

Investeringsbeskyttelse i en kommende frihandelsaftale mellem EU og USA

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



LONE WANDAHL MOUYAL

Adjunkt, ph.d.
Det Juridiske Fakultet,
Københavns Universitet,
Email: lone.wandahl.mouyal@jur.ku.dk

Udenlandske investeringer og behovet for stabilitet og fleksibilitet

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

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

Ud over hensynet til stabilitet eksisterer behovet for fleksibilitet, dvs., at der også sikres et vist råderum for en værtsstat til at ændre politisk kurs, foretage nye prioriteringer og adressere uforudsete hændelser. Der kan være mange grunde til, at en stat ønsker at ændre på vilkår for virksomhedsdrift. Det kan skyldes ændrede politiske prioriteringer i forbindelse med et regeringsskifte, være begrundet i konjunkturændringer eller militære konflikter, teknologisk udvikling eller ny viden, der

forrykker den virkelighed, hvori virksomheden agerer. Ny viden viser måske, at et produkt er sundhedsskadeligt, et kemisk middel er kræftfremkaldende eller stærkt forurenende, og der kan derfor komme behov for at indføre restriktioner i brugen af bestemte stoffer. Alle disse former for indgreb kan have en negativ indvirkning på virksomhedsudøvelsen og derved investeringens værdi. Da den samfundsmæssige kontekst er en dynamisk størrelse, er der derfor behov for fleksibilitet i det retlige grundlag, når længerevarende investeringer skal betrygges. I folkeretlig henseende betyder det, at værtsstaten skal have mulighed for at udøve en vis fleksibilitet uden at pådrage sig statsansvar for folkeretsbrud. Faktorer, der kan realisere behovet for fleksibilitet, kan opstå pludseligt (f.eks. i form af et terrorangreb, der foranlediger øget kontrol med virksomhedsdrift eller indefrysning af finansielle midler) eller mere glidende (f.eks. ved, at ny forskning giver anledning til sundheds- eller miljøregulering med forbud af brugen af visse kemiske stoffer).

Et retligt grundlag, der inkorporerer hensynet til fleksibilitet, er også i investorernes interesse, idet et længerevarende investeringsprojekt ikke kan operere isoleret fra den omgivende verden, og investoren må forholde sig dertil. Når der allerede i forbindelse med planlægningen af investeringen er klarhed omkring hensynet til fleksibilitet i det retlige grundlag, har investoren mulighed for at undgå mange ubehagelige overraskelser. Omvendt kan et fastfrosset juridisk regime i realiteten generere større usikkerhed for en investor. Usikkerheden forøges i takt med projektets længde, idet en investor næppe kan forvente, at værtsstaten afstår fra at tilpasse sig samfundsudviklingen.

Den grundlæggende juridiske problemstilling vedrører spørgsmålet om, hvordan man udformer et retsgrundlag, der yder en effektiv investeringsbeskyttelse samtidig med, at man sikrer et råderum for staten til at foretage nye politiske prioriteringer.

Det traktatbaserede investeringsbeskyttelsesregime

Traktater til beskyttelse af udenlandsk investeringer har været forhandlet mellem stater i mere end 50 år. Danmark har underskrevet 55 bilaterale investeringsbeskyttelsesaftaler (BITs) og 64 øvrige aftaler, der typisk er af multilateral karakter med EU som traktatpart, hvor investeringsbeskyttelse indgår som et led i en større og bredere økonomisk aftale. Til sammenligning har Sverige underskrevet 69 BITs og 64 øvrige aftaler. Norge, der står uden for EU, har underskrevet 15 BITs og har derudover indgået 28 øvrige aftaler om investeringsbeskyttelse.¹ Tyskland har underskrevet hele 135 BITs, Storbritannien 106 BITs og Holland 95 BITs, og alle tre lande indgår desuden i 64 øvrige aftaler. På verdensplan er det blevet til mere end 3.000 investeringsbeskyttelsesaftaler. Trods det betydelige antal aftaler er aftalerne i vid udstrækning enslydende. Typisk dækker aftalerne over en toleddet beskyttelse, hvoraf første led omfatter en række materielle beskyttelsesstandarder med påbud og forbud i forhold til behandlingen af udenlandske investorer og deres investeringer, og det andet led giver investoren adgang til effektiv håndhævelse af beskyttelsen.

De materielle beskyttelsesstandarder vedrører beskyttelse mod politisk risici, dvs. risikoen for indgreb, der har negativ indvirkning på (værdien af) investeringen. Denne beskyttelse dækker bl.a. over forpligtelsen til at yde 'fuld beskyttelse og sikkerhed'.² Kerneområdet for denne bestemmelse relaterer sig fysisk skade på investeringen. Der er ikke tale om en objektiv forpligtelse, men en handlepligt for værtsstaten til med rettidig omhu at sikre investeringen. Værtsstaten forpligter sig typisk også til at yde 'rimelig og retfærdig behandling'³ af investorer. I praksis dækker standarden navnlig over et krav om retfærdig proces (due process) og retfærdig rettergang (forbud mod denial of justice). En tredje central beskyttelsesstandard er kravet om erstatning for ekspropriation eller indgreb, 'der har karakter af ekspropriation' (indirekte ekspropriation).⁴ Sidstnævnte udgør i praksis en stor del af sagerne. Endelig indeholder investeringsaftaler typisk et forbud mod diskrimination og en ret til frit at kunne overføre midler til værtsstaten i forbindelse med investeringens etablering, vedligeholdelse mv. samt til at udføre afkast eller surrogater i form af f.eks. salgsprovenu.⁵

I tillæg til den materielle beskyttelse indeholder investeringsbeskyttelsesaftalerne typisk en processuel beskyttelse i form af en effektiv adgang til at håndhæve beskyttelsen i et neutralt forum uden for værtsstaten ved international voldgift kendt som investor-state dispute settlement (ISDS). Voldgiftsretten træffer afgørelse i fortrolighed, og afgørelsen er bindende for parterne og uden appeladgang.⁶

Den traktatbaseret investeringsbeskyttelse medfører, at fortolkningen af traktaterne følger de folkeretlige regler herom. Det primære juridiske instrument til fortolkning af traktater er Wienerkonventionen om traktatretten, hvor den almindelige fortolkningsregel i artikel 31, stk. 1, tilsiger, at en "traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål." Staternes fælles hensigt og formål med traktaten udtrykkes typisk i traktatens præambel, der derved angiver retningen for fortolkningen af de materielle beskyttelsesstandarder. Herudover følger det af artikel 31, stk. 3 litra c, at investeringsbeskyttelsesaftalen skal fortolkes under hensyntagen til staternes øvrige folkeretlige forpligtelser som eksempelvis internationale klimakonventioner, ILO-konventioner eller menneskerettigheder i øvrigt.⁷

Med Lisabon-traktatens ikrafttræden har EU overtaget kompetencen til at forhandle investeringsbeskyttelse fremadrettet.⁸ Danmark kan principielt stadig anmode Kommissionen om tilladelse til at forhandle nye aftaler med lande, hvor EU ikke har intentioner om at indgå forhandlinger. I praksis sætter EU imidlertid nu standarden for de danske aftaler fremadrettet, da det reelt er vanskeligt for Danmark ikke at lægge sig tæt op af de standarder, der formuleres i EU-regi.

Formålet med traktatregimet – fra stabilitet til fleksibilitet

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

NOTE 1 De fleste investeringsbeskyttelsesaftaler kan findes i UNCTADs database, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

NOTE 2 Se f.eks. aftalen mellem Danmark og Kuwait, artikel 3, stk. 1.

NOTE 3 Se f.eks. aftalen mellem Danmark og Egypten, artikel 3, stk. 1.

NOTE 4 Se f.eks. aftalen mellem Danmark og Kina, artikel 4, stk. 1.

NOTE 5 Spiermann, Juristen, 325-340.

NOTE 6 Schiersing, 2000, s. 277.

NOTE 7 Se bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten.

NOTE 8 Dolzer og Schreuer, 2012, s. 11.

det staternes stigende ønske om at varetage et mere langsigtet formål med traktaterne. Formålet med indgåelse af investeringsbeskyttelsesaftaler har for mange lande ændret karakter fra 'økonomisk udvikling' til 'bæredygtig udvikling'.⁹ Begrebet bæredygtighed eller bæredygtig udvikling defineres typisk med henvisning til social udvikling og miljøbeskyttelse i tillæg til den økonomiske udvikling.¹⁰

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

Stabilitet og fleksibilitet i investeringstvister

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

Kritikken af ISDS-mekanismen har været tiltagende de seneste år. Et centralt kritikpunkt lyder, at investeringsbeskyttelsesaftalerne begrænser staters 'ret til at regulere'. Når man taler om værtsstatens ret til at regulere, dvs. muligheden for at ændre de vilkår, der gør sig gældende for et længerevarende investeringsprojekt, er det nødvendigt at præcisere, at der ikke ud fra et retligt perspektiv er tvivl om, at en stat til hver en tid kan regulere. Dette følger af staters suverænitetsret i den almin-

delige folkeret. Begrebet 'ret til at regulere' er derfor i sig selv misvisende. En voldgiftsret etableret i medfør af den traktatbaserede investeringsbeskyttelsesaftale har ikke kompetence til at annullere eller tilbagekalde regulering. Det centrale spørgsmål er derfor ikke, om staten kan regulere, men derimod hvorvidt staten skal betale erstatning for at ændre vilkårene for virksomhedsudøvelsen. Svaret på dette spørgsmål beror altid på en konkret vurdering. Her opstår imidlertid den helt centrale retlige problemstilling i relation til ISDS-mekanismen. Faktum er, at der er uklarhed omkring, hvilke kriterier der skal lægges til grund, når voldgiftsdommerne skal foretage vurderingen af, om et indgreb udløser erstatning. Når voldgiftsdommerne eksempelvis skal vurdere, om et indgreb strider med kravet om rimelig og retfærdig behandling eller udgør indirekte ekspropriation, er det uklart, hvilken betydning voldgiftsdommerne skal tillægge værtsstatens formål med indgrebet. I de fleste sager tillægges indgrebets effekt alene vægt.¹¹

En anden og mere afbalanceret tilgang til fortolkningen af de materielle beskyttelsesstandarder har imidlertid også fundet plads i voldgiftspraksis.¹² Her har voldgiftsdommerne foretaget en proportionalitetsafvejning mellem effekten og det forfulgte formål. Som en del af denne afvejning indgår deslige spørgsmålet om nødvendigheden af indgrebet, og hvorvidt indgrebet må anses som et egnet middel til at opnå det forfulgte formål. Ud fra dette synspunkt kan den offentlige interesse indgå i vurderingen af, om der er tale om et erstatningspådragende indgreb.¹³ Med denne tilgang gives der principielt en større mulighed for at varetage hensynet til fleksibilitet.

Eklatante søgsmål har bidraget til kritikken mod investeringsbeskyttelsesregimet. Kontroversielt for disse sager er, at investoren via ISDS-mekanismen har søgt at teste aftalens fleksibilitet i forhold til mere generelle regulatoriske indgreb. Eksempelvis har det svenske energiselskab, Vattenfall, indledt en sag mod Tyskland for brud på investeringskapitlet i Energi Charter Traktaten. I kølvandet på Fukushima-ulykken i Japan besluttede den tyske regering at udfase atomenergiprogrammet tidligere end planlagt, hvilket af Vattenfall anses for at være et erstatningspådragende brud på investeringsbeskyttelsesaftalen. Andre kontroversielle søgsmål er indledt af tobaksselskabet Philip Morris mod Australien og Uruguay for krænkelse af deres immaterielle rettigheder, idet en ny politisk kurs forhindrer virksomheden i at fremvise deres logo på cigaretpakkerne.¹⁴ Sagerne har fået stor opmærksomhed, idet de synliggør, at den traktatbaserede investeringsbeskyttelse kan have negativ indvirkning på staters ret til at regulere, når staten risikerer at skulle svare investo-

NOTE 9 Cordonier Segger og Kent i Cordonier Segger, Gehring og Newcombe 2011, s. 771-792.

NOTE 10 Rapport af the World Commission on Environment and Development, 'Our Common Future', (Brundtland-rapporten), 1987.

NOTE 11 Se f.eks. *Metalclad v. Mexico*, kendelse af 30. august 2000.

NOTE 12 Se f.eks. *Methanex v. USA*, endelig kendelse af 3. august 2005.

NOTE 13 Dolzer og Schreuer, 2012, s. 112-115.

NOTE 14 Mouyal, 2014, s. 34-38.

rer erstatning for en legitim regulering til fremme af miljø og sundhed. Samtidig illustrerer disse aktuelle søgsmål spændingsfeltet mellem stabilitet og fleksibilitet. I praksis løses stabilitet-fleksibilitetsdilemmaet nu af voldgiftsdommerne ad hoc, når de konkrete sager opstår og ikke af staterne på baggrund af grundlæggende overvejelser om denne balance.

Stabilitet og fleksibilitet i TTIP

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

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

Da USA og Canada i 1994 indgik den Nordamerikanske Frihandelsaftale (NAFTA) med Mexico var hensigten at sikre amerikanske og canadiske investorer rettigheder, således at disse kunne håndhæves uden om de mexicanske domstole, men da søgsmålene pludselig blev indledt af canadiske investorer mod USA og vice versa blev aftalens reciprocitet til virkelighed. Det havde konsekvenser for forhandlingen af investeringsbeskyttelsesaftaler for USA og Canada fremadrettet. Da USA i 2004 stod klar med en ny modelaftale til forhandling af investeringsbeskyttelse, var det en aftalemodel, som i langt videre omfang end europæiske modelaftaler på det tidspunkt beskyttede statens råderum til at indføre regulering på området for sundhed, sikkerhed og miljø, der kun undtagelsesvist skulle udløse erstatning.¹⁶ I 2012 kom USA igen på banen med en ny modelaftale, som var et resultat af en mere end tre år lang proces, der inkluderede en bred vifte af aktører, herunder virksomheder, NGO'er og akademikere. Den lange proces vidner både om en markant offentlig interesse i emnet og en betydelig velvilje fra amerikansk side til at sikre en bedre balance mellem stabilitet og fleksibilitet og derved fremtidige aftalers demokratiske legitimitet.

IT TIP søges stabilitet-fleksibilitets dilemmaet løst både via en præcisering af de materielle beskyttelsesstandarder og statens ret til at regulere men også via etableringen af en forbedret tvistbilæggelsesmekanisme. I det følgende fokuseres på forslaget til traktatens artikel 2 i kapitlet om investeringsbeskyttelse, *Investment and regulatory measures/objectives*. Kommissionen har offentliggjort et forslag til teksten til kapitlet om investeringsbeskyttelse i TTIP. Teksten udgør ikke et forhandlingsforslag til USA, men den er derimod en intern tekst, der nu diskuteres blandt medlemslandene.¹⁷ I teksten adresseres balancen mellem stabilitet og fleksibilitet i artikel 2, der bærer overskriften "*Investment and regulatory measures/objectives*." At problemstillingen adresseres i en selvstændig og generel bestemmelse er nyt og kan anses for en anerkendelse af problemstillingens grundlæggende karakter.

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

NOTE 15 *Ethyl Corporation v. Canada*, jurisdiktionskendelse, 24. juni 1998; *S.D. Myers v. Canada*, kendelse 13. november 2000; *Methanex Corporation v. USA*, 3. august 2005.

NOTE 16 Heindl, 2006.

NOTE 17 Teksten kan findes på, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/inta/dv/tradoc_153807/tradoc_153807en.pdf.

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

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

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

Retsvirkningerne af ’den særlige anerkendelse’, som medgives visse typer af generel regulering i medfør af artikel 2, er således af bevisbyrdemæssig karakter. Bestemmelsen bliver derved aktuel, når en konkret tvist opstår. Hertil kommer, at bestemmelsen også kan aktualiseres forinden, idet den måske vil afholde investorer fra at indlede visse søgsmål. En tilsvarende bestemmelse findes ikke i den seneste investeringsbeskyttelsesaftale,

som EU forhandlede færdig med Canada i august 2014, *the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Man kan derved sige, at der i EU-regi er sket en udvikling i retning af en mere generel anerkendelse af stabilitets-fleksibilitetsdilemmaet.

Man kan konkludere, at udkastet til ordlyden til artikel 2 indeholder både en politisk og en retlig dimension af stabilitets-fleksibilitetsdilemmaet. Politisk set har EU Kommission taget et yderligere skridt i retning af konsensus omkring anerkendelsen af stabilitets-fleksibilitetsdilemmaet. Bestemmelsen har dog også en retlig dimension. Dels er bestemmelsen placeret som en bestemmelse i den materielle del af aftalen. Bestemmelsen er derfor ikke blot en politisk programerklæring. Bestemmelsen kan fortolkes som en bestemmelse, der etablerer en formodningsregel, hvorved den aktualiseres ved en eventuel investeringstvist om brud på de øvrige materielle beskyttelsesstandarder indeholdt i traktaten.

Konklusion og perspektivering

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

I EU-regi forsøger man nu at tage hånd om stabilitet-fleksibilitetsdilemmaet i forhandlingen af TTIP med USA. I den forbindelse kan artikel 2 i Kommissionens udkast vise sig at blive en central bestemmelse. Oprindeligt var det planen, at TTIP-aftalen skulle være færdigforhandlet i 2017. Det er imidlertid uklart, om investeringskapitlet kan færdigforhandles. En central udfordring bliver i den henseende navnlig EU Kommissionens forslag til en forbedret tvistbilæggelsesmekanisme. I alle tilfælde bliver det interessant at se, om man internt i EU kan opnå konsensus omkring stabilitets-fleksibilitetsdilemmaet. Kan der ligeledes opnås konsensus herom med USA, kan TTIP potentielt have vidtrækkende implikationer for forhandlingen af kommende EU-aftaler med f.eks. Kina og Indien.

Litteratur

CORDONIER SEGGER M-C & KENT A., 2011, Promoting Sustainable Investment through International Law, in CORDONIER SEGGER M-C, GEHRING M. W. & NEWCOMBE A., Sustainable Development in World Investment Law, *Wolters Kluwer*, 771-792.

HEINDL J., 2006, Toward a History of NAFTA's Chapter Eleven, *Berkeley Journal of International Law*, 24, 2.

MOUYAL L.W., 2014 Politiske beslutninger i international voldgift - om voldgift i såkaldt investor-state dispute settlement (ISDS), *Juristen*, 1, 30-39.

SALACUSE J.W., 2013, The Three Laws of International Investment, *Oxford University Press*.

SCHIERSING N., 2000, Om retlig beskyttelse af investeringer i udlandet – en introduktion, *Ugeskrift for Retsvæsen*, 277.

SPIERMANN O., 2003, International voldgift under Danmarks bilaterale investeringsoverenskomster”, *Juristen*, 9, 325-340.

DOLZER R. & SCHREUER C., 2012, Principles of International Investment Law, *Oxford University Press*.