



ANALYS

En modernisering av Sveriges investeringskyddsavtal

2024

Sammanfattning

Sverige är idag part i 52 bilaterala investeringsskyddsavtal (bilateral investment treaties, BIT:s) med länder utanför EU, många förhandlade under 1990- och tidigt 2000-tal. I takt med att investeringsrätten alltmer kritiseras uppstår frågan om Sverige bör se över sina BIT:s. Kommerskollegium har genomfört en omfattande översyn av Sveriges BIT:s för att identifiera reformbehov och möjliga handlingsalternativ.

Analysen visar att samtliga avtal är föråldrade. Dessutom har EU-domstolen slagit fast att flera svenska BIT:s inte är förenliga med EU-fördragen vilket också gör att Sverige behöver anpassa sina avtal till EU-rättsliga krav. Mot denna bakgrund rekommenderar Kommerskollegium en övergripande reform av svenska BIT:s för att modernisera avtalen och säkerställa att de uppfyller aktuella politiska mål och juridiska krav. Detta bör realiseras genom att utarbeta ett nytt modellavtal.

Investeringsskyddsavtal syftar till att främja ekonomiskt samarbete och välbefinnande genom att stimulera utländska direktinvesteringar (foreign direct investment, FDI), vilket förväntas leda till ekonomisk tillväxt, ökad produktivitet och innovation. Dock är de positiva effekterna av FDI inte garanterade och beror på mottagarlandets förmåga att utnyttja investeringarna. Mot denna bakgrund erbjuder BIT:s materiellt och processrättsligt skydd för utländska investerare, inklusive skydd mot expropriation, icke-diskriminering, rättvis och skälig behandling, fullständigt skydd och säkerhet samt bestämmelser om fri kapitalöverföring.

Investeringsskyddsavtalen har dock hamnat i blåsväder de senaste åren. BIT:s kritiseras inte minst för att de möjliggör för investerarna att stämma mottagarlandet i en speciell tvistlösningsmekanism (Investor-State Dispute Settlement, ISDS). Mottagarlandet kan därmed utsättas för kostsamma rättprocesser som kan leda till höga skadeståndskrav. ISDS har kritiserats för att det anses begränsa mottagarlandets möjligheter att lagstifta allmänhetens intresse utan hot om rättsliga krav för kompensation. Kritiken inkluderar också risken för att mottagarländer avstår från viktiga samhällspolitiska beslut av rädsla för potentiella ekonomiska påföljder från ISDS-domar. Trots att många stater har omförhandlat eller sagt upp sina BIT:s, fortsätter dessa avtal att vara strategiska verktyg för att attrahera globalt kapital.

Sveriges BIT:s balanserar inte i tillräcklig utsträckning investerarens rättigheter med statens rätt att lagstifta. Dessa avtal är sårbara för kritik och öppnar för investeringstvister. Dessutom måste Sverige förhålla sig i framtida investeringsskyddsavtalsförhandlingar till EU:s investeringspolitik som sätter högre krav än vad Sveriges befintliga avtal återspeglar. Analysen identifierar mot denna bakgrund tre handlingsalternativ för Sverige: säga upp befintliga avtal, omförhandla specifika bestämmelser om kapitalöverföring eller genomföra en omfattande modernisering av alla BIT:s.

Sverige kan säga upp vissa eller alla BIT:s för att åtgärda de överträdelser vi gör mot EU-rätten och bemöta den allmänna kritiken. Detta alternativ medför dock risker, inklusive aktiveringen av så kallade solnedgångsklausuler som reglerar att avtalet gäller under en viss period även efter uppsägning. Att ensidigt säga upp avtalen kan binda Sverige till föråldrade avtalsbestämmelser under lång tid och skada relationerna med länder utanför EU.

Ett mer selektivt tillvägagångssätt skulle vara att omförhandla specifika kapitalöverföringsbestämmelser i investeringsskyddsavtalen för att snabbt åtgärda de mest akuta bristerna. Detta alternativ är dock beroende av tredje parter samtycke och EU-kommissionens stöd, vilket innebär en risk för att resultatet blir fragmenterat och inkonsekvent.

Mot denna bakgrund konstaterar Kommerskollegium att den bästa långsiktiga lösningen är att genomföra en omfattande reform av Sveriges alla BIT:s. Detta innebär att utveckla ett nytt modellavtal som balanserar investeringsskydd med Sveriges rätt att reglera för att uppnå hållbarhetsmål och andra politiska mål.

Moderniseringen skulle även ta hänsyn till kritiken mot BIT:s och ISDS genom att förtydliga investerares och statens rättigheter. En sådan reform skulle signalera ett starkt åtagande att modernisera Sveriges BIT:s och anpassa avtalen till EU:s investeringspolitiska mål. Detta inkluderar utvecklingen av ett nytt modellavtal som bättre balanserar investeringsskydd med Sveriges rätt att reglera och som kan användas som en första förhandlingsposition i framtida förhandlingar om BIT:s med länder utanför EU.

Innehåll

Sammanfattning.....	2
1 Inledning	5
2 Bakgrundsbeskrivning.....	7
2.1 Syftet med investeringsskyddsavtal	7
2.2 Utformning och innehåll av BIT:s	10
2.3 Tvistlösning mellan stat och investerare	13
2.4 Kritik mot investeringsskyddet	15
3 Sveriges BIT:s.....	20
3.1 En kartläggning av Sveriges BIT:s	20
3.2 Brister i Sveriges nuvarande BIT-ramverk	25
4 Handlingsalternativ.....	28
4.1 Alternativ 1: befintliga avtal sägs upp	29
4.2 Alternativ 2: omförhandling av bestämmelser om fri kapitalöverföring	30
4.3 Alternativ 3: omfattande modernisering	30
5 Slutsats och vägen framåt.....	32

Utredare: Hannes Lenk, Kommerskollegium.

Medverkat har också Vanessa Zanetti, Isaac Ouro-Nimini, Jonas Hallberg, Mikael Kihlberg och Ebba Lundqvist.

1 Inledning

På uppdrag av UD-HI har Kommerskollegium genomfört en översyn av Sveriges befintliga bilaterala investeringsskyddsavtal (BIT:s). Utgångspunkten för analysen är att EU-domstolen redan 2009 slog fast att flera av Sveriges BIT:s står i strid med EU-fördragen. Sverige är skyldig att vidta åtgärder för att avhjälpa överträdelsen, vilket i sin tur berör utformningen av Sveriges BIT:s. Dessutom är samtliga svenska BIT:s föråldrade och i behov av att anpassas för att Sveriges bättre ska kunna bemöta globala utmaningar såsom klimat och FN:s hållbarhetsmål.

Syftet med denna rapport är att ge stöd till Utrikesdepartementet i utformningen av Sveriges BIT:s. Med Lissabonfördraget år 2009 blev utländska direktinvesteringar en del av den gemensamma handelspolitiken, och därmed ett område som omfattas av EU:s exklusiva befogenhet.¹ Detta innebär att EU-kommissionen förhandlar EU:s avtal och Ministerrådet, efter Europaparlamentets godkännande, fattar beslut om att ingå avtal med tredjeländer vilka innehåller bestämmelser om investeringsskydd.² Sekundärlagstiftning ger emellertid EU:s medlemsstater möjlighet att förhandla och omförhandla BIT:s med tredjeländer, givet att EU-kommissionen godkänner både att förhandling inleds och avtalstexten.³ Handlingsalternativen i sista kapitel är därför utformade med hänsyn till att EU medlemskapet sätter ramarna för Sveriges agerande.

Mot denna bakgrund kommer Kommerskollegium att undersöka följande:

- I. I vilken utsträckning anses en översyn över Sveriges investeringsskyddsavtal vara nödvändig?
- II. Vilka handlingsalternativ har Sverige för att åtgärda bristerna i Sveriges befintliga BIT:s?

Hittills har endast ett begränsat antal studier analyserat Sveriges BIT:s på djupet. Dessa studier har syftat till att identifiera avtalens centrala egenskaper,⁴ bedöma deras ekonomiska effekter och föreslå möjliga reformer.⁵ Kommerskollegiums senaste översyn av svenska BIT:s genomfördes år 2012.⁶ Denna studie kompletterar dessa tidigare arbeten, tar hänsyn till den senaste utvecklingen och utvärderar konkreta handlingsalternativ.

Vårt metodologiska tillvägagångssätt innebär en genomgång av rättsliga instrument, officiella policydokument och akademiska arbeten. Vi undersöker systematiskt alla svenska BIT:s och kategoriserar dessa på grundval av deras innehåll, struktur och detaljnivå. I ljuset av akademisk diskurs identifieras områden där svenska BIT:s ligger

¹ Art 207 FEUF.

² För fördelningen av befogenheter för utländska investeringar se närmare Yttrande 2/15 Handelsavtal mellan EU och Singapore [2017] ECLI:EU:C:2017:93.

³ Förordning (EU) nr 1219/2012 om införande av övergångsordningar för bilaterala investeringsavtal mellan medlemsstater och tredjeländer.

⁴ Maria Fogdestam Agius, 'Sweden', Global Arbitration Review (2023).

⁵ Henrik Horn och Pehr-Johan Norbäck, 'International investment agreements – efficient means to promote Swedish growth?', PM 2019:09 (2019).

⁶ Kommerskollegium, 'Analys av behovet av nya eller förändrade investeringsskyddsavtal', 2 feb 2012 (Dnr 3.4.2-2012/00543-2); notera även Kommerskollegium, 'Mest gynnad nationsbehandling i investeringsskyddsavtal' (2016).

efter den globala utvecklingen. Vidare utvärderas dessa avtal i ljuset av Sveriges överträdelseärende för att bedöma om de brister som EU-domstolen identifierade år 2009 berör fler avtal än de som då utpekades av kommissionen.

Så vitt inget annat anges i texten har all data om antalet och status av BIT:s, samt antalet och utfallet av investeringstvister liksom kompensationsbeloppet hämtats från UNCTAD:s offentliga databas.⁷ Den data ger dessvärre ingen fullständig bild, eftersom alla investeringstvister inte är kända. Vi uppskattar att omkring 20 procent av tvister är okända.

Uteslutna från denna analys är

- avtalen med Filipinerna, Zimbabwe och Nicaragua. Dessa avtal undertecknades av Sverige men ratificerades aldrig.⁸
- multilaterala avtal med investeringsbestämmelser: EU-fördragen⁹ och WTO:s GATS¹⁰ och TRIMs-avtal¹¹ reglerar i viss utsträckning utländska direktinvesteringar, men är i grunden inte investeringsskyddsavtal.
- energistadgefördraget: Detta avtal är ett multilateralt investeringsskyddsavtal inom energisektorn som är föremål för redan pågående moderniseringsprocess.
- internationella avtal som kompletterar BIT:s genom att fastställa processregler för tvistlösning eller reglera verkställighet av skiljedomar.¹²
- BIT:s som sagts upp men är i kraft med stöd av solnedgångsklausulen.¹³

Föremål för analysen är de befintliga 52 BIT:s som fortfarande är i kraft mellan Sverige och tredje länder.

Analysen inleds med en översikt av de grundläggande principerna för det globala ramverket för avtalsbaserat investeringsskydd och den kritik som har lett till stora förändringar i utformningen av BIT:s (kapitel 2). Vi går sedan vidare med att ringa in reformbehoven av det svenska BIT-programmet med hjälp av en detaljerad granskning av svenska BIT:s. I kapitel 3 bedömer vi svenska BIT:s överensstämmelse med EU-fördragen och utvärderar deras kvalitet mot bakgrund av den senaste utvecklingen i avtals- och rättspraxis. Slutligen identifieras tre konkreta handlingsalternativ för Sverige (kapitel 4).

⁷ UNCTAD, investment policy hub (10 nov 2023).

⁸ Filipinerna – Sverige BIT (1999); Sverige – Zimbabwe BIT (1997), Sverige – Nicaragua BIT (1999).

⁹ FDI-begreppet omfattas av så väl den fria kapitalrörligheten som etableringsrätten i art. 63 och 49 FEUF, se t. ex. förenade målen C-105/12 to C-107/12 *Nederländerna m. Essent m.fl.* [2013], EU:C:2013:677 § 40; och C-35/11 *Test Claimants in the FII Group Litigation m. Commissioners of Inland Revenue* [2012], EU:C:2012:707 §§ 93-95.

¹⁰ General Agreement on Trade in Services, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B, 1869 U.N.T.S. 183.

¹¹ Agreement on Trade-Related Investment Measures, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1868 U.N.T.S. 186.

¹² T.ex. Washington-konventionen av den 18 mars 1965 om biläggande av investeringstvister mellan stater och medborgare i annan stat (SÖ 1966:51) [härefter 'ICSID-konvention']; New York-konventionen av den 10 juni 1958 om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar (SÖ 1972:1) [härefter 'New York-konvention'].

¹³ Solnedgångsklausulen (ENG: sunset clause) säkerställer att avtalet tillämpas för mellan 10–20 år efter ensidigt uppsägelse på de investeringar som redan gjorts i mottagarlandet innan uppsägningen, se vidare kapitel 2.2.

2 Bakgrundsbeskrivning

I motsats till det multilaterala handelssystemet som styr varu- och tjänstehandel har den internationella investeringsrätten utvecklats organiskt och utan ett överordnat centralt institutionellt ramverk.¹⁴ Det är snarare ett nätverk av tusentals bilaterala, regionala och ett fåtal sektor-specifika avtal som utgör investeringsrätten. Inom västvärlden har OECD med sin kod om liberaliseringen av kapitalflöden¹⁵ erbjudit både ett ramverk och forum för att främja investeringsflödena. Detta förklarar till viss del varför många investeringsskyddsavtal under den första perioden ingåtts mellan OECD och utvecklingsländer. Den dynamiken har dock ändrats under senaste tiden. Multilaterala förhandlingar om materiella investeringsskyddsstandarder, så som OECD:s Multilaterala Avtal om Investeringar, var däremot inte framgångsrik.¹⁶ Idag ökar dessutom antalet handelsavtal med investerings(skydds)bestämmelser men den vanligaste avtalsformen är fortfarande det *bilaterala investeringsskyddsavtalet*. Antalet BIT:s har växt kraftigt från drygt 400 avtal år 1980 till omkring 2 600 idag (figur 1).

2.1 Syftet med investeringsskyddsavtal

I ingressen till många BIT:s uttrycks de avtalsslutande parternas gemensamma strävan att öka välbefindandet genom ekonomiskt samarbete.¹⁷ Denna förhoppning bygger på två grundläggande antaganden: Att utländska direktinvesteringar (FDI) leder till ekonomisk tillväxt och att BIT:s fungerar som effektiva instrument för att stimulera FDI. Ett stort antal studier har i själva verket visat att FDI kan stödja ekonomisk tillväxt,¹⁸ öka produktiviteten,¹⁹ stimulera innovation²⁰ och öka konkurrensen.²¹

¹⁴ Joost Pauwelyn, 'Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law' i Zachary Douglas, Joost Pauwelyn och Jorge E Vinuales (ed.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (OUP: 2014) 11.

¹⁵ OECD Code of Liberalisation of Capital Movements (2023)

¹⁶ För en kort överblick över fåtalet multilaterala försök som förblev utan framgång se Joe Zhang, '[Investment Facilitation: Making sense of concepts, discussions and processes](#)' (IISD, 2018) (senast öppnat 10 nov 2023).

¹⁷ Se t. ex. Mexiko – Sverige BIT (2000): "ekonomiska samarbetet till ömsesidig nytta [...] erkänner att främjande och ömsesidigt skydd av sådana investeringar gynnar utvecklingen av de ekonomiska förbindelserna mellan avtalparterna och stimulerar investeringsinitiativ"; Förenade Arabemiraten – Sverige BIT (2008): "önskar öka det ekonomiska samarbetet mellan de båda staterna, [...] erkänner att främjande och ömsesidigt skydd av sådana investeringar har en tendens att stimulera privata affärsinitiativ och öka de båda nationernas välbefindande"; notera att detta inte är fallet för alla svenska BIT:s, se avsnitt 3.1.2.

¹⁸ Laura Alfaro m. fl., 'FDI Spillovers, Financial Markets, and Economic Development' (2003) IMF Working Paper No. 03/186.

¹⁹ Jonathan E Haskel, Sonia C Pereira, and Matthew J Slaughter 'Does Inward Foreign Direct Investment Boost the Productivity of Domestic Firms?' (2007) 89(3) *The Review of Economics and Statistics* 482.

²⁰ Lee Branstetter, 'Is Foreign Direct Investment a Channel of Knowledge Spillovers?' (2006) 68(2) *Journal of International Economics* 325.

²¹ Camilla Mastromarco och Léopold Simar, 'Effect of FDI and Time on Catching Up: New Insights from a Conditional Nonparametric Frontier Analysis' (2012) 30(5) *Journal of Applied Econometrics*, 826.

FDI leder däremot inte alltid eller automatiskt till positiva ekonomiska effekter i det landet där investeringen genomförs (mottagarlandet).²² Även om FDI:s spridningseffekter, till exempel spridning av kunskap och teknik, har potential att öka tillväxten beror den faktiska effekten till stor utsträckning på inhemska faktorer i mottagarlandet (så som kapaciteten att ta till vara på effekterna) och varierar starkt mellan olika sektorer.²³ FDI kan därför verka som en viktig ekonomisk drivkraft. Särskilt för utvecklingsländer är FDI en avgörande finansieringskälla. Detta är särskilt tydligt mot bakgrund av de utmaningar som många länder världen över ställs inför när det gäller klimatförändringar och strävan efter att uppnå FN:s hållbarhetsmålen. FN redogör i en rapport från år 2019 för ett årligt finansieringsgap upp till 3 000 miljarder USD och understryker att utvecklingsländerna är i behov av FDI för att realisera denna omställning i form av nödvändiga investeringar.²⁴ Men förväntan om att ökande investeringsflöden i sig kommer att skapa hållbar ekonomisk tillväxt kan betraktas som missriktad optimism.

Trots att de positiva effekterna av FDI alltså inte är garanterade, betraktar många länder ändå FDI som en avgörande faktor i deras tillväxtstrategi. Mot denna bakgrund bör BIT:s ses som ett av flera politiska instrument där avtalsparterna gör trovärdiga åtaganden om rättvis behandling och transparent beslutsfattande med hopp om att påverka utländska investerares beslut att investera i landet.²⁵

Hur effektiva BIT:s är när det gäller att stimulera inflödet av FDI har varit föremål för en omfattande debatt och empirisk forskning.²⁶ I en rad kvantitativa analyser undersöks om effekterna (om några) av BIT:s är begränsade till de förmånliga förhållandena som erbjuds för investerare från avtalsparterna,²⁷ eller om avtalen förbättrar investeringsmiljön även för andra ekonomiska aktörer, dvs investerare som

²² Theodore H Moran *Foreign Direct Investment and Development: Launching a Second Generation of Policy Research: Avoiding the Mistakes of the First, Reevaluating Policies for Developed and Developing Countries* (Peterson Institute for International Economics, 2011) 2.

²³ T.ex. visar forskning att spridningseffekter är särskilt starka längs vertikala leveranskedjor i sektorer där utländska och lokala företag är djupt integrerade (Beata Javorcik, 'Does foreign direct investment increase the productivity of domestic firms? In search of spillovers through backwards linkages' (2004) 94 *American Economic Review* 605; Carol Newman et al., 'Technology transfers, foreign investment and productivity spillovers' (2015) 76 *European Economic Review* 168), eller där utländska företag anställer lokal arbetskraft (UNCTAD, 'World Investment Report: Promoting Linkages', UNCTAD/WIR/2001 (2001) 138), samt när det gäller högvärdiga utländska direktinvesteringar (Laura Alfaro och Andrew Charlton, 'International financial integration and entrepreneurial firm activity' (2007) *Harvard Business School Working Paper* 07-012).

²⁴ Se uppskattning av FN:s Generalsekreterare, FN, '[Roadmap for Financing the 2030 Agenda for Sustainable Development \(2019-2021\)](#)' (senast öppnat 10 nov 2023).

²⁵ Länder som konkurrerar om utländska direktinvesteringar kan erbjuda eftergifter och lova att respektera investerarens äganderätt innan investeringen görs, men kan sedan opportunistiskt bryta mot dessa löften när kapitalet väl har investerats. BIT:s medför sanktioner och därmed kostnader för mottagarländerna, vilket stärker investerarens ställning under genomförandet av investeringen. I teorin bör därför förekomsten av BIT:s påverka investerarens initiala beslut att investera. Se t. ex. Krista Nadakavukaren Schefer *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, 3rd ed. (Edgar Elgar: 2020) 3-4; Anne van Aaken 'International Investment Law between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis' (2009) 12 *Journal of International Economic Law* 507, 520.

²⁶ För en omfattande litteratursamling se t. ex. Karl Sauvant och Lisa Sachs (eds) *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment; Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows* (OUP: 2009).

²⁷ För forskning som tar avstamp i s.k. 'commitment effects', se t. ex. Axel Berger et al., 'Do trade and investment agreements lead to more FDI? Accounting for key provisions inside the Black Box' (2013) 10 *International Economics and Economic Policy* 247; Molly Leshner och Sébastien Miroudot, 'Analysis of the economic impact of investment provision in regional trade agreements' (2006) *OECD Trade Policy Papers* No. 36.

inte omfattas av avtalets skydd.²⁸ Kvalitativa studier baserade på intervjuer och enkäter undersöker å andra sidan i vilken utsträckning relevanta aktörer beaktar förekomsten av BIT:s i sina investeringsbeslut.²⁹ Medan vissa studier finner ett positivt, om än ibland svagt, samband mellan BIT och investeringsbeslut, konstaterar andra att det inte finns någon statistiskt signifikant effekt. Med tanke på mångfalden av resultat är det svårt att fastställa ett direkt samband mellan BIT och inflöden av investeringar.³⁰

Avtalsparternas underliggande motiv att inleda BIT-förhandlingar är idag ofta mer varierande med en förväntan om ökade investeringsflöden. Avtalen tillhandahåller en samarbetsinriktad politisk ram som sänder starka signaler om engagemang för sunda normer för ekonomisk styrning. Dessutom lägger många av dessa avtal inte bara grunden för nya investeringar, utan skyddar även befintliga investeringar i mottagarlandet. I en tid av geopolitiska spänningar utgör investeringsskyddet därmed en försäkring för svenska investerare och investeringar världen över.

Twistlösningmekanismen mellan investerare och mottagarland förknippas dessutom med en avpolitiserande effekt som omvandlar potentiella diplomatiska spänningar till strukturerade privat-rättsliga skiljeförfaranden.³¹ Det är i akademisk diskurs omdiskuterat huruvida en sådan avpolitisering faktiskt motiverar avtalsparterna till BIT-förhandlingar.³² Däremot är det värt att notera att Konventionen om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat (ICSID-konventionen) uttryckligen förbjuder diplomatisk skydd för registrerade tvister.³³ I samma termer utesluter EU uttryckligen diplomatiskt skydd för investerare i sina investeringsskyddsavtal.³⁴ Detta tyder på att separationen av investeringstvister från diplomatiska relationer kan vara av viss betydelse för avtalsparterna.³⁵ BIT:s ses

²⁸ För forskning som tar avstamp i s. k. 'signalling effects', se t. ex. Jason Yackee 'Do BITs really work? Revisiting the empirical link between investment treaties and foreign direct investment' i Sauvart och Sachs, *op cit.* (n 26); Jennifer Tobin and Susan Rose-Ackerman 'When BITs have some bite: the political-economic environment for bilateral investment treaties' (2011) 6 *Review of International Organizations* 1.

²⁹ T.ex. Julianne Hughes-Jennett et al., '[Risk and Return: Foreign Direct Investment and the Rule of Law](#)' rapport från Hogan Lovells, Bingham Centre for the Rule of Law, and the British Institute of International and Comparative Law (2015), (senast öppnat 10 nov 2023).

³⁰ Många studier kan dessutom komma till motsägelsefulla slutsatser. Ett antal studier finner t. ex. att BIT:s öka direktinvesteringar till utvecklingsländer (för signaleffekter se t. ex. Tim Büthe och Helen V Milner, 'Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis' i Sauvart och Sachs, *op cit.* (n 26); Eric Neumayer och Laura Spess, 'Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?' (2005) 33 *World Development*, 1567) medan andra drar slutsatsen att så inte är fallet (t. ex. Yackee (2009), *op cit.* (n 32)).

³¹ Ursula Kriebaum, 'Evaluating Social Benefits and Costs of Investment Treaties: Depoliticization of Investment Disputes' (2018) 33 *ICSID Review* 14; Pauwelyn, *op cit.* (n 14) 11.

³² Juan Miguel Alvarez, 'The United States—Mexico—Canada Agreement (USMCA): A New Chapter in the Discussion about ISDS between Developed Countries' i Lisa Sachs, Lise J Johnson och Jesse Coleman *Yearbook on International Investment Law and Policy 2019* (OUP: 2021) 425, 433-434; Jonnathan Bonnitcha, Lauge N Skovgaard Poulsen och Michael Waibel *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (OUP: 2017) 196.

³³ Art. 27 ICSID.

³⁴ T.ex. EU-Singapore IPA Art. 3.23; EU-Vietnam IPA Art. 3.58; EU-Chile AFA Art 17.52; CETA Art 8.42.

³⁵ Den avpolitiserande effekten underbygger dessutom ICSID-konventionen, som nu är den mest använda processramen för investeringstvister, se Aron Broches, 'Settlement of Disputes Arising out of Investment in Developing Countries' (1983) 11(6) *International Business Lawyer* 206, 209.

därför fortfarande av många länder som ett strategiskt verktyg för att attrahera och konkurrera om globalt kapital.³⁶

Mot denna bakgrund konstaterar Kommerskollegium att BIT:s roll som ekonomiskt styrningsmedel (ENG 'economic governance') består, trots olika uppfattningar om huruvida BIT:s direkt påverkar investeringsflödena.

2.2 Utformning och innehåll av BIT:s

Investeringsskyddsavtal ger i vanliga fall både materiellt och processrättsligt skydd för utländska investerare och deras investeringar i mottagarlandet. Varje avtal är unikt. Även om några bestämmelser är mer sällsynta delar de flesta BIT:s likheter i struktur, omfattning och utformning.³⁷

Materiella skyddsnormer omfattar vanligtvis³⁸:

- Skydd mot expropriation utan kompensation: Säkerställer att investeraren kompenseras om tillgångar tas över av staten.³⁹
- Regler om icke-diskriminering: Säkerställer att utländska investerare inte behandlas mindre gynnsamt än inhemska investerare (nationell behandling) eller investerare från andra länder ("mest gynnad nations"-behandling förkortat MFN).
- Rättvis och skälig behandling (FET): Säkerställer en stabil och förutsägbart verksamhetsmiljö.
- Fullständigt skydd och säkerhet (FPS): Garantera att investeringar skyddas från fysisk skada.
- Paraplyklausuler: betydelsen är omtvistad, men kan generellt beskrivas som syftande till att omfatta skydd för kommersiella avtal som mottagande stat har ingått med investerare.
- Klausuler om fri kapitalöverföring: Underlättar kapitalrörelser mellan investeraren och investeringen.
- Solnedgångsklausuler: Garantera att investeringsskyddsavtalet fortsatt tillämpas på de investeringar som gjorts innan uppsägningen under en bestämd period (ofta 12 månaders uppsägningstid plus 10, 15 eller 20 år) i händelse av att BIT ensidigt sägs upp.

³⁶ Zachary Elkins, Andrew T Guzman, and Beth Simmons, 'Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000' (2008) 2008(1) *University of Illinois Law Review* 265.

³⁷ Dessa gemensamma drag i de tusentals investeringsavtalen gör det också möjligt att diskutera investeringsrätten i termer av en "regim", Jeswald W Salacuse *The Law of International Investment Treaties* (OUP: 2010); Bonnitcha et al. (2017) *op cit.* (n 32) 3.

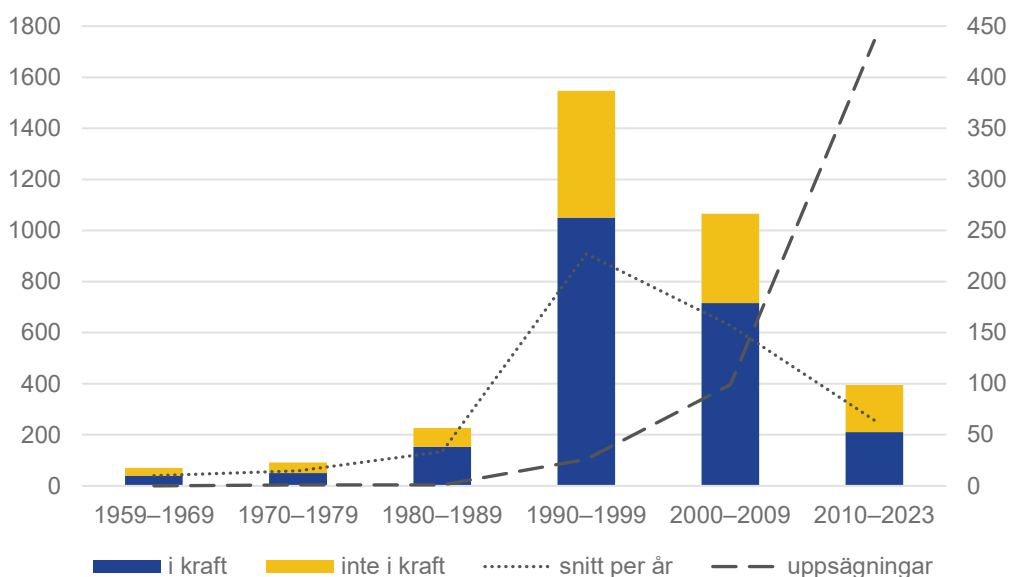
³⁸ För en diskussion av de vanligaste materiella rättsliga skyddsnormer, se t. ex. Jeswald W Salacuse *The Three Laws of International Investment* (OUP: 2014) 383 et seq.; Rudolf Dolzer och Christoph Schreuer *Principles of International Investment Law* (OUP: 2012) 130 et seq.; Nadakavukaren Schefer (2020) *op cit.* (n 25) 340 et seq.

³⁹ I avtalen och rättspraxis skiljer man mellan direkt och olika former av indirekt expropriering, Nadakavukaren Schefer (2020) *op cit.* (n 25) 207 et seq.

En central rättssäkerhetsgaranti i BIT:s är bestämmelserna om tvistlösning mellan investerare och stat (Investor-State Dispute Settlement – ISDS),⁴⁰ som ger investerare möjlighet att anhängiggöra talan mot mottagarlandet direkt inför en internationell skiljenämnd. Vissa BIT:s ålägger investerare att uttömma inhemska rättsmedel innan de använder sig av ISDS, medan andra BIT:s uppmuntrar investerare att vända sig i första hand till nationella domstolar utan att upprätta ett strikt processuellt krav.⁴¹ De flesta BIT:s reglerar emellertid inte detta alls utan lämnar det upp till investeraren när denna önskar anhängiggöra talan.

Det är viktigt att notera att inte alla BITs innehåller ISDS-bestämmelser; Brasilien har till exempel aldrig ingått ett investeringsskyddsavtal med ISDS.⁴² Andra länder har nyligen beslutat att utesluta ISDS-bestämmelser från alla framtida avtal.⁴³ Indien sade upp de flesta av sina befintliga BIT:s när de reviderade sitt modellavtal år 2015 för att endast inkludera tvistlösning mellan stater. Ecuador som lämnade ICSID år 2009 har däremot återvänt år 2021.⁴⁴

Figur 1. Utveckling i avslutade BIT:s förhandlingar per 10-årsperiod samt totala antalet uppsagda BIT:s



⁴⁰ Dolzer och Schreuer (2012) *op cit.* (34) 235 et seq; Nadakavukaren Schefer (2020) *op cit.* (n 25) 466 et seq.

⁴¹ Gabrielle Kaufmann-Kohler och Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* (Springer: 2020) 43-52.

⁴² Katia Fach Gómez och Catharine Titi 'International Investment Law and ISDS: Mapping Contemporary Latin America' (2016) 17(4) *Journal of World Investment & Trade* 515, 522-523.

⁴³ Ecuador lämnade

⁴⁴ Gustavo Prieto, 'Ecuador returns to the ICSID Convention: A brief assessment of its decade-long international investment law 'exit strategy'', EJIL:Talk! (19 juli 2021); notera dock att Ecuadors författningsdomstol nyligen underkänt ISDS bestämmelser i Ecuadors FTA med Costa Rica, David Molina Coello, 'Check-Mate to ICSID Treaty-Based Arbitration in Ecuador: The Constitutional Court's Decision on the Ecuador-Costa Rica FTA's Constitutionality', Kluwer Arbitration Blog (25 oktober 2023).

BIT:s har sitt ursprung i efterkrigstiden, och det första avtalet av detta slag förhandlades fram 1959 mellan Tyskland och Pakistan. Till en början gick BIT-förhandlingarna långsamt, men under 1980-talet tog de fart och nådde sin höjdpunkt under 1990-talet då det i genomsnitt förhandlades fram en ny BIT varannan dag (fig 1). Modellerna som utvecklades under den här tiden kännetecknas av korthet och en generell brist på detaljer, skraddarsydda för att ge ett så brett skydd som möjligt för utländska investerare.

Det var inte förrän i början av 1990-talet som investerare började använda sig av ISDS-förfaranden.⁴⁵ Den första investeringstvisten som baserades på ett investerings-skyddsavtal mellan två stater avgjordes 27 juni 1990.⁴⁶ Sedan dess har volymen av ISDS-förfaranden stadigt växt. För staterna blev det snart tydligt att skiljenämndernas omfattande tolkningsbefogenheter underskattats under förhandlingarna som utgick från den äldre avtalsmodellen. I slutet av 1990-talet och början av 2000-talet drogs dessutom även traditionella kapitlexportörer som Kanada och USA in i ISDS-förfaranden som svarande parter.⁴⁷ Erfarenheterna uppmuntrade många västländer att se över sin investeringspolitik, vilket under 2000-talet ledde till utvecklingen av en ny avtalsmodell som var mer omfattande och noggrant formulerad, och balanserade investerarskyddet med mottagarländernas uttalade rätt att reglera i allmänhetens intresse. UNCTAD konstaterar att medan endast 7 procent av de avtal som undertecknades fram till år 2010 innehöll undantag för allmän ordning och 18 procent begränsade bestämmelserna om fri kapitalöverföring, ökade dessa siffror till 43 procent respektive 74 procent för alla avtal som förhandlades efter 2011.⁴⁸

EU har i sina egna investeringsskyddsavtal nyligen börjat ersätta traditionella ISDS-bestämmelser med ett system som bygger på ett så kallat investeringsdomstols-system⁴⁹ och förespråkar en liknande strategi i det pågående multilaterala ISDS-reforminitiativet i UNCITRAL:s arbetsgrupp III.⁵⁰ Med tanke på den centrala roll som ISDS-bestämmelserna spelar i BIT-avtalen skulle ISDS-reformen kunna innebära ytterligare ett paradigmskifte i investeringspolitiken kring vilket en nytt BIT-modell kan komma att växa fram.

⁴⁵ M Sornarajah *The International Law on Foreign Investment*, 5te ed. (CUP: 2021) 379; Pauwelyn (2014) *op cit.* (n 14), 31-33.

⁴⁶ *AAPL v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, skiljedom de 27 juni 1990.

⁴⁷ T.ex. *Ethyl v Canada* (1998), UNCITRAL; *Maffezini v Spain* (2000), ICSID Case No. ARB/97/7; *Myers v Canada* (2000), UNCITRAL; *Pope & Talbot v Canada* (2001), UNCITRAL; *Methanex v USA* (2002), UNCITRAL; *Mondev v USA* (2002), ICSID Case No. ARB(AF)/99/2; *Loewen v USA* (2003), ICSID Case No. ARB(AF)/98/3.

⁴⁸ UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime* (2018) 70; medans UNCTAD skiljer mellan 'äldre' och 'nya' avtal (UNCTAD, *World Investment Report: Investing in Sustainable Energy for all* (2023) 72) har det i akademien utvecklats en kategorisering i 'fösta' och 'andra' generationens BIT.

⁴⁹ T.ex. EU – Kanada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), kapitel 8; EU-Singapore Investment Protection Agreement (IPA); EU – Vietnam IPA; För en omfattande diskussion se Hannes Lenk *The Investment Court System: A viable reform initiative?* (2019) Juridiska institutionens skriftserie - Skrift 032.

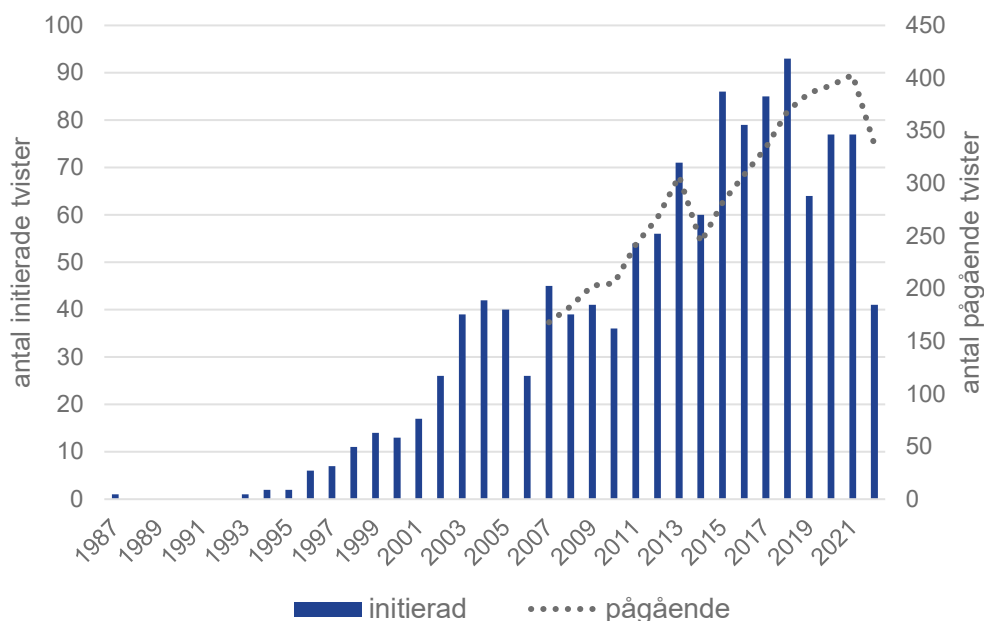
⁵⁰ European Parliamentary Research Service, [Multilateral Investment Court: Overview of the reform proposals and prospects \(2020\)](#). (senast öppnat 10 nov 2023).

2.3 Tvistlösning mellan stat och investerare

Det är i första hand BIT-avtalet som föreskriver modaliteter för tvistlösning,⁵¹ det vill säga villkoren för tillgång till ISDS, relevanta tidsfrister och den avtalsslutande statens villkor för samtycke till skiljeförfarande.⁵² Detaljerade skiljedomregler finns på annat håll.

De flesta BIT:s erbjuder investerarna ett urval av skiljedomregler så som bland annat regelverken som utvecklats av det internationella centret för investeringstvistlösning (ICSID), FN-organet UNCITRAL eller Stockholms Handelskammarens Skiljedomsinstitut (SCC). ICSID är en del av Världsbanken och har etablerat sig som den dominerande aktören i investeringstvistlösning. Utöver förfaranderegler tillhandahåller ICSID även administrativt stöd i och med att centret administrerar själva tvistlösningen. ICSID reglarna har enligt UNCTAD:s databas använts i 673 avtalsbaserade skiljeförfaranden, vilket utgör drygt hälften av alla kända investeringstvister.

Figur 2. Antal initierade ISDS-tvister per år oavsett skiljeförfaranderegler



Antal pågående tvister vid slutet av året beräknades utifrån rapporteringen i UNCTAD:s World Investment Report som sedan 2008 rapportera antal pågående tvister.

⁵¹ Utöver investerare-stat (ISDS) innehåller många BIT:s även stat-stat skiljeförfarande och i allt större utsträckning även regler om förhandling och medling.

⁵² Christoph Schreuer, 'Consent to arbitration' i Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds), *The Oxford handbook of international investment law* (Oxford University Press: 2008) 831, 836; samtycke kan även uttryckas i nationella lagar, se t. ex. Christoph Schreuer, 'Investment arbitration based on national legislation' i Hafner Gerhard, Matscher Franz and Kirsten Schmalenbach (eds), *Völkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte* (Facultas: 2012) 527.

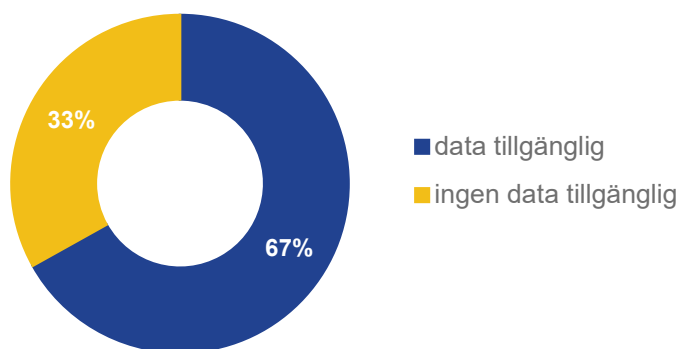
ICSID är dock endast tillgängligt om både avtalsparterna har ratificerat ICSID-konventionen och det är värt att notera att inte alla EU-medlemsstater, eller EU själv, har undertecknat konventionen.⁵³ Alternativ till ICSID är förfaranderegler under UNCITRAL eller Stockholms Handelskammare (SCC). SCC spelar framför allt en betydande roll för tvistlösning under Energistadgefördraget (ECT), ett sektorspecifikt handels- och investeringsskyddsavtal inom energisektorn.⁵⁴

Alla ovan nämnda skiljedomsregler delar grundläggande egenskaper. ICSID beskrivs däremot som "de-lokaliserat" vilket innebär att reglerna för ogiltighet och upphävande av skiljedom, så som dess verkställighet utgör en del av ICSID-konventionen. ICSID-skiljedomar ska verkställas automatiskt⁵⁵ och kan inte klandras i nationell domstol. Skiljeförfarandet har i själva verket ingen anknytning till en nationell rättsordning. Det är annorlunda för skiljeförfaranden som styrs av UNCITRAL- eller SCC-reglerna vilket involverar nationella domstolar i det landet vari skiljenämnden haft sitt säte. När det gäller icke-ICSID skiljedomar regleras klander av skiljedom enligt nationella lagar om skiljeförfarande,⁵⁶ medan verkställighet styrs i de flesta fall av den så kallade New York-konventionen.

ISDS-tvister kan uppstå till följd av en mängd olika nationella rättsliga och administrativa åtgärder som resulterar i en "behandling" som kan utgöra en överträdelse. I detta kan ingå nationella konstitutionella bestämmelser, lagstiftningsåtgärder och rättstillämpning i enskilda fall.

Antalet investeringstvister med stöd i investeringsskyddsavtal har ökat snabbt, från endast 16 fall under hela årtiondet påföljande det första ISDS-fallet, 1987, till 60 tvister under 2018 (figur 2). Det är värt att notera att de allra flesta kända investerings-tvister har inletts under äldre BIT:s som ingicks på 1990-talet och tidigare.⁵⁷

Figur 3. Fördelning av tvister där data om kompensation finns, respektive



⁵³ Notera att ICSID:s tilläggsfacilitet är tillämplig när bara en av parterna till tvisten är ICSID medlem.

⁵⁴ Av alla investeringstvister som SCC hittills administrerat utgör ECT tvister drygt 50 %, SCC reglarna tillämpades i drygt 18 procent av alla kända ECT-tvister, däremot användes SCC reglerna i endast 2 procent av tvister som initierades under ett BIT-avtal, data från UNCTAD Investment Policy Hub.

⁵⁵ Art. 54 ICSID.

⁵⁶ För en diskussion av nationella domstolars roll i skiljeförfarande se t. ex. Christoph Schreuer, 'Interaction of international tribunals and domestic courts in investment law' in Arthur W. Rovine (ed), *Contemporary issues in international arbitration and mediation: The Fordham Papers 2010* (Brill: 2011b) 71.

⁵⁷ UNCTAD (2023), *op cit.* (n 48) 78.

Skadestånd förekommer som resultat av investeringstvister till förmån för investeraren eller när parterna till tvisten når en förlikning. Kompensationsbeloppen varierar kraftigt.⁵⁸ Det är värt att notera att vi saknar data om kompensationsbeloppen för omkring en tredjedel av alla relevanta och kända tvister.

2.4 Kritik mot investeringsskyddet

Det råder djup misstro mot investeringsskydd i delar av det civila samhället. Utländska investerare anses kringgå nationella domstolar och demokratisk kontroll med hjälp av vaga avtalsbestämmelser och det breda tolkningsutrymme i tvistlösningsförfaranden under BIT:s.⁵⁹ Kritiken handlar allmänt om de särskilda rättsliga privilegier som BIT:s ger utländska investerare men riktas i praktiken främst mot ISDS - dess skiljemän, förfarandet och konsekvenserna som skiljedomar kan ha för mottagarländerna.⁶⁰

En framträdande farhåga är att investeringsregimen är vinklad till gagn för investerarnas intressen. I synnerhet hävdas att det nuvarande systemet för ersättning och utnämning uppmuntrar skiljemän att döma till fördel för investeraren.⁶¹ Ett investerarvänligt tvistlösningssystem kommer sannolikt att generera fler processer och därmed möjlighet till utnämningar som skiljemän i framtida tvister.⁶² Det är dock värt att notera att empiriska data inte stöder detta påstående, eftersom stater över lag är mer framgångsrika i ISDS-mål än investerare (figur 4). Trots detta är även intrycket av partiskhet ett berättigat problem, vilket är anledningen till att det görs ansträngningar för att utveckla omfattande uppförandekoder, regler för intressekonflikter, och möjligheten till klander av enskilda skiljemän.⁶³ Vad som statistiskt kan beläggas är att det genom åren har utkristalliserats två grupper av skiljemän, där den ena gruppen oftast utses av investerare och den andra oftast utses av svarande stater.

⁵⁸ Den högsta kända skadeståndsbelopp utdömdes på omkring 40 miljarder USD mot Ryssland, se *Hulley Enterprises v. Ryssland*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-03/AA226, Skiljedom de 18 juli 2014).

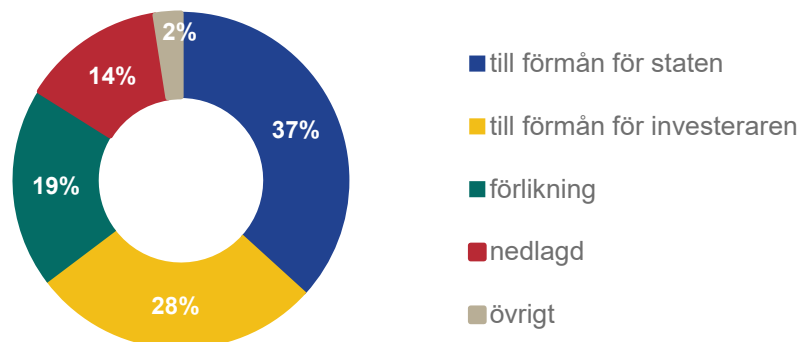
⁵⁹ För en överblick se t. ex. Michael Waibel et al., 'The backlash against investment arbitration: Perceptions and reality' i Michael Waibel et al. (eds) *The backlash against investment arbitration: Perceptions and reality* (Wolters Kluwer: 2010) xxxvii; UNCTAD, 'Reform of investor-state dispute settlement: in search of a roadmap' (IIA Issue Note No. 2, June 2013); UNCITRAL, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), 'Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)' (Thirty-sixth session, Vienna, 29 November - 2 December 2018, A/CN.9/WG.III/WP.149)

⁶⁰ I forskningen beskrivs kritiken oftast som en 'legitimitetskris', se t. ex. Susanne D Franck, 'The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions' (2005) 73(4) *Fordham Law Review* 1521.

⁶¹ För att ISDS skall blomstra måste investerarna uppfatta det som ett effektivt forum för tvistlösning, se t.ex. M. Sornarajah, 'Power and justice in foreign investment arbitration' (1997) 14(3) *Journal of International Arbitration* 103-40, 118; se även Michael Waibel M and Yanhui Wu, 'Are arbitrators political? Evidence from international investment arbitration', *ASIL Research Forum Working Paper* (2017).

⁶² Gus Van Harten, *Investment treaty arbitration and public law* (OUP: 2007) 172; andra har hävdats att skiljemännens anseende ger legitimitet till ISDS skiljeförfaranden, se t. ex. Charles N Brower and Schill SW, 'Is arbitration a threat or a boon to the legitimacy of international investment law?' (2009) 9(2) *Chicago Journal of International Law* 471, 490

⁶³ T.ex. UNCITRAL WG III, [utkast till uppförandekod för skiljemän i ISDS förfaranden](#) (oktober 2023) (senast öppnat; se också EU:s investeringsdomstolssystemet, t. ex. artikel 8.30 CETA).

Figur 4. Utfallen i avslutade ISDS-tvister

Ett annat framträdande problemområde är ersättningsnivån i investeringstvister, som varierar kraftigt. I 17 fall översteg skadeståndet 1 miljard USD. Men även om det finns en uppåtgående trend när det gäller utdömda skadestånd, är skadestånd i miljardklassen fortfarande ett undantag (figur 5).⁶⁴ Det är också viktigt att notera att tribunalerna ofta utdömer mindre än investerarnas ursprungliga krav.⁶⁵ Den ekonomiska effekten av dessa ISDS på en mindre stats nationella budget bör dock inte underskattas. Även om stater vinner tvister är tvistekostnaderna ofta enorma. Nya formuleringar om kompensation och begränsningar av kostnaderna i modellavtalen och BIT:s tyder på att staterna är medvetna om att det krävs en tydlig, effektiv och reformerad ansats till avtalspraxis.⁶⁶

Den kanske mest omfattande kritiken riktar sig mot farhågan att mottagarländer avstår från att genomföra samhällspolitiskt viktiga beslut av rädsla för potentiella ekonomiska bakslag från ISDS-domar – så kallad 'regulatory chill'.⁶⁷ Detta påstående har omedelbar logisk dragningskraft, eftersom ISDS-domar kan stå för en betydande del av ett mottagarlands BNP.⁶⁸ Det finns anekdotiska bevis som stödjer teorin om en sådan avskräckande effekt,⁶⁹ men det förblir svårt att empiriskt verifiera förekomsten

⁶⁴ Jonathan Bonnitcha och Sarah Brewin, 'Compensation Under Investment Treaties', *IISD Best Practices Series* (2020).

⁶⁵ *Ibid.*, appendix A.

⁶⁶ *Ibid.*, 26; för EU:s ansats till kompensation se t.ex. art. 22(2) CETA, art. 3.53 EU-Vietnam IP och art. 3.18(2) EU-Singapore IPA.

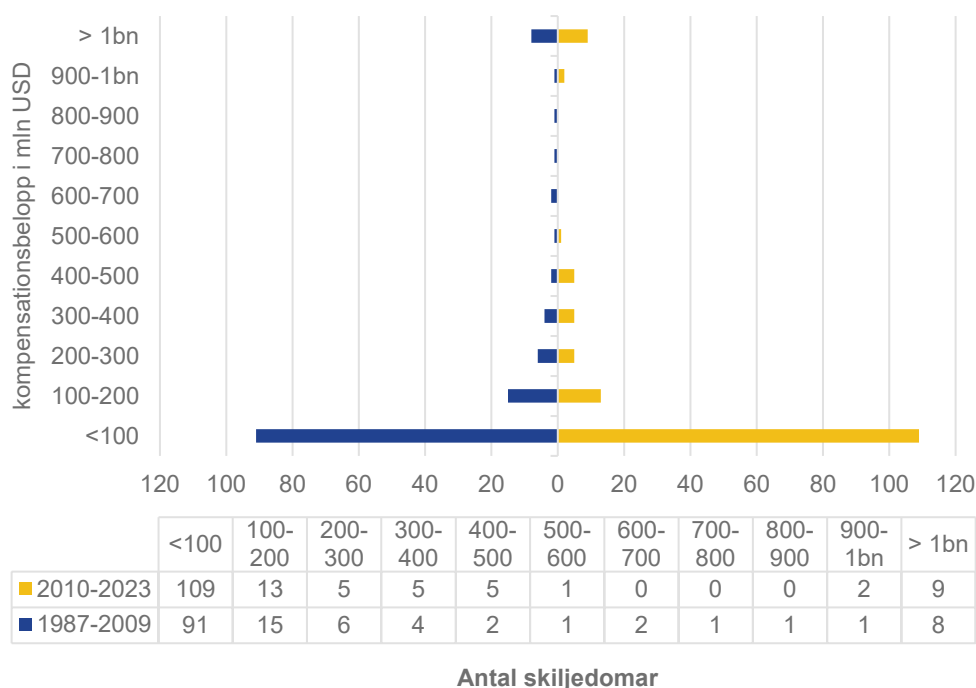
⁶⁷ Stephen Wilske and Martin Raible, 'The arbitrator as guardian of international public policy? Should arbitrators go beyond resolving legal issues?' i Catherine A. Rogers and Alford P. Roger (eds), *The future of investment arbitration* (OUP: 2009) 249, 252.

⁶⁸ Karl P. Sauvant, 'The rise of international investment, investment agreements and investment disputes' i Karl P. Sauvant (ed), *Appeals mechanism in international investment disputes* (OUP: 2008) 3, 14; Chiara Giorgetti, 'Who decides who decides in international investment arbitration' (2013) 35(2) *University of Pennsylvania Journal of International Law* 431, 435.

⁶⁹ I december 2018 motsatte sig den australiensiske oppositionsledaren Bill Shorten konsekvent att regeringen skulle ingripa i en stor indisk investerares gruvlicens, trots allmänhetens och miljöorganisationens oro över Adani-gruvan. Han hänvisade till oro för de potentiella ekonomiska konsekvenserna av en tvist mellan investerare och stat, se t.ex. Karen Middleton, 'Shorten tested in backroom fights' *The Saturday Paper* (8-14 December 2018); Patricia Ranald, 'The legal clause which could allow Adani to sue Australia' *The Guardian* (16 December 2018). Den australiska produktivitetskommissionen lyfte också fram risken för "regleringskris" som en begränsning för regeringens framtida välfärdshöjande reformer, Government of Australia, Productivity Commission, 'Bilateral and regional trade agreements', 13 December 2010, 271. Andra varnar däremot för att dra

och omfattningen. Internationella avtal innebär till sin natur vissa begränsningar av den nationella suveräniteten. Som framgår av avsnitt 2.1 utformades BIT:s i synnerhet i syfte att hindra mottagarländer från att vidta åtgärder som kan skada utländska investerares egendom och därmed begränsas mottagarländernas handlingsutrymme.⁷⁰ Det är samtidigt nödvändigt att BIT:s utformas med tillräcklig flexibilitet för att mottagarländer ska kunna lagstifta i syfte att tillgodose legitima allmänpolitiska intressen utan hot om rättsliga krav för kompensation. Avtalens utformning måste därför balansera dessa två motstridiga intressen.

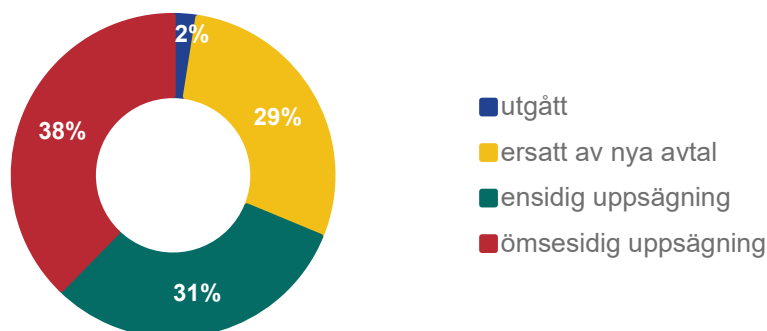
Figur 5. Fördelning av kompensationsbelopp, utdömd eller genom förlikning



förhastade slutsatser om "regulatory chill", se t. ex. Jürgen Kurtz, 'Australia's rejection of investor-state arbitration: Causation, omission and implication' (2012) 27(1) ICSID Review 65-86, 78.

⁷⁰ Dolzer och Schreuer, *op cit.* (n 38) 77.

Figur 6. Uppsagda BIT:s enligt motivering



Sedan år 2017 sägs det upp fler BIT:s per år än vad det ingås nya avtal.⁷¹ Dessutom har vissa stater dragit sig ur ICSID-konventionen,⁷² sagt upp sina BIT:s eller infört moratorier för ISDS.⁷³ Detta kan ses som ett svar på den intensiva kritiken mot investeringsskyddsavtal och ISDS i allmänhet,⁷⁴ även om andra aspekter sannolikt spelar stor roll. Antalet uppsägningar omfattar till exempel de 191 BIT-avtal inom EU som påverkades av *Achmea*-målet där EU-domstolen slog fast att ISDS bestämmelser i avtal emellan EU-medlemsstater inte är förenligt med EU-fördragen.⁷⁵ Vissa BIT:s kommer dessutom gradvis ersättas av regionala avtal med investeringsskyddsbestämmelser.⁷⁶ Andra stater har valt att först säga upp befintliga BIT:s med ambitionen att senare förhandla fram avtal som är mer anpassade till nya politiska mål – och där uppsägningen träder i kraft tidigare än något nytt avtal kan förhandlas fram (figur 6).⁷⁷

I stället är det många stater som proaktivt omformar sin investeringspolitik, bland annat genom omförhandling av sina BIT:s – om än i en mycket långsammare takt än

⁷¹ UNCTAD, 'World Investment Report: Investment and new industrial policies', UNCTAD/WIR/2018 (2018), 88; UNCTAD (2023), *op cit.* (n 48).

⁷² Bolivia (2007), Ecuador (2009) and Venezuela (2012).

⁷³ Se till exempel det australiska Gillard-regeringens handelspolitiska uttalande 'Trading our Way to More Jobs and Prosperity' med ett löfte om att inte längre inkludera ISDS bestämmelser. Uttalandet finns inte längre tillgängligt hos regeringen, för en diskussion se Ashique Rahman och Chester Brown, "Regional ekonomisk integration i Sydostasien i Christoph Herrmann, Markus Krajewski och Jörg Philipp Terhechte (red.), *European Yearbook of International Economic Law 2013* (Springer, 2013) 353; och Kurtz (2012) *op cit.* (n 69).

⁷⁴ Malcolm Langford och Daniel Behn, 'Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?' (2018) 29(2) *European Journal of International Law* 551, 556-558; Yoram Z. Haftel and Alexander Thompson, 'When do states renegotiate investment agreements? The impact of arbitration' (2018) 13(1) *The Review of International Organizations* 25, 30.

⁷⁵ Mål C-284/16 *Slovakia v. Achmea* [2016], ECLI:EU:C:2018:158; för en detaljerad diskussion se Hannes Lenk, 'Constraints on intra-EU BITs in the Union legal order' i Stephan Schill och Christian Tams (eds.) *International Investment Protection and Constitutional Law* (Edgar Elgar, 2022) 221.

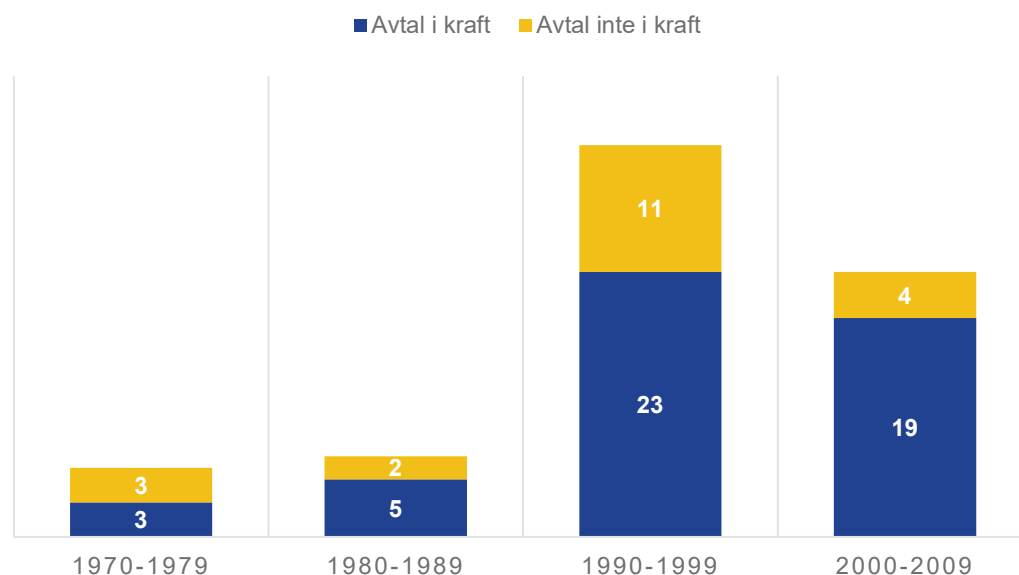
⁷⁶ EU:s investeringsskyddsavtal kommer att ersätta 12 BIT:s i kraft mellan EU:s medlemsstater och Singapore (EU-Singapore IPA, Annex 5), 21 för avtalet med Vietnam (EU-Vietnam IPA, Annex 6) och 7 för avtalet med Kanada (CETA, Annex 30-A).

⁷⁷ Indien har till exempel under perioden 2013 till 2019 ensidigt sagt upp 68 bilaterala investerings-skyddsavtal men fortsätter att aktivt förhandla investeringsskyddsavtal med EU och andra parter, med utgångspunkt i Indiens 2015-års modellavtal. För en diskussion se Simon Hartmann och Rok Spruk, 'The impact of unilateral BIT terminations on FDI: Quasi-experimental evidence from India' (2023) 18 *Review of International Organizations* 259.

under 1990-talet – och deltagande i multilaterala reforminitiativ.⁷⁸ I UNCTAD:s World Investment Report 2015 betonades att mycket av kritiken mot ISDS härrör från beslut baserade på föråldrade, första generationens BIT:s.⁷⁹ Ensidig uppsägning skulle dessutom utlösa inläsningseffekten av solnedgångsklausulen, vilket lämnar många länder utan realistiska alternativ till omförhandling.⁸⁰

Moderna reforminitiativ och andra generationens BIT:s (särskilt de som utarbetats efter år 2020) betonar mer balanserade skyddsåtgärder, inkluderar större handlingsutrymme för mottagarländerna och prioriterar bredare samhällseliga mål.⁸¹ EU:s investeringsdomstol i avtal med tredjeländer, UNCITRAL:s ISDS-reform och moderniseringen av ECT är ytterligare försök till systemisk om-kalibrering som tar itu med befintliga brister och begränsar investeringsskyddets negativa effekter.

Figur 7. Utveckling av svenska BIT-förhandlingarna



⁷⁸ UNCTAD(2018), *op cit.*(n 71), 96-102; i forskningen förklaras utvecklingen med staternas ambition i termer om 'återta kontrollen', se t. ex. Andreas Kulick (ed), *Reassertion of control over the investment treaty regime* (CUP, 2016); Lise Johnson and Merim Razbaeva, 'State control over interpretation of investment treaties', VALE Columbia Center on Sustainable International Investment (2014); Malcom Langford, Daniel Behn and Ole Kristian Fauchald, 'Backlash and state strategies in international investment law' i Thomas Gammeltoft-Hansen och Tanja E. Aalberts (eds), *The changing practices of international law: Sovereignty, law and politics in a globalising world* (CUP: 2018) 70.

⁷⁹ UNCTAD, 'World investment report: Reforming international investment governance', UNCTAD/WIR/2015 (2015) 145.

⁸⁰ Detta beror delvis på parternas ojämlika förhandlingsstyrka, som inte tillåter den svagare parten att inleda en omförhandling (t.ex. Tuuli-Anna Huikuri, 'Constraints and incentives in the investment regime: How bargaining power shapes BIT reform' (2022) 18 *Review of International Organizations* 361) men skillnader i politiska reaktioner kan även hänföras till den dominerande politiska ideologierna i de berörda länder (t. ex. Julia Calvert, 'Constructing investor rights? Why some states (fail to) terminate bilateral investment treaties' (2018) 25(1) *Review of International Political Economy* 75.

⁸¹ UNCTAD, 'Trends in the investment treaty regime and a reform toolbox for the energy transition' (IIA Issue Note), August 2023, 5.

3 Sveriges BIT:s

3.1 En kartläggning av Sveriges BIT:s

3.1.1 Utveckling av svenska BIT:s

Under 1960-talet tecknade Sverige tre avtal med respektive Elfenbenskusten, Madagaskar och Senegal som i viss utsträckning reglerar navigering, varu- och tjänstehandel, personrörlighet och investeringar. Även om avtalen inte återspeglar karakteristiska drag för dagens BIT:s, så innehåller de rudimentära bestämmelser om investeringsskydd – avtalen anses därför utgöra investeringsskyddsavtal. Sveriges första traditionella BIT ingicks med Egypten år 1978, och senaste BIT ingicks år 2008 med Georgien. Av alla Sveriges BIT:s med tredje länder förhandlades majoriteten mellan åren 1990 och 2000, vilket återspeglar den globala trenden. År 1999 ingicks totalt 7 avtal, varav 4 fortfarande är i kraft. Idag är totalt 52 avtal i kraft (tabell 1).

År 2002 reviderades Sveriges modellavtal för sista gången. Förhandlingen av drygt elva avtal har troligen baserats på 2002-års modellavtal.⁸² Ytterligare elva avtal uppvisar stora likheter med denna modell trots att förhandlingarna ägde rum långt innan det reviderade modellavtal formulerades, tex. avtalet som förhandlades 1995 med Ukraina.⁸³ Den sista revideringen bör därför betraktas som en konsolidering av den då dominerande förhandlingspraxisen, snarare än en framåtblickande reformmodell. Reformbehovet i andra länder och de ändringar i modellavtalet som följer av detta är starkt påverkade av deras erfarenheter som svarande part i tvistlösning. Sverige har däremot inte varit utsatt för investeringstvister tidigare, vilket förklarar varför det svenska modellavtalet inte har varit föremål för mer omfattande moderniseringskrav. Under de senaste tio åren har tre BIT:s sagts upp ensidigt. Bolivia år 2013, Indien år 2017 och Ecuador år 2018. Dessa avtal tillämpas på basis av solnedgångsklausulen fram till år 2029 (Ecuador), 2033 (Indien) och 2034 (Bolivia).

Tabell 1. Svenska BIT:s, fortfarande i kraft

partnerland	år	överträdelseärende	solnedgångsklausul	i kraft till*
Elfenbenskusten	1965	X	10	2034
Madagaskar	1966	X	10	2034
Senegal	1967	X	10	2034
Egypten	1978	X	20	2044
Serbien	1978	X	15	2039
Malaysia	1979	X	15	2039
Pakistan	1981	X	20	2044
Kina	1982	X	15	2039
Sri Lanka	1982	X	10	2034

⁸² Avtalen som Sverige förhandlade under och efter 2003 och som är fortfarande i kraft har ingåtts med Algeriet (2003), Mongoliet (2003), Guatemala (2004), Mauritius (2004), Kazakstan (2004), Etiopien (2004), Iran (2005), Armenien (2006), Panama (2008), Saudiarabien (2008) och Georgien (2008).

⁸³ Se även avtalen som förhandlades med Tanzania (1999), Kuwait (1999), Förenade Arabemiraten (1999), Thailand (2000), Bosnien och Hercegovina (2000), Uzbekistan (2001), Libanon (2001), Moçambique (2001), Kirgizistan (2002) och Nigeria (2002).

Jemen	1983	X	15	2039
Tunisien	1984	X	15	2039
Marocko	1990	X	20	2044
Argentina	1991	X	15	2039
Indonesien	1992	X	15	2048
Chile	1993		20	2044
Vietnam	1993	X	20	2044
Peru	1994	X	15	2039
Hong Kong	1994		15	2039
Belarus	1994		20	2044
Albanien	1995		20	2044
Ryssland	1995		20	2044
Oman	1995		20	2046
Ukraina	1995		10	2034
Sydkorea	1995		10	2034
Laos	1996		20	2044
Venezuela	1996		15	2039
Turkiet	1997		15	2039
Uruguay	1997		20	2044
Nordmakedonien	1998		20	2044
Sydafrika	1998		20	2044
Tanzania	1999		15	2039
Kuwait	1999		20	2044
Förenade Arabemiraten	1999		20	2044
Thailand	2000		20	2044
Mexiko	2000		10	2034
Bosnien och Hercegovina	2000		20	2044
Uzbekistan	2001		15	2039
Libanon	2001		15	2039
Moçambique	2001		20	2048
Kirgizistan	2002		10	2034
Nigeria	2002		15	2039
Algeriet	2003		20	2046
Mongoliet	2003		20	2045
Guatemala	2004		20	2046
Mauritius	2004		20	2046
Kazakstan	2004		15	2039
Etiopien	2004		20	2046
Iran	2005		15	2039
Armenien	2006		20	2049
Panama	2008		20	2049
Saudiarabien	2008		10	2034
Georgien	2008		20	2050

*i händelse av ensidig uppsägning dec 2023 eller tidigast möjliga tidpunkt enligt avtalet

3.1.2 Utformning av svenska BIT:s

Alla svenska BIT:s innehåller bestämmelser om rättvis och skälig behandling, icke-diskriminering,⁸⁴ expropriation, kapitalöverföring, ISDS, och solnedgångsbestämmelser med en längd på 10, 15 eller 20 år. Några bestämmelser har med åren blivit mer detaljerade, ofta till fördel för ett gradvis högre skydd för investeraren. Framför allt senare avtal föreskriver riktlinjer för beräkning av kompensation vid expropriation, tillåter kapitalöverföring i fritt konvertibla valuta, och innehåller mer detaljerade bestämmelser om tvistlösning.

Det finns i avtalen inga definitioner av, eller begränsningar för direkt eller indirekt expropriation, eller rättvis och skälig behandling.⁸⁵ Avtalen med Mexiko, Panama och Venezuela utgör undantag där rättvis och skälig behandling kopplas till internationell rätt.⁸⁶ I rättspraxis har liknande språk ibland tolkats som hänvisning till den internationella minimumstandarden vilket då kan utgöra en viss tolkningsbegränsning.⁸⁷ Rättspraxis är dock inte enhetlig och utan en tydlig anknytning till den internationella minimumstandarden kan en sådan restriktiv tolkning inte garanteras.⁸⁸ Överföringsbestämmelserna är i samtliga svenska avtal obegränsade. Med undantag för avtalet med Mexiko innehåller inget svenskt BIT-avtal bestämmelser om hållbarhet.⁸⁹

Samtliga avtal hänvisar till ICSID som tillgängliga skiljedomregler. Ett antal senare BIT:s tillåter även UNCITRAL-reglerna. Inget svenskt avtal inkluderar hänvisningar till SCC:s regler. Sverige har genom sina BIT:s förbundit sig till ett villkorat erbjudande om ISDS, det vill säga om en investerare vill lösa tvisten genom ISDS måste detta accepteras av Sverige som svarande part i tvisten.⁹⁰ Undantaget är avtalen med Egypten, Malaysia och Serbien enligt vilka avtalsparterna måste enas om att hänskjuta tvisten till ISDS, vilket försvagar investerarens tillgång till tvistlösning. Avtalet med Kina omfattade initialt inte ISDS, vilket emellertid inkorporerades år 2004 genom ett tilläggsprotokoll.

Det finns inga undantagsbestämmelser i svenska BIT:s som begränsar internationellt ansvar när Sverige agerar utifrån nationella säkerhetsintressen eller i allmänhetens intresse. Även här är avtalet med Mexiko ett undantag som inte ger investeraren tillgång till ISDS avseende åtgärder som lagligen och av nationella säkerhetsskäl antagits av avtalsparten för att förbjuda eller begränsa utländska investerares förvärv

⁸⁴ Följande avtal innehåller inte bestämmelser om nationell behandling: Egypten (1978), Malaysia (1979), Pakistan (1981), Kina (1982), Sri Lanka (1982), Jemen (1983), Tunisien (1984), Marocko (1990), Argentina (1991), Indonesien (1992), Vietnam (1993), Oman (1995), Venezuela (1996), Turkiet (1997).

⁸⁵ Avtalen med Oman och Vietnam innehåller vissa exempel av vad som ryms av rättvis och skälig behandling; avtalen med Kuwait och Förenade Arabemiraten innehåller exempel av vad som anses utgöra indirekt expropriation.

⁸⁶ Art. 2.2 Sverige-Panama BIT: 'behandling [...] som fordras i internationell lag'; art. 2.2 Sverige-Venezuela BIT: 'i enlighet med tillämpliga internationella normer i internationell rätt'; art. 2.3 Sverige-Mexiko BIT: 'i enlighet med tillämplig internationell praxis och internationell rätt'.

⁸⁷ T.ex. *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Skiljedom, 22 augusti 2016, §520.

⁸⁸ T.ex. *Infinito Gold v Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Skiljedom, 3 juni 2021, §§ 330–334.

⁸⁹ Avtalen med Moçambique (2001), Mauritius (2004), Armenien (2006), och Georgien (2008) hänvisar till arbetsrättigheter, samt hälso- säkerhets- och miljöåtgärder i ingressen.

⁹⁰ Visserligen har Sverige möjlighet att i samband med skiljeförfarandet bestrida att villkoren är uppfyllda och att skiljenämnden därför saknar jurisdiktion att avgöra tvisten.

av vissa investeringar. En sådan explicit referens är inte minst relevant för granskningen av ingående investeringar som i vissa fall kan anses förbjuda eller villkora investeringar även efter investeringen gjorts. Tillgång till ISDS kan i sådana fall explicit uteslutas genom tydliga skrivningar i avtalstexten.

Avtalet med Mexiko som tecknades år 2000 är av särskild karaktär i och med att det inte följer det svenska modellavtalet i vare sig struktur, utformning eller innehåll. En förklaring för varför just detta avtal är betydligt mer detaljerat och omfattande är Mexikos erfarenheter under NAFTA vilket redan år 1995 ansågs vara mer utvecklat än de flesta BIT:s.

Att svenska BIT:s framstår som föråldrade understryks ytterligare av hur ingressen är formulerad i de avtal som ingicks fram till mitten av 1980-talet. Som nämnts ovan anses ekonomiskt samarbete och utveckling i de båda avtalsslutande staterna vara ett centralt syfte med BIT:s (avsnitt 2.1). Samtidigt är en stark kritik mot BIT:s att dessa avtal i realiteten inte är ömsesidiga, utan gynnar traditionellt kapitalexporterande länder – såsom Sverige – på bekostnad av utvecklingsländer (avsnitt 2.4). Svenska BIT:s hänvisar inte till ömsesidig ekonomisk tillväxt i ingressen före 1984 års avtal med Tunisien.⁹¹ Äldre avtal fokuserar istället enbart på investerarskyddet och framstår därför som särskilt partiska till förmån för Sverige, som historiskt sett bokfört mer ut- än inkommande FDI. Detta kan i praktiken ha en betydande påverkan på utgången, eftersom skiljenämnder ofta hänvisar till ingressen för att fastställa de avtalsslutande parternas avsikt med avseende på avtalets syfte och ändamål.

Eftersom inget av Sveriges befintliga BIT:s omfattar bestämmelser som aktivt väger Sveriges rätt att reglera mot investerarens rättsskydd måste det konstateras att samtliga svenska avtal, med undantag för avtalet med Mexiko, är att betrakta som första generationens BIT:s.

3.1.3 Användning av svenska BIT:s

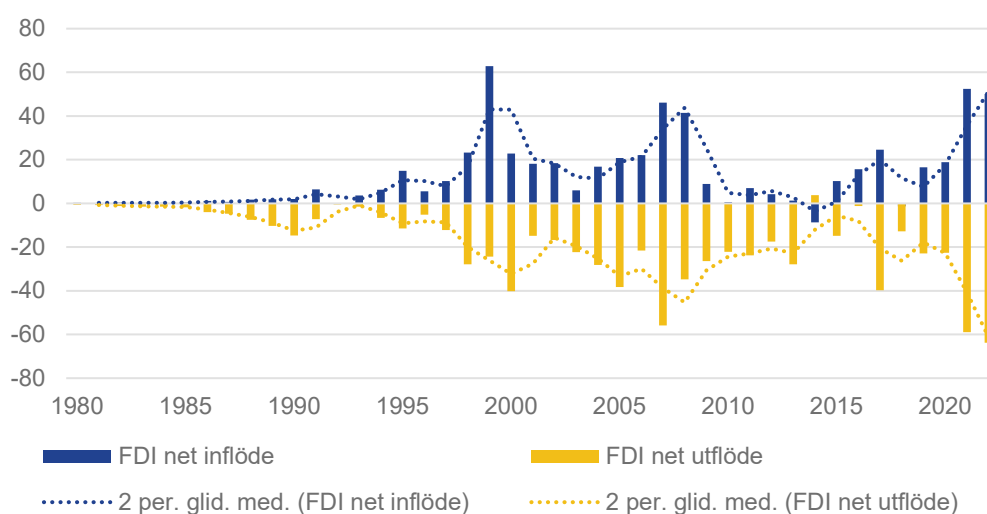
Föreliggande analys avstår från att analysera de ekonomiska effekterna av svenska BIT:s: på FDI-flöden från och till Sveriges BIT-partnerländer. Utmaningarna med att fastställa en konkret, statistiskt signifikant koppling mellan BIT:s och FDI-flöden har redan diskuterats under avsnitt 2.1. Det är dock viktigt att notera att Sverige allmänt är en FDI-exportör, d.v.s att utgående utländska direktinvesteringar överstiger i vanliga fall ingående FDI-flödena till Sverige (figur 8). Ingen omfattande ekonomisk analys har hittills tagits fram som utvärderar i förhållande till Sveriges BIT-partnerländer. Vikten av avtalsbaserat investeringsskydd som ett grundläggande skyddsnät för svenska investerare utomlands bör dock understrykas

Av det vi känner till har investerare varit relativt återhållsamma i sin användning av ISDS-bestämmelser i svenska BIT:s. Av totalt 12 kända tvister som rör svenska BIT:s

⁹¹ ”Konungariket Sveriges regering och Republiken Tuniens regering [...] önskar stärka sina ekonomiska förbindelser och intensifiera samarbetet mellan de båda länderna i syfte att främja *deras* utveckling [...] övertygade om att ett investeringsskydd skulle leda till en stimulans av enskilda affärsinitiativ och *öka välfärden i de båda länderna*,” (egen betoning).

har fyra inletts under de avtal som granskats i denna analys,⁹² i tre av fallen pågår förhandlingar fortfarande. Utöver dessa kända tvister kan själva avtalen användas som en hävstång, där investerare kan upplysa staten om att denne utsatts för en behandling som utgör en överträdelse. I bästa fall kan en lösning arbetas fram genom förhandlingarna mellan investerare och stat snarare än formell tvistlösning. Eftersom dessa fall sällan eller aldrig kommer till allmänhetens kännedom är det omöjligt att avgöra hur ofta så sker. I fallet *EcoDevelopment v. Tanzania* utdömde tribunalen, enligt uppgifter i media, närmare 165 miljoner USD till investeraren.⁹³ Svenska investerare är inte frekventa användare av ISDS. Denna iakttagelse bör dock sättas i sitt sammanhang genom att beakta tre faktorer.

Figur 8. FDI net in- och utflöde (BoP, current US\$), mrd USD



Källa: Världsbanken

För det första kan investeringarnas ägarstruktur ge tillgång till internationell tvistlösning under andra BIT:s i de fall investeringen gjorts via ett tredje land. Även om svenska BIT:s inte används direkt, kan avtalsbaserat investeringsskydd därför fortfarande vara relevant för svenska investerare.

För det andra kan svenska investerares begränsade användning av tvistlösning också återspegla de begränsade restriktioner som mottagarländer ålägger svenska investerare och deras investeringar. Det är emellertid oklart om sådan återhållsamhet skulle vara en direkt effekt av svenska BIT:s, utan kan i stället tillskrivas ett välfungerande rättssystem och domstolsväsende i mottagarlandet eller bero på andra faktorer.

⁹² *EcoDevelopment and EcoEnergy v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/17/33 (2017); *Corral v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/18/7 (2018); *Misen v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/21/15 (2021); *Taheri v. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/21/19 (2021).

⁹³ Skiljedomen som meddelades i april av 2023 är inte offentliggjord, för information se t. ex. Damien Charlotin, 'Eastern Africa round-up: New Cases and developments involving Mozambique, Zimbabwe, and Tanzania', *Investment Arbitration Reporter* (23 juli 2023).

För det tredje kan värdet av BIT:s vara särskilt viktigt under svåra tider. I tider av ökande geopolitiska spänningar kan svenska investerare förväntas söka skydd under svenska BIT:s, inklusive tillgång till ISDS, i större utsträckning än tidigare.

Hittills har Sverige endast varit föremål för en BIT-relaterad tvist, initierad av Huawei under Kina-Sverige BIT.⁹⁴ Även om det utöver detta inte har förekommit några större tvister mot Sverige, upplever de nordiska grannländerna över lag en upptrappning av ISDS-fall, som på sikt kan komma att ytterligare drabba även Sverige.⁹⁵

3.2 Brister i Sveriges nuvarande BIT-ramverk

3.2.1 Förenlighet med EU-rätten

År 2009 fastslog EU-domstolen att flera av Sveriges BIT:s var oförenliga med bestämmelserna om kapitalrörelser i EU-fördragen.⁹⁶ Artiklarna 64 och 66 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) ger EU:s Ministerråd befogenhet att begränsa kapitalrörelser mellan EU och tredjeland. Kapitalöverföringsklausulerna i berörda svenska BIT:s innehåller däremot inga restriktioner för kapitalrörelser. EU-domstolen ansåg att eventuella restriktioner som Rådet inför i enlighet med fördragen skulle undergrävas om de riktades mot en part till Sveriges BIT:s. Medan överträdelseärendet fokuserade på svenska BIT:s som ingåtts före Sveriges anslutning till EU,⁹⁷ gör Kommerskollegium bedömningen att samtliga 52 svenska BIT:s omfattas av samma brister. Efter domen tog Sverige kontakt med ett antal länder i hopp om att omförhandla kapitalöverföringsbestämmelserna i respektive BIT:s. Detta har ännu inte lett till något resultat.

Sverige fortsätter således att bryta mot EU-rätten och förblir förpliktigat att åtgärda de oförenliga bestämmelserna i alla sina BIT:s i enlighet med EU-domstolens slutsatser.

3.2.2 Sveriges lagstiftningsutrymme

Tidigare avsnitt i undersökningen har gett inblick i hur svenska BIT:s förhåller sig till den senaste utvecklingen inom avtalspraxis och rättspraxis. Civilsamhällets kritik mot ISDS (som diskuterats i avsnitt 2.4) härrör i första hand från effekterna av relaterade skiljeförfaranden som i sin del baserats i stor utsträckning på en gammal avtalsmodell (som beskrivits i avsnitt 2.3). Med undantag för avtalet med Mexiko, kännetecknas även Sveriges BIT:s av egenskaper förknippade med en sådan äldre modell (som beskrivs i avsnitt 2.2). Även om dessa avtal ger ett omfattande skydd åt investerare och investeringar, ger de inte den flexibilitet som krävs för att de avtalsslutande

⁹⁴ *Huawei v. Sweden*, ICSID Case No. ARB/22/2.

⁹⁵ Danmark var svarande part för första gången i 2020; Norge har fyra pågående tvister som initierats sedan 2020; Finland har minst en pågående tvist som initierades sedan 2020.

⁹⁶ Mål C-249/06 Kommissionen mot Sverige [2009], ECLI:EU:C:2009:119; i två liknande ärenden mot Finland, respektive Österrike kom EU-domstolen till samma slutsats (Mål C-118/07 Kommissionen mot Finland [2009], ECLI:EU:C:2009:715; Mål C-205/06 Kommissionen mot Österrike [2009], ECLI:EU:C:2009:118).

⁹⁷ Det bör notera att en del av den rättsliga frågan handlade om tillämpningen av artikel 351 FEUF som gör det möjligt för EU:s medlemsländer att fullgöra de rättigheter och skyldigheter som följer av internationella avtal som ingåtts före EU-inträdet.

parterna ska kunna anpassa sig till nutida utmaningar och nya politiska prioriteringar. Som ett resultat är Sveriges BIT:s sårbara för offentlig kritik och medför en utsatthet för potentiellt omfattande investeringstvister. Två aspekter förtjänar särskild uppmärksamhet.

För det första kommer Sverige hamna i en ny situation när den svenska investeringsgranskningsmekanismen träder i kraft den 1 december 2023 eftersom granskningsbeslut oavsiktligt kan utlösa investeringsskydd enligt befintliga BIT:s. Sveriges BIT:s innehåller inga bindande förpliktelser om liberalisering av FDI-inflöden, det vill säga etablering, och skyddar därmed inte utländska investerare från betungande eller till och med godtyckliga granskningskrav. Både EU:s förordning om investeringsgranskning⁹⁸ och den svenska lagen om granskning av utländska direktinvesteringar⁹⁹ innehåller däremot bestämmelser som möjliggör granskning av redan etablerade investeringar. Kommissionen har enligt ramförordningen rätt att yttra sig upp till 15 månader efter det att de svenska granskningskraven har uppfyllts, vilket beslutande myndighet måste ta hänsyn till, även om den inte är bunden av yttrandet.¹⁰⁰

Anmälningsskyldigheten och den efterföljande granskningen av överlåtelser som involverar bolag som redan är etablerade i Sverige¹⁰¹ kan också komma i konflikt med bestämmelser i svenska BIT:s som skyddar återinvestering av tillgångar eller omstrukturering av den ursprungliga investeringen. De svenska granskningsmyndigheterna behåller också en allmän rätt att granska investeringar i avsaknad av ett anmälningsskydd. I synnerhet är utövandet av denna befogenhet inte uttryckligen begränsad till perioden före etableringen.¹⁰²

Den potentiella överlappningen mellan granskningsmekanism och investeringsskydd accentueras ytterligare av den gradvisa utvidgningen av känsliga och/eller strategiska sektorer mot bakgrund av geopolitiska spänningar, vilket potentiellt kan omfatta digital teknik för allmänna ändamål.¹⁰³ Många av EU:s senaste industri- och handelsinitiativ återspeglar också den växande betydelsen av säkerhetsöverväganden. För Sveriges del kan införandet av restriktiva åtgärder i linje med EU:s politik därmed behöva ske med risk för att Sverige blir föremål för investeringstvister.

För det andra finns det en anmärkningsvärd obalans mellan investeringsskyddet i Sveriges BIT:s och Sveriges - liksom EU:s - progressiva miljöpolitik.¹⁰⁴ Första generationens BIT:s tenderar att betona ett robust investerarskydd, såsom (i avtalet obegränsad) rättvis och skälig behandling och indirekt expropriering vilket riskerar att

⁹⁸ Förordning (EU) 2019/12 om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i unionen ('EU FDI granskningsförordning')

⁹⁹ Lag (2023:560) om granskning av utländska direktinvesteringar [härefter 'lag om investeringsgranskning'].

¹⁰⁰ Art. 7(7) och (8) EU FDI granskningsförordning.

¹⁰¹ This may be the case where the investor meets one of the requirements in art 7 by reinvesting funds or restructuring investments such as debt to acquire a larger shareholding.

¹⁰² §§ 12 and 13 Lag om investeringsgranskning.

¹⁰³ Simon J Evenett, 'What Caused the Resurgence in FDI Screening?' (May 2021) SUERF Policy Note No 240, 11–12; Tania Voon and Dean Merriman, 'Incoming: How International Investment Law Constrains Foreign Investment Screening' (2022) 24(1) *Journal of World Investment & Trade* 75, 82.

¹⁰⁴ För en diskussion om införandet av bestämmelser som hänvisar till övervägningar av miljöskydd, se Kathryn Gordon och Joachim Pohl, 'Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey', OECD Working Papers on International Investments 2011/01 (2011).

stå i konflikt med miljöinitiativ – så som strikta mål för koldioxidminskning – liksom arbetsnormer och ursprungsbefolkningars rättigheter.¹⁰⁵ För att uppfylla sina åtaganden enligt Parisavtalet kommer Sverige att behöva genomföra vissa miljöinitiativ, såsom att fasa ut subventioner av fossila bränslen och införa strikta utsläppsnivåer. Detta kan utlösa investeringstvister, relaterade till indirekt expropriation eller till investerarens berättigade förväntningar. Eftersom den nuvarande BIT-strukturen inte ger Sverige utrymme att utesluta vissa investeringar eller sektorer, kan dessa avtal hindra Sveriges ansträngningar att anpassa sig efter målen i Parisavtalet och strävan efter hållbar utveckling.¹⁰⁶

Bristen på definition av materiella investeringsskyddsstandarder, avsaknaden av undantag för väsentliga säkerhetsintressen och allmän ordning eller säkerhet, och klausuler om nekande av förmåner medför att Sverige riskerar investeringstvister till följd av åtgärder som syftar till att uppnå mål för hållbar utveckling och till och med nationella säkerhetsintressen.

Slutligen bör återigen understrykas att EU har exklusiv befogenhet i fråga om utländska direktinvesteringar. Konkret medför gällande sekundärlagstiftning att EU-kommissionen har ett veto både över Sveriges beslut att omförhandla BIT:s och utformningen av avtalstexten.¹⁰⁷ Sveriges agerande måste därför vara förenligt med EU:s bredare investeringspolitiska mål. När det gäller både materiella investeringsstandarder och ISDS är EU-modellen ett särskilt progressivt exempel på investeringspolitisk reform.¹⁰⁸ Detta återspeglas bland annat i de modellklausuler som Europeiska kommissionen har antagit för att vägleda kommissionens förväntningar på utformningen och utarbetandet av bilaterala investeringsskyddsavtal mellan EU:s medlemsstater och tredjeländer.¹⁰⁹ EU:s modell innehåller omfattande bestämmelser om hållbar utveckling, detaljerade definitioner avseende rättvis och skälig behandling och indirekt expropriation, samt breda allmänna undantagsklausuler.

Kommerskollegium konstaterar att Sveriges befintliga BIT:s inte är i linje med EU:s modell. Med sin äldre avtalsmodell undergräver de svenska BIT:s Sveriges och EU:s investeringspolitik och begränsar Sveriges utrymme att införa lagstiftning i allmänhetens intresse utan att utsätta sig för potentiella skadeståndskrav i ISDS-förfaranden.

¹⁰⁵ Ole Kristian Fauchald, 'International Investment Law and Environmental Protection' (2017)- 17(1) *Yearbook of International Environmental Law* 3.

¹⁰⁶ International Panel on Climate Change, Working Group III, 'Contribution to the sixth assessment report', Chapter 14, 72-73 <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/downloads/report/IPCC_AR6_WGIII_Chapter_14.pdf> (senast öppnat 10 nov 2023); see also Kate Miles *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (Cambridge University Press, 2013), 187; Kyla Tienhaara, 'Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement' (2018) 7(2) *Transnational Environmental Law* 229, 235-237.

¹⁰⁷ Förordning (EU) nr 1219/2012, *op cit* (n 2).

¹⁰⁸ Horn och Norbäck, *op cit*. (n 5) 52-53.

¹⁰⁹ European Commission, 'Annotations to the Model Clauses for negotiations or re-negotiation of Member States' Bilateral Investment Agreements with third countries', non-paper (21 sept 2023) <[file:///C:/Users/hale/Downloads/Annotations%20to%20the%20Model%20Clauses%20for%20BIT%20negotiations%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/hale/Downloads/Annotations%20to%20the%20Model%20Clauses%20for%20BIT%20negotiations%20(1).pdf)> (senast öppnat 10 nov 2023).

4 Handlingsalternativ

Mot bakgrund av slutsatserna i denna analys vill Kommerskollegium understryka reformbehovet för svenska BIT:s.

För det första har Sverige sedan snart 15 år tillbaka en EU-rättslig skyldighet att åtgärda fördragsbrottet avseende kapitalöverföringsklausuler i sina BIT:s. Denna överträdelse är mest uppenbar vad gäller de avtal som identifierats i förfarandet inför EU-domstolen. Det är dock viktigt att inse att skyldigheten att bringa Sveriges BIT:s i överensstämmelse med EU-fördragen inte är begränsad till dessa specifika BIT:s, utan sträcker sig till alla BIT:s som innehåller liknande bestämmelser. Den utdragna varaktigheten av denna överträdelse är inte hållbar och bör rättas till.

För det andra är samtliga Sveriges BIT:s föråldrade. Sverige riskerar att utsättas för potentiella rättsliga åtgärder för påstådda överträdelser av investeringsskyddsstandarder. Även om Sverige hittills bara varit föremål för en investeringstvist bör en framtida avtalsmodell balansera investeringsskyddet med en för staten uttalad rätt att reglera för att uppnå centrala politiska målsättningar.¹¹⁰ För närvarande underlättar det bredda tolkningsutrymmet i svenska BIT:s för investerare att initiera tvister för ett stort spektrum av åtgärder. Även om en tvist avgörs till fördel för mottagarlandet kan tvistlösningsprocessen som sådan kräva stora resurser och kostnader för att effektivt försvara anspråk enligt investeringsskyddsavtal, även när inget skadestånd utdöms. Det handlar därför inte i första hand om att minska investerarens skydd utan att ökad tydlighet gällande avtalens syfte och ändamål vilket därmed minskar kostnader i samband med tvistlösningar.

Det är också tänkbart att BIT-skyddet skulle kunna utlösas av Sveriges genomförande av EU:s framväxande industripolitik, liksom av åtgärder som är av vikt för Sveriges nationella säkerhetsintressen. En mer balanserad avtalsmodell möjliggör för Sverige att iakttä dessa intressen på ett bättre sätt.

För det tredje är det av vikt både för Sverige och våra avtalsparter att investeringsskyddet är balanserat och inte utgör en onödig risk för statsfinanserna. Eftersom denna risk är tätt förknippad med punkten två ovan behandlas dessa nedan som en och densamma.

I denna del skissas tre möjliga handlingsalternativ, av vilka vart och ett kommer att granskas med avseende på hur de hanterar de två utmaningar som identifierats i avsnitt 3.1 och 3.2. Det är viktigt att notera att medan den förra är en rättslig skyldighet som följer av EU-fördragen, är den senare i huvudsak ett politiskt val. Kommerskollegium är medvetet om att denna skillnad kan påverka dess prioritetsordning. Slutligen är det viktigt att betona att dessa tre strategier inte utesluter varandra. I själva verket kan en övergripande strategi kräva en väl avvägd blandning av dessa alternativ i Sveriges färdplan för att ta itu med de rådande utmaningarna. Det är däremot inget alternativ att inte agera vilket skulle medföra att avtalen fortsätter att vara oförenliga med EU-

¹¹⁰ Målsättningar för olika politikområden återges under respektive utgiftsområde i [Budgetpropositionen för 2024](#), Prop. 2023/24:1.

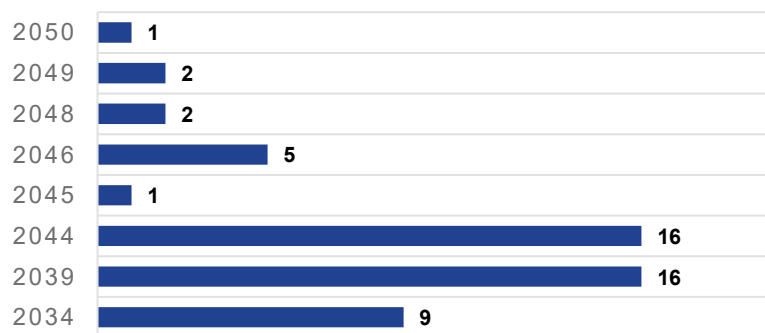
rätten, försvåra för framtida miljörelaterad lagstiftning och utgöra ett hot mot våra statsfinanser.

4.1 Alternativ 1: befintliga avtal sägs upp

Sverige skulle kunna säga upp ett begränsat antal eller till och med samtliga BIT:s. Genom att säga upp de avtal som var föremål för EU-domstolens beslut 2009 skulle Sverige kunna åtgärda överträdelsen. Detta tillvägagångssätt utgör emellertid endast en tillfällig lösning eftersom samtliga av Sveriges BIT:s innehåller liknande bestämmelser om kapitalöverföringsklausuler. Mot denna bakgrund är det sannolikt att EU-kommissionen i närtid kommer att verka för att även återstående BIT:s anpassas till Sveriges skyldigheter enligt EU-fördragen. I förlängningen kan detta leda till att Sverige tvingas säga upp samtliga BIT:s med tredje land.

Kommerskollegium har starka invändningar mot att ensidigt säga upp dessa avtal. Även om det empiriska sambandet mellan BIT:s och FDI-flöden är omdiskuterat, utgår denna analys från att BIT:s har en positiv påverkan som går utöver ekonomiska överväganden. I utvecklingen mot ökade geopolitiska spänningar och ett ökat fokus på ekonomisk säkerhet, bör den potentiellt strategiska och diplomatiska betydelsen av BIT:s övervägas noggrant. Att BIT:s dessutom utgör ett skydd mot direkt övertaganden av tillgångar innebär också en djupare värdegrund i vårt förhållande med tredjeländer.

Figur 9. Effekt av solnedgångsklausulen vid ensidig uppsägning december 2023 eller tidigast möjliga tidpunkt enligt avtalet



Den största farhågan är dock aktiveringen av solnedgångsklausuler i händelse av ensidig uppsägning. När det gäller Sverige varierar dessa mellan 10 och 20 år (tabell 1), vilket innebär att Sverige kan finna sig bundet till föråldrade avtalsbestämmelser under en lång tidsperiod och samtidigt förbli sårbart för skadeståndskrav från utländska investerare (figur 9). Detsamma gäller för våra avtalsparter som kan vara i färd med att exempelvis genomföra miljörelaterade åtgärder. Ifall ett avtal sägs upp ömsesidigt kan effekten av solnedgångsklausulen begränsas eller upphävas, men intresset bland Sveriges avtalspartner för en ömsesidig uppsägning av BIT:s förväntas däremot vara begränsat.

Kommerskollegium konstaterar därför att detta handlingsalternativ varken åtgärdar överträdelsen eller problemet vad gäller de begränsningar som föråldrade BIT:s utgör

för Sveriges utrymme att agera i allmänhetens intresse på ett tillfredställande sätt. Inte minst inlåsningseffekten av solnedgångsklausulen understryker de potentiella fallgroparna med ett sådant tillvägagångssätt.

4.2 Alternativ 2: omförhandling av bestämmelser om fri kapitalöverföring

En alternativ handlingsväg för Sverige är att selektivt omförhandla de bestämmelser om kapitalöverföring som var föremål för överträdelseförfarandet. Att ta itu med dessa skulle åtgärda de mest brådskande och påtagliga bristerna i Sveriges nuvarande BIT-program, särskilt med tanke på att Sverige har varit skyldigt att rätta till situationen sedan 2009. Att välja en selektiv omförhandling skulle kunna erbjuda ett snabbt och mindre formaliserat tillvägagångssätt.

Även om denna strategi vid första anblick verkar pragmatisk beror dess effektivitet i hög grad på två nyckelfaktorer: tredje parts samtycke och kommissionens stöd. Under de senaste åren har Sverige fått förfrågningar från avtalsparter som önskar omförhandla vissa aspekter av sina BIT:s med Sverige. Om Sverige visar på beredskap att delta i en sådan selektiv omförhandling, är det troligt att berörda avtalspartner skulle ta tillfället i akt att lägga fram sina egna krav. Detta skulle kunna leda till en situation där enstaka moderna bestämmelser kläms in i vad som i övrigt skulle vara föråldrade BIT:s. Samtidigt som detta handlingsalternativ gör det möjligt att ta itu med vissa frågor skulle resultatet sannolikt leda till ett fragmenterad samling – ett lapptäcke – där varierande skyddsnivåer kan utnyttjas av investerare genom MFN obegränsade bestämmelser. Avtalen skulle dessutom sakna en sammanhängande strategi eller någon balans mellan de olika delarna i avtalen.

Att kommissionen skulle godkänna en omförhandling av enskilda bestämmelser är dessutom osannolikt. Svenska BIT:s betydande avvikelser från EU:s modellbestämmelser gör en partiell anpassning till ett ohållbart alternativ. Det är mer sannolikt att kommissionen skulle förespråka en fullständig anpassning av Sveriges BIT:s till EU:s övergripande investeringspolitiska mål. Detta skulle kräva en omfattande omförhandling eller att avtalen helt ersätts med något nytt.

4.3 Alternativ 3: omfattande modernisering

En modernisering av de svenska investeringsskyddsavtalen är ett tredje alternativ. Denna process skulle inledas med en översyn av det befintliga modellavtalet för att återspegla de senaste trenderna inom praxis för investeringsskyddsavtal och skiljeförfaranden. En reviderad modell skulle behöva balansera Sveriges nationella och internationella politiska mål liksom EU:s politiska mål och samtidigt främja ansvarsfulla investeringar av svenska investerare utomlands. Detta tillvägagångssätt skulle inte bara ta itu med kritiken mot BIT:s och ISDS, utan också förtydliga investerares rättigheter och statens skyldigheter gentemot investerare. Det är positivt för förutsägbarheten för investerare och därmed för det svenska investeringsklimatet, samtidigt som det skapar tillräckligt utrymme för politisk styrning som syftar till att uppnå centrala politiska målsättningar, inklusive hållbarhetsmål. I grunden skulle moderniseringen av Sveriges BIT:s syfta till att främja hållbar ekonomisk tillväxt i

partnerländer samtidigt som Sveriges ekonomiska och säkerhetspolitiska intressen beaktas och det säkerställs att BITs inte utgör hinder för att uppfylla klimatpolitiska åtaganden inom ramen för Parisavtalet.

För att åtgärda Sveriges pågående överträdelseärende kräver detta tillvägagångssätt att nya bestämmelser om kapitalöverföringar och andra skyddsåtgärder införs i alla omförhandlade avtal. Även om en sådan omfattande modernisering är en mer tidskrävande och formell väg jämfört med andra alternativ, signalerar själva inledandet av en BIT-reform ett åtagande att ta itu med överträdelserna, vilket bör minska risken för ytterligare åtgärder från kommissionens sida.

Dessutom innebär en omfattande reform en möjlighet att anpassa Sveriges BIT-program till globala trender, såsom initiativen för investeringsfrämjande inom WTO och OECD, harmonisering av standarder för investeringsskydd inom OECD, ett flertal UNCTAD-ledda initiativ på området och den multilaterala ISDS-reform inom UNCITRAL. En sådan anpassning kan underlätta de ekonomiska fördelarna med utländska direktinvesteringar och samtidigt som den stöder den gröna omställningen och digitaliseringen.

Dessutom har många mindre utvecklade länder inom den UNCTAD-ledda moderniseringsprocessen gett uttryck för en vilja att modernisera sina BIT:s vilka ingåtts med mer utvecklade länder och vilka baserades på en nu föråldrad avtalsmodell.

Den största utmaningen ligger dock i förhandlingsprocessens längd och komplexitet. Det är orealistiskt att förvänta sig att Sveriges avtalsparter villkorslöst skulle acceptera de föreslagna reformerna i bilaterala förhandlingar. Tvärtom kommer progressiva reformförslag sannolikt inledningsvis mötas med skepsis från många av våra BIT-parter. Flera av dessa har dessutom genom åren varit svarande i tvister och har därför utvecklat en mycket hög kompetens inom området, något som medför att förhandlingarna riskerar att bli komplicerade.

Processen skulle också innebära en kontinuerlig dialog med kommissionen, som skulle behöva stödja vårt förhandlingsförslag och ge sitt slutliga godkännande innan Sverige kan underteckna och ratificera något av de omförhandlade avtalen. Detta kommer oundvikligen att bli en lång och komplicerad process för Sveriges 52 avtal. Trots dessa utmaningar understryker Kommerskollegium att denna diskussion är avgörande med tanke på utvecklingen av avtals- och rättspraxis, samt EU:s investeringspolitik. En strategisk översyn av Sveriges BIT-program skulle vara viktig för att säkerställa att Sveriges avtal återspeglar dagens globala standarder och Sveriges samlade ekonomiska intresse.

5 Slutsats och vägen framåt

I föreliggande analys konstaterar Kommerskollegium att samtliga av Sveriges BIT:s uppvisar egenskaper som kännetecknar en föråldrad avtalsmodell som saknar den balans mellan investerarskyddet och Sveriges rätt att reglera som i dag är en central beståndsdel i moderna investeringsskyddsavtal. Medan internationell avtalspraxis har utvecklats och anpassats till nya utmaningar och förväntningar, har Sveriges BIT:s släpat efter. Sverige är därför sårbart för den allt vanligare kritiken som riktats mot investeringsskyddet, i synnerhet det begränsade utrymme som Sveriges BIT:s medger för att balansera investerares rättigheter med bredare såväl allmänhetens som statens intressen.

Mot denna bakgrund är det ett problem att Sveriges BIT:s inte tillräckligt skyddar Sveriges förmåga att vidta åtgärder i allmänhetens intresse, till exempel för att uppnå målen för hållbar utveckling eller för att skydda nationell säkerhet. Det blottlägger en risk för att Sverige drabbas av betydande skadestånd i skiljeförfaranden om behandling av investeringar.

Ett särskilt problem är kapitalöverföringsbestämmelserna i samtliga av Sveriges BIT:s, som har lett till överträdelseförfaranden inför EU-domstolen 2009, där Sverige förklarades ha brutit mot sina skyldigheter enligt EU-fördraget. Sverige har således under en längre tid inte följt EU-rätten.

Mot denna bakgrund förespråkar Kommerskollegium en reform av Sveriges BIT-program, med början i framtagandet av ett nytt svenskt modellavtal som utgör grunden för att komma vidare med dessa angelägna och för Sverige viktiga frågor.

Kommerskollegium är Sveriges myndighet för utrikeshandel, EU:s inre marknad och handelspolitik. Vår uppgift är att förbättra möjligheterna för internationell handel med utgångspunkt i öppenhet, klara spelregler och fri rörlighet på EU:s inre marknad.

Målet för vårt arbete är att bidra till en väl fungerande inre marknad, en extern handelspolitik i EU som bygger på frihandel samt ett öppet och starkt multilateralt handelssystem.

Vi förser regeringen med beslutsunderlag, utredningar och yttranden samt deltar i internationella möten och förhandlingar.

Kommerskollegiums Solvitcenter hjälper företag och privatpersoner som stöter på problem med den fria rörligheten. Vi är också värd för flera nätverk med näringslivsorganisationer och myndigheter som syftar till att utveckla förutsättningarna för handeln.

I vår roll som handelsmyndighet ingår dessutom att ge stöd till utvecklingsländer genom handelsrelaterat utvecklingssamarbete. Det sker bland annat genom kontaktpunkten Open Trade Gate Sweden som bistår exportörer från utvecklingsländer i deras handel med Sverige och EU.

Med våra utredningar och rapporter vill vi öka kunskapen om handelns betydelse för samhällsekonomin och för en global hållbar utveckling.

Kommerskollegium, juni 2024. ISBN: 978-91-89742-36-9



Kommerskollegium
National Board of Trade Sweden

Box 6803, 113 86 Stockholm
Telefon +46 8 690 48 00
Epost registrator@kommerskollegium.se
www.kommerskollegium.se