

Nordisk Juristmøde 2024

Investeringsbeskyttelse i krig og konflikt

-oOo-

Af Lone Wandahl Mouyal, Danmark

Resumé

Det grundlæggende »clash« imellem to sæt af økonomiske aftaler; sanktionsregimer og bilaterale investeringsbeskyttelsesaftaler er meget sparsomt behandlet i den juridiske litteratur og bl.a. derfor valgt som tema for debatten på Nordisk Juristmøde 2024, sessionen om investeringsbeskyttelse i krig og konflikt. Gennem to hovedteser og underliggende teser argumenterer referenten for, at EU's økonomiske sanktioner ikke udgør brud på EU medlemsstaters investeringsbeskyttelsesaftaler med Rusland. Referenten finder, at de økonomiske sanktioner udgør erstatningsfri regulering og derved ikke brud på ekspropriationsstandarden eller pligten til at medgive rimelig og retfærdig behandling. Uagtet dette argumenter referenten for, at de økonomiske sanktioner udgør legitime ansvarsfrihedsgrunde efter folkerettens regler om statsansvar.

1. Indledning

Vi lever i en tid, hvor geopolitiske spændinger forværres, og den globale retsorden er under pres. Sanktioner fra vestlige lande anvendes tiltagende som et strategisk værktøj til at presse stater til at overholde folkeretlige forpligtelser og til at forhindre yderligere krænkelse af folkeretten. Samtidig kan sanktioner i sig selv udgøre brud på folkeretlige forpligtelser, herunder pligt til beskyttelse af fremmede og deres ejendom som udtrykt i bilaterale investeringsbeskyttelsesaftaler (BITs). En debat om investeringsbeskyttelse i krig og konflikt kan berøre en mangfoldighed af problemstillinger af såvel juridisk som tenderende til mere politisk, økonomisk eller samfundsmæssig karakter. Dette debatindlæg har et juridisk fokus, om end det hurtigt viser sig vanskeligt at betragte retten i et vakuum, da de politiske, økonomiske og øvrige samfundsmæssige forhold også har central betydning, særligt i relation til beskyttelse af investors berettigede forventninger.

2. Det faktuelle scenarie, den retlige ramme og afgrænsning

Temaet er principielt og handler om forholdet mellem de folkeretlige regler om statsansvar og investeringsbeskyttelsesaftaler.¹ Debatten koncentrerer sig om BITs og ansvarsfrihedsgrundene i den Internationale Lovkommission artikler om statsansvar² ("statsansvarsreglerne") fra 2001. Debatten bygges op om dette faktuelle scenarie:

¹ I praksis er statsansvarsreglerne jævnligt bragt i spil og henvist til i investeringstvister. Her har ansvarsfrihedsgrundene særligt vundet indpas i argumentationen i forbindelse med annullationssøgsmål, jf. Shirlow og Duggal "Special issue on 20th anniversary of ARSIWA. The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration"; ICSID Review, vol. 37, nr. 1-2, 2022, p. 380.

² International Law Commission, Draft Articles on State Responsibility, 2001.

Militært angreb mod Ukraine

Den 24. februar 2022 invaderede Rusland Ukraine, hvilket generelt er anset af det internationale samfund som ulovlig magtanvendelse i strid med FN Pagten.³ Angrebene er eskaleret og fortsat siden.

EU's økonomiske sanktioner

Siden marts 2014 har EU gradvist indført restriktive foranstaltninger over for Rusland som reaktion på (1) den ulovlige annektering af Krim i 2014; (2) Ruslands angrebskrig mod Ukraine i 2022; og (3) den ulovlige annektering af Ukraines regioner Donetsk, Luhansk, Zaporizjzja og Kherson i 2022. EU har vedtaget 13 sanktionspakker rettet mod Rusland.⁴ Disse sanktioner omfatter en lang række af forskellige foranstaltninger, herunder indefrysning af finansielle midler, rejserestriktioner, restriktioner på import og eksport af visse varer, restriktioner på finansielle services samt våbenembargo.⁵ De restriktive foranstaltninger rammer indtil videre 1.706 personer og 419 enheder.⁶ Sanktionerne rammer ikke blot den russiske regering men også private individer og virksomheder, og er blevet skærpet og udvidet med tiden. Sanktionerne har væsentlig indvirkning på virksomhedsaktiviteter udøvet af investorer, der er direkte eller indirekte berørt heraf.

Ruslands indførelse af tvangsnationaliseringslov

Som svar på EU's sanktioner vedtog Rusland en række foranstaltninger over for investeringer foretaget af såkaldte 'unfriendly states', herunder de 27 EU-medlemslande og Norge. Det russiske regeringsparti Forenet Rusland har blandt andet vedtaget en lov, som giver den russiske regering adgang til at tvangsnationalisere aktiver ejet af udenlandske investorer. Derudover er der i Rusland vedtaget dekret om, at vestlige gaskunder skal betale i rubler, og at investorer fra vestlige stater forbydes at sælge aktiver indenfor visse brancher og i øvrigt skal

³ I en tale i forbindelse med en særlig samling kort efter Ruslands invasion af Ukraine udtalte præsidenten for FN's Generalforsamling: "[T]he military offensive by the Russian Federation is a violation of the territorial integrity and sovereignty of Ukraine and is inconsistent with the Charter of the United Nations", Abdulla Shaid, præsident for FN's Generalforsamling, tale den 28. februar 2022. Se desuden Olmedo, "The Legality of EU Sanctions under International Investment Agreements", *European Foreign Affairs Review* 28, 2023, p. 105.

⁴ En oversigt over sanktionspakkerne kan findes på EU Kommissions side: https://finance.ec.europa.eu/eu-and-world/sanctions-restrictive-measures_en. Sidst tilgået 25. april 2024.

⁵ Se nærmere på Rådets side om EU's sanktioner mod Rusland, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/>. Sidst tilgået 25. april 2024.

⁶ Data pr. 12. april 2024.

anmode om tilladelse til salg. Mere end 1.000 udenlandske virksomheder har forladt Rusland.⁷ Det gælder også nordiske virksomheder.

Det faktuelle scenarie giver anledning til principielle overvejelser om forholdet mellem statsansvarsreglerne på den ene side og staters ansvar efter en BIT på den anden side. Principielt kan man overveje muligheden for at anvende statsansvarsreglerne *som et sværd* med henblik på at gennemtvinge Ruslands overholde af folkerettens forbud mod ulovlig magtanvendelse i strid med FN Pagten. Man kan også overveje muligheden for at anvende statsansvarsreglerne *som et skjold* mod ansvar for brud på en BIT.⁸ Debatten her koncentrerer om sidstnævnte.

Økonomiske sanktioner er principielt tilladte i folkeretten⁹, men de økonomiske sanktioner kan potentielt udgøre brud på folkeretlige forpligtelser i relation til den traktatbaserede investeringsbeskyttelse indeholdt i BITs. En bred vifte af russiske investorer kan således tænkes at indlede investeringstvister som et modsvar til EU's sanktioner. Dette indbefatter russiske investorer, hvor sanktionerne påvirker brug, forvaltning eller drift af deres virksomhed i EU-medlemsstater. Russiske banker er f.eks. blandt de sanktionerede, og udøvelsen af bankaktiviteter anses generelt for beskyttet investering efter en BIT.¹⁰ Et andet eksempel vedrører lukningen af EU's luftrum, som rammer luftfartsselskaber, der er i besiddelse af en russisk tilladelse, herunder fly ejet, chartret eller kontrolleret af en russisk person, enhed eller organ. Dette gælder f.eks. det russiske flyselskab Aeroflot, der som konsekvens heraf har suspenderet alle internationale flyvninger. Et tredje eksempel er importrestriktionerne relateret til russisk olie. Flere europæiske raffinaderier er helt eller delvist ejet af russiske olieselskaber som Rosneft¹¹ og Lukoil¹², og her vil olieembargoen potentielt kunne udløse et brud på en BIT.

Hvor man altså på den ene side med sanktioner forsøger at standse overtrædelse af folkeretten, - her aktuelt Ruslands angreb på Ukraine - udgør selve midlet et potentielt brud på folkeretten,

⁷ Silveira og Levashova, "Economic Sanctions, Countermeasures and Investment Claims against the Russian Federation: A Battle on Multiple Fronts", ICSID Review, vol. 38, nr. 3, p. 694.

⁸ Sthoeger og Thams "Sword, Shields and Other Beasts: The Role of Countermeasures in investment arbitration", ICSID review, vol. 37, pp. 121ff.

⁹ Tzanakopoulos, "The Right to Be Free from Economic Coercion", Cambridge Journal of International & Comparative Law (2015), p. 616.

¹⁰ Olmedo, "The Legality of EU Sanctions under International Investment Agreements", European Foreign Affairs Review 28, 2023, p. 102.

¹¹ Rosneft har bl.a. datterselskaber i Tyskland og ejerandele i tyske raffinaderier.

¹² Lukoil ejer f.eks. andele i raffinaderiet Zeeland beliggende i Holland og i det bulgarske raffinaderi i Burgas ved Sortehavet.

nemlig investeringsbeskyttelsen nedfældet i de mange russiske BITs med EU-medlemsstater. Dette bringer ansvarsfrihedsgrundene i statsansvarsreglerne i spil. Statsansvarsreglerne aktiveres dog alene i relation til generelle sanktioner rettet mod Rusland, idet ansvarsfrihedsgrundene i statsansvarsreglerne ikke finder anvendelse på konkrete sanktioner målrettet specifikke personer og enheder¹³ i form af ikke-statslige aktører. Den retlige ramme for diskussionen udgøres overordnet af:

- BITs mellem EU's medlemsstater og Rusland med fokus på de materielle beskyttelsestandarder, der vedrører pligten til at medgive *rimelig og retfærdig behandling* og pligten til at yde kompensation for *ekspropriation og foranstaltninger med tilsvarende virkning*.
- EU's sanktionsregime med fokus på de generelle indgreb relateret til udøvelse af bank- og investeringsvirksomheder, olie- og gasimportforbud, lukning af luftrummet mv.
- Statsansvarsreglernes ansvarsfrihedsgrunde relateret til *modforanstaltninger* (artikel 22) og *nødret* (artikel 25).

Man kunne også have overvejet andre aftaler om investeringsbeskyttelse¹⁴ eller en debat om den russiske tvangsnationaliseringslov, der potentielt kan udløse brud på BITs.¹⁵ Herudover kunne man overveje mulighed for ansvarsfrihed efter specifikke bestemmelser i BITs om *force majeure* og særlige sikkerhedsmæssige forhold¹⁶, herunder samspillet mellem ansvarsfrihedsgrunde i BITs¹⁷ og ansvarsfrihedsgrundene i statsansvarsreglerne, men af pladsbesparende hensyn vil jeg ikke gå nærmere ind i dette. Debatten centrerer om disse to hovedspørgsmål:

(1) Udgør EU's sanktioner et brud på EU-medlemsstater BITs med Rusland?

Her peges på argumenter for, at der *ikke* er tale om brud på BITs med særlig fokus på (1) pligten til at medgive *rimelig og retfærdig behandling* og (2) pligten til at yde *kompensation for ekspropriation og foranstaltninger med tilsvarende virkning*.

¹³ Såkaldte "targeted sanctions" eller "smart sanctions".

¹⁴ herunder Partnerskabs- og samarbejdsaftale (Partnership and Cooperation Agreement, PCA) fra 1997 til fremme af handel og investeringer og BITs mellem EU's medlemsstater og tredjelande.

¹⁵ Mouyal, "Beskyttelse af danske virksomheders investeringer i Rusland i lyset af krigen i Ukraine", Juristen nr. 3, 2022; Adler-Nissen og Zhang, "International voldgift i kontekst af dansk investorbeskyttelse i Rusland", Erhvervsjuridisk Tidsskrift, 2022"; Mouyal, "Russisk overtagelse af Carlsberg-bryggerier åbner for international erstatningssag", kronik i Børsen, 20. juli 2023.

¹⁶ Bestemmelser herom formuleret som "essential security interest" findes f.eks. i modelaftalerne udarbejdet af USA, Indien og Canada.

¹⁷ Typisk under betegnelsen "essential security interests". Ansvarsfrihed efter en sådan bestemmelse blev vurderet af Den Internationale Domstol for første gang i relation til USA handelsembargo over for Nicaragua, Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*); Merits, 27. juni 1986. pr. 222 og 282.

(2) I fald der er tale om brud på en BIT mellem Rusland og en EU-medlemsstat, kan EU-medlemsstaten da påberåbe sig ansvarsfrihedsgrundene i statsansvarsreglerne som ansvarsfritagende?

Her vil jeg fremdrage argumenter for ansvarsfrihed begrundet i statsansvarsreglerne om (1) *modforanstaltninger* (artikel 22) og (2) om *nødret* (artikel 25).

Disse to hovedspørgsmål søges besvaret i den aktuelle politiske kontekst med udgangspunkt i Ruslands væbnede angreb på Ukraine, men det må dog understreges, at spørgsmålene er mere principielle og rækker ud over den konkrete konflikt.

3. BITs og investeringsbeskyttelse i krig og konflikt

En væsentlig forudsætning for stater indgåelse af BITs har været ønsket om at medgive stabilitet og retlig beskyttelse til udenlandske investorer og deres investeringer uagtet skiftende regeringer eller eventuelt senere opstået politisk uro eller væbnet konflikt. Midlet hertil har været de materielle beskyttelsesstandarder, der i det store hele er mere eller mindre enslydende i deres udformning i det globale netværk af BITs.

BITs indgås mellem stater i fredstid, men man kan principielt overveje, hvilken betydning udbrud af krig og væbnet konflikt kan have på BITs. Historisk set har udbrud af krig og væbnet konflikt automatisk ført til ophævelse traktatforbindelser mellem krigsførende stater. Med FN Pagtens indførelse i 1948 og magtanvendelsesforbuddet i medfør af artikel 2 (4) har en formodning om kontinuitet imidlertid erstattet denne regel om traktatopsigelse. Det følger desuden som et generelt princip nedfæstet af Den Internationale Lovkommissions i udkast til artikler om væbnede konflikters indvirkning på traktater,¹⁸ at en væbnet konflikt ikke *ipso facto* ophæver eller suspendere en traktat.¹⁹ Aktuelt har Rusland ifølge UNCTAD 61 ikrafttrådte BITs, herunder BITs med europæiske stater og med Ukraine.²⁰ Disse BITs opretholdes således uagtet Ruslands invasion af Ukraine.²¹

¹⁸ ILC Draft Articles on the effects of armed conflicts on treaties, 2011.

¹⁹ ILC Draft Articles on the effects of armed conflicts on treaties, 2011, artikel 3.

²⁰ UNCTADs International Investment Agreements Navigator, www.unctad.org.

²¹ Se også Ackermann og Wuschka, "The Applicability of Investment Treaties in the Context of Russia's Aggression against Ukraine", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol 38, nr. 2, 2023, p. 456ff.

Materielt set forpligter BITs værtsstaten til at medgive (i) fuld beskyttelse og sikkerhed;²² (ii) rimelig og retfærdig behandling;²³ (iii) omgående, fyldestgørende og effektiv erstatning for ekspropriation eller foranstaltninger med tilsvarende virkning;²⁴ (iv) erstatning for tab som følge af krig eller andre former for væbnede konflikter;²⁵ (v) fri udførelse af den investerede kapital og provenu;²⁶ og (vi) samme behandling, som gælder nationale investorer og mestbegunstigelse i forhold til investorer fra tredjeland.²⁷ Hertil knyttes en tvistbilæggelsesmekanisme med mulighed for at anlægge en international voldgiftssag. I de nordiske BITs med Rusland henvises til *ad hoc* voldgift efter UNCITRAL-reglerne eller Voldgiftsinstituttet ved Handelskammeret i Stockholm²⁸. Visse russiske BITs begrænser tvistløsning til kun at gælde brud på ekspropriationsstandarden. En sådan begrænsning findes ikke i den dansk-russiske BIT.

I forhold til den materielle beskyttelse indeholdt i BITs kan flere bestemmelser være relevante på forskellig vis i relation til krig og væbnet konflikt:

Erstatning for tab på grund af krig og andre væbnede konflikter

Mange BITs indeholder bestemmelser om erstatning for tab på grund af krig og væbnet konflikt, hvorefter der typisk stilles krav om national behandling ("National Treatment", NT) og mestbegunstigelse ("Most Favoured Nation", MFN). Bestemmelsen medgiver ikke en absolut ret til erstatning og kompensation i tilfælde af krig og væbnet konflikt men stiller krav om ikke-diskriminatorisk behandling. Nordiske investorer i Rusland har f.eks. krav på ikke-diskriminatorisk behandling sammenlignet med nationale investorer i Rusland og omvendt. Den praktiske udfordring i vurderingen af eventuelle brud på bestemmelsen relaterer sig navnlig til sammenligningsgrundlaget.²⁹ Hertil kommer at forskelsbehandling ud fra legitime grunde kan tillades inden for standarden.³⁰

Erstatning for ekspropriation og foranstaltninger med tilsvarende virkning

²² F.eks. BIT mellem Rusland og Danmark (1996), artikel 2 (2).

²³ F.eks. BIT mellem Rusland og Danmark (1996), præambelen samt artikel 3 (1) og 3 (2).

²⁴ F.eks. BIT mellem Rusland og Danmark (1996), artikel 4.

²⁵ F.eks. BIT mellem Rusland og Danmark (1996), artikel 5.

²⁶ F.eks. BIT mellem Rusland og Danmark (1996), artikel 6.

²⁷ F.eks. BIT mellem Rusland og Danmark (1996), artikel 3.

²⁸ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

²⁹ Dolzer og Schreuer, "Principles of international investment law", Oxford, 2nd, 2012, p. 200ff.

³⁰ Dolzer og Schreuer, "Principles of international investment law", Oxford, 2nd, 2012, p. 202.

BITs forpligter typisk gensidigt hjemstaten over for udenlandske investorer til at give omgående, fyldestgørende og effektiv erstatning for ekspropriation eller foranstaltninger med tilsvarende virkning. Ekspropriationsbestemmelsen er central og findes også i den dansk-russiske BIT.³¹ Ved direkte ekspropriation forstås en formel fratagelse eller tvungen overdragelse af ejerskab, hvorimod indirekte ekspropriation vedrører situationer, hvor det formelle ejerskab opretholdes, men der påføres foranstaltninger med tilsvarende virkning, *de facto ekspropriation*, f.eks. ved udskiftning af ledelse, inddragelse af tilladelse mv. Derudover tillades erstatningsfri regulering i medfør af folkerettens almindelig regel om staters ret til at regulere,³² hvilket også omtales som »*police power*-doktrinen«.³³ Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i en righoldig praksis om ejendomsrettens beskyttelse præciseret grænserne mellem indirekte ekspropriation og erstatningsfri regulering i medfør af bestemmelsen i Tillægsprotokol 1, artikel 1 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, men der er dog ikke generel konsensus om betydningen af EMDs praksis i investeringstvister for parter, der ikke er medlem af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.³⁴ Udgangspunktet må dog være, at der findes en nedre grænse, hvor *bona fide* regulering, der forfølger et legitimt offentligt formål, og hvor formålet er proportionalt med indgrebet, ikke udløser erstatning. Man kan overveje, om indgreb baseret på EU's økonomiske sanktioner er omfattet af *police power*-doktrinen og derved ikke udløser erstatning til russiske investorer.

Fri overførsel af kapital

BITs indeholder almindeligvis også en pligt for hver kontraherende part til uden forsinkelse at tillade den anden kontraherende parts investor at overføre betalinger i forbindelse med en investering, herunder den oprindelige investering, provenu af salg, udbytte eller likvidation af investeringen mv.³⁵ Efterlevelse af forpligtelsen kan potentielt være udfordret både i forhold til russisk krav om betaling i rubler og i relation til EU sanktioner som indefrysning af finansielle midler mv.

Fuld beskyttelse og sikkerhed

³¹ BIT mellem Rusland og Danmark (1996), artikel 4.

³² Sornarajah "The International Law on Foreign Investment", 4. udg., Cambridge, pp. 320-323.

³³ Mouyal, "International Investment Law and the Right to Regulate", Routledge, 2016.

³⁴ Rusland meddelte formelt Europarådet den 15. marts 2022 sit ønske om udtræden af organisationen i medfør af Statutten for Det Europæiske Råd (Europarådet), London, 5. maj 1949, artikel 7.

³⁵ Se f.eks. BIT mellem Danmark og Rusland, artikel 6 (1).

De fleste BITs indeholder en pligt til at sikre fuld beskyttelse og sikkerhed ("full protection and security", FPS). FPS har dannet grundlag for investeringstvister relateret til væbnede konflikter. Det følger eksempelvis af den dansk-russiske BIT, at investeringer "skal ydes fuld beskyttelse og sikkerhed" på værtsstatens territorium, da værtsstaten ikke "på nogen måde ved urimelige eller diskriminatoriske foranstaltninger" må "skade forvaltningen, opretholdelsen, anvendelsen, besiddelsen eller afviklingen af investeringer på sit territorium", jf. artikel 2, stk. 2. Kerneområdet for beskyttelsen er et krav om beskyttelse mod fysisk beskadigelse og destruktion, hvad enten denne er forårsaget af værtsstaten selv (dvs. embedsmænd, politi eller militær mv.) eller andre, hvis det kan påvises, at værtsstaten ikke har udfoldet rimelige bestræbelser på at sikre investeringen.³⁶

Rimelig og retfærdig behandling

De fleste BITs indeholder en pligt til at yde rimelig og retfærdig behandling af investor og investeringen ("fair and equitable treatment", FET). I den dansk-russiske BIT artikel 3 (1) angives det, at hver af de kontraherende parter på sit territorium skal yde investeringer "en rimelig og retfærdig behandling". Pligten påhviler både værtsstatens forvaltningsorganer, regionale og kommunale myndigheder samt nationale domstole. Der er tale om en vag og elastisk bestemmelse, som efterlader et betydeligt fortolkningsrum for voldgiftsdommere. Det materielle indhold af beskyttelsesstandarder er omdiskuteret og knyttes i nogle henseende til den folkeretlige minimumsstandard om behandling af fremmed³⁷, hvorimod standarden i andre henseende af voldgiftstribunaler fortolkes som indeholdende en mere vidtgående beskyttelse.³⁸ Elementer så som god tro, ikke-diskrimination, rimelig proces og proportionalitet indgår i vurderingen af beskyttelsens rækkevidde.³⁹

Brud på investorens berettigede forventning har væsentlig betydning i forhold til vurderingen af brud på FET samt vurderingen af grænsen mellem erstatningsfri regulering og indirekte ekspropriation.⁴⁰ Investorens forventninger kan udsondres i to kategorier, de objektive forventninger og de subjektive forventninger.⁴¹ *De objektive forventninger* indeholder de forventninger investorer objektivt set kan tænkes at have på baggrund af den gældende

³⁶ Dolzer og Schreuer, "Principles of international investment law", Oxford, 2nd, 2012, p. 161f.

³⁷ *Neer v. Mexico*, US-Mexico Claims Commission, 15. oktober 1926, p. 556.

³⁸ Collins "International Investment Law", Cambridge, 2017, p. 134f; Dolzer og Schreuer, "Principles of international investment law", Oxford, 2nd, 2012, p. 134ff.

³⁹ Dolzer og Schreuer, "Principles of international investment law", Oxford, 2nd, 2012, p. 143.

⁴⁰ Dolzer og Schreuer, "Principles of international investment law", Oxford, 2nd, 2012, p. 145ff.

⁴¹ *Vivendi v. Argentina*, ICSID, kendelse af 30. juli 2010, pr. 222.

værtsstats regulatoriske rammer og politiske situation. Disse forventninger beror på krav om gennemsigtighed i værtsstatens foranstaltninger, deres hjemmel og begrundelse.⁴² *De subjektive forventninger* beror på forventninger en konkret investor kunne have opnået på baggrund af værtsstatens handlinger, undladelser og øvrige ageren i forbindelse med investeringen. Disse kan bygge på mere eller mindre formelle aftaler indgået mellem investoren og værtsstaten, som f.eks. hensigtserklæringer eller kontrakter med en myndighed eller et statsejeselskab. Disse forventninger kan også genereres på baggrund ensidige erklæringer, meddelelse af tilladelser, koncessioner eller licenser mv.⁴³

I *CME v. Tjekkiet* henviste voldgiftstribunalet til betydningen af investorens berettigede forventning om fornyet tilladelse under ”no less favourable terms”.⁴⁴ Også i *Tecmed v. Mexico*, vurderede voldgiftstribunalet indgrebet i investorens økonomiske rettigheder og berettigede forventninger.⁴⁵ I *Saluka v. Tjekkiet* udtrykte voldgiftstribunalet direkte, at der er grænser for, hvad investoren berettiget kan forvente, idet ’alene rimelige forventninger’ må anses for at være beskyttet.⁴⁶ Generelt kan en investor således ikke forvente, at en værtsstat aldrig ændrer sin lovgivning eller administrative praksis.⁴⁷ Ligeledes kan en investor ej heller forvente, at en stat ikke responderer på eklatante brud på folkeretten så som brud på magtanvendelsesforbuddet. Netop beskyttelsen af investors berettigede forventninger kan blive centrale i investeringstvister indledt som følge af EU's økonomiske sanktioner.

4. Statsansvarsreglerne og ansvarsfrihedsgrundene

De folkeretlige regler, der fastlægger stater materielle forpligtelser i relation til investeringsbeskyttelse, suppleres af ansvarsstatuerende normer.⁴⁸ Her er statsansvarsreglerne centrale. Artiklerne anses som en kodifikation af sædvaneretlige normer.⁴⁹ I vurdering af statsansvar efter folkeretten udgør BITs de *primære regler* og statsansvarsreglerne de

⁴² Spiermann, ”Folkeret”, DJØF, 3. udgave, 2006, p. 399.

⁴³ Se også Levashova ”Fair and Equitable Treatment and Investor’s Due Diligence Under International Investment Law”, Netherlands International Law Review, 3. august 2020, p. 235.

⁴⁴ *CME v. Tjekkiet*, UNCITRAL, kendelse af 14. marts 2003, pr. 567.

⁴⁵ *Tecmed v. Mexico*, ICSID, kendelse af 29. maj 2003, pr. 122 og pr. 154. Se også Levashova ”Fair and Equitable Treatment and Investor’s Due Diligence Under International Investment Law”, Netherlands International Law Review, 3. august 2020, p. 235.

⁴⁶ *Saluka v. Tjekkiet*, UNCITRAL, kendelse af 17. marts 2006, pr. 304.

⁴⁷ *Paushok et al v. Mongoliet*, ICISD, kendelse af 28. april 2011, pr. 370; *Impregilo v. Argentina*, ICSID, kendelse af 21. juni 2011, pr. 291.

⁴⁸ Dette er nærmere omtalt i Spiermann, ”Folkeret”, DJØF, 3. udgave, 2006, p. 233.

⁴⁹ Spiermann, ”Folkeret”, DJØF, 3. udgave, 2006, p. 234; Shirlow og Duggal ”Special issue on 20th anniversary of ARSIWA. The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration”; ICSID Review, vol. 37, nr. 1-2, 2022, p. 381.

sekundære regler.⁵⁰ Dermed ikke sagt at BITs skal anses for *lex specialis* eller af *sui generis* karakter. Tværtimod argumenteres her for, at BITs er en del af folkeretten med en positiv formodning om normharmoni mellem en stats forpligtelse efter en BIT og øvrige folkeretlige forpligtelser, således at BITs skal forstås og fortolkes ud fra et princip om systemisk integration af disse økonomiske aftaler i den generelle folkeret, herunder sædvaneretlige normer.⁵¹ BITs skal fortolkes i overensstemmelse med Wienerkonventionen om traktatretten fra 1969, herunder artikel 31 (3) (c), der angiver, at en traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med enhver relevant folkeretlig retsregel, som finder anvendelse i forholdet mellem deltagerne.

Det følger af artikel 2 i statsansvarsreglerne, at statsansvar forudsætter (a) et brud på en folkeretlige forpligtelse som følge af en handling eller undladelse, (b) der kan henregnes til staten. Der stilles ikke krav om skyld, f.eks. i form af forsæt (*dolus*) eller uagtsomhed (*culpa*). Det er ej heller en betingelse for statsansvar, at der foreligger et økonomisk tab eller anden form for tab. Kommer man frem til, at der er brud på de nævnte materielle beskyttelsesstandarder i BITs mellem EU-medlemsstater og Rusland, skal det overvejes, om der kan være ansvarsfrihed efter ansvarsfrihedsgrundene i statsansvarsreglernes artikel 20-27. Her skal særligt to ansvarsfrihedsgrunde fremhæves. For det første *modforholdsregler* (artikel 22) og for det andet *nødret* (artikel 25) i statsansvarsreglerne. Ansvarsfrihedsgrundene kan alene gøres gældende, hvor de specifikke betingelser herfor er opfyldt. Disse skitseres nedenfor.

Artikel 22 angår som nævnt *modforanstaltninger*, som vedrører handlinger, som staten under normale omstændigheder ville ifalde folkeretligt ansvar for, men som i det konkrete tilfælde er lovlige, da formålet er at bringe en anden stats folkeretsbrud til ophør. Det følger af Lovkommissionens kommentar til artikel 22 i statsansvarsreglerne, at den underliggende folkeretlige forpligtelse hverken ophæves eller suspenderes. Staten er blot ansvarsfri i forhold til den konkrete forpligtelse, hvor betingelserne for lovlige modforanstaltninger er opfyldt. Modforholdsregler kan kun gøres gældende, hvis betingelser i artikel 49-54 er opfyldt.

⁵⁰ Ifølge Alf Ross udgør folkerettens *primære regler* folkeretlige pligter og rettigheder. Folkerettens *sekundære regler* refererer til regler om retsbrud og ansvar, hvorimod procesregler anses for folkerettens *tertiære regler*, jf. Stig Andersen, Lehmann, Magid, Ross "Alf Ross. Lærebog i folkeret", 5 rev. udg., Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1976, p. 87f.

⁵¹ Mouyal, "International Investment Law and the Right to Regulate", Routledge, 2016, pp. 58-66. Se også Eilmundsberger "Bilateral investment treaties and EU law", Common Market Law Review, Kluwer Law International, vol. 46, 2009, pp. 389; McLachlan m.fl. "International Investment Arbitration", Oxford, 2010, p. 15.

Ansvarsfrihedsgrundenes udstrækning begrænses desuden af proportionalitetsprincippet indeholdt i statsansvarsreglernes artikel 51, der gælder specifikt i forhold til modforanstaltninger, men som ligeledes må anses for en kodifikation af en sædvaneretlig norm.⁵² Modforanstaltninger kan alene påberåbes over for den stat, der er ansvarlig for det oprindelige folkeretsbrud, og må ikke anvendes som straf eller gengældelse for folkeretsbrud, men alene som et instrument til overholdelse af folkeretten.⁵³

Artikel 25 angår *nødret*. Påberåbelse af denne ansvarsfrihedsgrund forudsætter, at der handles for at beskytte en 'essentiel interesse' eller 'det internationale samfund generelt'. Den beskyttede interesse skal være truet af en 'alvorlig og nært forestående fare'. Handlingen må ikke skade andre staters essentielle interesser alvorligt, og endelig er det en betingelse, at den stat, der påberåber sig ansvarsfrihed, ikke selv har fremkaldt den aktuelle situation.⁵⁴

5. Første hovedspørgsmål: Udgør EU's sanktioner et brud på EU-medlemsstaters BITs med Rusland?

Debatten koncentrerer sig her om en hovedtese med tre underliggende teser.

- Tese #1** Økonomiske sanktioner fører *ikke* generelt til brud på BITs.
- Tese #2** Sanktioner udgør *ikke* indirekte ekspropriation men alene erstatningsfri regulering.
- Tese #3** Sanktioner er *ikke* i strid med pligten til at sikre rimelig og retfærdig behandling af investorer.
- Tese #4** Investor kan *ikke* have en berettiget forventning om erstatning efter en BIT, hvor indgreb udløses som respons på hjemstatens brud på en folkeretlig forpligtelse.

Formålet med EU's økonomiske sanktioner ligger i forlængelse af de tidligere økonomiske sanktioner fra 2014 som følge af Ruslands annektering af Krimhalvøen,⁵⁵ hvorefter de europæiske ledere 'fordømte Ruslands krænkelse af Ukraines suverænitet og på det kraftigste opfordrede Rusland til straks at trække sine væbnede styrker tilbage'.⁵⁶ Sanktionerne havde til

⁵² Spiermann, "Folkeret", DJØF, 3. udgave, 2006, p. 246f.

⁵³ Statsansvarsreglerne, artikel 49 (2) og (3) og artikel 53 samt kommentar til kapitel 2 om modforanstaltninger.

⁵⁴ Statsansvarsreglerne, artikel 25 (1) (a) og (b) og artikel 25 (2) (a) og (b).

⁵⁵ Rådets beslutning af 17. marts 2014 om restriktive foranstaltninger med hensyn til undermineringen af Ukraines territoriale integritet og suverænitet.

⁵⁶ *Ibid.*

hensigt at få Rusland til at ophøre med folkeretsbrud. Retorikken er siden blevet skærpet i de efterfølgende sanktioner, der har til formål ”at svække Ruslands økonomiske fundament og afskære landet fra kritiske teknologier og markeder og i væsentlig grad begrænse dets evne til at føre krig”.⁵⁷ Det følger af præamblerne til den første forordning om vedtagelse af sanktionerne, at sanktionerne indføres, idet Ruslands handlinger ’underminerer og truer Ukraines territoriale integritet og selvstændighed’ med henblik på ’deeskalering af situationen og at gennemtvinge Ruslands overholdelse af folkeretten’ og at tilskynde Rusland til i stedet at ’engagere sig i en konstruktiv dialog’ med Ukraine⁵⁸. Samlet set må det konstateres, at formålet med sanktionerne – uagtet den tiltagende styrke – er at få Rusland til at agere i overensstemmelse med folkeretten ved at standse angreb på Ukraine og trække sig ud af landet.

EU's sanktioner kan anses for legitim regulering og ikke indgreb af permanent karakter men derimod en midlertidig foranstaltning. De iværksatte sanktioner har netop til hensigt at tvinge en stat til at overholde folkeretten, og vil derfor pr. definition kunne bringes til ophør, hvor dette sker. Ejendomsretten fortabes derfor ikke, og der er derfor ikke tale om direkte ekspropriation.

Indgrebet forfølger et legitimt formål i offentlighedens interesse. Dette formål skal helt principielt indgå i vurderingen af, om der er tale om indirekte ekspropriation, uagtet at dette ikke fremgår af BIT’ens ordlyd. EU’s økonomiske sanktioner kan anses for ikke-diskriminatoriske, da de rammer alle russiske investeringer uagtet investeringens karakter, sektor og form og alene tager afsæt i investeringens ophav og nationalitet. Virksomhedsdriften kan principielt opretholdes, da indgrebet ikke er irreversibelt eller permanent.⁵⁹ EU's proces har desuden allerede siden 2014-anklageringen været transparent og forudsigelig for russiske investorer, der kunne have indrettet sig herefter. Der er derfor ej heller tale om indirekte ekspropriation men derimod erstatningsfri regulering inden for *police power*-doktrinen.

Sanktioner udgør ej heller et brud på statens pligt til at medgive investorer rimelig og retfærdig behandling. Det materielle beskyttelsesniveau fra EU’s side fastlægges i henhold til den

⁵⁷ Se EU Rådets kommunikation <https://www.consilium.europa.eu/da/infographics/eu-sanctions-russia-ukraine-invasion/> og <https://www.consilium.europa.eu/da/policies/why-sanctions/sanctions-against-russia/>. Sidst tilgået 25. april 2024.

⁵⁸ EU Rådets forordning af 23. februar 2022, “Implementing Regulation (EU) no 269/2014 concerning restrictive measures in respect of actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine”.

⁵⁹ *Tecmed v. Mexico*, ICSID, kendelse af 29 maj 2003, pr. 116.

sædvaneretlige minimumsnorm.⁶⁰ Et brud herpå forudsætter, at EU-sanktionerne kan karakteriseres som adfærd i strid med internationale standarder svarende til ond tro.⁶¹ Dette er ikke tilfældet. Tværtimod har andre stater ligeledes indført økonomiske sanktioner, herunder USA, Canada, Australien mv., som konsekvens af Ruslands angreb på Ukraine. Russiske investorer kan ikke med rimelig forvente, at EU-medlemsstater afstår fra at regulere sikkerhedsmæssige spørgsmål generelt og ej heller, at EU afstår fra konkret at sanktionere indgreb i folkerettens magtanvendelsesforbud. I *Toto v. Libanon* udtalte voldgiftstribunalet, at et brud på investors berettigede forventninger forudsætter en 'drastisk' handling', som har 'betydelig negativ økonomisk indvirkning' for investoren.⁶² EU's sanktioner udgør objektivt set ikke en sådan drastisk handling. Tværtimod kan investoren forventes at have kendskab til centrale policy-prioriteringer og administrativ praksis, hvilket indebærer væsentlig sandsynlighed for skærpede sanktioner over for russiske investorer, da Rusland ikke har korrigeret brud på folkeretten som følge af 2014-annekteringen. Således kan russiske investorer ikke have en berettiget forventning om, at EU ikke vil sanktionere yderligere. Dertil kommer at den udløsende faktor er hjemstaten selv, nemlig Ruslands overtrædelse af magtanvendelsesforbuddet. EU's iværksættelse af økonomiske sanktioner som respons herpå, kan desuden ikke anses som et disproportionalt indgreb,⁶³ og de økonomiske sanktioner må generelt anses for at være inden for medlemsstaternes ret til at regulere efter *police power*-doktrinen.⁶⁴ Regulatoriske foranstaltninger udløser ikke kompensation.⁶⁵ Regulatoriske foranstaltninger af hensyn til national sikkerhed og den offentlige orden er netop kerneeksempler på erstatningsfri regulering, der falder under den nedre grænse for indirekte ekspropriation og derved ikke udløser kompensation⁶⁶, og tilsvarende gælder for pligten til at yde investorer rimelig og retfærdig behandling. Staters margin til at forfølge legitime offentlige mål anerkendes desuden i voldgiftspraksis i investeringstvister.⁶⁷

⁶⁰ Jf. EU Parlamentets beslutning af 6. april 2011 om etablering af en samlet EU-politik for internationale investeringer.

⁶¹ *Genin v. Estland*, ICSID, kendelse af 25. juni 2001, pr. 395.

⁶² *Toto v. Libanon*, ICSID, kendelse af 7. juni 2012, pr. 244.

⁶³ *Charanne Construction v. Spanien*, SCC, kendelse af 21. januar 2016, pr. 517.

⁶⁴ Ackermann, "The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties", Cambridge University Press, 2022, pp. 191ff.

⁶⁵ *Methanex Corp. v. USA*, UNCITRAL, kendelse af 3. august 2005, del IV, pr. 7. Se også McLachlan m.fl. "International Investment Arbitration", Oxford, 2010, pp. 21f.

⁶⁶ Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law (8th ed., 2012), p. 624.

⁶⁷ *Feldman v. Mexico*, ICSID, kendelse af 16. december 2002, pr. 103; *Methanex v. USA*, UNCITRAL, kendelse af 3. august 2005, pr. 9 og 15.

Det skal videre anføres her, at BITs implicit indeholder en beskyttelse af *værtsstatens forventninger til udenlandske investorer*, idet disse forventninger kan anses for at kunne rummes inden for værtstatens grundlæggende ret til at regulere.⁶⁸ Det gøres gældende, at den materielle investeringsbeskyttelse derfor hviler på en forudsætning om, at virksomheden har udvist ansvarlig adfærd. Dette afspejler samfundsudviklingen, som ligeledes udtrykkes i EU regulering, hvor vi med vedtagelse af EU's Grønne Pagt i 2019 har set et skifte i den samfundsmæssige opfattelse af virksomheden, et skifte med retlige implikationer og en eksplosion af krav til virksomheder inden for bæredygtighed, ESG og ansvarlig virksomhedsadfærd, der går langt videre end den grønne dagsorden og også omfatter negative indvirkninger på menneskerettigheder og ledelsesmæssige forhold.

Samlet set kan en stat berettiget forvente i folkeretlig henseende, at en anden stat ikke forbryder sig mod magtanvendelsesforbuddet. Omvendt kan investor ikke have en berettiget forventning i folkeretlig henseende om erstatning efter en BIT, hvor brud herpå (det sekundære folkeretsbrud) udløses som følge af hjemstatens brud (det primære folkeretsbrud) på en *jus cogens* norm. Magtanvendelse i strid med FN Pagten udgør et brud på en *jus cogens* norm, og dette må anses for mere tungtvejende end et brud på bilaterale forpligtelser om investeringsbeskyttelse. EU's medlemsstater kan således legitimt prioritere 'det mindre onde', dvs. brud på en BIT, for at imødekomme 'det større onde', dvs. brud på folkerettens magtanvendelsesforbud.⁶⁹

6. Andet hovedspørgsmål: I fald der er tale om brud på en BIT mellem Rusland og en EU-medlemsstat, kan EU-medlemsstaten da påberåbe sig ansvarsfrihedsgrundene i statsansvarsreglerne, som fritagelse for ansvar?

For at fremme debatten angives ligeledes en hovedtese efterfulgt af underliggende teser.

Tese #1 Ansvarsfrihedsgrundene i statsansvarsreglerne finder principielt anvendelse og kan påberåbes som ansvarsfritagende for brud på BITs.

Tese #2 EU's sanktioner mod Rusland udgør lovlige modforanstaltninger efter statsansvarsreglernes artikel 22.

⁶⁸ Mouyal, "International Investment Law and the Right to Regulate", Routledge, 2016.

⁶⁹ Se Alexander, "Lesser Evils: A closer look at the Paradigm Justification", Law & Philosophy, vol 24, 2005, p. 611.

Tese #3 EU's sanktioner mod Rusland udgør lovlig nødret efter statsansvarsreglernes artikel 25.

Da de russiske BITs med medlemsstater generelt ikke omtaler ansvarsfrihedsgrunde, kan man lægge til grund af statsansvarsreglernes ansvarsfrihedsgrunde finder anvendelse, idet der må være *en negativ formodning* for, at staterne ved indgåelse af den respektive BIT havde til hensigt at handle i strid med statsansvarsreglerne men derimod med *en positiv formodning om*, at staterne anser et område for dækket af den generelle folkeret, herunder statsansvarsreglerne, hvor parterne ikke selv har forholdt sig dertil.⁷⁰

Lovligheden af iværksættelse af modforanstaltninger forudsætter, at de iværksettes af den stat, der er genstand folkeretsbruddet, dvs. "the injured state", jf. referencen hertil i kommentaren til artikel 22 i statsansvarsreglerne. Den direkte berørte stat er Ukraine. Imidlertid gøres gældende her, at bestemmelsens anvendelsesområde i særlige tilfælde kan udstrækkes til også at finde anvendelse på indirekte berørte stater, dvs. her EU-medlemsstater. Bestemmelsens anvendelsesområde kan udstrækkes hertil, fordi de økonomiske sanktioner udgør et modsvar på et brud på *jus cogens*-forpligtelser med virkninger *erga omnes*. Med andre ord: Da folkerettens magtanvendelsesforbud udgør et grundlæggende folkeretligt princip, en norm, hvorfra der ikke kan derogeres, er der tale om et brud på en forpligtelse over for det internationale samfund som sådan, jf. statsansvarsreglernes artikel 33 (1), der derfor også kan påberåbes af andre stater end den direkte berørte, jf. artikel 48 (1) (b), jf. artikel 54. Adgangen til iværksættelse af modforanstaltninger må derfor kunne udtrækkes til tredjelande, herunder EU's medlemsstater. Dette afspejler ligeledes retsudviklingen i EU på en række andre områder, ikke mindst i relation ansvarlig virksomhedsadfærd.

EU's økonomiske sanktioner kan anses for lovlige modforanstaltninger efter artikel 22. Man kan retmæssigt forvente, at stater kan identificere og vurdere risici, herunder almene risici forbundet med udenlandske investeringer, men man kan ikke retsmæssigt forvente, at stater kan forudse fremtiden og identificere og vurdere et hvert ukendt forhold, der måtte indtræde. De utallige ubekendt faktorer, der kan indtræde må filtreres, således at staten alene kan stå til regnskab over for risici, der *reelt* kunne tages højde for. Investeringernes længerevarende karakter medfører betydelige vanskeligheder for stater i forhold til at forudse geopolitiske risici

⁷⁰ McLachlan m.fl. "International Investment Arbitration", Oxford, 2010, p. 15ff.

på den længere bane. Ruslands angreb på Ukraine udgør ikke en kvantificerbar risiko. Tværtimod er der tale om en alvorlig og overhængende fare for liv, legeme samt materiel skade og destruktion af fysiske genstande mv., altså en fare i form af militær og sikkerhedsmæssig trussel, der ikke med rimelighed kunne tages højde for. Formålet med sanktionerne er som omtalt at få Rusland til at ophøre med angrebet på Ukraine, og sanktionerne ikke har karakter af straf.⁷¹

Det er ikke en betingelse efter statsansvarsreglernes artikel 25, at skaden er forvoldt eller er nært forestående i tidsmæssige henseende, hvis blot der er overhængende fare for, at den materialiseres på det tidspunkt, hvor modforanstaltningerne iværksættes. Ruslands angreb på Ukraine må anses for at være i så markant stor skala, at det kan anses for at udgøre en overhængende fare for destabilisering af Europa, og imødegåelse af dette må anses for at være af interesse for det internationale samfund som sådan. Ligeledes kan de økonomiske sanktioner anskues som eneste mulighed i henhold til statsansvarsreglernes artikel 25 (1) (a), idet dialogens vej viste sig resultatløs og alternativet med indsættelse af væbnet magt som modsvar på Ruslands magtanvendelse ville medføre en yderligere eskalering af konflikten.⁷² EU's økonomiske sanktioner forbryder sig ikke mod *jus cogens* normer, jf. statsansvarsreglernes artikel 25 (1) (b), og EU kan ej heller anses for selv at have fremprovokeret situationen, jf. statsansvarsreglernes artikel 25 (2) (b). Tværtimod har EU søgt positivt at fremme relationen med Rusland via international handel og investeringer. Voldgiftsdommere bør derfor være mere åbne over for at acceptere et nødretsforsvar begrundet i militære og sikkerhedsmæssige forhold end i rent økonomiske anliggender som påberåbt af Argentina i de mange investeringstvister mod staten som følge af det økonomiske kollaps.⁷³ Medlemsstaternes nationale domstole kan desuden næppe anses for at tillade håndhævelse af voldgiftskendelser på baggrund af en BIT i strid med EU-retten. Voldgiftsdommere bør derfor også af denne grund tage højde for EU-rettens forrang i vurderingen af sådanne tvister.⁷⁴ Med andre ord: Investoren er nærmere til at bære risikoen for brud på en BIT, hvor investorens egen hjemstat er den udløsende faktor for iværksættelse af modforanstaltninger og nødretsmæssige handlinger.

⁷¹ Ifølge Lovkommissionen anses modforanstaltninger ikke som 'straf' men som 'tilskyndelse', jf. kommentaren til artikel 49 i statsansvarsreglerne.

⁷² Tilsvarende argument blev fremført i *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Egypten*, hvor voldgiftstribunalet dog konkret ikke tillod nødretsforsvaret, jf. *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Egypten*, ICSID, kendelse af 31. august 2018, pr. 8.13.

⁷³ Collins "International Investment Law", Cambridge, 2017, p. 300ff; Ackermann, "The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties", Cambridge University Press, 2022, p. 260.

⁷⁴ Eilmandsberger "Bilateral investment treaties and EU law", *Common Market Law Review*, Kluwer Law International, vol 46, 2009, pp. 382-429.