

ET.2024.111

Investorbeskyttelse og international voldgift på energiområdet: Udfordringer og perspektiver efter Danmarks beslutning om at udtræde af Energichartertraktaten

♦ Den 14. maj 2024 gav Folketinget samtykke til, at Danmark kan udtræde af Energichartertraktaten ("ECT"). ECT har til formål at etablere rettigheder og investorbeskyttelse for private investorer på energiområdet, navnlig muligheden for at få prøvet krav mod værtsstaten ved international voldgift. I artiklen analyseres konsekvenserne af Danmarks udtræden af ECT, dels for udenlandske investorer i Danmark, dels for danske investorer i udlandet.¹

Alessandro Monti, adjunkt, Københavns Universitet, Morten Adler-Nissen, advokat og Solicitor of England & Wales, Kromann Reumert, og Andrew Poole, Solicitor of England & Wales, Kromann Reumert

1 Indledning

Den 14. maj 2024 meddelte Folketinget sit samtykke til, at Danmark kan udtræde af Energichartertraktaten ("ECT"). Ifølge beslutningsforslaget er det regeringens vurdering, at ECT er "utidssvarende", ligesom ECT kan "stå i vejen for den grønne omstilling". Samtidig vurderede regeringen, at der ikke er udsigt til vedtagelse af en "tilstrækkelig ambitiøs modernisering" blandt ECT-parterne.² Danmarks beslutning om at udtræde af ECT sker i forlængelse af, at en række andre EU-medlemsstater har truffet tilsvarende beslutninger.

ECT har til formål at skabe international bevægelighed og konkurrence på energiområdet, herunder ved at beskytte udenlandske energiinvesteringer i værtsstaten og give investorer en særlig mulighed for at få prøvet krav mod værtsstaten ved international voldgift. ECT er den investeringsaftale, som oftest bliver påberåbt i voldgift af udenlandske investorer.³ Danmarks beslutning om at udtræde af ECT giver derfor særlig anledning til at overveje, om udenlandske investorer i Danmark såvel som danske investorer i ECT-værtsstater fortsat kan få behandlet mulige krav ved såkaldt investor-til-stat-voldgift (også kaldet "ISDS").

I oktober 2023 indledte industrikoncernen Klesch Group, der bl.a. investerer i olie og gas, tre voldgiftssager mod henholdsvis Danmark, Tyskland og EU under henvisning til brud på investorbeskyttelsen under ECT ("Klesch-sagen").⁴ Sagen er den første kendte ECT-sag mod Danmark og rejser en række komplekse juridiske spørgsmål vedrørende udenlandske investorer beskyttelse i Danmark. Der har været rejst andre krav mod Danmark under Danmarks øvrige investeringsaftaler, herunder senest den nu afsluttede ICSID⁵-sag indledt af en entreprenør fra Litauen, som havde fremsat et erstatningskrav støttet på manglende investorbeskyttelse ved uroligheder på en byggeplads i Danmark.⁶ Investoren hævdede

senere sagen under henvisning til, at Achmea⁷-afgørelsen fra EU-Domstolen underminerede og forhindrede voldgiftssagen.⁸

Klesch-sagen blev indledt på et kritisk tidspunkt for ECT, nemlig i perioden efter vedtagelsen af principaftalen i juni 2022 vedrørende "modernisering" af ECT ("Moderniseringsaftalen") - et omfattende reformprojekt, der bl.a. har til formål at bringe ECT i overensstemmelse med Parisaftalens klimaforpligtelser. Trods EU's ledende rolle i forhandlingerne om Moderniseringsaftalen er flere medlemslande - og parallelt også Storbritannien - ikke tilfredse med resultatet. En række ECT-traktatparter har derfor kommunikeret deres hensigt om at udtræde af ECT, herunder EU⁹ og Danmark.¹⁰

Klesch-sagen illustrerer skismaet mellem at balancere hensynet til på den ene side at kunne tiltrække investorer ved at yde fyldestgørende investorbeskyttelse og på den anden side at kunne varetage andre interesser på EU- og nationalt plan, herunder begrænsning af klimaændringer, forbrugerbeskyttelse og beskyttelse af det indre energimarked. Sagen er derfor et brugbart case-studie af de mere overordnede konsekvenser af Danmarks udtræden af ECT.

I det følgende redegøres for rammerne for Moderniseringsaftalen (afsnit 2) og temaerne i Klesch-sagen (afsnit 3). Derefter analyseres investorenes muligheder for at forfølge krav i international voldgift under ECT's tvistløsningsmekanisme (afsnit 4). Endelig diskuteres konsekvenserne af Danmarks beslutning om at udtræde af ECT for investorer på energiområdet (afsnit 5) efterfulgt af en samlet konklusion (afsnit 6).

2 Moderniseringen af ECT

ECT blev vedtaget i 1994 med det primære formål at udvikle det internationale energisamarbejde mellem Vesteuropa og det tidligere

1 Forfatterne takker Victoria Bæk Chabert og Jonas Schou Meding (Legal Trainees hos Kromann Reumert) for hjælp med research til denne artikel.

2 Beslutningsforslag nr. B 109, Folketinget 2023-24.

3 Se <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-energy-arbitrations/4th-edition/article/the-energy-charter-treaty#footnote-205>.

4 Sagen mod Danmark er "Klesch Group Holdings Limited, Klesch Refining Denmark A/S og Kalundborg Refinery A/S mod Kongeriget Danmark", ICSID-sag nr. ARB/23/48.

5 ICSID (Det Internationale Center for Bilæggelse af Investeringstvister) er et international voldgiftsinstitut nedsat under Verdensbanken.

6 Donatas Aleksandravicius v. Danmark, ICSID-sag nr. ARB/20/30. Sagen blev senere opgivet af klager.

7 Se nærmere herom i afsnit 5.2.

8 Donatas Aleksandravicius v. Danmark, ICSID-sag nr. ARB/20/30, anmodning om at hæve voldgiftssagen af 21. oktober 2021 (https://files.lbr.cloud/public/2021-10/2021-10-21_Aleksandravicius_request.pdf?VersionId=QSYCyNjnGVnrgLiiBFHsxw.zqhLtNDUy).

9 Europa-Kommissionen, Forslag til Rådets afgørelse om Unionens udtræden af energichartertraktaten, COM(2023) 447 final, den 7. juli 2023.

10 Danmark udtræder af energichartertraktaten (<https://kefm.dk/aktuelt/nyheder/2023/apr/danmark-udtraeder-af-energichartertraktaten>).

Sovjetunionen.¹¹ Det er den eneste investeringsaftale, der udelukkende fokuserer på energisektoren. Blandt traktatparterne er flere lande både i og uden for EU, såvel som EU.¹² EU's status som ECT-part indebærer, at investorer også kan indlede voldgiftssager i medfør af traktaten mod EU. Der foreligger to kendte voldgiftssager mod EU, hvor den første sag blev indledt af Nord Stream 2 AG i 2019,¹³ mens den anden sag er Klesch-sagen fra 2023. Overordnet set har ECT været et værdifuldt redskab til tvistløsning for investorer inden for energiområdet, og ECT udgør den internationale investeringsaftale, der har givet anledning til flest voldgiftssager inden for ISDS.¹⁴

2.1 ECT fra et klimaperspektiv

ECT er fra et klimaperspektiv relevant på grund af traktatens fokus på energisektoren, der er en af de sektorer, hvor der udledes flest drivhusgasser.¹⁵ Der er allerede indledt flere ECT-sager relateret til klimaforandringer. Sagerne temaer falder i tre overordnede kategorier af tvister vedrørende (i) tilladelser, (ii) lovgivning om udfasning af CO₂-intensive aktiviteter og (iii) kompensation for tilbagerulning af statsstøtte.¹⁶ ECT's indvirkning på klimaindsatsen har været genstand for en omfattende debat i den juridiske litteratur. Kommentatorer har bl.a. påpeget, at alene eksistensen af traktatbestemmelser, der gør det muligt for private investorer at anfægte nationalstaters politikker, som påvirker investorers rettigheder negativt, kan afholde lande fra at indføre klimalogvgivning - en effekt, der også er kendt som "regulatory chill".¹⁷

Efter vedtagelsen af Parisaftalen har ECT været i fokus som en traktat, der potentielt kan stå i vejen for staters bestræbelser på at indfri klimamål. I ECT er der i nogen grad taget højde for klimaforandringer i kontekst af energisektoren, men på tidspunktet for tilblivelsen af traktaten i 1990'erne havde klimahensyn ikke samme fokus og prioritering på den internationale dagsorden som i dag. Selv om ECT i præamblen henviser til FN's rammekonvention om klimaændringer fra 1992, indeholder ECT reelt ingen specifikke bestemmelser mod forskelsbehandling af investorer som følge af klimapåvirkning.¹⁸ ECT's "neutrale" tilgang til klimaaftal for investeringer ses i stigende grad som et problem, særligt fordi mange

lande har indført lovgivning, der skal understøtte overgangen fra fossile brændstoffer til mere bæredygtige alternativer.¹⁹

2.2 Hovedpunkter i Moderniseringsaftalen

I lyset af det stigende fokus på klimaforandringer har der siden 2017 mellem ECT-parterne pågået drøftelser om en "modernisering" af traktaten, der vil indebære en omfattende reformproces med det overordnede formål at tilpasse ECT til internationale klimaforpligtelser. Efter femten forhandlingsrunder indgik ECT-parterne i juni 2022 "Moderniseringsaftalen", som indeholder omfattende ændringer af traktatteksten.²⁰ De foreslåede ændringer vedrører særligt to af hovedkritikpunkterne ved ECT, nemlig traktatens forenelighed med klimaforpligtelserne og muligheden for at henvise tvister inden for EU til ISDS.²¹

ECT's forenelighed med klimaforpligtelserne er et centralt punkt i reformen, der indfører en række ændringer med det formål at øge støtten til grønne investeringer og udfase CO₂-intensive investeringer. Blandt de væsentligste ændringer er en opdatering af listen over beskyttede investeringer, indførelsen af en fleksibilitetsmekanisme til udskillelse af fossile brændstoffer fra investeringsbeskyttelsen, nye bestemmelser om klimaændringer og bæredygtig udvikling samt en omformulering af visse standarder for investeringsbeskyttelse.

For så vidt angår listen over beskyttede investeringer, er der føjet nye energikilder til listen over ECT-beskyttede energimaterialer og -produkter, herunder brint, vandfri ammoniak, biomasse, biogas og syntetiske brændstoffer, som alle spiller en rolle i at understøtte overgangen til en grønnere energisektor. Derudover er opsamling, udnyttelse og lagring af kuldiioxid (CCUS) også blevet føjet til de "økonomiske aktiviteter i energisektoren", der henvises til i artikel 1(5) i ECT. Ved at indføre en fleksibilitetsmekanisme giver Moderniseringsaftalen parterne mulighed for på frivillig basis at undtage investeringer i fossile brændstoffer fra ECT's investeringsbeskyttelse. På nuværende tidspunkt har to ECT-parter - EU og Storbritannien - meddelt, at de gerne vil indføre en sådan undtagelse, hvorefter nye investeringer i fossile brændstoffer ikke er omfattet af beskyttelsen. Det samme gælder eksisterende investeringer, hvor beskyttelsen ophører ti år efter bestemmelsernes ikrafttræden. Andre nye

- 11 Den 21. marts 1996 gav Folketinget samtykke til, at Danmark kunne ratificere ECT (B 74 – 1995-96: Forslag til folketingsbeslutning om Danmarks ratifikation af traktaten om Det Europæiske Energicharter af 17. december 1994). Ved kongelig resolution af 16. december 1997 blev Det Europæiske Energicharter ratificeret af Danmark, jf. bekendtgørelse 1999-12-09 nr. 76.
- 12 Pr. marts 2024 har ECT halvtreds medlemmer (<https://www.energychartertreaty.org/treaty/contracting-parties-and-signatories>).
- 13 Nord Stream 2 AG v. EU, PCA-sag nr. 2020-07.
- 14 Ifølge data fra UNCTAD er 162 sager på nuværende tidspunkt indledt under ECT. I modsætning hertil står de 92 sager, som er blevet indledt under NAFTA, der udgør den næstmest benyttede investeringstraktat. Se mere herom på UNCTAD's Investment Dispute Settlement Navigator, tilgængelig på <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.
- 15 Ifølge FN's klimapanel (IPCC) står energiforsyningssektoren alene for ca. 34% af de samlede menneskeskabte drivhusgasemissioner. Se også Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change, Summary for Policymakers* (Cambridge University Press 2022), side 12.
- 16 Se Alessandro Monti, 'Climate change and investor-State disputes: protecting stranded assets or promoting green investments?', i Francesco Sindico et al. (eds), *Research Handbook on Climate Change Litigation* (Edward Elgar, udkommer 2024), side 342 ff.
- 17 Se bl.a. Kyla Tienhaara, 'Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement', (2018), *Transnational Environmental Law*, side 229.
- 18 Se også Elena Cima, 'Retooling the Energy Charter Treaty for climate change mitigation: lessons from investment law and arbitration' (2021) *Journal of World Energy Law & Business*, side 1-13.
- 19 Se som eksempel COP 28 Decision, Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement, Decision CMA.5, FCCC/PA/CMA/2023/L.17, para. 28(d).
- 20 Energichartersekretariatets offentlige afgørelse af Energicharterkonferencens beslutning om forklaring af de vigtigste ændringer i principaftalen om moderniseringen af ECT, den 24. juni 2022 (<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>).
- 21 Sidstnævnte problematik om såkaldte "intra-EU-investeringstvister" behandles yderligere i afsnit 5.2.

bestemmelser skal sikre større overensstemmelse med klimamålene og derved bekræfte parternes forpligtelser i henhold til Parisaftalen. Derudover er der indført en særlig tvistløsningsmekanisme, der skal fortolke og anvende de nye bestemmelser om klimaændringer og bæredygtig udvikling.²² Endelig ændrer Moderniseringsaftalen de materielle beskyttelsesstandarder efter ECT's artikel 10, fx ved at reducere fortolkningsmarginerne for krav fremsat under henvisning til standarderne for retfærdig og rimelig behandling og indirekte ekspropriation.²³

De foreslåede ændringer efter Moderniseringsaftalen skal indarbejdes i ECT-reformteksten, og ændringerne har et betydeligt potentiale til at imødegå noget af den kritik, der har været rejst af ECT's forenelighed med klimaforpligtelserne. Der er imidlertid flere udestående kritikpunkter, som har givet anledning til modstand mod vedtagelsen af Moderniseringsaftalen og har fået mange lande til i stedet at tage beslutning om at udtræde af ECT. Et af kritikpunkterne er den frivillige karakter af undtagelsen for investeringer i fossile brændstoffer, der i praksis betyder, at ECT-parterne stadig har mulighed for at lade investeringer i fossile brændstoffer være omfattet af den fulde beskyttelse. Et yderligere kritikpunkt går på, at selv for de parter, der har valgt at indføre undtagelsen, vil investeringer i fossile brændstoffer fortsat være beskyttet i 10 år efter ikrafttrædelsesdatoen for den reviderede tekst. Det betyder, at den fælles ambition om en klarere afgrænsning af, hvilke investeringer, der skal fremmes og nyde beskyttelse under ECT, ikke er indfriet. Moderniseringsaftalen skal dog også ses i lyset af solnedgangsklausulen i artikel 47(3) i ECT,²⁴ der indebærer, at hvis en part melder sig ud af traktaten, vil investeringsbeskyttelsen fortsat gælde i tyve år efter udtrædelsen, dvs. en fordobling af tidshorisonten sammenlignet med tidshorisonten for den frivillige undtagelse for investeringer i fossile brændstoffer efter Moderniseringsaftalen.

2.3 ECT-parter beslutning om at udtræde af ECT

Udtrædelse er ikke længere kun en teoretisk mulighed, men en konkret overvejelse og beslutning truffet af flere ECT-parter - særligt EU-medlemslande - efter bekendtgørelsen af Moderniseringsaftalen. Efter Rusland og Italien trak sig ud af ECT i henholdsvis 2009 og 2014, fulgte en bølge af udtrædelser i august 2022,

hvor Polen meddelte, at man ønsker at udtræde. Andre EU-medlemslande har fulgt efter, nemlig Spanien, Frankrig, Holland, Tyskland, Luxembourg, Slovenien, Portugal, Belgien og nu Danmark. Det varierer, hvor langt de enkelte lande er nået i udtrædelsesprocessen. Visse lande har allerede formelt meddelt Energichartersekretariatet, at de udtræder, mens andre lande stadig er i proces med at indføre national lovgivning, der skal muliggøre en udtrædelse.²⁵

Samtidig har der pågået forhandlinger i EU om, hvordan moderniseringen af ECT skal gribes an. Selv om EU har spillet en afgørende rolle i reformprocessen, gjorde udmeldingerne fra de mange EU-medlemslande det nødvendigt for EU at genoverveje situationen, fordi der ikke længere var kvalificeret flertal i Rådet for vedtagelse af den moderniserede ECT.²⁶ Der er derfor opstået spørgsmål om, hvorvidt man skal tillade en "delvis" udtrædelse af ECT for visse medlemslande, da beslutningen om at udtræde ikke var enstemmig. Sådanne dilemmaer var øjensynligt blevet løst politisk, da Rådet i marts 2024 godkendte EU's udtræden af ECT,²⁷ mens Europa-Kommissionen henstillede til, at man ikke skulle modarbejde vedtagelsen af den moderniserede traktat.²⁸ Nok så vigtigt betyder den politiske balance også, at når den moderniserede traktattekst først er godkendt, forventes alle medlemslande at udtræde, medmindre EU specifikt godkender fortsat medlemskab af traktaten.²⁹

EU's beslutning om at udtræde af ECT - og samtidig pålægge medlemslandene en generel forpligtelse til at trække sig fra ECT - udgør et vendepunkt for ECT. Selvom det efter Europa-Kommissionens seneste forslag virker mere sandsynligt, at den moderniserede tekst bliver godkendt, betyder EU's og de enkelte medlemslandes udtræden, at ECT mister et betydeligt antal medlemmer, ligesom der opstår tvivl om traktatens fremtidsudsigter.³⁰ Der er også fortsat usikkerhed om tidsplanen for de resterende medlemslandes udtræden af traktaten og om betingelserne for EU's godkendelse af fortsat medlemskab, hvis nogle medlemslande måtte ønske fortsat medlemskab. Derudover består der en udfordring i forhold til konsekvenserne af solnedgangsklausulen, da den ikke berører af den moderniserede traktattekst. Medmindre ECT-parterne når til enighed om en ændring af solnedgangsklausulen i ECT's artikel 47, risikerer EU og de enkelte medlemslande at blive mødt med krav, herunder fra investorer med investeringer i fossile brændstoffer, i yderligere

22 Se også Joshua Paine og Elizabeth Sheargold, 'Carving-out climate action from investor-State dispute settlement (ISDS): Suggested treaty language and commentary', offentliggjort af OECD som akademisk bidrag til den 9. Investeringskonference, under emnet "Future of Investment Treaties Track 1 — Investment Treaties and Climate", den 23. februar 2024, DAF/INV/TR1/RD (2024). ([https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/RD\(2024\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/RD(2024)1/en/pdf)).

23 Se også Alessandro Monti and Matteo Fermeglia, 'The FET Standard between Treaty Reform and ISDS Practice: An Analysis of the Modernized ECT' (2024) 41(2) Journal of International Arbitration, side 155 ff. Moderniseringsaftalen indeholder også seks tiltag vedrørende tvistløsning: (i) en større gennemsigtighed ved brug af UNCITRAL's regler om gennemsigtighed, (ii) en mekanisme til at afvise useriøse krav, (iii) en mulighed for at anmode investor om at stille sikkerhed for omkostninger, (iv) et krav om offentliggørelse af tredjepartsfinansiering, (v) erstatning kan ikke udmåles ved at inddrage et "pønalt" element, og (vi) den tabende part skal generelt bære sagsomkostningerne og andre rimelige omkostninger, se 'Public Communication Explaining the Main Changes Contained in the Agreement in Principle (Ad Hoc Meeting of the Energy Charter Conference, 24 June 2022) (<https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty/>).

24 Se nærmere herom i afsnit 5.1 og 5.4.

25 For en opdateret liste, se Energichartersekretariatet, "Written notification of withdrawal from the Energy Charter Treaty" (<https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty-1/>).

26 Europa-Kommissionens forslag til Rådets afgørelse om Unionens udtræden af energichartertraktaten, COM(2023) 447 final, den 7. juli 2023.

27 Rådets beslutning om Unionens udtræden af energichartertraktaten, den 6. marts 2024 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7144-2024-INIT/en/pdf>). Se også EU-Parlamentets godkendelse af udtræden af energichartertraktaten, den 24. april 2024 (https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2024/4/press_release/20240419IPR20549/20240419IPR20549_en.pdf).

28 Europa-Kommissionen, Forslag til Rådets afgørelse om den holdning, der skal indtages på Euratoms vegne i energicharterkonferencen, COM(2024) 105, 1. marts 2024.

29 ibid., betragtning (7).

30 Lukas Schaugg, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, og Suzy H. Nikiéma, 'United We Leave or Divided We Stay? Why it's time for the EU to speak with one voice regarding the Energy Charter Treaty', IISD Deep Dive, den 20. juli 2023 (<https://www.iisd.org/articles/deep-dive/united-we-leave-divided-we-stay-energy-charter-treaty#:~:text=Notably%2C%20the%20recommendation%20would%20allow,the%20ECT%20for%20a%20period.>).

tyve år fra udtrædelsestidspunktet.³¹ Dermed undermineres den umiddelbare virkning ved at fjerne beskyttelsen for investeringer i fossile brændstoffer, som i stigende grad udgør grundlaget for investorkrav mod EU-medlemslande.

Den nærmere analyse af enkelte sager om projekter med fossile brændstoffer viser, at retsgrundlaget for kravene varierer betydeligt. De to sager, som investorerne RWE AG m.fl. og Uniper SE m.fl. har indledt mod Holland,³² vedrører fx de politikker for udfasning af kulfyrede kraftværker, der blev vedtaget i 2019 som led i bestræbelserne på at reducere udledningen af drivhusgasser. Sagerne mod Holland er de mest direkte eksempler på krav, der kan henføres til vedtagelsen af klimalovgivning. En yderligere sag indledt af olie-selskabet Rockhopper mod Italien, som i 2022 blev afgjort til fordel for investoren, omhandlede derimod inddragelsen af olieborings- og udvindingstilladelser baseret på miljømæssige snarere end klimamæssige hensyn.³³ Endelig er Klesch-sagen udtryk for en ny type af krav, der er baseret på skatteforanstaltninger indført som reaktion på den energikrise, der fulgte i kølvandet på krigen i Ukraine. I den sammenhæng synes klimahensyn at spille en mere indirekte rolle, idet implementeringen af de ekstraordinære skatteforanstaltninger snarere var begrundet i ønsket om at sikre forbrugerne rimelige energipriser end klimahensyn. Alligevel kan sagens udfald vise sig at få stor betydning for afklaringen af mulighederne for at anvende skattepolitik som et reguleringsværktøj i den grønne omstilling specifikt rettet mod fossile brændstoffer.

3 Klesch-sagen

I lyset af det begrænsede antal investeringsvoldgiftssager, der har været indledt mod Danmark, er Klesch-sagen en særlig anledning til at overveje rækkevidden af investorbeskyttelsen i Danmark. I sagen har det britiske selskab Klesch Group Holdings Limited ("Klesch") bl.a. fremsat krav på ca. EUR 95 mio. mod Danmark og Tyskland (i henhold til ICSID Convention - Arbitration Rules), samt mod EU (i henhold til ICSID Additional Facility - Arbitration Rules).

Efter det oplyste er sagerne støttet på, at EU og dets medlemslande har vedtaget en "nødlovgivning", der pålægger en merindkomstskat

på energi som følge af de stigende energipriser i kølvandet på krigen mellem Ukraine og Rusland.³⁴ Således har det tyske økonomi- og klimaministerium efter spørgsmål fra parlamentet præciseret,³⁵ at den tyske lov, der indfører et energikrisebidrag fra visse energiselskaber, udgør det juridiske grundlag for sagen mod Tyskland.³⁶ Danmark indførte ligeledes i maj 2023 et midlertidigt solidaritetsbidrag³⁷ som følge af EU-forordning 2022/1854,³⁸ der påbød medlemslandene at pålægge energiselskaber i olie-, gas- og kulsektorerne et midlertidigt solidaritetsbidrag³⁹ beregnet på baggrund af den ekstraordinære stigning (over 20%) i de skattepligtige overskud i forhold til de foregående år.⁴⁰

EU-forordningen foreskriver bl.a., at EU's medlemslande skal reducere bruttoelforbruget med mindst 5% i gennemsnit pr. time i spidsbelastningsperioder, og at staterne skal forsøge at gennemføre foranstaltninger for at reducere deres samlede månedlige bruttoelforbrug med 10%.⁴¹

EU-forordningen overlader det til de enkelte lande at vælge passende foranstaltninger til den nødvendige reduktion. På den baggrund vedtog Folketinget en lov for at indføre et loft over indtægter for elproduktion.⁴² Konkret er det fastsat, at markedsindtægter, der overstiger EUR 180 pr. MWh elektricitet produceret i perioden fra 1. december 2022 til 30. juni 2023, beskattes med 90% af selskabets bruttoindtægter, der overstiger den fastsatte grænse.

Klesch's krav mod Danmark og Tyskland omfatter tilbagebetaling af den yderligere skat, som er blevet betalt.⁴³ Kravene er støttet på, at den tilbageholdte skat er i strid med landenes forpligtelser til at skabe gunstige betingelser for investorer inden for energisektoren efter ECT.⁴⁴

I denne sammenhæng synes artikel 21 i ECT vedrørende skattemæssige foranstaltninger at kunne komme i spil. Hvis den omstridte foranstaltning udgør en "skattemæssig foranstaltning", "indføres der ikke ved [ECT] rettigheder eller forpligtelser vedrørende" sådanne foranstaltninger.⁴⁵ En part er herefter afskåret fra at fremsætte krav under ECT som følge af en sådan foranstaltning. Med andre ord vil en voldgiftsret ikke have kompetence til at træffe afgørelse herom.

-
- 31 Dog kun for investeringer foretaget før datoen for udtrædelsens ikrafttræden. Som nævnt i afsnit 5 indtræffer datoen for ikrafttræden et år efter, at en ECT-part har givet meddelelse om sin udtræden.
- 32 Se hhv. Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. og Uniper Benelux N.V. v. Holland, ICSID-sag nr. ARB/21/22, og WE AG og RWE Eemshaven Holding II BV v. Holland, ICSID-sag nr. ARB/21/4.
- 33 Se mere herom i afsnit 5.1.
- 34 Se A. Neslen, den 20. november 2023 (EU, Germany and Denmark sued by oil firm over windfall tax | European Union | The Guardian (<https://www.theguardian.com/world/2023/nov/20/eu-germany-and-denmark-sued-by-oil-firm-over-windfall-tax>)).
- 35 Forbundsministeriet for økonomi og klimabeskyttelse, skriftlig forespørgsel til forbundsregeringen i oktober 2023, spørgsmål nr. 10/203 (https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Parlamentarische-Anfragen/2023/10/10-203.pdf?__blob=publicationFile&v=4).
- 36 Lov om indførelse af et EU-energiikrisebidrag i henhold til forordning (EU) 2022/1854 (lov om EU's energikrisebidrag - EU-EnergieKKBG), lov om EU's energikrisebidrag af 16. december 2022 (Bundesgesetzblatt I s. 2294, 2325).
- 37 Lov 2023-05-16 nr. 502 om et midlertidigt solidaritetsbidrag.
- 38 Se Rådets forordning (EU) 2022/1854 af 6. oktober 2022 om et nødindgreb for at imødegå høje energipriser, særligt artikel 3(1) og 4(1).
- 39 Forordning 2022/1854, artikel 14.
- 40 Forordning 2022/1854, artikel 15.
- 41 Forordning 2022/1854, artikel 4(2) og 3(1).
- 42 Lov 2023-05-02 nr. 456 om et loft over indtægter fra elproduktion.
- 43 Se G. Høyer Thielst, den 20. november 2023 (https://borsen.dk/nyheder/investor/milliardaer-sagsoger-danmark-for-energisikat?b_source=klesch&b_medium=row_1&b_campaign=list_3).
- 44 ibid.
- 45 Se artikel 21(1) i ECT.

En gennemgang af de to nylige kendte ECT-sager om artikel 21 giver yderligere kontekst til forståelsen af Klesch-sagen.⁴⁶ I sagerne anvendte voldgiftsretterne forskellige, men komplementære tests ved forståelsen af en skattemæssig foranstaltning efter artikel 21. Sagerne viser bl.a., hvordan en voldgiftsret vil tilgå en indsigtelse om manglende kompetence støttet på artikel 21, fx ved at inddrage national lovgivning.

Den første sag blev indledt af tre selskaber fra Luxembourg, SunReserve Luxco Holdings m.fl., mod Italien.⁴⁷ Sagens faktuelle ramme var, at klagerne *“began investing in Italy’s photovoltaic energy market in 2010, and by 2011, they contend that they had invested over EUR 100 million to acquire and develop a total of nine photovoltaic plants”*.⁴⁸

I forlængelse af tidligere politikker for vedvarende energi udstedte Italien fem dekretter om solcelleenergi fra 2005 til 2013 og vedtog derefter yderligere foranstaltninger. De yderligere foranstaltninger omfattede bl.a. et Administrative Management Fee (“AMF”) og Imbalance Costs (“IC”). AMF var en bestemmelse, der forpligtede *“photovoltaic energy producers to pay an annual administrative fee of EUR 0.0005/kWh of incentivized energy”*,⁴⁹ mens IC var en bestemmelse, *“which required energy producers to provide in advance a projected figure of the amount of electricity they could inject into the grid. In the event that a producer deviated from its injection projections, it was required to pay what were known as ‘imbalance costs’ or ‘imbalance compensation’”*.⁵⁰

AMF og IC var to foranstaltninger, som blev prøvet under artikel 21-testen. Afgørelsen viser, at den standard, der skal bruges til at bestemme, om der foreligger en skattemæssig foranstaltning, skal findes i den relevante nationale lovgivning. På det grundlag opstillede voldgiftsretten tre hovedspørgsmål om den italienske lovgivning for at fastlægge, om der forelå en skattemæssig foranstaltning (i) om betalingen er tvungen eller obligatorisk af natur, dvs. om betalingen er pligtmæssig; (ii) om betalingen sker til gengæld for en specifik ydelse, service eller aktivitet, der leveres af offentlige institutioner, dvs. om forholdet mellem betaleren og den offentlige institution er gensidig; og (iii) om betalingen er foretaget som et bidrag til offentligt forbrug eller offentlige udgifter og generelt understøtter et offentligt formål.⁵¹

Voldgiftsretten fandt, at en foranstaltning er skattemæssig i medfør af artikel 21 i ECT, når svaret på spørgsmål (i) og (iii) er bekræftende, og svaret på spørgsmål (ii) er benægtende.⁵²

Voldgiftsretten fandt videre, at det første spørgsmål kunne besvares bekræftende for begge foranstaltninger, idet der var tale om

obligatoriske betalinger. Tilsvarende fandt voldgiftsretten, at det andet spørgsmål kunne besvares bekræftende for begge foranstaltninger, dvs. der forelå gensidighed. Der var som følge af det bekræftende svar på det andet spørgsmål ikke anledning til at prøve det tredje spørgsmål. Foranstaltningerne udgjorde ikke skattemæssige foranstaltninger og lå derfor inden for rammerne af voldgiftsrettens kompetence. I sidste ende fandt voldgiftsretten, at foranstaltningerne ikke var i strid med Italiens forpligtelser efter ECT.

Den anden sag var indledt af det britiske selskab FREIF Eurowind Holdings Ltd. mod Spanien.⁵³ Klageren *“[i]n December 2011, ... purchased a 50% preferred equity interest in a portfolio containing six wind parks”*.⁵⁴ Et omdrejningspunkt i sagen var spørgsmålet om, hvorvidt Spaniens indførelse af “TVPEE” - en skat på værdien af produktionen af elektricitet - var en skattemæssig foranstaltning i overensstemmelse med artikel 21(7) i ECT.⁵⁵

Spanien indførte TVPEE efter en række lovgivningspolitikker for vedvarende energi, der blev vedtaget i forlængelse af et direktiv fra EU, der pålagde medlemslandene at reducere deres emissioner ved at indføre et nationalt emissionsloft. Klageren hævdede, at Spaniens *“measures had caused significant harm to its investments”*.⁵⁶

Testen for anvendelse af artikel 21 i ECT, som voldgiftsretten anvendte, var (i) om skatten kræver, at der betales penge til staten til offentlige formål; (ii) om skatten pålægger en gruppe af personer en forpligtelse; og (iii) om skatten er en *bona fide*-skat, uanset om den er anerkendt af relevante organer og defineret i loven som sådan.⁵⁷

I forhold til testen i SunReserve-sagen så voldgiftsretten i FREIF-sagen bort fra ét spørgsmål, men tilføjede to yderligere spørgsmål: FREIF-testens første led kombinerer SunReserves første og tredje spørgsmål, mens FREIF-testens andet led om en persongruppe erstatter den manglende gensidighed i SunReserve-testen. FREIF-testens tredje led tilføjede et *bona fide*-element, hvorefter lovgiver ikke kan påberåbe sig navnet eller definitionen af en foranstaltning i strid med realiteten.

Voldgiftsretten fandt, at TVPEE blev *“levied for public purposes”*,⁵⁸ *“imposed on a class of persons”*,⁵⁹ og at der var *“no evidence that the TVPEE specifically targeted [...] foreign investors in bad faith”*.⁶⁰ Desuden blev det taget i betragtning, at TVPEE passede til definitionen af en skat efter spansk ret, og den blev anerkendt som en skat af relevante professionelle organer.⁶¹

⁴⁶ Se listen over sager indledt under ECT (<https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/>).

⁴⁷ Sun Reserve Luxco Holdings S.à.r.l., Sun Reserve Luxco Holdings II S.à.r.l. og Sun Reserve Luxco Holdings III S.à.r.l. v. Italien, SCC-sag nr. 132/2016 (kendelse afsagt i 2020), para. 520 (italaw11475.pdf (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11475.pdf>)).

⁴⁸ *ibid.*, para. 183.

⁴⁹ *ibid.*, para. 214.

⁵⁰ *ibid.*, para. 180.

⁵¹ *ibid.*, para. 520.

⁵² *ibid.*, para. 520.

⁵³ FREIF Eurowind Holdings Ltd. v. Spanien, SCC-sag nr. 2017/060 med kendelse afsagt 8. marts 2021 (https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/112_FREIF_Eurowind_Holdings_Ltd_v._Spain/2021.03.08_Award.pdf).

⁵⁴ *ibid.*, para. 164.

⁵⁵ *ibid.*, para. 166, og side 3.

⁵⁶ *ibid.*, para. 167.

⁵⁷ *ibid.*, paras. 368-372.

⁵⁸ *ibid.*, para. 376.

⁵⁹ *ibid.*, *“being anyone who performs the activities of production and incorporation of electrical energy into the Spanish electricity system”*, para. 374.

⁶⁰ *ibid.*, para. 375.

⁶¹ *ibid.*, para. 368.

På den baggrund fandt voldgiftsretten, at TVPEE var en skattemæssig foranstaltning, som derfor lå uden for voldgiftsrettens kompetence under ECT.

Det synes at kunne udledes af sagerne, at dansk national lovgivning vil være genstand for prøvelse i Klesch-sagen, hvis det skal afgøres, om den implementerede lovgivning i forlængelse af EU-forordningen udgør en "skattemæssig foranstaltning", dvs. om en voldgiftsret har kompetence efter ECT.

4 Tvistløsning i medfør af ECT

Tvistløsningsklausuler i kommercielle tvister giver normalt ikke parterne mulighed for at vælge, hvordan tvister skal løses, men anviser typisk en aftalt fremgangsmåde, nemlig voldgift ved et bestemt voldgiftsinstitut med sæde et bestemt sted.⁶²

Modsat er det ikke ualmindeligt, at multilaterale- og bilaterale investeringsaftaler ("MITs" og "BITs") giver parterne forskellige muligheder for at løse tvister. Ved en ECT-parts udtræden af ECT vil de nævnte tvistløsningsmuligheder efter ECT ikke længere være tilgængelige for den berørte investor.

Efter artikel 26 i ECT er det forudsat, at parterne i første omgang skal søge at finde en mindelig løsning inden for tre måneder. Når de tre måneder er gået, har investoren tre valgmuligheder for at forfølge sit krav;⁶³ (i) ved de almindelige domstole eller forvaltningsdomstolene i værtsstatens land; (ii) i overensstemmelse med en tidligere aftalt tvistløsningsprocedure; eller (iii) ved yderligere fire valgmuligheder, navnlig ved (a) ICSID, hvis investorens traktatpart og værtsstaten begge har tiltrådt ICSID-konventionen; (b) ICSID i henhold til "Additional Facility Rules", hvis investorens traktatpart eller værtsstaten (men ikke begge) har tiltrådt ICSID-konventionen; (c) en enkelt voldgiftsdommer eller ad hoc-voldgift i henhold til UNCITRAL-reglerne; eller (d) voldgift ved SCC.

I de fleste tilfælde rådes investorer til at vælge voldgift, fordi værtsstatens domstole eller forvaltningsdomstole i værste fald kan være forudindtagede over for udenlandske parter og give værtsstaten en mulig "hjemmebanefordel" på grund af værtsstatens kendskab til og erfaring med procedure og praksis. Selv for værtsstater kan voldgift virke attraktivt, herunder på grund af den fleksible procedure, muligheden for at udpege egen voldgiftsdommer og udsigterne til effektiv tvangsfuldbyrdelse af en voldgiftskendelse.

UNCITRAL's voldgiftsregler bruges ofte i ad hoc-voldgiftssager (dvs. ikke-institutionelle voldgiftssager) for at give voldgiftsbehandlingen en vis processuel ramme og derved spare tid og omkostninger via effektiv løsning af tvistepunkter efter UNCITRAL's voldgiftsregler. Et voldgiftsinstitut, såsom SCC, tilbyder derimod en mere specifik processuel ramme ved nærmere fastlagte regler, fx vedrø-

rende udpegning af en hastevoldgiftsdommer, kort frist for afsigelse af voldgiftskendelsen samt faste takster ved udmåling af honorar til voldgiftsdommerne.⁶⁴ Et voldgiftsinstitut optræder endvidere som neutral "observatør" for at sikre, at den korrekte procedure følges af voldgiftsretten.

Ydermere adskiller behandlingen af voldgiftssager efter ICSID-konvention sig fra UNCITRAL- eller SCC-voldgiftssager, fx ved at ICSID-konventionens kendelser kan fuldbyrdes uden anvendelse af New York-konventionen, ICSID-konventionens voldgiftsretter har fast sæde ved Verdensbanken i Washington D.C., og ICSID-konventionen tilbyder en særlig proces for annullation af voldgiftskendelser.

Sådanne forskelle (og fordele) har ført til, at ICSID er anset for at være det mest udbredte og erfarne voldgiftsinstitut inden for investeringsvoldgiftssager. Det anslås, at ca. 72% af alle kendte voldgiftssager om investeringsaftaler var registreret under ICSID-konventionen og Additional Facility Rules ved udgangen af 2022.⁶⁵

5 Konsekvenserne af Danmarks beslutning om at udtræde af ECT

Danmarks udtræden af ECT vil træde i kraft 12 måneder efter Danmarks officielle meddelelse herom, jf. ECT's artikel 47(2). Udtrædelsen kan derfor forventes at træde i kraft i løbet af 2025. ECT indeholder imidlertid en såkaldt "solnedgangsklausul", hvorefter Danmark vil være bundet af ECT i 20 år for investeringer foretaget før udtrædelsen træder i kraft. Modsat vil investeringer foretaget i Danmark efter udløb af 12-måneders perioden ikke være beskyttet af bestemmelserne i ECT.

5.1 Fortsat beskyttelse af investeringer i Danmark efter solnedgangsklausulen

I perioden frem til udløbet af opsigelsesvarslet på 12 måneder kan investeringer foretages i Danmark i tillid til, at investeringsbeskyttelsen under ECT fortsat vil gælde. Udenlandske investorer vil derfor på kort sigt stadig kunne opnå den effektive beskyttelse af investeringer, der følger af ECT, såsom fair og retfærdig behandling, fuld beskyttelse og sikkerhed for investeringer, ligebehandling med

⁶² Se fx den anbefalede klausul i kommercielle tvister fra Voldgiftsinstituttet i Danmark, hvorefter "[e]nhver tvist, som måtte opstå i forbindelse med denne kontrakt [...] skal afgøres endeligt ved voldgift".

⁶³ Det følger af artikel 26, at traktatparterne giver deres ubetingede samtykke til, at tvister skal afgøres ved international voldgift eller mægling bortset fra i de i bilag IA og ID nævnte situationer. Det fremgår også, at hvis investoren vælger en anden tvistløsningsmetode end domstolene eller forvaltningsdomstolene hos traktatparten eller en tidligere aftalt metode, giver investoren samtidig sit skriftlige samtykke til den valgte metode.

⁶⁴ SCC angiver, at dets voldgiftsregler er de "tredje mest anvendte regler for investeringstvister på verdensplan", se Investment disputes | SCC Arbitration Institute (https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf). Sveriges historiske position førte til, at SCC blev valgt som institut for tvistløsning i mange BITs, især mellem parter fra henholdsvis Vesten og Østen. Det vil vise sig, om denne neutralitet og popularitet som administrerende institution vil blive påvirket af Sveriges nylige optagelse i NATO. Sverige deponerede sit tiltrædelsesinstrument til NATO den 7. marts 2024, (https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_52044.htm#sweden).

⁶⁵ ICSID havde pr. 31. december 2022 registreret 910 sager under ICSID-konventionen og Additional Facility Rules, se side 7 i "The ICSID Caseload - Statistics: Issue 2023-1" tilgængelig på ([The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf) (worldbank.org) (https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf)). UNCTAD oplyser, at pr. 31. december 2022 var det samlede antal kendte voldgiftssager om investeringstraktater nået op på 1.257, tilgængelig på Total number of known investment treaty cases rises to 1,257 | UNCTAD Investment Policy Hub (<https://investmentpolicy.unctad.org/news/hub/1717/20230419-total-number-of-known-investment-treaty-cases-rises-to-1-257#:~:text=As%20of%2031%20December%202022%2C%20the%20total%20number%20of%20known,known%20ISDS%20claims%20in%202022.>). Herefter er regnestykket, at ICSID's 910 sager udgør 72% af de samlede 1.257 kendte sager.

danske investorer og forbud mod nationalisering og ekspropriation,⁶⁶ jf. artikel 47(2). Og nok så væsentligt vil samtlige beskyttelsesstandarder kunne håndhæves over for Danmark i voldgift ved neutralt forum, jf. artikel 26.

Når Danmark officielt giver meddelelse om at udtræde af ECT, kan det derfor give udenlandske investorer en tilskyndelse til at etablere mulige investeringer i Danmark inden opsigelsesvarslets udløb for at sikre investeringsbeskyttelse i den 20-årige periode, som solnedgangsklausulen tilsiger, jf. artikel 47(3). En sådan gennemført indretning af en investering og konsekvenserne af solnedgangsklausulen for værtsstaten kan illustreres ved en ICSID-voldgiftskendelse fra 2022, som angik en investering foretaget i Italien i opsigelsesperioden frem mod Italiens udtræden af ECT. I sagen blev Italien dømt til at betale USD 290 millioner i erstatning til en udenlandsk investor fra Storbritannien, "Rockhopper".⁶⁷

Italien havde den 31. december 2014 givet meddelelse om at udtræde af ECT med virkning fra den 1. januar 2016, jf. artikel 47(2).⁶⁸ Under sagen var det derfor et omdrejningspunkt (og en indsigelse fra Italien over for voldgiftsrettens kompetence), om Rockhopper havde foretaget en "investering" i ECT's forstand forud for udløbet af opsigelsesvarslet den 31. december 2015.

Voldgiftsretten fandt, at den beskyttede "investering" var etableret den 14. august 2015 via en officiel meddelelse fra Italiens økonomiudviklingsminister til Rockhopper,⁶⁹ hvorved Rockhopper opnåede ret til at modtage en koncession vedrørende olieboringer. Det ændrede ikke på voldgiftsrettens vurdering, at Rockhopper på daværende tidspunkt endnu ikke havde påbegyndt egentlige olieboringer. Der var således allerede den 14. august 2015 foretaget en "investering" i ECT's forstand.

Rockhoppers krav på erstatning opstod ved, at Italien under henvisning til en lovændring af 28. december 2015 meddelte, at koncessionen - trods det tidligere tilsagn - blev afvist ved meddelelse af 29. januar 2016, dvs. efter udløb af Italiens opsigelsesvarsel.⁷⁰ Erstatningen blev udregnet ved en diskonteret cash flow-metode og opgjort til seks gange mere end de afholdte udgifter forbundet med investeringen på grund af investorens berettigede forventning.

Afgørelsen i Rockhopper-sagen illustrerer, dels et centralt tema i ECT-voldgiftssager (spørgsmålet om opfyldelse af betingelserne

for at kunne kvalificere en investering som en "investering" i medfør af ECT, sådan som værtsstater ofte gør gældende til støtte for manglende kompetence for voldgiftsretten), dels at investorens berettigede forventning kan indgå som et væsentligt parameter ved erstatningsudmålingen og føre til en langt mere generøs erstatning sammenlignet med praksis fra nationale domstole, fx ved danske domstole.

Danmark vil - som Italien blev pålagt det i Rockhopper-sagen - efter udløb af opsigelsesvarslet tilsvarende være nødsaget til at yde investeringsbeskyttelse under ECT for investeringer foretaget frem til formentlig 2025 i en periode på 20 år og derved potentielt frem til 2045 for at kunne opfylde kravene efter solnedgangsklausulen.

Parallelt med diskussionerne om en modernisering af ECT har der i EU-regi pågået drøftelser af mulighederne for at begrænse rækkevidden af solnedgangsklausulen via en aftale mellem EU's medlemslande.⁷¹ Selv hvis en omgåelse af fremgangsmåden for ændringer af ECT⁷² måtte kunne anses for at være folkeretlig gyldig,⁷³ vil en eventuel aftale imidlertid kunne stride mod navnlig hensynet til at sikre forudberegnelighed for investor og beskyttelse for allerede foretagne investeringer. Ydermere indeholder ECT et udtrykkeligt forbud mod "regression" ved aftale mellem traktatparterne, som ikke indbyrdes kan aftale en forringelse af investorenes beskyttelse efter ECT, jf. artikel 16. Det er derfor usikkert, om en voldgiftsret overhovedet vil opretholde en mulig aftale til skade for en investor,⁷⁴ ligesom en sådan aftale under alle omstændigheder ikke vil gælde for investorer med hovedsæde uden for EU, herunder i Schweiz eller Japan, som begge har tiltrådt ECT.

Samlet giver en meddelelse om udtrædelse af ECT mulige investorer anledning til at overveje, om investeringer skal fremskyndes eller forceres for at sikre beskyttelse under ECT og i modsat fald rækkevidden af den beskyttelse, der konkret måtte gælde for en investor fra det pågældende land, herunder efter eventuelle BITs. I den sammenhæng vil der samtidig være anledning til at overveje, hvordan investeringen konkret skal struktureres for at sikre den bedst mulige investeringsbeskyttelse, fx om det kan være relevant at investere via et selskab uden for EU for at undgå virkningerne af EU-Domstolens underkendelse af "intra EU-investeringsaftaler", jf. nærmere nedenfor.

⁶⁶ Se ECT artikel 10(1), 10(3) og 13(1).

⁶⁷ Rockhopper Italia S.p.A., et.al., v. Italien, ICSID-sag nr. ARB/17/14, endelig kendelse (afsagt den 23. august 2022) (ECT) (Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14 | italaw (<https://www.italaw.com/cases/5788>)).

⁶⁸ ECT's oversigt over Italiens relation til traktaten, Italy - Energy Charter (<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>). På tidspunktet for meddelelse om udtræden var der kun registreret en enkelt sag mod Italien under ECT, nemlig Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italien (ICSID-sag nr. ARB/14/3).

⁶⁹ Rockhopper v. Italien, paras. 191-192.

⁷⁰ *ibid.*, paras. 193-194.

⁷¹ Non-paper fra EU-Kommissionen, "Next steps as regards the EU, Euratom and Member States' membership in the Energy Charter Treaty", Februar 2023, side 6 (Non-paper_ECT_nextsteps.pdf (euractiv.com) (https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2023/02/Non-paper_ECT_nextsteps.pdf)).

⁷² Se artikel 36 smh. med artikel 42 i ECT, som fastslår, at der til en gyldig vedtagelse af ECT skal være enstemmighed blandt de kontraherende stater, og at en ændring først træder i kraft 90 dage efter deponering af ratifikations-, accept- eller godkendelsesinstrument hos 3/4 af de kontraherende stater.

⁷³ Se hertil artikel 41(1)(b) i konvention af 23. maj 1969 om traktatretten ("VCLT"), der opstiller kriterier for en folkeretlig gyldig aftale om ændring af multilaterale traktater.

⁷⁴ Voldgiftsretter har i forbindelse med spørgsmålet om voldgiftsrettens jurisdiktion som følge af Achmea-afgørelsen taget stilling til den folkeretlige gyldighed af en modifikation af ECT internt i EU. Her har voldgiftsretterne fundet eventuelle modifikationer i strid med artikel 41(1)(b) VCLT, se fx Vattenfall AB v. Tyskland, ICSID-sag nr. ARB/12/12, Afgørelse om jurisdiktion (31. august 2018), para. 221, og Silver Ridge Power BV v. Italien, ICSID-sag nr. ARB/15/37, Kendelse (26. februar 2021), paras. 228-229.

5.2 EU-Domstolens underkendelse af ECT

EU-Domstolen har i flere sager haft anledning til at vurdere samspillet mellem EU-retten og ECT, herunder betydningen af adgangen til voldgift efter ECT i kontekst af sager inden for EU, dvs. sager mellem en EU-investor og en EU-værtsstat.⁷⁵

Praksis fra EU-Domstolen har særligt ført til betydelige udfordringer ved tvangsfuldbyrdelse af ECT-voldgiftskendelser om fortolkning af EU-retlige spørgsmål. Konkret følger det af praksis fra EU-Domstolen, at voldgiftsaftalen i ECT (og voldgiftsaftaler generelt i investeringsaftaler mellem EU-medlemslande) strider mod EU-retten.

Denne praksis følger først og fremmest af reglen i TEUF's artikel 267, som indeholder ordningen om og proceduren for præjudicielle forelæggelser for EU-Domstolen vedrørende forståelse af EU-retten. En voldgiftsret kan ikke stille præjudicielle spørgsmål. Det vil derfor stride mod TEUF's artikel 267, hvis en voldgift derved kunne være "sidste instans" eller udgøre øverste myndighed vedrørende fortolkning af EU-retlige spørgsmål.

Derudover følger det af TEUF's artikel 344, at medlemslandene er afskåret fra at søge tvister vedrørende fortolkning af EU-traktaterne løst uden for EU's kompetencesystem. Hvis voldgiftsaftaler mellem medlemslandene kunne opretholdes, herunder ved en multilateral aftale som ECT, ville EU-Domstolens enekompetence vedrørende den endelige fortolkning af EU-retten også af denne grund kunne undermineres. En eventuel voldgiftskendelse vedrørende brud på ECT i en sag mellem et EU-medlemsland og en EU-investor vil derfor på nuværende tidspunkt næppe blive anerkendt af danske domstole.⁷⁶ ECT's voldgiftsklausul i artikel 26(2)(c) antages således ikke at være gyldig i kontekst af intra-EU-investeringsvoldgiftssager.⁷⁷

Parallelt hermed kan man overveje, om EU-Domstolens praksis i sig selv vil afskære EU-investorer fra overhovedet at indlede en

voldgiftssag mod Danmark under ECT. En voldgiftsret vil normalt ikke anse sig for bundet af EU-Domstolens afgørelser, men det er usikkert, om en voldgiftsret konkret vil følge EU-Domstolens praksis og afvise kompetence.⁷⁸ Spørgsmålet vil formentlig afhænge af sagens nærmere karakter og sammensætningen af voldgiftsretten, samt mulighederne for tvangsfuldbyrdelse af kendelsen uden for EU.

5.3 Investorbeskyttelsen i Danmark uden ECT

I regeringens beslutningsforslag henvises der til, at "[r]egeringen anerkender endvidere, at der er behov for investeringsbeskyttelse, men vurderer, at der er andre redskaber, som kan bidrage til dette, bl.a. bilaterale investeringsbeskyttelsesaftaler og nationale regler om ekspropriation". Rækkevidden af investorbeskyttelsen vil imidlertid også afhænge af, om der er tale om "EU-investorer" eller investorer fra et tredjeland, dvs. om Danmark under alle omstændigheder vil være forpligtet til at yde en vis investeringsbeskyttelse efter EU-retten til EU-investorer.

Efter EU-Domstolens afgørelse i Achmea-sagen anses ISDS-klausulerne i BITs mellem EU-stater ikke længere for gyldige,⁷⁹ jf. afsnit 5.2 ovenfor. Som konsekvens heraf vedtog EU's medlemslande en fælles aftale om at ophæve intra-EU-BITs, således at hverken ISDS-klausulerne eller de materielle bestemmelser i intra-

⁷⁵ I *Slovakiet v. Achmea*, EU-Domstolens store kammer, 6. marts 2018, C-284/16 ("Achmea") fandt EU-Domstolen, at ISDS-klausulen i den hollandsk-slovakiske BIT risikerer at fjerne tvister, der involverer fortolkning eller anvendelse af EU-retten, fra den mekanisme for domstolsprøvelse, der findes i EU's juridiske ramme (artikel 267 og 344 TEUF), og dermed ikke er forenelig med EU-retten. I forlængelse af Achmea-sagen havde EU-Domstolen i 2021 muligheden for at forholde sig til spørgsmålet om ECT's voldgiftsklausul - artikel 26(2)(c) - i *Moldova v. Komstroy LLC*, EU-Domstolens store kammer, 2. september 2021, C-741/19 ("Komstroy"). Her gentog EU-Domstolen sine præmisser fra Achmea-sagen og understregede således, at artikel 267 og 344 TEUF har til formål at skabe et system i Unionen, der skal sikre konsistens og ensartethed i fortolkningen af EU-retten. Derfor er ECT's ISDS-klausul ugyldig i tvister mellem en EU-investor og et EU-medlemsland.

⁷⁶ Se hertil den tyske Bundesgerichtshof ("BGH"), der i juli 2023 i sagerne I ZB 43/22, I ZB 74/22 og I ZB 75/22 skulle tage stilling til spørgsmålet om gyldigheden af to intra-EU-investeringsvoldgiftssager, selvom sagerne på daværende tidspunkt ikke var blevet hørt ved voldgiftsretterne (Der Bundesgerichtshof - Presse : Communiqués de presse en anglais - Upstream national legal protection possible against intra-EU investor-State ICSID arbitral proceedings on the basis of the Energy Charter Treaty (<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/FR/2023/2023126.html?nn=17771950>)). BGH fandt, at investeringsvoldgiftssagerne *Mainstream Renewable v. Tyskland* og *RWE AG v. Holland* (sidstnævnte refereret i afsnit 2.3), som begge var indledt under ICSID-konventionens voldgiftsregler af investorer fra EU, skulle afvises som følge af det efter EU-retten ugyldige samtykke til voldgiftsbehandling af eventuelle tvister under ECT. BGH henviste i sin afgørelse til EU-Domstolens afgørelser i Achmea og Komstroy og fastslog i overensstemmelse hermed, at voldgiftsklausuler i intra-EU-investeringstvister er i strid med EU-retten og følgelig ugyldige. BGH's afgørelse blev truffet med hjemmel i en bestemmelse i den tyske voldgiftslov, der giver parterne i en voldgiftssag mulighed for at indgive en begæring til domstolene for at få afgjort, om voldgiftssagen kan antages til behandling eller ej, før voldgiftsretten er sammensat.

⁷⁷ Komstroy, para. 66.

⁷⁸ Se som eksempel *Green Power A/S v. Spanien*, SCC-sag nr. 2016/135, 16. juni 2022, hvor voldgiftsretten fandt, at EU-Domstolens praksis om intra-EU-investeringsvoldgiftssager fandt anvendelse på spørgsmålet om Spaniens samtykke til at føre den pågældende voldgiftssag. Som følge heraf fandt voldgiftsretten, som havde sæde i Sverige, at samtykket var ugyldigt, således at voldgiftsretten ikke besad den fornødne jurisdiktion til at behandle sagen. Afgørelsen skal ses i kontekst af det betydelige antal voldgiftssager, hvor voldgiftsretten har afvist at anvende EU-retten, som denne er blevet fortolket af EU-Domstolen ved Achmea- og Komstroy-afgørelserne, i spørgsmålet om fortolkningen af voldgiftsklausulen i artikel 26(2)(c) i intra-EU-investeringsvoldgiftssager, heriblandt *Infracapital et. al. v. Spanien*, ICSID-sag nr. ARB/16/18, hvor voldgiftsretten fandt, at EU-Domstolens praksis var irrelevant for spørgsmålet om voldgiftsrettens jurisdiktion i en ECT-voldgiftssag. Voldgiftsretten forholdt sig konkret til den på tidspunktet nyligt afsagte kendelse i *Green Power v. Spanien* og afviste at følge den fortolkning, som SCC-voldgiftsretten havde anlagt.

⁷⁹ Se medlemslandenes erklæring af 15. januar 2019 om de retlige konsekvenser af Achmea-dommen og om investeringsbeskyttelse, Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection (europa.eu) (https://finance.ec.europa.eu/document/download/901c4f5e-9c4e-4559-92a1-dc946e174ac5_en?filename=190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf).

EU-investeringsbeskyttelsesaftalerne kan påberåbes af EU-investorer.⁸⁰ Investeringsbeskyttelsen for en EU-investor må derfor primært udledes af EU-retten, hvor bl.a. EU's indre marked etablerer en vis grad af investeringsbeskyttelse via EU-rettens primære og sekundære retskilder.

EU-investorer er økonomiske aktører inden for EU's indre marked og er derved beskyttet af forbuddet mod diskrimination i henhold til artikel 18 i TEUF, samt de grundlæggende frihedsrettigheder efter EU-retten, herunder den frie bevægelighed for varer (artikel 28-37 i TEUF), den frie bevægelighed for kapital (artikel 63 i TEUF), samt etableringsfriheden (artikel 49 i TEUF). Disse rettigheder giver EU-investorer mulighed for at operere på tværs af landegrænserne med samme beskyttelse som statsborgere i værtsstaten. Hvis nationale foranstaltninger er i konflikt med EU's konkurrenceregler, kan investorer endvidere påberåbe sig beskyttelsesforanstaltningerne i artikel 101-109 i TEUF. Derudover rummer EU's charter om grundlæggende rettigheder i artikel 17 en beskyttelse mod ekspropriation, når medlemslandene implementerer EU-retten, jf. chartrets artikel 51.

I beslutningsforslaget fremhæver regeringen adgangen til voldgift som *“noget særligt”* ved ECT, og en tilsvarende mulighed for at få prøvet sin sag ved en uafhængig voldgiftsret eksisterer ikke efter EU-retten. En investors rettigheder kan derimod håndhæves ved medlemslandenes nationale domstole eller via det EU-retlige system. Ydermere kan et medlemsland gøres ansvarlig for overtrædelse af EU-retten, men erstatningsreglerne følger medlemslandets nationale regler.⁸¹

Den manglende adgang til voldgift kan anses for at udgøre en forringelse af skuffede investorers mulighed for genoprejsning, men omvendt vil en voldgiftskendelse under ECT efter EU-Domstolens praksis ikke kunne tvangsfuldbyrdes inden for EU. På den måde burde den manglende adgang til voldgiftsbehandling - uanset Danmarks udtræden af ECT - derfor i realiteten næppe have betydning for investeringer i Danmark foretaget af EU-investorer.

Endelig har investorer fra tredjelande, som kan støtte ret på en BIT indgået af Danmark, en investorbeskyttelse på normalt samme niveau som efter ECT.⁸²

5.4 Investorbeskyttelsen for danske investorer uden ECT

Ved Danmarks udtræden af ECT vil danske investorer i udlandet tilsvarende have adgang til beskyttelse under ECT i en 20-årig periode for investeringer foretaget inden udløb af opsigelsesvarslet, jf. herved artikel 47(2)-(3). Danske investorer vil derefter ikke

længere kunne anses for at være “investorer” i ECT's forstand, ligesom investeringer ikke længere vil være omfattet af investorbeskyttelsen, jf. artikel 1(6)-(7). Danske investorer vil - inden for EU - nyde den beskyttelse, der følger af EU-retten, jf. afsnit 5.3 ovenfor. Uden for EU vil der derudover konkret kunne opnås investeringsbeskyttelse og adgang til voldgift under Danmarks BIT-program⁸³ og eventuelt også under nationale regler i værtsstaten.

I beslutningsforslaget anførte ministeren, at *“ECT kun [har] været bragt i anvendelse af danske investorer i udlandet i fire tilfælde og vurderes derfor ikke at være væsentlig for danske investorer”*.⁸⁴ I den sammenhæng henvises der formentlig til de fire registrerede voldgiftssager i ECT's sagsoversigt,⁸⁵ hvor danske investorer i perioden fra 2015 til 2018 formelt har indgivet voldgiftsklager over for henholdsvis Italien og i tre tilfælde over for Spanien med samlede krav på ca. EUR 251 millioner. To af sagerne er blevet afgjort ved, at voldgiftsretterne har tildelt kompensation til de danske investorer på i alt ca. EUR 50 millioner. De øvrige to sager verserer fortsat.

Ved vurderingen af betydningen af ECT for danske investorer i udlandet skal der også tages højde for den potentielt præventive og normregulerende effekt, som ECT må antages at have på traktatparternes behandling af udenlandske investorer, herunder danske investorer. Samtidig skal der tages højde for, at truslen om en mulig voldgiftssag (som typisk vil anses for at være “sidste udvej”) kan styrke en forhandlingsposition for en investor i relation til at afsøge mulighederne for en mindelig løsning. Desuden kan ECT have været bragt i anvendelse i tilfælde, hvor der er blevet rejst krav og forhandlet, men ikke indledt voldgift. Derudover er der en række andre tvistløsningsmekanismer under ECT's artikel 26, som der også skal tages højde for ved vurderingen af, om danske investorer har bragt ECT i anvendelse, herunder den tvungne forhandlingsperiode, jf. nærmere afsnit 4. Endelig medvirker ECT til at sikre danske investorer forudsigelige vilkår for langsigtede og dyre investeringer i energisektoren og retssikkerhed over for statslige indgreb, herunder i de mange øst- og centraleuropæiske ECT-stater.⁸⁶ Samlet er det anført i beslutningsforslaget om, at Danmarks udtræden af ECT ikke skulle have væsentlig betydning for danske investorer i udlandet, derfor ikke helt så åbenlys.

6 Samlet konklusion

De uindfriede ambitioner om at kunne tilpasse ECT til at imødegå klimaforandringer har sammen med en revurdering af traktatens

⁸⁰ L 169/1, Aftale om ophævelse af bilaterale investeringsaftaler mellem Den Europæiske Unions medlemsstater, 29. maj 2020, eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01) ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01))). Specifikt fastslår aftalen en fælles tilsidesættelse af solnedgangsklausulerne i de pågældende BITs, se artikel 2, stk. 2. Aftalen trådte i kraft den 29. august 2020.

⁸¹ Som først fastslået af EU-Domstolen i Forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich (den 19. november 1991), særligt præmis 42.

⁸² Se som eksempel Morten Adler-Nissen og Danna Zhang i ET.2022.216, International voldgift i kontekst af dansk investorbeskyttelse i Rusland, der beskriver den dansk-russiske BIT og de beskyttelsesstandarder, som investorer omfattet heraf kan påberåbe.

⁸³ Se liste over Danmarks investeringsbeskyttelsestraktater på UNCTAD's database: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/57/denmark>.

⁸⁴ 109 Forslag til folketingsbeslutning om dansk udtrædelse af Energichartertraktaten, Samling 2023-24, fremsat den 7. februar 2024 af klima-, energi- og forsyningsministeren, afsnit III.

⁸⁵ Se liste over offentlige ECT-sager indledt af danske investorer på ECT's register, <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/>.

⁸⁶ Blandt brancheorganisationerne har særligt Dansk Industri lagt vægt herpå, se Dansk Industris høringssvar til Forslag om rådsbeslutning om modernisering af Energichartertraktaten, KOM(2022)521, 7. november 2022 (KOM (2022) 0521 - Bilag 1: Samlenotat og skriftlig forelæggelse vedr. modernisering af Energichartertraktaten (eu.dk) ([https://www.eu.dk/samling/2022/kommissionsforslag/kom\(2022\)0521/bilag/1/2637980.pdf](https://www.eu.dk/samling/2022/kommissionsforslag/kom(2022)0521/bilag/1/2637980.pdf))), som senest bekræftet ved Forslag til Det Europæiske Atomenergifællesskabs og den Europæiske Unions udtræden af energichartertraktaten, KOM(2023) 446 og KOM(2023) 447, 21. februar 2024 (KEF Almdel Bilag 205 Samlenotat energichartertraktatenpdf (ft.dk) (<https://www.ft.dk/samling/2023/alm-del/KEF/bilag/205/2828459.pdf>)).

mulighed for at yde effektiv beskyttelse på energiområdet bragt traktatens fremtid i fare.

Omvendt mangler de formelle udtrædelsesprocesser for mange af ECT-parterne at blive afsluttet, og solnedgangsklausulen vil under alle omstændigheder sikre beskyttelse af eksisterende investeringer langt ud i fremtiden. Investorer vil derfor fortsat kunne udnytte mulighederne for at kræve kompensation i voldgift ved nationale foranstaltninger, der strider mod investorbeskyttelsen efter ECT.

Klesch-sagen er et eksempel på, hvordan ECT kan bruges til at udfordre midlertidige nødforanstaltninger vedtaget af hensyn til den offentlige interesse. Hvis sagen bliver afgjort til fordel for investor, kan det tilskynde andre investorer i lignende situationer til at benytte sig af ISDS til at forfølge tilsvarende krav.

Ydermere giver udviklingen anledning til at overveje investeringsbeskyttelsen på energiområdet i et post-ECT-scenarie. I Danmark

antages det, at en udtræden af ECT overordnet set kan medføre en forringelse af investorbeskyttelsen for udenlandske investorers investeringer i Danmarks energisektor. Det gælder for investeringer i såvel grøn som fossil energi, da ECT ikke sondrer mellem disse to primære energikilder. Det samme vil være konsekvensen for danske investorer med investeringer i lande, der er eller var ECT-stater. I sådanne lande vil den materielle beskyttelse efter ECT ikke længere kunne påberåbes og håndhæves i voldgiftssager. Investorer vil i så fald skulle agere i tillid til nationale regler eller beskyttelsesstandarder efter en eventuel BIT indgået med Danmark.

Endelig kan udsigterne til at være nødsaget til at få prøvet et statsligt indgreb ved den pågældende stats egne domstole (snarere end for en uafhængig voldgiftsret) give anledning til et særligt fokus på at sikre, at investeringer er struktureret via et selskab, der kan opnå bedst mulig investeringsbeskyttelse, fx under en BIT indgået af Danmark med værtsstaten.