

PROMEMORIA

ANG DET FOLKRÄTTSLIGA INVESTERINGSSKYDDET OCH DEN FÖRESLAGNA KOMMUNALISERINGEN AV INSAMLING AV FÖR- PACKNINGSAVFALL OCH RETURPAPPER FRÅN HUSHÅLL

1 Inledning

Sedan 1994 ligger ansvaret för den fysiska insamlingen av förpackningsavfall och returpapper från hushållen på producenterna. Under denna tid har en privat marknad för fastighetsnära insamling tillskapats av aktörerna på densamma. Under drygt 20 års tid har dessa aktörer investerat i personal, utrustning, marknadsföring mm för att bygga upp en marknad baserad på det producentansvar som föreskrivs i 15 kap. Miljöbalken och i Förordningen 2014:1073 om förpackningar och Förordningen 2014:1074 om returpapper.

Regeringen har i regeringsförklaringen den 3 Oktober 2014 meddelat att den anser att ansvaret för insamling av förpackningar och returpapper i framtiden bör ligga på kommunerna och inte på de nuvarande aktörerna. I akt och mening att genomföra denna förändring har regeringen tillsatt en utredare för att föreslå hur en sådan ansvarsförändring ska genomföras. I utredarens uppdrag ingår att lämna författningsförslag till denna nyordning, inklusive förslag till övergångsbestämmelser. Utredaren har ännu inte lämnat något förslag.

Verksamheten som bedrivs på denna marknad är av privatekonomisk karaktär, dock krävs tillstånd bli a från Länsstyrelsen i det län där företaget i fråga har sitt säte. Verksamheten på marknaden bedrivs på grundval av privaträttsliga avtal ingångna främst mellan fastighetsägare och återvinningsföretag. Det exakta antalet avtal är svårt att ange. Sannolikt rör det sig om ett mycket stort antal. Uppgifter gör gällande att det kan röra sig om 30 000-50 000 avtal. Om en kommunalisering skulle genomföras medför detta att existerande avtal måste bringas att upphöra. En kommunalisering skulle även medföra att kommuner och kommunala bolag får ensamrätt att handha den fysiska insamlingen av förpackningsavfall och returpapper. En privatekonomisk marknad skulle således bli ersatt av ett kommunalt monopol. En sådan omvandling av den existerande marknaden innebär en radikal och genomgripande förändring.

2 Det folkrättsliga investeringsskyddet

Det folkrättsliga investeringsskyddet manifesteras på två sätt: i bilaterala investeringsskyddsavtal, sk BITs efter engelskans Bilateral Investment protection Treaties, och i folkrättslig sedvanerätt, oftast uttryckt i principen om den internationella minimumstandarden.

2.1 Investeringskyddsavtal

Sverige har ingått ett sextiotal BITs. Dessa avtal är traktater, dvs överenskommelser ingångna mellan två stater, men som ger privaträttsliga investerare skydd mot åtgärder vidtagna av värdlandet—i nu aktuell situation Sverige. Sådana åtgärder kan vara av allehanda slag: myndighetsbeslut, beslut av domstolar, lagar, förordningar etc. Det yttersta syftet med alla BITs är att skydda investerare mot olika former av expropriation.

Folkrätten förbjuder i och för sig inte expropriation, men sådan är tillåten endast under vissa förutsättningar. I regel uppställs fyra krav:

- (i) Expropriation måste ske i det allmännas intresse;
- (ii) Expropriationen måste ske i laga ordning, med iakttagande av landets i fråga processuella regler;
- (iii) Expropriationen får inte vara diskriminerande, eller resultera i diskriminering; och
- (iv) Den som drabbas av expropriationen måste erhålla ersättning för den exproprierade egendomen.

Om inte alla dessa krav uppfylls är expropriationen i fråga olaglig enligt folkrätten. I en sådan situation har den exproprierade rätt till sk restitution, dvs återställande av egendom eller kontraktuella rättigheter, eller rätt till ersättning av all skada som expropriationen har förorsakat. Den drabbade skall försättas i samma finansiella situation som om expropriationen aldrig hade inträffat.

Alla BITs som Sverige har undertecknat omfattar skydd mot såväl direkt som indirekt expropriation. Någon klar definition eller skiljelinje mellan dessa former av expropriation finns dock inte angiven i avtalen. Det är allmänt accepterat att en direkt expropriation föreligger om värdlandet direkt utsäger att man ska exproprieras eller nationalisera en viss egendom, affärsrörelse eller bransch.

Indirekt expropriation är svårare att definiera. En sådan anses emellertid föreligga när värdlandet genom en eller flera åtgärder på ett väsentligt sätt undergräver det ekonomiska och finansiella värdet av en investering, utan att investeraren förlorar äganderätten till egendom eller rättigheter.

Utöver skyddet mot expropriation innehåller de flesta BITs även bestämmelser om sk Fair and Equitable Treatment, oftast förkortat FET. Denna skyddsstandard innebär att investerare har rätt till en Fair and Equitable behandling i och av värdlandet. Även om det är svårt att definiera och precisera vad denna skyddsstandard exakt innebär, är det allmänt accepterat att ett centralt element i detta skydd är investerarens legitima förväntningar såsom de tedde sig när investeringen gjordes.

En investerarens legitima förväntningar anses omfatta att han ska kunna förlita sig på att värdlandets rättssystem är stabilt och förutsägbart, att ingångna avtal ska hållas, frånvaro av diskriminering, frånvaro av tvång och trakasserier, transparens vid myndighetsutövning samt att värdlandet alltid agerar i enlighet med den folkrättsliga principen om god tro. Alla dessa, och andra, faktorer vägs samman i en helhetsbedömning av situationen.

Om värdlandet i fråga inte tillhandahåller Fair and Equitable Treatment åt investeraren är denne berättigad till ersättning för all den skada han drabbats av.

Det ovan sagda bekräftas sedan decennier av ett stort antal rättsliga avgöranden, inkluderande internationella skiljedomar.

Som noterats ovan kan allehanda åtgärder från värdlandets, och dess myndigheters, sida ge upphov till ansvar för staten (domstolsbeslut, lagar, förordningar, myndighetsåtgärder etc). Det faktum att ett beslut, en lag eller en förordning har fattats i laglig och demokratisk ordning enligt värdlandets rättssystem befriar aldrig värdlandet från folkrättsligt ansvar. Detta är en grundläggande princip inom folkrätten.

2.2 Folkrättslig sedvanerätt

Det sedvanerättsliga investeringskyddet i folkrätten motsvarar i stort sett det som beskrivits ovan. Skillnaden är främst att investeringskyddsavtalen naturligen innehåller mer detaljerade bestämmelser än de som följer av sedvanerätten. I själva verket bygger de flesta investeringskyddsavtal på de principer och den praxis som utmejslats inom ramen för sedvanerätten. Inom sedvanerätten gäller att en utländsk investerare åtnjuter skydd för sin egendom åtminstone motsvarande den sk internationella minimumstandarden. Denna standard kan medföra att en utländsk investerare ges förmånligare behandling än en inhemsk investerare.

Den internationella minimumstandarden ger en investerare skydd mot expropriation och rätt till Fair and Equitable Treatment, liksom rätt till ersättning när värdlandet inte fullgör sina skyldigheter i dessa avseenden.

Den största skillnaden mellan sedvanerätten och investeringskyddsavtalen är att de senare i regel föreskriver att tvister mellan investerare och värdlandet skall avgöras genom internationella skiljeförfaranden. I sedvanerätten finns inte någon sådan angivelse av forum.

3 Min bedömning

Något förslag från utredaren föreligger inte ännu. Baserat på det som framgår av utredningsdirektiven, såsom angivna i Miljö- och energidepartementets Promemoria daterad den 24 juni 2015, anser jag att den planerade kommunaliseringen strider mot det folkrättsliga investeringskyddet.

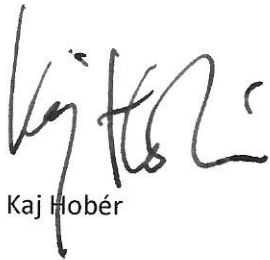
För att genomföra en kommunalisering enligt utredningsdirektiven måste ingångna privaträttsliga avtal brytas, utrustning avhändas/överlämnas, personal sägas upp etc. De näringsidkare som nu är aktiva på denna marknad tvingas att upphöra med sin verksamhet. De går därmed miste om de

investeringar de gjort för att bygga upp marknaden, liksom de framtida vinster som de skäligen hade kunnat räkna med. För att detta ska vara tillåtet enligt folkrätten krävs att alla de fyra kriterier som angivits ovan- för att en laglig expropriation ska föreligga- uppfylles. Jag kan inte se att något av dessa kriterier kan uppfyllas med den föreslagna förändringen.

Även om den föreslagna nyordningen inte skulle anses utgöra en olaglig expropriation enligt folkrätten, skulle den med stor sannolikhet medföra ett brott mot skyldigheten att ge utländska investerare en behandling som motsvarar Fair and Equitable Treatment. Det som främst leder till denna slutsats är brytandet av ingångna privaträttsliga avtal och diskrimineringen som blir konsekvensen av ett kommunalt monopol.

Min bedömning är således att den föreslagna förändringen inte står i överensstämmelse med det folkrättsliga investeringskyddet. Utländska investerare på den aktuella marknaden i Sverige har följaktligen möjligheter att vidtaga rättsliga åtgärder mot Sverige, tex genom att påkalla internationella skiljeförfaranden.

Uppsala ,den 5 april 2016



Kaj Hobér

Professor i internationell investerings-och handelsrätt, Uppsala universitet.