



Analys av frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA)

— ett regeringsuppdrag



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

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

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

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

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

www.kommers.se



UTREDNING

2017-04-26 Dnr 3.4.2-2016/02150-71

Utrikesdepartementet

Analys av frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA) – ett regeringsuppdrag

1 Sammanfattning

1.1 Uppdraget

Kommerskollegium har av regeringen fått i uppdrag¹ att göra en fördjupad analys av vissa delar av frihandelsavtalet mellan EU och Kanada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*), kort CETA. Analysen omfattar bestämmelserna om investeringsskydd och domstolslösningen, offentlig upphandling, miljö- och hälsorelaterade frågor och tjänstehandel samt forumet för regleringssamarbete. Uppdraget är en uppföljning av ett tidigare regeringsuppdrag till kollegiet i juli 2016 att analysera CETA:s eventuella effekter på miljön, människors och djurs hälsa samt demokratiskt beslutsfattande.²

Kommerskollegium ansvarar för frågor som rör utrikeshandel, EU:s inre marknad och EU:s handelspolitik. Kommerskollegiums uppdrag är att verka för en väl fungerande inre marknad, en extern handelspolitik i EU som bygger på frihandel, samt ett öppet och starkt multilateralt handelssystem. Mot bakgrund av CETA:s bredd och tillämpningsområde har kollegiet samrått med betydligt fler myndigheter än de som nämns i uppdraget. Samtliga remissinstansers fullständiga yttranden finns i bilaga 3. Kollegiet har även bjudit in representanter för civilsamhället, arbetsmarknadens parter och näringslivet för att inhämta synpunkter kring regulativt samarbete.

Med hänsyn till att uppdraget (hädanefter: Uppdraget) rör många stora och komplicerade lagstiftningstekniska områden har det varit ett gediget och tidskrävande arbete för kollegiet och remissinstanserna att genomföra den analys av effekter och fallbeskrivningar som efterfrågas. I

¹ Regeringsbeslut 2016-12-22 UD2016/22542/HI, inkommen till Kommerskollegium 2017-01-04, dnr 2016/02150. Uppdraget i sin helhet återfinns i bilaga 1.

² Dnr 2016/01059-2.

vissa delar kan finnas behov av än mer fördjupad analys. Det hindrar dock inte att vår bedömning är att vi med uppdraget ger en rättvisande analys av de frågeställningar som omfattas av regeringens uppdrag.

Kommerskollegium har fått i uppdrag att belysa och definiera vilka risker som finns när det gäller bestämmelserna om investeringsskydd och domstolslösningens effekter på svensk lagstiftning, svenskt policyutrymme och svenska skyddsnivåer. Kollegiet ska analysera möjligheten att utan krav på kompensation från investerare införa strikt lagstiftning om förnybar energi, natur- och miljöhänsyn vid gruvverksamhet, kemikalier, integritetsfrågor och djurskydd. Kollegiet ska även analysera möjligheterna att införa eller bevara monopol eller allmännyttiga företag.

I analysen ingick att belysa hur tvistlösning mellan en investerare och en stat skulle hanteras i konkreta fall och beskriva under vilka förutsättningar åtgärderna kunde bedömas som indirekt expropriation:

- Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför miljökrav på energiområdet som är striktare än i övriga EU, t.ex. höjningar i elcertifikatsystemet, högre kvotplikt på förnybara bränslen eller lokala krav i offentliga upphandlingar på ökande grad av förnybar energi i byggnader?
- Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför ett förbud mot näringsverksamhet i skyddade områden om sådan drift anses vara negativ för natur- eller kulturmiljön i området i fråga eller där Sverige inför regler om att ökad hänsyn ska tas till rennärning och samisk kultur?
- Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför ett förbud mot specifika kemikalier eller krav i offentlig förvaltning som utesluter vissa kemikalier vars potentiella risk är fastställd men vars farlighet inte är helt vetenskapligt fastställd?

Kollegiet ska analysera frihandelsavtalets effekter på möjligheten att använda offentlig upphandling för att främja djurskydd och användningen av ekologiska, miljöanpassade och rättvisemärkta varor.

Kollegiet ska även analysera avtalets potentiella effekter för svenskt lantbruk och svensk livsmedelproduktion till följd av slopade tullar för kanadensiskt kött.

Kollegiet ska vidare analysera hur de så kallade *ratchet*-klausulerna och *stand-still*-bestämmelserna påverkar Sveriges möjligheter och förmåga att återreglera privatiserade marknader och bevara eller återinföra monopol eller andra allmännyttiga företag. I Uppdraget ingick även att analysera vilka sektorer som undantas från tjänsteliberalisering i enlighet med undantaget om tjänster som tillhandahålls i samband med utövandet av statliga befogenheter.

Kollegiet ska slutligen analysera riskerna för att forumet för regleringssamarbete och det arbete som ska bedrivas där kan komma att försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning. Kollegiet skulle också lämna förslag på hur civila samhället kan ges förutsättningar att påverka forumet för regleringssamarbete, samt hur andra aktörer än företag kan garanteras insyn och möjlighet till påverkan.

1.2 Metod

Kollegiet har under arbetet med Uppdraget genomfört samråd med nio av regeringen särskilt utvalda myndigheter: Naturvårdsverket, Kemikalieinspektionen, Statens energimyndighet, Statens jordbruksverk, Socialstyrelsen, Läkemedelsverket, Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket och Livsmedelsverket. Ytterligare nio myndigheter bereddes tillfälle att yttra sig i frågan om regleringssamarbete: Elsäkerhetsverket, Swedac, Konsumentverket, Folkhälsomyndigheten, Arbetsmiljöverket, Boverket, Strålsäkerhetsmyndigheten, Inspektionen för vård och omsorg samt Transportstyrelsen. Justitiekanslern samt fyra akademiska institutioner bereddes möjlighet att yttra sig rörande investeringsskydd: Göteborgs, Lunds, Stockholms och Uppsala universitet.

Samrådsprocessen genomfördes enligt följande: Kommerskollegiums generaldirektör skickade i januari ut ett brev³ till de nio i Uppdraget omnämnda myndigheter med en inbjudan till samråd. I brevet erbjöd kollegiet att hålla möten mellan myndigheternas sakexperter för att informera om vårt arbete med CETA, svara på eventuella frågor samt diskutera myndigheternas möjlighet att bidra till analysen och frågeställningar i regeringsuppdraget. Två myndigheter valde att ha diskussioner via telefon istället för ett fysiskt möte.⁴ Efter genomförda samtal remitterade kollegiet de med myndigheterna avstämde frågorna till respektive myndighet för att inhämta deras expertkunskaper på aktuellt sektorsområde.

³ Se bilaga 2.

⁴ Socialstyrelsen och Statens jordbruksverk.

Frågor om investeringsskyddskapitlet skickades till Justitiekanslern och fyra svenska universitet varav två svarade⁵ och två avstod från att yttra sig.⁶ Sakgranskning gällande investeringsskydd begärdes från en extern expert vid Köpenhamns universitet.⁷ Frågor om regleringssamarbete och påverkansmöjligheter för det civila samhället skickades, förutom till de nio i Uppdraget omnämnda myndigheter, till ytterligare nio myndigheter som ansågs beröras av regelsamarbete, varav sju svarade.⁸

För att kunna lämna förslag på hur aktörer i det civila samhället kan ges förutsättning till påverkan på forumet för regleringssamarbete bjöd kollegiet i mars 2017 in representanter för civilsamhällesorganisationer, arbetsmarknadens parter och näringslivsorganisationer till ett dialogmöte om samråd kring frihandelsavtal i stort och samrådsprocesser inom ramen för CETA.⁹ Inbjudan gick ut till 60 organisationer, och de organisationer som deltog på mötet var: Svenskt Näringsliv, World Animal Protection, Rädda Barnen, Näringslivets Internationella Råd (NIR), Djurens Rätt, Jordens Vänner, Landsorganisationen i Sverige (LO), Sveriges Ingenjörer (SACO), TCO, Lantbrukarnas Riksförbund (LRF), Jernkontoret, Företagarna, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Almega, Skiftet, Naturskyddsföreningen. Utöver dessa deltog representanter för Utrikesdepartementet och Europeiska kommissionens representation i Sverige.

1.3 Bakgrund till CETA

1.3.1 Ett modernt frihandelsavtal

CETA är ett av de mest omfattande frihandelsavtalen som EU hittills har förhandlat och ingår i den så kallade nya generationen av frihandelsavtal. Traditionellt har frihandelsavtal främst behandlat tullfrihet och andra varurelaterade preferentiella åtgärder för avtalsparterna. Sedan början på 2000-talet har emellertid en ny generation av mer ambitiösa frihandelsavtal börjat förhandlas som är bredare och berör flera handelspolitiska områden än avskaffade tullar och annan reglering av varuhandeln. I CETA har EU och Kanada kommit överens om att förutom att avskaffa tullarna även minska icke-tariffära handelshinder, främja regulativt samarbete, förbättra marknadstillträdet i tjänstesektorn, underlätta företags deltagande i offentlig upphandling samt

⁵ Göteborg och Stockholms universitet.

⁶ Uppsala och Lunds universitet.

⁷ Lone Wandahl Mouyen, *assistant professor* vid Köpenhamns universitet, se hennes yttrande i bilaga 5.

⁸ Arbetsmiljöverket, Boverket, Folkhälsomyndigheten, Inspektionen för vård och omsorg, Strålsäkerhetsmyndigheten, SWEDAC och Transportstyrelsen.

⁹ Organisationerna erbjöds även möjlighet att inkomma med skriftliga synpunkter men endast en organisation valde att lämna synpunkter.

personrörlighet. Utöver dessa avsnitt innehåller CETA bland annat bestämmelser om geografiska ursprungsbeteckningar, en tvistlösningsmekanism och kapitel om hållbar utveckling, arbetsvillkor och miljö. CETA är att betrakta som ett ambitiöst frihandelsavtal av den nya generationen.

1.3.2 Läget i ratifikationsprocessen

Förhandlingarna mellan EU och Kanada inleddes 2009 och avslutades i samband med toppmötet mellan EU och Kanada i Ottawa den 26 september 2014. Därefter fortsatte förhandlingar om investeringskapitlet. Den slutliga och juridiskt granskade texten av CETA offentliggjordes den 29 februari 2016. Den 5 juli 2016 lade Europeiska kommissionen fram ett förslag till rådsbeslut att anta CETA som ett så kallat blandat avtal¹⁰. Den 28 oktober fattades beslut om undertecknande och slutligen undertecknades avtalet av EU och Kanada den 30 oktober 2016.



Schema: Ratifikationsprocessen i CETA

I samband med beslutet antogs ett juridiskt bindande och klargörande tolkningsinstrument samt ett antal ensidiga deklarationer. Den 15 februari 2017 godkände Europaparlamentet CETA.

Eftersom CETA är ett blandat avtal behöver det ratificeras av samtliga medlemsländer för att kunna träda ikraft. I Sverige avgör riksdagen om avtalet ska ratificeras efter att regeringen lagt fram en proposition. I vissa andra medlemsländer ska avtalet även ratificeras i regionala parlament.

¹⁰ När EU förhandlar och sluter ett internationellt avtal, har unionen antingen exklusiva befogenheter, eller befogenheter delade med medlemsstaterna. I de fall där befogenheterna är exklusiva, är EU den enda som får förhandla och sluta avtalet. I de fall som befogenheterna är delade med medlemsstaterna, så sluts avtalet både av EU och av medlemsstaterna, ett så kallat blandat avtal. Detta har till följd att alla medlemsländer behöver godkänna avtalet i en nationell ratifikationsprocess innan avtalet till fullo kan träda ikraft. Delar av avtalet kommer dock dessförinnan att tillämpas provisoriskt.

Eftersom det kan ta lång tid tills alla länder har ratificerat, träder delar av avtalet som täcks av kommissionens exklusiva kompetens ikraft efter Europaparlamentets godkännande, så kallad provisorisk tillämpning. De delar som täcks av nationell kompetens träder dock inte ikraft provisoriskt, däribland kapitlet om investeringsskydd. Avsikten är att avtalet ska tillämpas provisoriskt från och med den 1 juni 2017.

1.4 Slutsatser

Nedan sammanfattas slutsatserna kortfattat i den ordning frågorna behandlas i utredningen.

Investeringskydd

Kommerskollegium bedömer att rätten till ersättning vid indirekt expropriation i CETA i allt väsentligt inte medför något skydd utöver det som redan idag ges till investerare av nationell rätt, EKMR¹¹ och EU-rätten. Kollegiet har på de områden som analyserats i CETA inte identifierat någon effekt på Sveriges rätt att reglera.

CETA ska tolkas med hjälp av internationell sedvanerätt, vilket innebär att staten har rätt att införa striktare lagstiftning utan att bli ersättningsskyldig för det fall åtgärden sker med det allmännas bästa för ögonen, så länge åtgärden är proportionell i förhållande till sitt syfte och inte diskriminerande. Resonemanget gäller oavsett på vilken sektor striktare lagstiftning införs.

En CETA-tribunal behöver vid bedömningen om en statlig åtgärd är att anse som en indirekt expropriation ställa ett flertal frågor som är inkluderade i utredningen. Besvarandet av dessa frågor leder enligt kollegiet till följande indikativa slutsatser i de av uppdraget formulerade fallen:

- För att en höjning av kvoten i elcertifikatssystemet ska utgöra en indirekt expropriation krävs att höjningen resulterat i att investeringens värde i stort sätt uttraderas.
- Om Sverige skulle bli skyldigt att betala ersättning vid ett eventuellt förbud mot näringsverksamhet i skyddade områden beror det inte enbart på CETA eftersom liknande skydd ges av nationellt rätt, EKMR och EU-rätten.
- En kemikalie som konstaterats kunna utgöra en potentiell risk men vars farlighet inte är helt vetenskapligt fastställd kan förbjudas utan risk för att staten blir skyldig att betala ersättning.

¹¹ Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

- Kollegiet har inte funnit stöd för att ett krav i en offentlig upphandling kan bli föremål för en investeringstvist.

Utgången av en tvist beror därutöver på en mängd yttre faktorer som inte är preciserade i Uppdraget och som en tribunal behöver bedöma från fall till fall.

Kollegiet bedömer vidare att CETA:s bestämmelser om investeringsskydd inte påverkar Sveriges möjlighet att bevara monopol eller allmännyttiga företag. Däremot kan Sverige bli skyldigt att betala ersättning för det fall ett monopol införs eller återinförs. Utfallet i en eventuell tvist är bland annat avhängigt motivet och lagstiftningsprocessen som lett fram till den statliga åtgärden.

För det fall CETA-tribunaler gör tolkningar av artiklarna i kapitel 8 som avviker från parternas intention finns det en möjlighet för CETA:s kommitté för tjänster och investeringar att anta tolkningar av avtalet, vilken sedan antas av den Gemensamma CETA-kommittén. Detta fungerar som en säkerhetsventil eftersom kommittén får besluta att en tolkning ska vara bindande från och med en viss dag, vilket kan få betydelse för en pågående tvist. Till exempel kan parterna i tvisten åberopa denna tolkning.

Skiljeförfarandet Investment Court System (ICS)

Kollegiet finner att ICS innehåller vissa svagheter. Eftersom avtalet medger en möjlighet att ändra och komplettera de processuella reglerna i efterhand via den Gemensamma kommittén bör Sverige aktivt följa detta arbete och tillvarata möjligheten att korrigera de svagheter som kollegiet identifierat nedan.

Kollegiet bedömer att ICS riskerar att bli än dyrare och mer tidskrävande än det tidigare i CETA föreslagna tvistlösningssystemet ISDS. En eventuell nackdel med ICS är att erfarna skiljemän eventuellt inte kan vara tillgängliga i första instans. Eftersom det inte kommer att ske en fullständig prövning av tvisten i andra instans finns det dessutom en risk för att felaktiga utgångar står sig, vilket i sin tur riskerar att underminera förtroendet för systemet. Det är vidare oklart var sätet kan placeras och vilka konsekvenser detta kan få för processen. Genom att den gemensamma investeringskommittén bland annat ges rätt att utse skiljemän, tolka avtalet och göra tillägg till artikel 8.10 har Sverige *de facto* överlämnat viss beslutandemakt jämfört med Sveriges övriga investeringsskyddsavtal.

Offentlig upphandling

Kollegiet bedömer att det inte finns något i CETA som begränsar möjligheterna att använda offentlig upphandling för att främja djurskydd eller efterfråga miljöanpassade, ekologiska eller rättvisemärkta varor jämfört med idag. Förutsättningen är att de krav som ställs är icke-diskriminerande, inte innebär onödiga hinder för internationell handel och uppfyller procedurkraven i övrigt, vilket kollegiet bedömer ligger i linje med svensk upphandlingslagstiftning.

Effekter på svenskt lantbruk och svensk livsmedelsproduktion

Kollegiets svar på denna fråga grundas på Jordbruksverkets inkomna analys. Jordbruksverket gör bedömningen att varken svensk köttproduktion eller svenskt lantbruk kommer att påverkas i någon betydande grad av de marknadsöppningar för kanadensiskt kött som CETA medför. På den svenska marknaden finns betydande preferenser för svenskt kött. Därmed kommer en eventuell ökning av köttimporten från Kanada sannolikt främst att konkurrera med import från andra länder.

Tjänstehandel

Standstill- och ratchet-klausulerna

Standstill-klausulen i ett frihandelsavtal innebär i princip att parterna får ha kvar befintliga begränsningar av öppenhet men att det inte är möjligt att införa nya begränsningar.

Ratchet-klausulen i ett frihandelsavtal innebär i princip att om en part, efter att avtalet trätt i kraft, gör en lag- eller regeländring som innebär att marknaden i en sektor öppnas (det vill säga man tar bort en befintlig begränsning av öppenhet) binds till den nya nivån av öppenhet automatiskt. Det innebär att det inte är möjligt att återinföra den tidigare begränsningen.

För merparten av de sektorer kollegiet identifierat som ”känsliga sektorer” har standstill- och ratchet-klausulerna ingen betydelse för Sveriges möjlighet eller förmåga att återinföra offentliga monopol eller andra former av ensamrätt. Det beror på att Sverige har gjort egna eller EU-gemensamma förbehåll mot principen om öppenhet för dessa sektorer i bilaga II. Förbehåll i denna bilaga omfattas inte av standstill- och ratchet-klausulerna. Till exempel har EU-medlemsstaterna gjort ett förbehåll för samhällsnyttiga tjänster, vilket ger rätten att bevara eller återinföra monopol och andra former av ensamrätt. Sverige har även gjort heltäckande förbehåll för flera känsliga sektorer, ett exempel är

detaljhandelsförsäljning av läkemedel till allmänheten. Förutom att på olika sätt begränsa marknadstillträdet har Sverige då möjligheten att även införa nationella diskriminerande åtgärder.

Standstill- och ratchet-klausulerna är inte heller tillämpliga för de tjänstesektorer där Sverige gjort åtaganden om full öppenhet, det vill säga för sektorer där Sverige inte har listat några förbehåll i bilaga I eller bilaga II. Ett exempel är privatfinansierade hälsovårdstjänster utanför det offentliga systemet.

För de förbehåll som listats i bilaga I gäller däremot standstill- och ratchet-klausulerna. Här har Sverige, antingen själv eller genom EU, gjort förbehåll för någon typ av befintlig begränsning av öppenhet. Om Sverige har gjort ett förbehåll för en sektor i bilaga I kan klausulerna således komma att påverka Sveriges möjlighet att återinföra offentliga monopol eller andra former av ensamrätt i denna sektor. Ett exempel är Systembolaget som idag har monopol för detaljhandel av alkoholhaltiga drycker. Skulle Sverige avveckla det statliga monopolet och öppna marknaden för utländska aktörer kan Sverige enligt nuvarande åtaganden i ett senare skede inte återinföra det statliga monopolet. Ett annat exempel är Arlanda Express som idag innehar ett monopol på tågtrafiken mellan Stockholm och Arlanda. Skulle Sverige tillåta fri konkurrens, men i ett senare skede vilja återinföra exklusiva rättigheter vore det i enlighet med ratchet-klausulen inte möjligt.

Sverige har dock alltid möjlighet att ändra eller dra tillbaka ett åtagande om öppenhet, och detta gäller oavsett om standstill- eller ratchetklausulerna är tillämpliga. Sverige skulle emellertid, genom EU, behöva omförhandla sina åtaganden med Kanada, och sannolikt behöva kompensera Kanada i form av åtaganden om öppenhet i andra sektorer.

Public sector carve-out

Tjänster och verksamheter som varken tillhandahålls på kommersiella grunder eller i konkurrens med en eller flera tjänsteleverantörer är utanför avtalets tillämpningsområde. Detta undantag finns också i WTO:s tjänsteavtal GATS och kallas ibland för ”*public sector carve-out*”. Mot bakgrund av att det inte finns några rättsfall vad gäller tolkningen av ”*public sector carve-out*” i GATS eller andra frihandelsavtal är det inte helt klart hur ”kommersiell grund”, ”konkurrens” och andra relevanta begrepp ska tolkas. Kollegiet kan därför inte ge en precis lista på vilka tjänster och verksamheter som omfattas eller inte omfattas av undantaget. Några exempel på verksamheter i Sverige som dock med säkerhet omfattas av undantaget är polis, allmänna domstolar, kriminalvård,

brandförsvar, gränsövervakning, och obligatoriska system för socialt skydd.

Forumet för regleringssamarbete

Effekter på svenskt lagstiftningsarbete

Kollegiets bedömning är att det inte finns något som talar för att de diskussioner som förs i forumet för regleringssamarbete skulle kunna försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning. Enligt kommissionen är regleringssamarbete inom CETA tänkt att omfatta EU-lagstiftning och inte lagstiftning på medlemsstatsnivå. De begränsningar som finns för svensk lagstiftningsprocedur följer därför direkt av medlemskapet i EU och inte av de frihandelsavtal som EU förhandlar.

Regleringssamarbete som kan uppkomma genom CETA är frivilligt. Forumet inrättas som en specialiserad kommitté för att underlätta regleringssamarbete mellan EU och Kanada. Det är upp till parterna att bestämma om och hur de vill samarbeta och utbyta information inom olika områden. Kollegiet ser forumet för regleringssamarbete främst som en katalysator för att hitta samarbetspartners eller allierade i frågor där det finns samförstånd.

Regleringssamarbete ger EU och Kanada en plattform för att underlätta samarbetet mellan de olika parternas tillsynsmyndigheter med målet att få till stånd bättre lagstiftningskvalitet och effektivare användning av administrativa resurser.

Civila samhällets och andra aktörers möjligheter att använda sig av samrådsfunktioner

Kollegiets analys visar att det finns två vägar för civilsamhället att påverka tillämpningen av CETA, dels forumet för regleringssamarbete, dels forumet för civilsamhället med de nationella rådgivande grupperna. Enligt kommissionen kommer de befintliga samrådsmekanismer som finns för frihandelsavtal på EU-nivå tillsammans med de två forum som inrättas genom avtalet att vara utgångspunkten för att ge civilsamhället möjlighet till insyn i och påverkan på tillämpningen av avtalet.

Med anledning av att frihandelsavtalen utvecklas och numera omfattar fler områden föreslår kollegiet att vägarna för insyn och påverkan för civilsamhället bör förstärkas. Kommissionens ordinarie mekanismer *inför* förhandlingar med bland annat öppna konsultationer, dialogmöten och hållbarhetskonsekvensutredningar behöver uppdateras och kompletteras så de även kan användas i tillämpning av frihandelsavtalen.

De påverkansmekanismer som skapas i de nya frihandelsavtalens hållbarhetskapitel kan enligt kollegiet vara användbara för att erbjuda möjligheter till delaktighet för det civila samhället även inom andra områden som omfattas av avtalen.

Kollegiet föreslår att kommissionen tar fram en lättillgänglig lathund för att underlätta tolkningen av innehållet i CETA för en bredare krets av intressenter, däribland civilsamhället.

Innehållsförteckning

1	Sammanfattning.....	1
1.1	Uppdraget.....	1
1.2	Metod.....	3
1.3	Bakgrund till CETA.....	4
1.3.1	Ett modernt frihandelsavtal.....	4
1.3.2	Läget i ratifikationsprocessen	5
1.4	Slutsatser.....	6
2	Investeringsskydd	16
2.1	Kollegiets tidigare analyser om investeringsskydd i CETA	16
2.2	Tolkning av frågorna, metod och struktur	16
2.2.1	Tolkning av frågorna i Uppdraget.....	16
2.2.2	Metod.....	19
2.2.3	Struktur	20
2.3	Investeringsskyddsavtal	21
2.3.1	Definition av ”investering”	21
2.3.2	Folkrätten och rätten att reglera	23
2.3.3	Vem blir svarande i en tvist?	25
2.3.4	Hur ska CETA tolkas?	26
2.4	Vad är indirekt expropriation?	27
2.4.1	Indirekt expropriation – en förklaring.....	27
2.4.2	Väsentlig värdeminskning och förlorad kontroll	27
2.5	Befintligt skydd i Sverige gentemot indirekt expropriation.....	28
2.5.1	Svensk rätt.....	29
2.5.2	Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna.....	30
2.5.3	EU-rätten.....	31
2.5.4	Kollegiets slutsatser	32
2.6	Rätten att reglera i CETA	33
2.6.1	Rätten att reglera i tolkningsinstrumentet	33
2.6.2	Rätten att reglera i CETA:s avtalstext	34
2.6.3	Explicita undantag i CETA.....	35
2.7	Indirekt expropriation och rätten att reglera	35
2.7.1	Artikel 8.12 och doktrinerna	35
2.7.2	Police powers-doktrinen och bilaga 8-A.....	38
2.7.3	Användandet av artikel 8.9.1 och bilaga 8-A.....	40

2.7.4	Bilaga 8-A och vilka överväganden bör göras?	41
2.7.5	Police powers och internationell sedvanerätt.....	43
2.7.6	CETA:s effekter på svensk lagstiftning	45
2.7.7	CETA och befintligt skydd i Sverige.....	46
2.7.8	CETA och investeringsskydd vid subventioner.....	47
2.7.9	Göteborgs universitets yttrande gällande indirekt expropriation.....	48
2.7.10	Kollegiets slutsatser: frågor en tribunal behöver ställa	50
2.8	Sveriges möjlighet att införa striktare lagstiftning.....	54
2.8.1	Monopol och allmännyttiga företag	54
2.8.2	Fall om indirekt expropriation	58
a.	Kvot i elcertifikatsystemet, kvotplikt på förnybara bränslen och lokala krav i offentlig upphandling	58
b.	Förbud mot näringsverksamhet.....	62
c.	Förbud mot specifika kemikalier	64
2.8.3	Integritetsfrågor	68
2.8.4	Djurskydd.....	70
2.9	Risker och hur de kan minimeras.....	70
2.9.1	Materiellt skydd i CETA och rätten att reglera.....	70
2.9.2	Kemikalieinspektionens och Naturvårdsverkets synpunkter	71
2.9.3	Kollegiets kommentarer på Kemikalieinspektionens och Naturvårdsverkets synpunkter.....	72
2.10	Skiljeförfarandet – Investment Court System (ICS).....	73
2.10.1	Sätet	74
2.10.2	Utnämmande av tribunalmedlemmar.....	75
2.10.3	Överklagande	76
2.10.4	Verkställighet av skiljedomar	78
2.10.5	Kommittén för tjänster och investeringar och den Gemensamma CETA-kommittén.....	79
2.10.6	ICS eventuella oförenlighet med EU-rätten.....	82
2.10.7	Kollegiets slutsatser av de negativa effekterna av ICS	82
2.11	Kollegiets sammanfattande bedömning	83
3	Offentlig upphandling.....	85
3.1	Metod och tolkning av frågan i uppdraget.....	85
3.2	Upphandling i internationella regelverk och frihandelsavtal.....	85
3.3	Remissinstansernas synpunkter	86
3.4	Kollegiets analys.....	87

3.4.1	Ekologiska och miljöanpassade varor.....	89
3.4.2	Djurskydd.....	92
3.4.3	Rättvisemärkta varor.....	93
3.5	Kollegiets sammanfattande bedömning.....	95
4	Effekter på svenskt lantbruk av förbättrat marknadstillträde för kanadensiskt kött.....	96
4.1	Kollegiets tidigare analys om EU:s tullkvoter för nötkött.....	96
4.2	Metod och tolkning av frågan i Uppdraget.....	96
4.3	Remissinstansens synpunkter med kollegiets kommentarer.....	97
4.3.1	Griskött.....	97
4.3.2	Nötkött.....	99
4.4	Kollegiets sammanfattande bedömning.....	101
5	Tjänstehandel.....	101
5.1	Kollegiets tidigare analys om tjänstehandel.....	101
5.2	Metod och tolkning av frågorna i Uppdraget.....	101
5.3	Tjänstehandel i internationella regelverk och frihandelsavtal.....	102
5.4	Standstill- och ratchet-klausulerna.....	103
5.4.1	Begreppet ”öppenhet” inom tjänstehandel.....	103
5.4.2	Definition och betydelse av standstill- och ratchet-klausulerna.....	105
5.4.3	Klausulernas betydelse i förhållande till Sveriges åtaganden och förbehåll i olika sektorer.....	107
5.4.4	EU:s undantag för samhällsnyttiga tjänster.....	110
5.4.5	Exempel där klausulerna har betydelse för Sveriges möjlighet att återreglera marknader.....	113
5.4.6	Rätten att dra tillbaka åtaganden och rätt till kompensation....	116
5.4.7	Kollegiets sammanfattande bedömning.....	118
5.5	Undantaget om tjänster som tillhandahålls i samband med utövandet av statliga befogenheter.....	120
5.5.1	Kollegiets analys.....	120
5.5.2	Kollegiets sammanfattande bedömning.....	123
6	Forumet för regleringssamarbete.....	123
6.1	Kollegiets tidigare analys.....	123
6.2	Metod och tolkning av frågorna i Uppdraget.....	124
6.3	Regleringssamarbete i CETA.....	125
6.3.1	Forum för regleringssamarbete.....	128
6.3.2	Remissinstansernas synpunkter.....	128

6.3.3	Kollegiets sammanfattande bedömning.....	133
6.4	Civilsamhällets förutsättningar att påverka forumet för regleringssamarbete	134
6.4.1	Samrådsformer i CETA	135
6.4.2	Kollegiets dialog med företrädare för det svenska civilsamhället	137
6.4.3	Kollegiets sammanfattande bedömning och rekommendationer	139

2 Investeringsskydd

2.1 Kollegiets tidigare analyser om investeringsskydd i CETA

Kollegiet har i en tidigare utredning analyserat ”rätten att reglera” i CETA. I utredningen analyserades ”rättvis och skälig behandling” samt ”rätten till ersättning vid expropriation” vilka båda ingår i CETA:s kapitel 8 om investeringar.¹² Därutöver gjorde kollegiet på uppdrag av regeringen en analys av eventuella effekter av CETA.¹³ Vid utarbetade av analysen av investeringsskydd inkom juridiska institutionerna vid Uppsala-¹⁴ respektive Göteborgs universitet¹⁵ samt Naturvårdsverket¹⁶ och Kemikalieinspektionen¹⁷ med kommentarer om investeringsskyddet. Kollegiet gjorde bedömningen att investeringskapitlet i CETA inte inskränker Sveriges rätt att reglera i någon betydande utsträckning.

2.2 Tolkning av frågorna, metod och struktur

2.2.1 Tolkning av frågorna i Uppdraget

Frågor i Uppdraget

Kommerskollegium ska analysera bestämmelserna om investeringsskydd och domstolslösningens effekter på svensk lagstiftning, svenskt policyutrymme och svenska skyddsnivåer: särskilt möjligheten att utan krav på kompensation från investerare införa strikt lagstiftning om förnybar energi, natur- och miljöhänsyn vid gruvverksamhet, kemikalier, integritetsfrågor och djurskydd. Kollegiet ska även analysera möjligheterna att införa eller bevara monopol och andra allmännyttiga företag, t.ex. allmänintressebolag.

Kommerskollegiums analys ska vidare belysa hur tvistlösning mellan en investerare och en stat skulle hanteras i följande konkreta fall. Analysen bör utgå från artikel 8.12 och bilaga 8 A i CETA och beskriva under vilka förutsättningar åtgärder nedan kan bedömas som indirekt expropriation:

¹² Kommerskollegiums utredning ”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA, 2015.

¹³ Kommerskollegiums utredning ”Analys av frihandelsavtalet CETA:s eventuella effekter på miljö, människors och djurs hälsa samt demokratiskt beslutsfattande”, 2016.

¹⁴ Uppsala universitets yttrande, deras dnr 3.2.4-2016/01156-1.

¹⁵ Göteborgs universitets yttrande, 2016.

¹⁶ Naturvårdsverkets yttrande, 2016.

¹⁷ Kemikalieinspektionens yttrande, 2016, deras dnr 6.1.g-H16-05817.

- *Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför miljökrav på energiområdet som är striktare än i övriga EU, till exempel höjningar i elcertifikatsystemet, högre kvotplikt på förnybara bränslen, eller lokala krav i offentliga upphandlingar på ökande grad av förnybar energi i byggnader?*
- *Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför ett förbud mot näringsverksamhet i skyddade områden om sådan drift anses vara negativ för natur- eller kulturmiljön i området i fråga eller där Sverige inför regler om att ökad hänsyn ska tas till rennärning och samisk kultur?*
- *Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför ett förbud mot specifika kemikalier eller krav i offentlig förvaltning som utesluter vissa kemikalier vars potentiella risk är fastställd med vars farlighet inte är helt vetenskaplig fastställd?*

I Kommerskollegiums uppdrag ingår att, inom de frågor som täcks av uppdraget, belysa och definiera vilka risker som finns när det gäller bestämmelser om investeringsskydd inklusive domstolslösningen samt svensk lagstiftning och svenskt policyutrymme. I uppdraget ingår även att lämna förslag på hur riskerna kan minimeras genom reglering och andra åtgärder.

Tolkning och avgränsningar

Kollegiet tolkar Uppdraget gällande effekter på svensk lagstiftning, svenskt policyutrymme och svenska skyddsnivåer som att kollegiet ska analysera CETA:s effekter på Sveriges rätt att reglera. Kollegiet besvarar denna fråga genom att jämföra skyddsnivån för investerare i CETA med den skyddsnivå som investerare åtnjuter av svensk lagstiftning.

Om det skydd som ges investerare i CETA överstiger det skydd som ges av svensk lagstiftning kan Sveriges rätt att reglera påverkas.¹⁸

¹⁸ Dock innebär ingåendet av CETA att parterna till avtalet binder sig till den nivå av skydd som avtalet ger. Avtalet utgör därmed ett golv för den lägsta behandlingen som en stat kan ge en investerare och ur den bemärkelsen innebär åtagandet en lägre rätt att reglera. Exempelvis har en investerare från Kanada rätt till ersättning vid en expropriation även om Sverige gör sig av med rätten till ersättning vid expropriation vilket idag finns reglerat i nationell rätt, EKMR och EU-rätten.

Kollegiet ska därtill analysera möjligheterna att införa eller bevara monopol och andra allmännyttiga företag, till exempel allmänintressebolag. Frågan handlar enligt kollegiets tolkning om vad CETA ger Sverige för möjlighet att införa monopol, i det fall befintliga investerare inte längre kan bedriva verksamhet, och om Sverige skulle kunna finnas ersättningsskyldigt ifall detta monopol införs.¹⁹ Regeringen önskar klarhet i vilken risk Sverige skulle löpa vid ett återförstatligande. Kollegiet har därför särskilt bett universiteten att utvärdera betydelsen av ”berättigad förväntan” i artikel 8.10 rörande ”rättvis och skälig behandling” i CETA. Detta eftersom ett högt skydd för investerare gällande ”berättigad förväntan” potentiellt skulle kunna leda till skadestånd.

Kollegiets analys fokuserar i enlighet med Uppdraget på indirekt expropriation. Kollegiet har därför särskilt bett de tillfrågade myndigheterna att analysera artikel 8.12 CETA.

Att i förväg göra en konsekvensanalys av ett internationellt avtal innan det har börjat tillämpas är en vanskelig uppgift eftersom avtalstexten först måste tolkas och sedan ska den appliceras på olika situationer med olika förutsättningar. Som både Justitiekanslern och Göteborgs universitet konstaterar i sina respektive yttranden är det omöjligt att via utformningen av ett avtal göra exakta förutsägelser till hur det i slutändan kommer att tolkas.²⁰ De slutsatser som kollegiet drar i analysen är därför indikativa.

Sammanfattningsvis fokuserar vår utredning gällande investeringsskydd på två centrala frågor: Hur påverkar aktuella bestämmelser i CETA Sveriges rätt att reglera och hur kommer avtalet att tillämpas? Båda frågorna rör gränsdragningen mellan vad som utgör en legitim reglering och vad som betraktas som en indirekt expropriation.

Kapitel 8 i CETA omfattar både marknadstillträde för investeringar och skydd för investeringar. I utredningen analyseras endast investeringsskyddet. Hänvisningar som görs i utredningen till kapitel 8 i CETA avser således endast investeringsskyddet och inte marknadstillträde.

¹⁹ Rätten att införa ett monopol regleras av kapitlet om tjänstehandel och kommer inte vidare att beröras under denna del av analysen.

²⁰ I sitt yttrande till kollegiets tidigare utredning uttryckte Uppsala universitet följande: ”Det bör inledningsvis framhåvas att en traktat av detta slag inte enkelt låter sig analyseras *in abstracto*. För det fall att en traktatsbestämmelse i framtiden kommer att tolkas av en skiljenämnd kommer såväl folkrättens regler om traktatstolkning (kodifierade i Wienkonventionen om traktaträtten) som tvistens specifika faktaomständigheter att bli avgörande. Det är därför mycket svårt att uttala sig definitivt om CETA:s innehåll utifrån endast abstrakt traktatstext.”, Uppsala universitet, deras dnr 3.2.4-2016/01156-1, sid. 2.

Kollegiet analyserar i denna utredning inte närmare ersättningsnivåer av eventuella tvister som kan skilja sig beroende på vilken rättslig grund en investerare åberopar (CETA, nationell rätt, EKMR eller EU-rätten). Frågan bedöms inte beröra Uppdraget men har tagits upp i tidigare utredning.²¹

2.2.2 Metod

Kollegiet har använt sig av en jämförande juridisk analys av det skydd som investerare kommer att ha enligt CETA och det skydd som investerare redan idag har i Sverige. Att jämföra nationell rätt, Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR), EU-rätten och internationell investeringsrätt är komplicerat.

Remissinstanserna har därför ombetts att basera sina yttranden på en juridisk analys av skyddet som ges i CETA och jämföra det med det skydd som investerare ges i Sverige idag. Remissinstansernas synpunkter har löpande bemötts i analysen och vid vissa ställen har kollegiet redovisat myndigheternas synpunkter och därefter lämnat kommentarer på det.

Utredningen innehåller ett relativt omfattande avsnitt gällande utvecklingen av olika doktriner och rätten att reglera som var nödvändigt för att visa de omständigheterna som en tribunal har att ta hänsyn till vid bedömningen av indirekt expropriation vilket även utgör en central del av denna utredning.

Kapitel 8 i CETA omfattar marknadstillträde för investeringar och skydd för investeringar. I utredningen undersöks endast investeringsskyddet. Hänvisningar till kapitel 8 i CETA avser således investeringsskyddet och inte marknadstillträde. De investeringar som investerare redan har gjort i enlighet med svenskt rätt omfattas av det skydd som ges i detta kapitel.

Kollegiet har bitt Justitiekanslern att analysera CETA:s överensstämmelse med EU-rätten. Kollegiet baserar sina slutsatser i detta avsnitt på Justitiekanslerns analys vilken återges i utredningen i sin helhet.

²¹ Kommerskollegium. (2015) "Rätten att reglera" i *handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?* sid. 28.

Uppdraget innehåller frågor om hur olika tvister mellan en investerare och en stat skulle bedömas. Dessa frågor är öppna i bemärkelsen att många av de omständigheter som skulle beaktas vid en faktisk tvist inte är angivna i respektive fall i regeringsuppdraget. Avsnitt 2.7.10 innehåller ett förklarande schema om vilka frågor en CETA-tribunal behöver ställa för att i varje enskild tvist kunna avgöra om en indirekt expropriation föreligger. När kollegiet sedan går igenom Uppdragets fall hänvisas till detta schema.

Metod och huvudsakliga slutsatser i avsnittet om investeringsskydd har kvalitetsgranskats av Lone Wandahl Mouyal vid juridiska fakulteten på Köpenhamns universitet.²²

2.2.3 Struktur

I avsnitt 2.3 och 2.4 görs en inledande genomgång av investeringsskyddsavtal och begreppet indirekt expropriation.

Därefter analyseras i avsnitt 2.5 vilket skydd investerare ges i Sverige genom svensk rätt, EKMR och EU-rätten. I denna del lutar sig utredningen till stor del på kollegiets tidigare utredning²³ samt yttrandet som inkommit från Justitiekanslern.²⁴

I avsnitt 2.6 görs en analys av det Gemensamma tolkningsinstrumentet samt artikeln i kapitel 8 i CETA rörande rätten att reglera vilket är av vikt för att förstå hur CETA förhåller sig till de två doktrinerna: *”the sole effect”* och *”police powers”*.

I avsnitt 2.7 analyseras ingående gränsdragningen mellan vad som utgör en legitim reglering och vad som utgör en indirekt expropriation. Centralt vid denna bedömning är hur avtalet förhåller sig doktrinerna *”the sole effect”* och *”police powers”*. I detta avsnitt förklaras också hur avtalet generellt bör tolkas av en tribunal.

Därefter, i avsnitt 2.8 besvaras de frågor i Uppdraget som gäller de specifika fallen rörande eventuell indirekt expropriation. I avsnitt 2.9 behandlas risker och hur de kan minimeras.

I avsnitt 2.10 företas en genomgång av fördelar och nackdelar med skiljeförfarandet i CETA, det så kallade Investment Court System (ICS).

²² Lone Wandahl Mouyen är *”assistant professor”* vid Köpenhamns universitet. Wandahl Mouyen har disputerat vid Köpenhamns universitet inom området investeringsrätt och rätten att reglera och är idag fortsatt verksam där. Hennes yttrande återfinns i bilaga 5.

²³ Kommerskollegium. (2015) *”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?”*.

²⁴ Justitiekanslerns yttrande *”Samråd angående effekter av CETA”*, dnr 832-2017-8.2.

Kapitlet om investeringsskydd avslutas med kollegiets sammanfattande slutsatser.

2.3 Investeringsskyddsavtal

Huvudsyftet med investeringsskyddsavtal har traditionellt varit främjande och ömsesidigt skydd av investeringar mellan avtalsparterna och inte bevarande av policyutrymme. Med policyutrymme menas möjligheten att stifta lag och fatta beslut. Genom CETA avser parterna att garantera vissa fundamentala principer i en rättsstat.

2.3.1 Definition av "investering"

En vanlig invändning från svarande stater är att det som är föremål för tvist inte härstammar från en investering och i dessa fall har skiljenämnden inte jurisdiktion att avgöra tvisten. Sannolikt kommer tvister under CETA inte att utgöra något undantag utan detta kommer fortsatt vara en central fråga vid tvister.

I ICSID-konventionen²⁵ ingår med avsikt inte någon definition av "investering".²⁶ Detta har istället lämnats till traktatsländerna att bestämma i respektive investeringsskyddsavtal vilka sedan skiljenämnder har att tolka. Ju noggrannare definition i avtalen av vad som utgör en investering, desto mindre utrymme ges skiljenämnderna att tolka avtalen.²⁷

Detta utgör sannolikt skälet till varför parterna till CETA genom artikel 8.1 relativt noggrant definierar vad som är en investering. Bland annat anges att en täckt investering – innebärande att investeringen är skyddad av avtalet – ska vara

- gjord på en parts territorium,
- skett i enlighet med tillämplig lagstiftning vid tidpunkten som investeringen gjordes samt
- direkt eller indirekt kontrolleras av en investerare från den andra parten.

²⁵ Med ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) avses Världsbankens tvisteforum. ICSID-konventionen trädde ikraft den 14 oktober 1966.

²⁶ Dock anges i artikel 25 ICSID-konventionen att tvisten måste röra en investering.

²⁷ I doktrin och praxis förespråkar vissa en subjektiv tolkning av vad som är en investering innebärande att skiljenämnden enbart har att tolka investeringsskyddsavtalet. Andra förespråkar en objektiv tolkning av vad som utgör en investering enligt det så kallade Salinitestet och slutligen finns de som anser att en skiljenämnd ska använda sig av "the double barrel approach" innebärande att skiljenämnden ska använda båda tolkningarna för att avgöra om det är fråga om en investering under aktuellt avtal. Genom att som i CETA bygga definitionen på Salinitestet blir utgången av tribunalens subjektiva tolkning i stort sett densamma som om tribunalen gjort en objektiv tolkning.

En investering utgör varje form av tillgång, som en investerare, direkt eller indirekt äger, kontrollerar och som har vissa egenskaper, bland annat en viss varaktighet och andra egenskaper såsom bindande av kapital eller andra resurser, förväntan om förtjänst eller vinst och risktagande. Därtill följer en uppräkningslista av vad som kan utgöra en investering och vad som inte utgör en investering.

Med ”viss varaktighet” avses enligt praxis en investering som pågått eller varit tänkt att pågå under minst två till fem år.²⁸ Varaktighetskriteriet och flera av de övriga kriterierna i CETA utgör delar av det så kallade Salinitestet, som sedan Salinitivisten²⁹ avgjordes, har använts av ett antal skiljenämnder vilka tolkat om föremålet för tvisten härstammar från en investering och därmed omfattas av skyddet som ges av respektive avtal.³⁰

Vid avgörandet av om en investering gjorts ska enligt Salinitestet följande beaktas: ”väsentligt åtagande, varaktighet, risk, regelbundenhet av avkastning” och ”bidrag till utvecklingen i värdlandet”.³¹ Att investeringen ska bidra till utvecklingen i värdlandet följde av utformningen av investeringsskyddsavtalets ingress och är det kriterium som varit föremål för mest diskussion och ett antal skiljenämnder har frångått detta kriterium.³² Parterna till CETA har också valt att inte inkludera kriteriet i artikel 8.1.

Kollegiets kommentar på Stockholm universitets yttrande

Enligt Stockholms universitet kan en tribunal fylla begreppet ”investering” med innehåll och det är därför oklart vilka regler på unionsnivå och nationell nivå som skulle kunna vara omständigheter i en CETA-tvist. Vidare anser universitet att all affärsverksamhet inom unionen utgör investering i tid, kraft och pengar och att en tribunal får

²⁸ Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi (2016) *“Indirect Expropriation The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”*, sid 104 i ICSID. *”Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID”*, Wolters Kluwer.

²⁹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. mot Jordanien*, ICSID Case No. ARB/02/13, beslut om jurisdiktion den 29 november 2004.

³⁰ Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi (2016) *“The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”* s 97ff i ICSID. *”Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID”*, Wolters Kluwer.

³¹ Kollegiets egen översättning av *“significant undertaking, duration, risk, regularity of profits”* och *“contribution to development of host State”*.

³² Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi (2016) *“Indirect Expropriation The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”*, s 115 i ICSID. *”Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID”*, Wolters Kluwer

avgöra från fall till fall om en åtgärd utgör indirekt expropriation.³³ Som förklarats ovan har parterna till avtalet i artikel 8.1 relativt tydligt avgränsat vad som kan utgöra en investering och vid tolkningen av denna artikel har en tribunal även att ta hänsyn till den relativt omfattande praxis som finns gällande vad som utgör en ”investering”.³⁴

2.3.2 Folkrätten och rätten att reglera

Före tecknandet av internationella investeringsskyddsavtal baserades investeringsskyddet på ”diplomatiskt skydd”. Det innebär att investerarens hemstat hjälper investeraren med problem den senare hade i staten där investeringen hade gjorts.³⁵ Eftersom stater är suveräna har det historiskt varit svårt att tvinga en stat att hålla sig till internationell rätt eller följa utgången av en skiljenämnd. Bland annat av denna anledning skapades ICSID-konventionen³⁶ (år 1966) och New York-konventionen³⁷ (år 1958), vilka båda ger en möjlighet att verkställa skiljedomar i konventionsländerna.

I investeringsskyddsavtal liksom i många andra typer av internationella avtal finns det en tvistlösningsmekanism. Det i det närmaste unika med investeringsskyddsavtal, jämfört med andra typer av avtal mellan stater, är möjligheten för en enskild (i det här fallet investerare) att dra en stat inför skiljenämnd. I de fall staten har överträtt avtalet ska staten ersätta investeraren så att denne går skadelös.³⁸ Detta innebär en avpolitisering av tvisterna jämfört med diplomatiskt skydd.

³³ Stockholms universitet (2017). ”Remiss: Yttrande ang. det övergripande avtalet om ekonomi och handel mellan EU och Kanada (CETA)”, deras dnr SU FV-6.1.1-0265-16, sid. 2.

³⁴ Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi (2016) *“Indirect Expropriation The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment”*, sid. 101ff i ICSID. *“Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID”*, Wolters Kluwer.

³⁵ Med diplomatiskt skydd avses: “invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility” International Law Commission (ILC) (2006a), *Articles on Diplomatic Protection*, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/61/10, Article 1 ur Kaufmann Kohlers, Gabriela och Podesta, Michele. (2016) *“Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap.”*

³⁶ Har idag 159 medlemmar.

³⁷ Har idag 157 medlemmar.

³⁸ Den grundläggande skadeståndsrättsliga principen är *restitutio in integrum* (ung. återställande till ursprungligt läge eller tillstånd) som innebär att skadestånd ska kompensera en skada.

Kollegiets kommentar på Stockholms universitets yttrande

Stockholms universitet har i sitt yttrande angett att erfarenheterna visar att länder som varit föremål för uppmärksammade tvistlösningsförfaranden undviker reglering i strid med besluten. Universitetet hänvisar till att återverkningarna på nationell rätt beskrivits som "*fright to regulate*" istället för "*right to regulate*".³⁹

Eftersom folkrätten, varav traktaträtten är en del, syftar till att begränsa staters privilegier leder investeringsskyddskapet i CETA till att Sverige får en minskad möjlighet att själv bestämma jämfört med alternativet diplomatiskt skydd.⁴⁰ Det ligger i internationella avtals natur att påverka just möjligheten att stifta lag och fatta beslut. På så vis skiljer sig inte CETA från Sveriges medlemskap i EU, Sveriges ratifikation av FN:s konvention om mänskliga rättigheter, Parisavtalet eller andra av Sverige ingångna internationella avtal. Genom att ingå ett internationellt avtal förbinder sig Sverige att följa de regler som aktuellt avtal stipulerar.⁴¹

Den grundläggande principen om att avtal ska hållas (*pacta sunt servanda*) gäller självfallet även inom traktaträtten där investeringsrätten ingår. En stat har följaktligen alltid större utrymme för självbestämmande om den inte ingår ett investeringsskyddsavtal jämfört med om den gör det.

I de fall en tribunal finner att en stat har överträtt en eller flera artiklar i CETA gör tribunalen även bedömningen att staten inte har följt det ingångna avtalet. Skulle en stat exempelvis anta en ny liknande lagstiftning, vilken av tribunalen tidigare bedömts utgöra en överträdelse mot CETA vore detta märkligt. Inte enbart för att staten inte vill "förlora mer pengar" utan också för att staten är skyldig att hålla det ingångna avtalet.

³⁹ Stockholms universitet (2017). "Remiss: Yttrande ang. det övergripande avtalet om ekonomi och handel mellan EU och Kanada (CETA)", dnr SU FV-6.1.1-0265-16, s. 3

⁴⁰ "...international law is by definition and in its essence a restriction on national prerogatives." ur Paulsson, Jan. (2010) "*Denial of Justice in International law*", Cambridge University Press.

⁴¹ Uppsala universitet har i sitt yttrande från år 2016 beskrivit det som följande: Genom att Sverige ingår överenskommelser med andra stater – på egen hand eller som en konsekvens av vårt medlemskap i EU – avsäger sig staten automatiskt ett visst handlingsutrymme som staten annars skulle ha åtnjutit. CETA kommer därför med nödvändighet att kunna påverka Sveriges möjligheter att i olika former fatta beslut. I vilken utsträckning detta sker är, i enlighet med vad som angivits inledningsvis, omöjligt att svara på i abstrakt form.

Den farhåga som Stockholms universitet har uttryckt, att en lagstiftare kan hindras från att stifta lag, rör således den typen av överväganden som lagstiftaren i alla sammanhang måste göra vid stiftande av lag, till exempel om den nya lagen bryter mot existerande lagar, grundläggande rättigheter och så vidare. Det är bland annat av den anledningen som lagstiftningsproceduren normalt sett följer gången från utredning med konsekvensbedömning, remiss, proposition till lag. Lagstiftaren måste även beakta regleringarna i CETA. Detta blir emellertid endast av intresse för det fall skyddet som ges av CETA är större än det som redan ges av nationell rätt, EKMR och EU-rätten.

Skillnaden mellan CETA och andra typer av investeringsskyddsavtal jämfört med exempelvis FN:s konvention om mänskliga rättigheter är att vid överträdelser av investeringsskyddsavtal blir staten ersättningsskyldig för den ekonomiska skada som staten genom sin överträdelse åsamkat investeraren. Tack vare ICSID-konventionen och New York-konventionen finns det en relativt god utsikt för att investeraren erhåller eventuell beslutad ersättning.

2.3.3 Vem blir svarande i en tvist?

I tvister gällande överträdelser av CETA som har sin grund i EU-rätten är kommissionen svarande. En eventuell fällning skulle i dessa fall belasta EU-budgeten. Detta gäller även i de fall där det är Sverige som ställs till svars för den faktiska behandlingen. För det fall Sverige har behandlat en investerare på ett sätt som medfört att denne lidit ekonomisk skada och grunden för denna behandling har sin grund i EU-rätten är alltså Sverige inte svarande. Sverige har dock rätt att biträda kommissionen vid en sådan tvist. I övriga fall är Sverige ansvarigt för sitt agerande och har då möjlighet att erhålla kommissionens stöd.

Kollegiets kommentar på Kemikalieinspektionens och Stockholms universitets yttrande

Kemikalieinspektionen nämner i sitt yttrande att en tvist teoretiskt skulle kunna handla om tolkningen av gällande EU-regler.⁴² Det är kollegiets bedömning att med hög sannolikhet skulle kommissionen vara svarande i en sådan tvist. Stockholms universitet påpekar i sitt yttrande att för det fall EU inte inkommer med svar till tribunalen om vem som är svarande från EU:s sida så kan frågan komma att avgöras av tribunalen.⁴³

⁴² Kemikalieinspektion (2017) "Svar till Kommerskollegium inom ramen för samråd i regeringsuppdrag om konsekvenser av CETA", dnr 4.2.2.c-H16-08630, sid. 4.

⁴³ Stockholms universitet (2017). "Remiss: Yttrande ang. det övergripande avtalet om ekonomi och handel mellan EU och Kanada (CETA)", deras dnr SU FV-6.1.1-0265-16, sid. 4.

Anledningen till denna konstruktion är att EU och dess medlemsländer inte ska kunna undgå ansvar genom att skylla på varandra. Kollegiet ser det dock som osannolikt att kommissionen skulle föredra att ett medlemsland driver en process framför att de själva gör det, eftersom kommissionen under det senare scenariot har ett större inflytande över processandet. Sverige skulle då få ett mindre inflytande men det skulle å andra sidan till viss del kompenseras av ett lägre eller inget ansvar för eventuell ersättning till investeraren.

2.3.4 Hur ska CETA tolkas?

CETA stadgar att tribunalen inte får tillämpa inhemsk lagstiftning för att tolka avtalet. Inhemsk rätt får endast användas som en sakomständighet. Med inhemsk rätt avses såväl nationell som EU-rättslig lagstiftning. Avtalet kan endast tolkas med hjälp av internationell sedvanerätt, i synnerhet Wienkonventionen om traktaträtten (VCLT).⁴⁴ Vid avgörandet av vad som utgör internationell sedvanerätt beaktas bland annat andra internationella konventioner såsom ILO⁴⁵ och klimatkonventioner.⁴⁶

Tribunaler är enligt CETA inte behöriga att avgöra om en åtgärd är förenlig med avtalsparternas inhemska lagstiftning. Om tribunalen ska fastställa om en åtgärd är förenlig med CETA kan nationell rätt användas som sakomständighet. Tribunalen är då förpliktigad att följa praxis av tolkning av en inhemsk lagstiftning såsom den uttolkats av myndighet eller domstol. Stockholms universitet invänder att det ”förmodligen är ett orimligt antagande att just CETA till skillnad från alla andra internationella avtal ej skulle få någon normerande effekt i de avtalsslutande parternas rättssystem alls”.⁴⁷ För Sveriges del skulle det eventuellt leda till en ökad överensstämmelse mellan svensk rätt och EKMR respektive EU-rätten gällande indirekt expropriation som skiljer sig åt med anledning av 3 kap. 7 § skadeståndslagen (1972:207), vilket utvecklas nedan under avsnitt 2.5.1 ”Svensk rätt”.

⁴⁴ Artikel 8.31.1 CETA. De flesta bestämmelserna i VCLT är dessutom ett uttryck för gällande sedvanerätt. Det betyder att även ett land som inte är bundet av VCLT likväl blir bundet av traktatens tolkningsbestämmelser eftersom de ger uttryck för en sedvanerättslig norm.

⁴⁵ Internationella arbetsorganisationen (*International Labour Organisation*)

⁴⁶ Att denna typ av konventioner ska beaktas vid tolkningen av internationell sedvanerätt framgår av artikel 31.3(c) VCLT.

⁴⁷ Stockholms universitet (2017), sid. 2

2.4 Vad är indirekt expropriation?

2.4.1 Indirekt expropriation – en förklaring

En expropriation kan ske på fyra olika sätt: direkt, indirekt, krypande (det vill säga i små steg över tid) och regulativt.⁴⁸ Indirekt och regulativ expropriation samlas i CETA under beteckningen indirekt expropriation. En krypande expropriation kan ske i både direkt och indirekt form.

Indirekt expropriation handlar om när staten på annat sätt än att konfiskera fysisk egendom, vilket är *direkt* expropriation, ”förstör” en investering eller hindrar investeraren från att kontrollera investeringen. Detta kan ske exempelvis genom att förbjuda en väsentlig produkt eller insatsvara eller genom att ta tillbaka ett tillstånd att bedriva verksamhet.⁴⁹

Det finns inte någon vedertagen definition av ”indirekt expropriation”. Om en indirekt expropriation inträffat måste istället avgöras från fall till fall.⁵⁰ I vissa fall agerar staten inom sin normala lagstiftningsverksamhet och i andra fall utgör statens handling en indirekt expropriation. I vissa fall har investeraren rätt till ersättning vid en indirekt expropriation och i andra fall inte. Var gränserna dras inom den internationella investeringsrätten och sedvanerätten mellan de olika alternativen är omöjligt att ge ett entydigt svar på.

För att besvara frågeställningarna i Uppdraget analyseras nedan utformningen av artikel 8.12 och bilaga 8-A i CETA, samt praxis och doktrin på området. Därtill analyseras vilken skyddsnivå som finns idag i Sverige mot indirekt expropriation.

Oavsett hur behandlingen av investeringen gått till är det för bedömningen av om det skett en indirekt expropriation avgörande om investeringen *substantiellt förlorat i värde* eller om investeraren *förlorat kontrollen över investeringen*.

2.4.2 Väsentlig värdeminskning och förlorad kontroll

Enligt praxis⁵¹ på området investeringsrätt inträffar en indirekt expropriation bland annat om värdet av en investering har minskat ”i

⁴⁸ Till exempel genom lag, förordning etc.

⁴⁹ Det kan enbart vara fråga om påverkan på äganderätt och inte exempelvis kontraktsbrott. Det senare kan skyddas i investeringsskyddsavtal genom en så kallad paraplyklausul, men är alltså inte skyddat genom expropriationsartiklar.

⁵⁰ L. Yves Fortier & Stephen L. Drymer (2016) “*Indirect Expropriation*” s 349f i ICSID. ”*Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID*”, Wolters Kluwer.

⁵¹ “[M]ost tribunals seem to agree that expropriation can only occur where diminution in value is very close to 100 per cent.” Ur Richard Happ och Noah Rubins. (2009). “*Digest of ICSID awards and decisions 2003-2007*”. Detta kan exemplifieras med att i Techmed mot Mexiko angavs att en indirekt expropriation kan inträffa ”if the negative economic impact of such actions on the financial position of the investor is sufficient to

väsentlig omfattning”, vilket innebär en mycket avsevärd minskning. CETA tydliggör detta krav och kodifierar sålunda denna praxis genom utformningen av artikel 1.b i bilaga 8-A.

Innebörden av ”väsentlig omfattning” är att värdeminskningen måste varit mycket stor och i det närmaste total för att åtgärden ska betraktas som en indirekt expropriation.⁵² Även om värdeminskningen inte är så omfattande att den utgör en indirekt expropriation så kan det ändå vara fråga om en indirekt expropriation om investeraren fråntagits kontrollen över investeringen.⁵³

Innan en tribunal ska avgöra om en åtgärd ryms inom statens rätt att reglera bör således först avgöras om åtgärden medfört att investeringen väsentligt minskat i värde eller om investeraren förlorat kontrollen över investeringen. För det fall investeringen uppfyller något av dessa rekvisit bör tribunalen gå vidare i sin analys.

2.5 Befintligt skydd i Sverige gentemot indirekt expropriation

Kollegiet har i tidigare utredning⁵⁴ granskat vilket skydd som finns i svensk nationell rätt, inklusive i EKMR, när det gäller rätt till ersättning vid indirekt expropriation.

neutralize in full the value, or economic or commercial use of its investment without receiving any compensation whatsoever.” ur Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. mot USA, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 beslut den 29 maj 2003 paragraf 121. I Tokios Tokelès mot Ukraina uppgavs att *“one can reasonably infer that a diminution of 5% of the investment’s value will not be enough for a finding of expropriation, while a diminution of 95% would likely be sufficient.”* Tokios Tokèles mot Ukraina, ICSID Case No. ARB/02/18, beslut den 26 juli 2007.

⁵² Ibid.

⁵³ Ett klassiskt exempel på denna typ av indirekt expropriation är tvisten Sporrang och Lönnroth mot Sverige som rörde långvariga expropriationstillstånd (23 respektive 8 år) vilka gav kommunen rätt att i framtiden exproprierade fastigheterna om kommunen så önskade. Sporrang och Lönnroth hävdade att detta gjorde fastigheterna omöjliga att sälja. Europadomstolen fann att Sverige gjort sig skyldigt till indirekt expropriation. Dom den 23 september 1982 i Europadomstolen, mål nr 7151/75. Ytterligare exempel är Hellborg mot Sverige, dom den 28 februari 2006 i Europadomstolen, mål nr 47473/99, där det konstaterades en kränkning av artikel 1 till följd av ett förhandsbesked om bygglov inte fick realiseras.

⁵⁴ Kommerskollegium. (2015) ”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?”.

Nedan redovisas de bärande slutsatserna tillsammans med det yttrande som Justitiekanslern har lämnat till kollegiet.⁵⁵ Utöver en analys av nationell rätt och EKMR har Justitiekanslern även gjort en övergripande analys av det skydd som ges av EU-rätten. Justitiekanslerns yttrande stödjer i allt väsentligt kollegiets slutsats från tidigare utredningar: det skydd som ges av CETA går inte utöver det skydd som redan idag ges investerare i Sverige.

2.5.1 Svensk rätt

Kommerskollegium har tidigare kommit fram till att det finns ett visst skydd gentemot indirekt expropriation genom 2 kap. 15 § regeringsformen (RF)⁵⁶, men att rättsläget är oklart.⁵⁷ Enligt Justitiekanslern har en investerare i Sverige skydd för all egendom mot expropriation eller annat sådant förfogande. Gällande en dom från Högsta domstolen⁵⁸ uppger Justitiekanslern att det är vanskligt att dra några långtgående slutsatser i förhållande till investeringsskyddet i CETA. Justitiekanslern framhåller dock att ersättningsrätten enligt regeringsformen har utvecklats genom domen. Därtill uppger Justitiekanslern att eftersom Sverige anslutit sig till EKMR innebär det att svensk lag erkänner rätt till ersättning vid både konfiskation av egendom och åtgärder som innebär att egendomsinnehavaren går miste om sina normala rättigheter som ägare. Enligt Justitiekanslern torde det senare kunna jämföras med uttrycket ”annat sådant förfogande” i 2 kap. 15 § RF, vilket i sin tur kan jämföras med indirekt expropriation i CETA.

⁵⁵ Kommerskollegium har i detta avsnitt lagt stor vikt vid yttrandet från Justitiekanslern eftersom det är Sveriges expertmyndighet gällande skadestånd mot Sverige baserat på nationell rätt, EKMR och EU-rätten.

⁵⁶ 2. Kap. 15 RF:

”Vars och ens egendom är tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Den som genom expropriation eller något annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad full ersättning för förlusten. Ersättning ska också vara tillförsäkrad den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Ersättningen ska bestämmas enligt grunder som anges i lag.

Vid inskränkningar i användningen av mark eller byggnad som sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl gäller dock vad som följer av lag i fråga om rätt till ersättning.

Alla ska ha tillgång till naturen enligt allemansrätten oberoende av vad som föreskrivits ovan.”

⁵⁷ Kommerskollegium. (2015) ”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?” sid. 27.

⁵⁸ NJA 2014 sid. 332.

Av Justitiekanslerns yttrande drar kollegiet slutsatsen att det fortsatt råder osäkerhet i vilken utsträckning en investerare har rätt till ersättning vid indirekt expropriation med grund i nationell rätt. Mycket tyder dock på att det skydd som ges av svensk rätt genom 2 kap. 15 RF omfattar även indirekt expropriation.

För det fall en investerare skulle ha rätt till ersättning vid indirekt expropriation med grund i 2 kap. 15 § RF förefaller det under vissa omständigheter finnas ett hinder genom 3 kap. 7 § skadeståndslagen (1972:207) som stadgar att talan om ersättning inte får föras med anledning av beslut av riksdagen eller regeringen eller av Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen.⁵⁹

Justitiekanslern ger som exempel att om ett kanadensiskt företag skulle begära ersättning för indirekt expropriation och grundar sig endast på nationella regler måste den som ska ta ställning till begäran navigera mellan nationella föreskrifter inklusive RF och EKMR för att lösa tvisten. Justitiekanslern kan dock inte med säkerhet uttala sig om hur en sådan prövning skulle gå till eller vilket resultat som skulle uppkomma.

2.5.2 Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna

I artikel 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR⁶⁰ ges ett skydd mot indirekt expropriation.⁶¹ Justitiekanslern har i sitt yttrande hänvisat till att det finns omfattande rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (hädanefter Europadomstolen) angående direkt och indirekt expropriation och att rättigheter enligt EKMR tillkommer även enskilda från Kanada som verkar i Sverige. Vidare konstaterar Justitiekanslern att av 2 kap. 19 § RF framgår att nationella föreskrifter inte får stå i strid med EKMR, som dessutom gäller som lag i Sverige (*lag 1994:1219 om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*). Regler som strider mot EKMR strider alltså även mot RF. Detta innebär att det hinder som 3 kap. 7 § skadeståndslagen skulle kunna medföra för att få sin talan

⁵⁹ Ett återförstatligande av exempelvis apoteken via lagstiftning skulle därmed eventuellt inte kunna leda till skadestånd för de skadelidande med grund i nationell rätt.

⁶⁰ Artikel 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR - Skydd för egendom:
"Envar fysisk eller juridisk persons rätt till sin egendom skall lämnas okränkta. Ingen må berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som angivas i lag och av folkrättens allmänna grundsatser.

Ovanstående bestämmelser inskränka likväl icke en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner erforderlig för att reglera nyttjandet av viss egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse eller för att säkerställa betalning av skatter och andra pålagor eller av böter och viten".

⁶¹ Kommerskollegium. (2015) "Rätten att reglera" i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?" sid. 27.

prövad om ersättning för indirekt expropriation med grund i nationell rätt inte gäller för påstådda överträdelser av EKMR eller EU-rätten.

2.5.3 EU-rätten

Kommerskollegium instämmer i Justitiekanslerns bedömning som återges nedan i sin helhet.⁶²

Unionsrätten, inkl. Stadgan⁶³

Unionsrätten och Sverige

Sverige är medlem i EU (se 1 kap. 10 § RF). I Sverige gäller unionsrätten genom att fördragen, inklusive Stadgan, har införlivats i vår rättsordning genom lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

Etableringsrätten m.fl. friheter och EU-skadestånd

Ett företag från Kanada som etablerar sig i Sverige kan ha vissa grundläggande rättigheter enligt unionsrätten. Åtgärder som inskränker t.ex. etableringsfriheten (för redan gjorda etableringar/investeringar) kan angripas på olika sätt. Inskränkningar av etableringsfriheten som inte kan motiveras av staten kan leda till EU-skadestånd om följande förutsättningar är uppfyllda; det ska vara fråga om en tillräckligt allvarlig (klar) överträdelse av unionsrätten, regeln som överträds ska innebära rättigheter för enskilda och det ska slutligen finnas orsakssamband mellan överträdelsen och skadan (se bl.a. Melin, Festskrift till Johan Hirschfeldt, 2008, s. 245 if). Etableringsrätten tangerar investeringsskyddsfrågorna. Även inom WTO-rätten finns liknande friheter (GATS-avtalet om tjänster).

Egendomsskyddet i artikel 17 i Stadgan lyder enligt följande.

”1. Var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen.

2. Immateriell egendom ska vara skyddad.”

Egendomsskyddet i unionsrätten motsvarar det som EKMR ger (se artikel 53.3 i Stadgan och förklaring till artikel 53, EUT 2007 C 303 s. 2). Europadomstolens praxis kan sägas vara vägledande för EU-domstolen i den mån EU-domstolen skulle bedöma det skyddet. Om staten gör sig skyldig till en överträdelse av Stadgan när den tillämpar unionsrätt kan EU-skadestånd utgå enligt de förutsättningar som har angivits ovan.

Även EU-domstolen har en omfattande praxis på området för friheterna inom den inre marknaden, både avseende inskränkningar av etableringsfriheten och

⁶² Justitiekanslerns yttrande ”Samråd angående effekter av CETA”, deras dnr 832-2017-8.2, sid. 3f.

⁶³ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, (2000/C 364/01).

kränkningar av Stadgan (se bl.a. Lenaerts, *European Union Law*, tredje upplagan, 2011). Om staten skulle dra in tillståndet för företag som utövar tillståndspliktig verksamhet kan den åtgärden bli föremål för EU-domstolens prövning och nationell domstol skulle kunna ålägga staten att betala skadestånd i enlighet med förutsättningarna för EU-skadestånd. I ett sådant fall utgår ersättning för skadan på grund av unionsrätten och inte på grund av regler om expropriation.

Företag som bedriver verksamhet inom EU kommer även om CETA träder i kraft att, i enlighet med folkrätten, kunna göra gällande investeringsskydd enligt EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtal. Diskussioner pågår dock om detta är en lämplig form för lösning av tvister mellan företag och stater inom EU (se även nedan).

Befogenheterna inom EU

EU har bara rätt att vidta åtgärder som binder medlemsstaterna i den mån dessa har överlämnat behörigheten till EU. Enligt artikel 345 FEUF har medlemsstaterna fortfarande rätt att bestämma om sin egendomsordning. Det ankommer alltså på medlemsstaterna att bestämma hur deras egendomsskydd ska vara utformat med beaktande av andra internationella åtaganden (t.ex. EKMR).

Samtidigt har medlemsstaterna överlåtit omfattande befogenheter till EU vad gäller den inre marknaden (delade befogenheter mellan EU och dess medlemsstater, artikel 4 FEUF) och utländska direktinvesteringar (exklusiv befogenhet för EU, artikel 3 FEUF). Exakt hur befogenheterna är fördelade mellan EU och dess medlemsstater när det gäller investeringsskydd är idag inte klarlagt.

Kollegiets kommentar

Kollegiet delar Justitiekanslerns uppfattning att det även via EU-rätten finns ett relativt omfattande skydd för investerare gentemot indirekt expropriation innebärandet ett lager skydd utöver nationell rätt och EKMR.

2.5.4 Kollegiets slutsatser

Som framgår ovan är det vanskligt att på ett teoretiskt plan jämföra vilket skydd som ges av olika nivåer av skyddslagstiftning. Å andra sidan finns det idag ett skydd i Sverige gentemot indirekt expropriation på tre nivåer: nationell rätt, EKMR och EU-rätten. I det följande kommer att analyseras vilket skydd som CETA ger gentemot indirekt expropriation.

2.6 Rätten att reglera i CETA

2.6.1 Rätten att reglera i tolkningsinstrumentet

Till hjälp för avgörandet var gränsen går mellan ”rätten att reglera”⁶⁴ och indirekt expropriation inleds CETA med ett Gemensamt tolkningsinstrument som är en integrerad del av avtalet.

Tolkningsinstrumentets ingress 1(d) och (e) anger följande:

*Europeiska unionen och dess medlemsstater och Kanada kommer därför att kunna fortsätta uppnå de legitima offentliga politiska mål som deras demokratiska institutioner sätter upp t.ex. i fråga om folkhälsa, sociala tjänster, statlig utbildning, säkerhet, miljö, allmän moral, integritets- och uppgiftsskydd och främjande och skydd av den kulturella mångfalden. Ceta kommer heller inte att sänka våra respektive standarder eller krav i föreskrifter som rör livsmedelssäkerhet, produktsäkerhet, konsumentskydd, hälsa, miljöskydd eller arbetarskydd. Importerade varor, tjänsteleverantörer och investerare måste fortsätta att uppfylla nationella krav, inbegripet regler och föreskrifter. Europeiska unionen och dess medlemsstater och Kanada bekräftar sina åtaganden i fråga om försiktighetsåtgärder som de har vidtagit i internationella avtal.*⁶⁵

Detta tolkningsinstrument ger, i den mening som avses i artikel 31 i Wienkonventionen om traktaträtten, en klar och otvetydig redogörelse för vad Kanada och Europeiska unionen och dess medlemsstater har enats om i ett antal bestämmelser i Ceta som har varit föremål för offentlig debatt och farhågor samt ger en överenskommen tolkning av detta. Detta inbegriper i synnerhet Ceta-avtalets inverkan på regeringars möjlighet att lagstifta i allmänhetens intresse samt bestämmelserna om investeringsskydd och tvistlösning samt om hållbar utveckling, arbetstagares rättigheter och miljöskydd.

Dessutom anges i artikel 2 i tolkningsinstrumentet gällande rätten att reglera:

Enligt Ceta bibehåller Europeiska unionen och dess medlemsstater och Kanada möjligheten att anta och tillämpa egna lagar och andra författningar för att reglera ekonomisk verksamhet i allmänhetens intresse, för att uppnå legitima offentliga politiska mål, t.ex. skydd och främjande av folkhälsa, sociala tjänster, statlig utbildning, säkerhet, miljö, allmän moral, socialt skydd eller

⁶⁴ Rätten att reglera översätts i den officiella svenska versionen med ”rätt att lagstifta”. Översättningen är dock missvisande eftersom begreppet omfattar såväl lagstifta som att fatta beslut varför vi använder oss av termen ”rätt att reglera”.

⁶⁵ Kommerskollegiums understrykning.

*konsumentskydd, integritets- och uppgiftsskydd samt främjandet och skyddet av den kulturella mångfalden.*⁶⁶

Vidare klargörs det i artikel 6 (a) i tolkningsinstrumentet till CETA att det skydd som ges i avtalet inte innebär att utländska investerare kommer att behandlas mer förmånligt än inhemska investerare. Klargörandet är kategoriskt och utan undantag. Huruvida det stämmer beror naturligtvis både på vilken nivå av skydd som CETA innebär, men också på nivån av skydd i övrigt som ges i respektive land. Kollegiet konstaterar att i Gemensamma tolkningsinstrumentets artikel 1(d) och artikel 2 påminner om artikel 8.9.1 CETA om rätten att reglera, vilket analyseras i följande avsnitt.

2.6.2 Rätten att reglera i CETA:s avtalstext

I artikel 8.9.1 i CETA fastställs följande om rätten att reglera:

*”Vad gäller tillämpningen av detta kapitel bekräftar parterna att de bibehåller sin rätt att lagstifta inom sina egna territorier för att uppnå legitima politiska mål, till exempel i fråga om folkhälsa, säkerhet, miljö, allmän moral, socialt skydd, konsumentskydd och främjande och värnande av den kulturella mångfalden.”*⁶⁷

Skrivningar såsom artikel 8.9.1 om ”rätten att reglera” placeras i investeringsavtal i allmänhet i ingressen till avtalen och det var också där skrivningen fanns under en lång period av förhandlingarna.⁶⁸ Till slut valde parterna till avtalet att istället placera skrivningen i en egen artikel.⁶⁹ Det skulle kunna argumenteras för att skälet till detta är att göra ”rätten att reglera” till en legalt tillämplbar rättighet för staten och inte enbart ett verktyg för tolkning. Kollegiet gör trots det bedömningen att artikel 8.9.1 om ”rätten att reglera” i huvudsak är av deklaratorisk karaktär. Bland annat anges att parterna ”bekräftar” (*reaffirm*) sin rätt att

⁶⁶ Artikel 2 Gemensamt tolkningsinstrument om det övergripande avtalet om ekonomi och handel (Ceta) mellan Kanada och Europeiska unionen och dess medlemsstater.

⁶⁷ Artikel 8.9.1 på engelska: *“For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.”*

⁶⁸ I kommissionens förslag till TTIP (sektion 2, artikel 2) hade artikeln om rätten att reglera en något annorlunda utformning vari det ingick ett nödvändighetstest. Sannolikt hade denna skrivning inneburit en lägre nivå av rätt att reglera jämfört med versionen i CETA.

⁶⁹ I artikel 8.9.2 CETA förtydligas även att en lag påverkar en investering eller investerarens förväntningar negativt i sig inte innebär en överträdelse av en skyldighet enligt avsnitt D i CETA. Kommerskollegium har tidigare analyserat effekten av denna artikel i utredningen ”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?” och därför görs här inte någon analys av nämnda artikeln annat än att den bidrar till att utöka rätten att reglera.

reglera”. Språket⁷⁰ i artikeln och i tolkningsinstrumentet tyder på att artikeln inte medför en ytterligare materiell rättighet utan att parterna slår fast att denna rättighet redan finns. Artikeln i sig leder med denna tolkning inte till att staten ges en utökad rätt att reglera. Dock tydliggör artikeln att parterna till avtalet lägger stor vikt vid rätten att reglera och en tribunal måste i enlighet med Wienkonventionen (VCLT) beakta parternas avsikt med avtalet.⁷¹

Eftersom kollegiet gör bedömningen att artikel 8.9.1 CETA ensamt eller tillsammans med artikel 2 i det Gemensamma tolkningsinstrumentet har liten inverkan på de avtalsbundna staternas rätt att reglera är det nödvändigt att identifiera skyddsnivån av vad Sverige genom CETA materiellt har åtagit sig.⁷² För att avgöra om Sveriges rätt att reglera i praktiken har påverkats måste denna nivå sedan jämföras med vad som redan är en del av svensk rätt.

2.6.3 Explicita undantag i CETA

Artikel 8.15 i CETA listar undantag varav de flesta avser marknads-tillträde. Även kapitel 28 i CETA innehåller en rad undantag för när avtalet inte är tillämpligt och där finns hänvisningar till kapitel 8. Kollegiet har inte funnit anledning att här närmare kommentera dessa undantag annat än att konstatera att när undantagen är tillämpliga kan det inte finnas någon restriktion på Sveriges ”rätt att reglera”.

2.7 Indirekt expropriation och rätten att reglera

2.7.1 Artikel 8.12 och doktrinerna

Rätten till ersättning vid expropriation regleras i artikel 8.12 i CETA. Enligt artikeln ska en expropriation följa vad som stadgas av artikel 8.12 (a) till (d) innebärande att den ska ske:

- a) av hänsyn till allmänintresset,
- b) inom ramen för ett korrekt rättsförfarande,
- c) på ett icke-diskriminerande sätt, och
- d) mot betalning av omedelbar, adekvat och effektiv ersättning.

⁷⁰ Vad som inom doktrin kallas ”positivt språk”. Titi, Aikaterini, (2013) ”The Right to Regulate in International Investment Law”, Nomos, sid.104 ff.

⁷¹ VCLT artikel 31.1.

⁷² Kommerskollegium har i de utredningar som nämns i fotnot 1 och 2 använt sig av denna metod för att utröna i vilken utsträckning CETA påverkar Sveriges rätt att reglera.

Dessa punkter är sedan många år tillbaka standard i investerings-skyddsavtal och de talar om för parterna till avtalet hur och under vilka omständigheter de får expropriera. Punkterna säger däremot väldigt lite om när parterna får expropriera utan att betala ersättning.

Rätten till ersättning vid indirekt expropriation förtydligas i bilaga 8-A. Av denna bilagas artikel 1.b framgår att:

*”indirekt expropriation föreligger när en parts åtgärd eller serie av åtgärder har motsvarande verkan som direkt expropriation, eftersom den i väsentlig omfattning berövar investeraren de grundläggande attributen för att äga sina investeringar, bland annat rätten att använda, åtnjuta och avyttra sin investering, utan formell överlåtelse av äganderätten eller formellt beslagtagande.”*⁷³

En relativt noggrant genomgången görs nedan av de inom internationell investeringsrätt två konkurrerande huvuddoktriner rörande vad som ska beaktas vid avgörandet av om en indirekt expropriation inträffat. Genomgången görs för att tydliggöra varför vissa skiljenämnder har kommit till slutsatser som skiljer sig från andras. Syftet är även att förklara varför CETA har fått sin nuvarande utformning och vad det betyder för tolkningen av indirekt expropriation. Doktrinerna är ”*sole effect*” och ”*police powers*”⁷⁴.

”Sole effect” och ”police powers”

Vid avgörandet om det skett en expropriation är det under *sole effect*-doktrinen endast relevant vilken effekt en åtgärd fått på ägandet.

I bilaga 8-A artikel 1 CETA regleras att vid bedömningen av om det inträffat en indirekt expropriation ska beaktas om en åtgärd ”berövar investeraren de grundläggande attributen”. Detta är ett klassiskt kriterium i *sole effect*-doktrinen för att avgöra om en indirekt expropriation ägt rum. I realiteten handlar detta om huruvida investeringens värde raderats alternativt om investeraren förlorat kontrollen över investeringen.

Parterna har emellertid strukturerat avtalet så att även om detta utgör ett grundläggande kriterium ska skiljemännen vid en bedömning även beakta delar av *police powers*-doktrinen.

⁷³ Bilaga 8-A artikel 1.b CETA. I den engelska språkversionen anges följande: “*indirect expropriation occurs if a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure*”.

⁷⁴ Fritt översatt: ”enda effekt” och ”politisk befogenhet”.

Om en åtgärd företas för det allmännas bästa (*public purpose*) så är staten enligt *police powers*-doktrinen många gånger inte skyldig att betala ut ersättning. Nedan analyseras hur CETA förhåller sig till dessa två doktriner och vilka instruktioner avtalet ger till en tribunal om hur en bedömning ska göras av om en indirekt expropriation föreligger.

Sole effect-doktrinen, har utvecklats inom ramen för den mer övergripande *Hull*-formeln.⁷⁵ I *Hull*-formeln slås fast att

*”inte i någon rättsstat eller enligt någon sedvanerätt har en regering rätt att exproprierat privat egendom, oavsett anledning utan att tillhandahålla omedelbar, adekvat och effektiv betalning i ersättning”*⁷⁶

Hull-formeln handlar således inte enbart om att staten ska betala ersättning för alla typer av expropriation utan också om att ersättningen som vara “omedelbar, adekvat och effektiv”⁷⁷. Det råder en tydlig länk mellan skyddet mot expropriation och möjligheten till ersättning.

Sedan åtminstone 1900-talets början⁷⁸ och fram till mitten på 1900-talet utgjorde *Hull*-formeln internationell sedvanerätt beträffande expropriation och hur ersättning skulle utgå. Enligt *Hull*-formeln ska staten ersätta alla typer av expropriation. Inom internationell investeringsrätt har detta kommit att kallas *sole effect*-doktrinen. Detta har i sin tur lett till att den från början mer omfattande *Hull*-formeln främst kommit att stå för att ersättning ska betalas ut omedelbart, adekvat och effektivt.

Under senare delen av 1900-talet kom *sole effect*-doktrinen att sakta ersättas av *police powers*-doktrinen. *Police-powers* doktrinen är idag att se som internationell sedvanerätt.⁷⁹ Vilken doktrin en tribunal ansluter sig till kan påverka bedömningen i ett enskilt fall.⁸⁰

⁷⁵ *Hull*-formeln har fått sitt namn efter USA:s statssekreterare Cordell Hull som 1938 skrev ett brev till Mexiko där han krävde ersättning till amerikanska medborgare vars egendom blivit exproprierad. Principen fanns emellertid även tidigare.

⁷⁶ Kommerskollegiums fria översättning. På originalspråk anges: “*under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate and effective payment therefor.*” ICSID (2016). “Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID”, Wolters Kluwer, sid. 448.

⁷⁷ Artikel 8.12 CETA innehåller “omedelbar, adekvat och effektiv”.

⁷⁸ Exempelvis *The Chorzow Factory Case*, 1928 P.C.I.J.

⁷⁹ Pellet, Alain “*Police Powers or the State’s Right to Regulate*” i ICSID (2016). “Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID”, Wolters Kluwer, sid 448.

⁸⁰ En skiljenämnd måste emellertid utgå från utformningen av det aktuella investeringsskyddsavtalet och om avtalets utformning talar för att parterna avsåg att *sole effect*-doktrinen skulle användas så övertrumfar det den internationella sedvanerätten.

Mot bakgrund av Göteborgs universitets yttrande, vilket kommer att redogöras för nedan, är det på sin plats att här tydliggöra att doktrinerna etablerats som begrepp för att förklara två olika strömningar i praxis. Det är inte så att tribunaler måste välja det ena eller det andra utan de kan i ett avtal som inte ger ledning till vad som utgör indirekt expropriation välja att betona olika aspekter.

Artikel 8.12.1(d) i CETA rörande att ersättning vid expropriation ska vara ”omedelbar, adekvat och effektiv”⁸¹ har tveklöst inspirerats av *Hull*-formeln. Innebär då detta att parterna till avtalet anser att *sole effect*-doktrinen ska tillämpas? Det kan här noteras att artikeln inte anger att ersättning ska utgå oavsett motiv till en expropriation. Därtill talar utformningen av bilaga 8-A för att tribunaler inte ska använda sig av avgörande delar av *sole effect*-doktrinen, vilket alltså ligger i linje med utvecklingen inom internationell sedvanerätt de senaste 60 åren.⁸²

2.7.2 Police powers-doktrinen och bilaga 8-A

Det kan sättas ett likhetstecken mellan begreppet rätten att reglera och *police powers*-doktrinen. Syftet med doktrinen är att bevara statens rätt att reglera i det allmännas intresse.⁸³ Det råder emellertid inte samstämmighet om vad som utgör *police powers*-doktrinen. Några anser att doktrinen endast omfattar skatt, brott och upprätthållande av allmän ordning, andra antar ett bredare perspektiv och anser att doktrinen även omfattar exempelvis hälsa, säkerhet, miljöskydd och värnande av den kulturella mångfalden.⁸⁴ Oavsett vilket perspektiv som antas ska vid tillämpningen av *police powers*-doktrinen vägas in syfte, kontext och sättet på vilket åtgärden genomförts.⁸⁵ Enligt *sole effect*-doktrinen är dessa överväganden inte av intresse.

En skiljenämnd har beskrivit *police powers*-doktrinen på följande sätt:

⁸¹ Att ersättningsnivån ska vara ”effektiv” ska läsas i relation till de inom sedvanerätten vanliga alternativen ”full” eller ”lämplig”. I artikel 8.39.(b) specificeras att nivån på ersättning ska vara ”the fair market value” omedelbart föregående den statliga behandlingen.

⁸² Anledningen till att sedvanerätten kommit att ändras på detta område är bland annat att de tidigare kapitalimporterande staterna fått mer att säga till om jämfört med under 1900-talets början.

⁸³ Pellet, Alain “Police Powers or the State’s Right to Regulate” i ICSID (2016). ”Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID”, Wolters Kluwer, sid. 447ff

⁸⁴ Mostafa, Ben. (2008) ”The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”, Australian International Law Journal, volume 15, sid. 274.

⁸⁵ Mostafa, Ben. (2008) ”The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”, Australian International Law Journal, volume 15.

[R]egeringar måste ha möjlighet att inom ramen för ett bredare allmänintresse vidta åtgärder till skydd för miljö, införa nya eller ändrade skatteregler, bevilja eller dra in statligt stöd, minska eller höja avgiftsnivåer, inrätta zonbegränsningar och liknande. Statliga åtgärder av dessa slag kan inte vidtas om företag som påverkas negativt av åtgärderna, har rätt att få ersättning.⁸⁶

Andra skiljenämnder har i sina beslut hänvisat till *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Alien*⁸⁷ för en förståelse av *police powers*-doktrinen. Av särskilt intresse är vad som nedan strukits under nedan:

5. ett tagande av egendom från en utlänning som inte ersätts eller ett berövande av användande eller besittning av en utlännings egendom vilken är ett resultat av tillämpande av skattelagstiftning; från en generell ändring av värdet på valutans växelkurs; en åtgärd från en statlig myndighet som upprätthåller allmän ordning, skyddar folkhälsan eller värnande av moral; eller från ett legitimt användande av militärt våld; eller annars är en olyckshändelse vid en normal tillämpning av statens lagar ska inte anses felaktigt under förutsättning:

(a) att det inte är en tydligt och diskriminerande överträdelse av berörd stats lagar;

(b) att det inte är ett resultat av en överträdelse av artiklarna 6-8 i denna konvention;

(c) det är inte ett orimligt avsteg från rättsprinciperna som erkänns av världens rättssystem och

(d) det är inte ett missbrukande av statsmaktens befogenheter vilka specificeras i denna paragraf i syfte att beröva en utlänning dennes egendom;⁸⁸

⁸⁶ Kollegiets fria översättning. På originalspråk: [G]overnments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increase in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation. taget ur Marwin Feldman mot Mexiko, ICSID Case No.

ARB/AF/99/1, slutligt beslut den 16 december 2002.

⁸⁷ Artikel 10 paragraf 5. *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Alien*, International Law Commission.

⁸⁸ Kollegiets fria översättning. På originalspråk:

5. An uncompensated taking of property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of the tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality; or from the valid exercise of belligerent rights; or is otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful, provided :

(a) it is not a clear and discriminatory violation of the law of the State concerned;

(b) it is not the result of a violation of any provision of Articles 6 to 8 of this Convention;

(c) it is not an unreasonable departure from the principles of justice recognized by the principal legal systems of the world; and

(d) it is not an abuse of the powers specified in this paragraph for the purpose of depriving an alien of his property

Artikel 8.9.1. i CETA bekräftar staternas rätt att reglera⁸⁹ för att uppnå legitima politiska mål. Exempelen som listas i artikeln - folkhälsa, säkerhet, miljö, allmän moral, socialt skydd, konsumentskydd samt främjande och värnande av den kulturella mångfalden - har enligt kollegiets uppfattning inspirerats av *Harvard Draft Convention* vilken i sin tur kan ha inspirerats av undantagen i artikel XX i GATT.

I bilaga 8-A artikel 3 CETA finns uttryckligen uttalat att staten har rätt att skydda ”berättigade offentliga välfärds mål”:

*”För tydlighetens skull utgör icke-diskriminerande åtgärder eller åtgärds serier som en part vidtar och som är avsedda och tillämpas för att skydda berättigade offentliga välfärds mål, 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.”*⁹⁰

Texten liknar såväl den som finns i artikel 2 i CETA:s Gemensamma tolkningsinstrument som artikel 8.9.1 i CETA.

Vad som utgör en åtgärd i det allmänna intresse, vilket brukar nämnas i samband med *police powers*-doktrinen, och vad som utgör ett berättigat offentligt välfärds mål lär bli föremål för tolkning av framtida tribunaler.

Kollegiet gör således bedömningen att mycket av bilaga 8-A i CETA är en kodifiering av vad som ingår i *police powers*-doktrinen.

2.7.3 Användandet av artikel 8.9.1 och bilaga 8-A

Kollegiets bedömning är att artikel 8.9.1 i CETA inte är avsedd att övertrumfa de materiella skyddsartiklarna utan istället är tänkt att vara en hjälp vid tolkningen av desamma. Eftersom det inte går att bortse ifrån att artikel 8.9.1 och artikel 3 i bilaga 8-A korresponderar med varandra drar kollegiet slutsatsen att kapitel 8 i huvudsak ska tolkas med hjälp av *police powers*-doktrinen – och inte med hjälp av ”*sole effect*-doktrinen”, vilket sannolikt får konsekvenser även för andra artiklar än 8.12 (expropriation) i CETA.

Enbart en hänvisning till *police powers*-doktrinen skulle inte klargöra vilken tolkning av doktrinen som en tribunal bör utgå ifrån. Syftet med bilaga 8-A är därför att förklara vad som ska beaktas vid avgörandet av om det inträffat en indirekt expropriation (artikel 8.12 CETA). Den icke uttömmande hänvisningen till hälsa, säkert och miljö tyder på att parterna till CETA avsåg att ge *police powers*-doktrinen en relativt vid definition

⁸⁹

⁹⁰ Den engelska versionen lyder: “For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.”

och således ge staten relativt stort utrymme att agera inom ramarna för denna doktrin. Oavsett detta kan en tribunal som ska tolka avtalet luta sig mot att *police powers*-doktrinen såsom den kommer till uttryck i bilaga 8-A ska ges företräde framför *sole effect*-doktrinen. Parterna till avtalet har genom främst artiklarna 2 och 3 i bilaga 8-A till CETA gett relativt tydliga instruktioner till en tribunal vad i *police powers*-doktrinen som utgör en del av avtalet.

I artikel 3 finns en borte gräns för statens agerande genom att åtgärder som är att anse som diskriminerande eller uppenbart överdrivna i relation till syftet inte är tillåtna utan kan leda till skadeståndsskyldighet. Hänvisningen i samma artikel (i den engelska versionen) till ”*severe in light of its purpose*” är en direkt hänvisning till EU-domstolens resonemang rörande proportionalitet och innebär således en instruktion till tribunaler att göra ett proportionalitetstest vid bedömningen av om en indirekt expropriation har inträffat.⁹¹

Det måste finnas en rimlig balans mellan samhällsintresset och investerarens intresse av att behålla sin egendom. Bedömningen baseras på fakta i den enskilda tvisten och bland annat den omfattande rättspraxis som finns rörande proportionalitetsbedömningar.

2.7.4 Bilaga 8-A och vilka överväganden bör göras?

Enligt kollegiet finns det således ett spänningsfält mellan vad som utgör en indirekt expropriation som kräver kompensation och vad som är ett tillåtet statligt reglerande för att exempelvis skydda människors hälsa och miljö, vilket normalt sett inte utlöser ett skadeståndsansvar. Inom EU-rätten och EKMR skulle ett sådant avvägande främst göras med beaktande av proportionalitetsprincipen och om den statliga åtgärden skett med ett ärligt uppsåt. Som återgetts ovan ska även en CETA-tribunal göra en proportionalitetsbedömning, men i CETA ges dessutom ytterligare instruktioner till tribunalen.

Bilaga 8-A artikel 2.a i CETA anger följande:

Vid fastställandet av huruvida en åtgärd eller en serie åtgärder som vidtas av en part i en specifik situation utgör indirekt expropriation krävs en faktabaserad undersökning från fall till fall som bland annat tar hänsyn till

- a) *åtgärdens eller åtgärdsseriens ekonomiska konsekvenser, även om det inte räcker med att en parts åtgärd eller serie åtgärder har en negativ*

⁹¹ I en tidigare förhandlingsversion skrevs det ut att det skulle göras en proportionalitetsbedömning. Kommissionen har till kollegiet angett att ordalydelsen är hämtad från EU-domstolens domar.

*effekt på det ekonomiska värdet av en investering för att fastställa att en indirekt expropriation har ägt rum.*⁹²

Enligt kollegiets bedömning är artikel 2.a i bilagan en tydlig instruktion till tribunalen att inte använda sig av *sole effect*-doktrinen vid bedömningen av om en indirekt expropriation har inträffat. Utöver detta ska tribunalen beakta:

- b) hur länge åtgärden påverkat investeringen⁹³,
- c) vilka förväntningar investeraren hade när denna gjorde investeringen⁹⁴,
- d) sammanhang, ändamål och syfte med åtgärden.

Som nämnts under avsnitt 2.6.1. är sammanhanget och syftet med en åtgärd inte relevant vid *sole effect*-doktrinen. För det fall behandlingen som investeraren fått utstå härstammar från ett beslut eller en lag är det under punkten d) av vikt att beakta om skälet till åtgärden var att främja det allmännas bästa, vilket utgör en central del av *police powers*-doktrinen.

Efterföljande artikel 3 handlar bland annat om att åtgärden som staten gör måste vara proportionell till syftet med åtgärden och att den inte får vara diskriminerande. För det fall en åtgärd som uppfyller dessa krav syftar till att skydda berättigade offentliga välfärds mål⁹⁵ samt om åtgärden inte är uppenbart överdriven så utgör åtgärden inte en överträdelse av avtalet. Det finns alltså ett uppenbarhetsrekvisit som ska uppfyllas för att staten ska bli skadeståndsskyldig om åtgärden görs för det allmännas bästa.

⁹² Bilaga 8-A artikel 2.a CETA, har i den ursprungliga språkversionen uttrycks som följande: *“the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred”*. Kommerskollegiums egen understrykning.

⁹³ Det vill säga om åtgärden är permanent eller oåterkallelig.

⁹⁴ Att en stat uppmanat en investerare att göra en viss investering kan således inverka på bedömningen av om en senare åtgärd är att betrakta som en expropriation eller inte. Motsatsvis inverkar det på bedömningen om investeraren rimligen kunde förvänta sig åtgärden. Gällande investerarens förväntan handlar det om en objektiv standard och inte investerarens subjektiva upplevelse. För att få betydelse måste således statens agerande ha resulterat i en objektiv ”berättigad förväntan”, vilken exempelvis kan uppstå som en konsekvens av en explicit garanti inskriven i ett kontrakt.

⁹⁵ Flera skiljenämnder har ansett att kravet att åtgärden ska vara för det allmännas bästa inte är relevant vid avgörandet av om det skett en expropriation eller inte. Eftersom CETA reglerar vad som ska beaktas görs här inte någon djupare diskussion. För fördjupning se Mostafa, Ben (2008) *“The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”*, Australian International Law Journal, volume 15, sid. 276ff.

Kollegiet har i tidigare utredning överskådligt redovisat hur en tribunal ska resonera vid tillämpandet av artikel 8.12 om expropriation.⁹⁶ I avsnitt 2.7.10 nedan följer en beskrivning av vilka överväganden en framtida CETA-tribunal behöver göra vid avgörande om det skett en indirekt expropriation eller inte samt om investeraren har rätt till ersättning eller inte.

2.7.5 Police powers och internationell sedvanerätt

Europadomstolen har i sin praxis till första artikeln första tilläggsprotokollet till EKMR anslutit sig till *police powers*-doktrinen⁹⁷ och ett antal skiljenämnder i investeringsskyddstvister har i sina beslut citerat Europadomstolen till stöd för denna doktrin.⁹⁸ Europadomstolens doktrin som motsvarar *police powers* kallas "*the margin of appreciation*" eller "*margin of state discretion*" vilken används för att kunna bedöma om en medlemsstat till EKMR ska anses ha överträtt konventionen. Ett viktigt element vid denna prövning är huruvida den statliga åtgärden gjorts med ett ärligt uppsåt.⁹⁹

Så tidigt som i Sedco-tvisten fastslog Iran-US Claims Tribunal att det är "*en vedertagen princip inom internationell rätt att en stat inte är ansvarig för ekonomisk skada som är en konsekvens av en "reglering" beslutad med ärligt uppsåt inom ramen för vedertagna police powers.*"¹⁰⁰

Därtill har ett antal skiljenämnder i samband med tillämpandet av *police powers*-doktrinen hänvisat till *Third Statement of the Foreign Relations Law of the United States*¹⁰¹ där följande anges:

⁹⁶ Kommerskollegium. (2015) "Rätten att reglera" i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?" sid. 36f.

⁹⁷ Exempelvis Sporrang och Lönnroth mot Sverige i mål nr 7151/75, dom den 23 september 1982 i Europadomstolen.

⁹⁸ Pellet, Alain "Police Powers or the State's Right to Regulate", ICSID (2016). "Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID", Wolters Kluwer, sid. 449.

⁹⁹ Subedi, Suruya P. (2008) "International Investment Law: Reconciling Policy and Principle" Bloomsbury.

¹⁰⁰ Kommerskollegiums egen översättning. I originalspråk anges: "*an accepted principle of international law that a State is not liable for economic injury which is a consequence of bona fide "regulation" within the accepted police power of states.*" Citatet taget ur Pellet, Alain "Police Powers or the State's Right to Regulate" i ICSID (2016). "Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID", Wolters Kluwer, sid. 450f.

¹⁰¹ Pellet, Alain "Police Powers or the State's Right to Regulate" i ICSID (2016). "Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID", Wolters Kluwer, sid. 450f.

*En stat är inte ansvarig för förlust av egendom eller andra ekonomiska nackdelar vilka är ett resultat av allmän och ärlig beskattning, reglering, förverkade av egendom på grund av brott, eller andra åtgärder av det slag som allmänt anses rymmas inom statens police power, förutsatt att de inte är diskriminerande.*¹⁰²

Sedan tvisten Techmed mot USA¹⁰³ görs vid tillämpning av *police powers*-doktrinen inom investeringsrätt ett proportionalitetstest vid bedömningen av om en indirekt expropriation inträffat och ersättning ska utgå.¹⁰⁴ Även Europadomstolen använder proportionalitetstest vid sådan bedömning samt om åtgärden skett med ärligt uppsåt.¹⁰⁵ Det senare vägs in även vid en bedömning gjord av en skiljenämnd.

Proportionalitetsprincipen kan leda till bedömningen att en statlig åtgärd är att anse som proportionell, men åtgärden kan oaktat detta ha lett till svåra effekter för enskilda. Vid bedömningen av om ersättning ska utgå eller inte, tillämpas därför ibland även den franska egalitetsprincipen. Detta för att en åtgärd inte ska placera en orimlig börda på en enskild eller liten skara personer.¹⁰⁶ Vid bedömningen av om skadestånd bör utgå inte är denna princip tillsammans med proportionalitetsprincipen vägledande även för svenska domstolar.¹⁰⁷

Ytterligare ett exempel på att den typ av undantag som kommer till uttryck i artikel 8.9.1 och artikel 3 i bilaga 8-A CETA utgör en del av internationell sedvanerätt är de generella undantagen i XX GATT, vilka inledningsvis är desamma som de i *police powers*:

¹⁰² Kollegiets fria översättning. På originalspråk anges: *A state is not responsible of loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory.* Citatet är taget ur American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, 201, 712, (1987).

¹⁰³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. mot USA*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 beslut den 29 maj 2003.

¹⁰⁴ Pellet, Alain "Police Powers or the State's Right to Regulate" i ICSID (2016). "Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID", Wolters Kluwer, sid. 458f.

¹⁰⁵ Tietje, Christian m.fl. (2014) "The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership" sid. 50.

¹⁰⁶ Pellet, Alain "Police Powers or the State's Right to Regulate" i ICSID (2016). "Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID", Wolters Kluwer, sid. 458.

¹⁰⁷ P.D m.fl. mot staten genom Justitiekanslern, dom i Högsta domstolen (mål nr T 5628-12) den 23 april 2014. Av domen framgår att om ingripandet sker med motiveringen, hälsa- eller miljöskydd alternativt säkerhetsskäl har svenska staten som huvudregel inte någon ersättningsskyldighet om det inte är orimligt att den enskilde bär hela kostnaden. Vid bedömningen betraktades bland annat vilka förväntningar den enskilde hade vid förvärv av fastigheten. I aktuell dom fann domstolen att staten var ersättningsskyldig.

(a) nödvändighet för att skydda allmän moral och (b) nödvändigt för att skydda människors, djurs eller växters liv och hälsa.¹⁰⁸

Police powers-doktrinen utgör således idag internationell sedvanerätt.¹⁰⁹ Det är därför kollegiets bedömning att även utan instruktionerna i CETA så skulle en tribunal vid bedömningen av om ersättning ska utgå vid indirekt expropriation tillämpa *police powers*-doktrinen samt därvid ta hänsyn till om skälen för åtgärden varit att skydda allmänhetensintresse samt bl.a. göra en proportionalitetsbedömning och beakta om åtgärden skett *med ett ärligt uppsåt*.¹¹⁰

2.7.6 CETA:s effekter på svensk lagstiftning

Enligt Uppdraget ska kollegiet analysera vilka effekter CETA:s bestämmelser om investeringsskydd får på svensk lagstiftning.

Gällande CETA:s effekter på svensk lagstiftning har kollegiet inte kunnat identifiera att kapitel 8 medför behov av ändrad svensk lagstiftning. Däremot innebär CETA viss påverkan på Sveriges möjlighet att stifta lag och fatta beslut i den bemärkelsen att om Sverige stiftar en lag eller fattar ett beslut som innebär en överträdelse av avtalet riskerar Sverige att bli skyldigt att betala skadestånd motsvarande den skada som överträdelsen har vållat en investerare.¹¹¹ Begreppet "rätten att reglera" handlar i detta sammanhang om i vilken utsträckning staten ska kunna stifta lag och fatta beslut, utan att riskera att överträda avtalet och behöva betala skadestånd. Det handlar alltså inte om att staten, genom ett investerings-skyddsavtal, *avsäger* sig rätten att lagstifta eller reglera.¹¹²

¹⁰⁸ Kommerskollegiums fria översättning. På originalspråk anges: "(a) necessary to protect public morals" och "(b) necessary to protect human, animal or plant life or health."

¹⁰⁹ Subedi, Suruya P. (2008) "*International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*" Bloomsbury.

¹¹⁰ För det fall texten i CETA specifikt angett att *single effect*-doktrinen skulle tillämpas så vore tribunalen bunden av det.

¹¹¹ Artikel 8.39.3 CETA.

¹¹² Begreppet "rätten att reglera" är således missvisande men eftersom begreppet är vedertaget har Kommerskollegium trots det valt att använda det.

2.7.7 CETA och befintligt skydd i Sverige

En suverän stat har inte bara genom CETA utan enligt internationell sedvanerätt en uttalad rätt att stifta lag eller fatta beslut om det görs i syfte att skydda miljö eller människors och djurs hälsa utan att bli ersättningsskyldig till investerare i enlighet med vad som följer av *police powers*-doktrinen. En sådan lag eller ett sådant beslut måste även följa de grundläggande rättsregler som garanteras av artikeln rörande ”rättvis och skälig behandling” i artikel 8.10 CETA.¹¹³ Kollegiet har i tidigare utredning funnit att det skydd som ges i artikel 8.10 inte går utöver det som redan ges i Sverige.¹¹⁴ Inte heller gällande indirekt expropriation har kollegiet i denna eller tidigare utredningar funnit att skyddet som ges i CETA överstiger det som redan idag ges till investerare i Sverige.

Kollegiets slutsatser stöds av en del remissinstanser.¹¹⁵ Justitiekanslern skriver i sitt yttrande:

”Enligt Justitiekanslerns bedömning motsvarar det investeringsskydd som finns i CETA i allt väsentligt det skydd som redan finns i andra internationella avtal och konventioner som Sverige tillträtt, i unionsrätten och i svensk rätt.”

För det fall Sverige genomför en expropriation som går emot nationell rätt, EKMR och EU-rätten har en investerare rätt till monetär ersättning. Detsamma gäller för CETA.

Stockholms universitet skriver i sitt yttrande bland annat att *”avtalet omfattar i princip alla möjliga åtgärder som kan göra det svårt att etablera företag, att nyttja tillgångar och kamma hem vinster av avtalet”*.

Kollegiet önskar klargöra att rätten att etablera sig inte omfattas av investeringsskyddet i CETA. En investerare kan således inte tvista sig till marknadstillträde.¹¹⁶ Däremot kan parterna till avtalet, men inte enskilda företag, inleda en tvist för det fall de inte kan komma överens om hur avtalet ska tolkas gällande marknadstillträde.¹¹⁷

Eftersom universitet inte har redovisat någon jämförande analys av artiklarna 8.10 och 8.12 i CETA med det skydd som ges i Sverige står det inte klart om och i så fall på vilket sätt universitetet anser att skyddet i CETA går utöver det som ges i Sverige idag.

¹¹³ I praktiken handlar det i huvudsak om att regler och beslut måste fattas transparent, icke-diskriminerande och i enlighet med rättsordningen.

¹¹⁴ Kommerskollegium. (2015) *”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?”*.

¹¹⁵ Exempelvis skriver Naturvårdsverket i sitt yttrande att de inte finner anledning att ifrågasätta Kommerskollegiums bedömning gällande skyddet som ges av CETA och det som redan idag ges i Sverige.

¹¹⁶ Artikel 8.18 CETA.

¹¹⁷ I enlighet med vad som följer av kapitel 29 CETA.

Kollegiet har i tidigare utredning funnit att det skydd som ges av artikel 8.10 rörande rättvis och skälig behandling inte ger något skydd som inte redan ges av svensk rätt.¹¹⁸ Kollegiet utvecklar analysen gällande ”berättigad förväntan” i anslutning till avsnitt 2.8.1.

2.7.8 CETA och investeringsskydd vid subventioner

Stockholms universitet menar att det mycket väl kan hända ”att kanadensiska företag som verkar inom EU skulle kunna nå framgång i en investeringstvist vid en CETA-domstol” och att det kunde finnas ”tänkbara scenarier där Unionens och medlemsstaternas integrerade reglering av den inre marknaden skulle kunna anses oförenlig med CETA.”¹¹⁹ Som exempel nämns förhållandet mellan EU:s regler om statsstöd och skyddet för investeringar och mer specifikt det avgjorda målet T-646/12 rörande de svenska bröderna Micula.¹²⁰ Kommissionen ansåg att ett utbetalande av det skadestånd som skiljenämnden i tvisten utdömde skulle utgöra ett statsstöd vilket skulle strida mot EU-rätten.¹²¹

Kommerskollegium konstaterar att artikel 8.9.3 och 4 CETA reglerar statsstöds relation till investeringsskyddet i CETA. Av paragraferna 3 och 4 framgår följande:

3. För tydlighetens skull påpekas att om en part fattar beslut om att inte bevilja, förlänga eller upprätthålla en subvention a) om det inte finns något särskild förpliktelse enligt lagstiftningen eller ett kontrakt att bevilja, förlänga eller upprätthålla subventionen i fråga, eller b) i överensstämmelse med eventuella villkor och bestämmelser som är fogade till beviljandet, förlängningen eller upprätthållandet av subventionen i fråga, utgör inte detta en överträdelse av bestämmelserna i detta avsnitt.

4. För tydlighetens skull påpekas att ingenting i detta avsnitt ska tolkas så att det hindrar en part från att avbryta en subvention (1) eller begära att den återbetalas, om detta är nödvändigt för att uppfylla internationella skyldigheter mellan parterna eller om en sådan åtgärd beslutats av en behörig domstol eller förvaltningsdomstol eller någon annan behörig myndighet (2), eller så att det tvingar parten att ge investeraren kompensation för en sådan åtgärd.¹²²

¹¹⁸ Kommerskollegium. (2015) ”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?”.

¹¹⁹ Stockholm universitets yttrande, sid. 5.

¹²⁰ Tvisten i EU-domstolen hade sitt ursprung ur verkställighet av skiljedomens Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, beslut den 11 december 2013. Bröderna Micula återkallade sin talan i EU-domstolen.

¹²¹ KOM gjorde inlägg i tvisten och tog frågan till EU-domstolen. Micula T-646/14 Official Journal C 4398.12.2014.

¹²² (1)Vad gäller Europeiska unionen omfattar begreppet ”subvention” även ”statligt stöd” såsom det definieras i unionslagstiftningen. (2)Vad gäller Europeiska unionen är Europeiska kommissionen ”behörig myndighet” i enlighet med artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Kommerskollegiums tolkning av artikel 8.9.3 och 4 är att en tvist - såsom den Stockholms universitet hänvisar till gällande subventioner - inte omfattas av det skydd som ges av kapitel 8 i CETA. Det förtjänas här att upprepa att om grunden till tvisten är EU-rätten är EU svarande part.

2.7.9 Göteborgs universitets yttrande gällande indirekt expropriation

Göteborgs universitet hänvisar i sitt yttrande till en tidigare delvis motstridig praxis gällande indirekt expropriation. I tvisten *Saluka mot Tjeckien*¹²³ hänvisade skiljenämnden till, att så länge som en stats agerande befinner sig inom statens *police powers*, så utgör det en del av internationell sedvanerätt medan andra skiljenämnder¹²⁴ istället enbart fokuserat på investeringens värdeminskning (vilket kollegiet ovan refererar till som *sole effect*-doktrinen). Göteborgs universitet ser utformningen av CETA som ett sätt att adressera detta problem genom att definiera vad som utgör indirekt expropriation.

Såsom universitetet tolkar bilaga 8-A innebär den att om staten har visat att syftet med en åtgärd är i linje med det allmännas intresse (*public welfare objective*) så måste investeraren visa två saker:

1. Åtgärden måste ha lett till en väsentlig värdeminskning av investeringen. Enbart en värdeminskning är alltså inte tillräcklig utan påverkan måste även vara väsentlig (*substantial*).¹²⁵
2. Investeraren måste visa att statens åtgärd har varit uppenbart överdriven (*manifestly excessive*) i relation till det angivna allmännas bästa.

¹²³ *Saluka Investments B.V. mot Tjeckien*, beslut om jurisdiktion den 17 mars 2006, UNCITRAL.

¹²⁴ Exempelvis *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA mot Costa Rica*, slutligt beslut den 17 februari 2000, ICSID Case No ARB/96/1 och *Téchnicas Medioambientales Tecmed SA mot Mexiko*, beslut den 29 maj 2003, ICSID Case No ARB(AF)/00/02.

¹²⁵ *Pope and Talbot mot Kanada*, beslut om jurisdiktion den 29 juni 2000, UNCITRAL, paragraf 88 och 96, *Occidental Exploration and Production Company mot Ecuador*, beslut den 1 juni 2004, *London Court of International Arbitration* (Case No UN 3467) paragraf 89, *CMS Gas Transmission Company mot Argentina*, beslut den 12 maj 2005, ICSID Case No ARB/01/8) paragraf 263 och slutligen *S.D. Meyers Inc mot Kanada*, beslut om jurisdiktion den 13 november 2000, UNCITRAL, paragraf 282.

Enligt universitetet är konsekvensen av detta att om staten inför miljökrav på åtgärder tillhöriga kategorin expropriation under artikel 8.12 CETA kan investerare ha rätt till ersättning. Bevisbördan blir däremot avsevärt tyngre för investeraren om staten kan visa att åtgärden skett för det allmännas bästa. Universitetet menar vidare att det som är avgörande för utfallet är inte sektorn i sig utan syftet och utformningen av åtgärden. Även om tröskeln i CETA är hög för att en åtgärd ska utgöra en indirekt expropriation finns det inget i avtalet som helt undantar Sverige från skyldigheten att betala en investerare ersättning om en indirekt expropriation har lett till en väsentlig värdeminskning.

I sina slutsatser skriver Göteborgs universitet att CETA inte leder till – eller ens kan leda till – absoluta garantier för hur avtalet kan komma att tolkas och tillämpas vare sig vad gäller indirekt expropriation eller berättigad förväntan. Bedömningen görs i skiljeförfarandet i CETA (ICS) och fakta i varje enskild tvist. CETA är emellertid detaljerat och ger stater en uttrycklig rätt att reglera. Eftersom social välfärd och hälsosektorn inte är undantagna från kapitel 8 finns det ingen garanti för att Sverige inte kan hamna i en tvist på dessa områden. Är det genuina syftet med statens åtgärder att främja det allmännas bästa så är det investeraren som har bevisbördan att visa att åtgärden har varit ”uppenbart överdriven” i relation till syftet med behandlingen.

Kollegiet noterar att Göteborgs universitet i sitt yttrande gör bedömningen att CETA adresserar problemen som följer av *sole effect*-doktrinen, men inte uttryckligen säger att en tribunal vid tolkningen av artikel 8.12 om indirekt expropriation är bundet att använda sig av de överväganden som följer av *police powers*-doktrinen.¹²⁶ Vid uppföljande samtal¹²⁷ gjorde Göteborgs universitet följande förtydliganden:

Om staten kan visa att dess åtgärd skett för att uppfylla ett allmännyttigt ändamål (*public purpose*) – inom ramen för vad som anses som *police powers* – så är antagandet att det inte föreligger en indirekt expropriation. I CETA etableras emellertid ett högre krav. För att erhålla ersättning måste investeraren visa att åtgärden var *uppenbart överdriven*. Med andra ord kan en CETA-tribunal inte undvika att ta hänsyn till om syftet är allmänhetens bästa och på så vis införs *police powers*-doktrinen i CETA. Dock lämnas viss frihet till tribunalen vilken vikt som läggs vid denna doktrin. I CETA är därför en utgång såsom i Saluka - där *police powers*-doktrinen tillämpades - mycket mer sannolik än utgången i Tecmed, där *singel effect*-doktrinen tillämpades, även om utgången i Tecmed är inte helt utesluten under CETA.

¹²⁶ Göteborgs universitet (2017) ”Re: Analysis of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)”, dnr I 2017/9, s. 1f.

¹²⁷ Telefonsamtal den 3 april 2017.

Göteborgs universitet gör följaktligen samma analys som kollegiet om att en CETA-tribunal behöver ta hänsyn till *police powers*-doktrinen vid bedömningen av vad som utgör en indirekt expropriation. Universitetet finner emellertid att det inte är helt uteslutet att en tribunal gör en annan tolkning.

2.7.10 Kollegiets slutsatser: frågor en tribunal behöver ställa

Analysen av det Gemensamma tolkningsinstrumentet, artikel 8.9.1 CETA om rätten att reglera och bilaga 8-A leder fram till att en tribunal behöver ställa ett antal frågor vid bestämmande om en åtgärd är att anse som en indirekt expropriation eller inte. Kollegiet sammanställer dessa frågor i nedan övergripande schema och återkommer till de frågor en tribunal behöver ställa under avsnitt 5.10.2 och 5.10.3 vid besvarandet av fallen som nämns i Uppdraget.



Förklaring av schemat

*Grundar sig tvisten på en befintlig investering?*¹²⁸

I artikel 8.1 CETA definieras vad som är en investering och det är *endast befintliga* investeringar som är skyddade genom kapitel 8. Föreligger ingen investering stannar tribunalens analys här. För det fall det rör sig om en investering går tribunalen vidare till nästa frågor.

*Har den statliga åtgärden lett till en substantiell värdeminskning, det vill säga, har investeringens värde uttraderats?*¹²⁹

*Har investeraren fråntagits kontrollen över investeringen?*¹³⁰

Är svaret på båda dessa frågor nej saknas anledning att gå vidare i analysen. Är svaret ja på en eller båda frågorna bör tribunalen enligt bilaga 8-A ställa följande frågor.

Var den statliga åtgärden beständig i tid, det vill säga inte att betrakta som kortvarig?

Kunde investeraren rimligen förvänta sig åtgärden innan investeringen gjordes?

Police powers-doktrinen som den kommer till uttryck i bilaga 8-A leder till följande frågor:

*Den ekonomiska effekten är inte avgörande för om det skett en indirekt expropriation, men vilken ekonomisk påverkan har den statliga åtgärden resulterat i för investeringen?*¹³¹

*Vad var sammanhanget, ändamålet och syftet med den statliga åtgärden? Enligt internationell sedvanerätt ska en tribunal beakta om åtgärden gjordes med ett ärligt uppsåt eller om det fanns en annan agenda än den uppgivna.*¹³²

*Var den statliga åtgärden diskriminerande?*¹³³

¹²⁸ Art. 8.1 CETA, jämför avsnitt 2.3.1.

¹²⁹ Bilaga 8-A artikel 1.b CETA, jämför avsnitt 2.4.2.

¹³⁰ Bilaga 8-A artikel 1.b CETA, jämför avsnitt 2.7.1.

¹³¹ Bilaga 8-A artikel 2.a CETA, jämför avsnitt 2.7.4. Kommerskollegiums tolkning av denna paragraf är tribunalen inte får använda sig av *sole effect*-doktrinen.

¹³² Bilaga 8-A artikel 2.d CETA, jämför avsnitt 2.7.4. Frågorna ingår emellertid även i *police powers*-doktrinen, jämför avsnitt 2.7.5.

¹³³ Bilaga 8-A, artikel 3, jämför avsnitt 2.7.4.

*Var den statliga åtgärden så oproportionell att den var uppenbart överdriven i relation till syftet?*¹³⁴

*Var den statliga åtgärdens syfte att skydda ”berättigat offentligt välfärds mål”?*¹³⁵

Som anvisning av vad som kan utgöra ett berättigat offentligt välfärds mål bör tribunalen beakta:

- Bilaga 8-A,¹³⁶
- Artikel 8.9.1 om rätten att reglera,¹³⁷
- det Gemensamma tolkningsinstrumentet¹³⁸ samt
- Internationell sedvanerätt.¹³⁹

Med beaktande av utformningen av bilaga 8-A, artikel 8.9.1, det Gemensamma tolkningsinstrumentet och deras relation till internationell sedvanerätt är enligt kollegiets bedömning att ett offentligt välfärds mål är att likställa med en åtgärd som skett för att skydda det allmännas bästa. Denna tolkning finner explicit stöd i det Gemensamma tolkningsinstrumentet.

Om syftet med en statlig åtgärd var att skydda ett allmänintresse är huvudregeln att staten inte är skyldig att betala ersättning till investeraren.¹⁴⁰

Enligt kollegiets bedömning skulle en svensk domstol eller Europadomstolen vid bedömningen av om en åtgärd är att anse som en indirekt expropriation ställa samma typ av frågor som ovan, med betoning på om syftet varit det allmännas bästa, om åtgärden varit proportionell, varit diskriminerande och om det funnits ett ärligt uppsåt. För att inte riskera att överträda exempelvis EKMR bör staten alltid göra denna typ av överväganden i samband med till exempel stiftande av lag eller beslutsfattande.

¹³⁴ Bilaga 8-A artikel 3 CETA, jämför avsnitt 2.7.4. Hänvisningen till ”*severe in light of its purpose*” är en instruktion till tribunalen att göra ett proportionalitetstest. Proportionalitetstest är även en del av *police powers*-doktrinen vilket framgår av avsnitt 2.7.3.

¹³⁵ Bilaga 8-A CETA och artikel 8.9.1 CETA.

¹³⁶ Jämför avsnitt 2.7.4.

¹³⁷ Jämför avsnitt 2.6.2 och 2.7.3.

¹³⁸ Jämför avsnitt 2.6.

¹³⁹ Jämför avsnitt 2.7.5.

¹⁴⁰ Art.1(e) i det Gemensamma tolkningsinstrumentet.

2.8 Sveriges möjlighet att införa striktare lagstiftning

Kommerskollegium ska analysera bestämmelserna om investeringsskyddslösningens effekter på svensk lagstiftning, svenskt policyutrymme och svenska skyddsnivåer; särskilt möjligheten att utan krav på kompensation från investerare införa strikt lagstiftning om förnybar energi, natur- och miljöhänsyn vid gruvverksamhet, kemikalier, integritetsfrågor och djurskydd. Kollegiet ska även analysera möjligheterna att införa eller bevara monopol och andra allmännyttiga företag, t.ex. allmänintressebolag.

I 2.7 har kollegiet generellt analyserat investeringsskyddskapitlets påverkan på svenskt policyutrymme, det vill säga Sveriges rätt att reglera med avseende på indirekt expropriation och i avsnitt 2.7.6 har kollegiet gått in på frågan om avtalets effekt på svensk lagstiftning. Analysen som gjordes där kommer att aktualiseras nedan när kollegiet analyserar Sveriges möjlighet att införa eller bevara monopol och andra allmännyttiga företag, samt besvarar fall rörande indirekt expropriation, vilka till stor del handlar om införande av striktare lagstiftning.

Då en vedertagen definition av begreppet allmänintressebolag saknas i Sverige har kollegiet valt att i analysen behandla allmännyttiga företag generellt.

2.8.1 Monopol och allmännyttiga företag

För det fall Sverige har tillåtit en investering och sedan utnyttjar något av de förbehåll för marknadstillträde som gjorts i CETA¹⁴¹, innebärande en rätt att återreglera, alternativt bryter mot något åtagande genom att bestämma sig för att införa eller återinföra ett monopol, så kan detta enligt kollegiets bedömning i båda fallen leda till att Sverige blir skyldigt att betala skadestånd. Detta trots utformningen av artikel 4(c) i det Gemensamma tolkningsinstrumentet där följande anges:

”Ceta innebär inte att de offentliga myndigheterna hindras från att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som tidigare tillhandahölls av privata tjänsteleverantörer eller från att låta tjänster som de offentliga myndigheterna valt att privatisera återföras under offentlig kontroll. Ceta innebär inte att allmännyttiga tjänster som läggs ut på entreprenad till privata leverantörer oåterkalleligen blir en del av den kommersiella sektorn.”

¹⁴¹ Sverige har ensamt eller via EU gjort undantag från åtagandet om öppenhet i CETA, bilaga II. För fördjupning se kapitel 5 om tjänstehandel i denna utredning.

En rättighet till återreglering som följer av CETA innebär inte att staten undviker ersättningsskyldighet enbart för att de kontraktsbundna staterna kompenseras genom annat marknadstillträde.¹⁴² Staten kan således ha rätt att expropriera egendom, men trots det befinnas skyldig att betala ersättning.

Inget i kapitel 8 i CETA hindrar staten från att bevara ett monopol.¹⁴³ Detsamma gäller bevarande av ett allmännyttigt företag. Huruvida skapandet av ett allmännyttigt företag skulle utgöra ett brott mot investeringsskyddet är svårt att avgöra utan närmare information om utformningen av företaget och under vilka förutsättningar det skulle verka. Generellt har dock kollegiet svårt att se att införandet skulle innebära ett brott mot kapitel 8 i CETA.

Såsom redovisats i tidigare avsnitt beror utgången av en tvist bland annat på vad som är det bakomliggande syftet med ett förstatligande och hur detta faktiskt har skett. Generellt kan sägas att om det bakomliggande motivet är politiskt och staten inte kan visa att det objektivt ligger i linje med det allmännas bästa så är risken för skadestånd väsentligt större än om det objektivt kan visas vara till det allmännas fördel.

Rättvis och skälig behandling – berättigad förväntan

Stockholms universitet hänvisar i sitt yttrande till tvisten mellan bröderna Micula och Rumänien¹⁴⁴ samt till skyddet ”rättvis och skälig behandling”. ”Rättvis och skälig behandling” spelade en central roll i denna tvist, specifikt skyddet rörande ”berättigad förväntan”, som av många skiljenämnder ansetts rymmas inom ”rättvis och skälig behandling”. Stockholms universitet ställer frågan hur en tribunal under CETA skulle bedöma motsvarande fall och om CETA skulle kunna tvinga Europeiska unionen och dess medlemsstater till eftergifter som idag inte är nödvändiga. Stockholms universitet menar att motsvarande frågor kan uppkomma i samband med beslut om konkurrensrättsliga ärenden.¹⁴⁵ Stockholms universitet har dock inte redovisat någon textanalys av artikel 8.10 CETA, som reglerar rättvis och skälig behandling.

Regeringsuppdragets frågor fokuserar inte specifikt på artikeln om ”rättvis och skälig behandling”. Dock kan denna artikel bli relevant vid ett införande av ett monopol. Mot denna bakgrund och på grund av att Stockholms universitet tar upp denna fråga har kollegiet funnit anledning

¹⁴² Se kapitel 5 om tjänstehandel i denna utredning.

¹⁴³ Art. 8.15 CETA

¹⁴⁴ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, beslut den 11 december 2013

¹⁴⁵ Stockholms universitets yttrande, deras dnr SU FV-6.1.1-0265-16, sid. 5

att ta upp vissa aspekter av det skydd som ges under artikel 8.10 CETA. I tidigare utredning har kollegiet funnit att artikel 8.10 i CETA om rättvis och skälig behandling i stort sett inte ger något skydd utöver det som redan idag ges i Sverige. I samband med denna utredning har de fyra tillfrågade universiteten beretts möjlighet att särskilt yttra sig över skyddet som ges i artikel 8.10.4 CETA gällande "berättigad förväntan". Både Lunds och Uppsala universitet avböjde erbjudandet att ge sin syn på CETA:s kapitel 8. Nedan återges vad kollegiet funnit i tidigare utredning och därefter återges kommentarerna från Göteborgs universitet.

Kommerskollegiums tidigare analys

En vanlig tolkning av vad som kan utgöra en investerares "berättigade förväntan" är att förväntan ska vara objektiv och baserad på statens befintliga lagar och regler (när investeringen gjordes), samt de implicita eller explicita åtaganden som värdstaten gjort för att attrahera en investering. Om en stat behandlar ett företag på ett sätt som bryter mot företagets "berättigade förväntan", och denna behandling leder till att investeringen förloras eller minskar i värde, kan det leda till att staten fälls i en tvist. Vad som kan utgöra "berättigad förväntan" har varit kärnfrågan i en rad olika investeringstvister och vissa tolkningar ligger bakom mycket av den kritik som finns mot ISDS i allmänhet och mot artikeln "rättvis och skälig behandling" i synnerhet.

I CETA har parterna valt att kraftigt avgränsa vilka områden som täcks av "berättigad förväntan". "Berättigad förväntan" har traditionellt varit en fristående del av artikeln "rättvis och skälig behandling". Staters agerande har kunnat leda till att en "berättigad förväntan" uppstår hos en investerare, vilket i sin tur kunnat leda till en investeringstvist och i förlängningen att staten ska betala skadestånd. I CETA är så inte fallet. I CETA räknas istället upp vad som omfattas av artikel, det vill säga punkten 2(a-f).

Genom formuleringen "When applying the above...", i den senare punkten 4, har parterna sett till att "berättigad förväntan" inte är en självständig skyddsgrund i artikeln "rättvis och skälig behandling". Istället ska investerarens eventuella "berättigade förväntan" vägas in vid bedömningen om en överträdelse skett mot paragraf 2(a-f). Det betyder att för det fall investeraren hävdar att ett brott har begåtts mot någon av paragraf 2(a-f) och en tribunal anser att det är ett gränsfall om så skett, så ska nämnden vid bedömningen även väga in om investeraren har haft en "berättigad förväntan" rörande aktuell punkt. Om tribunalen finner att investeraren haft "berättigad förväntan" så sänks kraven något för vad

som utgör ett brott mot någon av paragraf 2(a-f). Mot bakgrund av hur artikeln är formulerad torde en sänkning av kraven emellertid endast få en marginell påverkan på helhetsbedömningen.

Göteborgs universitet om berättigad förväntan

Göteborgs universitet ger i sitt yttrande en överblick över vilket skydd skyddsgrunden rättvis och skälig behandling och ”berättigad förväntan” traditionellt har inneburit och universitet understryker att transparens utgör en kärna i skyddsstandarden rättvis och skälig behandling.

Göteborgs universitet gör bedömningen att ”berättigad förväntan” i paragraf 4 är behjälplig vid avgörandet av om det har skett en överträdelse av paragraf 2(a-f) men att själva utformningen av dessa paragrafer (exempelvis i artikel 10.2.b där det krävs ett allvarligt åsidosättande av öppenhetsprincipen) innebär en högre tröskel för investerarna för att kunna komma i åtnjutande av det skydd artikeln traditionellt inneburit. Därtill innebär hänvisningen i artikel 8.10.4 till ”When applying the above...” att skyddet ”berättigad förväntan” reducerats till en sekundär och indikativ aspekt av ”rättvis och skälig behandling”. Berättigad förväntan är således inte längre en del av artikelns kärna.

Europeiska kommissionen om berättigad förväntan

Enligt Europeiska kommissionen var det ett medvetet val av parterna till avtalet att inte göra ”berättigad förväntan” till en ”stand alone” i CETA, innebärande en lägre nivå av skydd vilket annars skulle blivit fallet. Vad gäller det extra skydd som ”berättigad förväntan” ger som en följd av artikel 8.10.4 gav kommissionen som ett exempel på att om en stat lovat en investerare att inte behandla denne godtyckligt så skulle detta kunna skapa en förväntan hos investeraren att så inte skulle ske, vilket skulle kunna påverka bedömningen av om staten behandlat investeraren uppenbart godtyckligt och därmed överträtt artikel 8.10.2(c).

Kollegiets slutsats gällande skyddet som ges av artikel 8.10

Sammantaget finner kollegiet att Göteborgs universitets och kommissionens utlåtanden tillsammans stödjer kollegiets slutsats att det skydd som ges av artikeln 8.10 i CETA i allt väsentligt motsvarar det skydd som ges av svensk lagstiftning, och att ”berättigad förväntan” i artikel 8.10.4 endast ger ett mycket marginellt skydd för en investerare.

Den fråga som Stockholms universitet ställt om huruvida utgången i tvisten bröderna Micula mot Rumänien gällande ”berättigad förväntan” skulle stå sig även under CETA torde kunna besvaras nekande, eftersom skyddsgrunden kraftigt begränsats i CETA.

2.8.2 Fall om indirekt expropriation

Enligt Uppdraget ska Kommerskollegium analysera hur en tvist mellan en investerare och en stat skulle hanteras i konkreta fall. Analysen utgår från artikel 8.12 och bilaga 8-A i CETA och beskriver under vilka förutsättningar de specifika statliga åtgärderna kan bedömas utgöra en indirekt expropriation.

Kollegiet konstaterar att utgången av en tvist kan bero på en mängd faktorer vilka inte preciseras i frågorna och mot denna bakgrund lämnas nedan resonerande svar med hänvisningar till de teoretiska resonemangen ovan. Generellt ska en tribunal ställa de frågor som angetts under schemat i avsnitt 2.7.10.

a. Höjning av kvot i elcertifikatsystemet, högre kvotplikt på förnybara bränslen och lokala krav i offentlig upphandling

Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför miljökrav på energiområdet som är striktare än i övriga EU, t.ex. höjningar i elcertifikatsystemet, högre kvotplikt på förnybara bränslen eller lokala krav i offentliga upphandlingar på ökande grad av förnybar energi i byggnader?

Endast behandling som uppfyller CETA:s definition av indirekt expropriation kan bedömas utgöra en indirekt expropriation och därmed en överträdelse av avtalet. Vid bedömningen av om det skett en indirekt expropriation är det inte avgörande hur Sveriges behandling av investerare förhåller sig till hur övriga EU behandlar sina investerare. Visserligen utgör diskriminerande behandling en faktor att beakta vid bedömningen av om det skett en indirekt expropriation, men det handlar då om huruvida Sverige behandlar investerare olika, inte om Sverige behandlar investerare annorlunda jämfört med övriga EU. Det är alltså den faktiska behandlingen som är avgörande och om Sverige behandlar olika investerare olika.

Vid bedömningen av om det skett en indirekt expropriation som utgör ett brott mot CETA är det av mindre intresse om en viss behandling strider mot nationell rätt eller EU-rätten (även om liknande skydd står att finna där). Istället är det avgörande om behandlingen i sig, enligt CETA, utgör en indirekt expropriation och därmed en överträdelse av avtalet. Vid en sådan bedömning ska hänsyn tas till avtalstext samt internationell sedvanerätt och då spelar EU-rätten och praxis från EKMR in vid bedömningen.

Höjning av kvot i elcertifikatsystemet

Kommerskollegium tolkar att ”höjningar i elcertifikatsystemet” refererar till det elcertifikatsystem med ekonomiskt stöd till producenter av förnybar el som har funnits i Sverige sedan år 2003. Systemet innebär att producenter av förnybar el kan få ett elcertifikat av staten. Dessa elproducenter kan sedan sälja elcertifikaten på en öppen marknad där priset bestäms mellan säljare och köpare. Elcertifikaten ger på så sätt en extra intäkt till den förnybara elproduktionen, utöver den vanliga elförsäljningen. Elleverantörer, elanvändare och elintensiva industrier är kvotpliktiga och måste köpa en viss andel elcertifikat i förhållande till sin elförsäljning eller elanvändning. Kvoten för år 2017 är 24,7 procent. Det innebär att den som producerar enbart förnybar el behöver 24,7 % av sina elcertifikat för egen del medan resterande 75,3 % kan säljas. Kvotnivåerna är fastställda till och med år 2035. Den högsta kvotnivån under åren 2003-2035 ligger på 29,1 %.

För att en höjning i elcertifikatsystemet eller en högre kvotplikt på förnybara bränslen ska utgöra en indirekt expropriation måste höjningarna vara sådana att de är att likställa med en direkt expropriation (jämför artikel 1.b i bilaga 8-A).

Har höjningarna resulterat i att investeringens värde minskat i sådan utsträckning att investeringen i stort sett är värdelös?¹⁴⁶ (Jämför frågan om substantiell värdeminskning i avsnitt 2.4.2) Är svaret nej så är det inte fråga om en indirekt expropriation. Är svaret ja bör tribunalen ställa frågorna enligt schema, se under avsnitt 2.7.10.

För det teoretiska fall kvoten på förnybar energi för att erhålla ett elcertifikat uppgår till 100 procent och det är nödvändigt att ha ett elcertifikat för att alls kunna sälja energi, så skulle ett sådant krav kunna utgöra en indirekt expropriation för producenter av fossil energi.

Dock kan påpekas att en kvot på hundra procent skulle innebära att systemet *de facto* svårligen överlever. Om det inte är obligatoriskt att inneha ett elcertifikat och det dessutom skulle finnas en marknad för energi som inte kräver elcertifikat, så skulle ett krav på 100 procent förnybar energi, för att erhålla ett elcertifikat, sannolikt inte utgöra en indirekt expropriation eftersom värdet på investeringen inte har minskat väsentligt i värde (och med väsentligt avses, se ovan, att värdet på investeringen i stort sett har uttraderats).

¹⁴⁶ Bilaga 8-A artikel 1.b CETA

En höjning av kvoten som leder till att värdet på investeringen minskar med exempelvis 50 procent skulle således allt annat lika inte utgöra en indirekt expropriation. För det fall höjningen har lett till att värdet på investeringen i stort sett har utraderats måste syftet och sammanhanget beaktas i enlighet med *police powers*-doktrinen, inklusive om åtgärden var diskriminerande eller proportionell i relation till syftet. Om det införs ett krav på att all energi måste vara förnybar med motiveringen att det är för att värna miljön skulle en sådan behandling av investeraren kunna rymmas inom *police powers*-doktrinen, men det beror på saksomständigheterna i det enskilda fallet. En sedvanlig prövning måste göras som enligt schema i 2.7.10.

Ytterligare en faktor att beakta för det fall förändringen inträffar efter år 2035 är investerarens förväntan, vilken ska beaktas enligt bilaga 8-A artikel 2(c).¹⁴⁷ Eftersom elcertifikatsystemet har funnits sedan 2003 och ska gälla till 2035 har elproducenter sedan lång tid varit medvetna systemet och haft tid att anpassa sig. För det fall regeringen idag skulle avisera en förändring från år 2035 skulle framförhållningen vara sådan att en investerare svårligen skulle kunna hävda att denne lidit ekonomisk förlust med anledning av att staten inte har agerat på ett sätt som investeraren objektivt hade att förvänta sig.

Högre kvotplikt på förnybara bränslen

Samma analys måste göras som i avsnitt 2.7.10 vid bedömningen av om en högre kvotplikt på förnybara bränslen skulle utgöra en indirekt expropriation. För en producent av fossila bränslen skulle en kvot på 100 procent förnybart bränsle kunna utgöra en indirekt expropriation, eftersom det i praktiken skulle utgöra ett förbud mot fossila bränslen som drivmedel och därmed skulle värdet på investeringen utraderas.

Men för det fall det skulle röra sig om exempelvis olja som skulle kunna säljas till alternativa användningsområden, så skulle värdet av investeringen i produktion och försäljning av olja minska dramatiskt, men antagligen inte väsentligt i den mening som här avses. Det avgörande är, återigen, om behandlingen leder till att investeringen väsentligen förlorat i värde och om så är fallet, behöver avgöras om åtgärden ryms inom statens *police powers* såsom doktrinen tolkats i bilaga 8-A. Således måste göras en bedömning i det enskilda fallet där bland annat syfte, kontext och proportionalitet spelar roll. En kvot på 100 procent förnybar energi skulle således under vissa särskilda omständigheter kunna drabba en investerare väldigt hårt utan att investeraren för den sakens skull får rätt till ersättning.

¹⁴⁷ Se ovan avsnitt 2.8.1.

Offentlig upphandling – ökande grad av förnybar energi vid uppvärmning av byggnader

”Ökande grad av förnybar energi i byggnader” tolkar kollegiet som huruvida krav på högre andel förnybar energi vid uppvärmning av offentliga byggnader kan ses som en indirekt expropriation.

Genom det internationella avtalet *Government Procurement Agreement* (GPA) är kanadensiska anbudsgivare redan idag välkomna att delta i en svensk offentlig upphandling. Gäller sådan upphandling ett område som omfattas av GPA har kanadensiska anbudsgivare alltså *rätt* att delta i upphandlingar oaktat CETA. Det är dock oklart om upphandling av uppvärmning av offentliga byggnader omfattas av GPA.

När det gäller CETA kommer avtalet att tillse att kanadensiska anbudsgivares *rätt* att delta i offentliga upphandlingar förstärks. Den faktiska möjligheten att delta i en upphandling om uppvärmning av en offentlig byggnad påverkas emellertid inte av CETA jämfört med dagens situation, eftersom Sverige har genomfört EU:s upphandlingsdirektiv på ett icke-diskriminerande sätt för anbudsgivare från tredje land.¹⁴⁸ En kanadensisk investerare som lämnar anbud i en svensk offentlig upphandling har innan och efter CETA träder ikraft att följa samma regler som svenska anbudsgivare har att följa.

Dagens EU-direktiv ger rätt att ställa krav på produktionsprocessen. Kollegiet gör bedömningen att detta är förenligt med GPA och CETA.

EU-rätten tillåter att ställa krav på förnybar energi i en offentlig upphandling¹⁴⁹ och därmed kan detta krav ställas även på en kanadensisk anbudsgivare. Det finns inte heller något i CETA som förhindrar eller försvårar denna typ av krav.¹⁵⁰

En grundläggande del av lagen om offentlig upphandling är att upphandlande myndigheter har rätt att ställa vilka krav de så önskar så länge dessa inte strider mot EU-rätten. CETA leder enligt kollegiets bedömning inte till någon förändring på detta område.

¹⁴⁸ Upphandlingen skulle kunna omfattas av antingen lagen (2016:1145) om offentlig upphandling eller lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.

¹⁴⁹ EU domstolens dom i EVN AG och GmbH Wienstrom mot Österrike mål nr C-448/01.

¹⁵⁰ Av CETA framgår att tekniska specifikationer kan omfatta även en produkts produktionsprocess. Det är dock oklart hur långtgående krav som kan ställas på produktionsprocessen.

Kapitel 8 i CETA reglerar rätten att göra en investering samt investeringsskydd. Kapitlet reglerar inte rätten att delta i en offentlig upphandling, vilket istället regleras i kapitel 19. Det bör här påminnas om att enbart befintliga investeringar omfattas av investeringsskyddet i kapitel 8. Det finns alltså inte någon möjlighet för en investerare att stämma Sverige med anledning av att Sverige inte levtt upp till åtagandena gällande marknadstillträde.¹⁵¹

Kemikalieinspektionen uppger emellertid i sitt yttrande att en investeringstvist teoretiskt skulle kunna handla om krav vid offentlig upphandling.¹⁵² På fråga från kollegiet har Kemikalieinspektionen utvecklat sitt yttrande i denna del och menar att det kan ske i samband med ställande av ”skall-krav” i en offentlig upphandling och vid utfärdande av allmänna rekommendationer.¹⁵³ Kommerskollegium har svårt att se under vilka omständigheter en investeringstvist som har sin grund i ett krav ställt vid en offentlig upphandling skulle kunna leda till att staten blir ersättningsskyldig. Ingen investerare är på förhand garanterad att vinna en upphandling. Investeringar i ett anbudsförfarande görs därför på egen risk. Däremot är en investering som görs efter det att ett kontrakt har tilldelats skyddad av kapitel 8 i CETA.¹⁵⁴

Det är mot denna bakgrund svårt att se någon situation där ökade krav på förnybar energi vid uppvärmning av offentliga byggnader skulle kunna falla in under indirekt expropriation.

Vid samtal med Göteborgs universitet framkom att även universitetet anser att möjligheten till framgång i en investeringstvist med grund i att denne inte vunnit en offentlig upphandling ”går mot noll”. Universitetet kan ändå inte helt utesluta att det under väldigt speciella omständigheter skulle kunna vara möjligt.¹⁵⁵ Universitetet har dock inte kunnat ge något exempel på en sådan väldigt speciell omständighet som framgångsrikt skulle kunna hävdas i en sådan tvist.

b. Förbud mot näringsverksamhet

Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför ett förbud mot näringsverksamhet i skyddade områden om sådan drift anses vara negativ för natur- eller kulturmiljön i området i fråga eller där Sverige inför regler om att ökad hänsyn ska tas till rennäring och samisk kultur?

¹⁵¹ Vilket följer av artikel 8.18 CETA. Däremot ger CETA möjlighet för en annan stat att dra Sverige inför skiljenämnd för påstådd överträdelse av avtalet i enlighet med vad som följer av kapitel 29 CETA, men resultatet av en sådan process blir inte ett monetärt skadestånd.

¹⁵² Kemikalieinspektionens yttrande, deras dnr 4.2.2.c-H16-08630, sid. 4

¹⁵³ Telefonsamtal den 26 och 27 april 2017.

¹⁵⁴ Förutsatt att det är investering som omfattas av CETA, se avsnitt 2.3.1 ovan.

¹⁵⁵ Göteborgs universitets yttrande, s. 1f och telefonsamtal den 3 april 2017.

Mot bakgrund av utformningen av regeringens övergripande fråga tolkar kollegiet frågan ovan såsom att utgångspunkten är en statlig åtgärd vilken påverkar gruvnäringen, rennäringen eller samisk kultur i syfte att skydda natur eller kultur.

Eftersom frågan i regeringsuppdraget inte närmare anger omständigheterna eller omfattningen rörande ett förbud mot näringsverksamhet lämnas nedan ett resonerande svar.

Såsom framgått ovan finns det inom *police powers*-doktrinen ett undantag för skyddande av natur och främjande och värnande av den kulturella mångfalden. Liknande undantag finns med i artikel 8.9.1 CETA och i artikel 3 i bilaga 8-A samt i det Gemensamma tolkningsinstrumentet. Det finns således en presumtion för att staten har rätt att fatta beslut för värnande av natur och kultur utan att ersättning utgår. Ett förbud som görs för att främja det allmännas bästa behöver emellertid vara proportionerligt i relation till syftet med den statliga åtgärden, syftet måste vara i allmänhetens intresse samt åtgärden får inte vara diskriminerande eller göras i ond tro. Vid ett förbud mot näringsverksamhet skulle en tribunal utöver dessa överväganden sannolikt även beakta den franska jämlikhetsprincipen om huruvida den enskilde skulle lida en orimlig börda av att förlora sin investering utan att erhålla ersättning.¹⁵⁶ Liknande bedömning måste göras redan idag med hänsyn till fri rörlighet för tjänster och tillför således inget nytt i CETA.

Om staten har genomfört en åtgärd för det allmännas bästa måste enligt bilaga 8-A paragraf 3, såsom Göteborgs universitet understryker i sin kommentar, investeraren visa att åtgärden var uppenbart överdriven i relation till syftet med åtgärden för att staten ska kunna bli skadeståndsskyldig.

Svensk rätt ger samer exklusiv rätt att bedriva rennäring.¹⁵⁷ I CETA har Sverige därför infört ett undantag gällande marknadstillträde för att bedriva rennäring innebärande att kanadensiska medborgare inte har rätt att bedriva rennäring i Sverige. Sverige kan således endast hamna i en situation där hänsyn till rennäring indirekt påverkar en utländsk investerare. I dessa fall skulle *police powers*-doktrinens undantag för främjande och värnande av den kulturella mångfalden såsom de manifesteras i artikel 8.9.1, bilaga 8-A och artikel 2 och 4 i det Gemensamma tolkningsinstrumentet till CETA. Dessutom skulle en skiljenämnd även ta hänsyn till internationell sedvanerätt. Sammanfattningsvis skulle tribunalen behöva göra en prövning såsom redovisas för enligt schema i 2.7.10.

¹⁵⁶ Således samma bedömning som Högsta Domstolen gjorde i NJA 2014 sid. 332.

¹⁵⁷ 1 § rennäringslagen (1971:437).

Om Sverige skulle bli skyldigt att betala ersättning vid ett eventuellt förbud mot näringsverksamhet beror emellertid inte enbart på CETA eftersom liknande skydd även ges av nationell rätt, EKMR och EU-rätten. Skulle ett förbud utgöra en överträdelse av CETA skulle det därmed sannolikt även utgöra en överträdelse av EKMR liksom eventuellt EU-rätten.¹⁵⁸

c. Förbud mot specifika kemikalier

Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför ett förbud mot specifika kemikalier eller krav i offentlig förvaltning som utesluter vissa kemikalier vars potentiella risk är fastställd men vars farlighet inte är helt vetenskapligt fastställd?

Frågan tolkas av kollegiet som huruvida en stat skulle riskera att bli skadeståndsskyldig om staten förbjuder en kemikalie vars potentiella fara är fastställd, men vars farlighet inte är helt vetenskapligt fastställd.

Kemikalieinspektionen anför i sitt yttrande att Kommerskollegium i sin utredning om ”Rätten att reglera”¹⁵⁹ gjort bedömningen att skyddet i CETA utgör ett något högre skydd för investerare jämfört med i dagsläget.

Kollegiet kan nu förtydliga att denna osäkerhet lutade sig mot att *nivån* på ersättning ansåg kunde bli lägre om skadestånd yrkas med grund i nationell rätt eller EKMR jämfört med CETA. Därutöver rådde en viss osäkerhet om hur den nationella rätten skulle tillämpas.

Justitiekanslern har nu i sitt yttrande¹⁶⁰ tydliggjort att det inte finns någon grund att anta att skyddet som ges av CETA är högre än i övriga jämförbara lagar.¹⁶¹ Denna utredning ger ytterligare stöd för den bedömningen. Däremot kvarstår en osäkerhet om huruvida *nivån* på ersättning skulle skilja sig åt mellan CETA, nationell rätt, EKMR och EU-rätten.

Förbud mot en kemikalie

I Sverige måste ett förbud mot en kemikalie förhålla sig till vad som är tillåtet enligt EU-rätten och i de fall en investerares ekonomiska skada är ett resultat av EU-rättslig lagstiftning är det kommissionen som är svarande i en tvist.

¹⁵⁸ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna stadfäster att konventionen gäller som svensk lag.

¹⁵⁹ Kommerskollegium. (2015) ”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?”.
¹⁶⁰ Justitiekanslerns yttrande, deras dnr 832-2017-8.2, sid. 1 och 7f

¹⁶¹ Således nationell rätt, EKMR och EU-rätten.

All behandling som ett land utsätter en investerare för måste enligt CETA uppfylla grundläggande rättsprinciper såsom de kommer till uttryck i artikel 8.10 CETA, alltså att staten måste ge investerare en rättvis och skälig behandling. Ett förbud mot en viss kemikalie måste således ha tillkommit på ett transparent sätt och i enlighet med vissa grundläggande rättsprinciper vilket följer av artikel 8.10 CETA.

En bedömning av en tvist såsom beskriven i frågan skulle sannolikt även komma att kretsa kring indirekt expropriation. Kemikalieinspektionen har i sitt yttrande uppgivit att det är oklart hur tillämpningen av bestämmelsen rörande indirekt expropriation kommer att utfalla. Enligt Kemikalieinspektionen skulle ett förbud inom EU som grundar sig på en större osäkerhet rörande en kemikalies farlighet kunna bedömas som oproportionerlig och trots omfattande regelverk och praxis¹⁶² vore det enligt inspektionen svårt att förutse den slutliga bedömningen.

Kollegiet delar uppfattningen att det är omöjligt att med säkerhet förutsäga vilken praxis som kommer att utvecklas av CETA-tribunalen. Den typ av bedömningar som Kemikalieinspektionen hänvisar till behöver också göras inom EU och är liknande den bedömning som en tribunal behöver göra.

En CETA-tribunal behöver beakta bilaga 8-A och *police powers*-doktrinen som den kommer till uttryck där. Enligt artikel 8-A har staten rätt att skydda natur och hälsa. Detta kommer även till uttryck i det Gemensamma tolkningsinstrumentet som återgivits ovan i artikel 1 och 2. Därtill framgår följande av artikel 9(b) i det Gemensamma tolkningsinstrumentet:

Ceta erkänner uttryckligen Kanadas och Europeiska unionens och dess medlemsstaters rätt att fastställa sina egna prioriteringar på miljöområdet, att fastställa sina egna miljöskyddsnivåer och att anta eller ändra sin relevanta lagstiftning och politik i enlighet med detta, med hänsyn tagen till de internationella skyldigheter som de har, bland annat enligt multilaterala miljöavtal. Samtidigt har Europeiska unionen och dess medlemsstater och Kanada i Ceta kommit överens om att inte sänka miljöskyddsnivåerna för att främja handel eller investeringar och om detta åtagande inte infrias kan regeringarna vidta åtgärder vid sådana överträdelser, oberoende av huruvida dessa påverkar en investering eller en investerares vinstförväntningar negativt.

Således har en stat rätt att förbjuda en kemikalie om det råder en välgrundad misstanke om att denna utgör en fara för natur och hälsa.

¹⁶² Kommerskollegium utgår från att hänvisningen till praxis främst rör EU-rättspraxis.

Vid bedömningen av om det har skett en indirekt expropriation behöver en tribunal ställa de frågorna enligt kollegiets schema i avsnitt 2.7.10 och avgöra om förbudet av en kemikalie lett till att investeringens värde i stort sett raderats. Om så är fallet behöver tribunalen gå vidare och studera förhållandena kring den aktuella tvisten. För det fall frågan kan kräva ytterligare utredning ligger det inom tribunalens mandat att utse en eller flera experter som i skrift ska rapportera fakta rörande bland annat miljö och hälsa. Enligt vårt resonemang ovan är staten inte skyldig att betala ersättning så länge som åtgärden - i det här fallet förbud av en kemikalie)- inte är ”uppenbart överdriven” i relation till syftet med den statliga åtgärden.¹⁶³

För att illustrerar hur en tribunal kan resonera redovisas nedan två tvister vilka båda handlade om förbud av kemiska substanser.

Tvisten Chemtura mot Kanada¹⁶⁴ hade sin grund i att Kanada hade förbjudit bekämpningsmedel baserade på lindan. Skiljenämnden fann inte enbart att myndigheten agerat inom *police powers*-doktrinen utan också att ett sådant förbud inte ens utgjorde en indirekt expropriation.¹⁶⁵ Ytterligare några skiljenämnder har gjort liknande bedömningar gällande indirekt expropriation, men mer vanligt är att först görs en analys om huruvida det företagsits en indirekt expropriation och om så är fallet prövas sakomständigheterna mot *police powers*-doktrinen för att avgöra om ersättning ska utgå eller inte.¹⁶⁶

¹⁶³ Inom såväl investeringsrätt som övrig juridik är utgångspunkten att det är den som påstår något som har bevisbördan. Bevisbördan kan i vissa fall även falla på den som i ett enskilt fall har lättast att presentera bevis. När påstående part presenterat bevisning som tillräckligt starkt talar för dennes sak kan bevisbördans placering därtill flyttas och det blir upp till motparten att presentera motbevisning för sin sak. Hur skiljenämnder ser på bevisbördan och dess placering är således bland annat beroende på fakta i varje enskild tvist. Därtill är det bevisreglerna enligt *lex loci arbitri* som styr de processuella reglerna. Så om investeraren i en tvist under CETA anger att tvisten ska slitas under UNCITRAL:s regler så måste enligt dagens UNCITRAL-regler ett säte utses vilket påverkar bland annat reglerna kring bevisvärdering. (Detta eftersom UNCITRAL-reglerna inte specifikt reglerar bevisvärdering.) Tvister som slits under ICSID har inte något säte (det är ett så kallat ”self contained system”) och sålunda ska inte ett enskilt lands processuella regler påverka tvistreglerna, inklusive hur man ser på bevisvärdering. Dock är inte heller ICSID:s tvisteregler tydliga med hur en skiljenämnd ska se på bevisvärdering. Det är därför inte möjligt att ge ett generellt svar på hur en skiljenämnd skulle göra en bevisvärdering. Hur sätesfrågan ska hanteras i CETA vid tvister under UNCITRAL klargörs inte i avtalet vilket kan betraktas som en brist. I praktiken skulle en tvist mellan en investerare och Kanada kunna slitas under ex. kinesiska processuella regler så länge som investeraren och Kanada är överens alternativt om tribunalen så bestämmer.

¹⁶⁴ Chemtura mot Kanada, slutligt beslut den 2 augusti 2010, UNCITRAL

¹⁶⁵ Skiljenämnden fann även att värdeminskningen inte var väsentlig och redan på den grunden utgjorde förbudet inte en indirekt expropriation.

¹⁶⁶ ICSID (2016). ”Building International Investment Law The first 50 Years of ICSID”, Wolters Kluwer, sid. 456f

Tvisten Methanex mot USA¹⁶⁷ hade sin grund i att USA (eller egentligen delstaten Kalifornien) förbjöd additivet MTBE¹⁶⁸ i bensin eftersom det misstänktes vara cancerframkallande. Methanex uppgav bland annat att detta var diskriminerande eftersom det gynnade nationella etanolproducenter på bekostnad av utländska producenter av metanol samt att åtgärden var att likställa med expropriation. Skiljenämnden fann att i enlighet med internationell sedvanerätt så är en åtgärd som är gjord för det allmännas bästa och som gjorts i enlighet med grundläggande rättsprinciper inte att anse som en expropriation med rätt till kompensation. USA hade därför rätt att förbjuda additivet.

Sammanfattningsvis är det kollegiets bedömning att en kemikalie som konstaterats kunna utgöra en potentiell risk men vars farlighet inte är helt vetenskapligt fastställd kan förbjudas utan risk för att staten blir skyldig att betala ersättning.

Krav i offentlig upphandling om uteslutning av kemikalier

En stat har rätt att utforma sina offentliga upphandlingar som den själv önskar så länge som de upphandlinsrättsliga reglerna följs vilka i Sverige bland annat kommer till uttryck i lagen om offentlig upphandling. För att en investerare ska ha rätt till skadestånd enligt kapitel 8 måste statens agerande ha inneburit en överträdelse av kapitel 8 och lett till en ekonomisk skada på en investering. Att inte ha vunnit en upphandling med anledning av att anbudsgivaren inte uppfyller ett skall-krav utgör såsom kollegiet uppgivit ovan i allmänhet inte en sådan skada på en investering.¹⁶⁹ Såsom återgivits ovan gör Kemikalieinspektionen bedömningen att krav vid offentlig upphandling teoretiskt kan vara föremål för en tvist under kapitel 8.¹⁷⁰ Yttrandet utvecklar emellertid inte under vilka förutsättningar detta skulle kunna ske. Kollegiet utesluter inte att Kemikalieinspektionens bedömning är korrekt, men kollegiet har likväl svårt att se under vilka omständigheter detta skulle kunna ske och gör därför en annan bedömning.

¹⁶⁷ Methanex Corporation mot USA, beslut om jurisdiktion den 3 augusti 2005, UNCITRAL.

¹⁶⁸ Kommerskollegium använder här beteckningen på engelska. Den kemiska beteckningen är C₅H₁₂O.

¹⁶⁹ Exempelvis är det i artikel 8.1 CETA angivet att en investering måste ha en viss varaktighet. En viss varaktighet innebär enligt kommissionen minst 2 år. Vad som ytterligare stärker Kommerskollegium i uppfattningen att ett förlorat anbud inte är skyddat enligt avtalet är beskrivningen av investering i punkterna f)(i) och (ii) under artikel 8.1 där det anges beviljad koncession och kontrakt.

¹⁷⁰ Kemikalieinspektionens yttrande, sid. 4.

2.8.3 Integritetsfrågor

Det Gemensamma tolkningsinstrumentet tar upp frågan om integritet i samband med rätten att reglera. Vid en bedömning av om en striktare lagstiftning för integritetsfråga kan leda till en överträdelse av CETA gäller generellt att samma typ av analys kan göras som ovan, se schema under avsnitt 2.7.10. Frågor som ska ställas är: Ryms lagstiftningen om integritet inom *police powers*-doktrinen? Har lagstiftningen tillkommit på ett transparent sätt? Uppfylls även i övrigt grundläggande rättsprinciper?

Stockholms universitet menar i sitt yttrande att det är ”ytterst tveksamt om en CETA-domstol skulle beakta EU-stadgan i ett mål som rör till exempel indirekt expropriering, hinder för etablering eller handel med tjänster avseende personuppgifter”. Det finns enligt universitetet även en risk för att ”en CETA-domstol skulle anse att skyddet för personuppgifter i e-handel inom Unionen skulle stå i strid med avtalet och då skulle det kanadensiska företaget undslippa kraven på integritetsskydd”.¹⁷¹

Stockholms universitet uppger i sitt yttrande att marknadstillträde (hinder för etablering) och handel med tjänster kan bli föremål för prövning av en CETA-tribunal. Kollegiet gör istället bedömningen att så inte kan ske eftersom marknadstillträde och handel inte omfattas av skyddet i kapitel 8.¹⁷²

Eftersom EU-stadgan rör relationer mellan länder ingår den i det en tribunal har att beakta. Kollegiets bedömning skiljer sig således från Stockholms universitet som anser att det är ”ytterst tveksamt” att en CETA-tribunal skulle beakta EU-stadgan. Dock kommer CETA-tribunalen inte att vara bunden av EU-domstolens tolkning av densamma, eftersom den inte är underställd EU-domstolens jurisdiktion.

Som nämnts tidigare är EU svarande part i en tvist som har sin grund i EU-lagstiftning. Det innebär att kommissionen handlägger processen och det är EU som blir ansvarig för eventuellt skadestånd.

¹⁷¹ Stockholms universitets yttrande, sid. 5

¹⁷² I enlighet med artikel 8.18 CETA. Däremot kan en stats behandling av en investerare gällande marknadstillträde bli föremål för en skiljenämnds avgörande i enlighet med kapitel 29 CETA i de fall parterna till avtalet inte kan enas om hur avtalet ska tolkas. Detsamma gäller de flesta övriga kapitel i CETA. Detta har dock inget att göra med investeringsskyddet i kapitel 8 eller Investment Court System.

En svensk lagstiftning gällande personuppgifter som beskriven av Stockholms universitet skulle sannolikt falla inom detta område eftersom det i praktiken handlar om lagstiftning baserad på EU:s dataskyddsförordning¹⁷³ eller ändringar om det adekvansbeslut som finns gällande överföringar av data till Kanada.¹⁷⁴

Som sagts ovan måste statens åtgärd, här i form av lagstiftning, för att betraktas som en indirekt expropriation ha lett till att investeraren antingen förlorat kontrollen över en investering eller att investeringens värde i stort sett har uttraderats. En lagstiftning som skyddar personuppgifter skulle möjligen kunna leda till att investeringens värde har uttraderats, till exempel om all överföring av data till Kanada stoppas i det fall ett företags hela affärsverksamhet är beroende av överföringar till just Kanada och inte kan ske genom användande av EU-lokaliserade datacenters. Vid bedömningen av om investeraren även har rätt till ersättning har tribunalen i enlighet med schemat ovan bland annat att beakta *police powers*-doktrinen såsom den kommer till uttryck i tolkningsinstrumentets artikel 2, artikel 8.9.1 CETA rörande rätten att reglera samt bilaga 8-A om indirekt expropriation. I tolkningsinstrumentets artikel 1(d) och 2 stadgas särskilt att staterna ska kunna fortsätta uppnå legitima offentligpolitiska mål och som exempel i 1(d) nämns bland annat integritets- och uppgiftsskydd.

Enligt kollegiets bedömning talar mycket för att en CETA-tribunal skulle finna att skydd för personuppgifter utgör ett legitimt politiskt mål. I ett sådant fall skulle EU (här som svarande part eftersom det rör EU-lagstiftning) endast bli skadeståndsskyldigt för det fall investeraren kan visa att lagstiftningen var uppenbart överdriven i relation till syftet med lagstiftningen. Det är en hög bevisbörda som läggs på investeraren, speciellt då skydd av personuppgifter anses utgöra en fundamental mänsklig rättighet enligt EU-stadgan. För det fall investeraren lyckas att uppnå bevisbördan och EU åläggs betalningsansvar så har investeraren rätt till ersättning. Däremot har tribunalen inte mandat att låta investeraren undslippa kravet på integritetsskydd i enlighet med vad som följer av artikel 8.39 CETA.

Kollegiet gör bedömningen att en situation där kanadensiska företag undslipper kraven på integritetsskydd aldrig skulle kunna uppstå.

¹⁷³ Förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning).

¹⁷⁴ Ett beslut om adekvat skyddsnivå innebär att företag kan föra personlig data till ett tredje land (i detta fall Kanada) på samma sätt mellan EU-länder.

2.8.4 Djurskydd

Resonemangen i avsnitten ovan är tillämpliga oavsett sektor. Därför gäller slutsatserna (se schema under avsnitt 2.7.10) om införande av striktare lagstiftning även på andra områden, till exempel på djurskyddsområdet.

2.9 Risker och hur de kan minimeras

I Kommerskollegiums uppdrag ingår att, inom de frågor som täcks av uppdraget, belysa och definiera vilka risker som finns när det gäller bestämmelser om investeringsskydd inklusive domstolslösningen samt svensk lagstiftning och svenskt policyutrymme. I uppdraget ingår även att lämna förslag på hur riskerna kan minimeras genom reglering och andra åtgärder.

Bedömningen av vad som kan utgöra en risk beror på graden av riskaversion. Kollegiet har därför valt att tolka frågan brett och analyserar aspekter med CETA som kan vara problematiska även om de inte nödvändigtvis bedöms utgöra en risk.

2.9.1 Materiellt skydd i CETA och rätten att reglera

Analysen ovan om nivån av skydd i CETA och hur artikel 8.12 CETA rörande indirekt expropriation sannolikt kommer att tillämpas ger inte kollegiet anledning till att göra någon annan bedömning än vad kollegiet tidigare gjort rörande skyddsnivån i CETA och relationen till det skydd som idag ges i Sverige.¹⁷⁵ De rekvisit som ställs i CETA på vad som utgör en indirekt expropriation som kan leda till skadestånd bedömer kollegiet som relativt höga. I de fall en statlig åtgärd har gjorts för det allmännas bästa måste åtgärden ha varit uppenbart överdriven för att ersättning ska utgå. Det går således inte att utesluta att skyddet i CETA till och med kan vara något lägre än det sammantagna skyddet i nationell rätt, EKMR och EU-rätt, men kollegiet anser att skyddet i CETA i huvudsak motsvarar det som redan idag ges investerare i Sverige. Kollegiet har inte funnit att CETA innebär några risker gällande det materiella skyddet som avtalet ger investerare på de områden som här analyserats.

Kollegiet är av uppfattningen att om svenska staten bryter mot någon av de centrala skyddsartiklarna i kapitel 8 och detta leder till ekonomisk skada har en investerare alternativa möjligheter att söka ersättning av staten via antingen svensk rätt, EKMR eller EU-rätten. Därmed förefaller CETA inte heller ge kanadensiska investerare en starkare ställning än andra investerare i Sverige.

¹⁷⁵ Kommerskollegium. (2015) "Rätten att reglera" i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?".

För det fall en tribunal skulle göra en tolkning av CETA som skiljer sig från hur parterna till avtalet tolkat det eller om en tribunal väljer att göra en annan tolkning av internationell sedvanerätt än parterna hade att förvänta sig vid ingåendet av avtalet kan den Gemensamma investeringskommittén¹⁷⁶ göra bindande tolkningar. Detta innebär en ”nödventil”, vilken Göteborgs universitet i sitt yttrande hänvisar till som ett skydd mot felaktig tolkning av exempelvis indirekt expropriation.¹⁷⁷

2.9.2 Kemikalieinspektionens och Naturvårdsverkets synpunkter

Kommerskollegium har haft möten med Kemikalieinspektionen och Naturvårdsverket i augusti 2016 samt i februari 2017 för att diskutera tidigare svar till regeringen respektive de frågor som regeringen ställt till kollegiet i aktuellt uppdrag.

Kemikalieinspektionens synpunkter

Kemikalieinspektionen gör i sitt yttrande bedömningen att det är svårt att förutse hur försiktighetsprincipen kommer att beaktas i samband med eventuella tvister. Kemikalieinspektionen anser att det finns för många okända faktorer för att kunna förutse om och hur bestämmelserna kring investeringsskydd i avtalet kommer att påverka utveckling och tillämpning av regelverk om kemikalier inom EU. Det är viktigt att avtalet inte inskränker Sveriges möjlighet att införa regler och andra styrmedel inom kemikalieområdet. Vidare skriver Kemikalieinspektionen att ett generellt problem vid reglering av kemikalier är hur vetenskapliga osäkerheter ska hanteras. Den risk som hanteras ska vägas mot konsekvenserna i övrigt. Större osäkerheter avseende risker kan leda till att en begränsning anses omotiverad eller oproportionerlig, i synnerhet om de ekonomiska konsekvenserna av en begränsning är stora. Den här typen av bedömningar görs regelmässigt inom EU och det finns omfattande regelverk samt en hel del praxis på området. Trots detta är det ofta svårt att förutse den slutliga bedömningen.

Naturvårdsverkets synpunkter

Naturvårdsverket gör i sitt yttrande bedömningen att fram tills dess att det finns en tydlig praxis från tribunalen kommer det att råda osäkerhet om exakt var gränsen går mellan rätten att reglera och indirekt expropriation.

¹⁷⁶ Under bl.a. 2.10.5 utvecklas resonemanget.

¹⁷⁷ Göteborgs universitets yttrande, deras dnr I 2017/9.

Det finns enligt Naturvårdsverket därför en risk för att CETA, åtminstone i någon mån, skulle kunna innebära en försämrad möjlighet för Sverige och EU att införa strängare regler för att stärka skyddet för miljön. Naturvårdsverket menar att osäkerheten skulle kunna ha en nedkylande effekt på ambitionerna att införa en ny långtgående lagstiftning till skydd för miljön i Sverige och EU. Hur stora dessa risker är anser Naturvårdsverket dock att det är svårt att bedöma.

2.9.3 Kollegiets kommentarer på Kemikalieinspektionens och Naturvårdsverkets synpunkter

Kollegiet har kommit fram till slutsatsen att det skydd som ges av artiklarna 8.10 (rättvis och skälig behandling) och 8.12 (expropriation) CETA på ett övergripande plan inte ger ett större skydd än det som ges idag av nationell rätt, EKMR och EU-rätten. Justitiekanslerns yttrande stödjer denna slutsats. Redan idag måste lagstiftare och beslutsfattare i det enskilda fallet beakta risken för att staten ska bli ersättningsskyldig vid en indirekt expropriation. Sverige är också part till närmare 70 investeringsskyddsavtal och staten måste därför beakta det skydd som dessa avtal ger investerare.

Gemensamt för Kemikalieinspektionens och Naturvårdsverkets synpunkter är svårigheten att förutse framtida praxis om var gränsen kommer att gå mellan en legitim regulativ åtgärd och en indirekt expropriation. En bedömning av var gränsen går bygger på en juridisk analys av folkrätt, investeringsrätt och internationell sedvanerätt samt en bedömning av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall, vilka kan vara komplexa och komplicerade. Kollegiet konstaterar att det går därför inte att med exakthet förutsäga en viss tolkning av avtalet gällande skyddet i artikel 8.12. Däremot är det möjligt, såsom kollegiet redogjort ovan, att analysera avtalet och identifiera vilken typ av överväganden en tribunal behöver göra. Samma typ av osäkerhet kring hur en artikel i avtalet kan komma att tolkas gäller också vid ändringar av svensk lag och tolkningen av densamma. Lagstiftaren kan omöjligen förutse alla typer av situationer där en lag kan komma att användas. Det går därför inte heller att med exakthet förutsäga hur lagstiftningen kommer att tillämpas. Där en svensk lagprövande instans finner stöd i SOU och proposition för hur en lag ska tolkas, så finner en tribunal stöd i bl.a. VCLT och internationell sedvanerätt för hur en artikel i CETA ska tolkas.

I Kemikalieinspektionens och Naturvårdsverkets yttranden har inte redovisats huruvida deras respektive svar bygger på en jämförande analys av det skydd som ges av CETA och relationen till nationell rätt, EKMR och EU-rätten. Kollegiet konstaterar att yttrandena därför inte heller pekar ut vad i CETA som skulle leda till en nedkylningseffekt eller vad som skulle försvåra framtida reglering.

Artikel 8.12 i CETA är ett materiellt skydd för de fall staten direkt eller indirekt exproprierar egendom. Skyddet är tänkt att kunna tillämpas på ett stort antal situationer och det är därför svårt att ens teoretiskt dra en precis gräns mellan statens legitima regulativa rätt och indirekt expropriation. Det skulle praktiskt krävas en mycket stor mängd domar och beslut för att få till stånd en sådan tydlig gränsdragning, alternativt ett mycket omfattande tolkningsinstrument.

Som Göteborgs universitet påpekar adresserar CETA problematiken med gränsdragningen mellan vad som utgör statens legitima regulativa rätt och vad som utgör en indirekt expropriation, genom att uttryckligen hänvisa till staternas rätt att reglera. För indirekt expropriation kommer detta bland annat till uttryck i bilaga 8-A. Bilagan är ett tolkningsinstrument tänkt att vara till hjälp för investerare, stater och tribunaler för att de ska förstå vilket skydd som artikel 8.12 är tänkt att ge.

Det relativt omfattande avsnittet i denna utredning gällande utvecklingen av *police powers* och ”rätten att reglera” handlar just om vilka omständigheter som en tribunal har att ta hänsyn till vid bedömningen av indirekt expropriation. Kollegiet har i denna utredning tydliggjort vilka överväganden en tribunal behöver göra. I likhet med en svensk domstol, Europadomstolen och EU-domstolen skulle frågan om åtgärdens syfte och åtgärdens proportionalitet i relation till syftet utgöra en central del av tribunalens bedömning.

2.10 Skiljeförfarandet – Investment Court System (ICS)

Regeringsuppdraget anger att kollegiet ska identifiera risker och även lämna förslag på hur riskerna kan minimeras. Eftersom CETA medger en möjlighet för parterna till avtalet att ändra och komplettera de tillämpliga tvistlösningsreglerna¹⁷⁸ finns det en konkret möjlighet att minimera de svagheter som kollegiet identifierar nedan.

¹⁷⁸ Art. 8.44(b) CETA

Skiljeförfarande mellan investerare och stater regleras i CETA kapitel 8, sektion F och har sedan kommissionens offentliga samråd rörande frihandelsavtalet med USA (TTIP) gått under namnet Investment Court System (ICS). Det är emellertid viktigt att klargöra att i CETA nämns inte ordet ”domstol” eller ”domare”. Istället används begreppen ”tribunal” och ”tribunalmedlemmar”.

Det ska inte skapas ett permanent sekretariat för ICS. Istället ska ICSID:s¹⁷⁹ sekretariat användas när tvister uppstår och kostnaderna för ICS ska i huvudsak bäras av parterna till tvisten,¹⁸⁰ eller rättare sagt en av parterna, eftersom det i CETA stadgas att huvudregeln är att förloraren bär kostnaderna, den så kallade *losers-pays*-principen.¹⁸¹ Detta gäller dock inte kostnaderna för skiljemännen vilka ska finansieras av parterna till avtalet. I allt väsentligt är det således fråga om ett skiljeförfarande som har vissa inslag som normalt sett ingår i en domstol.

2.10.1 Sätet

Artikel 8.23.2 CETA tillåter en investerare att välja mellan skiljereglerna i ICSID, ICSID Additional Facility (AF) och UNCITRAL. De senare två regelverken kräver att ett säte till tribunalen utses. Inget i CETA antyder att så inte kommer att vara fallet i tvister som avgörs av en tribunal under dessa regler. ICSID är ett eget system som inte kräver säte. UNCITRAL-reglerna¹⁸² ger parterna till tvisten rätt att bestämma sätet och om de inte kan komma överens är det upp till tribunalen att bestämma. ICSID AF lämnar till tribunalen att bestämma sätet efter att ha konsulterat parterna till tvisten. Genom detta upplägg i CETA kan en tribunal ha sitt säte var som helst i världen. Eftersom sätet får en påverkan på alla processuella regler som inte är explicit angivna i CETA och skiljereglerna nämnda ovan så får sätets placering en praktisk betydelse.¹⁸³ Eventuellt skulle detta även kunna leda till att första och andra instans har olika processuella regler att förhålla sig till.

Kollegiet anser att denna ordning är mindre lyckad och att parterna till avtalet hade kunnat undvika situationen genom ett utpekande av ett antal länder såsom görs i exempelvis NAFTA, samt att sätet inte får flyttas mellan första och andra instans. Kollegiet anser att dessa aspekter av hur ett skiljeförfarande ska genomföras under ICS bör utredas vidare

¹⁷⁹ *International Centre for Settlement of Investment Disputes*

¹⁸⁰ Artikel 8.27.16 CETA

¹⁸¹ Artikel 8.39.5 CETA

¹⁸² Med UNCITRAL-reglerna (*United Nations Commission on International Trade Law*) avses FN:s tvisteregler från år 2010.

¹⁸³ Dahlquist, Joel (2017) *“Place of Arbitration in the Proposed “Investment Court” Scenario: An Overlooked Issue?”* hämtad från <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/03/23/joel-booked/> den 24 mars 2017.

alternativt förtydligas i avtalet. Införandet av en permanent investeringsdomstol skulle innebära att dessa problem undviks.

2.10.2 Utnämmande av tribunalmedlemmar

Skiljeförfarandet i ICS skiljer sig från klassiskt skiljeförfarande, *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) på flera sätt. I ISDS utser vardera tvistande part, alltså stat och investerare, en skiljeman och enas sedan om en ordförande. Till första instans i ICS utser varje avtalspart, det vill säga EU och dess medlemsstater och Kanada, vardera minst fem tribunalmedlemmar till en lista¹⁸⁴ av tribunalmedlemmar. Dessutom ska de enas om minst fem tribunalmedlemmar som kommer från tredje land.¹⁸⁵ Stockholms universitet påpekar i sitt yttrande att den Gemensamma kommittén i nuläget verkar ha ”tämligen fria tyglar att välja domare till poolen”.¹⁸⁶

Tribunalmedlemmarna kommer således att utses av EU och Kanada och inte av investerare. Därtill finns det en möjlighet för tribunalmedlemmar att omväljas för ytterligare en period.¹⁸⁷ Detta riskerar enligt vissa kritiker leda till att tribunalmedlemmarna dömer i enlighet med uppdragsgivande stats inställning, eftersom de avgör om tribunalmedlemmarna får förtroende för ytterligare en period.¹⁸⁸ Eftersom det enligt kritikerna finns en utökad sannolikhet att tribunalmedlemmarna kommer att döma i enlighet med svarande staters inställning jämfört med dagens ISDS finns det även en risk för att ICS underminerar systemets trovärdighet.

Vid en tvist ska tre tribunalmedlemmar väljas ur respektive grupp av tribunalmedlemmar.¹⁸⁹ Ingen part ska kunna påverka vilka tribunalmedlemmar som väljs till just deras tvist. Eftersom tribunalmedlemmarna kommer att döma som i en kollegial domstol kommer sannolikt färre motstridiga beslut att fattas jämfört med dagens fragmenterade system. Detta anses också vara en av styrkorna med ICS jämfört med ISDS.

¹⁸⁴ Så kallad *roster*.

¹⁸⁵ Artikel 8.27.2 CETA

¹⁸⁶ Kommerskollegium kommenterar den Gemensamma kommittéen nedan under avsnitt 2.10.5.

¹⁸⁷ Artikel 8.27.5 CETA

¹⁸⁸ Kaufmann Kohlers, Gabriela och Podesta, Michele. (2016) “*Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*”

¹⁸⁹ Artikel 8.27.6 CETA

Tribunalmedlemmar i första instans kommer att ha ett månatligt förhandsarvode och ett engagemangsarvode alternativt en månadslön.¹⁹⁰ Under tiden tribunalmedlemmarna är utnämnda får de inte på annat sätt engagera sig i investeringsskyddstvister.¹⁹¹ Det kan finnas en risk för att det månatliga arvordet (förslaget är 2 000 euro i månaden) är för litet för att de mer erfarna advokaterna och skiljemännen ska vara intresserade av att utnämnas till tribunalmedlemmar i ICS. Det kan resultera i att tribunalmedlemmarna i ICS kommer att vara mindre erfarna än de som idag avgör tvister under ISDS.

ICS innehåller en begränsad möjlighet att överklaga till en överinstans. Överinstansen kommer sannolikt att bestå av en pool av 6 eller 9 tribunalmedlemmar med vardera 2 eller 3 tribunalmedlemmar från EU, Kanada och tredje land. Tribunalmedlemmarna i överinstansen kommer enligt förslag från kommissionen att ha ett månatligt arvode på 7 000 euro i månaden och därtill tillkommer ett engagemangsarvode.¹⁹² Arvodesnivån är sådan att den möjligen kommer att vara lockande även för mer erfarna advokater och skiljemän. Detta kommer dock till en relativt hög kostnad för parterna till avtalet, särskilt för det fall få tvister kommer att avgöras inom ICS. Kollegiet konstaterar att den månatliga kostnaden för ICS i CETA kommer att ligga på minst 72 000 - 93 000 euro i månaden enbart för tribunalmedlemmarna.¹⁹³ För det fall kostnaden inte kommer att kunna pressas genom ett samordnande av ICS i andra avtal ser kollegiet en risk för att kostnaderna kommer att ligga på en så hög nivå att förtroendet för systemet riskeras. Hur ett samordnande ska kunna ske för EU utan att det ges ett intryck av att vissa tribunalmedlemmar är direkt anställda av EU blir en utmaning.

2.10.3 Överklagande

Ca 70 procent av alla ISDS-tvister avgörs idag under ICSID-reglerna. I ISDS kan utgången av tvisten klandras, vilket kan leda till att beslutet ogiltigförklaras. Av ICSID-konventionens artikel 52 framgår under vilka omständigheter en skiljenämnds beslut kan undanröjas:

52(1) Vardera part kan begära ogiltigförklaring av ett beslut genom skriftlig ansökan adresserad till Generalsekreteraren med en eller flera av följande grunder:

- (a) att Tribunalen inte var korrekt konstituerad;*
- (b) att Tribunalen uppenbart överskridit sina befogenheter;*
- (c) att en av Tribunalens medlemmar varit föremål för korruption;*

¹⁹⁰ Artikel 8.27.12 och 15 CETA

¹⁹¹ Artikel 8.30.1

¹⁹² Antalet tribunalmedlemmar är inte reglerat i CETA. Enligt artikel 8.28.7(d) bestäms förhandsarvodet till överinstansen av den Gemensamma CETA-kommittén.

¹⁹³ $15 * 2000 + 9 * 7000 = 93\ 000$

- (d) att det förekommit en allvarlig avvikelse från grundläggande processuella regler;
 (e) att skälen som ligger till grund för beslutet inte anges.¹⁹⁴

Möjligheten att undanröja ett beslut är således relativt begränsad.¹⁹⁵

I CETA kommer det att vara möjligt att överklaga ett beslut i första instans för att få det undanröjt eller ändrat. Däremot får en investerare inte klandra ett beslut av en CETA-tribunal i en nationell domstol. Grund för överklagande kan vara desamma som regleras i ICSID:s artikel 52. Dessutom tillkommer dessa grunder:

- a) felaktig tillämpning eller tolkning av tillämplig lagstiftning,
 b) uppenbara fel vid bedömningen av fakta, bland annat bedömningen av relevant inhemsk lagstiftning,¹⁹⁶

Det är således inte fråga om en möjlighet att få ytterligare en fullständig prövning i sak utan prövningen är begränsad till felaktig tillämpning av lag och uppenbara fel vid bedömningen av fakta. Sammantaget torde dock denna prövning leda till färre kontroversiella skiljedomslut än vid ISDS vilket torde öka legitimiteten för investeringsskydd. Dessutom ökar förutsebarheten av vilka regler som gäller.¹⁹⁷

Den uppenbara nackdelen är att en redan dyr och utdragen process nu riskerar att bli ännu dyrare och mer tidskrävande, vilket i sin tur kan innebära att små och medelstora företag avstår från att driva processer mot stater som de annars skulle överväga. Därutöver finns det genom uppenbarhetsrekvisitet i artikel 8.28.2(b) CETA en risk för att felaktiga beslut består i de fall utgången visserligen är fel men inte *uppenbart* fel, vilket innebär en risk för både stat och investerare. Skälet till att parterna till avtalet inte önskat en ny fullständig prövning i sak även i andra instans är att det skulle leda till en lång tidskrävande process blir än längre samt redan höga processuella kostnaderna riskerar att bli ännu högre. Parterna till avtalet har gjort en avvägning mellan kostnad och tid relativt möjligheten till korrekt utgång.

¹⁹⁴ Kommerskollegiums egen översättning. På originalspråket stadgas följande:
 52(1) *Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:*
 (a) *that the Tribunal was not properly constituted;*
 (b) *that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;*
 (c) *that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;*
 (d) *that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or*
 (e) *that the award has failed to state the reasons on which it is based.*

¹⁹⁵ Det är i stort sett desamma regler som gäller vid klander under nationella lagstiftningar när skiljedom slits under UNCITRAL-reglerna eller under Stockholms handelskammarers regler.

¹⁹⁶ Artikel 8.28.2 CETA

¹⁹⁷ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development 2015*, sektion 6.4, 108.

I CETA finns en möjlighet att ICS i framtiden ska kunna bytas ut mot en internationell investeringsdomstol (MIC) ifall en sådan skapas.¹⁹⁸

2.10.4 Verkställighet av skiljedomar

Som framgått ovan finns det en begränsad möjlighet att överklaga tribunalens beslut till överprövningstribunalen. Det är emellertid inte överinstansens beslut som är det slutliga beslutet utan överinstansen måste vid ändring av första instansens beslut hänvisa målet åter till underinstansen för att anpassa det ursprungliga beslutet.¹⁹⁹ Denna ordning är inrättad eftersom ICSID-konventionen inte tillåter överklaganden²⁰⁰ och en ändring av ICSID-konventionen kräver ett enhälligt beslut av samtliga medlemmar till konventionen.

I artikel 8.37.6 CETA anges att ett beslut från en tribunal under CETA ska anses vara ett beslut i enlighet med sektion 6 i ICSID-konventionen. Parterna till CETA anser därmed att återsändande av beslutet från överinstansen till förstainstansen innebär att ICSID-konventionens artikel 53 inte överträds. I artikel 53 anges att ett beslut ska vara bindande, att det inte går att överklaga och att parterna inte får använda andra rättsmedel än de som anges i konventionen. Därtill anges i artikel 41 VCLT, som behandlar rätten för två eller fler parter till ett multilateralt avtal att sluta ett eget avtal dem emellan, att ett eget avtal kan slutas om det som avtalet innehåller inte är förbjudet i grundavtalet.²⁰¹

Det föreligger därför enligt kollegiet viss osäkerhet om modellen i CETA är i överensstämmelse med ICSID-konventionen som alltså uttryckligen förbjuder möjligheten att överklaga. För att ett ICSID-beslut ska gälla i dess avtalsländer måste beslutet enligt artikel 54 ICSID-konventionen vara i enlighet med konventionen. Detta innebär en viss risk för att besluten inte kommer att vara verkställbara i vissa stater. *Jansen Calamita* som analyserat ICS gör bedömningen att stater och domstolar som står utanför CETA eventuellt kan ifrågasätta möjligheten att överklaga i CETA och anser att detta strider mot konventionens uttryckliga förbud mot att överklaga.²⁰²

De som väljer att istället tvista under UNCITRAL-reglerna eller reglerna enligt ICSID AF lutar sig vid en verkställighet mot New York-konventionen (N.Y.C) som ligger till grund för ömsesidigt erkännande av skiljedomar. Även dessa skiljeregler anger klanderregler såsom eller

¹⁹⁸ Art. 8.29, *Multilateral Investment Court*, MIC.

¹⁹⁹ Art. 8.28.7(b) och 8.28.11 CETA.

²⁰⁰ Art. 53 ICSID-konventionen.

²⁰¹ Art. 41.1(b) VCLT

²⁰² N. Jansen Calamita (2017) "The Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime", *Journal of World Investment and Trade*

liknande de som ovan redovisats för ICSID.²⁰³ Det har uttryckts viss farhåga för att ett beslut från ICS inte skulle utgöra en skiljedom och att N.Y.C därför inte skulle vara tillämplig, men de analyser som kollegiet tagit del av talar för att denna farhåga saknar grund.²⁰⁴ Däremot förefaller det finnas viss risk för att nationella domstolar skulle kunna underkänna CETA-modellen och därför inte godkänna besluten, bland annat eftersom möjligheten till klander i många länder inte är dispositiv.

Kollegiet ser sammantaget att det finns en risk för att det uppstår svårigheter i verkställighetsfasen. Skulle besluten inte gå att verkställa i eller utanför kontraktsstaterna skulle värdet på besluten dramatiskt sänkas.

2.10.5 Kommittén för tjänster och investeringar och den Gemensamma CETA-kommittén

I CETA ska en gemensam investeringskommitté (Kommittén för tjänster och investeringar²⁰⁵) och den Gemensamma CETA-kommittén inrättas.²⁰⁶ Investeringskommittén kan föreslå att den Gemensamma CETA-kommittén antar bindande tolkningar²⁰⁷, antar och ändrar skiljeregler och gör tillägg till artikeln ”rättvis och skälig behandling” (artikel 8.10.3). Därtill har den Gemensamma CETA-kommittén rätt att utse skiljemännen till tribunalerna och överprövningstribunalens funktionssätt.²⁰⁸ Den Gemensamma kommittén kan endast fatta beslut om parterna till avtalet är överens.²⁰⁹ Det anges inte hur en situation där parterna inte kan komma överens ska hanteras. Sannolikt gäller i ett sådant fall de generella tvistreglerna i kapitel 29 CETA.

Uppsala och Göteborgs universitet har i tidigare yttranden angett att bland annat tolkningen av avtalet och utformningen av skiljemekanismen nu ligger utanför Sveriges bestämmanderätt, samt att Sverige i en

²⁰³ Art. 5 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 1958

²⁰⁴ N. Jansen Calamita (2017) *“The Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime”*, Journal of World Investment and Trade och Kaufmann Kohlers, Gabriela och Podesta, Michele. (2016) *“Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap”*.

²⁰⁵ Artikel 8.44 CETA

²⁰⁶ CETA Joint Committee. Detta råd är under delat ordförandeskap av Kanadas minister för internationell handel och den EU-kommissionär som har ansvar för handelsfrågor och har det övergripande ansvaret för CETA:s framtida tillämpning.

²⁰⁷ Artikel 8.31.3 och 8.44.3 CETA

²⁰⁸ Artikel 8.27.2 och 3 samt 8.28.3 och 7 CETA

²⁰⁹ Artikel 26.3.3 CETA

eventuell framtida tvist inte har möjlighet att påverka hur skiljemän som ska döma i tvisten utses.²¹⁰

Möjligheten till bindande tolkning anges i artikel 31.3(a) VCLT. Men eftersom det endast rör tolkningar kan staterna i efterhand inte göra tolkningar som i praktiken ändrar avtalets innehåll. I dessa fall måste avtalet ändras i enlighet med artikel 39 VCLT.

Kollegiet konstaterar att med tanke på det inflytande den Gemensamma CETA-kommittén kommer att ha finns det oväntat lite information om hur EU:s egen investeringskommitté ska fatta beslut på ovan nämnda områden. Kommer det att fattas ett delegationsbeslut från rådet eller kommer rådet att vara direkt delaktig i vissa av besluten? Kommer de vanliga röstreglerna i artikel 6 Trade Omnibus akt 1 rörande omprövningskommittén att gälla även här?

Med tanke på att CETA är ett avtal med blandad kompetens borde rimligen beslut såsom bindande tolkning och tillägg till avtalet fattas av rådet och då kräva enhällighet. Det är oklart för kollegiet om det ens är möjligt att via delegation ge kommittén möjlighet att fatta beslut som påverkar nationell kompetens. Denna problematik är dock inte specifik för CETA utan bottnar i att Sverige överlämnat kompetens på investeringsområdet i relation till tredje land. Således är denna fråga aktuell även i exempelvis avtalet med Vietnam.

Den stora fördelen med kommitténs möjlighet till bindande tolkningar är att staterna kan återta kontrollen över hur avtalet ska tolkas i de fall tribunalen kommer fram till en tolkning som inte överensstämmer med intentionerna hos parterna till avtalet. Detta kan öka graden av rätt att reglera och minska eventuell nedkylningseffekt, särskilt eftersom kommittén kan anta en bindande tolkning från ett specifikt datum innebärande under pågående tvist. Men med detta kommer en baksida. Göteborgs universitet uttrycker det på följande sätt:²¹¹

*Därutöver, den ger omfattande befogenheter till CETA:s Gemensamma kommitté att påverka tolkningen av enskilda bestämmelser. Även om detta bör användas med extrem försiktighet så innebär det en effektiv och systematisk kontrollmekanism för att säkerställa rätten att reglera vid legitima allmännyttiga syften.*²¹²

²¹⁰ Uppsala universitet (2016) "Remiss gällande demokratiska effekter av CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement)", dnr 3.2.4-2016/01156-1 och Göteborgs universitet. (2016) "Democratic effects of CETA - In response to the request for consultation by the Swedish National Board of Trade."

²¹¹ Göteborgs universitet. (2016) "Democratic effects of CETA - In response to the request for consultation by the Swedish National Board of Trade." s. 9

²¹² Kollegiets fria översättning. På originalspråk uppgavs följande:

Enligt kollegiets bedömning föreligger behov av att komplettera de processuella reglerna. Det är därför en fördel att den Gemensamma CETA-kommittén har mandat att anta och ändra skiljeregler, vilket ger en möjlighet för parterna till avtalet att omhänderta de svagheter och ottydligheter som kollegiet funnit i denna utredning.

Socialstyrelsens synpunkter

Socialstyrelsen har i sitt yttrande till Kommerskollegium framhållit ”att det är viktigt att regeringen i förhandlingarna har i åtanke att hälso- och sjukvården är ett icke-harmoniserat område där det står EU:s medlemsländer fritt att besluta hur man vill ge och organisera sin hälso- och sjukvård”²¹³. Socialstyrelsen uppfattar att för det fall en avtalspart till CETA ”skulle anse att svenska rättsregler inte är tillräckligt transparenta och tydliga, eller ifrågasätta rätten att reglera området” skulle denna fråga teoretiskt kunna hänskjutas till en gemensam arbetsgrupp. Socialstyrelsen påpekar att det ”vore olyckligt om gemensamma arbetsgrupper får tolkningsföreträde till avtalet även i fråga om EU-domstolens förväntade avgörande i kompetensfrågan.” Socialstyrelsen menar vidare att det därför vore lämpligt att förvissa sig om att arbetsgruppernas uttalanden inte tillåts leda till en urholkning av den svenska standarden på den hälso- och sjukvård som erbjuds av legitimerad personal i Sverige.

Kollegiets kommentarer på Socialstyrelsens synpunkter

Socialstyrelsens synpunkt att den Gemensamma CETA-kommittén skulle kunna fatta beslut om bindande tolkning på områden där det råder nationell kompetens förefaller bottna i att Sverige överlämnat kompetens till EU på området direktinvesteringar i relation till tredje land och handlar enligt kollegiets bedömning inte specifikt om utformningen av CETA.²¹⁴

För det fall parterna till CETA inte är eniga om hur avtalet ska tolkas, aktualiseras de generella tvistereglerna i kapitel 29 CETA.²¹⁵

Socialstyrelsens invändning är således inte relaterat till investerings-skyddskapitlet och reglerna om bindande tolkning.

In addition, it reserves an extensive power to the CETA Joint Committee to influence the interpretation of individual provisions. Although this must be exercised with extreme caution, it allows an effective and systematic control mechanism to safeguard the right to regulate for legitimate public policy objectives.

²¹³ Socialstyrelsens yttrande, 2017-04-07, deras dnr 10.5-2003/2017.

²¹⁴ Som redogjorts för ovan har parter till internationella traktat i enlighet med artikel 31.3(a) VCLT rätt att fatta beslut om bindande tolkningar.

²¹⁵ Kapitel 29 CETA är huvudregeln för hur tvister mellan avtalsparterna ska lösas. Det finns undantag i avtalet vilka inte är relevanta för denna analys.

Som redovisats ovan är det kollegiets slutsats att den Gemensamma kommittén inte har mandat att fatta beslut om bindande tolkning som rör områden med nationell kompetens, i varje fall inte utan att rådet med enhällighet fattat ett sådant beslut.

Kommittén ges inte heller mandat att fatta beslut om utgången i en enskild tvist utan endast rörande hur vissa artiklar i avtalet ska tolkas. Kommitténs roll är således inte att uttala sig om huruvida svenska regler är i överensstämmelse med CETA. Detta är istället en fråga för CETA-tribunalen.

2.10.6 ICS eventuella oförenlighet med EU-rätten

Stockholms universitet nämner i sitt yttrande att ICS kan vara oförenligt med EU-rätten.²¹⁶ Även om denna fråga inte har någon direkt koppling till Uppdraget, kan kollegiet konstatera att CETA:s eventuella oförenlighet med EU-rätten i sig är problematisk och det vore värdefullt om Europeiska kommissionen klargjorde hur de ser på de frågor som Stockholms universitet tar upp i sitt yttrande. Eftersom eventuell bristande förenlighet är en gemensam fråga för samtliga unionsmedlemmar är det kollegiets inställning att frågan bäst avgörs av EU-domstolen.

2.10.7 Kollegiets slutsatser av de negativa effekterna av ICS

Processerna i ICS riskerar att bli än dyrare och dra ut på tiden än mer jämfört med ISDS. De mest erfarna skiljemännen kommer eventuellt inte vara tillgängliga i första instans och eftersom det inte kommer att ske en fullständig prövning av tvisten i andra instans finns det en risk för att felaktiga utgångar står sig, vilket i sin tur riskerar att underminera förtroendet för systemet. Parterna till avtalet synes inte helt ha tänkt igenom var sätet kan placeras och vilka konsekvenser detta kan få för processen. Genom att den Gemensamma investeringskommittén bland annat ges rätt att utse skiljemän, tolka avtalet och göra tillägg till artikel 8.10 CETA har Sverige de facto överlämnat viss beslutandemakt jämfört med Sveriges övriga investeringsskyddsavtal.

Eftersom det finns en utökad sannolikhet att tribunalmedlemmarna kommer att döma i enlighet med svarande staters inställning jämfört med dagens ISDS-system finns det en risk för att investerare förlorar förtroende för systemet. Även kostnaden för ICS-systemet kan riskera att underminera systemet för det fall det inte går att uppnå synergieffekter med ICS under andra avtal.

²¹⁶ Stockholm universitets yttrande, sid. 1 och 4. Eftersom universitetets analys tyvärr inkom i ett sent skede av utredningen har kollegiet inte haft möjlighet att utvärdera universitetets yttrande i denna del.

Kollegiet har ovan funnit att ICS innehåller vissa svagheter. Eftersom avtalet medger en möjlighet att ändra de processuella reglerna i efterhand via den Gemensamma CETA-kommittén bör Sverige aktivt följa detta arbete och tillse att eventuella tillkortakommanden åtgärdas.

2.11 Kollegiets sammanfattande bedömning

Kommerskollegium bedömer att rätten till ersättning vid indirekt expropriation i CETA i allt väsentligt inte medför något skydd utöver det som redan idag ges till investerare med grund i nationell rätt, EKMR och EU-rätten. Kollegiet har på de områden som analyserats i CETA inte identifierat någon effekt på Sveriges rätt att reglera.

Staten har rätt att införa striktare lagstiftning resulterande i en indirekt expropriation utan att bli ersättningsskyldig för det fall åtgärden sker med det allmännas bästa för ögonen, är proportionell i förhållande till sitt syfte och inte diskriminerande. Resonemanget gäller oavsett inom vilken sektor striktare lagstiftning införs.

En CETA-tribunal behöver vid bedömningen av om en statlig åtgärd är att anse som en indirekt expropriation ställa ett antal frågor som är inkluderade i utredningen. Besvarandet av dessa frågor leder enligt kollegiet till följande indikativa slutsatser i de av uppdraget formulerade fallen:

- För att en höjning av kvoten i elcertifikatssystemet ska utgöra en indirekt expropriation krävs att höjningen resulterat i att investeringens värde i stort sätt uttraderas.
- Om Sverige skulle bli skyldigt att betala ersättning vid ett eventuellt förbud mot näringsverksamhet i skyddade områden beror det inte enbart på CETA eftersom liknande skydd ges av nationellt rätt, EKMR och EU-rätten.
- En kemikalie som konstaterats kunna utgöra en potentiell risk men vars farlighet inte är helt vetenskapligt fastställd kan förbjudas utan risk för att staten blir skyldig att betala ersättning.
- Kollegiet har inte funnit stöd för att ett krav i en offentlig upphandling kan bli föremål för en investeringstvist.

Utgången av en tvist beror därutöver på en mängd yttre faktorer som inte är preciserade i Uppdraget och som en tribunal behöver bedöma från fall till fall.

Kollegiet bedömer vidare att CETA:s bestämmelser om investeringsskydd inte påverkar Sveriges möjlighet att bevara monopol eller allmännyttiga företag. Däremot kan Sverige bli skyldigt att betala ersättning för det fall ett monopol införs eller återinförs. Utfallet i en eventuell tvist är bland annat avhängigt motivet, lagstiftningsprocessen och utformningen av den statliga åtgärden som lett fram till ett monopol.

För det fall CETA-tribunaler gör tolkningar av artiklarna i kapitel 8 som avviker från parternas intention finns det en möjlighet för CETA:s kommitté för tjänster och investeringar att anta tolkningar av avtalet, vilken sedan antas av den Gemensamma CETA-kommittén. Detta fungerar som en säkerhetsventil eftersom kommittén får besluta att en tolkning ska vara bindande från och med en viss dag innebärande att det kan få betydelse för en pågående tvist.

Skiljeförfarandet Investment Court System (ICS)

Enligt Uppdraget ska kollegiet identifiera risker och lämna förslag på hur riskerna kan minimeras. Eftersom CETA medger en möjlighet för parterna till avtalet att komplettera de tillämpliga tvistlösningsreglerna finns det en konkret möjlighet att minimera de svagheter som kollegiet identifierat nedan.

Kollegiet bedömer att ICS riskerar att bli än dyrare och mer tidskrävande än det tidigare i CETA föreslagna tvistlösningssystemet ISDS. En eventuell nackdel med ICS är att erfarna skiljemän eventuellt inte kan vara tillgängliga i första instans. Eftersom det inte kommer att ske en fullständig prövning av tvisten i andra instans finns det dessutom en risk för att felaktiga utgångar står sig, vilket i sin tur riskerar att underminera förtroendet för systemet. Det är vidare oklart var sätet kan placeras och vilka konsekvenser detta kan få för processen. Genom att den gemensamma investeringskommittén bland annat ges rätt att utse skiljemän, tolka avtalet och göra tillägg till artikel 8.10 CETA har Sverige de facto överlämnat viss beslutandemakt jämfört med Sveriges övriga investeringsskyddsavtal.

Eftersom det finns en utökad sannolikhet att tribunalmedlemmarna kommer att döma i enlighet med svarande staters inställning jämfört med dagens ISDS-system finns det en risk för att investerare förlorar förtroende för systemet. Kostnaden för ICS kan riskera att underminera systemet för det fall det inte går att uppnå synergieffekter med andra avtal.

3 Offentlig upphandling

3.1 Metod och tolkning av frågan i uppdraget

Kommerskollegium ska analysera frihandelsavtalets effekter på möjligheten att använda offentlig upphandling för att främja djurskydd och användningen av ekologiska, miljöanpassade och rättvisemärkta varor.

Offentlig upphandling ingick inte i den analys som kollegiet gjorde av CETA år 2016.²¹⁷ Kollegiet tolkar frågan på så sätt att det som efterfrågas är om CETA kommer att innebära några begränsningar vad gäller möjligheterna att använda offentlig upphandling för nämnda syften i förhållande till vad som gäller idag. För att besvara frågan fokuserar kollegiet i sin bedömning på de delar av upphandlingsprocessen som påverkar vilka krav som ställs på produkten vid inköpet, det vill säga tekniska specifikationer, tilldelningskriterier och särskilda kontraktsvillkor.

Kollegiet har i sin analys av bestämmelserna om offentlig upphandling i CETA samrått med alla de myndigheter som identifierades av regeringen i uppdraget till kollegiet.²¹⁸ I avsnitt 3.2 ges en kort bakgrund till internationella regler på upphandlingsområdet och hur dessa förhåller sig till CETA. I avsnitt 3.3 redogörs för remissinstansernas synpunkter. I avsnitt 3.4 och 3.5 finns kollegiets analys respektive sammanfattande bedömning.

3.2 Upphandling i internationella regelverk och frihandelsavtal

Offentlig upphandling är processen när aktörer inom offentlig verksamhet köper, hyr eller leasar bland annat varor eller tjänster. På EU:s inre marknad regleras offentlig upphandling i ett antal direktiv.²¹⁹ Det mest relevanta i detta sammanhang är direktiv 2014/24/EU om varor, tjänster och byggentreprenader (hädanefter kallat det nya EU-direktivet).

²¹⁷ Kommerskollegium. (2016) ”Analys av frihandelsavtalet CETA:s eventuella effekter på miljö, människors och djurs hälsa samt demokratiskt beslutsfattande”.

²¹⁸ Kommerskollegium har ställt följande frågor till myndigheterna: Vad är ert uppdrag inom offentlig upphandling? Finns det enligt er uppfattning något i CETA som begränsar möjligheterna att utföra ert uppdrag när det gäller offentlig upphandling? Finns det enligt er uppfattning något i CETA som begränsar möjligheterna att använda offentlig upphandling för de syften som nämns i regeringsuppdraget, i förhållande till Sveriges befintliga förpliktelser enligt EU:s eller WTO:s regelverk? Är det något annat ni vill framföra med avseende på frågan om offentlig upphandling i regeringsuppdraget?

²¹⁹ Bland annat Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG och Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Sverige har genomfört detta direktiv genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

På internationell nivå finns ett plurilateralt avtal om upphandling inom ramen för WTO som heter *Government Procurement Agreement* (GPA). Det är frivilligt för WTO:s medlemmar att vara part till avtalet.²²⁰ GPA trädde ikraft 1995 och reviderades 2014.

GPA innehåller i likhet med EU:s upphandlingsregler procedurregler för att säkerställa objektivitet, konkurrens och ickediskriminering när det offentliga upphandlar. GPA är ett mellanstatligt avtal och är jämfört med EU:s regelverk betydligt mindre detaljerat. GPA gäller, till skillnad från EU:s upphandlingsregler, endast för de upphandlande myndigheter, områden, varor och tjänster som länderna väljer ska omfattas av procedurreglerna. I bilagor till GPA framgår hur stor del av en parts upphandlingsmarknad som omfattas.

Kanada och EU är bägge parter till GPA. Som en följd av detta liknar CETA:s upphandlingsregler i mycket hög grad reglerna i GPA. När det gäller procedurreglerna medför därför CETA i huvudsak inget nytt. I och med CETA har parterna gett varandra ytterligare marknadsöppningar genom att en större del av den offentliga upphandlingsmarknaden omfattas. EU:s leverantörer får genom CETA tillgång till en större del av upphandlingar som sker på regional och lokal nivå i Kanada, till exempel provinsnivå, än vad som gäller idag enligt GPA.

3.3 Remissinstansernas synpunkter

De remissinstanser som har valt att inkomma med synpunkter om offentlig upphandling är Kemikalieinspektionen, Konkurrensverket, Naturvårdsverket och Upphandlingsmyndigheten.²²¹

Kemikalieinspektionen bedömer inte att CETA omedelbart kommer att påverka möjligheterna att ställa upphandlingskrav eller vidareutveckla miljökrav vid offentlig upphandling.

Konkurrensverkets uppfattning är att CETA inte kommer att begränsa möjligheterna att vid offentlig upphandling ställa krav på djurskydd eller att ta miljömässiga eller sociala hänsyn i förhållande till Sveriges befintliga förpliktelser enligt det nya upphandlingsdirektivet eller GPA:s regelverk. Konkurrensverket anser att även om varken GPA eller CETA

²²⁰ I dagsläget har GPA 19 avtalsparter. EU tillsammans med sina medlemsstater räknas som en avtalspart. Andra parter är t.ex. USA, Kanada och Japan.

²²¹ De myndigheter som inte har besvarat frågorna relaterade till upphandling är Statens energimyndighet, Statens jordbruksverk, Läkemedelsverket, Livsmedelsverket och Socialstyrelsen.

innehåller några uttryckliga regler om sociala hänsyn, får det anses följa av parternas gemensamma tolkningsinstrument till avtalet.

Förutsättningen är att kraven är icke-diskriminerande och inte utgör ett onödigt hinder för internationell handel. Av EU-direktiven följer att det under vissa förutsättningar är möjligt att ställa krav på märkning som bevismedel för att sociala krav är uppfyllda.

Naturvårdsverket bedömer att CETA sannolikt inte kommer att påverka miljöanpassad offentlig upphandling eller myndighetens utförande av sitt uppdrag när det gäller miljöanpassad offentlig upphandling.

Myndigheten bedömer att regler som kan vara till fördel för miljöanpassad offentlig upphandling som just trätt ikraft i EU bör kunna tillämpas under CETA. Naturvårdsverket lyfter fram att Kanada med sitt stora engagemang i internationell standardisering inom miljöledningsområdet i högsta grad aktivt medverkat och påverkat arbetet med de standarder som nu kan åberopas i upphandlingssammanhang. Det finns därför stor sannolikhet för att Kanada mycket väl kan anpassa sig till de nya upphandlingskriterier som EU-kommissionen nu successivt inför.

Upphandlingsmyndigheten ser inte några begränsningar för svenska upphandlande myndigheter att i fortsättningen använda den offentliga upphandlingen för att uppfylla vissa mål inom det miljömässiga eller sociala området. Förutsättningen är att den rättsliga ramen enligt upphandlingslagstiftningen tillämpas och att kraven som ställs inte innebär förtäckta handelshinder eller är diskriminerande och uppfyller procedurkraven i övrigt. Myndigheten kan inte se att det finns något i CETA som går utöver eller innebär ytterligare skyldigheter i förhållande till vad som redan gäller enligt upphandlingsdirektiven eller som går utöver vad som redan regleras i GPA. I övrigt framhåller Upphandlingsmyndigheten att CETA kan ge ökade möjligheter att använda offentlig upphandling för att uppnå samhälleliga mål i ett internationellt perspektiv. Bland annat kan det innebära att Sverige kan bidra till exempelvis förbättrat djurskydd i andra länder.

3.4 Kollegiets analys

De allmänna ramarna för olika typer av icke-ekonomiska hänsyn, såsom miljö och sociala hänsyn, enligt CETA har inte prövats rättsligt, eftersom avtalet inte har trätt ikraft. Detsamma kan även konstateras när det gäller GPA. Upphandlingsreglerna i GPA och CETA är närmast identiska. Förutom procedurreglerna och uttryckliga referenser till sådana hänsyn, är icke-diskrimineringsprinciperna (nationell behandling respektive mest

gynnad nation) viktiga för att förstå ramarna i CETA för bedömningen av om något är tillåtet.²²²

CETA är ett fristående avtal i förhållande till GPA. Det reglerar enbart förhållandet mellan EU och Kanada. Avtalet som helhet täcker en mängd områden, inklusive hållbarhet. Parterna har även i det Gemensamma tolkningsinstrumentet till CETA lagt till tydliga avsiktsförklaringar om vad avtalet innebär. Tolkningsinstrumentet är rättsligt sätt en integrerad del av avtalet. I tolkningsinstrumentet konstateras att *”CETA bibehåller möjligheten för upphandlande enheter inom Europeiska unionen och dess medlemsstater och Kanada att i enlighet med deras respektive lagstiftning tillämpa miljökriterier, sociala kriterier och arbetsrelaterade kriterier, som exempelvis skyldigheten att rätta sig efter och följa kollektivavtal i upphandlingar. Kanada och Europeiska unionen och dess medlemsstater kommer att kunna tillämpa sådana kriterier i sina upphandlingar på ett sätt som inte är diskriminerande eller utgör ett onödigt hinder för internationell handel. De kommer att kunna fortsätta att göra detta enligt CETA”*.²²³ Andra delar av det Gemensamma tolkningsinstrumentet, som inte rör specifikt offentlig upphandling, stadgar också att EU och Kanada genom CETA åtar sig att sörja för och främja höga nivåer av miljöskydd och arbeta för att fortsätta förbättra politiken på området.²²⁴

Det finns också ett allmänt undantag i CETA. Art 19.3 stadgar att ingenting i upphandlingskapitlet ska tolkas som en inskränkning av parternas möjlighet att genomföra åtgärder som är nödvändiga för att bland annat skydda allmän moral eller människors, djurs eller växters liv eller hälsa. Förutsättningen är att detta inte tillämpas på ett sätt som utgör godtycklig eller oberättigad diskriminering eller ett förtäckt handelshinder.²²⁵ Undantagsbestämmelsen kan ha betydelse för vad som

²²² Icke-diskrimineringsprinciperna i CETA art 19.4 innebär att en part och dess upphandlande enheter ska ge varor, tjänster och leverantörer från den andra parten en behandling som inte är mindre förmånlig än den som beviljas egna varor, tjänster och leverantörer. En part och dess upphandlande enhet får heller inte behandla en lokalt etablerad leverantör mindre förmånligt än en annan lokalt etablerad leverantör p.g.a. graden av utländsk anknytning eller ägarskap, eller diskriminera en lokalt etablerad leverantör av det skälet att varor eller tjänster som denne tillhandahåller utgörs av varor eller tjänster från den andra parten.

²²³ Gemensamt tolkningsinstrument om det övergripande avtalet om ekonomi och handel (Ceta) mellan Kanada och Europeiska unionen och dess medlemsstater, p. 12. Enligt art 30.1 i CETA och tolkningsinstrumentets ingress, p. 1e, är detta en del av avtalet. Se även uttalande från kommissionen om offentlig upphandling, p. 27 i uttalanden till Rådets protokoll, EUT 14.1.2017, L11/9.

²²⁴ Se t.ex. p. 9 om miljöskydd och ingressen till tolkningsinstrumentet, p.1 d. Jfr även art 24.5 i CETA.

²²⁵ En motsvarande skrivning finns även i det nya EU-direktivet 2014/24/EU, skäl 41.

anses tillåtet enligt avtalet eller åberopas när ett förfarande har ansetts stå i strid med bestämmelserna.²²⁶

I det nya EU-direktivet finns en presumtion för att om upphandlande myndigheter tillämpar direktivet, fullgör de skyldigheter gentemot länder som omfattas av GPA samt andra relevanta internationella avtal som unionen är bunden av.²²⁷ Upphandlande myndigheter får inte i upphandlingar som omfattas av GPA eller andra relevanta internationella avtal, ge byggtreprenader, varor, tjänster eller ekonomiska aktörer från andra parter, en mindre gynnsam behandling än den som ges till byggtreprenader, varor och ekonomiska aktörer inom unionen. Som nämnts ovan har det nya EU-direktivet genomförts i LOU. En utgångspunkt är därför att en upphandlande myndighet genom att följa den svenska lagen, även följer upphandlingsdirektivet och GPA/frihandelsavtal.

Eftersom de svenska reglerna bygger på och ska tolkas mot bakgrund av EU:s regler, kommer referenser i många fall ske till det nya EU-direktivet.

3.4.1 Ekologiska och miljöanpassade varor

Kommerskollegium ska analysera frihandelsavtalets effekter på möjligheten att använda offentlig upphandling för att främja användningen av ekologiska och miljöanpassade varor.

EU:s nya direktiv syftar bland annat till att öka möjligheterna att kunna ställa krav på miljö- och sociala hänsyn. Detta innebär sannolikt ökade möjligheter att ställa krav på varors och tjänsters produktionsprocesser. Miljöhänsyn kan beaktas på olika sätt i olika faser av upphandlingsprocessen. En upphandlande myndighet kan till exempel ställa krav på miljöprestanda i de tekniska specifikationerna eller använda tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontrakt som

²²⁶ Motsvarande undantag i GPA har heller inte tolkats. I förhållande till GPA kan eventuellt viss ledning hämtas från tolkningar som gjorts avseende den liknande undantagsregeln i artikel XX i WTO:s avtal GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Prövningen görs då i en tvåstegsprocess, där det första steget är att avgöra om någon av undantagsgrunderna är tillämplig. Även den inledande texten till bestämmelsen ska dock vara uppfylld. Åtgärden måste där uppfylla samtliga tre rekvisit, och får därmed inte utgöra i) obefogad diskriminering mellan länder där samma villkor råder, ii) godtycklig diskriminering mellan sådana länder eller iii) förtäckta handelshinder. GPA och möjligheterna att ta miljömässiga och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Kommerskollegium, dnr 2015/00417, s. 18-19.

²²⁷ Art 25 samt skäl 17 i det nya EU-direktivet.

rör en varas hela livscykel från utvinning till återvinning.²²⁸ Sverige har genomfört dessa regler i LOU.²²⁹

CETA reglerar också möjligheterna att beakta miljöhänsyn och efterfråga miljövänliga produkter.²³⁰ En viktig skillnad mellan EU:s upphandlingsregler och CETA är dock att EU:s lagstiftning syftar till att harmonisera medlemsstaternas upphandlingslagstiftning medan CETA är ett mellanstatligt avtal. En följd av detta är att EU-direktiven är mycket mer detaljreglerande, medan CETA ger mer utrymme för tolkning.

Möjligheten att efterfråga ekologiska produkter ryms inom samma ramar som miljöanpassade varor.²³¹ När det gäller ekologisk produktion finns EU-gemensamma regler om ekologisk produktion som reglerar vad som krävs för att en vara ska få säljas som ekologisk.²³² Förordningarna reglerar även ekvivalensbedömning av importerade varor om dessa ska få säljas under förordningens flagg. Detta bidrar enligt kollegiets mening till mer transparens ifråga om vilka produkter som uppfyller kraven och kan främja en likabehandling och icke-diskriminering av utländska varor.

Eftersom CETA uttryckligen reglerar miljöhänsyn i vissa delar av upphandlingsprocessen, görs för detta avsnitt en närmare beskrivning av olika delar av kravställandet.

Tekniska specifikationer

Enligt definitionen av tekniska specifikationer kan det avse bland annat kvalité och prestanda, men också produktionsprocesser. Art 19.9, p. 6 i CETA om tekniska specifikationer tydliggör att parterna får anta och tillämpa tekniska specifikationer för att främja bevarande av naturresurser eller skydda miljön. Förutsättningen är att det inte är diskriminerande eller syftar till att skapa, eller skapar, onödiga hinder för internationell handel.²³³ Vad som enligt CETA utgör ”onödiga hinder för internationell handel” är ännu inte rättsligt prövat. Det har inte heller prövats inom ramen för GPA. Begreppet kan dock jämföras med vad som gäller enligt EU:s upphandlingsregler, som stadgar att tekniska specifikationer måste vara kopplade till det som köps in och får inte

²²⁸ Se t.ex. art 42, 43, 56, 57, 58, 67 och 70, samt skäl 97, 98 i det nya EU-direktivet.

²²⁹ Vad gäller miljöhänsyn, se t.ex. LOU kap. 4 § 3, kap. 9 §§ 1-3, kap. 16, 1-5 §§, kap. 17 § 1 samt bilaga 3.

²³⁰ Art 19.9, p. 6 och p. 9 samt 19.14, p. 5 i CETA.

²³¹ I den mån efterfrågan på ekologiska produkter även berör märkningsfrågor hänvisas till vad som sägs avseende märkning under rubriken Rättvisemärkt.

²³² Rådets förordning (EG) nr 834/2007 av den 28 juni 2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter och om upphävande av förordning (EEG) nr 2092/91. Kommissionens förordning (EG) nr 1235/2008 av den 8 december 2008 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 834/2007 vad gäller ordningen för import av ekologiska produkter från tredjeländer.

²³³ Icke-diskrimineringsprinciperna i art 19.4 i CETA.

innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas upp för konkurrens.²³⁴

Tilldelningskriterier

Enligt CETA art 19.9 p.9 kan utvärderingskriterier handla om bland annat pris, kvalitet, miljöegenskaper och andra kostnadsfaktorer. Detta ligger i linje med EU:s upphandlingsregler som också tillåter annat än pris och ekonomiska faktorer att vägas in vid utvärderingen av anbud. Även om miljöegenskaper tillåts som utvärderingskriterier, framgår inte närmare vilka typer av krav på produktionsprocesser som är tillåtna, till exempel skeden i livscykeln, eller om ”andra kostnadsfaktorer” kan avse miljökostnader.²³⁵ Kollegiet bedömer dock att listan utgör exempel och att parterna kan ställa alla möjliga typer av krav så länge detta inte strider mot avtalets icke-diskrimineringsprinciper eller procedurreglerna i övrigt.²³⁶

Villkor för fullgörande av kontrakt

CETA reglerar inte villkor för fullgörande av kontrakt (tillkommande kontraktsvillkor). Allmänt sett ska dock villkor som används anges i anbudssunderlagen.²³⁷ Att det är oreglerat betyder inte nödvändigtvis att det är otillåtet. Så länge procedurbestämmelserna i övrigt följs och villkoren inte är diskriminerande, bedömer kollegiet att det är tillåtet att ha olika typer av villkor.

Sammanfattningsvis regleras miljöhänsyn uttryckligen i CETA, även om avtalet är mindre detaljerat än EU:s lagstiftning. I likhet med bland annat Konkurrensverket, Naturvårdsverket och Upphandlingsmyndigheten bedömer kollegiet att CETA inte kommer att innebära några begränsningar när det gäller effekterna på möjligheterna att efterfråga miljöanpassade och ekologiska varor jämfört med vad som gäller idag enligt EU:s åtaganden enligt GPA eller det nya EU-direktivet. Förutom att miljöhänsyn regleras uttryckligen i CETA:s upphandlingskapitel, tydliggör det Gemensamma tolkningsinstrument att avtalet inte ska innebära några inskränkningar när det gäller möjligheten att använda miljökriterier i upphandlingar i enlighet med parternas interna lagstiftning. Eftersom det nya EU-direktivet möjliggör miljöhänsyn och

²³⁴ Art 42 i det nya EU-direktivet. Även enligt EU-direktivet får tekniska specifikationer inte vara diskriminerande, se art 18.1

²³⁵ Det är heller inte prövat hur långtgående krav som kan ställas på produktionsprocesser enligt GPA, även om det har berörts i tvisten Canada- Measures Relating to the Feed-in Tariff Program (WT/DS412, WT/DS426).

²³⁶ Vilket ligger i linje med Kommerskollegiums resonemang i förhållande till GPA, se GPA och möjligheterna att ta miljömässiga och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Kommerskollegium, dnr 2015/00417, s. 12-13 samt 16.

²³⁷ Art 19.9, p. 7 i CETA.

efterfrågan på ekologiskt, bedömer kollegiet att CETA inte kommer att begränsa detta.

Kollegiet vill även lyfta fram att den allmänna undantagsregeln i art 19.3 kan ha relevans för miljöhänsyn, i detta hänseende specifikt undantaget för människors, djurs eller växters liv eller hälsa. Undantaget kan få betydelse för vad som anses tillåtet enligt avtalet eller när en part eller dess upphandlande myndigheter genomför åtgärder som riskerar att stå i strid med upphandlingsbestämmelserna.

3.4.2 Djurskydd

Kommerskollegium ska analysera frihandelsavtalets effekter på möjligheten att använda offentlig upphandling för att främja djurskydd.

Djurskyddskrav ställs i offentliga upphandlingar inom EU, även om det nya EU-direktivet inte reglerar djurskydd i någon nämnvärd omfattning. Av EU:s direktiv framgår att djurens välbefinnande ("animal welfare") kan vara en del av villkor för fullgörande av kontrakt.²³⁸ Djurskydd regleras heller inte i LOU.

Inte heller i CETA:s upphandlingskapitel regleras djurskydd explicit.²³⁹ Även om de exakta ramarna för djurskyddskrav enligt CETA inte framgår, bedömer kollegiet att utgångspunkten är att det är tillåtet att ställa djurskyddskrav i olika delar av upphandlingsprocessen, så länge de allmänna procedurreglerna följs, kraven är icke-diskriminerande och dessutom vad gäller tekniska specifikationer, inte innebär onödiga hinder för internationell handel.²⁴⁰ Kollegiet bedömer att detta gäller såväl tekniska specifikationer, tilldelningskriterier som villkor för fullgörande av kontrakt. I likhet med Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten bedömer kollegiet att CETA inte begränsar möjligheterna att främja djurskydd i upphandlingar i förhållande till vad som gäller idag enligt det nya EU-direktivet eller GPA. Kollegiet noterar också att det allmänna undantaget i art. 19.3 i CETA kan ha relevans för djurskyddskrav, specifikt punkten om skydd för djurs liv eller hälsa alternativt allmän moral.²⁴¹

Kollegiet vill även i likhet med Upphandlingsmyndigheten framhålla att CETA kan innebära ökade möjligheter att främja djurskydd

²³⁸ Skäl 98 i det nya EU-direktivet.

²³⁹ Däremot nämns det under den allmänna undantagsbestämmelsen i art 19.3 i CETA.

²⁴⁰ Djurskyddskrav har heller inte prövats rättsligt enligt GPA.

²⁴¹ Det begrepp som används enligt EU-direktivet är "animal welfare" vilket skulle kunna avse ett vidare område än djurs liv och hälsa som finns i CETAs undantag. I CETA:s undantag ingår dock även allmän moral, vilket vid en tolkning av motsvarande undantag enligt bl.a. WTO:s GATT-avtal har åberopats, se bl.a. tvisten EC- Seal Products (DS400, 401).

internationellt. Regleringssamarbetet i CETA syftar bland annat till att utbyta information och samarbeta kring olika frågor, varav djurskydd är ett område.²⁴²

I sammanhanget kan också nämnas att vissa djurskyddskrav för kött är nödvändiga att uppfylla för att få tillgång till EU:s marknad. Detta gäller till exempel djurskyddskraven i EU:s förordning om slakt.²⁴³

3.4.3 Rättvisemärkta varor

Kommerskollegium ska analysera frihandelsavtalets effekter på möjligheten att använda offentlig upphandling för att främja användningen av rättvisemärkta varor.

Eftersom det inte finns någon legaldefinition av ”rättvisemärkta varor” inom EU eller i CETA, utgår kollegiet här från kriterier som används av den internationella organisationen *Fairtrade International*. Detta innebär bland annat att man köper från småskaliga producenter som fördelar vinster demokratiskt, att varorna ska ha producerats under rimliga arbetsvillkor och att anställda ska få rimligt betalt. En viss del av betalningen till producenterna ska även gå till framtida investeringar.²⁴⁴

Rättvisemärkt är en form av social märkning som innefattar etiska aspekter. Frågan gäller därför dels hur märkta produkter, dels social hänsyn hanteras i EU-rätten respektive CETA.

Det nya EU-direktivet har som uttalad ambition att främja sociala hänsyn i offentlig upphandling. Möjligheten till sociala hänsyn framgår även av LOU.²⁴⁵ Enligt det nya EU-direktivet och LOU, har upphandlande myndigheter möjlighet att kräva en viss märkning som bevis för att varan eller tjänsten motsvarar de egenskaper som krävs i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontrakt. En rad förutsättningar måste dock vara uppfyllda, bland annat ska märkeskraven vara kopplade till kontraktsföremålet och vara grundade på objektiva kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier. Märkningen ska ha antagits genom ett öppet och transparent förfarande och vara tillgänglig för alla berörda parter. Likvärdiga märken ska godtas. Om en leverantör kan bevisa att den inte kunnat få tillgång till märkningen eller andra likvärdiga märkningar, ska i vissa fall andra lämpliga bevismedel kunna godtas.²⁴⁶ Av det nya EU-direktivet framgår

²⁴² Art 21.4 i CETA.

²⁴³ Rådets förordning (EG) nr 1099/2009 av den 24 september 2009 om skydd av djur vid tidpunkten för avlivning, art 12 och 4 om bedövning.

²⁴⁴ www.fairtrade.net

²⁴⁵ Se t.ex. LOU kap. 4 kap. § 3, kap. 9 §§ 1-3, kap. 16 §§ 1-2, kap. 17 § 1 samt bil. 3.

²⁴⁶ Det nya EU-direktivet, art 43. Jfr 9 kap. 12-15 §§ LOU.

att rättvisemärkt kan vara ett tilldelningskriterium eller villkor för fullgörande av kontrakt.²⁴⁷

Av CETA framgår inte uttryckligen vilka möjligheter som finns att kräva märkta produkter. Eftersom det inte är reglerat i CETA, är den generella ramen att tekniska specifikationer inte får vara diskriminerande eller utgöra onödiga hinder för internationell handel, samt att likvärdiga varor eller tjänster kan godtas.²⁴⁸ En teknisk specifikation är enligt definitionen i CETA ett krav som anger egenskaperna hos en vara eller tjänst, till exempel kvalitet, prestanda, produktionsprocesser, men även krav som handlar om symboler, förpacknings- och märkningskrav.²⁴⁹ Enligt CETA framgår det inte hur produktrelaterade kraven behöver vara (vilken koppling som måste finnas) mellan kraven och det som köps in för att kunna utgöra tekniska specifikationer.²⁵⁰ Som en jämförelse kan nämnas att rättvisemärkt enligt rättspraxis från EU-domstolen inte ska betraktas som tekniska specifikationer utan som villkor för fullgörande av kontrakt, eftersom märkningen inte angav produktens egenskaper, dess tillverkning eller användning.²⁵¹ Kollegiet vill lyfta fram att en upphandlande myndighet i första hand bör utgå från internationella märkningar för att underlätta internationell handel och inte riskera att bli diskriminerande. Likvärdiga märken ska också godtas. När det gäller tilldelningskriterier bedömer kollegiet att uppräknningen i CETA inte är uttömmande utan exemplifierande.²⁵² Det finns därmed inga uttryckliga begränsningar för att kunna premiera märkta produkter enligt avtalets regler om tilldelning och utvärdering, under förutsättning att dessa inte är diskriminerande och uppfyller procedurreglerna i övrigt.²⁵³ Samma sak gäller villkor för fullgörande av kontrakt, vilket inte regleras i CETA mer än att de ska anges i anbudsunderlagen.²⁵⁴

Rättvisemärkt är en form av social hänsyn, vilket inte regleras i CETA:s upphandlingskapitel.²⁵⁵ Även om det inte uttryckligen regleras, bedömer kollegiet att det är möjligt att ställa vissa typer av sociala upphandlingskrav inom ramen för CETA.²⁵⁶ De allmänna ramarna för sociala hänsyn, det vill säga exakt vilka krav som är tillåtna, är dock inte helt klara enligt varken CETA eller GPA. Däremot framgår av det

²⁴⁷ Se skäl 97, där EU-domstolens praxis i målet C-368/10, Max Havelaar, förtydligas.

²⁴⁸ Art 19.9, p. 1 och p. 3 i CETA.

²⁴⁹ Art 19.1 i CETA.

²⁵⁰ Jfr krav på koppling till kontraktsföremålet enligt EU:s upphandlingsregler.

²⁵¹ EU-domstolens mål C-368/10, Max Havelaar.

²⁵² Art 19.9, p. 9 och 19.14, p. 5 i CETA.

²⁵³ Art 19.9, p. 7 och p. 9. samt 19.14, p. 5 i CETA.

²⁵⁴ Art 19.9, p. 7 i CETA.

²⁵⁵ Det regleras heller inte uttryckligen i GPA.

²⁵⁶ Denna bedömning gäller även GPA, se GPA och möjligheterna att ta miljömässiga och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Kommerskollegium, dnr 2015/00417.

Gemensamma tolkningsinstrumentet att CETA ska upprätthålla möjligheterna för upphandlande enheter inom EU och Kanada att i enlighet med deras respektive lagstiftning tillämpa sociala kriterier i upphandlingar. Förutsättningen är att detta inte är diskriminerande eller utgör ett onödigt hinder för internationell handel.²⁵⁷ Eftersom upphandlande enheter enligt det nya EU-direktivet kan ställa krav på rättvisemärkt, talar detta för att det ska vara möjligt även under CETA.

Sammanfattningsvis bedömer kollegiet att CETA inte begränsar möjligheterna att efterfråga rättvisemärkt i upphandlingar jämfört med vad som gäller idag enligt det nya EU-direktivet eller GPA. Detta ligger i linje med Konkurrensverkets och Upphandlingsmyndighetens bedömningar, vilka är de myndigheter som har uttalat sig om rättvisemärkt inom ramen för uppdraget.

3.5 Kollegiets sammanfattande bedömning

Kollegiet gör bedömningen att CETA ger möjlighet att använda offentlig upphandling för att främja användningen av miljöanpassade varor och efterfråga ekologiska produkter, förutsatt att kraven inte är diskriminerande eller skapar onödiga hinder för internationell handel. Kollegiets bedömning är att CETA inte kommer att innebära några begränsningar jämfört med vad som gäller idag enligt det nya EU-direktivet eller GPA. Förutom att miljöhänsyn regleras uttryckligen i CETA:s upphandlingskapitel, tydliggör parternas gemensamma tolkningsinstrument att avtalet inte ska innebära några inskränkningar när det gäller möjligheten att använda miljökriterier i upphandlingar i enlighet med parternas respektive lagstiftning. Eftersom det nya EU-direktivet möjliggör miljöhänsyn och efterfrågan på ekologiskt, bedömer kollegiet att CETA inte kommer att begränsa detta.

I CETA:s upphandlingskapitel regleras inte möjligheterna att efterfråga djurskydd explicit. Det nämns dock i den allmänna undantagsbestämmelsen i art 19.3. Även om de exakta ramarna för djurskyddskrav enligt CETA inte framgår, bedömer kollegiet att utgångspunkten är att det är tillåtet att ställa djurskyddskrav i olika delar av upphandlingsprocessen, så länge de allmänna procedurreglerna följs, kraven är icke-diskriminerande och dessutom vad gäller tekniska specifikationer, inte innebär onödiga hinder för internationell handel. I likhet med Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten bedömer

²⁵⁷ Gemensamt tolkningsinstrument om det övergripande avtalet om ekonomi och handel (Ceta) mellan Kanada och Europeiska unionen och dess medlemsstater, p. 12. Enligt CETA art 30.1 är detta en del av avtalet. Se även uttalande från kommissionen om offentlig upphandling, p. 27 i uttalanden till Rådets protokoll, EUT 14.1.2017, L11/9.

kollegiet att CETA inte begränsar möjligheterna att främja djurskydd i upphandlingar i förhållande till vad som gäller idag enligt EU:s upphandlingsregler eller GPA. Kollegiet noterar också att djurskydd är en del av regulativt samarbete i CETA.

Kollegiet bedömer, i likhet med Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, att CETA inte begränsar möjligheterna att efterfråga rättvisemärkt i upphandlingar jämfört med vad som gäller idag enligt det nya EU-direktivet eller GPA. Kollegiet anser att det är möjligt att ställa vissa typer av sociala upphandlingskrav inom ramen för CETA. Parternas gemensamma tolkningsinstrument stadgar uttryckligen att CETA upprätthåller möjligheten att i enlighet med respektive lagstiftning tillämpa bland annat sociala kriterier i upphandlingar, så länge dessa inte är diskriminerande eller utgör onödiga hinder för internationellt handel.

Kollegiet noterar att motsvarande tydlighet när det gäller möjligheten att ta sociala hänsyn som finns i och med tolkningsinstrumentet till CETA, inte finns enligt GPA. Eftersom det nya EU-direktivet ger upphandlande enheter rätt att ställa krav på rättvisemärkt, är det sannolikt att det är möjligt även under CETA.

4 Effekter på svenskt lantbruk av förbättrat marknadstillträde för kanadensiskt kött

4.1 Kollegiets tidigare analys om EU:s tullkvoter för nötkött

I kollegiets tidigare yttrande analyserade vi, i samråd med Jordbruksverket, eventuella konsekvenser för miljön till följd av ökad importkonkurrens för nötkött. I analysen redovisades att Jordbruksverket gjorde bedömningen att EU:s nya tullfria tullkvoter för nötkött i CETA sannolikt inte skulle få någon direkt betydelse för svensk nötköttsproduktion. Därmed skulle tullkvoterna troligen inte heller få någon påverkan på hävdandet av naturbetesmarker i Sverige.

4.2 Metod och tolkning av frågan i Uppdraget

Kollegiet ska analysera avtalets potentiella effekter på svenskt lantbruk och svensk livsmedelsproduktion till följd av slopade tullar för kanadensiskt kött.

Kommerskollegium har bett Jordbruksverket att inkomma med ett yttrande om de potentiella effekterna för svenskt lantbruk och svensk livsmedelsproduktion av att CETA medför ett förbättrat tillträde för

kanadensiskt kött till EU:s marknad.²⁵⁸ Mot bakgrund av arten på frågan ställd i uppdraget, och med anledning av att Jordbruksverket är Sveriges expertmyndighet på det jordbrukspolitiska området, baseras kollegiets svar på frågan främst på Jordbruksverkets inkomna analys.

De effekter som diskuteras är effekter på produktionen. Utöver förändringarna i marknadstillträdet för kött till EU-marknaden, berörs skillnader i regelverk eftersom detta kan ha betydelse för möjligheterna att utnyttja det förbättrade marknadstillträdet. Både Jordbruksverket och kollegiet har gjort tolkningen att frågan i Uppdraget avser de ekonomiska effekterna för den svenska näringen. I den tidigare analysen var eventuella miljöeffekter miljö i fokus.

Jordbruksverket täcker i sin analys de fyra köttslagen nötkött, griskött, får- och getkött samt fjäderfäkött. Nedan redovisas en sammanfattning av Jordbruksverkets analys, med fokus på nötkött och griskött eftersom det främst är för dessa köttslag som Kanada har förutsättningar att öka exporten till EU. Texten innehåller inte verkets fotnoter med hänvisningar till källor. Jordbruksverkets yttrande i sin helhet finns i bilaga 3.

4.3 Remissinstansens synpunkter med kollegiets kommentarer

4.3.1 Griskött

CETA innebär inte att EU avvecklar alla tullar för griskött från Kanada. Marknadstillträdet förbättrats för många tullpositioner enbart genom tullkvoter. När CETA träder ikraft kommer en tullfri tullkvot att öppnas för färskt, kylt eller fryst griskött från Kanada. Storleken på tullkvoten är initialt 12 500 ton uttryckt i slaktviktsekvivalenter, och den utvidgas successivt till 75 000 ton efter fem år. Därutöver blir en befintlig WTO-tullkvot på drygt 5 500 ton, uttryckt i slaktviktsekvivalenter, tullfri (nu är tullen inom kvot mellan 233 och 434 euro/ton).²⁵⁹ Marknadstillträdet till EU förbättras även för slaktkroppar, torkat och rökt griskött samt för beredda produkter, genom att dessa produkter kommer att kunna importeras tullfritt från Kanada.

²⁵⁸ Frågan i uppdraget talar om ”slopade tullar”. För många tullpositioner för kött avvecklas dock inte tullarna i EU genom CETA. Istället förbättras marknadstillträdet genom tullfria tullkvoter, dvs. genom tullfrihet för en begränsad kvantitet import. Färsk, kylt eller fryst kyckling- och kalkonkött är undantaget från liberalisering.

²⁵⁹ *Kommerskollegiums kommentar*: Utan förmåner är genomsnittstullen vid import av griskött till EU uttryckt som en värdetullsekvivalent ungefär 30 procent enligt uppgifter från WITS.

Kanada är en konkurrenskraftig producent av griskött med en produktionsvolym som motsvarar knappt tio procent av EU:s produktion. Sektorn är exportinriktad och ungefär 60 procent av Kanadas grisköttsproduktion exporteras, främst till USA, Japan och Kina.

Jordbruksverket pekar på skillnader i regelverken för grisproduktion i Kanada respektive Sverige eller EU. Kanada har inte lika långtgående djurskyddslagstiftning som Sverige, till exempel tillåter Kanada fixering av suggor i samband med grisning, vilket är förbjudet i Sverige. Tillväxthormoner får inte användas vid uppfödning av grisar i Kanada. Däremot får den tillväxtbefrämjande substansen ractopamine användas i Kanada, medan den är förbjuden i EU. Kött från grisar som behandlats med ractopamine får dock inte importeras till EU. Detta förbud påverkas inte av att CETA träder i kraft.

Kollegiets kommentar

CETA innebär att EU-marknaden blir mer öppen för import av griskött. Det medför dock inte att de hälsoskyddskrav som gäller vid import av kött till EU ändras eller sänks. Avtalet inskränker inte heller EU:s eller Kanadas rätt att bestämma vilken hälsoskyddsnivå de vill ha inom sitt territorium.

Jordbruksverket belyser att ett annat område där reglerna skiljer sig är antibiotika. I Kanada får antibiotika användas för att öka tillväxten hos grisar och för att förebygga sjukdomar. Ungefär 90 procent av Kanadas grisuppfödare använder antibiotika för att förebygga sjukdomar eller öka tillväxten. Antibiotikaanvändningen i kanadensisk animalieproduktion är betydligt mer omfattande än i Sverige, men enligt Jordbruksverket pågår det en diskussion inom Kanada om att begränsa användningen. I Sverige får antibiotika endast användas i medicinskt syfte. I EU är det förbjudet att använda antibiotika som tillväxtbefrämjare i djurproduktion. Antibiotikaanvändningen varierar dock i hög grad mellan olika EU-länder.

Kollegiets kommentar

Sverige arbetar aktivt för att samarbeten om antibiotikaresistens och minskad användning antibiotika i djurhållning ska etableras bl.a. inom ramen för frihandelsavtal. CETA innehåller inte något explicit åtagande om att samarbeta om minskad antibiotikaanvändning i djurhållningen. EU har dock under hösten 2016 tagit upp frågan om samarbete kring antibiotikaresistens i den förvaltningskommitté som finns för det veterinära ekvivalensavtalet mellan EU och Kanada. Parterna kom då överens om att undersöka vidare vilka gemensamma aktiviteter som kan bli aktuella.

Jordbruksverket konstaterar att svenska konsumenters ökade medvetenhet i frågor om djurvälstånd och djurhälsa, har lett till minskad efterfrågan på griskött från länder med lägre krav än i Sverige. Detta trots att köttet är billigare. Producentpriset på griskött är i nuläget ungefär 20 procent högre i Sverige än i EU. Drygt två tredjedelar av konsumtionen av griskött i Sverige kommer från inhemsk produktion.

Det totala nyinstittade tullkvotsutrymmet för kanadensiskt griskött till EU, motsvarar cirka 0,3 procent av EU:s produktion och 0,4 procent av EU:s konsumtion av griskött 2016. Jordbruksverket bedömer att det ökade marknadstillträdet för griskött från Kanada inte får någon större betydelse för den svenska grisköttsmarknaden.

4.3.2 Nötkött

Kanadas marknadstillträde till EU förbättras i första hand genom tullkvoter. För färskt och kylt nötkött ska EU öppna en tullfri tullkvot på drygt 9 000 ton när CETA träder i kraft. Denna kvot ska utvidgas successivt till en slutlig volym på 35 000 ton uttryckt i slaktviktsekvivalenter.²⁶⁰ EU ska också öppna tullkvoter för fryst nötkött (15 000 ton slutlig volym) samt för bisonkött. Därutöver kommer import från Kanada inom WTO-tullkvoten för högkvalitativt nötkött att bli tullfri. Idag gäller en tull på 20 procent inom denna kvot. Beredda nötköttssprodukter från Kanada blir tullfria när CETA träder i kraft.

Kanada är en konkurrenskraftig producent av nötkött och en betydande exportör. Under 2016 var Kanada den sjätte största exportören av nötkött i världen. Ungefär 45 procent av den kanadensiska nötköttssproduktionen exporteras. Den i särklass viktigaste exportmarknaden är USA. Jordbruksverket konstaterar att den kanadensiska exporten till EU i nuläget är mycket blygsam och under 2016 uppgick den till endast några hundra ton.

Jordbruksverket konstaterar att Kanada har kapacitet att fylla tullkvoterna men påpekar att en förutsättning för att göra detta är att det finns tillräckligt många godkända anläggningar för export till EU. I dagsläget är fyra anläggningar för nötkött godkända i Kanada. Vidare krävs omställning av produktion eftersom nötköttssproduktion för EU-marknaden måste ske till andra villkor än de som är allmänt rådande i Kanada. Det innebär att tillväxthormoner och även vissa andra tillväxtbefrämjande substanser inte får användas. Slaktkropparna får

²⁶⁰ *Kommerskollegiums kommentar*: Utan förmåner är genomsnittstullen vid import av nötkött till EU uttryckt som en värdetullsekvivalent ungefär 80 procent, se Jordbruksverket, *På tal om jordbruk och fiske: Högt tullskydd för nötkött styr handeln*, 2016-10-17.

heller inte ha behandlats med vissa antimikrobiella medel som inte är godkända inom EU men vanligt förekommande i Kanada.

Kollegiets kommentar

Kollegiet vill här lägga till att Kanada har ett särskilt certifieringsprogram för nötkött som ska exporteras till EU. I en bilaga till programmet listas de tillväxtbefrämjande substanser som inte får användas, bland annat ett antal tillväxthormoner och betaagonister.²⁶¹ CETA påverkar, som har framgått tidigare, inte EU:s förbud mot import av nötkött från hormonbehandlade djur.²⁶²

Däremot finns inget förbud i EU mot import av kött från djur som behandlats med antibiotika i tillväxtsyfte eller i förebyggande syfte, vilket är tillåtet i Kanada, förutsatt att inte köttet innehåller rests substanser av antibiotika som överskrider EU:s gränsvärden. **Jordbruksverket** uppger att antibiotikaanvändningen i kanadensisk animalieproduktion är betydligt mer omfattande än i Sverige, men det pågår en diskussion i Kanada om att begränsa användningen.²⁶³

Jordbruksverket anger vidare att priserna på nötkött i Sverige är bland de högsta i hela EU, vilket hänger samman med att svenska konsumenter värderar svenskt nötkött högre än importerat kött.²⁶⁴ För närvarande ligger det svenska producentpriset drygt 20 procent över genomsnittligt pris i EU. Trots prisskillnaderna har importen av nötkött till Sverige inte ökat nämnvärt. **Jordbruksverket** konstaterar att de höga priserna av olika skäl inte heller har lett till ökad svensk produktion. Prognoserna för produktionsutvecklingen pekar dock på att nötköttsproduktionen i Sverige kommer att öka något i omfattning framöver.

Det totala nyinstittade tullkvotsutrymmet för nötkött till EU i CETA motsvarar endast cirka 0,6 procent av EU:s produktion och konsumtion av nötkött 2016. Enligt **Jordbruksverkets** bedömning kommer inte tullkvoterna för nötkött att få någon avgörande betydelse för utvecklingen på den svenska nötköttsmarknaden. Det kommer fortfarande att finnas utrymme för en svensk produktionsökning. **Jordbruksverket** konstaterar också att eventuell import från Kanada sannolikt främst skulle konkurrera med importerat nötkött, till exempel från Irland.

²⁶¹ Exempel på betaagonister som inte får användas är clenbuterol, ractopamine och zilpaterol.

²⁶² Jämför kollegiets tidigare utredning, dnr 2016/01059-2.

²⁶³ Jordbruksverkets yttrande, sid. 4.

²⁶⁴ Jordbruksverkets yttrande, sid. 4.

4.4 Kollegiets sammanfattande bedömning

Kollegiet kan konstatera att Jordbruksverkets bedömning är att varken svensk köttproduktion eller svenskt lantbruk kommer att påverkas i någon betydande omfattning av de marknadsöppningar för kanadensiskt kött som CETA innebär. På den svenska marknaden finns betydande preferenser för svenskt kött. Därför menar verket att en eventuell ökning av köttimporten från Kanada sannolikt främst kommer att konkurrera med import från andra länder.

Av Jordbruksverkets yttrande framgår att produktionsmetoderna på köttområdet skiljer sig mellan Kanada respektive EU och Sverige, bland annat när det gäller användning av antibiotika i tillväxtfrämjande syfte i nötköttsproduktionen. Jordbruksverket pekar också på skillnader när det gäller djurskydds krav i grisköttsproduktionen. Kollegiet vill tillägga att marknadens aktörer kan ställa krav på kött som går utöver lagstiftningen i det producerande landet när det gäller såväl djurvelfärd som antibiotikaanvändning.

Kollegiet anser att det är viktigt att analysera och diskutera hur Sverige kan använda CETA som ett av flera fora för att främja en mer hållbar jordbruksproduktion i Kanada respektive EU. Det gäller exempelvis samarbetet om djurvelfärdsfrågor mellan EU och Kanada som finns med i CETA:s kapitel om regulativt samarbete. Kollegiet vill framhålla att en god dialog med de organisationer som arbetar med dessa frågor är viktig för att fånga upp idéer och erfarenheter på djurvelfärdsområdet samt för att främja ett effektivt samarbete.

5 Tjänstehandel

5.1 Kollegiets tidigare analys om tjänstehandel

I kollegiets tidigare utredning gick vi igenom centrala aspekter av CETA för att analysera eventuella effekter på miljön, människors och djurs hälsa samt demokratiskt beslutsfattande. Kollegiet gjorde bedömningen att för de sektorer där Sverige har gjort nya åtaganden, nämligen inom området privata utbildnings- och hälsovårdstjänster utanför de offentliga systemen, kan CETA på längre sikt leda till ökat inflöde av kanadensiska leverantörer av dessa tjänster.

5.2 Metod och tolkning av frågorna i Uppdraget

- *Hur påverkar de så kallade ratchet-klausulerna och standstill-bestämmelserna, i kombination och var för sig, Sveriges möjligheter och förmåga att återreglera privatiserade marknader och bevara eller*

återinföra monopol eller andra allmännyttiga företag, framför allt i känsliga sektorer, kommunikations-, transport- och posttjänster, handel med läkemedel och alkoholförsäljning?

- *Vilka sektorer undantas från tjänsteliberalisering i enlighet med undantaget om tjänster som tillhandahålls i samband med utövandet av statliga befogenheter (det s.k. ”public sector carve-out”)?*

Svaret på den första frågan återfinns i avsnitt 5.4. Svaret på den andra frågan återfinns i avsnitt 5.5.

Kollegiet ska analysera hur standstill- och ratchet klausulerna förhåller sig till olika tjänstesektorer som kan anses vara *känsliga sektorer*.

Kollegiet har valt att bland annat titta på hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster, vattendistribution, hantering av avfallsvatten, avfallshantering, telekommunikation, transporttjänster och posttjänster, handel med läkemedel och alkoholförsäljning.

I enlighet med Uppdraget fokuserar analysen på frågan om monopol och andra exklusiva rättigheter. Huruvida ett företag är ett allmännyttigt företag diskuteras inte i analysen eftersom det inte är relevant för åtagandena för tjänstehandeln i CETA. Istället förs en diskussion om allmännyttiga tjänster i samband med monopol och exklusiva rättigheter.

Några av remissinstanserna²⁶⁵ har haft frågor kring tjänstehandel som kollegiet har besvarat direkt i kontakt med respektive myndighet. Ingen av remissinstanserna har lämnat skriftliga kommentarer eller synpunkter om tjänstehandel. Kollegiet har rådfrågat en tjänsteman på kommissionen i samband med frågan om standstill- och ratchet-klausulerna.

5.3 Tjänstehandel i internationella regelverk och frihandelsavtal

Tjänstehandel i CETA, i likhet med andra frihandelsavtal och WTO:s allmänna tjänstehandelsavtal (GATS), delas in efter det sätt varpå de tillhandahålls. Det finns fyra s.k. leveranssätt; leveranssätt 1 och 2 är gränsöverskridande tjänstehandel, leveranssätt 3 är lokal etablering (när ett företag etablerar sig i ett annat land i syfte att leverera en tjänst) och leveranssätt 4 är tillfällig personrörlighet (när en person tillfälligt besöker ett annat land för att där leverera en tjänst).

²⁶⁵ Konkurrensverket, Läkemedelsverket, Naturvårdsverket och Socialstyrelsen.

För de olika delarna finns dels en grundtext med allmänna regler²⁶⁶ och dels s.k. bindningslistor där parterna gör eller begränsar åtaganden om öppenhet (se förklaring nedan).

I enlighet med frågorna i Uppdraget har kollegiet fokuserat analysen på enbart tjänstehandel som sker via gränsöverskridande handel eller via etablering. Tillfällig personrörlighet berörs således inte i analysen nedan.

5.4 Standstill- och ratchet-klausulerna

I det här avsnittet analyseras hur de så kallade standstill- och ratchet-klausulerna, i kombination och var för sig, påverkar Sveriges möjligheter och förmåga att återreglera privatiserade marknader och bevara eller återinföra monopol eller andra allmännyttiga företag, framför allt i känsliga sektorer, kommunikations-, transport- och posttjänster, handel med läkemedel och alkoholförsäljning.

Analysen har strukturerats enligt följande: avsnitt 5.4.1 förklarar begreppet ”öppenhet” inom tjänstehandelsområdet och strukturen i CETA för hur parterna gör åtagande och förbehåll för öppenhet. Detta är fundamentalt för att förstå hur standstill- och ratchet-klausulerna i CETA förhåller sig till Sveriges åtaganden och förbehåll. Avsnitt 5.4.2 förklarar klausulernas betydelse. I avsnitt 5.4.3 finns en tabell som visar huruvida klausulerna är relevanta för olika tjänstesektorer i Sverige. Avsnitt 5.4.4 redogör för EU:s undantag för samhällsnyttiga tjänster och varför klausulerna inte har någon betydelse för Sveriges möjlighet att återreglera marknader för flertalet av de känsliga sektorerna. Avsnitt 5.4.5 tar upp några exempel där standstill- och ratchet-klausulerna kan ha betydelse för Sveriges möjlighet att återreglera marknader. Avsnitt 5.4.6 diskuterar möjligheter och konsekvenser för Sverige att dra tillbaka ett åtagande om öppenhet. Avsnitt 5.4.7 avslutar med en sammanfattande bedömning.

5.4.1 Begreppet ”öppenhet” inom tjänstehandel

I CETA görs ett generellt *åtagande om öppenhet* för gränsöverskridande tjänstehandel och tjänstehandel via etablering²⁶⁷. Det betyder att parterna förbinder sig till att:

- 1) inte ha *kvantitativa begränsningar* för marknadstillträde – ena partens exportörer ska ha tillgång till den andra partens marknad²⁶⁸

²⁶⁶ För vissa sektorer finns även sektorspecifika regler.

²⁶⁷ Observera att analysen, som ovan sagt, inte berör tillfällig personrörlighet.

²⁶⁸ Till exempel begränsningar gällande antal utländska företag, storleken på utländskt kapital eller antal anställda från ett annat land. Det kan också gälla krav på viss bolagsform.

- 2) inte ha *nationellt diskriminerande* åtgärder – utländska tjänsteleverantörer ska inte behandlas mindre fördelaktigt än inhemska tjänsteleverantörer.

Det finns möjlighet för parterna att på olika sätt begränsa åtagandet om öppenhet. För Sveriges del handlar det alltså om ha åtgärder som begränsar tillträdet till den svenska marknaden för kanadensiska företag och/eller ha åtgärder som behandlar kanadensiska företag mindre fördelaktigt än svenska företag.

Parternas *begränsningar av öppenhet* listas i så kallade *bindningslistor*. På svenska kallas dessa begränsningar för *förbehåll* ("reservations"). Förbehållen kan gälla för en viss tjänstesektor²⁶⁹, en undersektor eller vara horisontellt omfattande, det vill säga gälla för alla sektorer. Det finns två bindningslistor i CETA, bilaga I och bilaga II.

I *bilaga I* har parterna listat förbehåll för befintliga begränsningar av öppenheten. Det är alltså åtgärder – lagar och regler – som på något sätt innebär en begränsning av öppenheten för det andra landet. Förbehållet informerar om den åtgärd som är begränsande. Sektorn eller undersektorn är öppen förutom just i det avseende som förbehållet anger.

I *bilaga II* har parterna gjort förbehåll som innebär att sektorer eller undersektorer inte omfattas av principen om öppenhet. I många fall har parterna ingen befintlig begränsning men man vill i framtiden ha möjligheten att införa sådana, för att bevara policyutrymmet.

När man talar om att bindningslistorna i CETA är skrivna med *negativ listningsteknik* innebär det att man, som ovan sagt, utgår från ett grundläggande åtagande om öppenhet. Har parterna *inte specificerat något förbehåll* i bilaga I eller II innebär det således att parterna indirekt gjort ett *fullt åtagande om öppenhet*. Det finns dock ett undantag från denna regel. Undantaget gäller befintliga åtgärder på lokal nivå, vilket för Sveriges del är kommun eller landsting. Parterna kan, men behöver inte, specificera sina befintliga begränsningar på lokal nivå i bilaga I.

Notera att ett fullt åtagande om öppenhet enbart innebär att Sverige inte kan diskriminera eller ha kvantitativa marknadstillträdes hinder mot kanadensiska tjänsteleverantörer. Utöver detta har Sverige full regleringsrätt. Ett åtagande om öppenhet hindrar därför inte Sverige från att införa nya regler som till exempel miljö, konsumentskydd eller

²⁶⁹ Bindningslistorna i CETA berör fler områden än tjänstehandel (bland annat jordbruk och fiske) men, i enlighet med frågorna i uppdraget, är fokus i denna analys tjänstesektorerna.

kvalitetskrav. Det är också möjligt att införa diskriminerande subventioner eftersom subventioner är utanför denna del av avtalet.

5.4.2 Definition och betydelse av standstill- och ratchet-klausulerna

Standstill-klausul

En standstill-klausul i ett frihandelsavtal innebär generellt att parterna binder sig till de faktiska nivåerna av öppenhet som gäller vid tiden då avtalet träder ikraft. Landet får ha kvar alla befintliga lagar och regler som begränsar öppenhet men får inte införa nya sådana. Om landet efter att avtalet ingåtts bestämmer sig för att ändra en lag och till exempel öppna marknaden för utländska leverantörer är detta möjligt. Det är också möjligt att i ett senare skede återinföra en mer restriktiv lagstiftning så länge nivån av öppenhet inte faller under den nivå som parten förbundit sig till när avtalet trädde ikraft.

I CETA återfinns standstill-klausulen i artikel 9.7.b för gränsöverskridande tjänstehandel och i artikel 8.15.b för tjänstehandel via etablering.

Standstill-klausulen gäller enbart förbehåll i bilaga I (befintliga begränsningar) och inte förbehåll i bilaga II (policyutrymme). Förbehållen kan vara på EU-gemensam, nationell eller lokal nivå.

Standstill-klausulen gäller också för förbehåll på lokal nivå som inte är listade i bilaga I eller II. Som redogjorts för ovan behöver parterna inte lista begränsningar på denna nivå. Standstill-klausulen är dock skriven så att den omfattar även den lokala nivån.

För de förbehåll som är listade i bilaga I kan standstill-klausulen till stor del ses som ett förtydligande av den allmänna principen med negativ listning; de befintliga begränsningarna av öppenheten som finns när avtalet träder i kraft får vara kvar, men enbart dessa. Eftersom alla befintliga begränsningar (undantaget lokal nivå) ska listas i bilaga I ger standstill-klausulen i detta fall ingen mer information.

Mer relevant är däremot klausulen i förhållande till begränsningar som finns på den lokala nivån som parterna inte har skrivit in i bilaga I. Standstill-klausulen innebär att den befintliga nivån av öppenhet för Sveriges kommuner och landsting blir en bunden miniminivå av öppenhet; finns det lagar och regler som begränsar öppenhet är det möjligt att ha kvar dem, liksom att minska eller ta bort dem, men det är inte möjligt enligt de åtaganden som gjorts att införa nya begränsningar.

Som nämnts ovan gäller inte standstill-klausulen för förbehållen i bilaga II. Det innebär att i det fall ett land har gjort ett allmänt förbehåll för en tjänstesektor är denna sektor helt utanför principen om öppenhet. Det i sin tur betyder att landet kan införa de begränsningar av öppenhet som det vill. Som ett exempel har Sverige via EU gjort ett sådant förbehåll för distribution av vatten.²⁷⁰

Principen om standstill finns i alla frihandelsavtal, liksom i GATS, även om den inte är explicit formulerad såsom i CETA. Att GATS är skriven med positiv listningsstruktur²⁷¹ ändrar inte principen: det är alltid möjligt att liberalisera mer, till exempel genom att öppna en marknad, men inte möjligt att begränsa den liberalisering (öppning) som man har bundit sig till.

Ratchet-klausul

En ratchet-klausul i ett frihandelsavtal innebär att om ett land i framtiden gör en lag eller regeländring som innebär att marknaden i en sektor öppnas (ytterligare) så binds denna nya öppenhetsnivå automatiskt. I ett avtal utan ratchet-klausul krävs nya förhandlingar mellan avtalets parter för att binda ny liberalisering. Syftet med ratchet-klausulen är att avtalet ska hållas uppdaterat.

I CETA återfinns ratchet-klausulen i artikel 8.15.c för tjänstehandel via etablering och artikel 9.7.c för gränsöverskridande tjänstehandel. Ett exempel på hur ratchet-klausulen fungerar i CETA är följande:

Sverige har gjort ett horisontellt förbehåll för etablering som bland annat innebär att minst 50 procent av styrelseledamöterna i företag måste vara bosatta inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet. Skulle Sverige vilja mildra kravet till exempelvis 25 procent är detta möjligt men, på grund av ratchet-klausulen, kan Sverige därefter inte enligt åtaganden återinföra ett strängare krav. Se tabell 1 nedan för en jämförelse mellan ett avtal med och ett avtal utan en ratchet-klausul.

²⁷⁰ ”EU förbehåller sig rätten att införa eller upprätthålla varje åtgärd med avseende på tjänster i samband med insamling, rening och distribution av vatten till hushåll, industri samt kommersiella och andra användare, inbegripet tillhandahållande av dricksvatten samt vattenförvaltning.”

²⁷¹ Parterna utgår från ett antagande om att *inget* åtagande om öppenhet har gjorts så till vida inte ett åtagande om öppenhet explicit har skrivits in i bindningslistan.

Tabell 1. Exempel på avtal med och utan ratchet-klausul

Bilaga I Sveriges förbehåll	Utan ratchet	Med ratchet
Sektor: Alla sektorer Typ av förbehåll: Nationell behandling Beskrivning: Lokal etablering I Sverige måste minst 50 % av styrelseledamöterna vara bosatta inom EES.	Sverige kan mildra kravet så att t.ex. enbart 25 % av styrelseledamöterna behöver vara bosatta i EES. Skulle Sverige sedan vilja återinföra kravet på 50 % är detta möjligt. Sverige kan inte kräva mer än 50 %.	Sverige kan mildra kravet så att t.ex. enbart 25 % av styrelseledamöterna behöver vara bosatta i EES. Detta blir då den nya bundna mininivån av öppenhet. Sverige kan inte i ett senare skede återinföra kravet på 50 %.

Liksom standstill-klausulen gäller ratchet-klausulen enbart förbehåll som är listade i bilaga I (befintliga begränsningar) och inte förbehåll listade i bilaga II (policyutrymme).

Liksom standstill-klausulen gäller ratchet-klausulen även befintliga begränsningar, som inte är listade i bilaga I eller bilaga II, på lokal nivå. Det betyder att om Sverige exempelvis ändrar en lag eller reglering som gäller en verksamheten på kommunal nivå på sådant sätt att marknaden öppnas för kanadensiska tjänsteleverantörer, är det inte möjligt enligt åtagandena i avtalet – så till vida Sverige inte har ett förbehåll för sektorn i bilaga II – att i ett senare skede stänga marknaden.

Till skillnad från standstill-klausulen är ratchet-klausulen något helt nytt i frihandelsavtal för Sveriges del.

5.4.3 Klausulernas betydelse i förhållande till Sveriges åtaganden och förbehåll i olika sektorer

Tabellen nedan visar hur standstill- och ratchet-klausulerna förhåller sig till olika tjänstesektorer som kan anses vara känsliga sektorer. Kollegiet har tittat på samhällsnyttiga tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster, vattendistribution, hantering av avfallsvatten, avfallshantering, telekommunikation, transporttjänster och posttjänster, handel med läkemedel och alkoholförsäljning.

Tabell 2. Exempel* på hur standstill- och ratchet-klausulerna förhåller sig till förbehåll för olika sektorer och undersektorer

Klausulerna är inte tillämpliga eftersom det inte finns begränsningar → Sektorer varken listade i bilaga I eller II	Förbehåll som omfattas av klausulerna. → Begränsningar i sektorer listade i bilaga I (förbehållen kan vara på europeisk, nationell eller lokal nivå) → Även icke-listade begränsningar som finns på lokal nivå	Förbehåll²⁷² som inte omfattas av klausulerna → Begränsningar i sektorer listade i bilaga II (förbehållen kan vara på europeisk, nationell eller lokal nivå)
- Distribution (utöver detaljhandel) av alkoholhaltiga drycker - Privatfinansierade utbildningstjänster utanför det offentliga utbildningssystemet - Privatfinansierade hälsovårds- och socialtjänster utanför det offentliga systemet - Sjukvårdrelaterade professionella tjänster som tillhandahålls av yrkespersoner t.ex. tandläkare, barnmorskor, läkare och sjuksköterskor²⁷³ - Telekommunikation (förutom radioutsändning- och TV-sändning)	- Detaljhandel av alkoholhaltiga drycker; Ett monopol finns [SV]** - Järnvägstransport; Etablering i EU-stat krävs för att få tillhandahålla järnvägstransporttjänster [EU] - Järnvägstransport: Arlanda Express; Exklusiva rättigheter finns [SV] - Posttjänster; Bl a regler angående organisation av brevlådor på allmän plats och utdelning av rekommenderade försändelser samt licensieringssystem för samhällsomfattande posttjänster [EU] - Offentliga hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster; Begränsningar för äganderätt i samband med försäljning [EU]	- Samhällsnyttiga tjänster; Offentliga monopol och andra exklusiva rättigheter kan finnas [EU] - Detaljhandelsförsäljning av läkemedel; Rätt att införa alla typer av begränsningar [SV] - Utbildningstjänster innanför det offentliga utbildningssystemet; Rätt att införa alla typer av begränsningar [SV] Hälso- och sjukvård samt socialvård innanför det offentliga systemet (förutom de vårdrelaterade professionella tjänsterna); Rätt att införa alla typer av begränsningar [EU] Sociala tjänster innanför det offentliga systemet; Rätt att införa flera olika begränsningar, bl.a. föremål för koncession och ekonomisk behovsprövning [EU] - Telekommunikation: Radioutsändning och TV-sändning; Rätt att införa alla typer av begränsningar [EU]

²⁷² I de flesta fall gäller förbehållen hela sektorn eller undersektorn. Men i de fall som ett förbehåll gäller enbart vissa regler – t.ex. det finns bosättningskrav - är det enbart just detta förbehåll som inte omfattas av klausulerna, därutöver är sektorn öppen och ligger in den vänstra kolumnen.

²⁷³ Vårdcentraler och tandkliniker ingår här.

		- Upptagning, rening och distribution av vatten; Rätt att införa alla typer av begränsningar [EU] - Stödtjänster till järnvägstransport och vägtransport: Underhåll och reparation; Ekonomisk behovsprövning vad gäller etablering av terminalinfrastruktur kan förekomma [SV] - Avfallshantering; Bl.a. rätt att införa exklusiva rättigheter [SV] - Materialåtervinning; Bl.a. rätt att införa exklusiva rättigheter [SV]
--	--	--

* Observera att sektorerna är exempel utifrån Uppdragets frågeställning. Det är inte en uttömmande tabell.

** I hakparentes anges huruvida förbehållet är ett EU-gemensamt förbehåll eller om det enbart är Sverige som gjort förbehållet. I de fall som både EU och Sverige har gjort förbehåll för sektorn återges enbart det svenska förbehållet (då det är bredare).

I den *vänstra kolumnen* finns sektorer som omfattas av avtalet²⁷⁴ där Sverige inte har några begränsningar av öppenhet. Det gäller alla verksamheter organiserade på europeisk eller nationell nivå som inte är listade i bilaga I eller II. Eftersom CETA har negativ listningsstruktur betyder det att Sverige för dessa verksamheter har gjort ett åtagande om full öppenhet. Det gäller även alla verksamheter på lokal nivå som inte är listade i bilaga I eller II och där Sverige *inte* har någon befintlig begränsning för öppenhet²⁷⁵. Som redogjorts för ovan gäller standstill- och ratchet-klausulerna enbart förbehållen/begränsningarna. Klausulerna är därför inte tillämpliga för sektorer i denna kolumn. Ett exempel är telekomtjänster. Enligt de nuvarande åtagandena är det alltså inte möjligt för Sverige/EU att återreglera telekommarknaden och införa ett statligt monopol.

²⁷⁴ De flesta tjänstesektorer omfattas av avtalet. Ett av undantagen är emellertid ”tjänster som tillhandahålls i samband med utövandet av statliga befogenheter” (se mer om detta i svaret på den andra frågan relaterad till tjänstehandelsområdet i detta uppdrag).

²⁷⁵ Verksamheter på lokal nivå som inte är listade i någon bilaga men där Sverige *har* befintliga begränsningar av öppenhet är i den *mittersta kolumnen* i tabellen. Detta beror på att parterna kan, men behöver inte, lista begränsningar på lokal nivå. För dessa verksamheter är således standstill- och ratchet-klausulerna tillämpliga.

Vad gäller de ”känsliga sektorer” som analyseras i Uppdraget är det enbart åtagandena om öppenhet för privatfinansierade utbildningstjänster och privatfinansierade hälsovårds- och socialtjänster utanför det offentliga systemet som är nytt i CETA jämfört med andra frihandelsavtal och GATS. Vad gäller till exempel åtaganden om sjukvårdrelaterade professionella tjänster har Sverige till stor del gjort fulla åtaganden om öppenhet för detta redan i GATS.

I den *högra kolumnen* finns sektorer som är listade i bilaga II. Sverige har via EU gjort flera förbehåll men har också egna förbehåll. Förbehållen kan gälla på europeisk, nationell eller lokal nivå. Syftet att skriva in förbehåll i bilaga II är, just att hålla sektorerna utanför det allmänna åtagandet om öppenhet. **Standstill- och ratchet-klausulerna gäller inte för förbehållen i bilaga II.** Ett exempel är detaljhandelsförsäljning av läkemedel till allmänheten. Skulle Sverige i framtiden vilja återinföra ett statligt monopol eller på annat sätt begränsa marknadstillträde liksom införa nationella diskriminerande åtgärder är detta möjligt. Ett annat exempel är EU:s förbehåll om samhällsnyttiga tjänster (i avsnitt 6.4.4 diskuteras detta förbehåll).

I *mittersta kolumnen* finns sektorer som är listade i bilaga I. Här har Sverige, själv eller genom EU, gjort förbehåll för någon typ av befintlig begränsning av öppenheten. **För dessa förbehåll gäller standstill- och ratchet-klausulerna.** Det betyder att om EU eller Sverige skulle besluta att ta bort en befintlig begränsning – till exempel (ytterligare) öppna marknaden för konkurrens eller ta bort en diskriminerande åtgärd – skulle EU eller Sverige följaktligen inte kunna återinföra begränsningen i ett senare skede. Detta är något som naturligtvis är viktigt att ta hänsyn till vid ett beslut om att ta bort en befintlig begränsning.

5.4.4 EU:s undantag för samhällsnyttiga tjänster

För merparten av de känsliga sektorerna har standstill- och ratchet-klausulen ingen betydelse för Sveriges förmåga att återinföra offentliga monopol eller allmännyttiga företag. Det beror på att Sverige har gjort antingen egna eller EU-gemensamma förbehåll för dessa sektorer i bilaga II – och förbehåll i bilaga II omfattas inte av klausulerna. Det är alltså sektorerna i den högra kolumnen i tabell 2.

Förbehållet om de så kallade samhällsnyttiga tjänsterna (*public utilities*) berör flera typiskt känsliga sektorer och ger EU-medlemsstaterna rätten att just införa offentligt monopol eller andra typer av ensamrätt. Förbehållet börjar så här:

”I alla medlemsstater i EU kan tjänster som betraktas som samhällsnyttiga tjänster på nationell eller lokal nivå omfattas av offentliga monopol eller ensamrätt för privata operatörer.

Allmännyttiga tjänster förekommer i sektorer såsom närstående vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, FoU-tjänster inom samhällsvetenskap och humaniora, tekniska prov- och analystjänster, miljötjänster, hälso- och sjukvårdstjänster, transporttjänster och transportrelaterade tjänster. (...)”

Ett liknande förbehåll har EU i GATS och i alla sina frihandelsavtal. Idén med att ha ett sådant omfattande förbehåll är att EU-medlemsstaterna inte ska behöva räkna upp alla samhällsnyttiga tjänster där man vill ha möjligheten att ha kvar, eller i framtiden inrätta, offentliga monopol eller andra typer av ensamrätter, till exempel koncessioner. Förbehållet har dock kritiserats både av motparten och internt för att vara otydligt²⁷⁶.

Framförallt gäller oklarheten tolkningen av ”samhällsnyttiga tjänster” eftersom det inte finns någon definition av detta begrepp utan enbart en icke-uttömmande lista. Förutom de tjänster som räknas upp, liksom att förbehållet inte gäller telekommunikation och databehandlingstjänster och andra datorrelaterade tjänster, är det därför inte helt klart vilka typer av tjänster som förbehållet omfattar. Enligt kommissionen är det medlemsstaterna själva som avgör vilka tjänster som bedöms vara samhällsnyttiga²⁷⁷. Detta är i linje med EU-rättspraxis för diskussionen om tjänster av allmänt intresse och olika begrepp i detta sammanhang²⁷⁸ (se även sista stycket i detta avsnitt).

Det har också funnits en diskussion om huruvida förbehållet inte omfattar alla samhällsekonomiska tjänster utan enbart de samhällsekonomiska tjänsterna där landet har organiserat sektorn som ett offentligt monopol eller annan form av ensamrätt. Med en sådan smal tolkning skulle det alltså inte vara möjligt att *införa* monopol eller annan ensamrätt utan enbart *behålla* de monopol och ensamrätter som redan har lagstadgats.

Kollegiet bedömer dock att inget talar för en smal tolkning av undantaget för samhällsnyttiga tjänster. Det beror på att undantaget återfinns i bilaga II (policyutrymme) och att det därmed inte omfattas av standstill- eller ratchet-klausulen. Dessutom finns flera dokument från kommissionen

²⁷⁶ European Commission, Trade Policy Committee (Services and Investment); m.d. 15/11; *Public Services in EU Bilateral FTAs*.

²⁷⁷ Se t.ex. *Protecting public services in TTIP and other EU trade agreements*

²⁷⁸ Se t.ex. Europeiska kommissionen, SWD(2013) 53 final/2, *Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse*.

som tydligt redogör för den bredare tolkningen.²⁷⁹ De två tilläggsartiklarna som har skrivits in i avtalet²⁸⁰ i syfte att förtydliga parternas rättigheter kring utformning och tillhandahållande av allmännyttiga tjänster är likaså i linje med den bredare tolkningen:

- **Gemensamt tolkningsinstrument om det övergripande avtalet (Artikel 4):**

Europeiska unionen och dess medlemsstater och Kanada bekräftar och är medvetna om den rätt som offentliga myndigheter, på alla nivåer, har att tillhandahålla och stödja tillhandahållandet av tjänster som de anser vara allmännyttiga tjänster, inklusive på områden som folkhälsa och utbildning, sociala tjänster och bostäder samt insamling, rening och distribution av vatten.

(...) Ceta innebär inte att de offentliga myndigheterna hindras från att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som tidigare tillhandahölls av privata tjänsteleverantörer eller från att låta tjänster som de offentliga myndigheterna valt att privatisera återföras under offentlig kontroll. Ceta innebär inte att allmännyttiga tjänster som läggs ut på entreprenad till privata leverantörer oåterkalleligen blir en del av den kommersiella sektorn.

- **Uttalande från kommissionen om allmännyttiga tjänster (Uttalanden till rådets protokoll 29):**

Ingenting i avtalet påverkar Europeiska unionens och dess medlemsstaters möjlighet att utforma och tillhandahålla allmännyttiga tjänster inklusive tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

²⁷⁹ Se till exempel *Letter from EU Trade Commissioner Cecilia Malmström to European Social Plattform*.

(http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153172.pdf).

²⁸⁰ Båda artiklarna är en del av avtalet och har legal status (CETA, Artikel 1 och Artikel 30.1.).

(...) *Det är i synnerhet underförstått att i den utsträckning sådana tjänster inte är tjänster som tillhandahålls i samband med utövandet av statliga befogenheter, säkerställer Europeiska unionens och dess medlemsstaters skyldigheter (inbegripet skyldigheterna om marknadstillträde i artiklarna 8.4, 9.6 och 13.6 i avtalet) och förbehåll avseende sådana tjänster inklusive allmännyttiga tjänster såsom utbildning, sjukvård och sociala tjänster, att medlemsstaterna kan fortsätta att utföra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse på det sätt som de anser lämpligt, i överensstämmelse med unionsrätten. Det noteras att investeringsdomstolssystemet inte är tillämpligt på bestämmelser om marknadstillträde.*

Värt att notera är att man i båda tilläggsartiklarna använder begreppet allmännyttiga tjänster (på engelska *public services*), vilket signalerar ett mer omfattande begrepp än samhällsnyttiga tjänster (*public utility*) vilket används i förbehållet i bilaga II. Detta är särskilt tydligt i kommissionens uttalande där det specificeras att begreppet inkluderar ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse” (så kallat SGEI)²⁸¹, vilket är ett begrepp som används i EU:s primärrätt²⁸² och där EU-praxis tyder på att medlemsstaterna har stor frihet att själva definiera vad de anser är en allmännyttig tjänst. Detta är viktigt eftersom en skiljenämnd enligt internationell sedvanerätt ska tolka avtalet utifrån parternas egen förståelse av de åtaganden som gjorts.²⁸³

5.4.5 Exempel där klausulerna har betydelse för Sveriges möjlighet att återreglera marknader

Nedan redogörs för förbehållen för de sektorer som är listade i den mittersta kolumnen, det vill säga de som omfattas av standstill- och ratchet-klausulerna. Hela innehållet och den exakta formuleringen av förbehållet, liksom vilka direktiv, lagar och förordningar som ligger till grund för förbehållet, finns i bilaga 4.

Detaljhandel av alkoholhaltiga drycker

Sverige har gjort ett förbehåll i bilaga I för Systembolaget och detaljhandel med alkohol över en viss alkoholnivå. Skulle Sverige vilja avveckla Systembolagets monopol och öppna marknaden för konkurrens

²⁸¹ De tjänster som är av allmänt ekonomiskt intresse men som *inte är av ekonomisk natur* (s.k. NESGI) är helt utanför CETA:s tillämpningsområde, se svar i kapitel 5.5.

²⁸² För förklaring av detta begrepp se t.ex. Europeiska kommissionen, SWD(2013) 53 final/2, *Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse.*

²⁸³ *Vienna Convention on the Law of Treaties; Section 3. Interpretation of Treaties.*

skulle ratchet-klausulen aktiveras och Sverige skulle därmed inte enligt nuvarande åtaganden kunna återinföra monopolet.

Transporttjänster

Sverige har, genom EU, ett förbehåll i bilaga I som innebär att ett kanadensiskt järnvägsföretag som vill tillhandahålla järnvägstransporttjänster i Sverige måste vara etablerat i en EU-medlemsstat. Detta förbehåll är i enlighet med ett EU-direktiv. I det fallet att direktivet skulle ändras och denna regel tas bort skulle det inte vara möjligt för Sverige, eller EU att, enligt åtagandena, återinföra just denna regel.

Vad gäller Sveriges möjlighet att återinföra offentligt monopol eller andra exklusiva rättigheter för järnvägstransport och transportrelaterade tjänster är detta utanför standstill- och ratchet-klausulen eftersom dessa tjänster är täckta av EU:s förbehåll för så kallade samhällsnyttiga tjänster (*public utilities*) i bilaga II.

- Arlanda Express

I enlighet med den svenska järnvägslagen, och statens avtal med Arlanda Express, har Sverige ett förbehåll för Arlanda Express som ger bolaget monopol på tågtrafiken mellan Stockholm och Arlanda. Förbehållet återfinns i bilaga I. Skulle Sverige ändra lagen, eller låta avtalet löpa ut, och tillåta fri konkurrens skulle ratchet-klausulen aktiveras. Enligt åtagandena skulle Sverige därför i ett senare skede inte ha möjlighet att återinföra exklusiva rättigheter.

Eftersom Arlanda Express är tågtrafik skulle man kunna argumentera för att denna tjänst är täckt av EU:s förbehåll om allmännyttiga tjänster i bilaga II. Kollegiets bedömning är dock att förbehållet om Arlanda Express sannolikt omfattas av ratchet-klausulen i och med att Sverige har valt att skriva in detta förbehåll i bilaga I.

- Kollektivtrafik – buss och tunnelbana

Eftersom buss och tunnelbana i Sverige är reglerat på lokal nivå (landsting eller kommun) har Sverige inte behövt göra förbehåll för eventuella begränsningar av öppenhet. Som redogjorts för ovan gäller standstill- och ratchet-klausulerna även för begränsningar på lokal nivå. Det innebär att Sverige kan fortsätta att ha de befintliga begränsningar som fanns när avtalet trädde ikraft, men kan inte i framtiden införa nya. Tar en part bort en begränsning är det inte möjligt att återinföra den.

Kollegiets tolkning är att kollektivtrafiken omfattas av undantaget om samhällsnyttiga tjänster i bilaga II. Det betyder att när det gäller Sveriges möjlighet att införa lokala monopol eller andra exklusiva rättigheter finns inga begränsningar utifrån de bundna åtagandena.

Posttjänster

Posttjänster är i CETA en undersektor till så kallade kommunikationstjänster. I enlighet med EU-direktivet som reglerar medlemsstaternas tillhandahållande av posttjänster²⁸⁴ har EU ett förbehåll om posttjänster i bilaga I. Förbehållet begränsar marknadstillträdet och gäller organisation av brevlådor på allmän plats, utgivning av frimärken och utdelning av rekommenderade försändelser liksom möjlighet att inrätta licensieringssystem för utdelning av samhällsomfattande posttjänster.

I det fallet att EU skulle ändra direktivet skulle detta kunna aktivera ratchet-klausulen. Vad gäller medlemsstaternas möjlighet att åternationalisera den samhällsomfattande posttjänsten är denna tjänst dock sannolikt täckt av EU:s förbehåll om samhällsnyttiga tjänster i bilaga II (ratchet gäller ej). Det finns därför ingen begränsning för detta utifrån åtagandena i CETA.²⁸⁵

För de posttjänster som inte uppräknas ovan gäller principen om öppenhet.

Hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster

EU har gjort ett förbehåll i bilaga I för hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster som begränsar möjlighet till äganderätt i samband med försäljning av verksamhet som tillhandahålls av offentliga enheter. Förbehållet grundar sig inte i någon EU-lagstiftning utan fångar upp begränsningar i olika medlemsstaters egna lagstiftningar. Vad kollegiet erfar har Sverige dock inte någon sådan nationell lagstiftning. Om så är fallet betyder det att Sverige inte för egen del kan införa denna begränsning i framtiden eftersom förbehållet omfattas av standstill-klausulen.

Notera att Sverige har möjlighet att införa offentligt monopol eller annan typ av ensamrätt för hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster inom det offentliga systemet eftersom förbehåll för detta finns i bilaga II. Sverige har enbart gjort åtaganden för dessa typer av tjänster som är utanför det offentliga systemet. I detta fall är Sverige helt öppet, det vill säga det finns inga förbehåll och således är standstill

²⁸⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/06/EG.

²⁸⁵ Däremot finns det enligt gällande EU-direktivet sådana begränsningar.

och ratchet-klausulen inte tillämpliga. Detsamma gäller för de sjukvårdsrelaterade professionella tjänsterna.

5.4.6 Rätten att dra tillbaka åtaganden och rätt till kompensation

I CETA finns ingen specifik artikel som handlar om parternas rätt att ändra förbehåll/dra tillbaka åtaganden och vilken kompensation som i så fall skulle kunna bli aktuell. Syftet med bindningslistorna i ett frihandelsavtal är att skapa transparens och förutsägbarhet för företag om de regler som de måste förhålla sig till. En utförlig beskrivning av procedurer för att ändra åtagandena skulle kunna skicka ut en otydlig signal enligt kommissionen²⁸⁶.

Dock refererar CETA²⁸⁷, liksom andra frihandelsavtal, till skyldigheter och rättigheter i GATS. Dess artikel XXI fastställer att en part alltid har rätt att modifiera eller helt dra tillbaka sina åtaganden om öppenhet tre år efter att avtalet trätt i kraft. Ett land bryter således inte mot avtalet om det ändrar sina åtaganden. Det kan däremot bli fråga om kompensation till den andra parten om denne anser att ändringen har påverkat dess förmåner negativt. Kompensation sker aldrig i form av pengar. Istället ska kompensation ske i form av åtaganden inom andra sektorer så att den allmänna nivån av förmånliga åtaganden är densamma, vilket innebär att en minskning av öppenhet inom en sektor kan kompenseras genom en större öppenhet i en annan sektor.²⁸⁸ Parterna ska i första hand komma överens genom bilateral förhandling. Om en överenskommelse inte kan nås kan frågan hänskjutas till skiljedom. Om den part som har ändrat ett åtagande vägrar att kompensera den andra parten i enlighet med skiljedomstolsutslaget, har den andra parten rätt att ändra sina åtaganden för att uppnå en likvärdig nivå av förmånliga åtaganden.

I CETA finns också kapitel 26 om inrättandet av ”Gemensamma CETA-kommittén” som ska ansvara för alla frågor som rör handel och investeringar mellan parterna samt genomförandet och tillämpningen av CETA. Sannolikt skulle en förhandling om ändring av åtaganden/förbehåll ske inom detta forum.

²⁸⁶ Konsultation med kommissionen.

²⁸⁷ CETA, bilaga I (artikel 2), och bilaga II (artikel 2).

²⁸⁸ Exempel på kompenserande anpassningar har skett i samband med EU-utvidgningen. Länder som har anslutit sig till EU har inkorporerats i en del EU-gemensamma reservationer vilket i vissa fall inneburit att de gör mindre förmånliga åtagande. I samband med att Sverige, Finland och Österrike blev EU-medlemmar 1995 gjordes ett tillägg till EU-reservationen om samhällsnyttiga tjänster så att förbehållet inte längre omfattar telekommunikation och databehandlingstjänster. När Bulgarien och Rumänien blev EU-medlemmar 2007 fick de kompensera en minskad öppenhet genom att göra åtaganden inom telekommunikation och försäkringssektorn.

Kollegiets förståelse av CETA, i ljuset av GATS, är att parterna har rätt att ta tillbaka åtaganden om öppenhet. Det finns dock en avsiktlig tröghet i processen eftersom syftet med avtalet är att skapa förutsägbarhet vad gäller graden av öppenhet. Skulle Sverige vilja begränsa öppenheten i strid med åtagandena i CETA, till exempel genom att nationalisera en sektor, skulle Sveriges förbehåll behöva omförhandlas. Som en del av detta skulle Sverige sannolikt behöva kompensera Kanada i form av öppenhet inom andra sektorer.

Notera att det inte är någon skillnad vad gäller processen eller graden av kompensation mellan en situation där Sverige har bundit sig till full öppenhet från början, eller en situation där Sverige binder full öppenhet i och med att ratchet-klausulen aktiveras, till exempel när Sverige avskaffar ett offentligt monopol när CETA är ikraft. ”Nivån” av förmånliga åtaganden som Sverige har gett till Kanada sänks lika mycket i båda fallen och kompensationen för att nå upp till samma nivå av öppenhet blir därmed densamma.

Däremot skulle ratchet-klausulen kunna ha betydelse för kompensationsnivån i vissa fall där Sverige har en befintlig begränsning listad i bilaga I. Tabell 3 illustrerar detta med hjälp av exemplet om Sveriges förbehåll om lokal etablering av styrelseledamöter (samma exempel som togs upp i tabell 1).

Tabell 3. Exempel på hur kompensationsnivån kan påverkas av att avtalet har ratchet-klausul

Bilaga I Sveriges förbehåll	Avtal utan ratchet [enbart standstill gäller]	Avtal med ratchet
Sektor: Alla sektorer Typ av förbehåll: Nationell behandling Beskrivning: Lokal etablering I Sverige måste minst 50 % av styrelseledamöterna vara bosatta inom EES.	1. Sverige tar bort boendekravet	
	Åtagandet om öppenhet som Sverige har bundit är dock fortfarande 50 %	Ratchet aktiveras, Sverige har nu bundit ett fullt åtagande om öppenhet
	2a. Sverige vill återinföra krav på minst 50 % lokal etablering	
	→ Förenligt med åtagandet, ingen kompensation till Kanada behöver göras.	→ Inte förenligt med åtagandet, Kanada kan kräva kompensation (öppenhet i andra sektorer) för den minskning av öppenhet det innebär att öka kravet från 0 % till 50 %.
	2b. Sverige vill införa krav på minst 80 % lokal etablering	
	→ Inte förenligt med åtagandet, Kanada kan	→ Inte förenligt med åtagandet, Kanada kan kräva

	kräva kompensation (öppenhet i andra sektorer) för den minskning av öppenhet det innebär att öka kravet från 50 % till 80 %.	kompensation (öppenhet i andra sektorer) för den minskning av öppenhet det innebär att öka kravet från 0 % till 80 %.
--	--	---

Exemplet: (1) Antag att Sverige efter att CETA trätt ikraft skulle ta bort det befintliga kravet på att minst 50 procent av styrelseledamöter ska vara bosatta i EES. (2b) Om Sverige i ett senare skede skulle vilja återinföra ett krav på lokal etablering, säg nu på 80 procent, skulle Sverige sannolikt bli tvungen att kompensera Kanada i form av öppenhet i andra sektorer. I ett avtal utan ratchet-klausul skulle Kanadas kompensation vara i förhållande till den försämring av åtagandet som det innebär att kravet ökar från 50 till 80 procent. I ett avtal med ratchet-klausul skulle Kanada kunna argumentera för en större kompensation eftersom försämringen är större, kravet ökar ju från att ingen styrelseledamot behöver vara etablerad till att 80 procent av styrelseledamöterna ska vara etablerade i EES.

Observera att för Sveriges del är diskussionen om kompensation inte relevant för merparten av de känsliga sektorerna. Detta beror på att Sverige har gjort antingen egna eller EU-gemensamma förbehåll för dessa sektorer i bilaga II – Sverige har då möjlighet att införa och återinföra åtgärder som begränsar öppenheten utan att omförhandla åtagandena.

Det är viktigt att påpeka att diskussionen i detta kapitel enbart handlar om rätten och konsekvenserna av att ändra förbehåll i samband med *marknadstillträdesfrågor*²⁸⁹, **inte om en investerares rätt till kompensation för en expropriation**. Oavsett vad som gäller för marknadstillträdet skulle Sverige till exempel fortfarande kunna vara tvungen att ge ett företag som investerat i Sverige en skälig monetär kompensation för dess förlust av egendom i enlighet med CETA:s artiklar om investeringsskydd (se kapitel 2 om investeringsskydd).

5.4.7 Kollegiets sammanfattande bedömning

Standstill- och ratchet-klausulerna gäller för befintliga begränsningar av öppenhet som finns på europeisk, nationell eller lokal nivå och som är listade i bilaga I. Klausulerna gäller även för befintliga begränsningar som finns på lokal nivå (kommun och landsting) även om de inte är listade i bilaga I. Begränsningar som är listade i bilaga II (policyutrymme) omfattas däremot inte av klausulerna.

Klausulerna är vidare inte relevanta i de fall som Sverige har gjort fullt åtagande av öppenhet. För europeisk och nationell nivå gäller det alla sektorer som varken är listade i bilaga I eller II. För lokal nivå gäller det alla sektorer där det inte finns befintliga begränsningar vid tiden då avtalet träder i kraft.

²⁸⁹ Listade förbehåll om marknadstillträde och nationell diskriminering.

Med ”begränsning av öppenhet” menas antingen en kvantitativ begränsning av marknadstillträdet eller en åtgärd som diskriminerar mellan kanadensiska och inhemska aktörer. Med ”åtagande om full öppenhet” menas alltså att inga sådana begränsningar finns.

Standstill-klausulen innebär i princip att Sverige får ha kvar alla de begränsningar som finns, men enbart dessa, vid den tidpunkt då avtalet träder ikraft. Det är däremot inte förenligt med avtalet att införa nya begränsningar, om inte förbehåll gjorts för detta i bilaga II. Denna princip är densamma i GATS och i alla Sveriges frihandelsavtal.

Ratchet-klausulen innebär i princip att om Sverige tar bort en befintlig begränsning är detta att se som en ny bunden nivå av öppenhet. Om Sverige enbart har gjort förbehåll för en sektor i bilaga I (och alltså *inte* i bilaga II) kan ratchet-klausulen således komma att påverka Sveriges möjlighet att återinföra någon form av exklusiva rättigheter i denna sektor.

Observera att ratchet-klausulen *enbart* aktiveras i en situation då 1) Sverige inte har något relevant förbehåll i bilaga II, 2) Sverige har en befintlig begränsning, till exempel ett offentligt monopol, då avtalet träder ikraft och 3) Sverige tar bort begränsningen, till exempel avskaffar monopolet, och släpper in aktörer på marknaden.

Till skillnad från standstill-klausulen är idén med ratchet nytt för Sverige och EU i frihandelsavtal.

Systembolaget och Arlanda Express är exempel på monopol respektive exklusiva rättigheter som skulle kunna bli påverkade av ratchet-klausulen i framtiden.

Det är viktigt att påpeka att för merparten av de ”känsliga sektorerna” har ratchet-klausulen ingen betydelse för Sveriges förmåga att återinföra offentliga monopol eller andra former av ensamrätt. Det beror på att Sverige har gjort antingen egna eller EU-gemensamma förbehåll för dessa sektorer i bilaga II. Det gäller bland annat all detaljhandel av läkemedel liksom utbildningstjänster, hälso- och sjukvård inom det offentliga systemet. Därutöver har Sverige genom EU ett förbehåll om samhällsnyttiga tjänster.

I de fall som Sverige har gjort fulla åtaganden om öppenhet är inte ratchet-klausulen heller relevant för Sveriges möjlighet att återinföra monopol eller andra allmännyttiga företag. Ett exempel på detta är privatfinansierade hälsovårdstjänster utanför det offentliga systemet, såsom viss typ av företagshälsovård.

I likhet med GATS och andra frihandelsavtal har Sverige alltid möjlighet att ändra eller dra tillbaka ett åtagande om öppenhet, oavsett om ratchet-klausulen är tillämplig eller om ett fullt åtagande om öppenhet gjorts i samband med att avtalet trädde ikraft. I båda fallen skulle Sverige, via EU, dock behöva omförhandla sina åtaganden med Kanada, och Sverige skulle sannolikt behöva kompensera Kanada i form av åtaganden om öppenhet i andra sektorer.

5.5 Undantaget om tjänster som tillhandahålls i samband med utövandet av statliga befogenheter

I det här avsnittet analyseras vilka sektorer som undantas från tjänsteliberalisering i enlighet med undantaget om tjänster som tillhandahålls i samband med utövandet av statliga befogenheter, det så kallade "public sector carve-out".

5.5.1 Kollegiets analys

I likhet med GATS artikel I.3 har man i CETA inledningsvis fastställt vad gäller gränsöverskridande tjänstehandel att "tjänster som tillhandahålls i samband med utövande av statliga befogenheter" är utanför avtalets tillämpningsområde. På motsvarande sätt fastställs för etablering att "verksamhet som bedrivs i samband med utövandet av offentliga befogenheter" är utanför avtalets tillämpningsområde.²⁹⁰

Med detta menas tjänster och verksamheter som *varken*

- 1) tillhandahålls på kommersiella grunder *eller*
- 2) i konkurrens med en eller flera tjänsteleverantörer.

Det är fundamentalt att båda villkoren är uppfyllda för att tjänsten eller verksamheten i fråga ska omfattas av undantaget och alltså vara utanför hela CETA.

Vad gäller artikel 1.3 i GATS har det i olika sammanhang diskuterats hur begreppen "kommersiell grund", "konkurrens", "statliga befogenheter" ska tolkas. Sammantaget kan sägas att det inte finns några entydigt klara definitioner.²⁹¹ I enbart ett fall²⁹² har WTO:s överprövningsorgan berört, om än enbart i förbigående, en del av artikel 1.3. Analysen gäller dock inte själva undantaget om "tjänster som tillhandahålls i samband med utövandet av statliga befogenheter" och är därför, enligt kollegiet, inte någon tydlig vägledning för just detta.

²⁹⁰ CETA, artikel 9.1 och 9.2 (Gränsöverskridande tjänstehandel) och artikel 8.1 och 8.2 (Investeringar).

²⁹¹ Krajewski (2003), *National Regulation and Trade Liberalization in Services* (Kapitel 3, sid 68-74) och OECD (2004), Working Party of the Trade Committee: *The GATS*,

Enligt kommissionen²⁹³ motsvarar tjänster/verksamheter som tillhandahålls/bedrivs i samband med utövande av statliga befogenheter begreppet ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” (NESGI), vilket är ett legalt begrepp inom EU:s primärrätt (EUF-fördraget).²⁹⁴ Inte heller i detta sammanhang finns dock någon definition av begreppet – genom till exempel en förteckning med kriterier eller en indikativ lista på tjänster som omfattas. Kommissionen har varit tydlig med att det är önskvärt att det finns flexibilitet vad gäller tolkningen av olika typer av tjänster av så kallat allmänt intresse, vilket NESGI är en del av, eftersom omfattning och organisation av sådana varierar mycket mellan olika medlemsstater och även över tid. Likaså ska varje medlemsstat själv ha en viss frihet i att fastställa om en tjänst är av allmänt intresse.²⁹⁵

Rättspraxis från EU-domstolen ger viss vägledning i fråga om NESGI. Bland annat har det fastställts att följande tjänster är NESGI²⁹⁶:

- Militär eller polisiär verksamhet.
- Underhåll och förbättring av luftfartssäkerhet, skydd, flygledning, kontroll av sjöfart och sjösäkerhet.
- Föreningsovervakning.
- Organisering, finansiering och genomförande av kriminalvård för att säkerställa verkställandet av det straffrättsliga systemet.

De ovan listade tjänsterna kallas för ”icke-ekonomisk verksamhet kopplad till utövandet av statliga befogenheter”. Inom EU:s NESGI-begrepp omfattas även ”icke-ekonomisk verksamhet av rent social natur”. Exempel på sådana tjänster är enligt EU-rättspraxis²⁹⁷:

- Administrering av obligatoriska försäkringssystem som har ett uteslutande socialt syfte, förvaltas enligt solidaritetsprincipen och erbjuder förmåner som inte är beroende av de inbetalda avgifterna.

Liberalisation, Public Services and Public Policy Objectives, TD/TCWP(2004)51 (sid 15-16).

²⁹² *European Communities – Bananas*, Report of the Appellate Body 1997.

²⁹³ Se t.ex. European Commission, Trade Policy Committee (Services and Investment); m.d. 15/11; *Public Services in EU Bilateral FTAs*.

²⁹⁴ Protokoll 29 EUF-fördraget handlar om allmänna tjänster, vilket omfattar NESGI och tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI).

²⁹⁵ Europeiska kommissionen; SWD(2013) 53 final/2; *Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse*.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ Ibid.

- Barnomsorg och offentlig utbildning som i regel finansieras av statsbudgeten och uppfyller statens sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot befolkningen.
- Organiseringen av allmänna sjukhus som är en integrerad del av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet och som nästan helt bygger på solidaritetsprincipen, finansieras direkt med sociala avgifter och andra statliga medel och vars tjänster är gratis för dem som är anslutna till systemet på grundval av principen om allmän täckning.

Det är viktigt att påpeka att det är EU-domstolen som fastställt domarna ovan. Det är inte säkert att en skiljenämnd under CETA skulle dra exakt samma slutsatser. Enligt internationell sedvanerätt ska dock en skiljenämnd tolka avtalet utifrån parternas egen förståelse av de åtaganden som gjorts.²⁹⁸

Det är också betydelsefullt att upprepa att det enligt CETA är fundamentalt huruvida tjänsterna tillhandahålls på kommersiell grund och i konkurrens med andra tjänsteleverantörer. För att en viss tjänst, en NESGI, i Sverige ska vara utanför CETA:s tillämpningsområde ska denna tjänst alltså 1) inte tillhandahållas på kommersiell grund, och 2) inte i konkurrens med andra tjänsteleverantörer.

Mot bakgrund av att det inte finns några rättsfall vad gäller tolkningen av det så kallade ”*public sector carve-out*”-undantaget i GATS eller andra frihandelsavtal kan kollegiet inte ge en precis lista på vilka tjänster och verksamheter som omfattas eller inte omfattas av undantaget.

Utifrån en bedömning av de två villkoren som ovan redogjorts för är det kollegiets uppfattning att för Sveriges del omfattar undantaget verksamheter så som polis, allmänna domstolar, kriminalvård, brandförsvär, gränsövervakning, och obligatoriska system för socialskydd, såsom socialbidrag.

Däremot är till exempel detaljhandelsförsäljning av alkoholhaltiga drycker i Sverige *inte* täckt av undantaget; det finns ingen konkurrens på marknaden men Systembolaget drivs delvis på kommersiell basis. Likaså är offentliga utbildningstjänster i Sverige *inte* täckta av undantaget; de kommunala grundskolorna drivs inte utifrån vinstintresse men de är i konkurrens med andra privata grundskolor.

²⁹⁸ Vienna Convention on the law of treaties from 1969; Section 3. Interpretation of Treaties.

Kollegiet gör en slutlig notering:

En sektor som ryms inom CETA:s tillämpningsområde omfattas av den generella principen om transparens och av vissa regler för inhemsk reglering. Dessa regler kan till exempel omfatta att krav och förfarande gällande licensiering och kvalifikationer ska vara transparenta och objektiva och inte utgöra onödiga handelshinder. Det innebär också att sektorn omfattas av den allmänna principen om öppenhet, det vill säga att inga kvantitativa begränsningar för marknadstillträde eller åtgärder som är nationellt diskriminerande får finnas. Det är dock möjligt för parterna att på olika sätt begränsa principernas omfattning genom att specificera förbehåll för sektorer i bilaga I och II. Som ett exempel har EU gjort ett förbehåll om samhällsnyttiga tjänster i bilaga II, vilket ger EU-medlemsstaterna rätt att införa offentligt monopol och andra former av ensamrätt.

5.5.2 Kollegiets sammanfattande bedömning

Tjänster och verksamheter som varken tillhandahålls på kommersiella grunder eller i konkurrens med en eller flera tjänsteleverantörer är utanför avtalets tillämpningsområde. Detta undantag finns också i GATS och kallas ibland för ”*public sector carve-out*”. Mot bakgrund av att det inte finns några rättsfall vad gäller tolkningen av ”*public sector carve-out*” i GATS eller andra frihandelsavtal är det inte helt klart hur ”kommersiell grund”, ”konkurrens” och andra relevanta begrepp ska tolkas. Kollegiet kan inte ge en precis lista på vilka tjänster och verksamheter som omfattas eller inte omfattas av undantaget. Några exempel på verksamheter i Sverige som dock säkert omfattas av undantaget är polis, domstolar, kriminalvård, brandförsvaret, gränsövervakning, och obligatoriska system för socialt skydd.

6 Forumet för regleringssamarbete

6.1 Kollegiets tidigare analys

Kollegiet har i tidigare regeringsuppdrag utrett regleringssamarbete i CETA med fokus på framtida regleringsutrymme. Kollegiet såg inte någon risk för att gällande eller kommande regler eller standarder inom EU eller Sverige för att skydda miljö, människors och djurs hälsa kommer att försämrats. Varje land har rätt att behålla sina skyddsnivåer och behöver inte automatiskt godkänna en vara som har godkänts på den andra marknaden. Kollegiet bedömde också att den förstärkta dialogen t.ex. informationsutbyte kring vetenskapliga underlag, kunskap, metoder

och riskvärderingar kan vara positivt för ett starkt skydd för hälsan och miljön.

6.2 Metod och tolkning av frågorna i Uppdraget

Kommerskollegium ska analysera riskerna för att forumet för regleringssamarbete, som inrättas genom frihandelsavtalet, och det arbete som ska bedrivas där kan komma att försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning. Kommerskollegium ska lämna förslag på dels hur relevanta aktörer i det civila samhället kan ges förutsättningar att påverka forumet för regleringssamarbete som inrättas genom CETA, dels hur andra aktörer än företag kan garanteras insyn och möjlighet till påverkan, t.ex. genom regelbundna möten eller genom digitala lösningar.

Kollegiet har i sin analys av regleringssamarbetet och forumet för regleringssamarbete samrått med de myndigheter som identifierats av regeringen i Uppdraget till kollegiet. Detta för att få underlag till i vilken grad svenska myndigheter redan idag deltar i regleringssamarbetet mellan EU och Kanada. Därutöver har kollegiet identifierat ytterligare ett antal myndigheter²⁹⁹ som utifrån sitt ansvarsområde med koppling till varureglering eller tillsyn (marknadskontroll) beretts möjlighet att komma in med synpunkter.

För att kunna resonera kring och lämna förslag på hur aktörer i det civila samhället kan ges förutsättning till påverkan på forumet för regleringssamarbete bjöd kollegiet i mars 2017 in representanter civilsamhällesorganisationer, arbetsmarknadens parter och näringslivsorganisationer till ett dialogmöte om samrådsprocesser kring frihandelsavtal allmänt och mera specifikt om förutsättningar för det civila samhället att kunna påverka forumet för regleringssamarbete i CETA.³⁰⁰

Kollegiet har därutöver haft kontakt med kommissionen dels för att få ett förtydligande i frågan om vilka delar som ingår i regleringssamarbete, dels för att söka klarhet i hur kommissionen planerar att konsultera civilsamhället och andra intressenter inom ramen för forumet för regleringssamarbete.

²⁹⁹ Boverket, Transportstyrelsen, Swedac, Folkhälsomyndigheten, Strålsäkerhetsmyndigheten, Arbetsmiljöverket och Inspektionen för vård och omsorg har svarat på Kommerskollegiums inbjudan att lämna synpunkter.

³⁰⁰ De som deltog i mötet var: Svenskt Näringsliv, *World Animal Protection*, Rädda Barnen, Näringslivets Internationella Råd (NIR), Djurens Rätt, Jordens Vänner, Landsorganisationen i Sverige (LO), Sveriges Ingenjörer (SACO), TCO, Lantbrukarnas Riksförbund (LRF), Jernkontoret, Företagarna, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Almega, Skiftet, Naturskyddsföreningen. Utöver dessa deltog representanter för Utrikesdepartementet och Europeiska kommissionens representation i Sverige.

6.3 Regleringssamarbete i CETA

I följande avsnitt behandlas frågan om riskerna för att forumet för regleringssamarbete och det arbete som ska bedrivas där kan komma att försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning.

Regleringssamarbete mellan EU och Kanada är inte en ny företeelse i och med CETA. Bilateral relationer och regleringssamarbete mellan EU och Kanada har pågått i över 20 år i olika former. Parterna har i många år informellt arbetat för att harmonisera regelverk och underlätta europeisk-kanadensisk handel.³⁰¹ Det befintliga regleringssamarbetet formaliserades senast genom ett ramverk år 2007 där kemikalier, elektrisk och elektronisk utrustning, ekvivalens för ekologisk produktion, veterinäravtal, bekämpningsmedel, läkemedel, utrustning med strålkällor, kemiska föroreningar i livsmedel och allergen märkning av livsmedel identifierades som prioriterade områden för fördjupat samarbete.³⁰² Detta regleringssamarbete, mellan ansvariga kanadensiska och europeiska tillsynsmyndigheter, har sedan, enligt kommissionen, utvecklats och fördjupats under åren tills det nu överförs till CETA:s kapitel om regleringssamarbete.³⁰³ Därtill skapas, genom avtalet, ett forum för regleringssamarbete (RCF) som har som syfte att underlätta pågående samarbete samt diskutera eventuella framtida samarbete på olika områden.

Det är, enligt kommissionen, det långvariga samarbetet mellan EU och Kanada som möjliggjort ett så pass ambitiöst frihandelsavtal och omfattande regleringssamarbete. Omfattningen av det regleringssamarbete som pågått utifrån ramverket har varierat beroende på område. Kommissionen har även framfört att efter att ramverket förts in i CETA kommer medlemsstaterna beredas möjlighet att komma in med synpunkter kring i vilken utsträckning de önskar delta i fortsatt regleringssamarbete.³⁰⁴

Utifrån avtalstexten framgår det inte tydligt om regleringssamarbetet i CETA enbart avser samarbete mellan EU och Kanada eller om det även kan omfatta nationella myndigheter och påverka nationell lagstiftning. Kollegiet menar dock att ordförandeskapet på kommissionsnivå samt utpekande av kommissionens generaldirektorat för inre marknaden, industri, entreprenörskap samt små och medelstora företag (DG GROW) som kontaktpunkt talar för att samarbetet är tänkt att ske mellan EU-

³⁰¹ S.4, *Assessing the costs and benefits of a closer EU-Canada economic partnership, Joint study by the European Commission and the Government of Canada*

³⁰² *EC-Canada Regulatory Cooperation Roadmap 2007-2008*, European Council, 10371/07 (Presse 132).

³⁰³ Artikel 21.2.5 CETA.

³⁰⁴ Dnr 2016/02150-75.

myndigheter och kanadensiska. Kollegiet har även varit i kontakt med kommissionen för att klarlägga förhållandet. I samtal med kommissionen har det framkommit att det är EU-myndigheter och kommissionen som förutses samarbeta med kanadensiska myndigheter. Således är samarbetet endast tänkt att omfatta harmoniserad, EU-gemensam lagstiftning och inte nationell lagstiftning på medlemsstatsnivå.³⁰⁵ Kollegiet har också observerat att det i utkast till nya frihandelsavtal mellan EU och tredje land uttryckligen står att det är EU-lagstiftning som avses när det gäller t.ex. transparens i regleringsprocesser och regleringssamarbete. Exempelvis tydliggörs det i utkast till kapitel om regleringssamarbete i frihandelsavtalet mellan USA och EU bland annat att det är kommissionen som avses som regleringsmyndighet samt att de regleringsåtgärder som kan bli föremål för regleringssamarbete för EU innebär förordningar och direktiv, delegerade akter³⁰⁶ och icke-bindande åtgärder.³⁰⁷

Regleringssamarbetet i CETA omfattar avtalets kapitel om tekniska handelshinder, sanitära och fytosanitära åtgärder, gränsöverskridande handel med tjänster, handel och hållbar utveckling, handel och arbete och handel och miljö³⁰⁸.

Kollegiets slutsats, vilket även utgör utgångspunkt för analysen, är därför att det regleringssamarbete som avses i CETA är tänkt att ske på EU-nivå.

Syftet med regleringssamarbete i CETA är att:

- a) *bidra* till att skydda människors, djurs och växters liv och hälsa genom att tillhandahålla internationella resurser som forskning och riskanalys för att adressera olika regleringsbehov och sprida information för att identifiera, utvärdera och hantera risker,
- b) att *bygga upp* förtroende och ömsesidigt förstående för varandras regleringssystem samt kunna utbyta erfarenheter bland annat för att förbättra planerade föreskrifter, öka öppenheten och förutsebarheten av föreskrifter i förslagsstadiet samt minska onödiga regulativa skillnader,
- c) att *underlätta* bilateral handel till exempel genom att ta bort onödiga regleringsskillnader samt identifiera nya sätt av samarbete i specifika sektorer, samt

³⁰⁵ Dnr 2016/02150-27.

³⁰⁶ Artikel 290, Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt.

³⁰⁷ Artikel x2 a och b, *TTIP-EU Proposal for Regulatory Cooperation*, hämtad från http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/march/tradoc_154378.pdf

³⁰⁸ Artikel 21.1 CETA.

- d) att *bidra* till industrins konkurrenskraft och effektivitet på ett sätt som minskar administrativa kostnader för företag till exempel genom dubbla krav och tester av produkter.³⁰⁹

Regleringssamarbete i CETA ger EU och Kanada en plattform för att underlätta samarbetet mellan de olika parternas tillsynsmyndigheter med målet att få till stånd bättre lagstiftningskvalitet och effektivare användning av administrativa resurser.³¹⁰

Regleringssamarbete som kan uppkomma genom CETA är **frivilligt**. Vare sig EU eller Kanada är skyldiga att samarbeta, men behöver i så fall förklara varför de inte vill samarbeta.³¹¹ Regleringssamarbetet skulle kunna innebära att EU och Kanada på ett tidigt stadium delar med sig av konsekvensutredningar för kommande regleringar eller delar information om djurskydd.³¹² Samarbetet skulle till exempel bidra till att främja en mer hållbar jordbruksproduktion i EU respektive Kanada.³¹³ Att dela med sig av förslag till reglering och konsekvensutredning är något som både Sverige och EU redan i dag förbundit sig till genom till exempel WTO:s TBT- och SPS-avtal. Dessa avtal innehåller bland annat bestämmelser om att förslag till tekniska föreskrifter ska notifieras till WTO om de kan få väsentlig påverkan på handel.³¹⁴

Den största skillnaden med CETA är att informationsutbytet är tänkt att ske tidigare i regleringsprocessen jämfört med vad som är fallet inom WTO-s TBT och SPS avtal. CETA uppmuntrar parterna att dela föreslagna tekniska föreskrifter eller sanitära och fytosanitära föreskrifter som kan inverka på handeln med den andra parten i ett så tidigt skede som möjligt.³¹⁵ För gränsöverskridande handel med tjänster³¹⁶ skulle regleringssamarbete kunna innebära att parterna exempelvis delar information med varandra för att uppmuntra utvecklingen av innovativa tjänster.

³⁰⁹ Art. 21.2 CETA.

³¹⁰ Gemensamt tolkningsinstrument om det övergripande avtalet om ekonomi och handel (Ceta) mellan Kanada och Europeiska unionen och dess medlemsstater.

³¹¹ Art. 21.2.p.6 CETA.

³¹² Art. 21.4 CETA.

³¹³ Se även avsnitt 7.4 i denna utredning.

³¹⁴ Art. 2.9.2, WTO:s avtal om tekniska handelshinder, TBT-avtalet, hämtad från https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm

³¹⁵ Art. 21.4 d CETA.

³¹⁶ Kap. 9 CETA.

6.3.1 Forum för regleringssamarbete

Forumet för regleringssamarbete³¹⁷ (forumet) inrättas som en specialiserad kommitté³¹⁸ för att underlätta regleringssamarbete i CETA. Enligt avtalet ska det vara ett forum för diskussion av bland annat:

- Regleringspolitiska frågor av ömsesidigt intresse som parterna fastställt bland annat genom samråd med civilsamhället.
- Bistå enskilda tillsynsmyndigheter vid identifieringen av potentiella partners för samarbete.
- Granska regleringsalternativ som en part föreslår samarbete om.
- Uppmuntra utvecklingen av bilateralt samarbete³¹⁹ till exempel avseende erfarenhets- och informationsutbyte mellan EU och Kanada vid utarbetande av föreskrifter.

Ordförandeskapet för forumet för regleringssamarbete kommer att utövas gemensamt av en högt uppsatt företrädare för Kanadas regering och en företrädare på hög nivå från kommissionen.³²⁰ Kontaktpunkt för EU:s del är kommissionens generaldirektorat för inre marknaden, industri, entreprenörskap samt små och medelstora företag (DG GROW).³²¹

De exakta formerna och principerna för hur forumet för regleringssamarbete kommer att arbeta är inte klara ännu utan kommer enligt kommissionen att tas fram när forumet har haft sitt första möte.³²² Formaliseringen och omfattningen av det regleringssamarbete som EU och Kanada enats om i CETA är del av de nyare, modernare frihandelsavtal som kommissionen förhandlar och forumet för regleringssamarbete och dess arbete en ny företeelse.

6.3.2 Remissinstansernas synpunkter

Livsmedelsverket har i sitt yttrande beskrivit hur de deltar i regleringssamarbete med Kanada och på vilken nivå det utgår ifrån. Regleringssamarbetet på livsmedelsområdet kring ekvivalens för ekologisk produktion regleras sedan år 2008 i en bilaga till tillämpningsföreskrifter för import av ekologiska produkter från tredje

³¹⁷ Artikel 21.6 CETA.

³¹⁸ Artikel 26.2.1 h CETA.

³¹⁹ Art. 21.6.2 a-d CETA.

³²⁰ Art. 21.6.p.3 CETA.

³²¹ Art. 21.9 CETA.

³²² Jämför art. 21.6.4 (a) CETA samt uppgifter från kommissionen, Dnr 2016/02150-27 och 2016/02150-75.

land.³²³ Ekvivalensbedömningar utförs av kommissionen tillsammans med två medlemsstater där Sverige har varit en av två rapportörer för Kanada. Detta innebär att Sverige ansvarat för att gå igenom och jämföra den kanadensiska lagstiftningen och kontrollsystemet med EU:s motsvarigheter.

Livsmedelsverket påpekar i sitt yttrande att livsmedelslagstiftningen i mycket hög grad är EU-harmoniserad och att utrymmet för att införa nya eller ändrade regler styrs av EU-regler och inte verkar komma att begränsas av CETA.³²⁴

Kemikalieinspektionen redogör i sitt yttrande att det finns ett väl fungerande regleringssamarbete inom området för kemikaliekontroll mellan EU och stater från alla världsregioner särskilt inom OECD och FN. Dessa etablerade samarbetsformer är viktiga då EU har en stark kemikalielagstiftning samt är drivande i den globala utvecklingen av kemikalier regelverk. Enligt Kemikalieinspektionen sker arbetet öppet och med möjlighet till insyn från allmänheten. Kemikalieinspektionen känner inte till något samarbete som baseras på ramverket från 2007 men deltar i samarbete inom globala organ som OECD, WTO och FN. Under den globala kemikaliestrategin deltar Sverige som en del av EU och även Kanada är en aktiv intressent. I arbetet med den globala kemikaliestrategin³²⁵ deltar civilsamhällets organisationer och industrin på samma villkor som länderna. Enligt Kemikalieinspektionen är detta arbete öppet och allmänheten ges insyn i det.

Kemikalieinspektionen anser vidare att det är viktigt att arbetet under CETA avtalet sker på ett transparent sätt och inte försvagar det globala samarbetet om kemikalier i vilket EU och Kanada redan deltar. Kemikalieinspektionen anser att det finns en potentiell risk för att det globala samarbetet försvagas och även för fördröjningar i regelutvecklingen i EU. Utifrån avtalet finns det dock, enligt Kemikalieinspektionen, även potential för samarbete på ett tidigt stadium för att ta fram förslag om frågor av gemensamt intresse.

Kemikalieinspektionen gör avslutningsvis bedömningen att, utifrån de försäkringar som görs i CETA:s tolkningsinstrument och kollegiets förklaringar, det inte bör finnas någon risk att svensk nationell lagstiftning försenas eller försvåras på grund av CETA.³²⁶

³²³ Kommissionens förordning (EG) nr 1235/2008 av den 8 december 2008 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 834/2007 vad gäller ordningen för import av ekologiska produkter från tredjeländer (EUT L 334, 12.12.2008, s. 25–52).

³²⁴ Dnr 2016/02150-65.

³²⁵ Strategic Approach to International Chemicals Management (SAICM).

³²⁶ Dnr 2016/02150-70.

Läkemedelsverket redogör i sitt yttrande för befintligt regelsamarbete mellan den europeiska läkemedelsmyndigheten EMA och kommissionen som har ett avtal med sin kanadensiska motsvarighet, *Health Canada*, om informationsutbyte av ansökningar, farmakovigilans etc. samt ett ömsesidigt erkännande avtal om god tillverkningssed. Avtalet har sin grund i ramverket från 2007 och har utvecklats ur det.³²⁷

Skillnaden i det nya annexet till CETA som rör god tillverkningssed och inspektioner är enligt Läkemedelsverket att analyskrav försvinner vid import och att krav på inspektion tillkommer vid förhandsgranskning av tillverkning innan beslut om godkännande av ett läkemedel.

Utöver det regleringssamarbete som pågår mellan EU och Kanada och som kommer att införas i CETA finns det även icke-bindande, informellt och praktiskt samarbete mellan regleringsmyndigheter som är medlemmar i PIC³²⁸ där både Kanada och Sverige är medlemmar. Det finns också en överenskommelse om informationsutbyte mellan *Health Canada* och Läkemedelsverket som fortsätter att gälla när CETA träder i kraft. Överenskommelsen har i praktiken inte medfört något omfattande informationsutbyte.

Läkemedelsverket kan i dagsläget inte se några risker med utökat regleringssamarbete inom ramen för CETA.

Naturvårdsverket har i sitt yttrande identifierat ett fåtal miljöområden där det idag finns nära och aktivt samarbete med Kanada, t.ex. under Arktiska rådet. Det anses dock oklart hur framgångsrikt ett utvidgat partnerskap kan bli.

Vilken effekt CETA får på samarbetet och kan förväntas ha på nationellt lagstiftningsarbete kommer enligt Naturvårdsverket sannolikt till stor del bero på utformningen av mandaten för de olika organ som ska upprättas enligt avtalet. Vidare gör Naturvårdsverket i sitt yttrande bedömningen att det är svårt att i dagsläget uttala sig om lagstiftningen för t.ex. miljöskydd kan försvåras av regleringssamarbete i CETA. Det är avhängigt om Kanada i stor utsträckning utnyttjar sina möjligheter att komma med synpunkter på tilltänkt EU-lagstiftning och nationell lagstiftning i enskilda medlemsländer. Om så är fallet kan det innebära att framtagande av lagstiftning kan komma att ta längre tid än i dag. Naturvårdsverket bedömer risken för detta som relativt begränsad³²⁹.

³²⁷ 2016/02150-73.

³²⁸ *Pharmaceutical Inspection Convention*.

³²⁹ Dnr 2016/02150-45.

Energimyndigheten redogör i sitt yttrande för diverse internationella samarbeten där representanter från Energimyndigheten och Kanada ingår.

CETA utgör en grund för fördjupad samverkan och ökat kunskapsutbyte, vilket bedöms som positivt. Utifrån beskrivningen av det regulativa samarbetet verkar det nuvarande samarbetet inte påverkas, däremot kan arbetet utökas och intensifieras och nya samverkansföretag kan bli aktuella vilket skulle kunna kräva ytterligare resurser från Energimyndighetens sida.

Energimyndigheten ser begränsade risker med att det regulativa arbetet inom forumet för regleringssamarbete skulle kunna försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning.³³⁰

Jordbruksverket redogör om ett område för regleringssamarbete under Veterinäravtalet som ingicks 1998, varpå en förvaltningskommitté (*Joint Management Committee*) inrättades och i den ingick representanter för båda parter. Dessutom inrättades år 2007 en "*Animal welfare technical working group*" bestående av representanter för parterna på expertnivå. Sverige har, genom Jordbruksverket deltagit i förvaltningskommittémöten med Kanada under veterinäravtalet. Det är kommissionens generaldirektorat för jordbruksfrågor (DG AGRI) som representerar EU vid dessa möten och ibland deltar även en representant för ministerrådet. EU och Kanada brukar enas om en handlingsplan och informera varandra om pågående lagstiftningsarbete och kommande ändringar i SPS-lagstiftningen, med fokus på sådana ändringar som berör handeln mellan EU och Kanada.³³¹

Folkhälsomyndigheten välkomnar ett forum för att diskutera regulativa policyfrågor i den mån det inte utgör ett dubbelarbete i förhållande till redan befintliga forum. Myndigheten ser dock en risk i att den granskning som beskrivs, beroende på hur den utformas, skulle kunna innebära en förlängd tidsram för lagstiftningsprocessen. Särskilt i den mån det krävs att reglering tas fram för att åtgärda brådskande problem. Dessutom ser myndigheten en risk i att det blir ytterligare ett forum att konsultera under processen av att ta fram nya regler, utöver den process som sker genom direktiv 2015/1535 och WTO:s TBT-avtal.

Boverket deltar inte i regleringssamarbete som följer av ramverket från 2007 men som Boverket ändå anser har betydelse. Boverket representerar bland annat Sverige i det internationella forumet i IRCC³³² som samlar

³³⁰ Dnr 2016/02150-54.

³³¹ Dnr 2016/02150-56

³³² *Inter-Jurisdictional Regulatory Collaboration Committee*,

ett dussintal länder som har funktionsbaserade istället för detaljreglerande byggregler där även Kanada deltar. Möten hålls årligen och teman för dem har skiftat genom åren, de senaste tre har varit brand, befintligt byggnadsbestånd och energieffektivisering. Boverket gör bedömningen att forumet för regleringssamarbete inte borde leda till svårigheter för utveckling av det nationella regelverket eftersom det finns ett samarbete där länderna redan idag drar nytta av varandras erfarenheter.

Transportstyrelsen redogör i sitt yttrande att det finns ett regleringssamarbete för vägfordon och fordonskomponenter genom en överenskommelse inom UNECE från år 1998. Transportstyrelsen kan inte se att det samarbetet påverkas eller några risker med forumet för regleringssamarbete. Transportstyrelsen poängterar dock att det är viktigt att forumet för regulativt samarbete beaktar överenskommelsen inom UNECE så att det inte uppstår dubbelarbete.

Swedac svarar att ackreditering är myndighetsutövning inom Europa men det globala samarbetet är privaträttsligt. Det innebär att de samarbeten Swedac har är regelsamarbete men inte bindande för staterna om det inte finns ett mellanstatligt avtal om ömsesidighet. Samarbetet globalt bygger på referentbedömningar för att garantera likvärdighet av ackrediteringar i alla deltagande länder. Dessa referentbedömningar leder till privaträttsliga multilaterala avtal om ömsesidig acceptans av ackrediterade provningar, kontroller, och certifieringar. Swedac gör bedömningen att CETA kommer att underlätta acceptansen i Kanada av resultatet från svenska ackrediterade organ.

Arbetsmiljöverket deltar i en rad internationella fora inom exempelvis EU, ESF och ILO, men inte inom särskilda bilaterala eller multilaterala avtal. Ett regelsamarbete med Kanada inom produktsäkerhetsområdet och arbetsmiljöområdet är positivt eftersom det kan leda till gemensamt lärande och ge bättre förutsättningar för frihandel och rörlighet mellan EU och Kanada. Det är dock viktigt att samarbetet inte leder till sämre skydd för arbetstagare – varken på produkt- eller arbetsmiljösidan - eller betydligt försenade lagstiftningsprocesser på EU-nivå. Om dialog med Kanada genomförs parallellt med det förberedande regelarbetet inom EU torde avtalet dock inte leda till förseningar i någon större mån. Eventuell direktkontakt med den kanadensiska systemmyndigheten för ömsesidigt lärande på lagstiftningsområdet ser Arbetsmiljöverket inte som problematiskt.

6.3.3 Kollegiets sammanfattande bedömning

Utifrån de synpunkter som kollegiet inhämtat från de olika myndigheterna verkar regleringssamarbetet mellan EU och Kanada vara formaliserat i varierande utsträckning beroende på område och att ramverket från 2007 har utnyttjats i olika grad. Detta styrks av att de tillfrågade myndigheterna har visat varierad kännedom om ramverket. I vissa fall har ramverket lett till regleringssamarbete, till exempel avseende ekologisk ekvivalens. I andra fall samarbetar EU:s tillsynsmyndigheter med Kanada via andra nätverk snarare än direkt med varandra, till exempel på kemikalieområdet. Enligt remissmyndigheterna som redan i dag deltar i regleringssamarbete med Kanada är den generella bilden att CETA inte kommer att ändra förutsättningarna för samarbetet.

Som nämnts ovan har Naturvårdsverket i sitt yttrande utgått ifrån att nationell lagstiftning omfattas av regleringssamarbetet inom CETA. I det sammanhanget har de uttryckt farhågor att nationell lagstiftning kan komma att försenas men gjort bedömningen att risken för att Kanada skulle utnyttja sina möjligheter till att komma med synpunkter på tilltänkt EU-lagstiftning och nationell lagstiftning bedöms som relativt begränsad.³³³

Här vill kollegiet poängtera att allt regleringssamarbete är *frivilligt*. Som beskrivits ovan är kollegiets slutsats att det regleringssamarbete som avses i CETA är tänkt att ske på EU-nivå.³³⁴ Detta stöds av de yttranden som myndigheterna lämnat och som bekräftar att regleringssamarbete med Kanada hittills i princip skett enbart på EU-nivå, det vill säga via kommissionen eller ansvarig EU-myndighet och inte direkt mellan svenska myndigheter och Kanada. Kollegiet har även, som nämnts ovan, tagit del av senare utkast till andra frihandelsavtal som Europeiska kommissionen förhandlat, exempelvis frihandelsavtalet mellan USA och EU. I det står explicit att det är EU-lagstiftning som avses när det gäller regleringssamarbete. Kollegiet bedömer därför att de farhågor som Naturvårdsverkets yttrande ger uttryck för bedöms som mycket små.

Kollegiets bedömning är att forumet för regleringssamarbete dels kommer fungera som en katalysator för att hitta samarbetspartners i frågor där det finns samsyn, dels erbjuda möjlighet till diskussion om specifika regleringsfrågor där båda parter kan tjäna på samarbete. Denna bedömning styrks både av det Gemensamma tolkningsinstrumentet och den bild av det pågående regleringssamarbetet som remissmyndigheterna gett uttryck för.

³³³ Dnr 2016/02150-45.

³³⁴ Artikel 21.6.p.3 och Artikel 21.9 (*contact points*), CETA.

De myndigheter som kollegiet inhämtat synpunkter från har alla gjort bedömningen att det finns begränsad eller ingen risk alls för att regleringssamarbetet och forumets arbete direkt skulle kunna komma att försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning. En farhåga som en handfull av myndigheterna gett uttryck för i sina svar hänför i huvudsak till vilka resurser som kan krävas av de myndigheter som har ett marknadskontrollansvar och hur CETA kommer att överensstämja med andra bilaterala regleringssamarbeten där Sverige och Kanada är part.

Sverige har genom sitt EU-medlemskap gett Europeiska unionen rätten att förhandla frihandelsavtal med tredje land.³³⁵ Ett sådant frihandelsavtal, i det här fallet CETA, reglerar EU:s förhållande till tredje land och inte respektive medlemsstats förhållande till tredje land.

De begränsningar som finns för svensk lagstiftningsprocedur följer således direkt av medlemskapet i EU och inte av de frihandelsavtal som EU förhandlar. Det finns alltid en teoretisk risk att medlemsstaternas lagstiftningsprocedurer kan försenas exempelvis till följd av att det arbetas med harmoniserad lagstiftning på EU-nivå eller att nationella tillämpningsföreskrifter kan komma att försenas till följd av den ordinarie lagstiftningsprocessen inom EU. Däremot finns det enligt kollegiet inget som talar för att de diskussioner som förs i forumet för regleringssamarbete i praktiken skulle kunna försena eller försvåra EU-lagstiftning och i förlängningen svensk lagstiftning.

6.4 Civilsamhällets förutsättningar att påverka forumet för regleringssamarbete

I detta avsnitt resonerar kollegiet kring dels hur relevanta aktörer i det civila samhället kan ges förutsättningar att påverka forumet för regleringssamarbete som inrättas genom CETA, dels hur andra aktörer än företag kan garanteras insyn och möjlighet till påverkan. Kollegiet kan enbart i mycket begränsad utsträckning lämna egna förslag kring hur förutsättningarna för insyn och påverkan kan öka. Detta beror dels på kollegiets begränsade kunskap i frågor om delaktighet för civilsamhället, men även på att kommissionen, som ansvarar för konsultationer med civilsamhället, ännu inte har några färdiga planer kring forumets arbetssätt.³³⁶

³³⁵ Art. 218, Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

³³⁶ Art. 21.6. 4. a.

6.4.1 Samrådsformer i CETA

I CETA finns det bestämmelser om samråd med det civila samhället i flera kapitel, både i kapitlet om regleringssamarbete³³⁷ och i de kapitel som behandlar handel och hållbar utveckling³³⁸, handel och arbete³³⁹ och handel och miljö³⁴⁰.

Samrådsformer i kapitlet om regleringssamarbete

Enligt kapitlet om regleringssamarbete kan kommissionen och Kanada samråda med intressenter och berörda icke-statliga aktörer för att inhämta synpunkter på frågor som rör genomförandet av kapitlet om regleringssamarbete. I avtalet nämns företrädare för den akademiska världen, tankesmedjor, icke-statliga organisationer, företag, konsumenter och andra organisationer. Samrådet får genomföras på ett sådant sätt som parterna finner lämpligt,³⁴¹ vilket lämnar utrymme för tolkning av vilka procedurer, informationsvägar eller under vilka former samråd faktiskt kan ske. Genom kapitlet skapas forumet för regleringssamarbete som bland annat har som uppgift att utgöra ett forum för diskussion av regleringspolitiska frågor av ömsesidigt intresse som parterna fastställt t.ex. genom samråd med civilsamhället. Se beskrivning ovan under avsnittet 6.3.1.

Som tidigare lyfts fram har kollegiet varit i kontakt med kommissionen som bekräftar att samråd i CETA framförallt är tänkt att ske på EU-nivå, inte medlemsstatsnivå.³⁴² Kommissionen har i samtal med kollegiet lämnat uppgifter om att de befintliga samrådsmekanismerna som finns för frihandelsavtal tillsammans med de forum som inrättas genom avtalet kommer att vara utgångspunkten för att ge civilsamhället möjlighet till insyn och påverkan av tillämpningen av avtalet. Kommissionen underströk dock att parterna inte hunnit diskutera de praktiska aspekterna kring avtalets tillämpning ännu.

Kollegiet gör därför bedömningen att de i avtalet skapade samrådsformerna samt kommissionens egna samrådsmekanismer är tillämpliga när det är fråga om möjligheter för civilsamhället att kunna påverka forumet för regleringssamarbete. De samrådsmekanismer som kommissionen använder *inför* förhandlingar av ett frihandelsavtal är bland annat öppna konsultationer, regelbundna dialog-möten med

³³⁷ Kap. 21 CETA.

³³⁸ Kap. 22 CETA.

³³⁹ Kap. 23 CETA.

³⁴⁰ Kap. 24 CETA.

³⁴¹ Art. 21.8 CETA.

³⁴² Dnr 2016/02150-27.

civilsamhället och hållbarhetskonsekvensutredningar som förankras i civilsamhället.³⁴³

Samtidigt är det rimligt att anta att kommissionen kommer att konsultera medlemsstaterna inför diskussioner i forumet för regleringssamarbete. Civilsamhället och andra intressenter kan därför ha ett intresse av att påverka även de svenska ståndpunkter som förs fram, vilket lämpligen görs i dialog med Regeringskansliet. Kollegiet noterar att regeringen, bland annat mot bakgrund av utredningen ”EU på hemmaplan” och ”EU-handslaget”, har en uttalad ambition att stärka möjligheterna till delaktighet för civilsamhället i frågor som beslutas på EU-nivå.³⁴⁴ Kollegiet har dock valt att inte göra någon analys av de vägar som finns eller planeras för samråd mellan Regeringskansliet och civilsamhället, utan fokuserar helt på möjligheter till samråd direkt med kommissionen.

Samrådsformer i kapitlen om handel och hållbar utveckling, miljö och arbete

Nedan redogör kollegiet för ytterligare mekanismer, utöver forumet för regleringssamarbete, som ger det civila samhället möjlighet att påverka implementeringen av CETA vilka har införts under avtalets hållbarhetskapitel.

Hållbarhetsbestämmelserna i CETA

CETA innehåller tre kapitel med hållbarhetsrelaterade bestämmelser: kapitel 22 om handel och hållbar utveckling, kapitel 23 om handel och arbete samt kapitel 24 om handel och miljö. Kapitel 22 reglerar horisontella frågor och skapar gemensamma institutionella mekanismer för implementering av alla tre hållbarhetskapitel. I artikel 22.5 skapas forumet för civilsamhället (*Civil Society Forum*) som ett instrument för dialog med det civila samhället i EU och Kanada. Under kapitel 23 och 24 etableras vidare konsultationsmekanismer i form av nationella rådgivande grupper (artikel 23.8 och artikel 24.13).

Nationella rådgivande grupper (National Advisory Groups)

I tillämpning av åtagandena i kapitlen 23 och 24 om arbete och miljö bör parterna samarbeta med rådgivande grupper på nationell nivå. Detta kan göras genom befintliga konsultationsstrukturer eller genom nya mekanismer. Dessa mekanismer bör omfatta oberoende representanter för civilsamhället, med balanserad deltagande av alla relevanta

³⁴³ European Commission, *Factsheet Transparency in EU trade negotiations*.

³⁴⁴ SOU 2016:10, ”EU PÅ HEMMAPLAN”, EU-handslaget
<http://www.regeringen.se/regeringens-politik/eu-handslaget/>

intressen.³⁴⁵ Nationella rådgivande grupper möjliggör också för det civila samhället att lämna synpunkter eller rekommendationer kring alla frågor som rör dessa kapitel på eget initiativ.

Kommissionen har informerat kollegiet att ansvaret för de rådgivande grupperna ligger på kommissionen och att de kommer att publicera information om möjligheten att lämna intresseanmälan att delta i de nationella rådsgrupperna.³⁴⁶

Forumet för civilsamhället (Civil Society Forum)

Forumet för civilsamhället består av representanter från civilsamhällets organisationer från båda avtalsparter, inklusive de som deltar i de nationella rådgivande grupperna för miljö- och arbetsrättsliga frågor. Huvudsyftet med forumet för civilsamhället är att skapa dialog kring hållbarhetsrelaterade aspekter av avtalet.³⁴⁷ Parterna bör främja ett balanserat deltagande i forumet, så att alla relevanta intressen, inklusive arbetsgivare, fackliga organisationer, arbets- och näringslivsorganisationer samt miljöorganisationer och andra relevanta civilsamhällesorganisationer är representerade. Forumet för civilsamhället sammankallas en gång om året, om inte annat överenskommits.³⁴⁸

6.4.2 Kollegiets dialog med företrädare för det svenska civilsamhället

Som nämnts i avsnitt 6.3.1 kommer forumet för regleringssamarbete att ha uppgifter som är både direkt kopplade till produktreglering, till exempel potentiella samarbetsområden för specifika tekniska föreskrifter, men också frågor om samarbete kring forskning och informationsutbyte till exempel när det gäller djurskydd.

För att diskutera dessa frågor bjöd kollegiet i mars 2017 in representanter för det civila samhället, arbetsmarknadens parter och näringslivsorganisationer till ett dialogmöte om samråd kring frihandelsavtal i stort och samrådsprocesser inom ramen för CETA. Vid dialogmötet framfördes många reflektioner avseende möjligheten att påverka frihandelsavtal. Det gällde främst organisationernas begränsade

³⁴⁵ Den nationella rådgivande gruppen för arbetsrättsliga frågor som nämns i artikel 23.8.4 omfattar arbetsgivare, fackliga organisationer, arbets- och näringslivsorganisationer och andra relevanta civilsamhällesorganisationer. Den nationella rådgivande gruppen för miljö som nämns i artikel 24.13.5 avses specifikt miljöorganisationer, näringslivet och andra relevanta intressenter.

³⁴⁶ Kommerskollegiums Diarie nr: 2016/02150-75.

³⁴⁷ Art. 22.5.1. CETA.

³⁴⁸ Art. 25.5.2. CETA.

resurser, behov av att få komma in tidigt i EU:s process för att förhandla frihandelsavtal, större öppenhet kring avtalstexter och lättare tillgång till mer information.

Flera av organisationerna som deltog i dialogmötet arbetar med specifika områden, till exempel miljö- och djurskydd eller mänskliga rättigheter som enligt kollegiets uppfattning också kan avspegla intresset att samråda och påverka. Det mest praktiska exemplet som kom fram vid mötet är att ingen av de deltagande organisationerna för fram synpunkter kring varureglering i frihandelsavtal.

Det är kollegiets uppfattning att de flesta organisationer som deltog på dialogmötet snarare arbetar med påverkansarbete inom de områden som täcks av hållbarhetskapitlet i frihandelsavtal än med regulativa frågor.

Det var också flera som uttryckte att de hade svårt att se att de skulle kunna bidra med teknisk expertis i regulativa frågor. En representant för en organisation berättade att de snarare jobbar med opinionsbildning än att ge input i de samrådsmekanismer som tillhandahålls då de saknar den specifika kompetensen.

Kollegiet uppfattar att de flesta organisationer känner till kommissionens ordinarie samrådsmekanismer men att de föredrar att vända sig till svenska beslutsfattare eller använda sig av eventuella paraplyorganisationer eller sina Brysselkontor som vägar för påverkan. De deltagande organisationerna verkade se sin roll som att bidra till påverkansarbete vad beträffar handel generellt, samt att bistå med kunskap om sina sakfrågor nationellt och internationellt. Detta gjorde de genom påverkansarbete mot bland annat svenska beslutsfattare samt gentemot det land som EU förhandlade med.

Som ett led i att stärka kollegiets arbete med att identifiera svenska intressen inför kommande frihandelsavtalsförhandlingar har kollegiet tagit initiativ till att bredda sina externa samråd. Genom att ta in synpunkter från civilsamhället, arbetsmarknadens parter och näringslivsorganisationer kommer kollegiet på ett ännu bättre sätt kunna bistå regeringen med underlag för att ta fram svenska ståndpunkter.

Deltagarna ställde sig positiva till kollegiets initiativ till samråd, både under förhandlingsfasen av frihandelsavtal och även avseende påverkansmöjligheter inom ramen för CETA. Flera av organisationerna visade även ett tydligt intresse för hållbarhetsfrågor i frihandelsavtal och även den dimension som avtalets tillämpningsfas möjliggör.

6.4.3 Kollegiets sammanfattande bedömning och rekommendationer

Kollegiet bedömer att det finns ett intresse hos en del organisationer att engagera sig mer i detalj, till exempel avseende skyddsnivåer inom olika områden. Flera av organisationerna upplever emellertid att avsaknaden av transparens, till exempel i form av tillgång till förhandlingstexter, begränsade resurser och kunskaper i handelspolitiska sakfrågor gör det svårt att delta i påverkansarbete. De deltagande organisationerna underströk vikten av att få komma in tidigt i diskussionerna kring frihandelsavtal samt öppenhet kring avtalstexter. Kollegiet delar denna uppfattning men understryker att det inte går att dra några långtgående slutsatser enbart baserade på dialogmötet eftersom endast ett fåtal organisationer deltog.

Utifrån kollegiets analys finns det två vägar för civilsamhällesorganisationer och andra externa aktörer att påverka tillämpningen av CETA. Det är dels forumet för regleringssamarbete och dels de nationella rådgivande grupperna.

Forumet för regleringssamarbetes uppgift är som redan nämnts ovan att både diskutera regleringsförslag där parterna kan samarbeta såväl som att utbyta information om t.ex. forskning och djurskydd. Utifrån diskussionerna vid dialogmötet verkar flertalet av de deltagande organisationerna ha ett fokus för sin verksamhet som ligger närmare det påverkansarbete som omfattas av hållbarhetskapitlen än det regulativa.

Kollegiet har även tillfrågat ett antal myndigheter³⁴⁹ som också kan förväntas ha en mer integrerad roll i regleringssamarbetet mellan EU och Kanada om hur de arbetar med samråd och vilka mekanismer de använder. Enligt dessa använder de sig ofta av seminarier, referensgrupper, information på myndighetens hemsida, nyhetsbrev eller ordinarie remissrundor för att samråda med civilsamhället kring sitt arbete.

Utifrån de diskussioner som fördes under dialogmötet med det civila samhället och arbetsmarknadens parter verkar de deltagande organisationerna vara mer benägna att använda de mekanismer som skapas under hållbarhetskapitlen i CETA. Detta stöds av uppgifter från de deltagande organisationerna avseende vilka frågor de vill och kan påverka.

³⁴⁹ Boverket, Transportstyrelsen, Swedac, Folkhälsomyndigheten, Strålsäkerhetsmyndigheten, Arbetsmiljöverket och Inspektionen för vård och omsorg har svarat på Kommerskollegiums inbjudan att lämna synpunkter.

Med anledning av att frihandelsavtalen utvecklas och numera omfattar fler områden föreslår kollegiet att vägarna för insyn och påverkan för civilsamhället bör ses över. Kommissionens ordinarie mekanismer *inför* förhandlingar med bland annat öppna konsultationer, dialogmöten och hållbarhetskonskvensutredningar behöver uppdateras och kompletteras så de även inkluderar frihandelsavtalens tillämpning.

De påverkansmekanismer som skapas i de nya frihandelsavtalens hållbarhetskapiel kan enligt kollegiet vara mer användbara i ett horisontellt perspektiv för att erbjuda delaktighet för det civila samhället.

Kollegiet vill understryka att det är viktigt att kommissionen tar ett samlat grepp och även förtydligar de vägar som finns för möjlighet för civilsamhället att påverka frihandelsavtal *i kraft*. Det är problematiskt att kommissionens befintliga dokument³⁵⁰ kring transparens avseende frihandelsavtal främst fokuserar på förhandlingsfasen.

Kollegiets bedömning är att relevant och lättillgänglig information är en förutsättning för civilsamhällets engagemang i frihandelsavtal. För CETA:s del har kommissionen och Kanada publicerat ett tolkningsinstrument för att underlätta förståelsen av avtalet. Kollegiets bedömning är dock att tolkningsdokumentet, såsom avtalstexterna, är tekniskt och kan vara svårt att ta till sig om man inte har kännedom om sakfrågorna. En rekommendation från kollegiet är därför att kommissionen tar fram en lathund som är tillgänglig för en större krets av intressenter, däribland civilsamhället. Framtagandet av ett sådant dokument skulle också ligga i linje med kommissionens handlingsplan ”Handel för alla” som lanserades i oktober 2015.³⁵¹

³⁵⁰ European Commission, *Factsheet Transparency in EU trade negotiations*.

³⁵¹ Europeiska kommissionen, *Handel för alla*, oktober 2015.

Ärendet har avgjorts av generaldirektören Anna Stellingner i närvaro av enhetscheferna Michael Koch och Oscar Wåglund Söderström, chefsjuristen Anna Renman, utredarna Ingrid Berglund, Linda Bodén, Anna Egardt, Jonas Hallberg och Camilla Prawitz samt ämnesrådet Anna Sabelström, föredragande. I den slutliga handläggningen har även deltagit enhetschefen Tanja Rasmusson, ämnesråden Ulf Eriksson, Kristina Olofsson, Magnus Rentzhog och Karolina Zurek.

Anna Stellingner

Anna Sabelström

Bilagor

- | | |
|----------|---|
| Bilaga 1 | Regeringsuppdraget |
| Bilaga 2 | Brev från Kommerskollegiums GD till myndigheterna |
| Bilaga 3 | Myndigheternas yttranden till Kommerskollegium |
| Bilaga 4 | Några sektorer i Sverige som omfattas av standstill- och ratchet-klausulerna |
| Bilaga 5 | Utlåtande av Lone Wandahl Mouyen vid juridiska fakulteten på Köpenhamns universitet |



KOMMERSKOLLEGIUM	
För åtgärd till.....	
Ink	2016 -12- 3 0
Dnr	2016/02150

Kommerskollegium
Box 6803
113 86 Stockholm

Uppdrag att göra en analys av frihandels-avtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA)

Regeringens beslut

Regeringen uppdrar åt Kommerskollegium att göra en analys av frihandels-avtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) avseende bestämmelserna om investeringsskydd inklusive domstolslösningen (Investment Court System), offentlig upphandling, miljö- och hälsorelaterade frågor och tjänstehandel samt forumet för regleringssamarbete.

Kommerskollegium ska analysera bestämmelserna om investeringsskydd och domstolslösningens effekter på svensk lagstiftning, svenskt policyutrymme och svenska skyddsnivåer; särskilt möjligheten att utan krav på kompensation från investerare införa strikt lagstiftning om förnybar energi, natur- och miljöhänsyn vid gruvverksamhet, kemikalier, integritetsfrågor och djurskydd. Kollegiet ska även analysera möjligheterna att införa eller bevara monopol och andra allmännyttiga företag, t.ex. allmänintressebolag.

Kommerskollegium ska analysera frihandelsavtalets effekter på möjligheten att använda offentlig upphandling för att främja djurskydd och användningen av ekologiska, miljöanpassade och rättvisemärkta varor. Kollegiet ska även analysera avtalets potentiella effekter för svenskt lantbruk och svensk livsmedelsproduktion till följd av slopade tullar för kanadensiskt kött.

Kommerskollegiums analys ska vidare belysa hur tvistlösning mellan en investerare och en stat skulle hanteras i följande konkreta fall. Analysen bör utgå från artikel 8.12 och bilaga 8 A i CETA och beskriva under vilka förutsättningar åtgärderna nedan kan bedömas som indirekt expropriation.

- Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför miljökrav på energiområdet som är striktare än i övriga EU, t.ex. höjningar i elcertifikatsystemet, högre kvotplikt på förnybara bränslen eller lokala krav i offentliga upphandlingar på ökande grad av förnybar energi i byggnader?
- Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför ett förbud mot näringsverksamhet i skyddade områden om sådan drift anses vara negativ för natur- eller kulturmiljön i området i fråga eller där Sverige inför regler om att ökad hänsyn ska tas till rennäring och samisk kultur?
- Hur skulle en tvist mellan en investerare och en stat bedömas utifrån en situation där Sverige inför ett förbud mot specifika kemikalier eller krav i offentlig förvaltning som utesluter vissa kemikalier vars potentiella risk är fastställd men vars farlighet inte är helt vetenskapligt fastställd?

Kommerskollegium ska härutöver analysera följande.

- Hur påverkar de så kallade ratchet-klausulerna och stand-still-bestämmelserna, i kombination och var för sig, Sveriges möjligheter och förmåga att återreglera privatiserade marknader och bevara eller återinföra monopol eller andra allmännyttiga företag, framför allt i känsliga sektorer, kommunikations-, transport- och posttjänster, handel med läkemedel och alkoholförsäljning?
- Vilka sektorer undantas från tjänsteliberalisering i enlighet med undantaget om tjänster som tillhandahålls i samband med utövandet av statliga befogenheter (det s.k. "public sector carve-out")?

Kommerskollegium ska vidare analysera riskerna för att forumet för regleringssamarbete, som inrättas genom frihandelsavtalet, och det arbete som ska bedrivas där kan komma att försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning. Kommerskollegium ska lämna förslag på dels hur relevanta aktörer i det civila samhället kan ges förutsättningar att påverka forumet, dels hur andra aktörer än företag kan garanteras insyn och möjlighet till påverkan, t.ex. genom regelbundna möten eller genom digitala lösningar.

I Kommerskollegiums uppdrag ingår att, inom de frågor som täcks av uppdraget, belysa och definiera vilka risker som finns när det gäller bestämmelser om investeringsskydd inklusive domstolslösningen samt svensk lagstiftning och svenskt policyutrymme. I uppdraget ingår även att lämna förslag på hur riskerna kan minimeras genom reglering och andra åtgärder.

Kommerskollegium ska under arbetets gång samråda med Naturvårdsverket, Kemikalieinspektionen, Statens energimyndighet, Statens jordbruksverk, Socialstyrelsen, Läkemedelsverket och Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket, Livsmedelsverket och andra berörda myndigheter. Kollegiet ska också efterhöra synpunkter från relevanta akademiska institutioner.

Kommerskollegium ska senast den 1 maj 2017 lämna en skriftlig rapport med redovisning av uppdraget till Regeringskansliet (Utrikesdepartementet).

Ärendet

Europeiska unionens råd beslutade den 28 oktober 2016 att underteckna och provisoriskt tillämpa CETA. I samband med besluten antogs ett juridiskt bindande och klargörande tolkningsinstrument samt ett antal ensidiga deklarationer. CETA undertecknades den 30 oktober 2016 av EU, dess medlemsstater och Kanada.

Regeringen beslutade den 30 juni 2016 att ge Kommerskollegium i uppdrag att analysera frihandelsavtalet CETA:s eventuella effekter på miljön, människors och djurs hälsa och demokratiskt beslutsfattande (diarienummer UD/11892/AME). Kollegiet redovisade uppdraget i augusti 2016 (diarienummer UD/14133/AME). Analysen gjordes i samverkan med relevanta expertmyndigheter, bland annat Naturvårdsverket och Kemikalieinspektionen.

Regeringen bedömer att det finns ett behov av en fördjupad analys av frihandelsavtalet. Det finns även ett behov av att analysera de möjligheter att reglera och vidta andra åtgärder som avtalet medger.

På regeringens vägnar

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Ann Linde'.

Ann Linde

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Kristin Eckardt Johannsen'.

Kristin Eckardt Johannsen

Kopia till

Statsrådsberedningen SAM
Statsrådsberedningen EUK
Finansdepartementet SFÖ
Finansdepartementet OFA
Finansdepartementet BA
Utrikesdepartement RS
Utrikesdepartement AME
Utrikesdepartement MK
Justitiedepartementet EU
Socialdepartementet FS
Socialdepartementet SFT
Miljödepartementet I
Miljödepartemente MM
Miljödepartemente KE
Miljödepartemente EE
Näringsdepartementet FÖF
Näringsdepartementet SUN
Näringsdepartementet EUI
Näringsdepartementet RS
Utbildningsdepartementet RS
Kulturdepartementet D
Kulturdepartementet DISK
Kulturdepartementet RS
Arbetsmarknadsdepartementet IE
Arbetsmarknadsdepartementet ARM
Naturvårdsverket
Kemikalieinspektionen
Statens energimyndighet
Statens jordbruksverk
Socialstyrelsen
Läkemedelsverket
Upphandlingsmyndigheten
Konkurrensverket
Livsmedelsverket

Kopians överensstämmelse
med originalet intygas





SKRIVELSE

2017-01-19 Dnr 3.4.2-2016/02150-2

Enligt sändlista

Inbjudan till samråd med myndigheter - Regeringsuppdrag till Kommerskollegium avseende analys av frihandelsavtalet CETA

Kommerskollegium har fått i uppdrag av regeringen att göra en analys av frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA). Analysen ska innefatta bestämmelserna om investeringsskydd inklusive domstolslösningen (Investment Court System), offentlig upphandling, miljö- och hälsorelaterade frågor och tjänstehandel samt forumet för regleringssamarbete. I uppdraget ingår att under arbetets gång samråda med ett antal namngivna myndigheter, relevanta akademiska institutioner samt övriga myndigheter som kan vara berörda.

Kommerskollegium ska senast den **1 maj 2017** lämna en skriftlig rapport med redovisning av uppdraget till Regeringskansliet. Se närmare om uppdraget som bifogas.

För att inhämta myndigheternas synpunkter föreslår vi följande tillvägagångssätt:

Steg 1: Ett besök hos er för att informera om och diskutera CETA. På mötet har ni möjlighet att ställa frågor till våra experter.

Steg 2: Kollegiet skickar en remiss till er med frågor som berör era sakområden i relation till regeringsuppdraget. Vi emotser därefter ett formellt yttrande med era synpunkter på de områden där ni har sakexpertis, dock **senast den 15 mars 2017**.

För att boka in och diskutera upplägget av mötet kommer ämnesrådet Anna Sabelström att kontakta er. **För att göra mötet hos er så effektivt som möjligt, ber vi att indikera vilka frågor/sakområden som ni önskar att diskutera på mötet.** Vid frågor kontakt gärna anna.sabelstrom@kommers.se, tel 073 424 4843.

Anna Stellingner

Generaldirektör

Bilagor
Regeringsuppdraget
Sändlista

Sändlista

Naturvårdsverket

Kemikalieinspektionen

Statens Energimyndighet

Statens jordbruksverk

Socialstyrelsen

Läkemedelsverket

Upphandlingsmyndigheten

Konkurrensverket

Livsmedelsverket

Justitiekanslern

Göteborgs universitet

Lunds universitet

Stockholms universitet

Uppsala universitet

Myndigheter som kollegiet har begärt samråd med – inkomna yttranden och synpunkter biläggs

Arbetsmiljöverket
Boverket
Elsäkerhetsverket¹
Energimyndigheten
Folkhälsomyndigheten
Göteborgs universitet
Inspektionen för vård och omsorg
Jordbruksverket
Justitiekanslern
Kemikalieinspektionen
Konsumentverket¹
Konkurrensverket
Livsmedelsverket
Läkemedelsverket
Lunds universitet²
Naturvårdsverket
Socialstyrelsen
Stockholms universitet
Strålskyddsmyndigheten
Swedac
Transportstyrelsen
Upphandlingsmyndigheten
Uppsala universitet

¹ Har inte svarat på kollegiets remiss.

² Har svarat att de inte har några synpunkter.

Från: Anne-Sofie.Daleng@av.se
Skickat: den 12 april 2017 10:14
Till: Heidi Lund; Linda Bodén
Ämne: Svar på frågor beträffande frihandelsavtal med Kanada

Hej!

Se svar från AV nedan:

1. Deltar ni redan i ett befintligt regelsamarbete med Kanada (andra externa parter) inom ert område? Hur ser detta samarbete ut? Om/hur inkluderar ni relevanta intresseorganisationer i detta samarbete?

Arbetsmiljöverket deltar inte i ett befintligt regelsamarbete med Kanada.

2. Deltar ni i samarbeten/institutioner inom ramen för befintliga internationella avtal/konventioner? Inom vilka avtal? Hur ser detta samarbete ut? Om/hur inkluderar ni relevanta intresseorganisationer i detta samarbete?

Arbetsmiljöverket deltar i en rad internationella forum under t ex EU, ESF och ILO, men inte inom särskilda bilaterala eller multilaterala avtal.

3. Om tillämpligt, -Hur påverkas/ändras det nuvarande samarbetet när CETA träder ikraft?

Inte tillämpligt, se ovan.

4. Ser ni några risker med att det regulativa arbetet inom forumet för regleringssamarbete skulle kunna försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning? Om tillämpligt, exemplifiera både risker och eventuella förslag för att motverka dessa.

Både på produktsäkerhetsområdet och arbetsmiljöområdet bidrar en gemensam lagstiftning på EU-nivå till att säkra en lägsta nivå av säkerhet för arbetstagare och understödja den fria rörligheten. Ett regelsamarbete med Kanada på dessa områden är positivt eftersom det kan leda till gemensamt lärande och ge bättre förutsättningar för frihandel och rörlighet mellan EU och Kanada. Det är dock viktigt att samarbetet inte leder till sämre skydd för arbetstagare – varken på produkt- eller arbetsmiljösidan – eller betydligt försenade lagstiftningsprocesser på EU-nivå. Eftersom arbetsmiljölågstiftningen på EU-nivå är minimilagstiftning har Sverige möjlighet att genomföra lagstiftning med högre skyddsnivå nationellt. Vi genomför EU-lågstiftningen i våra föreskrifter men är inte beroende av den på ett sätt som leder till att Sverige får stora problem om EU-lågstiftningen eventuellt skulle försenas något på grund av ett bilateralt regelsamarbete. När det gäller produktsäkerhet är det viktigt att lagstiftningen håller samma takt som den tekniska utvecklingen och ett bilateralt regelsamarbete bör inte leda till förseningar. Om dialog med Kanada genomförs parallellt med det förberedande regelarbetet inom EU torde avtalet dock inte leda till förseningar i någon större mån.

Eventuell direktkontakt mellan Arbetsmiljöverket och vår kanadensiska systemmyndighet för ömsesidigt lärande på lagstiftningsområdet ser vi inte som problematiskt.

Hur organiserar ni kontakter/genomför konsultationer med relevanta intresseorganisationer på ert område inom ramen för lagstiftningsprocesser på EU-nivå, respektive nationell nivå?

Arbetsmiljöverket har nära kontakt och samråd med arbetsmarknadens parter och branschorganisationer i vårt regelarbete, både under utformningen av regelverket, vid remittering av förslag till föreskrifter och vid kommunikation av nya regler. Processen med nationella partssamråd är den samma, oberoende av om lagstiftningen representerar implementering av EU-lagstiftning eller ej. Vid framtagande av ny eller ändrat EU-lagstiftning deltar AV i olika expertkommittéer på EU-nivå.

6. Hur engagerar ni relevanta intresseorganisationer i ert internationella samarbete på området? (dvs. inte bara inom ramen för det regulativa samarbetet)

På produktområdet finns samråd mellan AV och olika kontrollorgan relaterade till regelverket (maskiner, tryckkärl osv.). Det genomförs även kommunikationsinsatser.

På arbetsmiljöområdet har Arbetsmiljöverket regelbundna samrådsmöten med arbetsmarknadens parter inför alla möten i Rådgivande kommittén för arbetsmiljöfrågor (trepartskommitté under KOM som bistår KOM i alla arbetsmiljöfrågor – lagstiftning och policyn - på EU-nivå). AV är dessutom nationell focal point i samarbetet med Europeiska arbetsmiljöbyrån (en EU-myndighet med trepartsstyre) och har i det sammanhanget ett nära och regelbundet samarbete med både parterna och Prevent, AFA försäkring och Sunt arbetsliv. I samband med AV:s generella partssamråd ges dessutom övrig information om vårt internationella arbete, bland annat inom Plattformen mot odeklarerat arbete och Senior Labour Inspectors Committee, och parterna ges möjlighet att komma med inspel och synpunkter.

7. Använder ni er av några verktyg för kommunikation/samråd med civilsamhället som skulle kunna användas för att påverka forumet för regulativt samarbete?

AV använder inga specifika verktyg för kommunikation/samråd utöver fysiska möten, mail, brev och webbinformation.

Mvh
Anne-Sofie Daleng

Anne-Sofie Daleng
Senioranalytiker

Arbetsmiljöverket
Avdelningen för internationella frågor
112 79 Stockholm
Telefon +46 10 730 98 99
Mobile phone: +46 73 707 92 89
anne-sofie.daleng@av.se

Det regulativa samarbetet för varor i frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA)

Boverket har utgått från de ställda frågorna, samt efter kommunikation med Kommerskollegium särskilt tittat på eventuell påverkan på Boverkets marknadskontrollansvar för byggprodukter.

Svar på Kommerskollegiums frågor

1. Deltar ni redan i ett befintligt regelsamarbete med Kanada (andra externa parter) inom ert område? Hur ser detta samarbete ut? Om/hur inkluderar ni relevanta intresseorganisationer i detta samarbete?

Den så kallade Inter-Jurisdictional Regulatory Collaboration Committee, IRCC, samlar dussintal länder som har funktionsbaserade istället för detaljreglerande byggregler. Både Kanada och Sverige (genom Boverket) är med i kommittén. Möten hålls årligen och teman för dem har skiftat genom åren, de senaste tre har varit brand, befintligt byggnadsbestånd och energieffektivisering. Berörda intresseorganisationer och myndigheter informeras genom Boverkets befintliga nätverk/kontakter och beror på vilket tema som gäller. (www.ircc.info)

2. Deltar ni i samarbeten/institutioner inom ramen för befintliga internationella avtal/konventioner? Inom vilka avtal? Hur ser detta samarbete ut? Om/hur inkluderar ni relevanta intresseorganisationer i detta samarbete?

Vi har inte kunnat identifiera ytterligare samarbetspunkter att rapportera.

3. Om tillämpligt, -Hur påverkas/ändras det nuvarande samarbetet när CETA träder ikraft?

Samarbetet borde inte påverkas, åtminstone inte negativt.

4. Ser ni några risker med att det regulativa arbetet inom forumet för regleringssamarbete skulle kunna försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning? Om tillämpligt, exemplifiera både risker och eventuella förslag för att motverka dessa.

Eftersom det finns ett samarbete där länderna redan idag drar nytta av varandras erfarenheter inom området utveckling av byggregler, borde forumet inte leda till svårigheter för utveckling av det nationella regelverket.

5. Hur organiserar ni kontakter/genomför konsultationer med relevanta intresseorganisationer på ert område inom ramen för lagstiftningsprocesser på EU-nivå, respektive nationell nivå?

Berörda intresseorganisationer och myndigheter informeras genom Boverkets befintliga nätverk/kontakter genom rutiner som beror på vad frågan gäller. Nya nationella regler brukar stämmas av under framtagandet, samt genom remisshantering. Lagstiftningsprocesser på EU-nivå hanteras främst av departementet, inte myndigheten, men även här håller Boverket berörda intressenter informerade när så är möjligt.

6. Hur engagerar ni relevanta intresseorganisationer i ert internationella samarbete på området? (dvs. inte bara inom ramen för det regulativa samarbetet)

På samma sätt som i det regulativa samarbetet, dvs. genom befintliga informationskanaler eller i direkt kontakt med berörda intresseorganisationer då sådana kan identifieras. Boverket informerar även till viss del aktuella frågor genom nyhetsbrev och på myndighetens webbplats.

7. Använder ni er av några verktyg för kommunikation/samråd med civilsamhället som skulle kunna användas för att påverka forumet för regulativt samarbete?

Vi förstår inte riktigt frågan. Boverket har idag flera mer eller mindre fasta referensgrupper med deltagare som representerar såväl centrala myndigheter som länsstyrelser och kommuner men även olika bransch- och intresseorganisationer.

Kommentar om byggprodukter och marknadskontroll

Avtalet anges omfatta även byggprodukter. Formuleringarna i artiklarna om produkter och marknadskontroll kretsar kring begreppet bedömning av överensstämmelse. Begreppet härstammar från den så kallade nya metoden och är således inte tillämplig för byggprodukter, eftersom de täcks av byggproduktförordningen (EU) nr 305/2011 som inte är en nya metoden-rättsakt. Byggproduktförordningen innehåller inte produktkrav, utan endast krav på att produkternas egenskaper ska dokumenteras på ett harmoniserat sätt. Metoderna för att bedöma byggprodukternas egenskaper finns i harmoniserade standarder.

Byggprodukter som omfattas av en harmoniserad standard måste vara försedda med en prestandadeklaration och vara CE-märkta när de tillhandahålls på den inre marknaden. Boverket tolkar bestämmelserna i avtalet som att Kanada kommer att ansluta sig till den inre marknaden på ett liknande sätt som Turkiet har gjort, dvs. anta EU-lagstiftning om produkter och kvalitetsinfrastruktur, särskilt när det gäller CE-märkningskrav, anmälda organ, marknadskontroll, ackreditering, standardisering, metologi och ömsesidigt erkännande på det icke-harmoniserade området. För byggprodukter innebär det att byggproduktförordningen kommer att gälla fullt ut och medföra krav på dokumentation i form av prestandadeklaration och CE-märkning. För att

kunna upprätta sådan dokumentation måste tillverkaren i vissa fall vända sig till ett anmält organ för att utföra vissa bedömningar. Ett anmält organ är vanligen bedömt genom ackreditering. Ackreditering av kanadensiska organ i anmälningssyfte kommer att underlätta vägen till den europeiska inre marknaden för kanadensiska tillverkare, eftersom nödvändiga bedömningar/provningar kan genomföras av inhemska organ.

I dagsläget är byggprodukter från Kanada per definition importerade, vilket innebär vissa begränsningar för marknadskontrollen. Om Kanada genom avtalet ansluter sig till den europeiska inre marknaden blir marknadskontrollen troligen mer effektiv. Boverket har goda erfarenheter av samarbete med marknadskontrollmyndigheter i andra länder anslutna till den inre marknaden.

Sara Elfving
Utredare

Analysavdelningen
Klaus Hammes
016-544 21 14
Klaus.Hammes@energimyndigheten.se

Kommerskollegium
Anna Sabelström
Box 6803
11386 Stockholm

Samråd angående regeringsuppdrag till Kommerskollegium om ” Att göra en analys av frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA)”

Sammanfattning

- *Energimyndigheten har inga synpunkter att redovisa*
- *Energimyndigheten vill dock påpeka att ett ökat regulatoriskt samarbete med Kanada liksom med andra länder eller områden kan kräva ökade resurser*
- *Kraven i kapitel 4 gällande ömsesidigt erkännande inom marknadskontroll innebär också utökade arbetsuppgifter och ett ökat resursbehov*

Energimyndighetens ställningstagande

Kommerskollegium ska inom ramen för regeringsuppdrag ” Att göra en analys av frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA)” samråda med bl a Energimyndigheten.

Energimyndigheten har i dagens läge inga samarbeten med Kanada specifikt. Däremot finns internationella samarbeten där Energimyndigheten ingår liksom representanter för Kanada.

Energimyndigheten deltar i samarbetsorganet SEAD Initiative (Super-efficient Appliance Deployment) där bl.a. även EU-kommissionen och Kanada deltar. Genom SEAD genomförs erfarenhets- och kunskapsutbyte samt globala tekniktävlingar för produkter och arbetet har stark koppling till regelsamarbete om produkter. I arbetet ingår samverkan mellan tekniska experter och ”policy makers” om insatser och t.ex. utveckling av harmoniserade standarder och kriterier för produkter, dessa kan ligga till grund för lagkrav inom ekodesign och energimärkning både i EU och i Kanada. Energimyndigheten samverkar med intresse- och branschorganisationer när behov av samverkan identifieras.

CETA utgör en grund för en fördjupad samverkan och ökat kunskapsutbyte, vilket bedöms positivt men kräver resurser. Utifrån beskrivningen av det regulatoriska

samarbetet verkar det nuvarande samarbetet inte påverkas, däremot kan arbetet utökas och intensifieras och nya samverkansfora bli aktuella vilket skulle kräva ytterligare resurser från Energimyndighetens sida,.

De krav som ställs genom kapitel 4 gällande ömsesidigt erkännande inom marknadskontroll innebär också utökade arbetsuppgifter för Energimyndigheten. Energimyndigheten är marknadskontrollmyndighet för alla produkter som regleras under ekodesign- och energimärkningsdirektiven, varav en majoritet ingår i CETA. I Energimyndighetens budgetunderlag 2018-2020 anges att ökade medel på förvaltningsanslag är en förutsättning om myndigheten ska kunna ta sig an nya eller utökade uppdrag

Energimyndigheten ser begränsade risker med att det regulativa arbetet inom forumet för regeringssamarbete skulle kunna försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning, Sverige har generellt få nationella lagstiftningar på Energimyndighetens område som skulle kunna beröras, de flesta utgår från EU-krav.

Beslut i detta ärende har fattats av stf avdelningschefen Gustav Ebenå
Föredragande har varit chefsekonomen Klaus Hammes.


Gustav Ebenå
Klaus Hammes



Folkhälsomyndigheten

Kommerskollegium

Linda.boden@kommerskollegium.se

Handläggare

Beatrice Tander Gellerbrant

Diarienummer

00594-2017-1.1.3

Ert diarienummer

3.4.2-2016/02150

Datum

2017-03-16

Sida

1(1)

Folkhälsomyndighetens synpunkter gällande Kommerskollegiums samråd om det regulativa samarbetet för varor i frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA)

Folkhälsomyndigheten har beretts tillfälle att inkomma med synpunkter angående rubricerade remiss och har följande att anföra:

Remissen besvaras utifrån det perspektiv som myndigheten företräder. Myndigheten har valt att lämna synpunkter på frågorna 2, 4 och 5 i förfrågningsunderlaget.

Deltar ni i samarbeten/institutioner inom ramen för befintliga internationella avtal/konventioner? Inom vilka avtal? Hur ser detta samarbete ut? Om/hur inkluderar ni relevanta intresseorganisationer i detta samarbete?

Sverige (Socialdepartementet) deltar som Focal Point i arbetet med WHO FCTC, Ramkonvention för tobakskontroll. Folkhälsomyndigheten är departementet behjälpligt i att ta fram de underlag som krävs inför COP-möten och hjälper departementet med att besvara de enkäter som skickas till deltagande länder kring hur långt SE kommit i efterlevnaden av det ramkonventionen vill uppnå. Vi är inte ansvariga utan agerar på begäran av Socialdepartementet.

Ser ni några risker med att det regulativa arbetet inom forumet för regleringssamarbete skulle kunna försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning? Om tillämpligt, exemplifiera både risker och eventuella förslag för att motverka dessa.

Den utveckling som sker inom tobaksområdet sker inom ramarna för EU-direktiv. Här behöver EU ta ställning till dessa intressen i arbete med direktivet, det är därmed inte en fråga för respektive medlemsstat. Inom alkoholområdet har myndigheten inga internationella konventioner eller EU-direktiv att förhålla oss till när det gäller dryckesbestämmelser genom Sveriges monopollösning. När det gäller alkohol som teknisk sprit eller alkoholhaltiga preparat finns det EU-rättsliga regler som vi behöver förhålla oss till genom EU-förordningar. Dessa förhandlas också fram genom kommissionens försorg och SE agerar inte självständigt.

Folkhälsomyndigheten ser dock en risk t ex i den granskning som beskrivs, beroende på hur den utformas, i det fall en sådan granskning skulle innebära en förlängd tidsram för lagstiftningsprocessen. Särskilt i den mån det krävs att reglering tas fram för att åtgärda brådskande problem. Dessutom ser myndigheten en risk i att det blir ytterligare ett forum att konsultera under processen av att ta fram nya regler, utöver den process som sker genom direktiv 2015/1535 och TBT-avtalet. Ett forum för att diskutera regulativa policyfrågor är välkommet i den mån det inte utgör ett dubbelarbete i förhållande till redan befintliga forum.

Hur organiserar ni kontakter/genomför konsultationer med relevanta intresseorganisationer på ert område inom ramen för lagstiftningsprocesser på EU-nivå, respektive nationell nivå? Genom de referensgrupper myndigheten har när vi jobbar fram myndighetsföreskrifter (nationell nivå).

Beslut om detta yttrande har fattats av chefsjuristen Markos Stavroulakis. I den slutliga handläggningen har enhetschefen Josefin Jonsson deltagit. Juristen Beatrice Tander Gellerbrant har varit föredragande.

Enligt Folkhälsomyndighetens beslut

Beatrice Tander Gellerbrant



**GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN**

**Juridiska institutionen
Handelshögskolan
Göteborgs universitet**

2017-03-15

I 2017/9

Re: Analysis of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)

Dear Sir or Madam,

I am writing in response to the request by the Swedish National Board of Trade, dated 20 January 2017, for the delivery of an opinion on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the European Union and its Member States, of the one part, and Canada, of the other part. The following contains a brief legal assessment of a number of concrete issues, which can be discerned from both, the writing of the National Board of Trade as well as the Swedish Government's decision that forms the basis for the comprehensive analysis of CETA.

In particular, the request concerns, first, the possibility of investors to claim damages in a situation where Swedish law prohibits or restricts private actors from carrying out business activities in the social welfare and the health sector by virtue of relying on indirect expropriation. From the Swedish Government's decision it appears furthermore that it is of interest to examine whether restrictions in a tender for public procurement in these sectors may give rise for a claim based on indirect expropriation. Secondly, the National Board of Trade inquires what role the legitimate expectations of investors play for the establishment of fair and equitable treatment under CETA. The present opinion is limited to these aspects.

Preliminary considerations

It must at this stage be recalled that the request for an opinion as well as the Swedish Government's decision is concerned with the possibility of a Canadian investor to invoke its rights under the CETA investment chapter against Sweden, and the resulting ramifications for the Swedish policy and regulatory framework. In the context of this exercise, it is relevant to assess the investor's position only in as far as substantive standards of investment protection, and in particular indirect expropriation and fair and equitable treatment can be invoked in an investment dispute before the investment court system, which CETA pertains to establish. Notably, therefore, while restrictions in the form of environmental requirements or, indeed, restrictions on private entities to carry out business activities in the social and health sector might in principle fall under Article 8.4, where they form part of the public procurement process, market access it generally excluded from the scope of investor-state dispute resolution under CETA. In accordance with Article 8.18 investor-state dispute settlement, including proceedings before the investment court, is limited to claims

brought under sections C and D.

It is, furthermore, important to reiterate cautious remarks, which I have already expressed in the context of an earlier opinion to the Swedish National Board of Trade on the impact of CETA on the regulatory policy space in Sweden. International agreements, by their very nature, expose contracting states to international responsibility for the breach of international commitments. Particularly with respect to expropriation, there is extensive arbitral and judicial practice confirming the right to protection from expropriation without prompt and adequate compensation, both directly and indirectly, in international law. Additionally, as an EU Member State Sweden is not only subject to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in the context of which the concept of indirect expropriation was already embraced within the framework of the right to property,¹ but also the European Charter of Fundamental Rights, which equally extends a right to property protection (Article 17 of the Charter of Fundamental Rights or the European Union) and is enforceable by individuals before the national and European courts.²

Indirect expropriation

Article 8.12 CETA prohibits the expropriation of covered investments, directly or indirectly, unless it is in accordance with the conditions set out therein. Annex 8-A, Article 1(b) defines indirect expropriation as follows:

“indirect expropriation occurs if a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure.”

Article 3 of Annex 8-A furthermore stipulates that,

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

Lastly, in determining whether a measure or series of measures amounts to indirect expropriation for the purpose of Article 8.12 CETA, its object, context and intent must be taken into account (Article 2 (d), Annex 8-A). Unlike most investment agreements, CETA adopts a combination of a positive and negative definition of indirect expropriation. Positively, it is linked to the substantial deprivation of the investor's rights in the investment. Negatively, it clarifies that a measure or series of measures adopted for the protection of legitimate public welfare objectives do not amount to indirect expropriation unless they are manifestly excessive. The language follows closely Annex B13(1) of the 2004 Canadian Model BIT.

Arbitral practice has equally recognized the necessity of States to act in the public interest in particular through taxation and for the purpose of environmental protection.

¹ *Sporrong and Lönnroth v Sweden*, judgment of 23 September 1982, European Court of Human Rights, App no 7151/75 (A/52), para. 42.

² It remains, however, unclear to what extent indirect expropriation is covered by the EU Charter.

However, in the past there have been significant divergences in the approaches taken by investment tribunals. On the one hand, tribunals have focused exclusively on the deprivation of property, irrespective the nature or objective of the State measure.³ On the other hand, some tribunals have concluded that non-discriminatory measures, enacted for a public purpose and in accordance with due process fall outside the scope of indirect expropriation and do not, therefore, trigger an obligation of the state to pay compensation.⁴ In *Saluka*, for instance, the tribunal stated:

“the principle that a States does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are ‘commonly accepted as within the police power of the States’ forms part of customary international law today.”⁵

Notably, in this case the State measure led to the total deprivation of the investor’s property.

The above cases are emblematic of the inconsistency and uncertainty with respect to the scope of indirect expropriation and the type of disputes to which it gives rise. The approach taken in CETA, i.e. the attempt to positively define indirect expropriation and address the protection of legitimate public welfare objectives constitutes a reasonable response to these developments. Article 3 of Annex 8-A to CETA takes somewhat of a mixed approach. It does not determine that measures adopted for the protection of public welfare objectives fall outside the scope of indirect expropriation. Rather, it introduces another threshold for State measure pursuing such objectives. In light of the above, the relationship between Article 1(b) and Article 3 of Annex 8-A is perhaps best understood as follows. Wherever the respondent state can establish that the contested State measure indeed fulfils a public welfare objective, the investor will have to demonstrate two things. First, the investor must demonstrate that the measure amounts to substantial deprivation of the fundamental attributes of property. Arbitral practice has confirmed that a mere adverse economic effect on the investment is insufficient to demonstrate that a State measure amounts to indirect expropriation. Instead, the impact must be of some “magnitude or severity”⁶ in that “a significant degree of deprivation of fundamental rights of ownership is required”⁷. This standard was endorsed in subsequent awards.⁸ In particular *SD Myers* referred to a “lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights”⁹ vis-à-vis the investment.

Additionally, an investor under CETA has to demonstrate that the State measure is

³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v Republic of Costa Rica*, Award, 17 February 2000, (ICSID Case No ARB/96/1), para. 192; *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v Mexico*, Award, 29 May 2003, (ICSID Case No ARB (AF)/00/2), para. 121.

⁴ e.g. *Methanex Corporation v United States*, Award, 3 August 2005, UNCITRAL, Pt IV, Ch D, para. 7, “The principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are ‘commonly accepted as within the police power of the States’ forms part of customary international law today.”

⁵ *Saluka v Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, (UNCITRAL), para. 262.

⁶ *Pope and Talbot v Canada*, Interim Award, 29 June 2000, UNCITRAL, para. 96.

⁷ *Ibid.*, para. 88.

⁸ *Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador*, Award, 1 July 2004, London Court of International Arbitration (Case No UN 3467), para. 89; see also *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, Award, 12 May 2005, (ICSID Case No ARB/01/8), para. 263.

⁹ *S.D. Meyers, Inc. v. Canada*, Partial Award, 13 November 2000, UNCITRAL, para. 282.

‘manifestly excessive’ in cases concerning State measures that were adopted for the protection of public welfare objectives. No such additional threshold exists for the establishment of indirect expropriation in cases concerning State measures or a series of measures other than those fulfilling public welfare objectives.

Consequently, if Sweden was to impose environmental requirements in public tenders, or prohibit or restrict private actors to participate in business activities in the social welfare or health sector, these measures are generally subject to the prohibition of expropriation without compensation under Article 8.12 CETA. However, the burden of proof on the investor becomes significantly more onerous if Sweden can demonstrate that the measure fulfils a public welfare objective. It is in this respect relevant to note that Article 3 of Annex 8-A does not appear to be limited to the public welfare objectives expressly listed, i.e. health, safety and the environment.

Nonetheless, it must be emphasized that neither the health care nor the social welfare sector are generally excluded from the scope of Article 8.12, and are not the subject of reservations applicable in Sweden under CETA. It cannot, therefore, be assured that measures restricting or prohibiting the business activity of private individuals in those sectors will be considered to be based on public welfare objectives by the investment court, and will in any case depend on the particular circumstances and facts of every individual case. Therefore, although the threshold for indirect expropriation in CETA is considerably high, nothing in Article 8.12 CETA or Annex 8-A excludes Sweden’s liability to pay damages to an investor in cases where prohibitions or restrictions on the business activity in the health and social welfare sector substantially deprive the investor of its property.

Legitimate expectations

The ‘fair and equitable treatment’ (FET) standard can adequately be described as the most litigated and most controversial aspect of investment protection under the more than 3000 bilateral and regional investment agreements currently in place. Traditionally, investment agreements have not usually given content to this provision, and the few agreements that have attempted to provide a substantive definition are essentially a reaction to developments in arbitral practice, which has been the subject to significant criticism in this respect in recent years. Indeed, the North American Free Trade Agreement (NAFTA) is paradigmatic of the minimal approach taken to formulate FET. Article 1105.1 NAFTA reads: “Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security”. The vague and undefined formulation has invited investment tribunals to interpret FET extensively.¹⁰ Schill observed:

”So far it is only settled that fair and equitable treatment constitutes a standard that is independent from national legal order and is not limited to restricting bad faith conduct of host States. Apart from this minimal concept, however, its exact normative content is contested, hardly substantiated by State practice, and impossible to narrow down by traditional means of interpretative syllogism.”¹¹

¹⁰ Christopher Campbell, “House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 30(4), 2013, 361.

¹¹ Stephan Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press (2009), p. 263.

It is also clear, however, that it is the investor's 'legitimate expectation' that has developed to become the core element of the FET standard. Legitimate expectations of the investor are in this respect inextricably linked with a certain standard of transparency, which, at least since *Metaclad*,¹² appears to determine the very content of the FET standard. It is in particular *Tecmed*¹³ and subsequent awards that have become a particular cause of concern for host states. Here the tribunal stipulated that:

"The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations."¹⁴

Despite severe criticism of the onerous standard this imposes on the host state,¹⁵ i.e. to act consistency, without ambiguity and totally transparent, *Tecmed* was followed in numerous awards.¹⁶ Notably, in *Enron* the tribunal observed: "a key element of fair and equitable treatment is the requirement of a 'stable framework for investment'".¹⁷ The extension of the FET standard to recognise substantive legitimate expectations of investors has been met with much criticism in scholarship. Campbell, for instance, argues that this expansive reading has no footing in the international law from which the FET treaty standard has ultimately emerged.¹⁸ Similarly, Zeyl observes that the standard applied by investment tribunals disregards the scope of domestic doctrines recognising legitimate expectations and has, thus, been developed without support in international law.¹⁹

To be sure, more recent award have limited the scope of the transparency standard underlying FET and thereby somewhat curtailed the legitimate expectations of investors. Most importantly, the tribunal in *Saluka* concluded that:

"No investor may reasonable expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest

¹² *Metaclad Corp. V Mexico*, Award, 30 August 2000, (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), paras. 76 and 89.

¹³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v Mexico*, Award, 29 May 2003, (ICSID Case No ARB (AF)/00/2)

¹⁴ *ibid*, para. 154.

¹⁵ Douglas referred to it as "[a]ctually not a standard at all; it is rather a description of perfect public regulation in a perfect world, to which all states should aspire but very few (if any) will ever attain." See Zachary Douglas, "Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex", *Arbitration International*, Vol. 22(1), 2006, 27, at p. 28.

¹⁶ E.g. *Azurix Corporation v Argentine Republic*, Award, 14 July 2006, (ICSID Case No ARB/01/12), para. 262; *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, Award, 12 May 2005, (ICSID Case No ARB/01/8), para. 279; *Occidental Exploration and Production Company v Republic of Ecuador*, Award, 1 July 2004, London Court of International Arbitration (Case No UN 3467), para. 185; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile SA c Republic of Chile*, Award, 25 May 2004, (ICSID Case No ARB/01/7), para. 114.

¹⁷ *Enron Corporation and Ponderosa Assets LP v Argentine Republic*, Award, 22 May 2007, (ICSID Case No ARB/01/3), para. 262.

¹⁸ Campbell (2013), above n 9.

¹⁹ Trevor Zeyl, "Charting the Wrong Course: the Doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law", *Alberta Law Review*, Vol. 49, 2011-2012, 203.

must be taken into consideration as well [...] The determination of a breach of the [FET] therefore requires a weighing of the Claimant's legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interests on the other."²⁰

CETA Article 8.10 accords FET standard to investors and their covered investments. This provision is, however, anything but vague in its wording. Indeed, it attempts to clearly define its scope in paragraphs 2 through 6. Accordingly, FET under CETA encompasses:

“(a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; (b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings; (c) manifest arbitrariness; (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; (e) abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment.”

Unless revised in accordance with the procedure in paragraph 3, these grounds form the content of the CETA FET standard and, thus, the limit of its application. Furthermore, paragraph 4 expressly recognizes the role of the investor's legitimate expectations in determining a breach of Article 8.10 CETA.

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

At first sight, this reduces the role of legitimate expectation from its position as a primary to a secondary—indicative—aspect of FET. In other words, legitimate expectations are instrumental in the establishment of the existence of one of the above listed grounds for a breach of FET. Article 8.10(2)(b) CETA is perhaps of particular interest in this respect. Accordingly, legitimate expectations of the investor, and in particular specific representations made to the investor, may be indicative of a breach of due process, including a fundamental breach of transparency in administrative proceedings. The express link of the transparency requirement to due process, in conjunction with a heightened threshold, requiring a fundamental breach is a clear indication of a strict approach towards FET and the extent to which this provision protects the investor's legitimate expectations. Although it does not guarantee that the CETA investment court will apply a narrow interpretation of the transparency standard, it renders it increasingly difficult to justify such an approach in light of the express qualifications of Article 8.10 CETA. In any case it appears from Article 8.10(4) CETA that legitimate expectations are no longer at the core of the FET standard, in the sense that the protection of broad substantive expectations results directly from a wide transparency standard. Rather, legitimate expectations are of indicative value only, and, thus, precede the finding of a due process violation.

Three further points must be made. First, investment tribunals have been willing to demonstrate deference to interpretive declarations from the NAFTA Free Trade

²⁰ *Saluka v Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, (UNCITRAL), para. 304.

Commission,²¹ restricting the scope of the NAFTA FET standard explicitly to the minimum standard of treatment under international law.²² CETA also contains a mechanism, which allows binding interpretations to be adopted by the CETA Joint Committee. Article 8.31(3) CETA reads:

“Where serious concerns arise as regards matters of interpretation that may affect investment, the Committee on Services and Investment may, pursuant to Article 8.44.3(a), recommend to the CETA Joint Committee the adoption of interpretations of this Agreement. An *interpretation adopted by the CETA Joint Committee shall be binding on a Tribunal established under this Section*. The CETA Joint Committee may decide that an interpretation shall have binding effect from a specific date.” (emphasis added)

This interpretive safeguard in the hands of the Contracting Parties should guarantee that the FET standard is not excessively broadened but reflects in the interests of the Contracting Parties in the application of CETA. This is forceful tool to guarantee a balance between the regulatory interests of the host State and the legitimate and reasonable expectations of the investor.

Secondly, CETA recognises explicitly the host States’ right to regulate. Article 8.9(1) and (2) CETA read:

“For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.

For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor’s expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section.”

This further militates against a broad protection of substantive expectations of the investor on the basis of an implied assurance to provide a stable business environment. Rather, this clearly embraces the notion exposed in *Saluka* (see above) that the investor cannot reasonably expect the regulatory framework to remain in standstill.

Lastly, it is noteworthy that the status quo in arbitral practice is facilitated by the lack of an appeals body that could control coherence of decisions²³ and the consistency and soundness of legal reasoning in final awards. This is not, however, the case with CETA, which purports to set up an investment court system featuring a first instance tribunal and an appellate tribunal that is endowed with the power to hear disputes on errors in the application or interpretation of applicable law (Article 8.28.1 CETA). This structural feature safeguards that the interests of the contracting parties are taken

²¹ NAFTA Free Trade Commission, *Notes of Interpretation of Certain Ch. 11 Provisions*, 31 July 2001, “The concepts of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment.

²² *Glamis Gold Ltd v. United States*, Award, 8 June 2009, (UNCITRAL), para. 580.

²³ On inconsistencies in investment awards see Susan D. Franck, “Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, 2007-2008, 767.

into account in the interpretation of the FET standard in CETA and that a balance is struck between the interest of the investor and the legitimate interests of the host state to regulate in the public interest.

Conclusions

It is paramount to reiterate that CETA does not, and ultimately cannot, provide absolute guarantees for the interpretation and application of its investment protection provision vis-à-vis indirect expropriation and legitimate expectations. The extend of their content and scope is essentially determined by the investment court, which CETA purports to set up, in cases brought by investors within the framework of a particular set of facts and concerning a particular domestic regulatory or policy framework. Nonetheless, CETA responds to arbitral practice in both areas by adding significant detail and expressly retaining the States' right to regulate in the public interest.

Short of excluding the social welfare and health care sector Sweden is not prevented from introducing restrictions on the carrying out of business activities of private persons in these sectors. This being said, as long as restrictive national measures pursue genuine social welfare objectives, i.e. regulations in the public interest, any investor contesting these measures before the investment court system carries the burden of establishing that the restriction is 'manifestly excessive' in light of the objective that Sweden seeks to achieve. Only then will Sweden expose itself to the payment of damages to the investor for measures or a series of measures resulting in indirect expropriation of the covered investment. It is noteworthy, however, that the protection from indirect expropriation without compensation is not exclusive to CETA, but is equally protected under the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms, albeit subject to a different set of criteria.

With regards to the protection of the investor's legitimate expectations. The fair and equitable treatment standard included in CETA explicitly rejects the imposition of broad transparency standards on the host State and, thereby, curtails the scope of protection for the investor's substantive expectations. It appears that CETA embraces more restrictive interpretations in recent case law in an attempt to establish a balance between the legitimate interest of the State to regulate in the public interest and the investor's legitimate and reasonable expectations. To that extent, legitimate expectations under CETA are merely indicative of a violation of due process, rather than a consequence of the host States' failure to maintain the requisite level of transparency in administrative proceedings. It can be expected that this formulation is likely to limit the number and type of successful disputes brought on the basis of an alleged breach of the investor's legitimate expectations.

Structurally, the implemented appellate tribunal, together with the CETA Joint Committee's power to determine the interpretation of CETA provisions regarding investment protection provide further safeguards against the excessive interpretations of CETA's FET standard and the provision on indirect expropriation.



Thomas Erhag
Head of Department of Law

Hannes Lenk
Doctoral student

Avdelning öst
Caroline Sundholm

linda.boden@kommers.se

Remiss från Kommerskollegium, ”Det regulativa samarbetet för varor i frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada”, dnr 3.4.2-2016/02150

Inspektionen för vård och omsorg (IVO) har fått möjlighet att lämna synpunkter avseende frågeställningar som berör regulativt samarbete för varor inom ramen för frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA). IVO lämnar följande kommentarer till kollegiets frågor.

IVO har som huvuduppgift att utöva tillsyn över hälso- och sjukvården och socialtjänsten i Sverige samt pröva tillståndsansökningar för verksamheter på dessa områden.

IVO är även marknadskontrollmyndighet för egentillverkade medicintekniska produkter, d.v.s. sådana produkter som tillverkas inom hälso- och sjukvården för att uteslutande användas i den egna verksamheten. Detta innebär att IVO:s tillsyn av hur väl en viss produkt uppfyller kraven i regelverken begränsas till produkter som uteslutande tillverkas och används i Sverige. Dessa produkter släpps heller aldrig ut på marknaden.

Med bakgrund av detta så deltar IVO inte i något internationellt regelverksamarbete vad gäller hanteringen av egentillverkade medicintekniska produkter.

Beslut i detta ärende har fattats av avdelningschefen Sabina Wikgren Orstam. I den slutliga handläggningen har enhetschefen Lena Renman och t.f. avdelningsjuristen Lena Koepke Holmvall deltagit. Inspektören Caroline Sundholm har varit föredragande.

Inspektionen för vård och omsorg

Sabina Wikgren Orstam

Caroline Sundholm



YTTRANDE

Dnr 3.5.17-898/17

2017-03-14

Enheten för handel och marknad
 Fabian Nilsson
 Telefon: 036 – 15 52 45
 Mobil: 0703 – 50 11 52
 E-post: fabian.nilsson@jordbruksverket.se

Anna Sabelström, Kommerskollegium
 Kristina Olofsson, Kommerskollegium

Effekter på svenskt lantbruk och svensk livsmedelsproduktion till följd av förbättrat tillträde för kanadensiskt kött till EU-marknaden

Sammanfattning

- Jordbruksverket bedömer att svenskt lantbruk och svensk livsmedelsproduktion inte kommer att påverkas på något väsentligt sätt av de förbättringar av tillträdet till EU-marknaden för kanadensiskt kött som blir följden av EU:s frihandelsavtal med Kanada.
- De köttslag som Kanada har förutsättningar att öka exporten av till EU är framförallt nötkött och griskött. De tullkvotsvolymen som öppnas upp för dessa produkter är dock av begränsad storlek i förhållande till EU:s produktion och konsumtion.
- På den svenska marknaden finns betydande preferenser för svenskt kött. En eventuell ökning av importen av kött från Kanada kommer sannolikt i huvudsak konkurrera med import från andra länder.
- Avtalet innebär även öppningar för Sveriges och EU:s export av kött till Kanada.

Bakgrund

Regeringen har gett Kommerskollegium i uppdrag att göra en analys av vissa delar av frihandelsavtalet mellan EU och Kanada (UD2016/22542/HI, daterat den 22 december 2016). Kommerskollegium ska enligt uppdraget samråda med bland annat andra myndigheter i detta arbete och har bitt Jordbruksverket att inkomma med synpunkter rörande avtalets potentiella effekter för svenskt lantbruk och svensk livsmedelsproduktion till följd av förbättrat tillträde för kanadensiskt kött till EU:s marknad. Jordbruksverket har också blivit tillfrågat om huruvida verket har synpunkter på de delar av regeringsuppdraget som berör offentlig upphandling, men bedömt att det ligger utanför verkets kompetensområde.

Medgivanden på köttområdet till Kanada

Jordbruksverket har valt att koncentrera analysen på de fyra huvudsakliga köttslagen nötkött (inklusive kött av andra oxdjur än nötkreatur), griskött, får- och getkött samt fjäderfäkött.

Nötkött (inklusive kött av andra oxdjur än nötkreatur)

- EU inför en tullfri tullkvot för import av färskt eller kylt nöt- eller kalvkött (ex0201) samt färsk eller kyld njurtapp eller mellangärde av nöt eller kalv

(ex0206 10 95) från Kanada. Tullkvotsstorleken är 5 140 ton uttryckt i slaktviksekvivalenter vid avtalets ikraftträdande och ökar till 30 840 ton efter fem år i sex lika stora årliga steg där det första steget tas vid avtalets ikraftträdande. Till detta ska från och med avtalets ikraftträdande en volym på ytterligare 4 160 ton uttryckt i slaktviksekvivalenter tilläggas i form av Kanadas ”del ”av den så kallade ”hormontullkvoten” som EU har inrättat som kompensation till USA och Kanada till följd av att EU har förlorat tvistlösning inom WTO med länderna ifråga om EU:s förbud mot import av hormonbehandlat kött. ”Hormontullkvoten” har en bredare produktäckning än den tullkvot som nu införs enligt ovan (inkluderar även frysta produkter), men den är å andra sidan öppen för import från fler länder än Kanada. Den slutliga volymen på den sammanslagna tullkvoten blir 35 000 ton uttryckt i slaktviksekvivalenter.

- EU inför en tullfri tullkvot för import av fryst nöt- och kalvkött (ex0202), fryst njurtapp eller mellangärde av nöt eller kalv (ex0206 29 91), saltat, torkat eller rökt nöt- eller kalvkött (ex0210 20) samt saltade, torkade eller rökta slaktbiprodukter av nöt eller kalv (ex0210 99 51 och ex0210 99 59) från Kanada. Tullkvotsstorleken är 2 500 ton uttryckt i slaktviksekvivalenter vid avtalets ikraftträdande och ökar till 15 000 ton efter fem år i sex lika stora årliga steg där det första steget tas vid avtalets ikraftträdande.
- EU inför en tullfri tullkvot för import av färskt, kylt eller fryst bisonkött (ex 0201-ex0202), njurtapp och mellangärde av bisonoxe (ex0206 10 95 och ex0206 29 91), saltat, torkat eller rökt bisonkött (ex0210 20) samt saltade, torkade eller rökta slaktbiprodukter av bisonoxe (ex0210 99 51 och ex0210 99 59) från Kanada. Tullkvotsstorleken är 3 000 ton uttryckt i slaktviksekvivalenter och tullkvoten tillämpas till fullo från den dag då avtalet träder i kraft.
- En befintlig WTO-tullkvot på 11 500 ton uttryckt i produktvikt för import av färskt, kylt eller fryst kött av nötkreatur eller andra oxdjur (0201-0202) samt njurtapp eller mellangärde av nötkreatur eller andra oxdjur (0206 10 95 och 0206 29 91) från Kanada och USA görs tullfri vid import från Kanada. Tidigare låg tullnivån på 20 procent.
- EU inför vid avtalets ikraftträdande tullfrihet för import av beredda varor av nötkreatur och andra oxdjur (1602 50, 1602 90 61 och 1602 90 69), som exempelvis köttbullar och ”corned beef”, från Kanada.

Griskött

- EU inför en tullfri tullkvot för import av kött av tamsvin som är färskt, kylt eller fryst med undantag för hela eller halva slaktkroppar (0203 12 – 0203 19 och 0203 22 – 0203 29) samt saltad, torkad eller rökt skinka eller bog av tamsvin (0210 11) från Kanada. Tullkvotsstorleken är 12 500 ton uttryckt i slaktviksekvivalenter vid avtalets ikraftträdande och ökar till 75 000 ton efter fem år i sex lika stora årliga steg där det första steget tas vid avtalets ikraftträdande. Dessutom läggs en redan befintlig WTO-tullkvot för Kanada på 5 549 ton griskött uttryckt i slaktviksekvivalenter till den tullfria tullkvotsvolymen. Den tullkvoten hade

tidigare tullnivåer på mellan 233 och 434 euro per ton beroende på produkt och hade en något snävare produkttäckning än den nu instiftade tullkvoten.

- EU inför vid avtalets ikraftträdande tullfrihet för import av färska kyllda eller frysta hela eller halva slaktkroppar av tamsvin (0203 11 10 och 0203 21 10), saltat, torkat eller rökt kött av tamsvin av annan typ än skinka och bog (0210 12 – 0210 19), saltade, torkade eller rökta slaktbiprodukter av tamsvin (0210 99 41 och 0210 99 49) samt korv (1601) och beredda varor av svin (1602 41 – 1602 49 och 1602 90 51) från Kanada.

Får- och getkött

- EU inför vid avtalets ikraftträdande tullfrihet för import av färskt, kylt eller fryst kött av får eller get (0204) samt för berett kött eller beredda slaktbiprodukter av får eller get (1602 90 91 och 1602 90 95) från Kanada.
- EU avskaffar gradvis tullarna för saltat, torkat eller rökt kött av får eller get (0210 99 21 och 0210 99 29) från Kanada under sju år i lika stora årliga steg.

Fjäderfäkött

- EU undantar färskt, kylt eller fryst kött och ätbara slaktbiprodukter av höns och kalkoner (0207 11-0207 27) från liberaliseringar vid import från Kanada.
- EU avskaffar gradvis tullarna för saltad, torkad eller rökt fjäderfälever av annat slag än saltad, fet gås- eller anklever (0210 99 79) från Kanada under tre år i lika stora årliga steg.
- EU inför vid avtalets ikraftträdande tullfrihet för import av färskt, kylt eller fryst kött och ätbara slaktbiprodukter av ankor, gäss och pärlhöns (0207 41 – 0207 60), beredd gås eller anklever (1602 20 10) samt berett kött och övriga beredda slaktbiprodukter av fjäderfä (1602 31 – 1602 39) från Kanada.

Effekter för svenskt lantbruk och svensk livsmedelsproduktion

Kanada har på animalieområdet framförallt en konkurrenskraftig produktion av nötkött och griskött. Fjäderfäsektorn är däremot starkt skyddad i Kanada inom ramen för Kanadas system för utbudsreglering. Nedan analyseras effekterna av de marknadsliberaliseringar som EU ger Kanada för nötkött, griskött, får- och getkött samt fjäderfäkött i frihandelsavtalet mellan EU och Kanada.

Nötkött

Kanadas produktion av och handel med nötkött

Kanada var den elfte största producenten och sjätte största exportören av nötkött i världen 2016¹. Av den inhemska produktionen går cirka 45 procent på export.² USA är den viktigaste exportmarknaden. Drygt 70 procent av den kanadensiska nötköttsexporten går dit. Kina är den näst viktigaste exportmarknaden och tar emot cirka tio procent av Kanadas export. Exporten till EU är mycket blygsam och har under 2016 bara uppgått till

¹ United States Department of Agriculture

² Canadian Beef

några hundra ton³. Det motsvarar någon tiondels procent av Kanadas totala nötköttsexport. Under de senaste åren har exporten till EU minskat.

Nötköttsproduktionen i Kanada baseras till stor del på dikoproduktion. Det finns nästan fyra miljoner dikor och en miljon mjölkkor⁴ i Kanada. Dikoproduktionen sker huvudsakligen med extensiva produktionsmetoder där kalvarna föds under våren och går på bete tillsammans med korna under sommaren. Kalvarna slutuppföds därefter i så kallade ”feedlots”, där utfodring sker med spannmål och proteinfoder.

I Kanada är det förbjudet att använda tillväxthormoner eller antibiotika i förbyggande syfte eller tillväxtsyfte i mjölkproduktionen. I nötköttsproduktionen är det däremot tillåtet med både antibiotika i tillväxtsyfte och förebyggande syfte samt tillväxthormoner. Antibiotikaanvändningen i kanadensisk animalieproduktion är betydligt mer omfattande än i Sverige⁵, men det pågår en diskussion om att begränsa användningen⁶.

Effekter av frihandelsavtalet med Kanada

Priserna på nötkött i Sverige är bland de allra högsta i hela EU. För närvarande ligger det svenska producentpriset drygt 20 procent över genomsnittligt pris i EU⁷. Prisskillnaden har legat på dessa nivåer under snart två år. Trots prisskillnaderna har importen av nötkött till Sverige inte ökat nämnvärt. De höga priserna har inte heller lett till ökad inhemsk produktion (ungefär hälften av nötköttskonsumtionen i Sverige täcks av inhemsk produktion). Svag lönsamhet i mjölkproduktionen och lång tid mellan investering och att produktionen kommer ut på marknaden är några förklaringar till att nötköttsproduktionen inte har ökat i Sverige.

Det finns kapacitet i Kanada att fylla de tullkvoter som erbjuds i frihandelsavtalet och Kanada har god kunskap om export av nötkött. Kanadensiskt nötkött torde också uppfattas positivt av konsumenter i EU, då det förknippas med extensiva produktionsformer och en säker hantering i de olika förädlingsleden. Slutuppfödningen i ”feedlots” samt användningen av tillväxthormoner och antibiotika skulle däremot kunna leda till en mer negativ uppfattning av kanadensiskt nötkött bland konsumenterna i EU. Det kommer dock fortfarande att vara förbjudet att exportera hormonbehandlat kött från Kanada till EU även efter avtalets ikraftträdande.

Prognoserna för produktionsutvecklingen i Sverige pekar i nuläget mot en ökning av antalet kor för uppfödning av kalvar. När det gäller mjölkproduktionen finns det däremot inget som talar för ett ökat antal mjölkkor. Det väntas en fortsatt produktivitetsökning i mjölkproduktionen, vilket innebär att det behövs färre kor för att bibehålla nuvarande produktion av mjölk. Totalt sett väntas nötköttsproduktionen i Sverige ökat något i omfattning.

En avsevärd andel av de svenska konsumenterna har visat sig värdera svenskt nötkött betydligt högre än konkurrerande produkter från andra länder. Stora prisskillnader har inte

³ EU-kommissionen

⁴ Statistics Canada

⁵ Public Health Agency of Canada, “Canadian Antimicrobial Resistance Surveillance System – Report 2016”

⁶ Se till exempel <https://www.fcc-fac.ca/en/news/2016/Jul/06aa47a4d9c4403cb7c3acf97f72a548.html>

⁷ EU-kommissionen

lett till några större importökningar. Jordbruksverket bedömer inte att tullkvoterna för kanadensiskt nötkött kommer att få någon avgörande betydelse för utvecklingen på den svenska nötköttsmarknaden och det kommer enligt verkets bedömning fortfarande finnas utrymme för den förväntade ökningen av svensk nötköttsproduktion även efter att avtalet trätt i kraft. I vissa segment, främst ädla styckningsdetaljer, skulle det kunna komma import från Kanada, men inom dessa produktområden är det ett stort underskott på marknaden. Import från Kanada skulle sannolikt främst konkurrera med importerat kött från andra länder som till exempel från Irland. Det totala nyinstittade tullkvotsutrymmet för nötkött till EU i frihandelsavtalet mellan EU och Kanada motsvarar dock bara cirka 0,6 procent av EU:s produktion och konsumtion av nötkött 2016⁸.

Griskött

Kanadas produktion av och handel med griskött

Kanada har en omfattande produktion av griskött. Produktionsvärdet för griskött utgör cirka 30 procent av det totala värdet av köttproduktionen och cirka tio procent av det totala produktionsvärdet i hela jordbruket⁹ i Kanada. Produktionsvolymen för griskött i Kanada motsvarar knappt tio procent av motsvarande produktionsvolym i EU¹⁰. Bland de enskilda medlemsländerna i EU är det bara Tyskland, Spanien och Frankrike som har större produktion än Kanada. Kanadas export av griskött utgör cirka 60 procent av produktionen¹¹. De viktigaste köparna är USA, Japan och Kina. Kanadas export av griskött är ungefär hälften så stor som exporten från EU¹².

I Kanada är det tillåtet att fixera suggorna i samband med grisning och grisarna avvänjs efter tre till fyra veckor. Jämfört med Sverige har Kanada inte lika långtgående djurskyddskrav. I Sverige är fixering av suggor inte tillåten och avvänjning får som tidigast äga rum efter 28 dagar. Det är inte tillåtet att använda tillväxthormoner vid uppfödning av grisar i Kanada. Däremot kan kanadensiska grisuppfödare nyttja en annan tillväxtfrämjande substans vid namn ractopamine som inte är tillåten vid djuruppfödning i EU (substansen kan även användas vid uppfödning av nötkreatur och kalkoner). Ractopamine-behandlat kött får dock inte importeras till EU, vilket är något som inte påverkas av frihandelsavtalet mellan EU och Kanada. Därutöver kan antibiotika användas för att öka tillväxten hos grisar och för att förebygga sjukdomar i Kanada. Sett över tiden har användningen av antibiotika för att öka tillväxten blivit större¹³. Cirka 90 procent av alla grisuppfödare i Kanada använder antibiotika för att förebygga sjukdomar eller öka tillväxten. Antibiotikaanvändningen i kanadensisk animalieproduktion är betydligt mer omfattande än i Sverige¹⁴, men det pågår en diskussion om att begränsa användningen¹⁵.

⁸ EU-kommissionen, "Short-term Outlook for EU agricultural markets in 2017 and 2018 (winter 2017)"

⁹ Canada Pork International

¹⁰ EU-kommissionen

¹¹ Canada Pork International

¹² EU-kommissionen

¹³ The Canadian Integrated Program for Antimicrobial Resistance Surveillance, "Annual Report 2014"

¹⁴ Public Health Agency of Canada, "Canadian Antimicrobial Resistance Surveillance System – Report 2016"

¹⁵ Se till exempel <https://www.fcc-fac.ca/en/news/2016/Jul/06aa47a4d9c4403cb7c3acf97f72a548.html>

Effekter av frihandelsavtalet med Kanada

I Sverige har medvetenheten bland konsumenterna ökat om djurvälstånd och djurhälsa. Efterfrågan på griskött från länder med lägre krav än de som tillämpas i Sverige har därför minskat trots stor prisskillnad. I nuläget ligger producentpriset på griskött 20 procent högre i Sverige än i EU¹⁶. Det är också värt att nämna att det totala nyinstittade tullkvotsutrymmet för griskött till EU i frihandelsavtalet mellan EU och Kanada bara motsvarar cirka 0,3 procent av EU:s produktion och 0,4 procent av EU:s konsumtion av griskött 2016¹⁷. Jordbruksverket bedömer därför att de liberaliseringar för import av griskött från Kanada som föreskrivs i frihandelsavtalet inte får någon större betydelse för den svenska grisköttsmarknaden.

Drygt två tredjedelar av konsumtionen av griskött i Sverige kommer från inhemsk produktion och produktionsvolymen har varit ungefär oförändrad under de senaste åren. En anledning till att den svenska produktionen inte har ökat nämnvärt trots goda priser kan vara att det är tids- och kostnadskrävande att bygga nya stallplatser för de producenter som vill expandera. Statistik över intresset för att bygga stallar i svensk grisproduktion indikerar dock att produktionen kommer att öka under kommande år.

Får och getkött

Kanada var världens 57:e största producent av fårkött 2014 enligt uppgifter från FAO:s statistikorgan FAOSTAT. Den kanadensiska produktionsvolymen motsvarar bara knappt sju procent av produktionsvolymen i EU:s största produktionsland Storbritannien. Dessutom är Kanada en betydande nettoimportör av fårkött och importerar i grova drag halva den inhemska konsumtionsvolymen. Någon kanadensisk produktion av getkött finns överhuvudtaget inte registrerad i FAOSTAT:s databas. Mot bakgrund av detta drar Jordbruksverket slutsatsen att de borttagna tullar för import av får- och getkött från Kanada som föreskrivs i frihandelsavtalet mellan EU och Kanada inte kommer att få någon betydande effekt på den svenska marknaden för får- och getkött.

Fjäderfäkött

I grova drag medför frihandelsavtalet mellan EU och Kanada att importen av kött och slaktbiprodukter av anka, gås och pärlhöns från Kanada blir tullfri, medan tullarna förblir oförändrade för kyckling- och kalkonkött. Av den totala volymen fjäderfäkött som producerades i EU 2014 stod kyckling- och kalkonkött för knappt 92 procent¹⁸. För Sveriges del var samma andel knappt 97 procent. Kanada är heller ingen stor producent av ank, gås, eller pärlhönskött. Den totala produktionsnivån för dessa produkter uppgår bara till några enstaka procent av de största enskilda EU-ländernas produktion enligt uppgifter från FAOSTAT.

EU, och även Sverige, är en relativt stor importör av den typ av mer berett fjäderfäkött som liberaliseras i avtalet. Kanadas fjäderfäproduktion är dock starkt skyddad från konkurrens genom höga tullar och utbudsreglering. Det var Kanada som under förhandlingarna drev kravet på att utesluta stora delar av fjäderfäsektorn från liberaliseringar. Mot bakgrund av detta drar Jordbruksverket slutsatsen att de

¹⁶ EU-kommissionen

¹⁷ EU-kommissionen, "Short-term Outlook for EU agricultural markets in 2017 and 2018 (winter 2017)"

¹⁸ EU-kommissionen

tullliberaliseringar för import av fjäderfäkött från Kanada som föreskrivs i frihandelsavtalet mellan EU och Kanada inte kommer att få några betydande effekter på den svenska marknaden för fjäderfäkött.

Avslutande kommentarer

Ett frihandelsavtal, som det mellan EU och Kanada, är inte ensidigt, utan innebär att båda parter liberaliserar villkoren för import från varandra. Kanada kommer till följd av avtalet att avskaffa sina tullar gentemot EU för alla ovan berörda köttslag med undantag för kyckling- och kalkonkött. Detta innebär ökade möjligheter för EU:s köttproducenter att exportera till Kanada. Även om det skulle vara så att denna möjlighet huvudsakligen skulle tas i anspråk av andra EU-länder än Sverige, skulle det kunna få vissa indirekta effekter på den svenska marknaden genom att export från andra EU-länder i ökande utsträckning riktas mot Kanada snarare än mot Sverige. Kanada öppnar även upp visst tillträde för mejeriprodukter, huvudsakligen i form av ost, från EU, vilket kan minska trycket på EU:s mjölkproducenter något. Detta i sin tur kan få indirekta effekter på nötköttsproduktionen i EU och Sverige.

För att Kanada ska kunna utnyttja de marknadsöppningar för kött som EU öppnar krävs att det finns tillräckligt många anläggningar i Kanada som är godkända för export av berörda produkter till EU. Enligt uppgifter från EU-kommissionen¹⁹, finns i nuläget fyra anläggningar i Kanada som är godkända för export av nötkött till EU. För export av griskött finns fem godkända anläggningar, för fårkött en anläggning (enbart för mer bearbetade köttprodukter) och för fjäderfäkött två anläggningar. Dessutom måste det kött som exporteras från Kanada till EU leva upp till de krav som finns inom EU på att köttet inte får komma från djur som har behandlats med tillväxthormoner eller ractopamine. Slaktkropparna får heller inte ha behandlats med vissa antimikrobiella medel som inte är godkända inom EU men vanligt förekommande i Kanada. Den kanadensiska produktion som är avsedd för EU-marknaden måste alltså äga rum enligt andra villkor än de som är allmänt rådande i Kanada. Detta kan medföra att en viss tid behövs innan Kanada har ställt om tillräckligt stora delar av produktionen för att fullt ut kunna dra nytta av liberaliseringarna i avtalet. Antibiotika i förebyggande eller tillväxtfrämjande syfte används dock i Kanada och det kommer inte att råda något förbud mot import av kött från djur som har fötts upp med sådana metoder. Något förbud för detta finns inte heller för kött som importeras till EU från andra länder än Kanada. Däremot får inte köttet innehålla rests substanser av antibiotika som överskrider vissa gränsvärden. Dessutom varierar antibiotikaanvändningen väsentligt även mellan olika EU-länder.

I analysen ovan fokuserar Jordbruksverket på de dominerande köttslagen nötkött, griskött, fjäderfäkött samt får- och getkött. För övrigt kött och slaktbiprodukter kommer EU:s tullar gentemot Kanada att avskaffas, antingen vid avtalets ikraftträdande, efter tre år eller efter sju år (olika typer av köttmjöl). Tullfrihet ska också råda direkt för mer bearbetade produkter som innehåller kött, exempelvis pastaproducter som är fyllda med kött och slaktbiprodukter (1902 20 30) samt mjöl och pelletar av kött eller slaktbiprodukter av kött som är olämpliga som livsmedel (2301 10 00). Detsamma gäller för animaliska fetter, hudar, päls och liknande samt levande djur med undantag för vissa typer av kycklingar och kalkoner. Även mejeriimporten från Kanada liberaliseras

¹⁹ https://webgate.ec.europa.eu/sanco/traces/output/non_eu_listsPerCountry_en.htm#

(Kanadas mjölkproduktion är starkt skyddad och inte särskilt konkurrenskraftig i ett internationellt perspektiv).

Jordbruksverkets sammantagna bedömning är att de marknadsöppningar för import av kanadensiskt kött till EU som blir resultatet av att frihandelsavtalet mellan EU och Kanada implementeras inte kommer att påverka svensk köttproduktion eller svenskt lantbruk i någon betydande omfattning.

I detta ärende har ställföreträdande enhetschef Magnus Olsson beslutat. Fabian Nilsson har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har även Bengt Johnsson deltagit.

Magnus Olsson

Fabian Nilsson



REMISSYTTRANDE

Datum
2017 -03- 13

Dnr
832-2017-8.2
Aktbilaga
2

Kommerskollegium
Box 6803
113 86 Stockholm

Samråd angående effekter av CETA

(Dnr 3.4.2-2016/02150-7)

Sammanfattning

Samrådet med Justitiekanslern är ett led i utarbetande av underlag inför ett svenskt beslut i frågan om godkännande av frihandelsavtalet mellan Kanada, EU och dess medlemsstater (CETA).

Avsikten är bl.a. att besvara frågor om hur långtgående egendomsskyddet (investeringsskyddet) är i CETA jämfört med tidigare svenska åtaganden och om CETA kommer att begränsa lagstiftarens makt.

Frågeställningen är komplicerad och omfattande. Justitiekanslern har utarbetat svaret på samrådet i form av en övergripande jämförelse mellan olika skydd på olika nivåer angående skydd för egendom. Justitiekanslern gör dock inte anspråk på att behärska den omfattande praxis som finns inom ramen för tvistlösningsmekanismer inom den internationella investeringsrätten.

Enligt Justitiekanslerns bedömning motsvarar det investeringsskydd som finns i CETA i allt väsentligt det skydd som redan finns i andra internationella avtal och konventioner som Sverige har tillträtt, i unionsrätten och i svensk rätt.

Varje situation där en investerare från Kanada gör anspråk på skadestånd för överträdelser av investeringsskyddet i CETA måste bedömas från fall till fall i enlighet med de mekanismer som Kanada, EU och dess medlemsstater tillsammans avtalat om (tvistlösningsmekanismerna i avtalet). Detta innebär att det inte fullt ut går att förutse konsekvenserna av CETA eller liknande avtal. Att en stat eller en internationell organisation ingår ett internationellt avtal med ömsesidiga förpliktelser innebär normalt sett alltid att staten eller organisationen därefter måste beakta dessa åtaganden vid lagstiftningsarbete eller andra åtgärder.

Det torde därför inte vara möjligt att förutse alla situationer som kan uppstå i anledning av CETA eller att exakt beskriva konsekvenserna av investeringsskyddet i CETA.

Samrådet

Kommerskollegium har begärt att Justitiekanslern ska uttala sig om det investeringsskydd som ges i artikel 8.12 samt bilaga 8-A CETA är jämförbart med det skydd som följer enligt svensk rätt, den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR), unionsrätten, inkl. Stadgan, med beaktande av praxis från Högsta domstolen (HD). För en detaljerad beskrivning av samrådet, se aktbilaga 1 i ärendet här.

Egendomsskydd (investeringsskydd) enligt olika bestämmelser

Nationell rätt

Egendomsskyddet i Sverige regleras i 2 kap. 15 § regeringsformen (RF):

”Vars och ens egendom är tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Den som genom expropriation eller något annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad full ersättning för förlusten. Ersättning ska också vara tillförsäkrad den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Ersättningen ska bestämmas enligt grunder som anges i lag.

Vid inskränkningar i användningen av mark eller byggnad som sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl gäller dock vad som följer av lag i fråga om rätt till ersättning.

Alla ska ha tillgång till naturen enligt allemansrätten oberoende av vad som föreskrivits ovan.”

Detta innebär att en investerare i Sverige har ett skydd för sin egendom (all egendom) mot expropriation eller annat sådant förfogande.

HD har ålagt staten skadeståndsansvar för ekonomisk förlust p.g.a. begräsning av fisket i Torne älv (NJA 2014 s. 332). HD fastställde ersättningsskyldighet för staten på grundval av den allmänna rättsgrundsatsen om rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar i vissa fall. För ytterligare belysning av innebörden av 2 kap. 15 § RF, se Eka m.fl. Regeringsformen – med kommentar, 2012 s.112 ff.

Enligt författningstexten täcks inte bara expropriation och rådighetsinskränkningar utan även ”något annat sådant förfogande” jämförbart med expropriation.

Med expropriation eller annat sådant förfogande avses tvångsövertagande av förmögenhetsrätt (äganderätt eller annan särskild rätt med ekonomiskt värde), däremot inte annan tvångsavhändelse, t.ex. förstöring av egendom på grund av risk för smitta. Skatt faller också utanför stadgandet, liksom

böter, viten m.m. samt exekutiva åtgärder. Som exempel på förfoganden som är likställda med expropriation har nämnts nationalisering och socialisering av egendom. Med annan särskild rätt avses sådana rättigheter som tillskapas genom att egendom beläggs med t.ex. nyttjanderätt, servitut eller vägrätt. Mycket har ansetts tala för att koncession att ta mineral eller liknande på annans fastighet faller under paragrafen, liksom expropriation av patent eller annan immateriell rättighet. (Se SOU 1993:40 del a s. 47, samt kommentaren till 2 kap 15 § RF, Zeteo m.fl. följande kommentarer angående egendomsskyddet). Egendomsskyddet gäller för alla som vistas i Sverige, även juridiska personer.

Av 2 kap. 19 § RF framgår att nationella föreskrifter inte får stå i strid med EKMR, som dessutom gäller som lag i Sverige (lag 1994:1219 om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna).

Det innebär att alla som vistas i Sverige även åtnjuter det skydd som följer av EKMR. Det gäller även juridiska personer.

EKMR

I artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 till EKMR föreskrivs följande.

”Varje fysisk eller juridisk person skall ha rätt till respekt för sin egendom. Ingen får berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser.

Ovanstående bestämmelser inskränker dock inte en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner nödvändig för att reglera nyttjandet av egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse eller för att säkerställa betalning av skatter eller andra pålagor eller av böter och viten.”

Detta innebär att ett motsvarande skydd för all egendom finns i EKMR. I EKMR finns dessutom en hänvisning till folkrättens allmänna grundsatser. Internationella avtal (t.ex. handelsavtal) är en del av folkrätten, vilket innebär att egendomsskyddet i EKMR ska tolkas i förhållande till principer inom den internationella rätten (t.ex. rätt till ersättning vid nationaliseringar eller andra egendomsberövanden). Det finns en omfattande praxis från Europadomstolen angående expropriation och expropriation de facto (Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, femte upplagan, 2016). Detta innebär att svensk lag erkänner rätt till ersättning vid både expropriation (konfiskation av egendom) och expropriation de facto (åtgärder som innebär att egendomsinnehavaren går miste om sina normala rättigheter som ägare). Det senare torde kunna jämföras med uttrycket annat sådant förfogande i 2 kap. 15 § RF.

Unionsrätten, inkl. Stadgan

Unionsrätten och Sverige

Sverige är medlem i EU (se 1 kap. 10 § RF). I Sverige gäller unionsrätten genom att fördragen, inklusive Stadgan, har införlivats i vår rättsordning

genom lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

Etableringsrätten m.fl. friheter och EU-skadestånd

Ett företag från Kanada som etablerar sig i Sverige kan ha vissa grundläggande rättigheter enligt unionsrätten. Åtgärder som inskränker t.ex. etableringsfriheten (för redan gjorda etableringar/investeringar) kan angripas på olika sätt. Inskränkningar av etableringsfriheten som inte kan motiveras av staten kan leda till EU-skadestånd om följande förutsättningar är uppfyllda; det ska vara fråga om en tillräckligt allvarlig (klar) överträdelse av unionsrätten, regeln som överträds ska innebära rättigheter för enskilda och det ska slutligen finnas orsakssamband mellan överträdelsen och skadan (se bl.a. Melin, Festskrift till Johan Hirschfeldt, 2008, s. 245 ff). Etableringsrätten tangerar investeringsskyddsfrågorna. Även inom WTO-rätten finns liknande friheter (GATS-avtalet om tjänster).

Egendomsskyddet i artikel 17 i Stadgan lyder enligt följande.

”1. Var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen.
2. Immateriell egendom ska vara skyddad.”

Egendomsskyddet i unionsrätten motsvarar det som EKMR ger (se artikel 53.3 i Stadgan och förklaring till artikel 53, EUT 2007 C 303 s. 2).

Europadomstolens praxis kan sägas vara vägledande för EU-domstolen i den mån EU-domstolen skulle bedöma det skyddet. Om staten gör sig skyldig till en överträdelse av Stadgan när den tillämpar unionsrätt kan EU-skadestånd utgå enligt de förutsättningar som har angivits ovan.

Även EU-domstolen har en omfattande praxis på området för friheterna inom den inre marknaden, både avseende inskränkningar av etableringsfriheten och kränkningar av Stadgan (se bl.a. Lenaerts, European Union Law, tredje upplagan, 2011). Om staten skulle dra in tillståndet för företag som utövar tillståndspliktig verksamhet kan den åtgärden bli föremål för EU-domstolens prövning och nationell domstol skulle kunna ålägga staten att betala skadestånd i enlighet med förutsättningarna för EU-skadestånd. I ett sådant fall utgår ersättning för skadan på grund av unionsrätten och inte på grund av regler om expropriation.

Företag som bedriver verksamhet inom EU kommer även om CETA träder i kraft att, i enlighet med folkrätten, kunna göra gällande investeringsskydd enligt EU-interna bilaterala investeringsskyddsavtal. Diskussioner pågår dock om detta är en lämplig form för lösning av tvister mellan företag och stater inom EU (se även nedan).

Befogenheterna inom EU

EU har bara rätt att vidta åtgärder som binder medlemsstaterna i den mån dessa har överlämnat behörigheten till EU. Enligt artikel 345 FEUF har medlemsstaterna fortfarande rätt att bestämma om sin egendomsordning. Det ankommer alltså på medlemsstaterna att bestämma hur deras egendomsskydd ska vara utformat med beaktande av andra internationella åtaganden (t.ex. EKMR).

Samtidigt har medlemsstaterna överlåtit omfattande befogenheter till EU vad gäller den inre marknaden (delade befogenheter mellan EU och dess medlemsstater, artikel 4 FEUF) och utländska direktinvesteringar (exklusiv befogenhet för EU, artikel 3 FEUF). Exakt hur befogenheterna är fördelade mellan EU och dess medlemsstater när det gäller investeringsskydd är idag inte klarlagt.

EKMR, unionsrätten och nationell rätt

Vid fall av påstådda överträdelser av EKMR/unionsrätt gäller i princip inte begränsningen i 3 kap. 7 § skadeståndslagen (1972:207) (se bl.a. Bengtsson m.fl., Skadeståndslagen, femte upplagan 2014, s. 146 ff). Även vid fall av normprövning där en lag eller förordning underkänns av en domstol enligt 11 kap. 14 § RF är det möjligt att föra en skadeståndstalan i svensk domstol p.g.a. detta fel (se a.a. s. 147).

Som uttalats ovan ska nationella regler vara förenliga med EKMR som gäller som lag i riket (2 kap. 19 § RF). Regler som strider mot EKMR strider alltså även mot RF (se Eka m.fl. Regeringsformen – med kommentar, 2012 s. 117).

Om ett kanadensiskt företag begär ersättning för direkt eller indirekt expropriation och grundar sitt krav endast på svensk lag måste den som ska ta ställning till anspråket navigera mellan nationella föreskrifter inkl. RF och EKMR (som ju gäller som lag) för att lösa tvisten.

Om de nationella föreskrifter som ligger till grund för statens enligt företaget olagliga åtgärder grundas i unionsrätten måste hänsyn även tas till denna inklusive Stadgan.

Justitiekanslern kan inte med säkerhet uttala sig om hur en sådan prövning skulle gå till eller vilket resultat som skulle uppkomma. Resultatet kommer att påverkas av vilket regelsystem som företaget väljer att bygga sin talan på.

Sveriges internationella överenskommelser

Investeringsskyddsavtalen

Sverige har ingått ett stort antal avtal med andra länder för att främja investeringar. I dessa avtal finns ett investeringsskydd inbyggt. Det senaste avtalet som Sverige ingick var med Georgien (SÖ 2009:1).

Avtalen innehåller definitioner av investeringar och investerare, regler om expropriation, indirekt expropriation och regler om rätt till ersättning. Avtalen bygger i allt väsentligt på modellavtal från OECD.

Sedan 1 december 2009 har befogenheterna kring investeringsskydd för utländska direktinvesteringar överlåtits till EU (Lissabonfördraget, artikel 207 FEUF).

Europeiska unionens råd och Europaparlamentet har dock på förslag av Europeiska kommissionen bestämt att medlemsstaterna har rätt att behålla sina gamla avtal, vilka fortsatt gäller (Europaparlamentets och rådets förordning EU/1219/2012 av den 12 december 2012 om införande av övergångsordningar för bilaterala investeringsavtal mellan medlemsstater och tredje land).

Det finns fortfarande bilaterala avtal om investeringsskydd mellan gamla (EU 15, år 1995) och nya medlemsstater (EU 13). Det pågår för närvarande diskussioner mellan Europeiska kommissionen och medlemsstaterna inom EU om dessa avtal är förenliga med EU-fördragen.

Sverige har inte ännu varit svarande en skiljetvist med anledning av ett investeringsskyddsavtal.

CETA

I CETA finns ett särskilt annex (8-A, s. 331 i den engelska språkversionen) som tar upp expropriation och som lyder enligt följande.

The Parties confirm their shared understanding that:

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

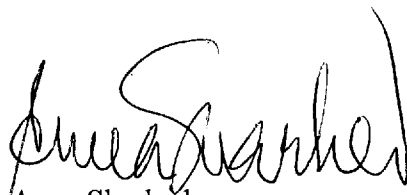
Annexet anger de omständigheter som ska övervägas om en tvist skulle uppstå i anledning av direkt eller indirekt expropriation. I punkten 3 anges särskilt att icke-diskriminerande bestämmelser med syfte att skydda ett angeläget allmänintresse (hälsa, säkerhet eller miljö) inte utgör indirekt expropriation. Vid en jämförelse med nationell rätt och europarätt är texten i CETA (och i andra liknande avtal) annorlunda skriven. Det torde ha sin grund i att ett frihandelsavtal främst syftar till att ömsesidigt öppna upp marknader för andra länders produkter och tjänster samtidigt som ett skydd för investeringar byggs på efter det att marknadstillträdet har skett. Det ligger därför i den internationella handelsrättens natur att vara mer explicit i skrivningarna kring expropriation. Begreppet indirekt expropriation i Annexet framstår därför som mer innehållsrikt jämfört med begreppen annat sådant förfogande (RF) och expropriation de facto (EKMR och Stadgan).

Finns det avgörande skillnader mellan de olika bestämmelserna om egendomsskydd?

Många av de frågor som regleras i CETA är områden där EU och Sverige delar befogenheterna, men CETA innehåller även områden där EU har exklusiv kompetens. På det delade området inre marknad har dock EU kommit långt i sin lagstiftning, vilket medfört att de svenska befogenheterna kommit att begränsas över tid. I den mån tvister skulle uppstå mellan kanadensiska investerare och någon av medlemsstaterna kommer dessa med stor sannolikhet att få prövas med tillämpning av unionsrätt (med

Europeiska kommission som representant för EU som svarande). Etableringsfriheten och egendomsskyddet i Stadgan kommer att få betydelse framför nationella normer. Skulle ett kanadensiskt företag nå framgång i en tvist enligt CETA skulle EU sedan behöva anpassa lagstiftningen snarare än att enskilda medlemsstater skulle behöva ändra sina nationella regler. Hur lagstiftningen inom EU skulle behöva anpassas blir en intern fråga för EU och dess medlemsstater. Resultatet kan bli att medlemsstaterna behöver genomföra vissa av anpassningarna.

Det är inte – enligt Justitiekanslerns bedömning – möjligt att i generella termer slå fast att CETA skulle ha ett mer långtgående skydd för investerare än andra avtal eller andra normer. Inte heller går det därför att på ett generellt plan slå fast att ett godkännande av CETA skulle innebära att staten skulle komma att förlora mer lagstiftningsmakt jämfört med vad som följer av andra motsvarande internationella åtaganden.



Anna Skarhed
justitiekansler



Olof Simonsson
byråchef

Kommerskollegium
Box 6803
113 86 Stockholm

Svar till Kommerskollegium inom ramen för samråd i regeringsuppdrag om konsekvenser av CETA

Sammanfattning

- Kemikalieinspektionen konstaterar att det finns ett bra regulativt samarbete om kemikaliekontroll mellan EU och stater från alla världsregioner särskilt inom OECD och FN. Detta är viktigt då EU har en stark kemikalielagstiftning samt är drivande i den globala utvecklingen av kemikalier regelverk. Kemikalieinspektionen anser att det är viktigt att CETA-avtalet inte försvagar det globala samarbetet om kemikalier i vilket EU och Kanada redan deltar. Det finns en potentiell risk för det och även för fördröjningar i regelutvecklingen i EU. Utifrån avtalet finns det dock även potential för samarbete på tidigt stadium för att ta fram förslag om frågor av gemensamt intresse. Om dessa möjliga konsekvenser kommer att förverkligas går inte att förutse än då den praktiska tillämpningen av avtalet kommer att bli avgörande.
- Med utgångspunkt i Kommerskollegiums tolkning av befintliga internationella avtal bedömer Kemikalieinspektionen att arbetet med att vidareutveckla miljökrav vid offentlig upphandling inte omedelbart berörs av bestämmelserna i CETA-avtalet.
- Kemikalieinspektionen anser att det är svårt att förutse hur försiktighetsprincipen kommer att beaktas i samband med eventuella tvister. Det finns för många okända faktorer för att kunna förutse om och hur bestämmelser kring investeringsskydd i avtalet kommer att påverka utveckling och tillämpning av regelverk om kemikalier inom EU. Det är viktigt att avtalet inte inskränker Sveriges möjlighet att införa regler och andra styrmedel t.ex. ekonomiska styrmedel, inom kemikalieområdet.

Inledning

Kommerskollegium har inom ramen för samråd i regeringens uppdrag om analys av frihandelsavtalet mellan EU och Kanada, CETA, ställt ett antal frågor som identifierats som relevanta utifrån Kemikalieinspektionens ansvarsområde.

Kemikalieinspektionens svar på huvudfrågorna ges nedan.

Regulativt samarbete

Det finns ett bra regulativt samarbete inom området för kemikaliekontroll mellan EU och stater från alla världsregioner särskilt inom OECD och FN. Dessa etablerade samarbetsformer är viktiga då EU har en stark kemikalielagstiftning samt är drivande i den globala utvecklingen av kemikaliergelverk. EU regelverk baseras på de testmetoder, teststrategier och vägledning som tas fram för kontroll av allmänkemikalier och bekämpningsmedel. EU bidrar också aktivt till utveckling av sådana redskap. Detta arbete är öppet och allmänheten ges insyn i det.

Kemikalieinspektionen anser att det är viktigt att arbetet under CETA avtalet sker på ett transparent sätt och inte försvagar det globala samarbetet om kemikalier i vilket EU och Kanada redan deltar. Det finns en potentiell risk för det och även för fördröjningar i regelutvecklingen i EU. Utifrån avtalet finns det dock även potential för samarbete på tidigt stadium för att ta fram förslag om frågor av gemensamt intresse. Om dessa möjliga konsekvenser kommer att förverkligas går inte att förutse än då den praktiska tillämpningen av avtalet kommer att bli avgörande. Utifrån de försäkringar som uppges i dokumentet "Joint interpretative instrument"¹ och förklaringar som Kommerskollegium uppger (att det är inriktat på tidig utveckling av frågor av gemensamma intresse och inte på granskning av förslag till lagstiftning i senare stadium) gör vi en bedömning att det bör inte finnas risk att svensk nationella lagstiftning försenas eller försvåras pga. CETA.

Regulativt samarbete mellan EU och Kanada inom vårt verksamhetsområde sker inom arbetet med WTO-granskningar och de internationella förhandlingarna där den Europeiska kommissionen deltar. Vi känner inte till något samarbete som baseras på den "EC-Canada Regulatory Cooperation Roadmap 2007-2008" som Kommerskollegium har hänvisat till.

Kemikalieinspektionen deltar i samarbete inom globala organ som OECD, WTO och FN. Som exempel kan nämnas att både Kanada och EU är parter i Stockholmskonvention (om långlivade organiska föroreningar), Rotterdamskonventionen (angående handel av vissa farliga kemikalier²) och som part deltar vid beslutsmöten s.k. Conference of the Parties. Kanada har även skrivit under Minamatakonventionen (om kvicksilver), men har ännu inte ratificerat densamma, vilket inte heller Sverige har gjort. Under den globala kemikaliestrategin SAICM deltar Sverige som en del av EU och även Kanada är en aktiv intressent. SAICM har en unik sammansättning då alla intressenter har samma möjlighet till påverkan, dvs. civilsamhällets organisationer deltar med samma möjligheter som länderna och även industrin.

Kanada är med och kommenterar under WTOs TBT granskning t.ex. inför EU förhandling om förslag till kriterier för hormonstörande ämnen.

¹ Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States

² Rotterdamskonventionen om förfarandet med förhandsgodkännande sedan information lämnats för vissa farliga kemikalier och bekämpningsmedel i internationell handel

De etablerade samarbetsformerna omfattar även andra länder och världsregioner och för att göra framsteg inom kemikaliekontrollen som berör global handel är det mycket viktigt att samarbetet sker just global och inte enbart bilateralt.

Enligt Kommerskollegium ska samarbetet vara frivillig och ske på ett tidigt stadium där gemensamma intressen kan identifieras, och att samarbete t.ex. skulle kunna gälla förslag till regelverksutveckling alternativt utveckling av gemensamma testmetoder och kvalitetskontroll. Dokumentet "Joint Interpretative Instrument" verkar styrka denna tolkning i avsnitt 2, "Right to regulate".

Det är särskilt viktigt för Sverige att ibland kunna reglera utifrån ett ämnes inneboende egenskap (fara) istället att fördröja åtgärder i väntan på resultat av detaljerade riskbedömningar. I vissa fall är egenskaperna hos särskilt farliga ämnen av sådan art att all exponering skulle kunna innebära en oacceptabel risk. Detta finns som riskhanteringsåtgärd även inom EU-lagstiftning t.ex. uteslutningskriterier i EU-förordningarna för bekämpningsmedel. I de aktuella förhandlingarna om kriterier för hormonstörande egenskaper har kommissionen lämnat fram kriterieförslag för omröstning som enbart var farobaserade. Detta tyder på att kommissionens inställning till kemikalielagstiftning inte påverkas väsentligt just av CETA avtalet. Det är tydligt från Kanadas kommentarer från WTO granskningen att de anser att kriterierna ska vara riskbaserade.

Inom EU är det ofta EU myndigheter eller kommissionen själv som driver offentliga samråd om regelverket. Till exempel håller Kemikaliemyndigheten ECHA i Helsingfors offentligt samråd inför vetenskaplig granskning av utvärderingar av ämnen och underlag för åtgärder inom ramen för Reach, CLP och biocidförordningen. Kemikalieinspektionen bjuder regelbundet in till informationsmöten om aktuella frågor i EU-arbetet. Dessa är öppna för alla och olika intresseorganisationer brukar delta.

Det finns redan mekanismer i vårt samarbete under internationella miljöavtal och konventioner där Sverige först samråder med andra medlemsländer i EU och där EU sedan agerar som en sammanhållen helhet. Ibland är Sverige även med i egen rätt t.ex. i vissa arbetsgrupper under OECD. Industriorganisationer deltar vid OECD möten och är därför informerade om relevanta frågor. Sverige samarbetar också ibland med specifika länder där vi delar uppfattning i en viss fråga för att tillsammans framföra idéer och få mer stöd för våra förslag (t.ex. Reach Up-initiativet).

Kemikalieinspektionen håller seminarier två gånger om året för att informera myndigheter och branschorganisationer om aktuella EU-frågor.

Kemikalieinspektionen publicerar även nyhetsbrev, på svenska och engelska.

Kemikalieinspektionen kallar till möten med berörda branschorganisationer, företag, och civila organ som NGOs, kommuner och landsting inför framtagande av förslag.

Genom vårt internationella arbete som finansieras av Sida, har vi ett samarbete med den svenska Naturskyddsföreningen i syfte att stärka samarbete med organisationer i civilsamhället i utvecklingsländer. Detta kopplar även till arbetet inom SAICM samt till konventionsarbetet.

Offentlig upphandling

Offentlig upphandling är ett styrmedel som kan bidra till att uppnå miljö kvalitetsmålet Giftfri miljö och FN:s hållbarhetsmål. Kemikalieinspektionen har t.ex. i samråd med Upphandlingsmyndigheten tagit fram upphandlingspaketet Giftfri förskola, som innehåller kriterier som kan användas vid kravställning när förskolor gör upphandlingar. I den utsträckning vi har granskat avtalet, och utifrån Kommerskollegiums tolkning av WTO reglerna, bedömer vi att avtalet inte omedelbart påverkar möjligheterna till upphandlingskrav.

Investeringsskydd

Enligt kapital 8 kan enskilda företag ”stämna” EU eller något av EU:s medlemsländer för diskriminerande åtgärder. Ett särskilt tvistlösningsystem ska etableras inom ramen för avtalet bland annat med bildandet av en ”Tribunal” (art. 8.27). I motsats till frivilligheten i kapitlen 21 och 24 handlar det här om ett mer bindande beslutsfattande. Tvister mellan ett företag och ett medlemsland skulle teoretisk kunna handla om tolkningen av gällande EU-regler, krav vid offentlig upphandling eller genomförandet av nationella regler.

En stor del av Kemikalieinspektionens arbete handlar om att utifrån ny kunskap om risker med kemiska ämnen ta fram förslag till begränsningar. I huvudsak görs detta på EU-nivå, men i vissa fall även på nationell nivå. En sådan begränsning kan enligt CETA-avtalet anses vara en indirekt expropriation, som kan ifrågasättas enligt bestämmelser i avtalet. Som Kemikalieinspektionen förstår det utgör avtalet en viss utvidgning av detta begrepp, jämfört med det befintliga skyddet mot expropriation enligt olika regelverk. Av Kommerskollegiums utredning av rätten att reglera³ framgår att kollegiet gör den generella bedömningen att bestämmelserna om expropriation i CETA-avtalet utgör ett något högre skydd för investerare jämfört med i dagsläget.

Begreppen förtydligas i bilaga 8-A, p 1.

”Expropriation may be direct or indirect:

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

Miljö- och hälsoskyddande åtgärder betraktas i regel inte som indirekt expropriation, dock med vissa undantag.

I bilaga 8-A anges: “For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are

³ ”Rätten att reglera” i handelsavtalet mellan EU och Kanada – och hur kan det bli i avtalet med USA?

designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.”

Det är enligt Kemikalieinspektionens bedömning oklart hur tillämpningen av bestämmelsen kommer att utfalla. Det är viktigt att avtalet inte inskränker Sveriges möjlighet att införa regler och andra styrmedel t.ex. ekonomiska styrmedel, inom kemikalieområdet.

Ett generellt problem vid reglering av kemikalier är hur vetenskapliga osäkerheter ska hanteras. Den risk som man vill hantera ska vägas mot konsekvenserna i övrigt. Större osäkerheter avseende risker kan leda till att en begränsning anses omotiverad eller oproportionerlig, i synnerhet om de ekonomiska konsekvenserna av en begränsning är stora. Den här typen av bedömningar görs regelmässigt inom EU och det finns omfattande regelverk samt en hel del praxis på området. Trots detta är det ofta svårt att förutse den slutliga bedömningen. Som exempel kan nämnas framtagandet av kriterier för godkännande (eller icke-godkännande) av verksamma ämnen i bekämpningsmedel (bland annat kriterier för hormonstörande egenskaper) och begränsningar om användning av verksamma ämnen som är skadliga för bin i avvaktan på testresultat. Dessutom behandlar en viktig del av EU:s kemikalielagstiftning Reach särskilt farliga ämnen (Substances of Very High Concern). Ämnena identifieras utifrån farobaserade kriterier. Kriterierna för att identifiera hormonstörande ämnen kommer sannolikt att bli viktiga för att identifiera ytterligare särskilt farliga ämnen. EU går längre än Kanada och många andra WTO länder med att använda farobaserade kriterier i regelverken.

I detta ärende har generaldirektör Nina Cromnier beslutat. Mary Iakovidou har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också jurist Johan Forsberg deltagit.

På Kemikalieinspektionens vägnar



Nina Cromnier



Mary Iakovidou

Kommerskollegium
113 86 Stockholm

Samråd mellan Kommerskollegium och Konkurrensverket om CETA

Dnr 2016/02150

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen. Konkurrensverket ska verka för en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning finns det inget i frihandelsavtalet mellan Kanada och EU och dess medlemsstater (parterna), Comprehensive and Economic Trade Agreement (CETA), som begränsar verkets möjligheter att utföra sitt uppdrag inom området för offentlig upphandling.

Av direktiv 2014/24/EU, upphandlingsdirektivet, följer att EU har förbundit sig att följa Agreement on Government Procurement (GPA), som är Världshandelsorganisationens regelverk om offentlig upphandling. Även Kanada är part till GPA. Genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, har Sverige implementerat upphandlingsdirektivet och därigenom tillämpas även GPA. Reglerna i CETA om offentlig upphandling bygger på de regler om offentlig upphandling som finns i GPA.

Enligt Konkurrensverkets bedömning finns det inget i CETA som begränsar möjligheterna att vid offentlig upphandling ställa krav på djurskydd eller att ta miljömässiga hänsyn i förhållande till Sveriges befintliga förpliktelser enligt upphandlingsdirektivet och GPA.

Vad gäller möjligheten att vid offentlig upphandling ta sociala hänsyn noteras att varken GPA eller CETA innehåller några uttryckliga bestämmelser i detta avseende. Däremot har parterna till CETA antagit ett gemensamt tolkningsinstrument, som utgör en integrerad del av avtalet. I skäl 12 i tolkningsinstrumentet anges följande om offentlig upphandling.

CETA bibehåller möjligheten för upphandlande enheter inom Europeiska unionen och dess medlemsstater och Kanada att i enlighet med deras respektive lagstiftning tillämpa

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

miljökriterier, sociala kriterier och arbetsrelaterade kriterier som exempelvis skyldigheten att rätta sig efter och följa kollektivavtal, i upphandlingar. Kanada och Europeiska unionen och dess medlemsstater kommer att kunna tillämpa sådana kriterier i sina upphandlingar på ett sätt som inte är diskriminerande eller utgör ett onödigt hinder för internationell handel. De kommer att kunna fortsätta att göra detta enligt CETA.

Av parternas uttalande följer att det även enligt CETA är möjligt att ställa sociala krav vid offentliga upphandlingar. Detta under förutsättning att kraven är icke-diskriminerande och inte utgör ett onödigt hinder för internationell handel. Dessa principer kan jämföras med de allmänna principerna i upphandlingsdirektivet. Redan av upphandlingsdirektivet följer att det är möjligt att ställa krav på märkning som bevismedel för att sociala krav är uppfyllda. Det förutsätter bland annat att samtliga krav för märkningen är kopplade till kontraktsföremålet.

Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att det inte finns något i CETA som hindrar möjligheten för upphandlande myndigheter att ta sociala eller miljömässiga hänsyn vid offentlig upphandling i förhållande till Sveriges befintliga förpliktelser enligt EU:s eller Världshandelsorganisationens regelverk.

Detta yttrande har beslutats av avdelningschefen Johan Hedelin. Föredragande har varit sakkunnig Suzanne Malmberg.


Johan Hedelin
Suzanne Malmberg

2017-03-20

Dnr 2017/00565

Saknr 1.1.4Område

Livsmedelskontroll
Avdelning Support

Kommerskollegium
Enheten för handel och tekniska regler
Box 6803
113 86 Stockholm

Samråd om analys av frihandelsavtalet CETA

Kommerskollegium har fått i uppdrag av regeringen att analysera frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada, CETA, avseende vissa bestämmelser i avtalet. Kommerskollegium ska i arbetet med uppdraget samråda med bland annat Livsmedelsverket.

Den 22 februari 2017 hade Livsmedelsverket ett möte med Kommerskollegium och Läkemedelsverket för att diskutera CETA. Efter detta möte har Kommerskollegium bitt om samråd med Livsmedelsverket angående två frågor. Livsmedelsverkets vill härmed yttra sig i dessa frågor.

1. Regulativt samarbete

Idag finns inom området ekologisk produktion ett ekvivalensavtal mellan Kanada och EU för att kunna importera och exportera ekologiska produkter. Detta finns reglerat i bilaga III i förordning (EG) nr 1235/2008. Ekvivalensbedömningar utförs av Europeiska kommissionen tillsammans med två medlemsstater som co-rapportörer. Sverige och Belgien varit co-rapportörer för Kanada, vilket innebär att vi har gått igenom och jämfört den kanadensiska lagstiftningen och kontrollsystemet med EU:s motsvarigheter. Dessutom har Sverige (genom Jordbruksverket) bistått kommissionen vid ett inspektionsbesök i Kanada. Vi har också gått igenom årliga rapporter från Kanada och eventuella rapporter om ändringar i deras lagstiftning. Ekvivalensavtalet gällande ekologiska produkter bygger på ömsesidighet och kan ses som ett slags föregångare till CETA. Det nuvarande veterinära avtalet¹ mellan EU och Kanada kommer att integreras i CETA. I övrigt känner vi inte till några regulativa samarbeten med Kanada.

När det gäller utvecklingen av det regulativa arbetet vill Livsmedelsverket påpeka att livsmedelslagstiftningen i mycket hög grad är harmoniserad

¹ Avtalet mellan Europeiska gemenskapen och Kanadas regering om sanitära åtgärder för att skydda människors och djurs hälsa vad avser handeln med levande djur och animaliska produkter

2017-03-20

Dnr 2017/00565
Saknr 1.1.4

inom EU. Möjligheter och begränsningar vid införande av nya eller ändrade regler styrs därför av EU-lagstiftning. Utrymme återstår för medlemsstater och därmed även Sverige att införa regler i syfte att skydda människors hälsa eller liknande allmänintressen, ett utrymme som inte verkar komma att begränsas av CETA.

Ett för livsmedelslagstiftningen viktigt forum är förhandlingarna om gemensamma standarder på livsmedelsområdet inom ramen för Codex Alimentarius. I dessa förhandlingar deltar även Kanada. Sveriges position i detta förhandlingsarbete tas fram tillsammans med EU och andra medlemsstater och CETA bedöms inte påverka Sveriges förutsättningar i detta sammanhang.

Livsmedelsverket konsulterar i ovannämnt förhandlingsarbete eller vid framtagande av nationella föreskrifter på olika sätt med berörda organisationer. Förslag till nya föreskrifter remitteras för synpunkter, vilket även sker vid vissa, vanligen mer omfattande förslag till ny EU-lagstiftning. Utöver detta använder sig Livsmedelsverket även av hearings och deltar i andra möten. När regelarbetet har en direkt och konkret relevans för en särskild bransch eller grupp av företag kan konsultation också ske mer bilateralt.

2. Offentlig upphandling

Livsmedelsverket har inte något särskilt uppdrag när det gäller offentlig upphandling av livsmedel. Upphandlingsmyndigheten har utvecklat hållbarhetskriterier för livsmedel och måltidstjänster och har även ett regeringsuppdrag att utveckla livsmedelsupphandling på olika sätt. Livsmedelsverket vill därför hänvisa till Upphandlingsmyndigheten i frågan om hur CETA kan påverka förutsättningarna för offentlig upphandling. Beslut i detta ärende har fattats av avdelningschef Jan Sjögren. I den slutliga handläggningen har deltagit teamchef Leo Jager, föredragande.



Jan Sjögren



Leo Jager

Namn: Annika Wennberg
Enhet: GD-Stab
Telefon: 018-174961

Datum: 2017-03-28

Dnr: 4.1.2-2017-005277

Samråd rörande regeringsuppdrag avseende analys av frihandelsavtalet CETA, regulativt samarbete

(Dnr 3.4.2-2016/02150-2 och -30)

Sammanfattning

Läkemedelsverket har, utifrån sitt perspektiv, inget att invända mot CETA-avtalet (Comprehensive Economic and Trade Agreement) mellan EU och Kanada och de former för regulativt samarbete som följer av detta. Vi kan inte dagsläget inte se några risker med utökat regulativt samarbete inom ramen för avtalet.

Specifika frågeställningar

- Kan ni beskriva befintligt regelsamarbete mellan EU och Kanada respektive mellan Sverige och Kanada inom läkemedelsområde? Vill ni lyfta fram några erfarenheter av regelsamarbete?
- Hur påverkas/ändras det nuvarande samarbetet när CETA träder ikraft? Kommer befintligt MRA mellan EU och Kanada ersättas av CETA?

Den europeiska läkemedelsmyndigheten EMA och EU-kommissionen har gällande avtal om informationsutbyte om ansökningar, farmakovigilans etc. och det finns även ett MRA om GMP (Good Manufacturing Practice).

Detta avtal kommer att behöva sägas upp och ersättas med det annex i avtalet som rör GMP och inspektioner. Verket konstaterar att alla detaljer i nuvarande MRA-avtalet med Kanada inte är kända för oss, men vi ser inget som skulle vara i direkt konflikt med gällande regelverk i det nya CETA-avtalet. Myndigheterna i Kanada och Sverige erkänner ju varandras inspektioner på våra respektive territorier idag och vi utför aldrig inspektioner i Kanada. Den stora skillnaden i det nya avtalet jämfört med det gällande är att omanalyskravet försvinner vid import, och att krav på inspektion (on-site-evaluation) tillkommer vid förhandsgranskning av tillverkning innan beslut om godkännande av ett läkemedel.

Eftersom klassificering av olika produkttyper kan skilja mellan EU och Kanada, finns det en risk att aktörer som tidigare inte varit tillståndspliktiga, nu måste ha tillverkningstillstånd. T.ex. kan en tillverkare av kosttillskott (enligt EU-definitionen) eventuellt ha en produkt som klassas som läkemedel i Kanada. För att Läkemedelsverket ska kunna utföra den tillsyn och utfärda de certifikat som krävs kommer dessa tillverkare i praktiken bli tillståndspliktiga. De kommer att tillsynas enligt läkemedelslagen. Exempel på sådana aktörer som kan påverkas är: tillverkare av kosttillskott, tillverkare av kosmetika, tillverkare av medicintekniska produkter.

De kommer då bli skyldiga att följa alla regler för tillverkning, t.ex. att ha en sakkunnig person (QP) trots att sådan person inte finns definierad i kanadensiska regler och trots att deras produkt inte är läkemedel i EU och enbart exporteras till Kanada.

- Deltar ni i samarbeten inom ramen för internationella avtal/konventioner? Hur ser detta samarbete ut?

Sverige och Läkemedelsverket är fullvärdiga medlemmar i konventionen PIC (Pharmaceutical Inspection Convention) och det inspektionssystem PIC/s som konventionen ger möjlighet till och som är mycket aktivt. Vi deltar i samarbetet med harmonisering av standarder/riktlinjer/kvalitetssystem för läkemedelstillverkning, utbildning av inspektörer och ekvivalensbedömningar. PIC/s är ett icke-bindande, informellt och praktiskt samarbete mellan regulatoriska myndigheter inom GMP-området för human- och veterinärläkemedel. För närvarande har PIC/S 49 medlemmar över hela världen. Kanada är också medlem i PIC/s (<https://www.picscheme.org/en/picscheme>).

- Övrigt internationellt samarbete med koppling till Kanada

Läkemedelsverket har en överenskommelse om informationsutbyte med Kanada från 2012, som fortsätter att gälla när CETA träder i kraft. Överenskommelsen har i praktiken inte medfört något omfattande informationsutbyte.

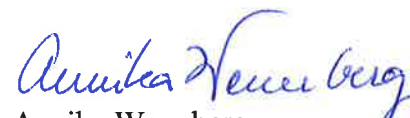
Läkemedelsverket är också en av myndigheterna i EU som deltar i den nystartade frivilliga samarbetsorganisationen International Coalition of Medicines Regulatory Authorities (ICMRA) där även Kanada ingår. På det medicintekniska området finns en likande samarbetsorganisation, IDMRF, där Kanada och Sverige deltar.

- Hur organiserar ni kontakter respektive genomför konsultationer med intresseorganisationer på ert område inom ramen för lagstiftningsprocesser på EU-nivå, respektive nationell nivå?
- Använder ni er av några verktyg för kommunikation respektive samråd med civilsamhället som skulle kunna användas för att påverka forumet för regulativt samarbete?

Läkemedelsverket remitterar föreskriftsförslag till intresseorganisationer, företag och andra myndigheter. Föreskriftsförslag finns dessutom under remisstiden tillgängliga på verkets hemsida i syfte att även den som inte är remissinstans ska kunna lämna synpunkter. I vissa fall inhämtas synpunkter på andra sätt t.ex. genom workshops och hearings. Läkemedelsverket har nyligen instiftat ett patient- och konsumentråd som har sitt första möte i mars för att bl a att diskutera vad rådet kan påverka, hur rådet bäst interagerar och hur vi bäst utvärderar olika insatser.

Inom ramen för processer på EU-nivå är det ofta inte möjligt att samråda med externa intresseorganisationer p.g.a. sekretess. Det är dock möjligt att i vissa fall ta in information i sakfrågor för att belysa exempelvis konsekvenser av förslag.

Generaldirektör Catarina Andersson Forsman har beslutat i detta ärende. Utredare Annika Wennberg har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har chefsjurist Joakim Brandberg, enhetschef Linda Melkersson, läkemedelsinspektör Emil Schwan och enhetschef Virve Reiman-Suijkerbuijk deltagit.


Catarina Andersson Forsman
Annika Wennberg

Kopia till: registrator, GD, Annika Wennberg, Emil Schwan, Virve Reiman-Suijkerbuijk, Lena Björk



YTTRANDE
2017-03-09

Ärendenr:
NV-09016-16

Kommerskollegium
anna.sabelstrom@kommers.se

**Yttrande med anledning av Kommerskollegiums remiss om
frihandelsavtalet mellan EU och dess medlemsstater och Kanada (CETA),
Dnr 3.4.2-2016/02150-23**

Sammanfattning

I remissen från Kommerskollegium efterfrågas synpunkter från Naturvårdsverket angående miljöeffekter och vissa specifika sakområden ("regulativt samarbete", offentlig upphandling och investeringsskydd) relaterat till CETA-avtalet.

Övergripande kan Naturvårdsverket konstatera att analys av miljöeffekter av CETA-avtalet på förhand är komplext. Vissa hållbarhetanalyser har genomförts bl.a. på uppdrag av EU-kommissionen som exempelvis identifierat miljöeffekter i form av ökade utsläpp från transporter pga. ökad handel. Andra effekter kan vara svårare att identifiera på förhand och kan bero på utformning av t.ex. mandat, organisation och praxis. Naturvårdsverket anser att det är viktigt att det sker en kontinuerlig uppföljning av hur mandaten för de organ som ska bildas under CETA-avtalet utformas, hur dessa organ tillämpar avtalet samt vilken effekt det ger på miljön. Detta för att i så stor utsträckning och så snabbt som möjligt identifiera och försöka motverka eventuella negativa miljöeffekter som uppstår. EU och Sverige kan också vara proaktiva genom att exempelvis införa lämpliga styrmedel bl.a. relaterat till utsläpp från transporter för att motverka negativa effekter för miljön. Miljöanpassning skulle t.ex. också kunna pekas ut som en central del av mandatet för de ledande organen under CETA-avtalet.

Avseende Kommerskollegiums frågor och utpekade områden bedömer Naturvårdsverket när det gäller miljöanpassad offentlig upphandling i Sverige att

denna sannolikt inte begränsas av CETA-avtalet. Angående CETA-avtalets effekt på det regulativa samarbetet bedömer Naturvårdsverket att effekten i stor utsträckning kommer att bero på hur mandaten för de organ som ska upprättas under avtalet utformas samt hur aktivt parterna väljer att agera utifrån möjligheter och skyldigheter som avtalet innebär. Detsamma gäller för vilken effekt det kan förväntas ha på nationellt lagstiftningsarbete och annat arbete som sker i EU och andra internationella samarbetsforum. När det gäller investeringsskydd är bedömningen att det för närvarande finns en osäkerhet om exakt var gränsen går mellan rätten att reglera och indirekt expropriation. Fram till dess att tydlig praxis utvecklats kan det därför finnas en risk för att CETA-avtalet, i någon mån, skulle kunna ha en nedkylande effekt på ambitionerna att införa ny långtgående lagstiftning till skydd för miljön i Sverige och EU. Storleken på denna risk är dock svår att bedöma.

Naturvårdsverkets synpunkter i relation till Kommerskollegiums frågor och utpekade områden utvecklas i det följande.

Regulativt samarbete

Naturvårdsverket har identifierat ett fåtal miljöområden där Naturvårdsverket, Sverige eller EU har nära och aktivt samarbete med Kanada. I sådana samarbeten finns i många fall olika prioriteringar men där det finns ett gemensamt intresse fungerar samarbetet tillfredsställande, t.ex. under Arktiska rådet. Det är dock oklart hur framgångsrikt ett utvidgat partnerskap kan bli.

Naturvårdsverket deltar i den svenska delegationen enligt flera globala och regionala miljökonventioner som både EU, liksom dess medlemsstater och Kanada ratificerat. Ofta samordnas här EU:s agerande. Bransch- och intresseorganisationer finns ofta också närvarande i dessa sammanhang.

Både EU och Kanada är parter till Basel-konventionen och OECD. Detta arbete avser bl.a. annat gränsöverskridande avfallstransporter. När det rör en gemensam avfallstransport sker kontakten genom Kemikalieenheten på Miljö- och energidepartementet. Naturvårdsverket är expertstöd åt Miljö- och energidepartementet i frågor som rör Baselkonventionen. Lagstiftningsförslag från EU-kommissionen hanteras i Sverige i huvudsak av regeringen via ett remissförfarande.

Naturvårdsverket har en rad samarbetsgrupper som är öppna för deltagande från branschorgan och intresseorganisationer där arbetet inom EU och i konventioner avhandlas. På avfallsidan utgör Avfallsrådet ett exempel på en referensgrupp för Naturvårdsverkets avfallsarbete. Avfallsrådet bidrar med expertis vid framtagande av nationella avfallsplanen, avfallsförebyggande programmet, EU-arbete, regeringsuppdrag, remisser samt till Naturvårdsverkets omvärldsbevakning och kunskapsuppbyggnad.

Vilken effekt CETA får på samarbetet kommer sannolikt att till stor del bero på utformningen av mandaten för de olika organ som ska upprättas under avtalet. Detta gäller sannolikt också arbetet i konventionerna, samt hur aktivt parterna väljer att agera utifrån möjligheter och skyldigheter som avtalet innebär.

Detsamma gäller för vilken effekt det kan förväntas ha på nationellt lagstiftningsarbete och annat arbete som sker i EU och andra internationella samarbetsforum.

Det är i nuläget inte möjligt att bedöma i vilken utsträckning och på vilket sätt en medlemsstat i EU och nationella bransch- och intresseorganisationer kommer att kunna delta i CETA:s organ och därmed kunna påverka på miljöområdet. Detta kommer stå mer klart när samtliga organ i CETA byggts upp och mandat och regelverk för desamma slutligt beslutats.

CETA-avtalet ställer upp omfattande reglering avseende regulativt samarbete. Huruvida detta kan innebära att lagstiftning vad gäller bland annat miljöskydd försvåras är i dagsläget svårt att uttala sig om. Om Kanada i stor utsträckning utnyttjar sina möjligheter att komma med synpunkter på tilltänkt EU-rättslig lagstiftning och nationell lagstiftning i enskilda medlemsländer och detta sker fullt ut enligt de i kapitel 22 och 24 föreskrivna procedurerna kan det innebära att framtagande av lagstiftning avseende miljöskydd kan komma att ta längre tid än idag. Risken för att Kanada kommer att göra detta bedöms dock som relativt begränsad.

Offentlig upphandling

För Naturvårdsverket är offentlig upphandling, med särskild inriktning på den miljömässiga dimensionen, ett viktigt verktyg för att fullgöra den uppgift myndigheten har att upprätthålla en samlad överblick över den miljöanpassade offentliga upphandlingen i Sverige och att vägleda andra myndigheter i deras upphandlingsarbete.

EU fastställde ett nytt direktiv för offentlig upphandling under 2014 (*Directive 2014/24/EU*). Som ett EU-direktiv är syftet att inkludera de nya upphandlingsdirektiven i nationell lagstiftning i varje medlemsland. För svenskt vidkommande skedde detta i början på 2017. De nya möjligheter som nu möjliggörs för svenskt vidkommande är, för de miljömässiga aspekterna, i korthet att säkerställa att en leverantör har den tekniska kapaciteten att fullgöra det önskade uppdraget genom ett strukturerat miljöledningsarbete, att kunna begära miljöinformation i alla faser av en produkts livscykel (det s.k. livscykelperspektivet) samt en direkt hänvisning till miljömärken.

Både EU och Kanada är i dagsläget parter till WTO:s *Government Procurement Agreement*, GPA, som genomgick en större revision och undertecknades 2014. I de intentioner som nämns i GPA-sammanhang nämns, som en långsiktig ambition, att i upphandlingssammanhang företrädesvis kontraktera leverantörer som kan hänvisa till det som ofta benämns som ”*value for money*”. Detta har en tydlig koppling till EU:s nya upphandlingsdirektiv där det finns en klar ambition att frångå från principen om att tilldela kontrakt med fördel för anbudsgivare som kan erbjuda ”lägsta pris” för att istället fokusera på ”det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet”, dvs. det som kallas ”*Best Value for Money*”. Här kommer i så fall s.k. tilldelningskriterier bli alltmer aktuella att tillämpa i kommande offentliga upphandlingar.

Mot bakgrund av att såväl EU som Kanada anslutit sig till de reviderade GPA-reglerna 2014 men där EU-kommissionen därefter introducerat delvis nya motiv för att stärka de miljömässiga motiven i den offentliga upphandlingen finns anledning att ta ställning om dessa nya möjligheter att ställa miljökrav kan försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning inom upphandlingsområdet. De nya motiv för att stärka de miljömässiga motiven i den offentliga upphandlingen i Sverige handlar i allt väsentligt om att kunna ställa krav på en produkts miljöprestanda sett i ett helhetsmässigt perspektiv – underlag som till stor del kan tillhandahållas genom s.k. livscykelanalyser (LCA). Vad avser krav på miljömärken (Eco-Labeling och Fair Trade-märkning) finns nu större möjligheter att, som verifikat, hänvisa till speciella på marknaden tillgängliga märkningar av olika slag där dessa måste kunna påvisa att de följer internationellt vedertagna principer. I den mån dessa nya miljömässiga krav kan komma till praktisk användning i offentlig upphandling i Sverige och få den trovärdighet som är nödvändig i dessa sammanhang kommer man, med stor sannolikhet, att behöva hänvisa till att följa internationella standarder. Sådana har under senare år utvecklats för att flertal områden för att just kunna komma till användning i upphandlingssammanhang. Exempel på sådana ISO-standarder berör ett 10-tal olika standarder omfattande såväl LCA-metodik, miljömärkning och miljödeklarationer (EPD) som olika former för s.k. miljöavtryck (*environmental footprints*).

Kanada har med sitt stora engagemang i internationellt standardisering inom miljöledningsområdet (och sedan starten lett detta globala samarbete) i högsta grad aktivt medverkat och påverkat arbetet med de standarder som nu kan komma att återopas i upphandlingssammanhang. Kanada har också genomgående röstat till förmån för acceptans för dessa standarder. Det finns därmed stor sannolikhet för att Kanada mycket väl kan anpassa sig till de nya upphandlingskriterier som EU-kommissionen nu successivt inför.

Bedömningen är att regler som kan vara till fördel för miljöanpassad upphandling som just trätt i kraft i EU bör kunna tillämpas också under CETA. För framgångsrik upphandling krävs ständig utveckling av tekniska underlag, t.ex. i form av standardisering och minimikrav på produkter. Där kan ett eventuellt samarbete EU-Kanada vara positivt.

Mot denna bakgrund bedömer Naturvårdsverket att CETA-avtalet inte begränsar möjligheterna för Naturvårdsverkets att utföra sitt uppdrag när det gäller miljöanpassad offentlig upphandling.

Investeringsskydd

Naturvårdsverket har tagit del av Kommerskollegiums analys av bestämmelserna gällande investeringsskydd och indirekt expropriation i CETA-avtalet¹. Kommerskollegium gör bedömningen att CETA-avtalet inte innebär någon större skillnad jämfört med det skydd som gäller redan idag och som följer av

¹ The right to regulate in the trade agreement between EU and Canada, 2015-08-18, Kommerskollegiums dnr: 3.4.2-2015/00532-5.

EKMR². Naturvårdsverket finner ingen anledning att ifrågasätta denna bedömning.

Kommerskollegium konstaterar vidare att det är svårt att på förhand avgöra hur den tribunal som ska pröva tvistefrågor med anledning av CETA-avtalet kommer att bedöma rätten att reglera i förhållande till reglerna om indirekt expropriation. Dock bedömer Kommerskollegium att möjligheten att införa nya regler bör vara tämligen stor, så länge dessa regler är proportionerliga och ändamålsenliga. Inte heller i dessa delar finner Naturvårdsverket någon anledning att ifrågasätta Kommerskollegiums bedömning. Emellertid kommer det, fram till att det finns en tydlig praxis från den aktuella tribunalen, att råda osäkerhet om exakt var gränsen mellan rätten att reglera och indirekt expropriation går.

Det finns därför en risk för att CETA-avtalet, åtminstone i någon mån, skulle kunna innebära en försämrad möjlighet för Sverige och EU att införa strängare regler för att stärka skyddet för miljön. Så länge tydlig praxis saknas finns också en risk att detta i sig kan användas som argument för att inte införa strängare miljölagstiftning. Osäkerheten skulle således kunna ha en nedkylande effekt på ambitionerna att införa ny långtgående lagstiftning till skydd för miljön i Sverige och EU. Hur stora dessa risker är anser Naturvårdsverket dock att det är svårt att bedöma.

Övriga synpunkter

Generellt kan konstateras att analys av miljöeffekterna av CETA-avtalet på förhand är komplext. Vissa begränsade hållbarhetanalyser³ har genomförts bl.a. på uppdrag av EU-kommissionen som exempelvis identifierat miljöeffekter i form av ökade utsläpp från transportsektorn pga. ökad handel. Andra effekter kan vara svårare att identifiera på förhand och kan bero på utformning av t.ex. mandat, organisation samt praxis. Proaktivt agerande av EU och Sverige kan vara aktuellt för att motverka eventuella negativa effekter för miljön exempelvis genom att införa lämpliga styrmedel bl.a. relaterat till utsläpp från transporter.

Det är dessutom viktigt att det sker en kontinuerlig uppföljning av mandaten för de organ som ska bildas under CETA-avtalet, samt hur dessa organ kommer att tillämpa avtalet och vilken effekt det ger på miljön.

² Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

³ Se t.ex. EU-kommissionens SIA för CETA-avtalet:

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/september/tradoc_148201.pdf

Beslut om detta yttrande har fattats av generaldirektör Björn Risinger.

Vid den slutliga handläggningen har i övrigt deltagit avdelningschefen Martin Eriksson, föredragande, enhetschefen Johanna Farelius samt handläggarna Hans Hjortsberg och Johan Lindh. I den övriga beredningen har också handläggarna Sven-Olof Ryding, Emma Sjöberg och Larsolov Olsson deltagit.

För Naturvårdsverket



Björn Risinger



Martin Eriksson

Rättsavdelningen
Tesi Aschan
tesi.aschan@socialstyrelsen.se
075-247 37 58

*Kommerskollegium
Att. Anna Sabelström/Ingrid Berglund*

Avseende inbjudan till samråd maa frihandelsavtalet CETA

Kommerskollegium har inbjudit Socialstyrelsen till samråd avseende frihandelsavtalet CETA mellan EU, dess medlemsstater och Kanada. Efter muntliga kontakter avseende avtalets inverkan på hälso- och sjukvårdens samt socialtjänstens område har Socialstyrelsen bedömt att avtalet rör våra sakområden i sådan liten utsträckning att ett vidare samråd inte är påkallat.

Socialstyrelsen önskar dock framhålla att det är viktigt att regeringen i förhandlingarna har i åtanke att hälso- och sjukvården är ett icke-harmoniserat område där det står EU:s medlemsländer fritt att besluta hur man vill ge och organisera sin hälso- och sjukvård. Den svenska regleringen av området bygger på grundtesen om att legitimerad hälso- och sjukvårdspersonal ska arbeta i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Denna princip görs gällande även i några andra nordiska länder men inte i alla EU-länder. Sverige har fått erfara att kravet ifrågasatts av kommissionen på grund av att den EU-rättsliga reglering som finns om produktsäkerhet inte tar hänsyn till samma parametrar för medicinsk evidens, t.ex. räcker det för enklare medicintekniska produkter att tillverkaren intygar att produkten är säker utan att styrka detta vid CE-märkningen. Skulle en avtalspart till CETA-avtalet anse att svenska rättsregler inte är tillräckligt transparenta och tydliga, eller ifrågasätta rätten att reglera området, uppfattar Socialstyrelsen att frågan teoretiskt skulle kunna hänskjutas till en gemensam arbetsgrupp enligt art. 8.31 och 8.44. Det vore olyckligt om gemensamma arbetsgrupper får tolkningsföreträde till avtalet även i fråga om EU-domstolens förväntade avgörande i kompetensfrågan. (Se hänvisningen till Uppsala universitets remissvar på s. 18 i Kommerskollegiums analys av frihandelsavtalet CETA:s eventuella effekter på miljö, människors och djurs hälsa samt demokratiskt beslutsfattande 2016-08-12, dnr 3.2.4-2016/01059-2 samt pågående förhandling i EU-domstolen avseende frihandelsavtalet med Singapore s.19 i samma PM). Det vore därför lämpligt att förvissa sig om att arbetsgruppernas uttalanden inte tillåts leda till en urholkning av den svenska standarden på den hälso- och sjukvård som erbjuds av legitimerad personal i Sverige.

Med vänliga hälsningar,

Erik Höglund
Avdelningschef

Catharina Sitte Durling
Kanslichef
Juridiska fakultetskansliet

Kommerskollegium

Remiss: Yttrande ang. det övergripande avtalet om ekonomi och handel mellan EU och Kanada (CETA)

Inledning

Det övergripande avtalet med Kanada är ett blandavtal som måste godkännas av såväl den Europeiska Union (EU) som dess medlemsstater eftersom det ansetts gå utöver den exklusiva befogenhet som medlemsstaterna tilldelat EU för att utforma en gemensam handelspolitik enligt EU-fördraget (EUF), artiklarna 4(1) och 5(1), samt Fördraget om EUs Funktionssätt (FEUF), artiklarna 2 och 3. Förvisso beslutade Unionens Råd 28 oktober 2016 att underteckna och provisoriskt tillämpa CETA, och 30 oktober kunde avtalet undertecknas av Unionen och dess medlemsstater samt av Kanada. Handelsavtalet föranleddes dock av en polariserad samhällsdebatt och den belgiska regeringen kunde teckna avtalet endast efter en kompromisslösning med den franskspråkiga federala regionen Vallonien som bl. a. innebär att Belgien ska begära ett yttrande från EU-domstolen (EUD) i enlighet med artikel 218(11) FEUF över den föreslagna investeringsdomstolens (ICS) förenlighet med unionsrätten. Även om Europeiska Parlamentet godkände CETA 15 februari 2017 kan avtalet således komma att rivas upp i stora delar om EU-domstolen skulle finna att det överstatliga institutionella och rättsliga ramverket för handel och investeringar skulle vara oförenligt med unionsrätten.

Med anledning av det övergripande handelsavtalets långtgående konsekvenser för det svenska samhället gav regeringen 30 juni 2016 Kommerskollegium i uppdrag att analysera CETA och genom Regeringsbeslut UD20 16/22542/HI av den 22 december 2016 fick Kommerskollegium i uppdrag att genomföra en fördjupad analys av frihandelsavtalet som ska redovisas senast 1 maj i år. Stockholms universitet har i sammanhanget bjudits in till samråd kring analysen av frihandelsavtalet CETA. I detta yttrande kommer "rätten att reglera" diskuteras i ljuset av den föreslagna CETA-domstolen, och vissa frågor om regleringen av handel och konkurrens inom Unionen kommer att hastigt beröras och då särskilt med avseende på skyddet av grundläggande rättigheter och statsstödsreglerna.

Tillskapandet av en internationell investeringsdomstol

I samband med att Unionens Råd beslutade att godkänna CETA antogs även det tolkningsinstrument som förklarar avtalsparternas gemensamma avsikter med avtalet samt ett antal ensidiga deklarationer.¹ I tolkningsinstrumentet bedyras de avtalsslutande

¹ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/sv/pdf>, tillgänglig 2017-04-01.

parternas *rätt att reglera* inom respektive territorium, vilket inom Unionen innebär att fördelningen av befogenheter mellan EU-institutionerna och medlemsstaterna som följer av grundfördragen ska respekteras inom ramen för CETA. Tolkningsinstrumentet ger uttryck för viljan att varje avtalspart fritt ska kunna organisera sin välfärdssektor och t.o.m. kunna förstatliga delar av denna sektor som tidigare varit föremål för avreglering. Samtidigt är EU-medlemsstaternas autonomi att reglera dessa frågor betingad av EU-institutionernas olika befogenheter att reglera den inre marknaden och konkurrensen på denna marknad. Problemet är att frågan kommer i en annan dager när domarna i en investeringsdomstol ska tillämpa de öppna skrivningarna i CETA för att lösa ekonomiska tvister om än med beaktande av tolkningsinstrumentet.

Som framgår av Rådets deklaration om provisorisk tillämpning av CETA är domstolssystemet under utveckling: ”Eftersom ICS är en helt ny företeelse i handelsavtal och samhällsdebatten därom ännu pågår kommer systemet ges sin slutgiltiga utformning först när alla medlemsstaterna har ratificerat avtalet.”² I nuläget innehåller CETA regler om ett tväinstanssystem där en Tribunal bestående av tre domare som väljs från en pool om 15 domare i första instans ska avgöra mål anhängiggjorda av kanadensiska företag mot EU eller en medlemsstat, eller av ett företag etablerat inom Unionen mot Kanada. Tribunalens dom ska sedan kunna överprövas av en appellationsdomstol (som ej antagit fast form). Enligt Artikel 8.31 CETA ska Tribunalen *tolka avtalet* i enlighet med Wienkonventionen om traktaträtten och särskilt Artiklarna 30-31, samt med andra regler och *ius cogens* som är tillämpliga i ärendet.

Vid en första anblick kan det således framstå som om de överstatliga domstolarna ej skulle ha befogenhet att tolka vare sig unionsrätten eller nationell rätt i en medlemsstat eller i Kanada överhuvudtaget. Av Artikel 8.28(2) CETA framgår att appellationsdomstolen ska överpröva rättsfrågor om tillämpningen av relevant lag samt allvarliga sakfel inbegripet tillämpning av inhemsk rätt. I ljuset av detta framstår det som om tillämpningen av inhemsk rätt är en sakfråga och ej en rättsfråga och sanktionen mot avtalsbrott är enligt Artikel 8.39 CETA avgifter och ej ändrad inhemsk rätt. Samtidigt är det förmodligen ett orimligt antagande att just CETA till skillnad från alla andra internationella avtal ej skulle få någon normerande effekt i de avtalsslutande parternas rättssystem alls. Utan att närmare gå in på vilken effekt bilaterala handelsavtal och multilaterala blandavtal såsom Världshandelsorganisationens (WTO:s) regelverk kommit att få i EU medlemsstaterna, kan rent allmänt sägas att EUD å ena sidan har använt sin befogenhet att tolka internationella avtal till att utvidga Unionens interna befogenheter gentemot medlemsstaterna, vilket har varit särskilt tydligt på immaterialrättens område, och å andra sidan har varit mån om att säkerställa *samstämmighet* mellan Unionens externa och interna åtgärder i enlighet med Artikel 7 FEUF genom att anpassa de externa åtagandena till interna omständigheter såsom i mål C-402/05 *Kadi*.³ När det gäller tolkningen och tillämpningen av CETA måste företaget som vill processa mot en avtalsslutande part vända sig *antingen* till CETA-tribunalen, EUD eller till behörig nationell domstol och parallella processer vid olika domstolar är förbjudna i enlighet med principen om *lis pendens*.

I och med att CETA-tribunalen får fylla begreppet ”investering” med innehåll, är det oklart vilka regler på unionsnivå och nationell nivå som skulle kunna vara omständigheter i ett CETA-mål. I någon mening innebär all affärsverksamhet inom Union investeringar i tid, kraft och pengar och CETA-tribunalen får från fall till fall avgöra om det rör sig om

² <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10974-2016-INIT/sv/pdf>, tillgänglig 2017-04-01.

³ Mål *Kadi och Al Barakaat*, C-415/15 EU:C:2008:461.

”indirekt expropriering”. Förutom de mest uppenbara fallen av egendomsskydd för berättigade förväntningar såsom skydd mot expropriation och immaterialrättsskydd så omfattas i princip alla möjliga åtgärder som kan göra det svårt att etablera företag, att nyttja tillgångar och kamma hem vinster av avtalet. Även om inte Sverige måste anpassa den nationella rättsordningen till CETA eller till den praxis som utvecklas av CETA-domstolarna så utgör naturligtvis avgörandena från dessa domstolar prejudikat som helst bör följas för att undvika upprepade och kostsamma avtalsbrott (”persuasive precedents”). Erfarenheterna visar att länder som varit föremål för uppmärksammade tvistlösningsförfaranden, såsom ärendena om omärkta cigarettpaket, undviker reglering i strid med besluten. Återverkningarna på nationell rätt har beskrivits som ”fright to regulate” istället för ”right to regulate”. Dessutom kan EU-institutionerna som nämnts komma att anpassa unionsrätten till CETA, vilket sedan får till följd att även svensk rätt i enlighet med lojalitetskravet i artikel 4(3) FEUF måste ändras. Således är det åtminstone en sanning med modifikation att CETA ej påverkar rätten att reglera.

Till följd av den globalisering som i neoklassisk anda har präglat ekonomisk utveckling under slutet av 1900-talet och början av 2000-talet är det nödvändigt att hitta former för reglering av bredare samhällsfrågor. Statsmakterna har ofta hamnat i baksätet medan stora internationella aktörer är i förarsätet. Att återta kontrollen över generering och fördelning av välfärd innebär dock en veritabel paradox. För även om normgivningsmakterna måste samarbeta utanför sina respektive jurisdiktioner för att säkerställa bredare samhällsintressen så innebär den internationella rättens abstraktionsnivå att nationella och regionala samhällsintressen kan komma att stå tillbaka för samordnad ekonomisk integration. Således är inte frågan om CETA-domstolarna och ICS i allmänhet (såsom i EU-Singapore avtalet) är ”bra” eller ”dåligt” utan vad som är nödvändigt (proportionellt) för att få systemet att fungera. Vilka samhällskonsekvenserna av ett ICS kan bli går bara att spekulera i, men så mycket är säkert att en domstol som enbart ska tolka och tillämpa ett avtal som har till syfte att integrera två stora ekonomier och undanröja hinder för handel kan ha svårare att väga in bredare samhällsfrågor och sociala hänsyn än en domstol som verkar inom en fullt utvecklad rättsordning i ett demokratiskt samhälle. Om nu det finmaskiga nätet av regler till skydd för olika samhällsintressen ska underkastas prövning av CETA-domstolar så får vi hoppas att dessa domstolar efter hand utvecklar en social lyhördhet där dessa intressen beaktas. På sikt innebär den nya generationens ekonomiska avtal såsom CETA ett överstatligt samhällsbygge och i det sammanhanget blir möjligheten i CETA till utvidgat regulatoriskt samarbete intressant. Här i Europa har vi 60-års erfarenhet av hur arbetsamt det kan vara att bygga ihop samhällen.

Huvudorsaken till att CETA nu introducerar en internationell domstolsordning är att utländska investerare ofta har upplevt sig orättvist behandlade av nationella domstolar som tillämpar frihandelsavtal. Bara misstanken om att det finns en benägenhet att skydda staten kan vara skäl till ICS. Vidare är systemet med internationella tvistlösningsförfaranden mellan investerare och stater (ISDS) bristfälligt då processerna saknar transparens och besluten är alltför kasuistiska och således rättsosäkra. CETA-domstolarna och ICS i allmänhet råder bot på detta genom att införa transparenta processer som leder fram till beslut som kan överprövas och resulterar i rättspraxis som skapar förutsebarhet. Här finns visserligen frågor om tillsättning av domarna som kan vara värda att titta närmare på eftersom CETA-kommittén i nuläget verkar ha tämligen fria tyglar att välja domare till poolen. Samtidigt finns rent rättstekniska frågor om CETA-domstolarnas förenlighet med i synnerhet unionsrätten.

Här ska sägas att EUD vid upprepade tillfällen förklarat att Unionen kan ingå internationella avtal som ger externa organ rätt att tolka och tillämpa internationella avtal

som Unionen har åtagit sig att fullgöra.⁴ Senast klargjorde EUD detta i yttrandet 2/13 över Unionens avtal om anslutning till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (EKMR).⁵ Samtidigt har dock EUD med lika stor tydlighet förklarat, bland annat i samma yttrande, att det skulle vara oförenligt med *unionsrättens autonomi* att överlåta på en extern domstol att ensamt besluta huruvida det är nödvändigt att inleda ett förfarande för förhandsgranskning av EU-domstolen. I unionsrätten finns regler kring samarbetet inom det integrerade domstolssystemet som styr fördelningen av befogenheter inbegripet begäran om förhandsavgörande enligt Artikel 267 FEUF. ”Det är nämligen endast EU-domstolen som på ett tillförlitligt sätt kan avgöra huruvida den redan har uttalat sig om den konkreta rättsfråga som är anhängig vid Europadomstolen rörande en viss unionsrättslig bestämmelses förenlighet med en eller flera grundläggande rättigheter enligt Europakonventionen.”⁶ Samma resonemang förklarar också svårigheten med att skapa en Europeisk patentdomstol.⁷ Även om en CETA-domstol primärt skulle tolka och tillämpa CETA och ej unionsrätten på samma sätt som Europadomstolen i Strasbourg tolkar och tillämpar EKMR och ej unionsrätten, skulle konsekvenserna i båda fallen bli att unionsrättens förenlighet med avtalen prövades. Precis som i fallet med EKMR skulle ett agerande i strid med CETA sanktioneras genom en avgift som i investeringstvister ofta är långt mer kännbara än avgifterna som betalas vid brott mot EKMR. Om nu unionsrätten ej kan underkastas extern kontroll av Europadomstolen eftersom det är oförenligt med rättsordningens autonomi och EUD:s exklusiva befogenhet att förklara innebörden av unionsrätten enligt Artikel 19 FEU är det svårt att acceptera att en CETA-domstol skulle ha befogenhet att avgöra unionsrättens förenlighet med avtalet, även om unionsrätten endast utgör fakta i målet. Precis detta ska nu EUD besvara på begäran av Belgien i enlighet med uppgörelsen med Vallonien. Vidare är det ur ett unionsrättsligt perspektiv komplicerat att CETA-tribunalen ofta skulle avgöra om det är Unionen eller en medlemsstat som är svaranden i ett mål som anhängiggjorts av ett kanadensiskt företag. Visserligen finns stöd för att EU skulle få möjlighet att inom en kortare tidsfrist förklara om det är Unionen eller en medlemsstat som är svaranden men samtidigt kan även CETA-kommittén avgöra frågan och om det drar ut på tiden beslutar CETA-tribunalen vem svaranden ska vara. Avslutningsvis är det tveksamt om CETA-tribunalens beslut att EU ska betala en avgift till ett kanadensiskt företag skulle vara förenligt med EUD:s exklusiva befogenhet i enlighet med artikel 340 FEUF att avgöra mål om utomkontraktuellt skadestånd p.g.a. åtgärd eller underlåtenhet av en EU institution.

CETA och Unionens grundläggande rättigheter

Om vi uppehåller oss en stund till vid processuella frågor så måste uttalandet i det gemensamma tolkningsinstrumentet att ”utländska investerare ej behandlas mer gynnsamt än inhemska” ifrågasättas. Så mycket är ställt utom all tvivel att endast utländska (kanadensiska) investerare skulle kunna anhängiggöra ett ärende mot Unionen eller mot en medlemsstat såsom Sverige vid en CETA-tribunal. Naturligtvis är detta rättsmedel gynnsamt för en investerare och således i någon mening diskriminerande. Nu gäller naturligtvis förbudet mot diskriminering i CETA endast behandlingen av utländska investerare i förhållande till inhemska investerare och ej *vice versa*, men det är anmärkningsvärt att man så oförblommerat förnekar förekomsten av omvänd

⁴ Se t.ex. Yttrande 1/74 EU:C:1977:63; Yttrande 1/92 EU:C:1992:189 där EUD accepterade EFTA-domstolen eftersom den agerar helt skild från unionsrätten; och Yttrande 1/94 EU:C:1994:384 där EUD accepterade WTO:s Tribunal eftersom den avgör endast tvister mellan avtalsslutande parter och ej enskilda investerare.

⁵ Yttrande 2/13 EU:C:2014:2475 para. 182.

⁶ Yttrande 2/13 supra not 6 para. 183.

⁷ Yttrande 1/09 EU:C:2011:123.

diskriminering i tolkningsinstrumentet. Inom ramen för unionsrätten kan det också vara värt att fundera lite närmare på om denna omvända diskriminering av inhemska företag angående rättsmedel är förenlig med kravet på likabehandling i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan), artiklarna 21 och 47.

Såsom EUD har förklarat i mål som C-617/10 *Åkerberg Fransson* ska tillämpning av all unionsrätt och nationell rätt som genomför unionens rättsakter ske med beaktande av bestämmelserna i EU-stadgan.⁸ I det sammanhanget är en aktuell fråga inom Unionen skyddet för integritet och personuppgifter. Inom EU har datalagringsdirektivet upphävts på grund av att det har ansetts vara oförenligt med Artiklarna 7 och 8 i EU-stadgan, och nyligen förklarade EUD att de svenska reglerna på området som till stor del följde av genomförandet av det upphävda direktivet var oförenliga med unionsrätten.⁹ Vidare har EUD i ett uppmärksammat mål upphävt avtalet mellan Unionen och USA avseende behandling av personuppgifter i e-handel p.g.a. nämnda integritetsskydd och avtalet är nu ersatt.¹⁰ Förmodligen skulle EUD söka tolka och tillämpa även CETA i enlighet med rättighetsstadgans bestämmelser. Även en nationell domstol skulle vara skyldig att upprätthålla unionens skyddsnivå om ett kanadensiskt företag skulle anhängiggöra en investeringstvist rörande data lagring och dylikt vid domstolen. Däremot är det ytterst tveksamt om en CETA-domstol skulle beakta EU-stadgan i ett mål som rör t. ex. indirekt expropriering, hinder för etablering eller handel med tjänster avseende personuppgifter. Faktum är att de avtalsslutande parterna endast har enats om att erkänna Förenta Nationernas universella deklaration om mänskliga rättigheter från 1948, som är långt ifrån lika utvecklad som EU-stadgan, och när det gäller just skyddet för personuppgifter nämns det bara i allmänna ordalag i främst artiklarna 28(3)(2)(ii) och 13(15) CETA som undantag från fri rörlighet av tjänster. Risken finns att en CETA-domstol skulle anse att skyddet för personuppgifter i e-handel inom Unionen skulle stå i strid med avtalet och då skulle det kanadensiska företaget undslippa kraven på integritetsskydd.

CETA och den materiella unionsrätten

I ljuset av vad som ovan sagts kan det mycket väl hända att kanadensiska företag som verkar inom EU skulle kunna nå framgång i en investeringstvist vid en CETA-domstol även om inhemska företag inte skulle behandlas på samma sätt vid tillämpning av anpassad unionsrätt eller harmoniserad nationell rätt. Här skulle det bära iväg för långt att diskutera alla tänkbara scenarier där Unionens och medlemsstaternas integrerade reglering av den inre marknaden skulle kunna anses oförenlig med CETA. Som exempel kan nämnas förhållandet mellan Unionens regler om statsstöd och skyddet för investeringar.

Medan alla former av förmåner och undantag för enskilda företag kan utgöra förtäckt statsstöd, kan ett beslut som innebär ett krav på återbetalning av stödet eller att stödet ska upphöra stå i strid med investerarens berättigade förväntningar och således med kravet på rättvis och skälig behandling i CETA. Frågan har tidigare uppkommit inom Unionen i mål som rör bilaterala avtal ingångna av medlemsstater. I mål T-646/14 *Micula* hade Rumänien hållits ansvarig i en ISDS att betala ett svenskt företag ersättning för att ha upphävt ett incitamentsprogram för investeringar som var i strid med statsstödsreglerna. Kravet på att betala ersättning till företaget stod dock också i strid med Unionens statsstödsregler då dessa regler skulle bli verkningslösa om företaget kunde ha berättigade

⁸ Mål *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105; och Mål *Dano* C-333/13 EC:C:2014:2358.

⁹ Förenade Målen *Digital Rights Ireland* C-293/12; och *Kärntner Landesregierung* C-594/12, EU:C:2014:238; samt Förenade Målen *Tele2 Sverige AB* C-203/15 och *Secretary of State for the Home Department* C-698/15, EU:C:2016:970.

¹⁰ Mål *Schrems* C-362/14 EU:C:2015:650.

krav på ersättning. Således ogiltigförklarade den Europeiska kommissionen ISDS-beslutet till förmån för Rumänien. Företaget överklagade naturligtvis kommissionens beslut men drog sedan tillbaka sin talan.¹¹ Frågan är hur kravet på rättvis och skälig behandling skulle bedömas i motsvarande fall enligt CETA och om CETA skulle tvinga Unionen och medlemsstaterna till eftergifter som idag ej är nödvändiga. Motsvarande frågor kan uppkomma i samband med beslut i konkurrensrättsliga ärenden.

Slutkommentar

Detta yttrande begränsas till några reflektioner kring ”rätten att reglera” i ljuset av den föreslagna ICS, och regleringen av handel och konkurrens inom EU särskilt med avseende på skyddet av grundläggande rättigheter. Däremot har tiden inte medgivit någon närmare detaljanalys av CETA.

Remissvaret har på fakultetsnämndens uppdrag beslutats av dekanus, professor Jonas Ebbesson. Yttrandet har beretts av universitetslektor Claes Granmar. Föredragande har varit kanslichef Catharina Sitte Durling. Yttrandet har expedierats av Juridiska fakultetskansliet.

Jonas Ebbesson

Catharina Sitte Durling

¹¹ Mål *Micula* T-646/14 Officieal Journal C 439/29 8.12.2014. Se också t.ex. Mål *Dunamenti* T-179/07 EU:T:2014:236; och beslut av United Nations Commission on International Trade, *U.S. Steel Global Holdings I.B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-6 .



Kommerskollegium
Box 6803
113 86 Stockholm

Beslut

Vårt datum: 2017-03-17
Er referens: 3.4.2-2016/02150-24
Diariennr: SSM2017-1226
Dokumentnr: SSM2017-1226-2
Handläggare: Martin Henrysson
Telefon: +46 8 799 40 25

Svar på inbjudan till att lämna synpunkter på det regulativa samarbetet för varor i frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA)

Bakgrund

Strålsäkerhetsmyndigheten är marknadskontrollmyndighet för produkter och ämnen som alstrar strålning.

En viktig anledning till att myndigheten är marknadskontrollmyndighet är att det sedan den 1 januari 2014 är förbjudet att utan tillstånd från myndigheten hantera starka laserpekare. De skärpta reglerna innebär att det är förbjudet att använda, inneha, sälja eller importera starka laserpekare. En butik som säljer produkter med starka bärbara laserpekare (klass 3B, 3R och 4) måste ha tillstånd från myndigheten. Som konsument behöver du tillstånd för att få köpa en sådan produkt. Alla lasrar ska alltid vara märkta med vilken klass de tillhör.

Frågorna

Strålsäkerhetsmyndigheten har i dagsläget inget direkt regelsamarbete med Kanada och inte heller inom ramen för befintliga avtal eller konventioner. Myndigheten har kontakter med branschorganisationer och utvalda tillståndshavare som bedriver verksamhet med strålning och skickar under arbete med nya föreskrifter ut dessa på remiss till både myndigheter och övriga intressenter. Vid samråd av nya regler har myndigheten inte använt några särskilda verktyg.

I detta ärende har avdelningschefen Anneli Hällgren beslutat. Verksjuristen Martin Henrysson har varit föredragande.

STRÅLSÄKERHETSMYNDIGHETEN

Anneli Hällgren

Martin Henrysson

Avdelningen för juridik och inre marknad
Marie Hansson
Direktnr: 08-406 83 19
E-post: marie.hansson@swedac.se

linda.boden@kommers.se

Inbjudan till att lämna synpunkter på det regulativa samarbetet för varor i frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA) (dnr 3.4.2-2016/02150-24)

Bakgrund

Kommerskollegium har fått i uppdrag av regeringen att göra en analys av frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA). Kommerskollegium ska under arbetets gång samråda med berörda myndigheter. Kollegiet ska också efterhöra synpunkter från relevanta akademiska institutioner.

En del av uppdraget rör regulativt samarbete där Kommerskollegium bland annat har uppdrag att:

"Analysera riskerna med att forumet för regleringssamarbete, som inrättas genom frihandelsavtalet, och det arbete som ska bedrivas där kan komma att försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning.

Kommerskollegium ska lämna förslag på, dels hur relevanta aktörer i det civila samhället kan ges förutsättningar att påverka forumet, dels hur andra aktörer än företag kan garanteras insyn och möjlighet till påverkan, t.ex. genom regelbundna möten eller genom digitala lösningar".

Utifrån dessa specifika frågeställningar behöver Kommerskollegium samråda med berörda myndigheter. För att Kommerskollegium ska kunna leverera ett balanserat och faktabaserat underlag på uppdraget har Kommerskollegium ställt samman några frågor för berörda myndigheter att besvara.

Swedacs svar på Kommerskollegiums frågor

Nedan följer en redovisning av Swedacs svar på Kommerskollegiums frågor.

I regeringsuppdraget ska kollegiet analysera riskerna för forumet för regleringssamarbete, som inrättas genom frihandelsavtalet, och om det arbete som ska bedrivas där kan komma att försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning.

¹ Vad god referera till denna beteckning vid all korrespondens med Swedac i detta ärende.

1. Deltar ni redan i ett befintligt regelsamarbete med Kanada (andra externa parter) inom ert område? Hur ser detta samarbete ut? Om/hur inkluderar ni relevanta intresseorganisationer i detta samarbete?

Ackreditering är myndighetsutövning inom Europa men det globala samarbetet är privaträttsligt. Det innebär att de samarbeten Swedac har är regelsamarbete men inte bindande för staterna om det inte finns ett mellanstatligt avtal om ömsesidighet. Samarbetet globalt bygger på referentbedömningar för att garantera likvärdighet av ackrediteringar i alla deltagande länder. Dessa referentbedömningar leder till privaträttsliga multilaterala avtal om ömsesidig acceptans av ackrediterade provningar, kontroller, och certifieringar. Grunden för detta baseras på att alla som skriver under avtalen har genomgått referentbedömningar och arbetar i enlighet med samma internationella standarder. Samarbetet sker inom ramen för ILAC (International Laboratory Accreditation Cooperation) och IAF (International Accreditation Forum) där det även finns ackrediteringsorgan från Kanada. Dessa två organisationer har en särskild medlemskategori för intressenter som består av ackrediterade organ, användare av ackrediterade organ och användare av certifikat och rapporter från ackrediterade organ. En svaghet i detta är det faktum att konsumentorganisationer inte finns representerade. Nationella myndigheter deltar normalt inte direkt inom ILAC och IAF. Däremot har myndigheter en dialog med sina nationella ackrediteringsorgan, varigenom de kan påverka arbetet inom ILAC och IAF.

ILAC och IAF är de globala samsamarbetsorganisationerna för ackrediteringsorgan. Deras roll är att administrera de globala avtalen om ömsesidigt erkännande av provnings-, certifierings- och kontrollresultat från ackrediterade organ. Detta görs genom att ILAC och IAF upprätthåller ett referentbedömningssystem. Referentbedömningssystemet bygger i sin tur på att alla ackrediteringsorgan följer samma internationella standarder och att man inom ILAC och IAF tar fram dokument för att harmonisera ackrediteringar över hela världen.

ILAC och IAF bygger sin verksamhet på regionala samarbeten. Den Europeiska samsamarbetsorganisationen är European Co-operation for Accreditation (EA). EA arbetar för den regionala harmoniseringen av ackrediteringar och har ett referentbedömningssystem och ett multilateralt avtal om ömsesidigt erkännande av resultat. Kort sagt är de regionala systemen en spegelbild av de globala och de globala avtalen bygger på att de regionala avtalen är fungerande och robusta.

2. Deltar ni i samarbeten/institutioner inom ramen för befintliga internationella avtal/konventioner? Om/hur inkluderar ni relevanta intresseorganisationer i detta samarbete?

Ja se ovan.

3. Om tillämpligt, -Hur påverkas/ändras det nuvarande samarbetet när CETA träder ikraft?

CETA kommer att underlätta acceptansen i Kanada av resultatet från svenska ackrediterade organ.

4. Ser ni några risker med att det regulativa arbetet inom forumet för regleringssamarbetet skulle kunna försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning? Om tillämpligt, exemplifiera både risker och eventuella förslag för att motverka dessa.

Inom Swedacs verksamhetsområde bedöms inga svårigheter finnas eftersom Swedacs samarbete bygger på internationella standarder.

Kollegiet ska vidare lämna förslag på dels hur relevanta aktörer i det civila samhället kan ges förutsättningar att påverka forumet, dels hur andra aktörer än företag kan garanteras insyn och möjlighet till påverkan, t.ex. genom regelbundna möten eller digitala lösningar.

5. Hur organiserar ni kontakter/genomför konsultationer med relevanta intresseorganisationer på ert område inom ramen för lagstiftningsprocesser på EU-nivå, respektive nationell nivå?

Swedac följer sedvanligt remissförfarande vad gäller Swedacs föreskrifter (STAFS) och har direkta kontakter med intresseorganisationer. Inom EU sker detta via EA. Se ovan.

6. Hur engagerar ni relevanta intresseorganisationer i ert internationella samarbete på området (dvs inte bara inom ramen för det regulativa samarbetet)?

Se #1 och #5.

7. Använder ni er av några verktyg för kommunikation/samråd med civilsamhället som skulle kunna användas för att påverka forumet för regulativt samarbete?

Om civilsamhället innefattar konsumenter så har Swedac sin webb, sitt insynsråd samt den nybildade ackrediteringskommittén som har representanter från intressenter inom Swedacs verksamhetsområde. Därutöver använder Swedac olika kanaler för kommunikation såsom sociala medier, tidningsartiklar och pressmeddelanden.

Beslut om detta yttrande har fattats av avdelningschefen Åsa Tysklind efter föredragning av juristen Marie Hansson. I den slutliga handläggningen har avdelningschefen Merih Malmqvist Nilsson och utredaren Peter Kronvall deltagit.

Åsa Tysklind

Marie Hansson

Kopia till:
Utrikesdepartementet HI

Datum
2017-03-17Dnr/Beteckning
TSG 2017-579Er beteckning
Dnr 3.4.2-2016/02150-
24Kommerskollegium
Linda Bodén linda.boden@kommers.se

Synpunkter från Transportstyrelsens väg- och järnvägsavdelning på det regulativa samarbetet för varor i frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA)

Inom väg- och järnvägsområdet har vi identifierat att det för reglering av vägfordon (personbilar, lastbilar, bussar och släpvagnar) finns ett samarbete med Kanada. I övrigt kan vi inte se att vårt regleringsarbete berörs av frihandelsavtalet CETA. Svaren på frågorna 1-4 nedan gäller därmed specifikt vägfordon.

Frågeställning	Svar
1. Deltar ni redan i ett befintligt regelsamarbete med Kanada (andra externa parter) inom ert område? Hur ser detta samarbete ut? Om/hur inkluderar ni relevanta intresseorganisationer i detta samarbete?	Ja, för vägfordon och fordonskomponenter genom 1998-års överenskommelse inom UNECE, se beskrivning i bilaga 1. Globala tekniska reglementen (GTR) arbetas fram i arbetsgrupper där även internationella notifierade intresseorganisationer kan delta. I arbetet med att ta fram svenska ståndpunkter har Transportstyrelsen bland annat kontakt med svenska branschföreträdare (på motsvarande sätt som vi gör i arbeten med EU-reglering). Förslag och andra arbetsdokument finns öppet tillgängliga på UNECE:s webbplats.
2. Deltar ni i samarbeten/institutioner inom ramen för befintliga internationella avtal/konventioner? Inom vilka avtal? Hur ser detta samarbete ut? Om/hur inkluderar ni relevanta intresseorganisationer i detta samarbete?	Se fråga 1.
3. Om tillämpligt - Hur påverkas/ändras det nuvarande samarbetet när CETA träder ikraft?	Vi kan inte se att det nuvarande samarbetet påverkas. Men det är viktigt att forumet för regulativt samarbete är medvetet om 1998-års överenskommelse så att det inte uppstår dubbelarbete.

4. Ser ni några risker med att det regulativa arbetet inom forumet för regleringssamarbete skulle kunna försena eller försvåra framtida svensk lagstiftning? Om tillämpligt, exemplifiera både risker och eventuella förslag för att motverka dessa.	Vi kan inte se några risker i nuläget.
---	---

Svaren på frågorna 5-7 är inte specifika för vägfordonsområdet, utan mer generella eftersom vi uppfattar att ni är ute efter förslag till påverkansmöjligheter.

5. Hur organiserar ni kontakter/genomför konsultationer med relevanta intresseorganisationer på ert område inom ramen för lagstiftningsprocesser på EU-nivå, respektive nationell nivå?	EU-nivå och UNECE Här har regeringen det övergripande ansvaret och avstämning sker med regeringskansliet. Transportstyrelsen bereder vanligtvis frågorna och inhämtar synpunkter från svenska organisationer t.ex. via seminarier, möten, e-post eller telefon. Transportstyrelsens webbplats är ett verktyg för att visa vilka internationella regelarbeten som pågår och vem som är kontaktperson. http://www.transportstyrelsen.se/sv/Regler/Regler-for-jarnvag/forankring-i-det-internationella-arbetet/ http://www.transportstyrelsen.se/sv/Regler/Regler-for-jarnvag/pagaende-regelarbete1/ Nationell nivå – det vill säga föreskrifter Innan föreskrifter beslutas skickas de på remiss till de som berörs – de ges möjlighet att framföra synpunkter på förslag och konsekvensutredning. Remisserna finns på vår webbplats. Berörda kan ha blivit involverade även i ett tidigare skede t.ex. genom seminarier och samverkansmöten. Även här är webbplatsen ett verktyg. http://www.transportstyrelsen.se/sv/Regler/Regler-for-jarnvag/pagaende-regelarbete1/ Rapporten <i>Samverkan i regelgivningsprocessen: teori och praktik</i> innehåller en kartläggning av samhällets involvering i myndigheters beslutsfattande utifrån aktuell litteratur, samt en granskning av Transportstyrelsens arbete med samråd och remiss utifrån ett urval av myndighetens konsekvensutredningar, se länk: http://www.transportstyrelsen.se/globalassets/global/publikationer/alla_trafikslag/samverkan-i-regelgivningsprocessen.pdf
--	---

6. Hur engagerar ni relevanta intresseorganisationer i ert internationella samarbete på området? (dvs. inte bara inom ramen för det regulativa samarbetet)	Inte tillämpligt.
7. Använder ni er av några verktyg för kommunikation/samråd med civilsamhället som skulle kunna användas för att påverka forumet för regulativt samarbete?	Nej.

Med vänlig hälsning

Anna Ferner Skymning

Bilaga 1

1998-års överenskommelse inom UNECE (United Nations Economic Commission for Europe)

UNECE är en FN-institution för ekonomiskt samarbete i Europa, med huvudkontor i Genève.

UNECE är en av FN:s fem regionala kommittéer som bildades 1947 och består av 56 medlemsstater från Europa, Nordamerika, Centralasien och södra Kaukasus. Huvudinriktningen för arbetet är att verka för ekonomisk integration mellan medlemsstaterna genom att ta fram gemensamma policyer, konventioner och standards. Arbetet bedrivs främst inom områdena miljö, hållbar energi, handel och industri, transporter samt vattenfrågor.

UNECE arbetar bland annat inom vägfordonsområdet genom överenskommelser med tekniska krav för fordon och fordonskomponenter. Arbetet utförs inom *Working Party 29 World Forum for Harmonization of Vehicle Regulations*. På denna länk finns en kort beskrivning av WP 29.

<http://www.unece.org/trans/main/wp29/introduction.html>

WP.29 hanterar flera överenskommelser och till en av dessa är alla tre parterna Sverige, EU och Kanada anslutna:

Agreement concerning the establishing of global technical regulations for wheeled vehicles, equipment and parts which can be fitted and/or be used on wheeled vehicle.

http://www.unece.org/trans/main/wp29/wp29wgs/wp29gen/wp29glob_stts.html

Till den så kallade 1998-års överenskommelse hör i nuläget 16 globala tekniska reglementen (GTR) som innehåller krav på fordon och fordonskomponenter. Här finns alltså ett regulativt samarbete mellan Sverige, EU och Kanada.

Kommerskollegium
Enheten för WTO och utvecklingssamarbete
Anna.sabelstrom@kommers.se

Yttrande med anledning av samråd mellan Kommerskollegium Upphandlingsmyndigheten om CETA

Kommerskollegium har fått i uppdrag av regeringen att analysera frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA) avseende bl.a. miljö- och hälsorelaterade frågor, offentlig upphandling och forumet för regleringssamarbete.¹ I uppdraget ingår att under arbetets gång samråda med bl.a. Upphandlingsmyndigheten och några andra myndigheter.

I regeringsuppdraget ingår frågan på upphandlingsområdet att "analysera frihandelsavtalets effekter på möjligheten att använda offentlig upphandling för att främja djurskydd och användningen av ekologiska, miljöanpassade och rättvisemärkta varor".

Reglerna om offentlig upphandling i frihandelsavtalet med Kanada, CETA, liknar i mycket hög grad Världshandelsorganisationens (WTO:s) regelverk om upphandling, s.k. Government Procurement Agreement (GPA)². Både EU och Kanada är i dagsläget parter till GPA.

Frågorna som Kommerskollegium ställt till Upphandlingsmyndigheten är följande.

1. Vad är ert uppdrag när det gäller offentlig upphandling?
2. Finns det enligt er uppfattning något i CETA som begränsar möjligheterna att utföra ert uppdrag när det gäller offentlig upphandling?

¹ Regeringsbeslut UD2016/22542/HI, inkommen 2017-01-04.

² https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm

Datum:
2017-03-17

Diarienummer:
UHM-2017-0002

3. Finns det enligt er uppfattning något i CETA som begränsar möjligheterna att använda offentlig upphandling för de syften som nämns i regeringsuppdraget, i förhållande till Sveriges befintliga förpliktelser enligt EU:s eller WTO:s regelverk (GPA)?
4. Är det något annat ni vill framföra med avseende på frågan om offentlig upphandling i regeringsuppdraget?

Upphandlingsmyndigheten utgår från dessa frågeställningar i detta yttrande.

Upphandlingsmyndigheten använder vidare endast begreppet upphandlande myndighet även i bemärkelsen upphandlande enhet. När begreppen LOU-upphandlingsdirektivet eller LOU avses även motsvarande bestämmelser i övriga upphandlingsdirektiv och upphandlingslagar där så är relevant.

1. Vad är ert uppdrag när det gäller offentlig upphandling?

Upphandlingsmyndighetens uppdrag och roll är att ge stöd till upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer och vår vision är "sunda offentliga affärer för en hållbar framtid". Myndigheten ska verka för en rättssäker, effektiv och socialt och miljömässigt hållbar upphandling till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten ska också främja innovativa lösningar inom upphandling. (Se Förordning med instruktion för Upphandlingsmyndigheten SFS 2015:527).

I uppdraget ingår att utveckla och förvalta kriterier för miljöhänsyn, inklusive energikrav, och sociala hänsyn inom upphandling. Upphandlingsmyndighetens hållbarhetskriterier är frivilliga att tillämpa och kan användas helt eller delvis mot bakgrund av lokala politiska beslut och målsättningar hos upphandlande myndigheter. Kriterierna finns idag inom olika områden för upphandlingar av varor, tjänster eller byggtreprenader, t ex livsmedel och transporttjänster. De ses över regelbundet för att följa bland annat den tekniska och miljömässiga utvecklingen på marknaden och eventuella ändrade juridiska förutsättningar.

2. Finns det enligt er uppfattning något i CETA som begränsar möjligheterna att utföra ert uppdrag när det gäller offentlig upphandling?

Upphandlingsmyndighetens uppfattning är att upphandlande myndigheter har generellt sett en stor frihet att definiera föremålet för kontraktet och ta miljöhänsyn och sociala hänsyn utifrån sina egna preferenser och behov, under förutsättning att detta är förenligt med unionsrätten och inte strider mot

principerna om bland annat ickediskriminering eller reglerna för fri rörlighet för varor och tjänster.

Utgångspunkt för Upphandlingsmyndighet svar i denna del är det gemensamma tolkningsdokument som ingår i CETA-avtalet. Kapitel 12 som handlar om offentlig upphandling lyder:

Ceta bibehåller möjligheten för upphandlande enheter inom Europeiska unionen och dess medlemsstater och Kanada att i enlighet med deras respektive lagstiftning tillämpa miljökriterier, sociala kriterier och arbetsrelaterade kriterier, som exempelvis skyldigheten att rätta sig efter och följa kollektivavtal, i upphandlingar. Kanada och Europeiska unionen och dess medlemsstater kommer att kunna tillämpa sådana kriterier i sina upphandlingar på ett sätt som inte är diskriminerande eller utgör ett onödigt hinder för internationell handel. De kommer att kunna fortsätta att göra detta enligt Ceta.

Ur ett internationellt perspektiv har EU förbundit sig att följa villkoren i det allmänna upphandlingsavtal (GPA) som tagits fram av Världshandelsorganisationen (WTO) och andra bilaterala handelsavtal. Det framgår av artikel 25 i LOU-direktivet (2014/24):

Villkor som rör WTO-avtalet och andra internationella avtal

I den mån de omfattas av bilagorna 1, 2, 4 och 5 samt de allmänna anmärkningarna i Europeiska unionens tillägg I till WTO-avtalet och andra internationella avtal som unionen är bunden av ska de upphandlande myndigheterna bevilja byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer som har undertecknat dessa avtal en behandling som inte är mindre gynnsam än den som beviljas byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer i unionen.

Sverige har genom att anta en upphandlingslagstiftning implementerat de principer och de skyldigheter som följer av EU:s upphandlingsdirektiv och GPA. Huvudprincipen i GPA-avtalet är att inga onödiga hinder ska uppställas för den internationella handeln och att all upphandling ska ske på ett icke-diskriminerande sätt, vilket kan jämföras med de grundläggande principer som gäller enligt upphandlingsdirektiven. I praktiken uppnås efterlevnad av dessa olika åtaganden genom att man utvidgar de rättigheter som gäller för leverantörer inom EU:s till att omfatta leverantörer som är etablerade i tredjeländer. Lagen om offentlig upphandling (LOU) (2016:1145) gör heller inte någon skillnad mellan leverantörer från ett medlemsland eller tredje land.

Avtalstexten i kapitel 19 (som rör offentlig upphandling) i CETA bygger på Världshandelsorganisationens (WTO) avtal om offentlig upphandling (GPA) i vilket både EU:s medlemsstater och Kanada är parter. I GPA finns övergripande bestämmelser om miljöhänsyn i offentlig upphandling, men sociala hänsyn regleras däremot inte alls. Motsvarande bestämmelser finns i CETA. Det innebär att CETA inte går utöver vad som redan regleras i GPA vad gäller denna typ av hänsyn. De möjligheter som finns att ta miljö- och sociala hänsyn styrs av EU:s upphandlingsdirektiv och den rättspraxis som utvecklats av EU-domstolen och dessa bestämmelser är mer långtgående än bestämmelserna i CETA och GPA.

Utgångspunkten är därmed att varje enskild upphandlande myndighet genom att följa någon av de svenska upphandlingslagarna också följer såväl upphandlingsdirektiven som GPA. Upphandlingsmyndigheten kan inte se att det finns något i CETA-avtalet som går utöver eller innebär ytterligare skyldigheter i förhållande till det som redan gäller enligt upphandlingsdirektiven och som därmed skulle innebära att upphandlande myndigheter behöver ta ytterligare hänsyn till i sina upphandlingar.

Upphandlingsmyndighetens uppdrag att ta fram hållbarhetskriterier inom olika områden, såsom livsmedel, kan emellertid påverkas av vilken omfattning en eventuell kommande handel med Kanada får och vilka hållbarhetsaspekter som finns i kanadensisk lagstiftning och vilka certifieringsregelverk som finns för t ex uppfödning av djur och växtodling.

3. Finns det enligt er uppfattning något i CETA som begränsar möjligheterna att använda offentlig upphandling för de syften som nämns i regeringsuppdraget (dvs. möjligheten att använda offentlig upphandling för att främja djurskydd och användningen av ekologiska, miljöanpassade och rättvisemärkta varor) i förhållande till Sveriges befintliga förpliktelser enligt EU:s eller WTO:s regelverk (GPA)?

Mot bakgrund av vad som framförts ovan ser inte Upphandlingsmyndigheten några begränsningar för svenska upphandlande myndigheter att i fortsättningen använda den offentliga upphandlingen för att uppfylla vissa mål inom det miljömässiga eller sociala området. Förutsättningarna är att den rättsliga ramen enligt upphandlingslagstiftningen tillämpas och att kraven som ställs inte

innebär förtäckta handelshinder eller är diskriminerande och uppfyller procedurkraven i övrigt. Följande kan särskilt uppmärksammas vad gäller frågan om att främja djurskydd och användningen av ekologiska, miljöanpassade och rättvisemärkta varor.

Djurskydd. Den offentliga upphandlingen av livsmedel innehåller idag många gånger långtgående hållbarhetskrav med avseende på bland annat djurskydd. Upphandlingsmyndighetens hållbarhetskriterier för livsmedel finns för ett flertal produktområden med syfte att erbjuda upphandlande myndigheter ett verktyg för att kunna köpa hållbarare livsmedelsprodukter och lyfta fram leverantörer som har efterfrågad prestanda, dvs. uppfyller krav på odlings- och uppfödningsskikt oavsett produktionsland. Djurskyddskriterierna omfattar såväl ekologisk produktion och så kallad konventionell produktion och utgörs av ett tiotal produktgrupper. Samtliga hållbarhetskriterier, inklusive kriterier för livsmedel, som Upphandlingsmyndigheten tar fram i sin egen regi är frivilliga att använda för upphandlande myndigheter och enheter. De är framtagna mot bakgrund av upphandlingsrättens förutsättningar och att de grundläggande principerna ska efterlevas. Kriterierna innehåller också förslag på bevismedel (verifikat) och vägledning till hur de kan följas upp. Hållbarhetskraven motsvaras av tillgänglig produktion och saluföring inom EU, Sverige, Norden och, så vitt Upphandlingsmyndigheten bedömer det, troligtvis även Kanada. Hur djurskyddskrav kan verifieras och vilka certifieringar och liknande som kan komma ifråga för animaliska produkter producerade i Kanada bör emellertid tas om hand i kommande revideringar av livsmedelskriterierna.

Upphandlingsmyndigheten har ett särskilt regeringsuppdrag under 2017-2018 som i korthet innebär att stärka kompetensen hos upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer gällande strategisk upphandling av livsmedel och måltidstjänster. Det kan också nämnas att Livsmedelsverket verkar för god, integrerad, trivsamt, näringsrik, hållbar och säker mat för offentlig måltidsgäst. Upphandlingsmyndigheten har vidare kontakt med Jordbruksverket gällande djurskyddskrav i samband med aktiv förvaltning av stödet kopplat till djurskyddskrav i uppfödning och miljökrav i växtodling för att kalibrera kriterienivå och få information om möjliga verifikat som bevismedel vid uppföljning.

Ekologiska produkter. Grunden för ekologisk produktion regleras i EU-förordningen 834/2007 med bestämmelser för ekologisk produktion av jordbruksprodukter och hur uppgifter ska lämnas på jordbruksprodukter och livsmedel. För att livsmedel ska få kallas ekologiska måste de ha

producerats enligt de regler som bestäms av EU. En annan förordning (förordning (EG) nr 1235/2008 med närmare bestämmelser för import av ekologiska produkter från tredje land) reglerar hur ekologiska produkter kan importeras från icke EU-länder vars regler om ekologisk produktion och kontroll är likvärdiga med EU:s, för närvarande Argentina, Australien, Kanada, Costa Rica, Indien, Israel, Japan, Nya Zeeland, Tunisien, Schweiz och USA. För alla andra icke EU-länder, kan importörer ha sina ekologiska produkter certifierade för import till EU av oberoende privata kontrollorgan som godkänts av Europeiska kommissionen. Dessa bestämmelser ger enligt Upphandlingsmyndigheten transparenta, likabehandlande och objektiva förutsättningar för att upphandlande myndigheter ska kunna acceptera ekologiska produkter producerade i Kanada.

Miljöanpassade produkter. CETA-avtalet kan anses som mer tillåtande vad gäller miljökrav generellt sett jämfört med upphandlingsdirektiven. Det som framgår av Kapitel 19.9 gällande tekniska specifikationer är att myndigheterna får tillämpa specifikationer som skyddar miljön såvida inte detta direkt eller indirekt innebär onödiga hinder för den internationella handeln. Den utgångspunkt som Upphandlingsmyndigheten har i sitt arbete med att ta fram stöd för bland annat miljökrav ligger i linje med detta. Utgångspunkten är att upphandlande myndigheter har stor frihet att bestämma vad det är de vill köpa och vilka egenskaper och vilken kvalitet den aktuella varan, tjänsten eller byggentreprenaden ska ha. Krav, tilldelningskriterier och särskilda villkor för fullgörande av kontrakt får emellertid inte uppställas på ett sådant sätt att de utpekar en viss leverantör eller utesluter leverantörer från ett visst land och de ska vara utformade på ett sådant sätt att de grundläggande principerna efterlevs. Att ett krav i praktiken medför att vissa leverantörer inte kan leverera efterfrågad kvalitet eller egenskaper innebär dock inte i sig ett brott mot principen om likabehandling eller proportionalitet.

Vilka verifikat, intyg och andra bevismedel och dokumentationsmöjligheter som finns för olika varor och tjänster med ursprung i Kanada kan behöva undersökas inom ramen för arbetet med hållbarhetskriterier. Att endast ställa sådana krav som är möjliga att följa upp är en del av principen om likabehandling.

Rättvisemärkta produkter. CETA-avtalet innehåller inte i sig några särskilda bestämmelser vad gäller sociala hänsyn. Det framgår dock av tolkningsdokumentet, punkt 12, vilken är en del av avtalet mellan EU och Kanada, att avtalet upprätthåller möjligheten att ställa miljö-, sociala och

arbetsrättsliga krav så länge dessa inte innebär förtäckta handelshinder eller är diskriminerande och uppfyller procedurkraven i övrigt.

Upphandlingsmyndigheten anser att det inte finns några hinder för upphandlande myndigheter att efterfråga produkter som uppfyller kriterier för rättvis handel eller är rättvisemärkta. EU-domstolen har i sitt avgörande i mål Max Havelaar (C-368/10) bekräftat att det går att ta hänsyn till rättvis handel i offentlig upphandling. EU-domstolen konstaterade i sitt domslut att en upphandlande myndighet får efterfråga kaffe som är producerat i enlighet med kriterierna både för det nederländska miljömärket Eko och för rättvis handel. Slutsatserna i detta domslut har kodifierats i de nya upphandlingsdirektiven i bl. a bestämmelser avseende "märken" (artikel 43) och "koppling till kontraktsföremålet" avseende tilldelningskriterier (artikel 67) och särskilda villkor för fullgörande av kontrakt (artikel 70). Det ska särskilt uppmärksammas att möjligheterna att ta hänsyn till rättvis handel begränsas till tilldelningskriterier eller särskilda kontraktsvillkor.

Upphandlingsmyndigheten vill samtidigt uppmärksamma på att den aktuella frågeställningen inte bör kopplas ihop med en specifik märkning såsom rättvisemärkningen/FairTrade då det finns andra märkningar vars syfte är att uppnå samma effekter som Fairtrade. Utgångspunkten bör istället vara principerna för Rättvis handel i enlighet med WFTO:s (World Fair Trade Organization) tio principer för Rättvis handel. Värt att notera i sig är även att en produkt inte behöver vara märkt för att kunna anses motsvara den offentliga kundens krav.

4. Är det något annat ni vill framföra med avseende på frågan om offentlig upphandling i regeringsuppdraget?

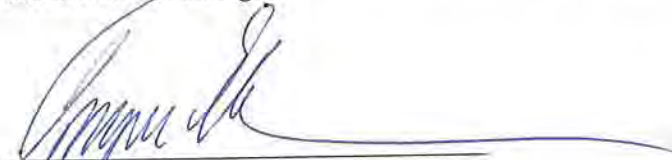
CETA-avtalet kan ge ökade möjligheter att använda offentlig upphandling för att uppnå samhällseliga mål i ett internationellt perspektiv. Bland annat kan det innebära att Sverige kan bidra till exempelvis förbättrat djurskydd i andra länder. Hållbarhet kan därmed betraktas som en del i global försörjningsstrategi där gemensamma upphandlingsregler utgör en av verktygslådorna i linje med FN:s hållbarhetsmål Agenda 2030. Ett av målen i Agenda 2030 (mål 12.7) avser att främja hållbara offentliga upphandlingsmetoder vilket kan leda till inte bara miljöfördelar utan även sociala och ekonomiska fördelar. Utvecklingen av och tillämpning av internationella standarder och certifieringssystem underlättar denna utveckling, såsom fairtrade labelling organisation.

Datum:
2017-03-17

Diarienummer:
UHM-2017-0002

En effekt av CETA på sikt kan vara en ökad marknadstillgång på en prestanda som inte finns att tillgå idag vilket gör att möjligheterna kan öka att ställa längre gående krav i svensk offentlig upphandling i framtiden. Men i praktiken är det anbudslämnande leverantörer som väljer sina produkter i anbudet och CETA-avtalets påverkan på den offentliga affären är beroende av anbudsläggarnas affärsstrategi. Hur väl kanadensiska varor och tjänster kommer att återfinnas inom ramen för upphandlande ramavtal och kontrakt i Sverige beror i slutändan på hur väl dessa står sig i den konkurrenssituation som en offentlig upphandling innebär och hur möjligheten till verifiering och uppföljning ser ut. Det ligger emellertid inte inom ramen för Upphandlingsmyndighetens uppdrag att bedöma vilka allmänna effekter på svenskt lantbruk som en ökad konkurrens från kanadensiska livsmedel kan få.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Jurist Charlotta Frenander har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också segmentsansvarig Monica Sihlén deltagit.


Inger Ek
Charlotta Frenander



UPPSALA
UNIVERSITET

Magnus Ödman
Bitr, kanslichef
Utbildningsledare

Kansliet för humaniora och
Samhällsvetenskap

Box 256
SE-751 05 Uppsala

Besöksadress:
S:t Olofsgatan 10B

Telefon
0701679142:

www.uu.se

Magnus.Odman@uadm.uu.se

1(1)

Beslut

2017-03-21 UFV 2017/185

Kommerskollegium

**Inbjudan till samråd och möjlighet att lämna remissyttrande
över regeringsuppdrag till kommerskollegium avseende
analys av frihandelsavtalet CETA.**

Uppsala universitet har inbjudits samråd och att yttra sig över
rubricerade remiss. Universitetet avstår från att yttra sig.

Beslut i detta ärende har fattats av undertecknad rektor i närvaro
av universitetsdirektören Katarina Bjelke, efter föredragning av
utbildningsledaren Magnus Ödman. Närvarande därutöver var
Uppsala studentkårs ordförande Daniel Simmons.

Eva Åkesson

Magnus Ödman

Bilaga 4: Några tjänstesektorer i Sverige som omfattas av standstill- och ratchetklausulerna

Bilaga I Sektor/undersektor	Sveriges/EUs förbehåll
Detaljhandel av alkohaltiga drycker [Sveriges förbehåll]	Gränsöverskridande handel och etablering Systembolaget AB har statligt monopol på detaljhandeln med sprit, vin och öl (utom alkoholfri öl) Alkoholhaltiga drycker är drycker med en alkoholhalt på över 2,25 volymprocent. För öl är gränsen en alkoholhalt över 3,5 volymprocent. [Alkohollagen (2010:1622)]
Hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster [EUs förbehåll]	Etablering När en medlemsstat i EU säljer eller avyttrar sina egetkapitalandelar i, eller tillgångarna i, ett befintligt offentligt företag eller en befintlig offentlig enhet som tillhandahåller hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster eller utbildningstjänster, får medlemsstaten i fråga förbjuda eller införa begränsningar av äganderätten till sådana intressen eller tillgångar och av möjligheten för innehavare av sådana andelar och tillgångar att kontrollera eventuella resulterande företag när det gäller investerare i Kanada eller i tredjeland eller deras investeringar. När det gäller en sådan försäljning eller annan överlåtelse kan medlemsstater i EU anta eller vidmakthålla alla eventuella åtgärder som rör de högsta chefernas eller styrelsemedlemmarnas medborgarskap, liksom alla eventuella åtgärder som begränsar antalet tjänsteleverantörer. I detta förbehåll gäller följande: a) en åtgärd som vidmakthålls eller antas efter dagen för detta avtals ikraftträdande som, vid tidpunkten för försäljning eller annan överlåtelse, förbjuder eller ålägger begränsningar av äganderätten till egetkapitalandelar eller tillgångar eller uppställer nationalitetskrav eller begränsningar av antalet tjänsteleverantörer som beskrivs i detta förbehåll, ska anses vara en befintlig åtgärd, och b) ett <i>offentligt företag</i> ska anses vara ett företag som genom ägarintressen ägs eller kontrolleras av en medlemsstat i EU, och som omfattar ett företag som etablerats efter dagen för detta avtals ikraftträdande enbart för att sälja eller avyttra egetkapitalandelar i eller tillgångar hos ett befintligt statligt företag eller offentligt organ.
Järnvägstransport [EUs förbehåll]	Gränsöverskridande handel Tillhandahållandet av järnvägstransporttjänster förutsätter ett tillstånd som endast kan ges till järnvägsföretag som är etablerade i en av EU:s medlemsstater. [EU-direktiv: 95/18/EG, 2004/49/EG, 95/18/EG, 2001/14/EG, 2006/103/EG, 2007/58/EG, 91/440/EEG, 2001/14/EG]
Järnvägstransport [Sveriges förbehåll]	Gränsöverskridande handel Att ta upp och släppa av passagerare på linjen mellan Stockholms stad och Arlanda flygplats (med Arlanda som startpunkt eller slutlig destination) är

	förbehållet en enda aktör. Operatören för linjen mellan Arlanda och Stockholm får tillåta andra operatörer att använda linjen. Detta förbehåll gäller inte för transport av passagerare mellan andra destinationer än Arlanda och Stockholm. [Järnvägslagen (2004: 519)]
Posttjänster [EUs förbehåll]	Gränsöverskridande handel och etablering I EU kan organisationen av utplacering av brevlådor på allmän plats, utgivning av frimärken och utdelning av rekommenderade försändelser inom ramen för rättsliga och administrativa förfaranden begränsas i enlighet med den nationella lagstiftningen. Licensieringssystem kan inrättas för sådana tjänster som lyder under skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster. Dessa licenser kan medföra särskilda skyldigheter att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster eller betala en finansiell avgift till en kompensationsfond. [EU-direktiv: 97/67/EG, 2002/39/EG och 2008/06/EG]

BILAGA 5

Background

The Swedish National Board of Trade has been tasked by the Government of Sweden to analyse the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the EU and Canada with a focus on investment protection and the effects on Swedish policy space and Swedish standards of investment protection. The outcome of the analysis by the National Board of Trade is found in the report. In this connection, I have taken on the task to assess the methodological considerations of the analysis laid down in the report, commenting on the legal analysis as well as making a general quality assessment of the final report.

Methodology

In terms of methodology, the report in general is considered to be of high quality. The analysis of the report is based on a legal doctrinal approach taking into account the policy implications for the implementation of CETA (*"konsekvensanalys"*). The analysis largely incorporates the views (*"remissvar"*) expressed by the various stakeholders, and it incorporates the various views satisfactorily in a plausible manner.

Substantive analysis

The strength of the report lies within the fact that it largely clears up central misconceptions of investment treaties and the investor-state dispute settlement mechanism.

For example, the report repudiates perceptions of investment treaties being 'more binding' than other international commitments entered into by states:

"Den grundläggande principen om att avtal ska hållas – pacta sunt servanda – gäller självfallet även inom investeringsrätten," section 3 of the report.

Another misconception that the report seeks to rebut is that the CETA constitutes the legal basis for delegating the interpretation of the agreement to the EU. As the report rightly explains, this is not a particular consequence of the CETA but rather the result *"av att Sverige överlämnat kompetensen på investerings-skyddsavtal med tredje land till EU"*, section 8 and section 13.5.

The report meticulously handles the fundamental stability-flexibility dilemma of international investment law as it plays out in the CETA context. This dilemma incorporates the tensions between the two anti-poles; ensuring stability in the form of a solid investment climate while retaining flexibility and states' regulatory space of manoeuvre.

The report genuinely explains the legal impossibility of a general determination of the boundaries for regulatory interferences giving rise to compensation for indirect expropriation. This legal problem cannot be generally resolved, but depends on a concrete assessment of a given situation. Reaching a certain threshold is an imperative to find that an indirect expropriation has occurred. This threshold is dependent on several elements, such as the significance of the interference with the economic use or benefit and duration of the measure as well as the control over the investment. On the basis of the police-power doctrine the purpose of the measure must also be taken into account. As highlighted by the Board of Trade, there is thus a lower limit where regulatory measures can be imposed without triggering the duty to compensate the investor.

“Sammantaget gör kollegiet bedömningen att en suverän stat har inte bara i CETA utan enligt internationell sedvanerätt en uttalad rätt att stifta lag eller fatta beslut om det görs i syfte att skydda miljö eller människors och djurs hälsa utan att bli ersättnings-skyldig till investerare i enlighet med vad som följer av police powers-doktrinen”, section 9.8.

Expectations of the investors should equally be taken into account and is rightly dealt with by the Board of Trade in section 12.

Without resolving this legal problem of a determination of the boundaries for indirect expropriation, compensable and non-compensable regulation, the report provides two important legal options for resolving disputes concerning regulatory interferences and the question of whether such interference may trigger the duty to pay compensation to investors.

First, the report emphasizes that CETA must be interpreted in the light of other relevant international commitments applicable in the relations between the parties:

“att avtalet även tolkas i ljuset av andra internationella konventioner,” section 5.

Second, the report attaches significant importance to the police power doctrine as a determinative method for interpretation of the material standards of treatment enshrined in the CETA:

“Parterna till avtalet har emellertid strukturerat avtalet så att även om detta utgör ett grundläggande kriterium ska skiljemännen vid en bedömning även beakta delar av police powers-doktrinen”, section 9.

Consequently, the report spells out two of the most essential legal techniques that are relevant in practice for the assessment of whether a regulatory interference give rise to compensation.

The report rightly explains the foundations of the proposed Investment Court System and the initiatives taken in terms of enhancing impartiality and predictability, which are core elements of the rule of law. In the same vein, the establishment of the Investment Committee is explained. As emphasized by the National board of Trade there are fundamental legal, political and practical challenges of these two institutions, which still needs to be settled in practice. As the National Board of Trade rightly points to, these two institutions and their functions constitute the Achilles tendon of CETA.

“Kollegiet instämmer att detta utgör svagheter jämfört med ISDS och de svenska bilaterala investeringsskyddsavtalen”, section 13.5.

Conclusion

In sum, the report contains a comprehensive analysis, which does not endeavour to resolve all legal challenges in relation to the right to regulate in international investment law, but within its mandate rightly points to the key aspects and methods for assessing the investment provisions in the CETA and the effect on Swedish policy space.

Lone Wandahl Mouyal

Assistant Professor, PhD
The Law Faculty, University of Copenhagen

COPENHAGEN APRIL 2017