også allerede accepteret at udelade ISDS fra en investeringsaftale med et udviklet land.

Det skete i 2005, hvor Australien og USA enedes om, at siden de havde tillid til hinandens domstole, var der ikke nogen grund til at inkludere ISDS. For nylig har Australien og Japan også indgået en investeringsaftale uden adgang til ISDS. Og hvis det kan lade sig gøre i de aftaler, hvorfor skulle det så ikke kunne lade sig gøre i den transatlantiske aftale?

MED EUROPAPARLAMENTETS resolution lader det løb imidlertid til at være kort. Der er dog stadig muligheder for at skrue aftalen sammen, så den lægger sig tættere op ad principperne om ligebehandling og fri konkurrence, end kommissionen har planer om.

Som minimum bør danske politikere kunne blive enige om følgende: *Amerikanske investorer skal kun have adgang til ISDS, efter at danske domstole har fået lov til at høre sagen.*

Det er præcis det samme princip, som



**I det mindste kunne Folketinget overveje at nedsætte et udvalg til at gå de her spørgsmål mere grundigt igennem**

har selv 'ISDS-reformister' i Danmark protesteret. De bakker i stedet op om kommissionens forslag om, at virksomheder skal tvinges til at vælge mellem nationale domstole og international voldgift, da man på den måde undgår, at danske domstolskendelser underkendes af et voldgiftspanel.

Det lyder umiddelbart som en fornuftig bekymring, men så alligevel ikke. Folketinget har allerede tilskrevet sig en lang række bilaterale investeringsaftaler, der giver voldgiftsret til at sætte spørgsmålstejn ved beslutninger truffet af danske domstole, herunder Højesteret.

Desuden, hvis man vitterlig er så bekymret for, at danske domstolskendelser undermineres af internationale domstole, hvad skal vi så gøre med EU-domstolen og den Europæiske Menneskerettighedsdomstol? Endelig er det svært at se, hvorfor praktisk talt alle andre dele af dansk regeringsførelse skal kunne blive genstand for ISDS, bare ikke domstolskendelser.

gælder ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol – f.eks. i sager om ekspropriation. Her skal man først igennem nationale domstolssystemer, før man kan føre en international sag. Det samme bør også gælde i TTIP.

Men når forslaget er blevet rejst,

har selv 'ISDS-reformister' i Danmark protesteret. De bakker i stedet op om kommissionens forslag om, at virksomheder skal tvinges til at vælge mellem nationale domstole og international voldgift, da man på den måde undgår, at danske domstolskendelser underkendes af et voldgiftspanel.

Det lyder umiddelbart som en fornuftig bekymring, men så alligevel ikke. Folketinget har allerede tilskrevet sig en lang række bilaterale investeringsaftaler, der giver voldgiftsret til at sætte spørgsmålstejn ved beslutninger truffet af danske domstole, herunder Højesteret.

Desuden, hvis man vitterlig er så bekymret for, at danske domstolskendelser undermineres af internationale domstole, hvad skal vi så gøre med EU-domstolen og den Europæiske Menneskerettighedsdomstol? Endelig er det svært at se, hvorfor praktisk talt alle andre dele af dansk regeringsførelse skal kunne blive genstand for ISDS, bare ikke domstolskendelser.

INDUSTRIORGANISATIONER er også imod forslaget: Et krav om at gå igennem nationale domstole vil jo alt andet lige øge sagsomkostningerne. Men hvis asylansøgere, danske borgere og virksomheder skal betale sagsomkostninger ved danske domstole, før de kan føre en sag ved den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvorfor skal reglerne være anderledes for multinationale selskaber?

Der gælder et sundt princip i folkeretten om, at hvis de ellers er pålidelige, skal nationale domstole have lov til at høre sager om eventuelle rettighedskrænkelser, før de tages til en international domstol. Alle partier i Folketinget må kunne blive enige om, at det princip ikke bør ophæves, bare fordi vi har at gøre med multinationale selskaber fra USA eller andre lande.

I det mindste kunne Folketinget overveje at nedsætte et udvalg til at gå de her spørgsmål mere grundigt igennem. Ud over TTIP er EU også i gang med at forhandle flere andre investeringsaftaler på plads. En af dem er med Kina, og skal kinesiske virksomheder også have adgang til ISDS imod Danmark?

Herudover har Udenrigsministeriet planer om at forhandle bilaterale investeringsaftaler med lande, EU ikke vil forhandle med som blok. Bør de aftaler også give udenlandske investorer adgang til en juridisk enklave?

Bør det vitterlig være dansk politik, at multinationale selskaber skal kunne forbigå danske domstole?

LAUGE POULSEN