

Modernisera Sveriges investerings-skyddsavtal

**HENRIK HORN
OCH PEHR-
JOHAN NOR-
BÄCK**

Henrik Horn är professor i internationell ekonomi och verksam vid Institutet för Näringslivsforskning (IFN). Han forskar i skärningsområdet mellan ekonomi och juridik, särskilt gällande internationella avtal om handel, investeringar och miljö, och konkurrensfrågor. henrik.horn@ifn.se

Pehr-Johan Norbäck är docent i national-ekonomi och Senior Research Fellow vid IFN. Han forskar om entreprenörskap, industriell ekonomi, handel och direktinvesteringar. pehr-johan.norbäck@ifn.se

Författarna tackar Karolina Ekholm för synpunkter, Glenn Nielsen för dataarbete, *Ekonomisk Debatt*s redaktion för redaktionella förbättringar och Marianne och Marcus Wallenbergs Stiftelse för finansiering.

Sveriges investeringskyddsavtal behöver moderniseras. Sverige har drygt 50 bilaterala avtal och Sverige ingår också i det sektorspecifika Energistadgefördraget. Avtalen skyddar investeringar mellan partnerländerna mot förluster orsakade av offentliga åtgärder i värdländerna. Många länder har reviderat sina motsvarande avtal efter intensiv kritik, men de svenska avtalen har lämnats oförändrade. Vi argumenterar för att skydds-nivån bör reduceras även i de svenska avtalen.

Det finns globalt nära 2 700 mellanstatliga investeringskyddsavtal, de flesta med mycket likartad utformning. Avtalen tillkom inledningsvis under en tid när expropriationer och andra åtgärder med liknande effekt var vanliga i utvecklingsländerna och avsåg att stimulera investeringar till dessa från industriländer. Men det är i dag vanligt att investeringskydd också inkluderas i handelsavtal, även mellan utvecklade länder.

Avtalen har på senare tid starkt kritiserats internationellt. Den europeiska debatten har framför allt rört handels- och investeringskyddsavtalen TTIP mellan EU och USA och CETA mellan EU och Kanada. I USA har särskilt handelsavtalet NAFTA med Kanada och Mexiko debatterats. Det är inte bara ”anti-globalister” som har ifrågasatt avtalen. Även internationellt mycket väletablerade akademiska jurister, ekonomer och statsvetare har kritiserat avtalen.¹ Avtalen anses ge, eller kunna tolkas ge, ett alltför långtgående skydd. Kritik har också riktats mot en rad olika aspekter av tvistelösningsmekanismerna och särskilt att avtalen möjliggör för utländska investerare att stämna värdländer utanför värdländernas inhemska rättssystem (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*). Kritiken har fått näring av ett antal uppmärksammade tvister, som Philip Morris stämning av Australien för lagstiftning angående utformningen av cigarettpaket och Vattenfalls krav på kompensation från Tyskland för den accelererade utfasningen av kärnkraft efter Fukushima-olyckan. Kritiken har resulterat i en internationell våg av reformer av avtalsregimen.

Det har dock inte skett några påtagliga förändringar av de svenska avtalen sedan de tecknades. Det har förts en begränsad, men polariserad, debatt. Exempelvis skriver Vänsterpartiets Jonas Sjöstedt (2014) att ”[a]vtalen ger företag chans till enorma skadestånd och blir ett vapen för att pressa stater till att undvika viss lagstiftning. Utöver dessa jätteföretag är det främst advokater och jurister som är de stora vinnarna på de långa och kostsamma

¹ Se t ex Howse (2017), Johnson m fl (2015) och Stiglitz (2008).

processerna som blir resultatet. Förlorare är miljön, folkhälsan och medborgarnas rätt att demokratiskt välja vilka lagar och regler som ska gälla". Å andra sidan avfärdar en ledare i *Dagens Nyheter* (2015) kritiken mot TTIP som "mestadels trams" och en ledare i *Dagens Industri* (2015) beskriver kritiken mot investeringskyddsavtalen som "ren galenskap".

Vi kommer mycket kort att diskutera för- och nackdelar med de svenska avtalen sett ur ekonomiskt perspektiv.² Vår grundläggande tes är att *de avtal som ursprungligen ingicks för att stimulera svenska investeringar i utvecklingsländer, inte är lämpliga för att hantera partnerländernas allt större investeringar i Sverige*. Vår bedömning är därför att skyddsnivån i avtalen bör sänkas, så att investeringar från större partnerländer som Kina, Ryssland och Sydkorea ges samma skydd som de från t ex Sverige, övriga EU och USA.

1. Varför kritiserar avtalen

Något om avtalens innehåll

Investeringskyddsavtal har fram till nyligen haft mycket likartad utformning, det stora antalet avtal till trots. Dessa "traditionella" avtal är ofta mycket korta – många svenska avtal är inte mer än 6–8 sidor långa.

Avtalen har nästan alltid icke-diskrimineringsåtaganden i form av "mest gynnad nation" (*Most Favored Nation*, MFN), som innebär att direktinvesteringar från partnerland ska ges minst lika gynnsam behandling som investering från tredje land. De kräver även ofta *nationell behandling* (*National Treatment*, NT), dvs att investeringar från partnerland ska ges minst lika förmånlig behandling som inhemska investeringar. Svenska avtal ger typiskt MFN och de flesta även NT, men dessa åtaganden gäller endast efter att investering skett.

Ett centralt åtagande är att investerare ska kompenseras vid expropriation, både vid direkt övertagande av tillgångar och när offentliga åtgärder har samma effekt utan att detta leder till direkt övertagande av tillgångar – s k *indirekt expropriering*. I stort sett alla svenska avtal har detta åtagande. Avtalen innehåller också normalt åtaganden om *rättvis och skälig behandling*, vilka tillsammans med det om indirekt expropriering varit en av de vanligaste återopade grunderna i tvister. Dessa åtaganden finns i vissa svenska avtal. De traditionella avtalen innehåller även normalt en rad andra materiella åtaganden, som t ex rätten för investerare att överföra vinster till hemlandet.

Avtalen utmärks av starka implementeringsmekanismer. Dels har investerare normalt talerätt mot värdländer, vilket är mycket ovanligt för mellanstatliga avtal. ISDS finns i merparten av de svenska avtalen. Vidare har de flesta länder genom internationella konventioner förbundit sig att acceptera domslut i tvister rörande andra länders avtal och bistå med

² Artikel bygger delvis på studien Horn och Norbäck (2019a) för Myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser.

genomdrivandet av kompensationsbetalningar. Detta innebär bl a att om ett värdland vägrar betala utdömd kompensation kan investeraren begära hjälp från domstol i ett tredje land med att beslagta tillgångar tillhöriga värdlandet.

Det totala antalet tvister är inte känt eftersom avtalen ofta ger parterna rätt att hemlighålla dem. Men över 980 tvister är i dagsläget kända.³ Enligt FN:s handels- och utvecklingsorgan UNCTAD:s klassifikation har värdlandet vunnit ca 36 procent och investerare ca 30 procent av de nästan 650 avgjorda tvisterna. Övriga har haft annat utfall, som t ex förlikning. Men över 330 tvister är ännu ej avgjorda. Det tycks inte ha förts någon tvist mot Sverige (se dock nedan), men svenska investerare har varit involverade i fem tvister under Sveriges bilaterala avtal (mot Lettland, Bulgarien, Rumänien (två gånger) och Tanzania).

Kritiken mot avtalen

Kritiken mot avtalens materiella åtaganden har framför allt gällt reglerna beträffande indirekt expropriering och rättvis och skälig behandling. I det ofta kritiserade domslutet i *Tecmed*-tvisten från 2003 med USA som svarande part skrivs (vår översättning och kursivering):⁴

... Den utländske investeraren förväntar sig att värdlandet agerar på ett konsekvent sätt, utan oklarhet och fullständigt transparent i relationen med investeraren, så att investeraren på förhand känner alla regler och regleringar som kommer påverka dennes investeringar, såväl som syftena med den relevanta politiken och administrativa rutiner eller direktiv...

Detta synsätt lägger uppenbarligen mycket starka restriktioner på politiskt och administrativt beslutsfattande. Trots detta anammades resonemanget av efterföljande tvistelösningspaneler, låt vara att panelerna på senare tid i allmänhet gjort mindre långtgående tolkningar. Exemplet visar dock på möjligheten att tolka traditionella avtal på ett mycket långtgående sätt.

Kritik har även riktats mot en rad aspekter av tvistelösningsmekanismerna i avtalen, som t ex:

- att processer mot värdländer kan föras utanför den inhemska rättsordningen, vilket hävdas vara demokratiskt och rättsligt illegitimt;⁵
- att privata investerare kan föra processer mot värdländer;
- att två av personerna i panelerna tenderar vara partsrepresentanter med långsiktiga ekonomiska relationer med respektive part;
- att det finns mycket begränsade möjligheter till överprövning av panelbeslut;

³ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

⁴ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>.

⁵ 220 USA-baserade professorer i juridik och nationalekonomi krävde, i hög grad på denna grund, att USA inte ska delta i avtalet Trans-Pacific Partnership (TPP) och i andra avtal som inkluderar ISDS. Se <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/isds-law-economics-professors-letter-Sept-2016.pdf>.

- att dispyter kan föras helt konfidentiellt, vilket omöjliggör en utomstående granskning;
- att den fragmenterade avtalsregimen försvårar möjligheten att använda tidigare rättsfall vid avtalstolkningar;
- att investerare genom en symbolisk investering i ett land kan utnyttja landets investeringsskyddsavtal (*forum shopping*);
- att rättsprocesserna kan vara mycket kostsamma för värdländer även när de vinner målen;
- att utdömda kompensationsbelopp kan vara mycket stora i förhållande till värdlandets vinster av avtalen.

En övergripande kritik är att avtalen leder till att värdländer avstår från vissa önskvärda beslut, för att undvika tvister och kompensationsbetalningar – s k *regulatory chill*.

Kritiken har lett till en våg av reformer internationellt

Kritiken mot investeringsskyddsregimen har lett till en internationell våg av reformer av avtalen. Syftet har varit att minska möjligheten för paneler att göra långtgående tolkningar till förmån för investerare och att göra tvistelösningsmekanismerna mer lika vanliga rättsprocesser.

Exempelvis skiljer sig EU:s nyare avtal avsevärt från traditionella avtal. I det omförhandlade NAFTA har Kanada helt uteslutit ISDS och begränsningar har införts för andra tvister under avtalet. Nya Zeeland har uteslutit ISDS med vissa länder. I Europa har Italien dragit sig ur Energistadgan. Nederländerna har presenterat ett reviderat modellavtal som innehåller stora förändringar jämfört med deras modellavtal från 2004. Norge presenterade 2015 ett förslag till modellavtal som innehöll ett antal förändringar jämfört med dess tidigare avtal. Olika internationella organisationer såsom OECD och UNCTAD ser över investeringsregimen.

2. Sveriges avtal

Partnerländerna

Sedan 1965 har Sverige ingått ca 70 bilaterala avtal, varav 12 med östeuropeiska länder som i dag är EU-medlemmar. EU-kommissionen har framgångsrikt arbetat för att avtal mellan EU-länder inte ska vara giltiga, bl a för att de diskriminerar mot andra EU-medlemmar, och de förefaller därför inte längre gälla. Tabell 1 listar de 52 svenska avtal med icke-EU-länder som för närvarande är i kraft.

Liksom alla 28 EU-länder (utom Italien) och EU självt, är Sverige också med i Energistadgan, vilken skiljer sig från andra avtal genom att den bara täcker en bransch. Energistadgan är det i särklass oftast använda avtalet vid tvister – över 120 tvister har hittills förts under avtalet. Mer än hälften av

Tabell 1
Svenska bilaterala
avtal som är i kraft

Partnerland	I kraft år	Partnerland	I kraft år
Elfenbenskusten	1966	Venezuela	1998
Madagaskar	1967	Sydafrika	1999
Senegal	1968	Uruguay	1999
Egypten	1979	Thailand	2000
Malaysia	1979	Förenade Arabemiraten	2000
Serbien	1979	Libanon	2001
Pakistan	1981	Mexiko	2001
Sri Lanka	1982	Uzbekistan	2001
Kina	1982/2005	Kuwait	2002
Yemen	1984	Tanzania	2002
Tunisien	1985	Bosnien och Herzegovina	2002
Argentina	1992	Kyrgyzstan	2003
Indonesien	1993	Mongoliet	2004
Hong Kong	1994	Algeriet	2005
Peru	1994	Ethiopien	2005
Vietnam	1994	Guatemala	2005
Chile	1995	Mauritius	2005
Albanien	1996	Kazakstan	2006
Belarus	1996	Nigeria	2006
Oman	1996	Mozambique	2007
Ryska Federationen	1996	Marocko	2008
Sydkorea	1997	Panama	2008
Laos	1997	Armenien	2008
Ukraina	1997	Iran	2008
Nordmakedonien	1998	Georgien	2009
Turkiet	1998	Saudiarabien	2009

Källa: www.regeringskansliet.se och <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/2009/sweden>.

dessa rör förnybar energi i Spanien, Italien respektive Tjeckien. Vattenfalls krav på kompensation från Tyskland gällande utfasningen av kärnkraft görs under Energistadgan.

EU:s avtal

Sverige är som EU-medlem bundet av EUs regler om fri rörlighet för kapital, vilket gäller även gentemot tredje land. Det finns ett antal andra EU-förordningar och -regleringar som skyddar utländska investerare i Sverige.

Sedan Lissabonfördraget 2006 ligger kompetensen för investerings-skyddsavtal på EU-nivå. EU har ännu så länge bara tecknat ett fåtal avtal.

Men framtida avtal kommer att påverka Sverige på minst tre sätt:

- EU-avtal med länder som Sverige inte har avtal med kommer att täcka svenska utgående investeringar och kan eventuellt innebära åtaganden för Sverige för inkommande investeringar.
- De avtal som Sverige redan har med EU:s nya partnerländer kommer Sverige att behöva säga upp.
- Även om EU har kompetensen för investeringsskydd är det under vissa villkor möjligt för Sverige att ingå nya avtal. Men framtida EU-avtal eller förhandlingar om avtal kommer att minska denna möjlighet.

Ger avtalen skydd de facto?

En central fråga är om de svenska avtalen ger skydd *utöver* vad investera-re ändå har tillgång till i Sverige genom svensk och EU-lagstiftning samt internationella konventioner och lagar som Sverige är bundet av. Frågan är svår att besvara direkt, eftersom detta kräver ingående legal analys av all denna lagstiftning *de jure* och *de facto* och av hur avtalen kommer att tillämpas av tvistelösningspaneler i möjliga tvister.

En stark indikation på att avtalen har ”bett” är dock den internationella trenden att revidera äldre, traditionella investeringsavtal av samma typ som de svenska. Dessa förändringar görs trots att rättspraxis utvecklats mot mer restriktiva tolkningar av de begränsningar avtalen lägger på värdländerna. Ett antal utvecklade länder har uppenbarligen ansett att traditionella avtal ger skydd *de facto*, eller kan tolkas så.

EU har i betydande grad begränsat sina avtals räckvidd, efter att under förhandlingarna om CETA och TTIP ha mött starkt inhemskt politiskt motstånd. Som illustration, i CETA:s Bilaga 8-A begränsas möjligheten till kompensation för indirekt expropriation (vår kursivering):

För tydlighetens skull utgör icke-diskriminerande åtgärder eller åtgärdsserier som en part vidtar och som är avsedda och tillämpas för att skydda berättigade offentliga välfärdsmål, exempelvis hälsa, säkerhet och miljö, inte indirekt expropriation, utom i de *sällsynta fall* när effekten av en åtgärd eller serie av åtgärder är så allvarlig mot bakgrund av sitt syfte att den förefaller *uppenbart orimlig*.

Det finns en rad ytterligare inskränkningar i de materiella åtagandena i CETA. Liknande reservationer för värdländers rätt att reglera införs i avtal världen över. *Mycket lite eller inget av sådana inskränkningar finns i de svenska avtalen.*

Det sker också stora förändringar i tvistelösningsmekanismerna, framför allt i EU:s avtal. EU har t ex utvecklat en ny mekanism med två beslutsinstanser, där panelerna väljs genom lottning från en fast kader av domare. Inget av detta finns i de svenska avtalen.

En indikation på skillnaderna mellan de svenska och dessa modernare avtal är skillnaden i avtalens längd. Till exempel innehåller det holländska utkastet till modellavtalet från 2018 ca 8 400 ord, det norska utkastet till

modellavtal från 2015 ca 7 400 ord, medan det svenska modellavtalet från 2002 innehåller ca 2 900 ord (alla avtal i engelsk version). Skillnaden i längd kommer sig i hög grad av att det svenska avtalet saknar många av de precisioner och reservationer som finns i de andra avtalen.

En ytterligare indikation på skillnaderna mellan de svenska avtalen och modernare avtal är Kommerskollegiums (2015, 2017) detaljerade utvärdering av CETA. Man finner att CETA inte kommer att erbjuda kanadensiska investerare i Sverige väsentligt mer skydd än vad de redan får genom bl a svensk lagstiftning, EU-lagstiftning och Europakonventionen om mänskliga rättigheter. Argumentationen grundas på ett stort antal inskränkningar i CETA som inte finns i de svenska avtalen.

Vår slutsats är därför att det är rimligt att anta att *de svenska avtalen ger skydd i Sverige utöver vad som ges investerare från icke-partnerländer eller svenska investerare.*

3. Något om litteraturen

Det har tills nyligen i stort sett inte funnits någon ekonomisk teori om investeringsskyddsavtals drivkrafter och effekter. Den följande beskrivningen bygger främst på studien av skydd mot indirekt expropriering i Horn och Tangerås (2019, "H-T") och delvis på den icke-tekniska beskrivningen av modellen i Horn och Norbäck (2019b).

Mycket kortfattat, i H-Ts modell för ett traditionellt Nord-Syd-avtal, gör Nord-företag irreversibla investeringar i Syd. Dessa genererar skatteintäkter, faktorsättning, kunskaps- och tekniköverföring etc i Syd. Men de kan också få negativa konsekvenser, t ex miljöproblem, som gör det önskvärt ur Syds, och ibland ur aggregerad, synvinkel att införa regleringar som leder till att produktionen läggs ner. Att Syd vid sådana beslut bortser från förlusten av intäkter för de utländska investerarna, begränsar intresset för de utländska företagen att investera i Syd. Bristande inhemska politiska och legala institutioner gör emellertid att Syd inte kan göra ensidigt trovärdiga utfästelser om att avstå från att reglera.⁶ Syftet med ett Nord-Syd-avtal är att erbjuda ett sådant trovärdigt åtagande. Avtalet förpliktigar Syd att under vissa specificerade förhållanden kompensera Nords investerare för förluster vid reglering. Ju starkare förhandlingsstyrka Nord har gentemot Syd, desto mer omfattande kompensationsåtaganden kommer avtalet att innehålla.

Denna mekanism är mindre relevant för avtal mellan utvecklade länder. Dels kan de, om de så önskar, i hög grad göra trovärdiga unilaterala åtaganden om att skydda inkommande direktinvesteringar genom sina konstitutioner, lagar och förordningar. Dessutom avser avtal mellan utvecklade länder typiskt att stimulera direktinvesteringar i båda riktningar. H-T identifierar en alternativ roll för Nord-Nord-avtal, baserat på antagandet att när utvecklade länder beslutar omfattningen av investeringsskydd, väger man

⁶ Detta skiljer sig från det vanliga *hold-up-problemet* genom att reglering kan vara önskvärd ur aggregerad synvinkel.

dess positiva effekter i form av ökade investeringar, mot dess kostnader i termer av förväntade kompensationsbetalningar och påverkan på ekonomisk-politiska beslut. I avvägningen tas inte hänsyn till de ökade förväntade vinsterna för utländska investerare av den nationella skyddsnivån. Skyddet blir därför för lågt sett ur partnerländernas gemensamma perspektiv. Syftet med Nord-Nord-avtal är att koordinera åtaganden om utökat skydd.

Analysen har en rad implikationer för hur investeringsskyddsavtal ska utvärderas, varav följande spelar en central roll för diskussionen här:

- För att ett avtal ska stimulera direktinvesteringar måste det öka de förväntade vinsterna för utländska investerare, dvs *avtalen måste orsaka värdlandet förväntade kostnader*.
- Eftersom värdlandets framtida regleringsbehov inte är känt när avtalen tecknas är avtalet i sig en *investering med osäker kostnad* för värdlandet. Kostnaden behöver inte uppstå omedelbart.
- Avtalen har en fundamental svaghet i att de skyddar alla ingående investeringar, *oavsett om orsakade av avtalet eller ej*.

Diskussionen ovan rör bilaterala relationer. Men en potentiellt viktig aspekt av avtalen är att de är *diskriminerande*, eftersom skyddet endast gäller direktinvesteringar mellan partnerländerna. I den mån avtalen påverkar direktinvesteringsflödena, kan de därför orsaka utträngningseffekter som minskar värdet av ökade investeringar. Exempelvis, om Sveriges avtal med Sydkorea får ett sydkoreanskt företag att köpa en svensk tillgång som skulle ha köpts av ett tyskt företag utan avtalet, är nettoeffekten på investeringsvolymen skillnaden i vad det sydkoreanska företaget betalar och vad det tyska företaget skulle ha betalat. Om externaliteterna från investeringarna är lika stora, är det denna skillnad, som kan vara mycket liten, som ska ställas mot de förväntade kostnaderna för Sverige av avtalet.

Slutligen, det finns en mer omfattande empirisk litteratur om avtalens effekter på direktinvesteringar. Litteraturen brottas med metodologiska problem och ger inget entydigt stöd för att avtalen har betydande effekter på direktinvesteringar. Den evidens som finns rör Nord-Syd-avtal, men även där är stödet blandat. Litteraturen ger inget stöd för att Nord-Nord-avtal skulle ha påtagliga effekter.⁷

4. Hur se på effekten av avtalen för svenska investeringar utomlands?

En grov uppfattning om betydelsen av svenska bilaterala avtal för svenska utgående direktinvesteringar ges av att år 2017 fanns mindre än tio procent av stocken av utgående direktinvesteringar i partnerländer som inte är EU-medlemmar. Många av dessa investeringar skulle förmodligen ha skett

⁷ Till exempel, i utvärderingen av det nyligen omförhandlade NAFTA skriver den amerikanska myndigheten International Trade Commission (2019, s 200) att "...det finns inga entydiga belegg för att bilaterala investeringsskyddsavtal mellan utvecklade länder kan stimulera investeringar".

även utan avtalen, men det kan inte uteslutas att en del av investeringarna i partnerländerna är orsakade av avtalen. Sett ur aggregerad synvinkel tycks dock avtalen hittills ha haft *mycket begränsad påverkan på volymen*. Avtalen har också med något undantag inte utnyttjats för tvister och har oss veterligen inte lett till några kompensationsbetalningar (detta kan vi dock inte veta med säkerhet). Avtalens påverkan på ekonomisk-politiska beslut i värdländerna är omöjlig att bedöma. Avtalens effekter hittills kan alltså ha varit positiva, men förmodligen inte särskilt stora.

Sannolikt kommer dock flera av de större partnerländerna att växa betydligt i absoluta tal och de kommer att utvecklas vad gäller legala institutioner. Dessa marknader kommer då att attrahera mer svenska utgående direktinvesteringar. Kina kommer sannolikt att bli ett dominerande värdland för direktinvesteringar, särskilt om förutsättningarna för investeringar i Kina förbättras, och den höga tillväxttakten fortsätter. Flera andra av partnerländerna bör också bli allt mer attraktiva för svenska utländska direktinvesteringar, som Indonesien, Malaysia, Mexiko, Thailand och Vietnam, vilka redan är integrerade i globala värdekedjor.

På basis av de svenska avtalens begränsade effekter på investeringarna hittills, och den empiriska litteraturen, tror vi dock att en tämligen begränsad del av ökningen av investeringar till dessa partnerländer kommer att bero på Sveriges avtal. Men avtalens värde kommer att öka av att de täcker de (infra-marginella) investeringar som ändå sker. Detta kommer att öka de förväntade kompensationsbetalningarna till svenska investerare och kanske till vinster av ändrade ekonomisk-politiska beslut. Avtalens värde tenderar dock att minska i den mån partnerländerna får bättre legala administrativa och legala institutioner, eftersom alternativet utan avtal då tenderar att bli bättre för investerare. Vi tror dock att nettoeffekten är att avtalen växer i värde under överskådlig tid.

Många av de svenska partnerländerna är mindre utvecklade med förhållandevis låg BNP (se tabell 1). Tillväxtpotentialen i absoluta termer är liten för dessa länder. Avtalen med dessa länder kommer därför troligen att fortsatt vara ekonomiskt sett av mycket begränsat värde sett till aggregerade utgående direktinvesteringar.

5. Hur se på effekten av avtalen för utländska investeringar i Sverige?

De svenska investeringsskyddsavtalen har i hög grad ingåtts under en tid då partnerländerna saknade kapacitet att investera i Sverige. Men den ekonomiska utvecklingen i vissa svenska större partnerländer, som t ex Kina, Ryssland, Sydkorea och Turkiet, gör att avtalen i allt högre grad kommer att gälla dessa länders investeringar i Sverige. Är avtalen rätt utformade för dessa investeringar?

Anta att avtalen faktiskt skulle öka investeringarna. Då uppstår frågor om vad värdet av dessa är ur svenskt perspektiv. Vi kan inte se att investe-

ringar från dessa länder skulle vara förknippade med större positiva externaliteter än investeringar från t ex andra EU-länder eller Sverige. Vi kan inte heller se att det finns en brist på investeringar från partnerländerna på grund av att de är diskriminerade i svenska politiska och administrativa beslut – om så vore fallet borde diskrimineringen åtgärdas direkt, snarare än genom vagt formulerade investeringsskyddsavtal. Man kan också konstatera att den politiska risken för investerare från andra länder än partnerländerna har varit tillräckligt låg för att ge mycket stora inflöden av investeringar.

Men det förefaller dock osannolikt att avtalen kommer att ha någon påtaglig positiv effekt på inflödet av investeringar. År 2017 var stocken av ingående direktinvesteringar från partnerländer som inte är EU-medlemmar mindre än 0,2 promille av den totala stocken av ingående direktinvesteringar. Dessa avtal har alltså haft en *helt försumbar* effekt sett till aggregerade ingående investeringar. Detta är konsistent med avsaknaden av stöd i den empiriska litteraturen för att avtalen stimulerar investeringar i utvecklade länder.

Men avtalen kommer ändå att ha förväntade kostnader eftersom avtalen skyddar *alla* investeringar från partnerländerna, inte bara de som är stimulerade av avtalen. Med ökande investeringar från större partnerländer blir det blir allt mer sannolikt att avtalen kommer att utnyttjas för att föra tvister mot Sverige. Detta innebär förväntade kostnader för Sverige i form av kompensationsbetalningar, legala processer och/eller förändrade politiska eller administrativa beslut. Det är svårt att bedöma hur stora dessa förväntade kostnader är i praktiken. Senare års erfarenheter talar dock för att de kan bli betydande:

- Nederländerna har nyligen blivit stämt under Energistadgan av tyska Uniper för förluster för ett kraftverk, färdigställt 2016 till en kostnad av 1,6 miljarder euro. Kärnkraftverket byggdes som en följd av avvecklingen av kolkraft fr o m 2030. Nederländerna är vidare stämt av tyska RWE av liknande skäl och där en av två berörda anläggningar har en investeringskostnad på 2,8 miljarder euro. Nederländerna har också nyligen blivit stämt av en finansiell institution i Venezuela för hanteringen av en insolvent bank, vilket sägs ha orsakat investeraren en förlust på över en miljard USD.
- Spanien har blivit stämt 50 gånger, varav 44 under Energistadgan, för framför allt avveckling av stöd till förnybar energi. Spanien har förlorat tio av 13 avgjorda tvister och de utdömda kompensationsbeloppen är sammanlagt nära 800 miljoner euro för nio av dessa. Kända kompensationskrav i icke-avgjorda tvister uppgår till ca 6,5 miljarder euro.⁸ Kompensationskraven är dock okända för tio av tvisterna. Till beloppen ovan kommer Spaniens legala kostnader.
- Tyskland har blivit stämt under Energistadgan av Vattenfall för avvecklingen av kärnkraft för 4,7 miljarder euro.

⁸ <http://investmentpolicy.unctad.org/>.

- EU har nyligen blivit stämt av det ryskägda Nord Stream 2 under Energistadgan för beslutet att EU:s konkurrenslagstiftning ska gälla gaspipelines till och från EU. Ryssland har inte ratificerat avtalet, men man utnyttjar att företagets huvudkontor ligger i Schweiz. Beloppet är inte känt, men företaget har uppgett att större delen av den totala planerade investeringskostnaden på 11 miljarder USD har lagts ned.

Sverige tycks inte ha varit inblandat i tvister, tills nyligen. Men det australiensiska företaget Aura Energy Ltd, som även är registrerat i Storbritannien, har just meddelat att de har påbörjat en tvist under bl a Energistadgan angående det svenska förbudet mot uranbrytning 2018, som hävdas bryta mot stadgans åtaganden om indirekt expropriering och om rättvis och skälig behandling. Företaget hävdar att det åsamkats förluster på motsvarande drygt 17 miljarder kr. Tvisten är i skrivande stund ännu i sin inledande konsultationsfas.

Många av dessa tvister är oavslutade och det är därför oklart i vilken mån värdländerna kommer att drabbas av kostnader. Det är dock rimligt att anta att investerarna bedömer att sannolikheten för att de ska vinna tvisterna är tillräckligt hög för att vara värt de avsevärda legala kostnader som uppkommer om de förlorar målen. Men även om värdländerna vinner tvisterna kan de vara kostsamma för värdländerna. Australien vann tvisten med Philip Morris, men fick ändå bära kostnader på ca 39 miljoner australiensiska dollar (ca 250 miljoner kr) efter att Philip Morris ersatt Australien för legala kostnader. Skälet var att Australien fört ett legalt resonemang som panelen fann alltför felaktigt.⁹

Sammanfattningsvis, vi ser inget skäl att särskilt stimulera investeringar från partnerländerna. Vi tror inte att avtalen kommer att göra det heller i någon högre grad. Men avtalen kommer ändå att vara förknippade med växande kostnader.

6. Slutsatser

Modernisera de svenska bilaterala avtalen

Diskussionen ovan leder till två motstridiga synpunkter på de svenska avtalen. Å ena sidan kan avtalen förmodas ha positiva förväntade effekter vad gäller svenska utgående direktinvesteringar i form av förväntade kompensationsbetalningar och/eller anpassningar av myndighetsbeslut. Å andra sidan innebär avtalen motsvarande välfärdsöverföring från Sverige till investerare från partnerländerna, men detta utan att påtagligt öka investeringsvolymen.

En mycket omfattande analys skulle krävas för att kvantifiera dessa förväntade vinster och kostnader, om det är alls görligt. Vi anser att en noggrannare utvärdering behöver göras för att mer systematiskt belysa dessa

⁹ <http://pcacases.com/web/sendAttach/2190>.

effekter (se nedan). I avsaknad av en sådan analys är vår intuitiva uppfattning att de förväntade kostnaderna är större än vinsterna och att Sverige därför bör följa den internationella trenden att *minska skyddet* i denna typ av avtal. Vi anser att det åvilar ansvariga myndigheter.

En möjlig utgångspunkt vore att *avtalens skydd ska vara i paritet med vad EU:s avtal ger*.¹⁰ Detta skulle ha en rad fördelar:

- 1) CETA ger enligt Kommerskollegium (2015, 2017) en liknande skyddsnivå som vad investerare i Sverige ändå skulle ha tillgång till. Om korrekt, skulle en CETA-anpassning av de svenska avtalen innebära att investeringar från t ex Kina, Sydkorea, Indonesien och Ryssland inte ges mer omfattande skydd än investeringar från t ex Tyskland, USA eller Sverige.
- 2) En anpassning till CETA skulle då också innebära att *svenska investerare skulle få samma skyddsnivå i partnerländerna som de har i Sverige och EU i övrigt*.
- 3) En gemensam skyddsnivå skulle minska möjligheterna för investerare från icke-partnerländer att utnyttja avtalen för att föra tvister mot Sverige (*forum shopping*).
- 4) Partnerländerna kan lättare förmås acceptera att avtalen revideras om Sverige hänvisar till EU-anpassning.
- 5) Det skulle förenkla informationsmässigt för svenska investerare att möta samma investeringskydd i partnerländerna som hemma.
- 6) Framtida rättspraxis från EU-avtalen skulle i högre grad kunna användas för att tolka de svenska avtalen och därmed ytterligare minska osäkerheten kring deras faktiska konsekvenser.

Modernisera Energistadgan

Investeringar i energi är ofta höggradigt irreversibla och mycket långsiktiga. Avkastningen är känslig för politiska beslut vilka är mer föränderliga än i många andra sektorer. Detta är faktorer som talar för någon form av investeringskydd. Energistadgan syftade till att lösa sådana problem i de forna östblocksländerna, där de uppfattades vara särskilt stora. Samtidigt är energi ett av de områden där det ställs störst krav på politiskt drivna förändringar. Den politiska viljan att göra nödvändiga åtgärder påverkas förmodligen när kompensationskraven blir så omfattande som i ett stort antal pågående och nyss avslutade Energistadgetvister (dvs *regulatory chill*).

Sverige bör stödja den pågående processen att modernisera avtalet och EU-kommissionens försök att avsluta Energistadgan vad gäller intra-EU-tvister.

Utvärdera den svenska avtalsregimen

Vi har ovan dragit tentativa slutsatser om avtalsregimen baserat på vår nuvarande förståelse. Vi anser att en mer djuplodande och systematisk

¹⁰ En komplikation är att CETA i vissa avseenden tycks ge mer skydd än de svenska avtalen.

utvärdering behöver göras med hjälp av internationella experter, jurister såväl som ekonomer. Huvudfrågan att besvara är naturligtvis hur avtalens förväntade kostnader och intäkter ser ut. Det behövs även en bedömning av vilken myndighet som ska ansvara för avtalen framledes. Det verkar rimligt att avtal som i huvudsak har ekonomiska syften hanteras av myndigheter med juridisk och ekonomisk kompetens.

REFERENSER

- Dagens Industri* (2015), "Ledare – Löfven bör säga nej till LO och ja till ISDS", 7 april 2015.
- Dagens Nyheter* (2015), "Gunnar Jonsson – ett steg närmare vinstaffären", 29 maj 2015.
- Horn, H och P-J Norbäck (2019a), "International Investment Agreements: Efficient Means of Promoting Swedish Growth?", PM 2019:09, Tillväxtanalys, Stockholm.
- Horn, H och P-J Norbäck (2019b), "Economic Aspects of International Investment Agreements", *American Review of International Arbitration*, vol 30, s 11–34 (tidigare version finns som IFN Working Paper 1250, Stockholm).
- Horn, H och T Tangerås (2019), "Economics of International Investment Agreements", IFN Working Paper 1140, Stockholm.
- Howse, R L (2017), "International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework", i Ruiz-Fabri, H (red), *International Law and Arbitration*, Nomos Press, New York.
- International Trade Commission (2019), "U.S.-Mexico-Canada Trade Agreement: Likely Impact on the U.S. Economy and on Specific Industry Sectors", Publication 4889, International Trade Commission, USA.
- Johnson, L, L Sachs och J Sachs (2015), "Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law", Columbia Center on Sustainable Investment, Policy Paper, maj 2015.
- Kommerskollegium (2015), "'Rätten att reglera' i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?", Kommerskollegium, Stockholm.
- Kommerskollegium (2017), "Analys av frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA)", Kommerskollegium, Stockholm.
- Sjöstedt, J (2014), "Orimligt att Vattenfall stämmer Tyskland", *Svenska Dagbladet*, 13 november 2014.
- Stiglitz, J E (2008), "Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities", *American University International Law Review*, vol 23, s 451–558.