

# ”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?



**Kommerskollegium** är den myndighet i Sverige som ansvarar för frågor som rör utrikeshandel, EU:s inre marknad och handelspolitik. Vår främsta uppgift är att främja frihandel och klara spelregler för den internationella handeln. Vi arbetar också för en effektiv inre marknad och ett öppet, starkt multilateralt handelsystem med fortsatta handelspolitiska liberaliseringar. I vårt uppdrag strävar vi efter goda handelsmöjligheter på tre nivåer: på EU:s inre marknad, mellan EU och omvärlden samt globalt, framförallt inom ramen för världshandelsorganisationen WTO.

Som expertmyndighet förser vi regeringen med besluts- och förhandlingsunderlag inom handelsområdet. Det handlar såväl om löpande underlag för aktuella handelsförhandlingar som långsiktiga strukturella analyser. Våra utredningar och rapporter

syftar till att öka kunskapen om handelns betydelse för samhällsekonomin och för en global hållbar utveckling.

Kommerskollegium har också verksamhet som riktar sig mot företag. Exempelvis finns på kollegiet Solvitcenter som hjälper företag och privatpersoner som stöter på handelshinder på EU:s inre marknad. Kansliet för Sveriges råd för handelsprocedurer, SWEPRO, finns också under vårt paraply.

I vår roll som handelsmyndighet ingår dessutom att ge stöd till utvecklingsländer genom handelsrelaterat utvecklingssamarbete. På kollegiet finns också kontaktpunkten Open Trade Gate Sweden som bistår exportörer från utvecklingsländerna i deras handel med Sverige och EU.

**[www.kommers.se](http://www.kommers.se)**

## Innehåll

1	Sammanfattning och slutsatser .....	2
1	Inledning .....	6
2	Investeringskyddsavtal och "rätten att reglera" .....	7
3	"Rätten att reglera" i CETA och i USA:s modellavtal .....	9
4	Rättvis och skälig behandling .....	11
4.1	Vad är "rättvis och skälig behandling"?	12
4.2	Artikel X.9 i CETA; "rättvis och skälig behandling" .....	13
4.2.1	Analys av artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA .....	14
4.3	Sammanfattning .....	22
5	Expropriationsartikeln i CETA .....	23
5.1	Expropriation och "rätten att reglera" .....	24
5.2	Artikel X.11 i CETA; expropriation .....	24
5.2.1	Analys av expropriationsartikeln i CETA .....	25
5.3	Förklarande annex X.11; expropriation .....	31
5.3.1	Analys av annex X.11 .....	32
5.3.2	Hur ska expropriationsartikeln tillämpas? .....	36
5.4	Sammanfattning av expropriationsartikeln och "rätten att reglera" ...	37

## Sammanfattning och slutsatser

I samband med diskussioner om innehållet i ett framtida investeringsskyddsavtal mellan EU och USA, en del av det så kallade Trans Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), har det uttryckts farhågor för att ett sådant avtal riskerar leda till att statens "rätt att reglera", d.v.s. stifta lag och fatta beslut, skulle minska.

Vad som i det här sammanhanget avses med "rätten att reglera" ("right to regulate") är statens möjlighet att stifta lagar och fatta beslut *utan att riskera att behöva betala skadestånd* som en effekt av en tvist som grundas på ett investeringsskyddsavtal. Ett sådant skadestånd kan beslutas om det bedöms att staten agerat på ett sätt som utgör ett brott mot investeringsskyddsavtalet och om agerandet även lett till att värdet på en investering minskat eller förstörts. "Rätten att reglera" handlar alltså inte om en de facto begränsning för staters möjlighet att stifta lag eller fatta beslut.

Någon avtalstext till investeringsskyddsdelen i TTIP finns ännu inte utan farhågor om en eventuell begränsning i staters "rätt att reglera" utgår ifrån utformningen av äldre investeringsskyddsavtal, mellan stater, samt avtalet mellan EU och Kanada, Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), som färdigförhandlades under år 2014.<sup>1</sup>

Kommerskollegium analyserar i denna utredning utformningen i CETA av två centrala artiklar i investeringsskyddsavtal, som historiskt sett varit mest frekvent förekommande i investeringstvister, nämligen artiklarna "rättvis och skälig behandling" ("Fair and Equitable Treatment") och "expropriationsartikeln". Dessa artiklar har också potentiellt störst påverkan på statens "rätt att reglera".

Artiklarnas effekt på statens "rätt att reglera" och skyddsnivån för investerare analyseras. Jämförelser görs med svensk rätt inklusive Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (hädanefter kallad Europakonventionen), för att utröna i vilken mån artiklarna erbjuder skydd som går utöver svensk rätt. Utgångspunkten är att om artiklarna *inte* ger skydd som går utöver svensk rätt så begränsar artiklarna inte heller den svenska statens "rätt att reglera".

Därefter görs en jämförelse mellan utformningen av dessa två artiklar i CETA och motsvarande artiklar i USA:s modellavtal för

---

<sup>1</sup> CETA är färdigförhandlat, men fortfarande pågår en noggrann juridisk genomgång av avtalet ("legal scrubbing").

investeringskydd.<sup>2</sup> Det senare utgör USA:s utgångspunkt i förhandlingar om investeringskyddsavtal. En hög grad av överensstämmelse mellan CETA och USA:s modellavtal ger en fingervisning om vilken utformning TTIP kan komma att få.

Nedan redovisas i korthet analysens huvudsakliga slutsatser avseende de två artiklarna.

#### *Rättvis och skälig behandling*

Artikeln "rättvis och skälig behandling" syftar till att avtalsparterna ska säkerställa att myndighetsutövning och domstolsprövningar håller en viss kvalitet samt att staten inte utsätter investerare för uppenbart godtycklig behandling eller riktad diskriminering. Analysen visar att i CETA innehåller denna artikel inte något som inte redan finns i svensk rätt och i flera fall svensk grundlag. Som exempel kan ges rätten till rättvis rättegång, skydd mot diskriminering och skydd mot godtycklig behandling. Så länge dessa lagar finns och under förutsättning att staten håller sig till dessa, begränsar alltså artikeln inte svenska statens "rätt att reglera". Eftersom de för artikeln relevanta svenska lagarna intar en särställning inom svensk rätt är det osannolikt att dessa lagar i framtiden skulle ändras i en riktning som skulle begränsa statens "rätt att reglera". Slutsatsen blir därför att artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA inte påverkar Sveriges "rätt att reglera". För utländska investerare i Sverige tillför artikeln inte något extra skydd jämfört med svensk rätt annat än att garantera en lägstanivå på statens behandling.

Utformningen av artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA och i USA:s modellavtal skiljer sig åt. I det senare avtalet finns en exemplifierande lista över vad som täcks av artikeln, medan i CETA är listan uttömmande. Att listan är uttömmande ger större kontroll över vad artikeln omfattar och artikeln inskränker statens "rätt att reglera" i mindre utsträckning än vad motsvarande artikel gör i USA:s modellavtal.

Traditionellt har skyddsgrunden i artikeln "rättvis och skälig behandling" som kallas "berättigade förväntningar" utgjort en osäkerhetsfaktor eftersom det har funnits ett visst godtycke i vad skiljenämnder bedömt ska ingå i denna skyddsgrund. I CETA har delen "berättigade förväntningar" begränsats så kraftigt att den i realiteten erbjuder ett väldigt litet skydd för investerare.

---

<sup>2</sup> Kanada och USA är båda medlemmar i Nafta och deras respektive modellavtal har samma grundstruktur. En jämförelse mellan CETA och USA:s modellavtal ger därför en fingervisning om hur TTIP kan komma att se ut.

I USA:s modellavtal finns inte ”berättigade förväntningar” utskrivet men utgör likväl en del av avtalet genom utvecklad praxis. I denna praxis är skyddsgrunden ”berättigade förväntningar” inte så begränsad som i CETA.

### *Expropriation*

Expropriationsartikeln, och dess förklarande annex i CETA, är till stor del en kodifiering av en i vissa fall divergerande praxis rörande indirekt expropriation. Genom dessa klargöranden blir tillämpningen av artikeln betydligt mer förutsägbar än vad som varit fallet med tidigare generationers avtal varför expropriationsartikeln i CETA leder till en tydligare "rätt att reglera" än tidigare generationers avtal.

Regleringen av direkt expropriation (d.v.s. att staten direkt nationaliserar privat egendom) i CETA är i stort sett överensstämmande med svensk rätt. Expropriationsartikelns avsnitt om indirekt expropriation kan emellertid eventuellt ge ett något högre skydd än vad som ges av den svenska rätten, bl.a. genom att det kan finnas områden som täcks in av artikeln som inte täcks av den svenska rätten. Utöver skyddet mot indirekt expropriation som ges av svensk rätt finns det även ett visst skydd via Europakonventionen. Sverige kan således redan idag under vissa omständigheter stämmas för brott mot indirekt expropriation, vilket måste vägas in när Sverige stiftar lag eller fattar beslut.

På grund av begränsad praxis gällande indirekt expropriation från svensk domstol och Europadomstolen, är det oklart vilken grad av utökat skydd expropriationsartikeln i CETA ger utländska investerare i Sverige. Den praxis som trots allt finns tyder på att det extra skydd artikeln ger är mycket begränsat. Sammantaget har artikeln därför sannolikt en svag påverkan på Sveriges "rätt att reglera".

Mot bakgrund av de stora likheterna mellan expropriationsartiklarna och de förklarande annexen i USA:s modellavtal och i CETA är det inte osannolikt att motsvarande artikel i TTIP kommer att få en liknande utformning.

### *Bakomliggande principer i inledningen till CETA*

Skulle en tvist mellan stat och investerare uppstå måste skiljenämnder, enligt investeringsskyddsdelens i CETA, väga in de bakomliggande principerna som finns i inledningen (preambeln) till avtalet och de övriga två artiklarna som rör "rätten att reglera". I inledningen klargörs bland annat att parterna till avtalet (Kanada, EU och EU:s medlemsstater)

bevarar "rätten att reglera" på områden såsom exempelvis allmän hälsa, säkerhet, miljö, allmän moral och kulturell mångfald. Att detta slås fast i avtalets inledning betyder att de efterföljande artiklarna om investeringsskydd ska tolkas i ljuset av detta. USA:s modellavtal innehåller liknande principer men utformningen är inte identisk. Det är i CETA fråga om en princip som ger parterna relativt stor "rätt att reglera". Exakt hur principerna, som har karaktär av undantag, kommer att tolkas av skiljenämnder är en fråga för framtiden. Klart är dock att vid tolkningen ska skiljemän beakta internationell sedvanerätt och då exempelvis doktrinen som ger stater omfattande rätt att fatta egna beslut utan att bli ersättningskyldiga.<sup>3</sup> De två artiklar i avtalet som rör "rätten att reglera" handlar om miljö- och arbetskraftslagstiftning.

Parterna till investeringsskyddsavtalet i CETA har gett skiljenämnder tydligare regler att förhålla sig till än vad som varit fallet i tidigare investeringsskyddsavtal, vilket minskar risken för beslut som strider mot de avtalsslutande parternas intentioner. Dessutom ger CETA parterna möjlighet att fastställa bindande tolkningar av avtalet som skiljenämnder måste följa. I längden förstärker detta ytterligare parternas "rätt att reglera".

---

<sup>3</sup> The police power doctrine.

# 1 Inledning

Syftet med investeringskyddsavtal är att skapa en stabil rättslig miljö för att attrahera investeringar.<sup>4</sup> Den offentliga debatten i Sverige vad gäller EU:s investeringskyddsavtal med USA, vilket är tänkt att utgöra en del av Trans Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), har kommit att handla om huruvida avtalet riskerar leda till att Sverige inte kommer att kunna lagstifta på områden som är av särskild vikt, såsom exempelvis miljöområdet. Detta omnämns ofta som att Sveriges "rätt att reglera" ("right to regulate") kan begränsas.

Denna utredning syftar primärt till att analysera i vilken mån det relativt nyligen färdigförhandlade avtalet Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) mellan EU och Kanada påverkar Sveriges "rätt att reglera". Analysen sker genom att studera utformningen av de två artiklar som historiskt har varit mest frekvent förekommande i investeringstvister och därmed i förlängningen har potentiellt störst påverkan på "rätten att reglera". Artiklarna är "rättvis och skäligen behandling" ("Fair and Equitable Treatment") och "expropriationsartikeln".

Det analyseras vilken nivå av skydd CETA ger investerare och hur staternas "rätt att reglera" påverkas av avtalet. Jämförelser görs med svensk rätt inklusive Europakonventionen. Syftet är att undersöka i vilken mån artiklarna erbjuder skydd som går utöver svensk rätt och Europakonventionen. Utgångspunkten är att i de fall förpliktelserna i CETA ger ett högre skydd än svensk rätt och Europakonventionen redan medger så finns det en teoretisk risk för att staten skulle kunna fällas i en tvist och bli skadeståndsskyldig.<sup>5</sup>

En jämförelse mellan CETA och USA:s modellavtal görs också. USA:s modellavtal utgör USA:s utgångspunkt i förhandlingar om investeringskyddsavtal. I den mån det finns en relativt hög grad av överensstämmelse mellan dessa artiklar i USA:s modellavtal<sup>6</sup> och i CETA ger det en fingervisning om hur motsvarande artikel skulle kunna utformas i TTIP.

---

<sup>4</sup> För en översikt av vad som ingår i investeringskyddsavtal se Kommerskollegium PM (2014) "Tvistlösning i ett ev. framtida bilateralt investeringskyddsavtal mellan EU och USA – en kort bakgrund samt frågor och svar", dnr 3.2.4-01078-12. CETA är ett investeringskyddsavtal med negativ listningsteknik innebärande att avtalet täcker alla typer av direktinvesteringar såtillvida de inte är undantagna genom sektoriella undantag alternativt specifika undantag.

<sup>5</sup> Kollegiet utgår från att vad som analyseras i denna utredning inte påverkas av 2 kap. 25 § regeringsformen.

<sup>6</sup> US Model BIT 2012.



Delar av det skydd CETA ger investerare ges även av EU-rätten och i dessa fall är Sveriges "rätt att reglera" redan begränsad och CETA får ingen ytterligare effekt i dessa avseenden.<sup>7</sup>

Metoden som används är en jämförande analys av CETA, USA:s modellavtal, svensk rätt och Europakonventionen. Doktoranderna Love Rönnelid och Joel Dahlquist vid Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet har gett värdefulla kommentarer till de juridiska analyser kollegiet gjort i denna utredning. Mathieu Raux, dr i juridik och juridisk rådgivare vid franska Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie har varit behjälplig vid den juridiska analysen av CETA.

Eftersom någon avtalstext ännu inte finns på svenska har kollegiet tvingats att i analysen nedan återge avtalstext på engelska. De centrala begreppen i texterna översätts och/eller förklaras på svenska.

Utredningen fokuserar på möjligheten för investerare att erhålla ersättning. Av denna anledning görs inte jämförelse med Justitieombudsmannens (Riksdagens ombudsmäns) tillsynsbefogenheter.

## 2 Investeringskyddsavtal och "rätten att reglera"

Syftet med internationella investeringskyddsavtal är att de ska leda till en ökad nivå av utländska direktinvesteringar vilket i sin tur förhoppningsvis ger positiva ekonomiska effekter. Genom att ingå ett investeringskyddsavtal förbinder sig en stat att följa avtalet. Om staten bryter mot avtalet blir den således under vissa förutsättningar skadeståndsskyldig. Skadeståndet ska motsvara den skada investeraren lidit som en konsekvens av statens brott mot avtalet.

Lagstiftningsmakten ligger hos riksdagen<sup>8</sup> och ett investeringskyddsavtal delegerar inte någon lagstiftningsmakt. En skiljenämnd i en tvist mellan investerare och stat, Investor-State Dispute Settlement (ISDS), har inte heller mandat att underkänna ett lands lagstiftning. Däremot ger investeringskyddsavtalen skiljenämnden ett mandat att bedöma huruvida en stats lagstiftning eller beslut bryter mot

---

<sup>7</sup> Exempelvis skyddas allmän hälsa, miljö och konsumentskydd i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF), artiklarna 168, 191 och 169. I Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ((2010/C 83/02) fastslås i följande artiklar: rätten till egendom (17), rätten till icke-diskriminering (21), rätten till en god förvaltning (41) och slutligen rätten till en rättvis rättegång (47). En investerare skyddas dock av dessa artiklar endast vid tillämpning av unionsrätten (51).

<sup>8</sup> Om staten inte överlåtit viss makt till exempelvis EU.

investeringskyddsavtalet och när så skett kan staten bli skadeståndsskyldig.

Begreppet "rätten att reglera" handlar i detta sammanhang om i vilken utsträckning staten ska kunna stifta lag och fatta beslut utan att riskera att begå avtalsbrott och behöva betala skadestånd. Det handlar alltså inte om att staten, genom ett investeringskyddsavtal, *avsäger* sig rätten att lagstifta eller reglera. För det fall staten har en stark önskan att genom en lag eller ett beslut bryta mot investeringskyddsavtalet står detta staten fritt så länge en drabbad investerare kompenseras. Begreppet "rätten att reglera" är således missvisande men eftersom begreppet är vedertaget har kollegiet trots allt valt att använda det.

För det fall rädslan för att dras inför skiljenämnd påverkar en stat på så vis att den väljer att inte införa en viss lag eller fatta ett visst beslut, så har statens "rätt att reglera" påverkats negativt och staten hamnar i vad som kallas för "regulatory chill", d.v.s. staten passiviseras. I vilken mån investeringskyddsavtal leder till denna effekt är omdebatterat<sup>9</sup>, men en genomgång av kända tvister talar för att fenomenet ändå är ovanligt.<sup>10</sup>

Tvister som har sitt direkta ursprung ur tvingande lagstiftning uppgick fram till april 2014 – trots över 3 200 avtal – endast till 14.<sup>11</sup> Av dessa har en och samma lagstiftning legat bakom flera av tvisterna.<sup>12</sup> Enligt författarna som tagit fram statistiken beror den absoluta majoriteten av tvister istället på att stater har *behandlat* investerare på ett sätt som de senare anser vara godtyckligt och som dessutom utgjort ett brott mot investeringskyddsavtalet. Empirin talar således inte i riktning för att stiftandet av lag och efterföljande tvingande tolkning är en vanlig tvistefråga, utan istället är det godtycklig behandling (som kan följa av lag) som är den vanligaste grunden för en investeringstvist.

---

<sup>9</sup> Det exempel som brukar användas på "regulatory chill" är att Nya Zeeland avvaktar att implementera en ny lag om "plain packaging" i avvaktan på utgången i tvisten Phillip Morris v. Australien.

<sup>10</sup> Prof. Dr. Christian Tietje m.fl. (2014) "*The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*" s. 92f

<sup>11</sup> Caddel, Jeremy, och Jensen, Nathan M., (2014) "*Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors?*", Columbia FDI Perspectives No. 120. Författarna har dragit gränsen där dispyten primärt har sin grund i tvingande lagstiftning. För det fall exempelvis en stat inför en lag som tvingar det offentliga att diskriminera en investerare utgör detta en tvingande lag och ingår i de 14 tvisterna. De fall där en stat med stöd av lag har viss valfrihet att agera faller inte i denna kategori och ingår således inte i urvalet.

<sup>12</sup> Exempelvis ledde Jamaicas beslut om att ändra skattenivåerna för aluminiumtillverkare till flera tvister. Caddel, Jeremy, och Jensen, Nathan M., (2014) "*Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors?*" Columbia FDI Perspectives No. 120.

En stat kan dras inför en skiljenämnd (oavsett kravets rimlighet) med grund i samtliga av ett investeringsavtals artiklar vilka syftar till att skydda investerare/investeringar. Skyddsnivån i ett avtal måste således balanseras så att staten kan lagstifta och fatta beslut när så anses önskvärt utan att riskera att begå avtals brott och som konsekvens betala skadestånd.

### 3 "Rätten att reglera" i CETA och i USA:s modellavtal

Vissa investeringsskyddsavtal anger undantag i avtalets inledning, den s.k. preambeln.<sup>13</sup> Det kan exempelvis stå att avtalet inte ska gälla för vissa sektorer. I andra avtal förs dylika undantag in direkt i artiklarna. Ett vanligt sådant undantag är att skyddet för investerare inte ska gälla på områden som är viktiga för statens säkerhet. I de fall staten hävdar att ett undantag är tillämpligt ligger bevisbördan för detta på staten.

I CETA nämns "rätten att reglera" i inledningen där det klargörs att staterna behåller "rätten att reglera" inom områden där det finns legitima politiska syften ("legitimate policy objectives").<sup>14</sup> Därutöver regleras "rätten att reglera" indirekt genom avtalets konstruktion. De bakomliggande principerna i CETA:s inledning nämner fem exempel på legitima politiska syften:

*"RECOGNIZING that the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and resolving to preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity; and"*<sup>15</sup>

Vad som är legitima politiska syften blir sedan en fråga för skiljenämnder att tolka, men det ligger nära tillhands att tolka det som allmännyttiga ändamål.<sup>16</sup> När kommissionen diskuterar "rätten att reglera" i framtida investeringsskyddsavtal betonas vikten av att staten ska kunna "pursue public policy objectives", alltså besluta om allmänna ändamål.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Preambeln är inledningen till avtalet där bl.a. avtalets syfte framgår. Enligt Wienkonventionens artikel 31(1) ska avtal tolkas i ljuset av dess ändamål och syfte.

<sup>14</sup> "Rätten att reglera" är inte absolut på dessa områden, vilket framgår av Annex.11(3).

<sup>15</sup> CETA, s 6 i konsoliderad version från den 26 september 2014. När det nedan hänvisas till CETA avses denna version av avtalet. I inledningen till avtalet finns bl.a. hänvisning till "commitment to sustainable development" och "the right of the Parties to take measures to achieve legitimate public policy objectives" såsom främjande av höga miljönormer och arbetslagstiftning.

<sup>16</sup> I det offentliga samrådet rörande investeringsskydd i TTIP uppger kommissionen ytterligare exempel på vad som explicit bör nämnas såsom naturresurser, djurliv, växter, arkeologiska och kulturella världen o.s.v.

<sup>17</sup> Concept Paper från kommissionen (2015) "Investment in TTIP and beyond – the path for reform". s 1.

Vad som utgör allmännyttiga ändamål är en fråga i sig och fördjupas inte här.<sup>18</sup> Principerna för "rätten att reglera" ovan för allmän hälsa, säkerhet, miljö, allmän moral och kulturell mångfald nämns explicit, men är alltså endast exempel på vad som utgör legitima politiska syften och utesluter inte att det kan finnas andra legitima politiska syften.<sup>19</sup> Med hänsyn tagen till inledningen ska sedan artiklarna om investeringskydd tolkas. Kommissionär Cecilia Malmström uppgav inför näringsutskottet den 24 april 2015 att i TTIP kommer principerna ovan inte att finnas i inledningen utan kommer att utgöra undantag i en egen artikel, vilket beroende på utformning kan komma att göra principerna än starkare.

Utöver inledningen så regleras "rätten att reglera" i CETA även i kapitlet "Handel och arbetskraft" där det bl.a. framgår att parterna erkänner varandras rätt att själva bestämma nivån av arbetskraftsskydd och att anta relevanta lagar som är kompatibla med internationella överenskommelser. Vidare ska parterna sträva efter att förbättra lagar med målet att uppnå högt arbetstagar skydd.<sup>20</sup> Därtill regleras "rätten att reglera" i kapitlet "Handel och miljö", där parterna erkänner varandras rätt att göra egna miljöprioriteringar såsom att sätta nationella ("domestic") nivåer av miljöskydd och att anta eller ändra relevanta lagar på ett sätt som överensstämmer med multilaterala miljöavtal, till vilka parterna är medlemmar till. Varje part ska sträva efter att uppnå höga skyddsnivåer av miljön och tillse att relevanta lagar förbättras.<sup>21</sup> Trots att båda dessa artiklar finns i den substantiella avtalstexten har de mer karaktären av text som normalt sett befinner sig inledningen (preambeln) till avtal.

OECD konstaterade redan år 2004 att rättslitteraturen funnit att stater har rätt reglera inom bl.a. allmän välfärd utan att bli ersättningsskyldiga, eftersom det tillhör statens grundläggande funktion att ägna sig åt detta.<sup>22</sup> Ovanstående stycke i inledningen till CETA tydliggör att denna tolkning av internationell sedvanerätt, gällande den principiella "rätten att reglera" för allmännyttiga ändamål, är en del av avtalet. Trots att generella undantag skrivits in i olika avtal sedan slutet av 1990-talet har ännu ingen

<sup>18</sup> Inspiration till generella undantag kommer från artikel XX i GATT och artikel XIV i GATS. För utvecklande av denna fråga se Titi, Aikaterini "The Right to Regulate in International Investment Law" s. 99ff

<sup>19</sup> Tvisten mellan Phillip Morris och Australien rörande "plain packaging" skulle sannolikt ses som ett legitimt politiskt mål. Ett undantag såsom det i CETA finns emellertid inte i Australiens avtal från år 1993, vilket ligger till grund för tvisten.

<sup>20</sup> 24 kapitlet X+1, 2 artikeln, s 342 i CETA.

<sup>21</sup> 25 kapitlet XX, 4 artikeln, s. 391 i CETA.

<sup>22</sup> OECD Working Papers on International Investment 2004/04 "Indirect Expropriation" and the "Right to regulate" in *International Investment Law*". s 6 ff.

skiljenämnd tolkat ett sådant generellt undantag.<sup>23</sup> Förutom att föra in principen om "rätten att reglera" för legitima politiska syften har de enskilda artiklarna i CETA fått mer begränsat innehåll än tidigare generationers investeringsskyddsavtal, vilket begränsar skyddet för investerare jämfört med hur det är i äldre avtal.

I USA:s modellavtal anges följande begränsningar i inledningen:

*“Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labour rights;”*

Därtill finns undantag i det förklarande annexet till artikeln om expropriation:

*“Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.”<sup>24</sup>*

Dessa skrivningar i CETA och i USA:s modellavtal syftar till att tydliggöra vad som är staternas legitima lagstiftningsåtgärder och vad som är åtgärder där stater istället är skyldiga att ge ersättning till investerare.

Nedan analyseras de två centrala skyddsartiklarna i CETA vilka spelar störst roll för staternas "rätt att reglera", d.v.s. "rättvis och skälig behandling" (kap. 4) och expropriationsartikeln (kap. 5). Anledningen till att just dessa artiklar valts ur är att det är de som historiskt har varit mest frekvent förekommande i investeringstvister och därmed i förlängningen har potentiellt störst påverkan på "rätten att reglera".

## 4 Rättvis och skälig behandling

### *Sammanfattning av avsnitt 4*

I avsnitt 4 jämförs artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA med svensk rätt. Jämförelsen visar att "rättvis och skälig behandling" i CETA har begränsats kraftigt jämfört med traditionella utformningar av artikeln "rättvis och skälig behandling". Enligt kollegiets analys ger artikeln i CETA inte något skydd som går utöver vad som redan ges i svensk rätt. Av denna anledning påverkas inte Sveriges "rätt att reglera" av artikeln.

<sup>23</sup> Prof. Dr. Christian Tietje m.fl. (2014) *“The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership”* s. 55f.

<sup>24</sup> Annex B, artikel 4(b), USA Model BIT 2012.

En jämförelse görs även mellan artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA och i USA:s modellavtal. Jämförelsen visar att artiklarna via utvecklad praxis har i stort sett samma innehåll med undantag av att USA:s modellavtal inte definierar "rättvis och skälig behandling" genom en uttömmande lista såsom i CETA utan istället ges en exemplifierande lista. Vidare är skyddsgrunden "berättigade förväntningar" i USA:s modellavtal varken definierad eller avgränsad.

#### 4.1 Vad är "rättvis och skälig behandling"?

Artikeln "rättvis och skälig behandling" är den artikel som oftast åberopas i investeringstvister och även den artikel som stater oftast fällt på. Syftet med artikeln är att täcka in en mängd situationer, där företag kan vara utsatta, som är svåra att förutsäga och därmed svåra att reglera i ett avtal. För att detta ska vara möjligt har artikeln traditionellt varit allmänt formulerad och kortfattad, vilket illustreras nedan av hur artikeln är formulerad i vissa svenska bilaterala investeringsskyddsavtal:

*Each Contracting Party shall at all times ensure fair and equitable treatment of the investments by investors of the other Contracting Party and shall not impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof nor the acquisition of goods and services or the sale of their production, through unreasonable or discriminatory measures.*

I media talas det ofta om att investerare genom TTIP kommer att kunna stämma stater om de blir felaktigt behandlade. Vad som ligger till grund för detta påstående är framför allt oro kring innebörden av artikeln "rättvis och skälig behandling".<sup>25</sup> Det engelska begreppet "fair and equitable" brukar på svenska översättas till "rättvis och skälig behandling", vilket ger intryck av att det är fråga om två separata skyddsgrunder. I själva verket är det en och samma sak, d.v.s. "skälig behandling".<sup>26</sup>

All dålig behandling som en investerare kan utsättas för av en stat innebär emellertid inte ett brott mot ett investeringsavtal. Följande citat ur en skiljedom illustrerar vilket typ av behandling som brukar anses utgöra ett brott mot artikeln "rättvis och skälig behandling"; "...would include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith".<sup>27</sup>

<sup>25</sup> I investeringsskyddsavtalet Sverige–Madagaskar är "rättvis och skälig behandling" till svenska översatt till "rättvis och rimlig behandling". I den franska versionen står det emellertid "juste et équitable".

<sup>26</sup> Dolzer, R., Schreuer C. (2012) "Principles of International Investment Law". s. 133.

<sup>27</sup> Genin v. Estland, ibid s. 142.

Centralt vid bedömningen är således om staten handlat i god eller ond tro.

Kritiken mot artikeln "rättvis och skälig behandling" grundar sig främst på att det varit oklart vad artikeln täcker. Någon definition av "behandling" har inte gjorts i avtalen, vilket i sin tur inneburit att det varit upp till skiljenämnder att avgöra om en specifik behandling omfattas av avtalet eller inte. Det finns en motstridig praxis att ta hänsyn till vilket historiskt har lett till viss godtycklighet vid bedömningen av denna skyddsgrund. Detta är också bakgrunden till att artikeln "rättvis och skälig behandling" har fått en mycket restriktiv utformning i CETA.

## 4.2 Artikel X.9 i CETA; "rättvis och skälig behandling"

För att ge en överblick inför vidare analys av artikeln "rättvis och skälig behandling", återges i ruta 1 nedan artikeln såsom den är formulerad i CETA i sin helhet.<sup>28</sup>

### **Ruta 1, artikeln "rättvis och skälig behandling".**

1. Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 to 7.
2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes:
  - a. Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;
  - b. Fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings.
  - c. Manifest arbitrariness;
  - d. Targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief;
  - e. Abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or
  - f. A breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.
3. The Parties shall regularly, or upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment.
4. When applying the above fair and equitable treatment obligation, a tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.
5. For greater certainty, 'full protection and security' refers to the Party's obligations relating to physical security of investors and covered investments.
6. For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international Agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

<sup>28</sup> Artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA s. 158.

Vad som saknas i CETA men finns i USA:s modellavtal, är ett förtydligande om att statens behandling av investerare/investeringar ska överensstämma med internationell sedvanerätt. I USA:s avtal förtydligas att artikeln "rättvis och skälig behandling" ska ge ett skydd motsvarande "customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment".<sup>29</sup> Detta innebär att USA inte behöver tillhandahålla en behandling som går utöver vad som stipuleras av internationell sedvanerätt.<sup>30</sup> I CETA innehåller denna artikel inte någon liknande referens till internationell sedvanerätt och det är därför oklart hur TTIP kommer att utformas i detta avseende. Det debatteras bland akademiker om nivån av skydd som ges av "rättvis och skälig behandling" är densamma som internationell sedvanerätt eller om det är en självständig skyddsgrund. Av en resolution framgår att Europaparlamentet anser att i de investeringsskyddsavtal som EU ingår är skyddet som artikeln "rättvis och skälig behandling" ger detsamma som skyddet som erhålls av internationell sedvanerätt.<sup>31</sup>

#### 4.2.1 Analys av artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA

I det följande analyseras utformningen av artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA nedbrutet på punkter. Där så är lämpligt görs jämförelser med svensk rätt och USA:s modellavtal.<sup>32</sup>

*1. Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 to 6.*

Med "covered investments" avses redan företagna investeringar, vilka omfattas av avtalet.<sup>33</sup> Artikeln täcker inte marknadstillträde, alltså möjligheten/rätten att i framtiden göra en investering. Även i EU:s förhandlingsmandat gällande TTIP så anges att avtalet inte ska kunna ge investerare möjlighet att tvista sig till ett marknadstillträde via ISDS. Investeringsdelen i TTIP kommer därför att begränsas så att ISDS endast täcker redan gjorda investeringar.

Vad som utgör "full protection and security" för en investerare eller en investering förtydligas i punkten 5. Där framgår att det innebär att staten ska garantera fysisk säkerhet för investerare och investeringar. Genom

<sup>29</sup> Artikel 5(2) och (3) i US Model BIT 2012.

<sup>30</sup> I artikel 1105 i NAFTA likställs "minimum standard of treatment" med internationell rätt.

<sup>31</sup> European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy (2010/2203(INI)) punkten 19

<sup>32</sup> Eftersom avtalstexten är på engelska behålls det engelska sättet att hänvisa till artiklar.

<sup>33</sup> För definition av "covered investments" se CETA s. 134.



klargörandet tydliggörs att "legal protection" *inte* omfattas av avtalet. Med "legal protection" avses att staten garanterar investeraren en stabil rättslig miljö innebärande att lagar som på ett avgörande sätt påverkar investeringen inte kommer att ändras.<sup>34</sup> Att "legal protection" inte ingår i "rättvis och skälig behandling" utökar staternas "rätt att reglera" jämfört med tidigare generationers avtal.<sup>35</sup> Dock bör noteras att om det finns ett enskilt avtal mellan stat och investerare som innehåller en så kallad stabiliseringsklausul (innebärande att staten lovar att inte ändra lagstiftningen inom ett visst område) så kan frågan hamna i ett annat läge.<sup>36</sup>

Eftersom USA:s modellavtal innehåller samma klargörande om "full protection and security" kan TTIP komma att utformas som CETA i detta avseende.<sup>37</sup>

Vilket skydd som i själva verket ges av artikeln "rättvis och skälig behandling" utvecklas i punkten 2 i avtalet.

*2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes:*

Därefter följer en lista med underpunkter över vilka områden som punkten omfattar, punkten 2(a-f). På detta sätt har EU och Kanada önskat försäkra sig om att artikeln inte ska kunna missbrukas. Avtalet ger dock utrymme för att i framtiden utöka den här listan för det fall parterna kommer överens om det. Punkten 2 är ett försök till att definiera vad artikeln "rättvis och skälig behandling" är tänkt att skydda genom att räkna upp vilken typ av statliga åtgärder som omfattas av artikeln.<sup>38</sup>

I USA:s modellavtal innehåller artikeln "rättvis och skälig behandling" inte en uttömmande lista på samma sätt som i CETA. Istället är USA:s lista

<sup>34</sup> Det finns flera skiljenämnder som har ansett att "legal protection" ingår i "full protection and security", men det finns även flera skiljenämnder som kommit till motsatt slutsats, alltså att stater inte har någon skyldighet att bevara lagar såsom de var när investeringen företogs.

<sup>35</sup> Handelskommissionär Cecilia Malmström uppgav den 18 mars 2015 till Europaparlamentets handelskommitté att TTIP eventuellt kommer att innehålla följande; "that investment protection rules offer no guarantee for investors that the legal regime under which they have invested will stay the same". Skrivningen är tydligare än CETA:s, men medför enligt kollegiet ingen substantiell skillnad.

<sup>36</sup> Detta är exempelvis fallet i den omtalade tvisten mellan Veolia och Egypten, där Egypten i avtalet mellan parterna lovade att om minimilönen höjdes under avtalsperioden skulle Egypten ersätta Veolia för denna extra kostnad.

<sup>37</sup> Artikel 5(2)b i US Model BIT 2012.

<sup>38</sup> Artikeln "rättvis och skälig behandling" i USA:s modellavtal (US Model BIT 2012, artikel 5) nämner flera av de saker som räknas upp i "rättvis och skälig behandling" i CETA, men då endast som exempel. Det är alltså inte fråga om en uttömmande lista.

exemplifierande. Praxis visar dock att artikeln ändå tolkas som att den omfattar vad som ingår i punkten 2(a–f) i CETA.<sup>39</sup>

*2(a) Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;*

Punkten 2(a) reglerar ”denial of justice”. Uttrycket ”denial of justice är ett begrepp inom anglosaxisk rätt och i det här fallet handlar det om att mottagande stat inte får neka investerare tillgång till korrekta myndighetsbeslut och korrekta rättsprövningar. En investerare som åberopar ”denial of justice” anser sig ha blivit systematiskt felbehandlad av myndigheter och domstolar. För att nå framgång i en tvist är det i stort sett en förutsättning att investeraren uttömt värdlandets inhemska rättsmedel och inte fått sitt fall prövat på ett korrekt sätt.<sup>40</sup> Vad som är korrekt jämförs med internationell sedvanerätt. I huvudsak rör det sig om fyra grupper av klagomål som kan utgöra ”denial of justice”<sup>41</sup>: (1) att en domstol vägrar ta upp en talan till prövning, (2) att en process tagit orimligt lång tid, (3) att processen har varit felaktig, eller att (4) domstolen medvetet tillämpat lagen felaktigt. Staten måste således garantera en prövning som håller en miniminivå av i synnerhet processuell men även materiell kvalitet.

Det skydd som ges av punkten 2(a) ingår även i den svenska regeringsformen. En investerare har därför redan enligt svensk rätt möjlighet till skadestånd om staten inte lever upp till vad som ingår i ”denial of justice”.<sup>42</sup> Således ger denna punkt inte något skydd som går utöver svensk rätt och därmed påverkas inte heller Sveriges ”rätt att reglera” av punkten 2(a).

Även USA:s modellavtal inkluderar ”denial of justice” varför motsvarande punkt i TTIP skulle kunna komma att få ett innehåll liknande 2(a) i CETA.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> För jämförelse med Sveriges version se inledningen till avsnitt 2.

<sup>40</sup> Enligt artikel x-21 i CETA krävs inte att investeraren uttömt inhemska rättsmedel för att ges möjlighet att tvista i skiljenämnd, men i praktiken krävs det att inhemska rättsmedel är uttömda (eftersom det är just detta som är tvistefrågan) för att med framgång kunna åberopa ”denial of justice”. Jämför *Duke Energy v. Ecuador*, beslut den 18 augusti 2008.

<sup>41</sup> Dolzer, Rudolf and Schreuer, Christoph. (2012). *Principles of International Investment Law*” s. 179.

<sup>42</sup> Ett sådant skadestånd skulle kunna grunda sig på 3 kap. 2 § skadeståndslagen alternativt artikel 6 Europakonventionen, om rätten till ersättning inte regleras särskilt i annan lag.

<sup>43</sup> Artikel 5(2)a i US Model BIT 2012.

2(b) *Fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings.*

Punkten 2(b) är ett led i bedömningen av ”denial of justice”<sup>44</sup>. Begreppet ”due process” innebär här att staten måste leva upp till vissa grundläggande rättsprinciper. Begreppet är kopplat till ”minimum standard under customary international law”, innebärande att statens behandling av en investerare måste hålla en miniminivå som följer av internationell sedvanerätt. Själva prövningen i det enskilda ärendet måste ske rättssäkert (fair treatment). I punkten betonas att endast grundläggande (”fundamental”) brott mot rättsprinciper utgör överträdelser av punkten. Enligt rättspraxis ska en skiljenämnd endast i undantagsfall pröva om en nationell myndighets eller domstols beslut strider mot ett investeringsavtal. Ett undantagsfall inträffar när gränsen överträds mellan en felaktig dom och en uppenbart felaktig dom.<sup>45</sup> Det räcker således inte att investeraren övertygar skiljenämnden att den nationella domstolen gjort ett grundläggande fel utan felet måste även i sig självt utgöra ett brott mot investeringsskyddsavtalet.<sup>46</sup>

Skyddet i punkten 2(b) påminner mycket om det skydd som ges av 2 kap 11 § regeringsformen och artikel 6 i Europakonventionen, d.v.s. rätten till en rättvis rättegång.

De svenska offentlighetsreglerna<sup>47</sup> som styr svenska myndigheter och domstolar överstiger generellt den nivå som krävs enligt internationell sedvanerätt.

I Sverige finns möjlighet att begära att en överinstans undanröjer ett grovt<sup>48</sup> felaktigt beslut.<sup>49</sup> Därtill har en investerare i Sverige som ansöker om skadestånd av staten motsvarande värdet av förlusten möjlighet att få det, om

---

<sup>44</sup> Enligt Dolzer, Rudolf and Schreuer, Christoph. (2012). *Principles of International Investment Law*” s. 178 ingår ”denial of justice och ”due process” i ”rättvis och skälig behandling” även om det inte specifikt nämns, vilket det gör i CETA och i USA:s modellavtal.

<sup>45</sup> Dolzer, Rudolf and Schreuer, Christoph. (2012). *Principles of International Investment Law*” s. 182.

<sup>46</sup> Azinian v. Mexiko, beslut i oktober 1999, ICSID CASE No. ARB(AF)/97/2.

<sup>47</sup> Jämför bl.a. tryckfrihetsförordningen och offentlighets och sekretesslagen (2009:400)

<sup>48</sup> Även icke grovt felaktiga beslut kan naturligtvis överklagasi Sverige, men det är inte relevant vid en jämförelse med CETA.

<sup>49</sup> Därtill finns möjlighet att tillgå det extraordinära rättsmedlet resning i 37b förvaltningsprocesslagen (1971:291) ”Resning får beviljas i mål eller ärende om det på grund av något särskilt förhållande finns synnerliga skäl att pröva saken på nytt.” Dock föreligger inte något krav på ny omständighet i CETA, vilket är huvudregeln för att få resning beviljad.

det föreligger ett uppenbart felaktigt domslut.<sup>50</sup> För att erhålla skadestånd för felaktig handläggning finns emellertid inte något krav på att handläggningen ska ha varit grovt felaktig. Inte heller på punkten 2(b) ger CETA ett starkare skydd än vad som redan ges i svensk lagstiftning och därför påverkas inte statens "rätt att reglera" av punkten.

USA:s modellavtal inkluderar liknande skrivningar som i CETA avseende "due process".<sup>51</sup>

*2(c) Manifest arbitrariness;*

Denna punkt handlar om skydd mot uppenbart godtycklig (arbitrary) behandling. Enligt rättspraxis omfattar artikeln "rättvis och skälig behandling" skydd mot godtycklig behandling även när det inte skrivs ut explicit i avtalstexten. I CETA valde avtalsparterna dock att begränsa möjligheten att dra en stat inför skiljenämnd på denna grund genom att föra in ett uppenbarhetsrekvisit ("manifest"). Utformningen av CETA leder till att staten inte får behandla investerare "uppenbart godtyckligt" om det leder till att investeringens värde minskar eller förstörs.

I Sverige skyddas investerare mot svenska myndigheters godtycke genom regeringsformen där näringsfriheten garanteras.<sup>52</sup> Vidare säkerställs genom legalitetsprincipen i regeringsformen att myndigheter måste ha stöd i lag för sina beslut och objektivitetsprincipen säkerställer att myndigheter ska beakta allas likhet inför lagen.<sup>53</sup> I Sverige krävs det emellertid inte att myndighetens/statens behandling är *uppenbart* godtycklig för att utgöra ett brott mot grundlagen. Kollegiets finner därför att punkten 2(c) sannolikt inte leder till ett skydd som går utöver vad svensk rätt ger.

Motsvarande punkt finns inte explicit i USA:s modellavtal, men omfattas väl av praxis.

*2(d) Targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief;*

I punkten 2(d) skyddas investeraren mot *riktad* diskriminering ("targeted discrimination") vilken sker på *uppenbart felaktiga grunder* ("manifestly wrongful grounds"). De exempel på diskriminering som nämns i punkten är inte uttömmande genom att termen "såsom" ("such as") används. För

<sup>50</sup> Ett sådant skadestånd skulle kunna grunda sig på 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) alternativt artikel 6 Europakonventionen, om rätten till ersättning inte regleras särskilt i annan lag.

<sup>51</sup> Artikel 5(2)a i US Model BIT 2012.

<sup>52</sup> 2 kap. 17 § regeringsformen.

<sup>53</sup> 1 kap. 1 och 9 §§ regeringsformen.

att investeraren ska kunna dra en stat inför skiljenämnd krävs att diskrimineringen resulterar i att investeringens värde minskar eller förstörs. Detta nämns dock inte explicit i avtalstext i traditionellt skrivna artiklar, men ingår ändå via utvecklad praxis i exempelvis USA:s och Sveriges modellavtal.

Rekvisiten ”riktad” och ”uppenbar” är tillägg till vad som traditionellt har ingått i "rättvis och skälig behandling" i äldre avtal. Tilläggen har tillkommit för att höja ribban för vilken typ av diskriminering som kan leda till en fällning vid en tvist.

Diskrimineringsgrunderna som räknas upp i 2(d) ingår även i svensk lagstiftning. Där krävs det emellertid inte att diskrimineringen ska vara riktad eller ske på uppenbart felaktiga grunder för att utgöra ett brott mot lagen.<sup>54</sup> Även artikel 14 i Europakonventionen ger ett skydd mot diskriminering. Sammantaget ger punkten 2(d) sannolikt inte något skydd som går utöver svensk rätt inklusive Europakonventionen, och troligen påverkar därför punkten 2(d) inte heller svensk "rätt att reglera".

Eftersom punkten diskriminering via praxis finns i USA:s modellavtal är det inte osannolikt att det i TTIP kan komma att ingå ett klagande om att diskriminering kan utgöra ett brott mot artikeln "rättvis och skälig behandling". Liksom i punkten 2(c) ovan är det en öppen fråga hur USA ställer sig till införandet av relativt höga rekvisit såsom exempelvis ”uppenbar”.

*2(e) Abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or*

Punkten 2(e) är till för att skydda en investerare eller en investering från tvång eller trakasserier från statens sida alternativt att staten inte tillhandahåller ett skydd mot sådan behandling.<sup>55</sup> Artikeln ingår normalt sett endast via utvecklad praxis i "rättvis och skälig behandling".

Tvång och trakasserier som utförs av enskilda tjänstemän utgör i Sverige tjänstefel även om det är sanktionerat av myndighets- eller regeringsföreträdare.<sup>56</sup> Enligt brottsbalken kan grova tjänstefel resultera i upp till sex års fängelse.<sup>57</sup> Om sådan behandling från en tjänsteman resulterat i förmögenhetsskada hos en investerare är det möjligt att kräva

<sup>54</sup> Sannolikt är det lättare att få ersättning med stöd av 5 kap. 1 § diskrimineringslagen än med stöd av artikel 9(2)d i CETA.

<sup>55</sup> Vilken typ av tvång och trakasserier det kan röra sig om illustreras av *Pope & Talbot v. Kanada*, beslut den 10 april 2001, *Techmed v. Mexiko*, beslut den 29 maj 2003, *Total v. Argentina*, beslut den 27 december 2010 och slutligen *Desert Line v. Jemen*, beslut den 8 februari 2008.

<sup>56</sup> För det fall trakasserier sker genom lag hamnar situationen i ett mer komplicerat läge.

<sup>57</sup> 20 kap. 1 § brottsbalken (1962:700).

staten på skadestånd, bl.a. med stöd av skadeståndslagen. Även artikel 3 i Europakonventionen kan aktualiseras genom skyddet mot förnedrande behandling. Sammantaget medför punkten 2(e) sannolikt inte något skydd utöver vad svensk rätt ger och därför påverkas inte heller Sveriges "rätt att reglera".

I USA:s modellavtal är skyddet mot tvång och trakasserier inte utskrivet, men ingår via utvecklad praxis.

*2(f) A breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.*

*3. The Parties shall regularly, or upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment. The Committee on Services and Investment may develop recommendations in this regard and submit them to the Trade Committee for decision.*

Punkten 2(f) tillsammans med efterföljande punkten 3 öppnar upp för EU och Kanada att – om de kommer överens om det – lägga till punkter i listan i punkten 2(a-f) som gäller innehållet i artikeln "rättvis och skälig behandling". Fördelen med en stängd lista såsom i CETA (i motsats till en exemplifierande lista) är tydlighet och förutsägbarhet. Nackdelen är att det finns en risk att listan utelämnar något som parterna inte uppmärksammat när avtalet slöts och som därmed inte erhåller skydd genom investeringskyddsavtalet. Punkten 3 utgör en kompromiss mellan en helt uttömmande och en exemplifierande lista.<sup>58</sup>

*4. When applying the above fair and equitable treatment obligation, a tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated.*

Punkten 4 handlar om "berättigade förväntningar" ("legitimate expectations") och nyckelorden i punkten är "specific representation". Vad parterna genom denna punkt försöker begränsa är vad som ska anses rymmas inom ramen för "berättigade förväntningar".

En vanlig tolkning av vad som kan utgöra en investerares "berättigade förväntningar" är att dessa ska vara baserade på statens befintliga lagar och regler (när investeringen gjordes), samt de implicita eller explicita åtaganden som värdstaten gjort för att attrahera en investering. I USA:s modellavtal, liksom i de svenska investeringskyddsavtalen, skrivs det inte ut att artikeln "rättvis och skälig behandling" innehåller skydd

<sup>58</sup> En förändring av avtalet kräver en ny ratificeringsprocess. Ett tillägg i punkten 2 kan emellertid göras av investeringsgruppen bestående av EU och Kanada. För att denna grupp ska kunna göra ett tillägg krävs att gruppen fått tillåtelse att göra det genom ett rådsbeslut.

genom ”berättigade förväntningar”. Genom utvecklad praxis har artikeln dock kommit att få ett sådant innehåll. Om en stat behandlar ett företag på ett sätt som bryter mot företagets ”berättigade förväntningar”, och denna behandling leder till att investeringen förloras eller minskar i värde, kan det leda till att staten fälls i en tvist. Vad som kan utgöra ”berättigade förväntningar” har varit kärnfrågan i en rad olika investeringstvister<sup>59</sup> och vissa tolkningar ligger bakom mycket av den kritik som finns mot ISDS i allmänhet och mot artikeln ”rättvis och skälig behandling” i synnerhet.

Vad som ingår i artikeln ”berättigade förväntningar” kan vara definierat i avtalstext (som i CETA) eller vara en implicit del av artikeln genom praxis (såsom i USA:s modellavtal). ”Berättigade förväntningar” har traditionellt varit en fristående del (stand alone) av artikeln ”rättvis och skälig behandling”. Genom detta har staters agerande, oavsett område, kunnat leda till att en berättigad förväntan uppstår hos en investerare, vilket i sin tur kunnat leda till en investeringstvist och i förlängningen att staten ska betala skadestånd. I CETA är så inte fallet.

I CETA har parterna valt att kraftigt avgränsa vilka områden som täcks av ”berättigade förväntningar” på så sätt att endast det som räknas upp i listan om artikelns omfattning är täckt, d.v.s. punkten 2(a-f). Genom formuleringen ”When applying the above...”, i den senare punkten 4, har parterna sett till att berättigade förväntningar inte är en självständig skyddsgrund i artikeln ”rättvis och skälig behandling”. Istället ska investerarens eventuella ”berättigade förväntningar” vägas in vid bedömningen av om ett avtalsbrott har begåtts mot punkten 2(a-f). Det betyder att för det fall investeraren hävdar att ett brott har begåtts mot någon av punkterna 2(a-f) och en skiljenämnd anser att det är ett gränsfall om så skett,

så ska nämnden vid bedömningen även väga in om investeraren har haft ”berättigade förväntningar” rörande aktuell punkt. Om nämnden finner att investeraren haft berättigade förväntningar så sänks kraven något för vad som utgör ett brott mot någon av punkterna 2(a-f). Mot bakgrund av hur artikeln är formulerad torde en sänkning av kraven emellertid endast få en marginell påverkan på helhetsbedömningen.

I CETA begränsas även vad som kan utgöra ”berättigade förväntningar” på så vis att förväntan endast kan uppstå genom ett aktivt agerande från

---

<sup>59</sup> Se exempelvis *National Grid v Argentina*, beslut den 3 november 2008, *SD Meyers v. Kanada*, delbeslut den 21 oktober 2002, *Feldman v. Mexiko*, beslut den 16 december 2002, *Mondev v. USA* beslut den 12 oktober 2002, *Occidental v. Ecuador* beslut den 1 juli 2004, *CMS v. Argentina*, beslut den 12 maj 2005, *Eureko v. Polen*, beslut den 19 augusti 2005.

staten ("specifik representation"). Därigenom begränsas avsevärt vad som omfattas av "berättigade förväntningar" vilket gör att staterna behåller en stor del av "rätten att reglera". Såvitt känt finns inte motsvarande begränsning i andra investeringsavtal. Vid avvägningen mellan behovet av en tydlig "rätt att reglera" och behovet av en hög skyddsnivå har parterna i CETA således valt att ge större tyngd åt det förra.

Inskränkningen av "berättigade förväntningar" som görs i punkten 4 i artikeln "rättvis och skälig behandling" är så betydande i jämförelse med tidigare utvecklad praxis att punkten därmed inte medför något skydd för investerare utöver vad som redan ges av svensk rätt. Det betyder att om praxis utvecklas i enlighet med denna analys har den del av artikeln "rättvis och skälig behandling" som i debatten ansetts vara så problematisk helt neutraliserats.

Som nämnts ovan finns inte "berättigad förväntan" inskrivet i USA:s modellavtal och avtalen skiljer sig åt ur detta perspektiv. Detta betyder emellertid inte att "berättigade förväntningar" inte ingår i USA:s modellavtal utan tvärtom finns denna del med genom praxis och den är inte begränsad såsom i CETA.

*5. For greater certainty, 'full protection and security' refers to the Party's obligations relating to physical security of investors and covered investments.*

Se kommentaren till punkten 1 ovan.

*6. For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international Agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.*

Punkten 6 är en standardskrivning för att säkerställa att brott mot andra artiklar i investeringsskyddsavtalet eller brott mot andra avtal inte automatiskt innebär ett brott mot artikeln "rättvis och skälig behandling".<sup>60</sup>

### 4.3 Sammanfattning

Analysen ovan visar att artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA består av delar som redan finns i svensk rätt och i flera fall svensk grundlag. "Rättvis och skälig behandling" utgör bl.a. en garant för att myndighetsutövning och domstolsprövningar håller en viss kvalitet samt att staten inte utsätter investerare för uppenbart godtycklig behandling eller riktad diskriminering. Vad artikeln *inte* gör är att tillhandahålla "legal protection", d.v.s. staten förbinder sig inte till att frysa lagstiftning

<sup>60</sup> Motsvaras av artikel 5(3) i US Model BIT 2012.



som är avgörande för en investering. Vidare är punkten ”berättigad förväntan” så beskuren att den inte ger investerare extra skydd utöver svensk rätt. Inte heller i sin helhet ger artikeln ett skydd som går utöver svensk rätt.

Såsom redovisats ovan återspeglar artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA i hög grad svensk rätt; rätten till rättvis rättegång, skydd mot diskriminering, skydd mot godtycklig behandling o.s.v. Så länge Sverige behåller dessa grundläggande lagar och under förutsättning att staten följer desamma innebär artikeln "rättvis och skälig behandling" i CETA inte någon begränsning för Sveriges "rätt att reglera".

I USA:s modellavtal saknar artikeln "rättvis och skälig behandling" en uttömmande lista som pekar ut vad som omfattas av artikeln, såsom görs i 2(a-f) i CETA. Trots detta inbegriper USA:s modellavtal samtliga av punkterna via utvecklad praxis och därigenom är de redan en del av USA:s avtal. En central del av förhandlingarna i TTIP blir sannolikt frågan huruvida en lista i artikeln "rättvis och skälig behandling" ska vara uttömmande eller exemplifierande.

## 5 Expropriationsartikeln i CETA

### *Sammanfattning av avsnitt 5*

I avsnitt 5 jämförs expropriationsartikeln i CETA med svensk rätt inklusive Europakonventionen. Jämförelsen visar att särskilt gällande indirekt expropriation ger CETA ett något högre skydd än vad som ges av svensk rätt.

Genom Europakonventionen, som via lagstiftning är direkt tillämplig i Sverige, har investerare ett visst skydd mot indirekt expropriation. Därmed är CETA:s – och ett framtida investeringskapitel i TTIP – påverkan på Sveriges redan befintliga "rätt att reglera" lägre än vid första anblicken.

För att en indirekt expropriation ska leda till att staten blir skadeståndsskyldig med stöd av CETA krävs antingen att investeraren förlorat kontrollen över investeringen alternativt att investeringen blivit i stort sett värdelös.

Expropriationsartiklarna och förklarande annex är relativt lika i CETA respektive i USA:s modellavtal.

## 5.1 Expropriation och "rätten att reglera"

Vikten av ett skydd mot expropriation illustreras av att äganderätten är en mänsklig rättighet<sup>61</sup> som tillika skyddas av svensk grundlag, om än inte utan undantag.<sup>62</sup> Egendom utgörs enligt internationell sedvanerätt av både fysisk egendom och immateriella rättigheter, men kan även utgöra exempelvis marknadsandelar.<sup>63</sup> Svårigheten med expropriationsartikeln i ett investeringsavtal är gränsen mellan vad som utgör legitimt styre av en stat och vad som utgör en otillåten inblandning i egendomsrätten.

Den här artikeln i ett investeringskyddsavtal handlar inte om att förbjuda expropriation, utan om *hur* en expropriation ska gå till och vad som händer om den inte går till på det viset. Artikeln behandlar inte skydd av egendom utan endast rätten till ersättning vid en expropriation.<sup>64</sup> I detta sammanhang handlar artikelns eventuella påverkan på statens "rätt att reglera" således om när och hur det är möjligt att stifta lag eller fatta ett beslut som leder till att en investering exproprieras *utan* att staten ska behöva betala ersättning.

## 5.2 Artikel X.11 i CETA; expropriation

För att ge en överblick inför genomgången av expropriationsartikeln i CETA (artikel X.11), återfinns i ruta 2 artikeln i sin helhet.<sup>65</sup>

### Ruta 2, artikel X.11 i CETA

1. Neither Party may nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) under due process of law;
- (c) in a non-discriminatory manner; and
- (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation.

For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex X.9.1 on the clarification of expropriation.

2. Such compensation shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending

<sup>61</sup> Visserligen är detta en av de mer kontroversiella delarna av Europakonventionen. I tillägg har flera stater inte ratificerat denna bilaga.

<sup>62</sup> Tilläggsprotokoll 1, artikel 1 till Europakonventionen samt i regeringsformen 2 kap. 15 §.

<sup>63</sup> OECD Working Papers on International Investment 2004/04 "Indirect Expropriation" and the "Right to regulate" in International Investment Law. s. 3ff.

<sup>64</sup> Många avtal ger möjlighet för skiljenämnder att besluta att stater ska återlämna egendom, men i de fall staten så önskar kan de välja att betala ersättning istället.

<sup>65</sup> Sid 159 i CETA.

expropriation became known, whichever is earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including the declared tax value of tangible determine fair market value.

3. The compensation shall also include interest at a normal commercial rate from the date of expropriation until the date of payment and shall, in order to be effective for the investor, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the investor and in the currency of the country of which the investor is a national or in any freely convertible currency accepted by the investor.

4. The investor affected shall have a right, under the law of the expropriating Party, to prompt review of its claim and of the valuation of its investment, by a judicial or other independent authority of that Party, in accordance with the principles set out in this Article.

5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Annex 1C to the WTO Agreements ('TRIPS Agreement').

6. For greater certainty, the revocation, limitation or creation of intellectual property rights to the extent that these measures are consistent with TRIPS and Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement, do not constitute expropriation. Moreover, a determination that these actions are inconsistent with the TRIPS Agreement or Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement does not establish that there has been an expropriation.

### 5.2.1 Analys av expropriationsartikeln i CETA

I CETA har parterna valt att ta med ett förklarande annex (annex X.11, se nedan), vilket gäller som en del av avtalet. Det förklarande annexet handlar i stort sett uteslutande om vad som ska beaktas vid bedömningen om vad som utgör en indirekt expropriation (såsom exempelvis syftet med åtgärden). Nedan analyseras både expropriationsartikeln (artikel X.11) i CETA och därefter annexet (annex X.11) i CETA och jämförelser görs med USA:s modellavtal och svensk rätt, inklusive Europakonventionen.

*1. Neither Party may nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except:*

- (a) for a public purpose;*
- (b) under due process of law;*
- (c) in a non-discriminatory manner; and*
- (d) against payment of prompt, adequate and effective compensation.*

*For greater certainty, this paragraph shall be interpreted in accordance with Annex X.11 on the clarification of expropriation.*

Det som tas upp i punkten 1(a-d) utgörs av internationell sedvanerätt och motsvarande skrivningar finns i de allra flesta bilaterala

investeringskyddsavtal, liksom i USA:s modellavtal.<sup>66</sup> Punkten reglerar under vilka förutsättningar en stat kan genomföra en expropriation utan att bryta mot avtalet, d.v.s. om den sker för det allmännas bästa, om den sker korrekt<sup>67</sup>, om den inte är diskriminerande och om den sker mot omedelbar kompensation.<sup>68</sup> Vilken nivå av kompensation som är lämplig ("adequate and effective") utvecklas i den efterföljande punkten.

Det är inte alla fall av expropriation som ger rätt till kompensation. När kompensation ska betalas ut av staten avgörs från fall till fall, men enligt rättspraxis läggs stor vikt vid om åtgärden är icke-diskriminerande, proportionell, om den främjar ett legitimt syfte och i vilken utsträckning den påverkar äganderätten.

### *Direkt expropriation*

Direkt expropriation är att likställa med nationalisering och betyder att staten beslagtar privat egendom. I nationell lagstiftning är direkt expropriation i allmänhet väl reglerad och möjligheten till ersättning vid direkt expropriation är nästan densamma i CETA som i svensk rätt innebärande att investeraren har rätt till marknadsmässig ersättning.<sup>69</sup> Vid en jämförelse mellan vad som täcks av CETA och svensk rätt ska beaktas att det kan föreligga skillnader mellan vad som enligt svensk rätt utgör expropriation och vad som utgör direkt expropriation enligt internationell sedvanerätt. CETA kan därför i vissa fall erbjuda ett skydd som går utöver svensk rätt.

### *Indirekt expropriation i svensk rätt och i Europakonventionen*

Artikeln indirekt expropriation är tillsammans med artikeln "rättvis och skälig behandling" de delar av ett investeringskyddsavtal som oftast kritiserar. Exempel på indirekt expropriation kan vara när ett nödvändigt tillstånd för produktion av en vara eller tjänst dras in. Därtill kan det

<sup>66</sup> Artikel 6(1) US Model BIT 2012 är mer explicit än motsvarigheten i CETA, men "due process of law" begränsas genom hänvisning till "minimum standard of treatment" innebärande säkerställande av en relativt låg skyddsnivå.

<sup>67</sup> För närmare definition av vad som avses med "due process" se artikel 2(b) under avsnitt 4.2.1 ovan.

<sup>68</sup> The Hull formula: "prompt adequate and effective" har funnits i internationell rätt sedan 1930-talet.

<sup>69</sup> Direkt expropriation regleras i Sverige av 2 kap. 18 § regeringsformen (RF) och av expropriationslagen (1972:719). Av 4 kap. 1 § expropriationslagen framgår bl.a. att ersättningen ska motsvara marknadsvärdet av föremålet som exproprierats. De allra flesta länder har motsvarande lagstiftning. I svensk rätt garanteras dock inte full ersättning eftersom bestämmelsen i RF inte garanterar att så kallade förväntningsvärden ersätts. Se Bengtsson Bertil, *Speciell fastighetsrätt, Miljöbalken*, nionde upplagan, Iustus Förlag AB, 2007s. 111 och 127f.

handla om en statlig åtgärd som leder till att investeringens värde behålls, men där investeraren förlorat kontrollen över investeringen.

Som nämnts ovan utvecklas i annex X.11 till investeringsdelen i CETA hur artikeln rörande indirekt expropriation (artikel X.11) ska tolkas. Analys av vilken skyddsnivå som erhålls genom avtalet för indirekt expropriation och dess eventuella påverkan på statens "rätt att reglera" utvecklas därför närmare i samband med analysen av annexet (i avsnitt 5.3 nedan). Här utvecklas istället hur rätten till ersättning vid indirekt expropriation regleras i svensk rätt inklusive Europakonventionen.

Sedan år 2014 finns ett klagande från Högsta domstolen om att det går att vinna framgång genom att stämma staten med direkt hänvisning till 2 kap. 15 § regeringsformen (RF), som rör egendomsskydd.<sup>70</sup> Aktuellt fall rörde möjligheten till ersättning vid rådhetsinskränkning av mark eller byggnad. Genom att det finns möjlighet att stämma staten med hänvisning till 2 kap. 15 § RF finns det möjlighet att ersättning kan utgå för indirekt expropriation. Det är emellertid oklart hur omfattande rätten till ersättning är.

Svenska investerare har dessutom ett visst skydd mot indirekt expropriation genom Europakonventionen, som via lagstiftning är direkt tillämplig i Sverige.<sup>71</sup> Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (hädanefter Europadomstolen) har funnit att konventionen till exempel skyddar kontraktsrättigheter, företagsandelar, goodwill för företag, fiskerättigheter, patent och bygglov.<sup>72</sup> Även återtagande av licens att servera alkohol omfattas av konventionen vilket illustreras av tvisten *Tre Traktörer Aktiefbolag v. Sweden*.<sup>73</sup>

Enligt regeringsformen får svensk lag eller annan föreskrift inte antas (meddelas) om den strider mot Europakonventionen.<sup>74</sup> Eftersom Europadomstolens tolkning av konventionen är prejudicerande även för inhemska domstolar och myndigheter kan det i efterhand innebära att svensk lag eller beslut kan bedömas stå i strid med konventionen även

<sup>70</sup> P.D m.fl. mot staten genom JK, dom i Högsta domstolen (mål nr T 5628-12) den 23 april 2014. Av domen framgår att om ingripandet sker med motiveringen, hälsa- eller miljöskydd alternativ säkerhetsskäl har svenska staten som huvudregel inte någon ersättningskyldighet om det inte är orimligt att den enskilde bär hela kostnaden. Vid bedömningen betraktas bl.a. vilka förväntningar den enskilde hade vid förvärv av fastigheten. I aktuell dom fan domstolen att staten var ersättningskyldig.

<sup>71</sup> Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna stadfäster att konventionen gäller som svensk lag.

<sup>72</sup> Sebastián L. Escarcena (2014), *“Indirect Expropriation in International Law”*, s. 18.

<sup>73</sup> Eur. Court HR, Series A No. 159, Judgment, 7 July 1989

<sup>74</sup> Regeringsformen 2 kap. 19 §.

om riksdagen eller myndigheten inte ansett så vid antagandet av lagen eller fattandet av beslutet.

Ett exempel på när Sverige funnits bryta mot Europakonventionen är målet *Sporrong och Lönnroth v. Sverige*<sup>75</sup> där Europadomstolen fann att Sverige gjort sig skyldigt till indirekt expropriation eftersom staten genom åren inte tillräckligt beaktat de enskildas intressen och underlåtit att betala kompensation.<sup>76</sup> Enligt praxis från Europadomstolen garanteras investerare emellertid endast skadestånd som är "...reasonably related with the property taken."<sup>77</sup> Investeraren är således inte garanterad full kompensation, genom Europakonventionen, utan endast ersättning som anses vara rimlig i förhållande till den exproprierade egendomen. Detta innebär en något svagare rätt till ersättning jämfört med expropriationsartikeln i CETA.

Svensk rätt kan även innehålla särslagstiftning som gör att skillnaden mellan skyddet som ges av svensk grundlag och skyddet som ges av CETA ytterligare minskar. Exempelvis gavs i lagen (1997:1320) om kärnkraftens avveckling, när rätten till reaktordrift upphörde i Barsebäck, rätt till ersättning från staten för indirekt expropriation.<sup>78</sup> Ersättningen gavs enligt expropriationsrättsliga principer.<sup>79</sup>

Investerare i Sverige har alltså genom svensk rätt och Europakonventionen ett visst skydd mot indirekt expropriation. Svenska staten måste därmed redan idag beakta huruvida en lagstiftning eller ett beslut kan resultera i indirekt expropriation och på så vis utgöra ett brott mot Europakonventionen. Precis som genom investeringsdelen i CETA kan staten bli skadeståndsskyldig om en åtgärd de facto leder till indirekt expropriation av en investering. Av denna anledning innebär skrivningarna i CETA som rör indirekt expropriation inte automatiskt att svensk "rätt att reglera" påverkas negativt.

*2. Such compensation shall amount to the fair market value of the investment at the time immediately before the expropriation or the impending expropriation*

<sup>75</sup> Tvisten *Sporrong och Lönnroth mot Sverige* (mål nr 7151/75, dom den 23 september 1982 i Europadomstolen) rörde långvariga expropriationstillstånd (23 respektive 8 år) som gav kommunen rätt att i framtiden exproprieras fastigheterna om kommunen så önskade. *Sporrong och Lönnroth* hävdade att detta gjorde fastigheterna omöjliga att sälja. Ytterligare exempel är målet *Hellborg mot Sverige*, dom den 28 februari 2006, där det konstaterades en kränkning av artikel 1 till följd av att ett förhandsbesked om bygglov inte fick realiserats.

<sup>76</sup> OECD Working Papers on International Investment 2004/04 "Indirect Expropriation" and the "Right to regulate" in *International Investment Law*. s. 13 och 18.

<sup>77</sup> Sebastián L. Escarcena (2014), "*Indirect Expropriation in International Law*", s. 2.

<sup>78</sup> Eftersom ersättningsfrågan numera är avgjord är lagen upphävd.

<sup>79</sup> För vidare läsning av hur ersättningen reglerades vid nedläggningen av Barsebäck se prop. 1999/2000:63.

*became known, whichever is earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including the declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value.*

Punkterna 2 och 3 handlar om hur värdet på en investering ska räknas ut. Nivån på kompensationen avgör hur dyrt det i slutändan blir för staten att bryta mot avtalet. Punkterna har sin motsvarighet i punkten 6(2) i det amerikanska modellavtalet och det är troligt att USA inte kommer att motsätta sig en liknande formulering i TTIP.

Som framgår av punkten 2 ska kompensationen uppgå till investeringens marknadsvärde omedelbart före det att expropriationen blev känd.<sup>80</sup> I punkten ges viss ledning till hur värdet ska beräknas.<sup>81</sup> Mot bakgrund av den oklara praxisen för hur en investering ska värderas<sup>82</sup> vore det önskvärt med en mer detaljerad vägledning för att säkerställa en större förutsägbarhet.<sup>83</sup> Framför allt borde det regleras om och i så fall hur ersättning ska beräknas för utebliven vinst.<sup>84</sup> Idag regleras nivån på ersättningen genom internationell sedvanerätt, vilket innebär en viss osäkerhet. En reglering direkt i avtalen ökar förutsägbarheten gällande nivån på ersättning för brott mot expropriationsartikeln.<sup>85</sup>

*3. The compensation shall also include interest at a normal commercial rate from the date of expropriation until the date of payment and shall, in order to be effective for the investor, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the investor and in the currency of the country of which the investor is a national or in any freely convertible currency accepted by the investor.*

---

<sup>80</sup> Detta motsvarar den grundläggande skadeståndsrättsliga principen om *restitutio in integrum* (ung. återställande till ursprungligt läge eller tillstånd) som innebär att skadestånd ska kompensera en skada.

<sup>81</sup> Vanligaste sättet att beräkna värdet av en investering är att använda sig av metoderna diskonterat kassaflöde och beräknat framtida kassaflöde. Dolzer, Rudolf and Schreuer, Christoph (2012). "*Principles of International Investment Law*" s. 297.

<sup>82</sup> Exempelvis *Nycomb v. Lettland*, beslut den 16 december 2003, *MTD v. Chile*, beslut den 25 maj 2004, *ADC v. Ungern*, beslut den 2 oktober 2006 och *Siemens v. Argentina*, beslut den 6 februari 2007.

<sup>83</sup> Dock ges mer vägledning än i de svenska avtalen, vilka inte reglerar hur värderingen ska gå till. Inte heller i den svenska grundlagen beskrivs hur värderingen ska göras eller vilken ersättning som ska betalas ut vid expropriation. Det anges endast att ersättning ska utgå enligt grunder som fastställs i lag, vilket inte ger en garanti till full ersättning för förlusten.

<sup>84</sup> Se även artikel 36 "Final award" i CETA.

<sup>85</sup> För att avgöra vilken nivå av kompensation som ska utgå används ofta tvisten *Chorzów Factory (Claim for Indemnity) (Merits), Germany v. Poland, P.C.I.J. Series A., No. 17 (1928)* och där anges bl.a. att ersättningen ska vara sådan att den raderar ut de negativa konsekvenserna som åtgärden åsamkat investeraren. Se ex *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Ungern, ICSID Case No. ARB/03/16* paragraf 479ff.

Enligt punkten 3 har en investerare rätt till ränta på det skadeståndsbelopp som en skiljenämnd eventuellt dömer ut. Detta föranses bland annat av att en tvist kan pågå under flera år.

Vad som utgör en normal kommersiell ränta ("normal commercial rate") är inte helt tydligt i CETA. Även här skulle ett klargörande ha varit önskvärt. Exempelvis vore det önskvärt att klargöra direkt i avtalet om räntan på beloppet är rak eller om det ingår en "ränta på ränta effekt". Under senare år har det blivit allt vanligare att använda sig av "ränta på ränta".<sup>86</sup> Eftersom den ekonomiska skillnaden mellan rak och "ränta på ränta" efter några års tvistande kan bli väldigt stor bör det fastställas i avtalet vilken ränteberäkning som ska användas. Mot bakgrund av oklar praxis kan räntan skilja sig mot vad som skulle varit fallet när en enskild erhåller ersättning av svenska staten.<sup>87</sup>

*4. The investor affected shall have a right, under the law of the expropriating Party, to prompt review of its claim and of the valuation of its investment, by a judicial or other independent authority of that Party, in accordance with the principles set out in this Article.*

Punkten 4 säkerställer att investeraren har rätt till en prövning av sina anspråk och en värdering av investeringen av domstol eller oberoende värderingsorgan.

*5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Annex 1C to the WTO Agreements ('TRIPS Agreement').*

Se kommentar nedan till punkten 6.

*6. For greater certainty, the revocation, limitation or creation of intellectual property rights to the extent that these measures are consistent with TRIPS and Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement, do not constitute expropriation. Moreover, a determination that these actions are inconsistent with the TRIPS Agreement or Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement does not establish that there has been an expropriation.*

Punkterna 5 och 6 rör relationen mellan CETA och TRIPS-avtalet i WTO som reglerar immateriella rättigheter.<sup>88</sup> Punkten 6 tydliggör bl.a. att avtalet inte kan användas för att angripa åtgärder som är i enlighet med

<sup>86</sup> Dolzer, Rudolf and Schreuer, Christoph. (2012). "Principles of International Investment Law" s. 298.

<sup>87</sup> Jämför 4 § räntelagen (1975:635).

<sup>88</sup> TRIPS-avtalets fullständiga namn är *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property* i Annex 1C i WTO-avtalet.



TRIPS-avtalet. Även USA:s modellavtal innehåller ett liknande undantag.<sup>89</sup>

### 5.3 Förklarande annex X.11; expropriation

Som tidigare nämnts finns det i CETA ett förklarande annex<sup>90</sup> (annex X.11) som gäller som en del av avtalet och främst syftar till att definiera vad som utgör en indirekt expropriation. För att ge en överblick inför genomgången av annexet nedan, återfinns i ruta 3 annexet såsom formulerat i CETA i sin helhet.

#### Ruta 3, annex X.11 om hur artikel X.11 ska tolkas

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Expropriation may be either direct or indirect:
  - a) direct expropriation occurs when an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and
  - b) indirect expropriation occurs where a measure or series of measures by a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.
2. The determination of whether a measure or series of measures by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-base series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;
  - a) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;
  - b) the duration of the measure or series of measures by a Party;
  - c) the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and
  - d) the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent.
3. For greater certainty, except in the rare circumstance where the impact of the measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.

<sup>89</sup> US Model BIT 2012, artikel 6(5).

<sup>90</sup> Sidan 184 i CETA.

### 5.3.1 Analys av annex X.11

Genomgången av annex X.11 görs för att identifiera på vilket sätt artikeln skulle kunna ha en påverkan på Sveriges "rätt att reglera", men även för att identifiera likheter med USA:s modellavtal, som även det har ett förklarande annex om indirekt expropriation.<sup>91</sup>

*The Parties confirm their shared understanding that:*

*1. Expropriation may be either direct or indirect:*

- (a) direct expropriation occurs when an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and*
- (b) indirect expropriation occurs where a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.*

Enligt annexets formuleringar utgör en indirekt expropriation en åtgärd som har en sådan effekt att den motsvarar en direkt expropriation. Bedömningen av om så är fallet är helt central för artikel X.11 och avgörs genom att fastställa om effekten "...substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property...". Med begreppet "fundamental attributes of property" avses sannolikt investerarens möjlighet att kunna använda sig av "benefits and revenues of the investment".<sup>92</sup> Vad som avses med "benefits and revenues" är bl.a. att kunna ta ut en vinst, att kunna hyra ut eller sälja investeringen.<sup>93</sup> I förlängningen är detta egenskaper som påverkar investeringens "värde", vilket är termen som används här. Vid avgörandet av om en expropriation har ägt rum ska även beaktas om investeraren förlorat kontroll över investeringen. Det råder bland akademiker oenighet om i vilken mån texten i annexet öppnar upp för möjligheten att tolka in andra egenskaper utöver värde och kontroll. Om så är fallet får bli en fråga för framtida rättspraxis. För det fall avtalsparterna skulle anse att rättspraxis går emot avsikten med punkten har de emellertid möjlighet att i framtiden gemensamt besluta om en bindande tolkning.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> US Model BIT 2012, annex B.

<sup>92</sup> Jämför OECD Working Papers on International Investment 2004/04 "Indirect Expropriation" and the "Right to regulate" in International Investment Law. s. 15

<sup>93</sup> Kommissionsen använder sig även av uttrycket "...the right to use, enjoy and dispose of then investment". Concept Paper från kommissionen (2015) "Investment in TTIP and beyond – the path for reform". s 6

<sup>94</sup> Artikel x.27 i CETA.

Enligt nuvarande rättspraxis inträffar en indirekt expropriation om värdet av en investering har minskat ”väsentligt” (”substantially”), innebärande en mycket avsevärd minskning. Innebörden av ”väsentligt” är att värdeminskningen måste varit mycket stor och i det närmaste total för att åtgärden ska betraktas som en indirekt expropriation: “[m]ost tribunals seem to agree that expropriation can only occur where diminution in value is very close to 100 per cent.”<sup>95</sup> Även om värdeminskningen inte är så drastisk är det fråga om en indirekt expropriation om investeraren fråntagits kontrollen över investeringen. Enligt praxis måste vid bedömningen av om det skett en expropriation vägas in om åtgärden har varit proportionerlig. Det måste finnas en rimlig balans mellan samhällsintresset och investerarens intresse av att behålla sin egendom.<sup>96</sup> Bedömningen baseras på fakta i den enskilda tvisten och den omfattande rättspraxis som finns rörande proportionalitetsbedömningar.

En investerare kan alltså, enligt nuvarande rättspraxis, endast vinna framgång i en tvist om indirekt expropriation om investeringen har blivit värdelös eller nästan värdelös, alternativt om investeraren förlorat kontrollen över investeringen. I punkten 1(b) i annexet klargörs att en indirekt expropriation inträffar om den har en effekt som är likvärdig med direkt expropriation (“...*an effect equivalent to direct expropriation...*”), vilket understryker att enbart värdeminskningar inte är att jämföra med indirekt expropriation.

2. *The determination of whether a measure or series of measures of a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:*

- (a) *the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;*
- (b) *the duration of the measure or series of measures by a Party;*
- (c) *the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and*
- (d) *the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent.*

Punkten 2 i annexet handlar om vilka överväganden en skiljenämnd ska göra vid avgörandet om huruvida det förekommit en indirekt expropriation eller inte. En skiljenämnd ska göra en samlad bedömning som väger in bland annat punkten 2(a-d), vilket utgör en formalisering av vad exempelvis OECD redan år 2004 fann utgjorde kärnan i rättspraxis

<sup>95</sup> Richard Happ och Noah Rubins. (2009). “*Digest of ICSID awards and decisions 2003-2007*”.

<sup>96</sup> Jämför OECD Working Papers on International Investment 2004/04 ”Indirect Expropriation” and the ”Right to regulate” in International Investment Law. s. 17f

gällande bedömningen av huruvida det skett en indirekt expropriation eller inte.<sup>97</sup> Punkten understryker hur viktigt det är att göra en bedömning utifrån de enskilda omständigheterna genom att det anges att nämnden ska göra en undersökning från fall till fall.<sup>98</sup> Punkten 2(a-d) har sannolikt inspirerats av USA:s modellavtal som redan år 2004 fick ett liknande innehåll.

Punkten 2(a) är tänkt att utgöra en hjälp för att tolka punkten 1(b). En åtgärds negativa inverkan ("adverse effect") på en investerings ekonomiska värde leder inte ensamt till att åtgärden är att betrakta som en expropriation. Sannolikt avses här att kodifiera och förtydliga praxis avseende "väsentligt" (jmf punkten 1(b) ovan). Punkten 2(a) innebär således att om en stat enbart minskar värdet på en investering utgör det i sig inte en indirekt expropriation, om inte värdet minskar så mycket att det blir noll eller nära noll, (om undantagen i punkten 3 nedan inte är uppfyllda).<sup>99</sup> Därtill understryker punkten att doktrinen "the sole effect" inte är tillämplig, vilket utvecklas nedan under punkten 2(d). Det är möjligt att parterna till CETA funnit inspiration till punkten 2(a) i USA:s modellavtal, vilket har en i stort sett identisk punkt.<sup>100</sup>

Även punkten 2(b) utgör en kodifiering av rådande praxis och tydliggör att åtgärdens längd spelar roll vid bedömningen. Ett förbud eller en konfiskering under en "kortare period" innebär att åtgärden *inte* är att anse som en indirekt expropriation.<sup>101</sup>

Punkten 2(c) är en kodifiering av praxis som handlar om att det ska beaktas om åtgärden inte stämmer överens med vad investeraren hade att förvänta sig. En förväntan hos en investerare ska vara både tydlig och rimlig. Att förväntan ska vara rimlig innebär bl.a. att investeraren har att förvänta sig vissa normala legala förändringar.<sup>102</sup> Denna typ av förväntan kan inte leda till att staten blir skadeståndsskyldig. Bevisbördan för att

<sup>97</sup> OECD Working Papers on International Investment 2004/04 "Indirect Expropriation" and the "Right to regulate" in *International Investment Law*". s. 10ff

<sup>98</sup> Även USA:s modellavtal hänvisar - i Annex B paragraf 4(a) - till att bedömningen kräver en "case-by-case, fact based inquiry".

<sup>99</sup> Kollegiet har för tolkningen av punkterna 1(b) och 2(a) konsulterat doktoranderna Güneş Ünüvar och Love Rönnelid vid juridiska fakulteterna på Köpenhamns respektive Uppsala universitet.

<sup>100</sup> US Model BIT 2012, annex B, paragraf 4(a)i.

<sup>101</sup> I tvisten Hauer v. Land Rheinland-Pfalz bedömdes att ett förbud som varade i tre år inte utgjorde expropriation. Se OECD Working Papers on International Investment 2004/04 "Indirect Expropriation" and the "Right to regulate" in *International Investment Law*". s. 14

<sup>102</sup> Prof. Dr. Christian Tietje m.fl. (2014) "*The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*" s. 55.

investeringen baserades på en förväntan som inte infriats ligger på investeraren. Även denna punkt finns i USA:s modellavtal.<sup>103</sup>

Punkten 2(d) som även ingår i USA:s modellavtal handlar om åtgärdens karaktär.<sup>104</sup> Att särskilt uppmärksamma här är ”karaktär”, ”kontext” och ”avsikt”, (”character, context and intent”). Punkten syftar till att säkerställa att skiljenämnder inte använder sig av den s.k. ”the sole effect doctrine”, och endast beaktar en åtgärds effekt och inte dess syfte.<sup>105</sup> Att karaktär ska beaktas innebär att vikt ska läggas vid åtgärdens utformning. Exempelvis bör utformningen vara proportionell till syftet.

Skiljenämnden har även att beakta i vilket sammanhang som åtgärden togs. Slutligen ska beaktas avsikten med åtgärden. Om syftet med en åtgärd är att förbättra för det allmännas bästa kan det leda till att staten inte blir skadeståndsskyldig, trots att åtgärden i sig får en effekt som är att likställa med expropriation.<sup>106</sup> Sammantaget höjer detta ribban för vad som utgör en expropriation och leder till staten behåller viss ”rätt att reglera”.

Ovanstående kan jämföras med svensk lagstiftning om skadestånd för exempelvis felaktigt beslut om expropriation eller indraget tillstånd. I de fall lagen inte innehåller en särreglering är den allmänna regeln<sup>107</sup> att den skadelidande måste kunna visa att myndigheten vållat skadan genom fel eller försummelse för att få skadestånd.<sup>108</sup> Justitiekanslern har uttalat att det inte är tillräckligt att en myndighet eller domstol har gjort en felaktig bedömning av en rätts- eller bevisfråga, utan endast rena förbiseenden av en bestämmelse eller uppenbart oriktiga bedömningar anses utgöra fel eller försummelse i den mening som avses i skadeståndslagen.<sup>109</sup>

Den internationella sedvanerätten saknar detta uppenbarhetsrekvisit och kan ge rätt till ersättning om en felaktig bedömning resulterat i att en investering exproprierats. I dessa fall ger CETA utländska investerare ett mer långtgående skydd än vad som ges av svensk rätt. Eftersom det enligt internationell sedvanerätt krävs att den skadelidande har lidit ”väsentlig” skada eller förlorat kontrollen över investeringen är det osäkert hur långtgående det extra skyddet är.

<sup>103</sup> US Model BIT 2012, annex B, paragraf 4(a)ii.

<sup>104</sup> US Model BIT 2012, annex B, paragraf 4(a)iii.

<sup>105</sup> Exempel på tvister som använt sig av ”the sole effect doctrine” är *Tippets v. Iran* (1984) och *Metalclad Corporation v. Mexiko*, beslut 30 augusti 2000.

<sup>106</sup> OECD Working Papers on International Investment 2004/04 ”Indirect Expropriation” and the ”*Right to regulate*” in *International Investment Law*. s. 16.

<sup>107</sup> 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207)

<sup>108</sup> Indirekta skador, så kallade tredjemansskador, ersätts som huvudregel inte.

<sup>109</sup> För utvecklande se exempelvis Justitiekanslerns beslut den 27 mars 2014 dnr 6727-12-40 rörande *Custodia*.

*3. For greater certainty, except in the rare circumstance where the impact of the measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.*

Punkten 3 är en bekräftelse på principen i inledningen om staters "rätt att reglera", men säkerställer även att stater inte ska kunna missbruka principerna, vilka rör åtgärder för det allmännas bästa.<sup>110</sup> Stater ska inte kunna ta eller förstöra vad som helst med motiveringen att det sker för det allmännas bästa. Av denna anledning skulle en åtgärd som är uppenbart överdriven och resulterar i en direkt eller indirekt expropriation utgöra ett brott mot CETA, även om det uppgivna syftet är det allmännas bästa. Annorlunda uttryckt har en stat rätt att genomföra åtgärder för det allmännas bästa utan att åtgärden är att anse som en expropriation, så länge som den inte framstår som uppenbart överdriven eller diskriminerande. Sannolikt har parterna till CETA även vad gäller denna punkt funnit inspiration i USA:s modellavtal, där undantag för det allmännas bästa finns med i det förklarande annexet till artikeln om expropriation.<sup>111</sup> Det är inte osannolikt att en liknande punkt ingår i TTIP.

### 5.3.2 Hur ska expropriationsartikeln tillämpas?

I den svenska debatten diskuteras att TTIP skulle ge amerikanska investerare en möjlighet att vinna en stämning mot Sverige om det i framtiden införs ett förbud mot vinster i välfärden. Utgången av en tvist beror naturligtvis på hur ett sådant förbud skulle utformas och hur själva avtalet är utformat.<sup>112</sup> Nedan tas upp överväganden en skiljenämnd bör göra vid tillämpandet av expropriationsartikeln i CETA.

Det bör inledningsvis fastställas om vinstförbudet gett en effekt på investeringen som att likställa med en indirekt expropriation. Vid bedömningen bör två frågor ställas:

---

<sup>110</sup> Enligt Titi, Aikaterini "The Right to Regulate in International Investment Law" s. 153., hade CETA i version från den 7 februari 2013 en annan konstruktion och artikeln baserades på att statens agerande måste vara proportionellt och icke diskriminerande. Detta skulle även stämma bättre överens med Europadomstolens praxis. Det är därför möjligt att EU önskar att artikeln i TTIP får en dylik utformning.

<sup>111</sup> US Model BIT 2012, Annex B.4(a)b.

<sup>112</sup> Analysen ovan gav vid handen att "rättvis och skälig behandling" i CETA gav vissa processuella skydd vilka redan är en del av svensk rätt, men därutöver ger artikeln inte något skydd för utländska investerare. För det fall "rättvis och skälig behandling" i TTIP får samma utformning skulle därför denna artikel sannolikt inte att spela någon roll vid en eventuell framtida tvist om förbud för vinster i välfärden.

- Har åtgärden lett till att värdet på investeringen är noll eller nästan noll?
- Har investeraren genom åtgärden fråntagits kontrollen över investeringen?

Vid avgörandet av dessa frågor ska skiljenämnden väga in följande faktorer:

- Är åtgärden beständig i tid, d.v.s. inte att betrakta som kortvarig?
- Kunde investeraren rimligen förvänta sig åtgärden före det att investeringen gjordes?
- Vad är syftet med åtgärden?

Även om en eller båda av de två övergripande frågorna besvaras med ett ja så måste nämnden väga in faktorerna ovan, där särskilt investerarens förväntningar och syftet med åtgärden är av vikt för bedömningen. Om skiljenämnden trots detta ändå finner att det rör sig om en indirekt expropriation måste den i nästa steg ta ställning till om skälen för åtgärden har ett legitimt politiskt syfte. Är svaret ja på denna fråga kan staten undgå skadeståndsansvar *även* om åtgärden är att likställa med en direkt expropriation. I sina bedömningar ska skiljenämnden utgå från internationell sedvanerätt.

För det fall Sverige inför en vinstbegränsning och inte ett förbud, eller om investerarna skulle kompenseras såsom gjordes vid stängningen av Barsebäck är det osannolikt att detta skulle kunna leda till att den svenska staten fälls i en tvist.

## 5.4 Sammanfattning av expropriationsartikeln och "rätten att reglera"

Expropriationsartikeln i CETA ger ett något högre skydd för investerare än svensk rätt genom att det inte krävs att staten har gjort rena förbiseenden av en bestämmelse eller uppenbart oriktiga bedömningar. För att bli fälld i en investeringstvist för brott mot expropriationsartikeln (direkt- eller indirekt expropriation) räcker det med att staten gjort fel. Enligt rättspraxis måste dock investeraren visa att detta fel fått en sådan effekt på investeringen att den blivit värdelös, eller nästan värdelös, alternativt att investeraren förlorat kontrollen över investeringen. Utöver ovanstående överensstämmer regleringen av direkt expropriation och kompensation i CETA i huvudsak med svensk rätt. Nedan fokuseras därför på de skillnader som finns gällande indirekt expropriation (som exempelvis avser återkallande av tillstånd för tillverkning av vara eller tjänst).

Expropriationsartikeln är svår att formulera så att den leder till förutsägbara tolkningar och därför har både CETA och USA:s modellavtal förklarande annex. En jämförelse mellan de båda förklarande annexen visar att CETA har inspirerats av USA:s modellavtal. Innehållet i de förklarande annexen är till stor del en kodifiering av en i vissa fall divergerande praxis. Kodifieringen leder till en större förutsägbarhet av tillämpningen av artikeln och till en större bibehållen "rätt att reglera" för stater jämfört med äldre investeringsskyddsavtal.

Svensk rätt ger inte samma uttalade skydd som CETA mot indirekt expropriation. Trots detta finns det redan idag ett visst sådant skydd via Europakonventionen. Sverige kan således redan idag under vissa omständigheter stämmas i svensk domstol för brott mot indirekt expropriation. Därigenom får artikeln om indirekt expropriation i CETA inte så stor reell påverkan på Sveriges rådande "rätt att reglera" som först kan antas.

Vid en tvist måste skiljenämnder väga in de grundläggande principerna om "rätten att reglera" för legitima politiska syften som finns i CETA. Detta är breda principer som säkerställer att staten har relativt stor "rätt att reglera". Exakt hur undantagen kommer att tolkas av skiljenämnder är en fråga för framtiden. I CETA har dessutom byggts in ytterligare en nivå av skydd för staternas "rätt att reglera" genom att parterna till avtalet kan avge för skiljenämnder bindande tolkningar rörande hur avtalstext ska tolkas. För det fall en skiljenämnd kommer fram till en tolkning av avtalet som inte ligger i linjer med parternas intention kan de senare avge en bindande tolkning som skiljenämnder måste följa. NAFTA-avtalet innehåller ger denna möjlighet till bindande tolkningar, vilket på detta vis ger en högre "rätten att reglera" än vad Sveriges tidigare investeringsskyddsavtal ger.

CETA borde tydligare klargöra hur värdet på en investering ska beräknas. Detta eftersom en stat så långt det är möjligt bör ha klart för sig vad ett framtida brott mot CETA kan komma att kosta.

En skiljenämnds bedömning av om expropriation bryter mot CETA bör beakta "the police power" doktrinen i internationell sedvanerätt<sup>113</sup> som innebär att i grunden har staten rätt att exproprieras under vissa

---

<sup>113</sup> Exempelvis ansågs ett återkallande av licens för försäljning av alkohol i Iran efter revolutionen 1979 inte utgöra indirekt expropriation eftersom åtgärden skedde bona fide (i god tro) och icke-diskriminerande OECD Working Papers on International Investment 2004/04 "Indirect Expropriation" and the "Right to regulate" in *International Investment Law*. s. 19.



restriktioner.<sup>114</sup> Europadomstolen betonar i sina domar att vid en bedömning måste beaktas om en expropriation sker för det allmännas bästa och om den är proportionerlig till syftet.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> The police power doctrine kan exemplifieras av Iran-USA Claims Tribunals: “A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation or any other action that is commonly accepted as within the police power of States, provided it is not discriminatory and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or to sell it at a distress price...” *Too v. Greater Modesto Insurance Associates* (Award of 29 December 1989), 23 Iran-United States Cl. Trib. Rep. s. 378

<sup>115</sup> Prof. Dr. Christian Tietje m.fl. (2014) “*The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*” s. 50