

Energistadge- fördraget och EU:s tillväxt- politik

Abstract

I den här rapporten fokuserar professor Henrik Horn främst på Energistadgefördraget (Energy Charter Treaty, ECT), vilket är det investeringskyddsavtal som förmodligen är av största betydelse för EU ur ett tillväxtperspektiv. Rapporten börjar med en kortfattad allmän introduktion till investeringskyddsavtal, eftersom ECT har samma grundläggande egenskaper som de flesta andra avtal av detta slag. Följer gör en diskussion om ECT sett ur ett ekonomiskt perspektiv. Slutligen ger Horn kortfattat sin syn på hur Sverige och EU bör förhålla sig till ECT, och hur Sverige bör hantera sina andra investeringskyddsavtal.



Henrik Horn

professor i internationell ekonomi,
Institutet för Näringslivsforskning (IFN)



Energistadgefördraget och EU:s tillväxtpolitik

Internationell ekonomisk integration kan främja ekonomisk tillväxt genom en rad mekanismer. Exempelvis kan internationell handel och internationella investeringar stimulera innovation och tillväxt genom att leda till ökad konkurrens, utnyttjande av skalfördelar, större produktbredd, spridning av teknik och annan know-how. Denna policyrapport diskuterar de grundläggande politiska verktygen för att öka internationella investeringar: *internationella investeringsskyddsavtal*, d.v.s. de mellanstatliga fördrag som skyddar utländska investeringar mot offentliga åtgärder i värdländerna.

Investeringskyddsavtal kan lätt uppfattas som en slags handelsavtal fast för investeringar, d.v.s. avtal som syftar till att undanröja administrativt skapade hinder för internationella investeringar. Men i centrala delar är investeringsskyddsavtal av en helt annan karaktär, och som jag ser det väsentligt mer problematiska än handelsavtal.

Rapporten fokuserar främst på *Energistadgefördraget* (Energy Charter Treaty, ECT), vilket är det investeringsskyddsavtal som förmodligen är av största betydelse för EU ur ett tillväxtperspektiv. ECT är uttryckligen tillväxtorienterat; enligt dess ingress önskar de avtalsslutande parterna att "... katalysera den ekonomiska tillväxten genom åtgärder för att liberalisera investeringar och handel med energi...". Sådan liberalisering skulle uppenbarligen kunna vara av stor vikt givet den centrala roll som energin spelar för produktionen. Men ECT är också av vikt för EU:s tillväxtpolitik på grund av EU:s åtagande att kombinera tillväxt med starkt minskade koldioxidutsläpp. Det investeringsskydd som ECT stipulerar kan få implikationer för EU:s och EU:s medlemsländers incitament att infria dessa åtaganden. Dessutom är ECT av särskilt intresse för EU:s länder eftersom det är det överlägset mest åberopade investeringsskyddsavtalet i tvister mot dessa.

Nedan ges först en kortfattad allmän introduktion till investeringsskyddsavtal, eftersom ECT har samma grundläggande egenskaper som de flesta andra avtal av detta slag. Rapporten diskuterar sedan ECT sett ur ett ekonomiskt perspektiv. Slutligen ger jag kortfattat min syn på hur Sverige och EU bör förhålla sig till ECT, och hur Sverige bör hantera sina andra investeringsskyddsavtal.

Investeringskyddsavtal generellt

De första investeringsskyddsavtalen tillkom kring 1960, men merparten har ingåtts efter 1990. Syftet med avtalen var till en början att skydda investeringar från utvecklade länder till utvecklingsländer, under en tid då exproprieringar var vanliga i utvecklingsländerna.¹ Men dessa slags avtal är numera också vanliga mellan industriländer – till exempel inkluderar många större regionala handelsavtal investeringsskydd – och mellan utvecklingsländer. Totalt är omkring 2 300 bilaterala investeringsavtal och 300 andra avtal med investeringsskydd i kraft globalt. EU har nära 50 internationella investeringsskyddsavtal som binder EU:s medlemsstater,

1 Se t.ex. UNCTAD (2015).

inklusive ECT.² EU:s medlemsstater har cirka 1 100 bilaterala avtal med tredjeländer i kraft. Sverige har ett drygt 50-tal egna bilaterala avtal i kraft och är också medlem av ECT.

Något om avtalens innehåll

De investeringsskyddsavtal som ingåtts fram till de senaste åren – "traditionella" avtal nedan – är anmärkningsvärt lika. De består ofta endast av fem till tio sidor och centrala begrepp i avtalen saknar närmare precisering. Några av de huvudsakliga komponenterna är följande:

- I stort sett alla avtal kräver kompensation vid *expropriering*, både vid *direkt* expropriering, där ett värdland beslagtar en investerares tillgångar och vid *indirekt* expropriering, där en åtgärd av värdlandet har i stort sett samma effekt för investeraren som vid direkt expropriering, men där det inte sker ett direkt övertagande av tillgångar.
- Avtalen kräver nästan alltid *rättvis och skälig behandling* av utländska direktinvesteringar och ofta även portföljinvesteringar. Denna amorfa bestämmelse är den vanligaste rättsliga grunden för tvister. Avtalen inkluderar också en rad andra väsentliga åtaganden, såsom *fullt skydd och säkerhet* för investerare och rättigheter för investerare att *fritt överföra medel* från värdlandet.
- Avtalen inkluderar oftast icke-diskrimineringsregler. De kan då kräva *mest-gynnad-nation*-behandling, d.v.s. att investeringar mellan avtalsslutande parter inte behandlas mindre gynnsamt än investeringar från tredje land. Avtalen kräver också ofta *nationell behandling*, d.v.s. att investeringar från kontrakterande parter inte behandlas mindre gynnsamt än inhemska investeringar.
- Den absoluta merparten av avtalen tillåter *investerare att föra tvister mot värdländer* (Investor-State Dispute Settlement, ISDS), till skillnad från t.ex. handelsavtal, som inte ger exportörer eller importörer talerätt om avtalens efterlevnad. Tvister avgörs normalt av tillfälligt sammansatta paneler bestående av tre personer. Panelbeslut kan endast överklagas på formella grunder.
- Avtalen stipulerar normalt den tidsperiod, vanligtvis 10-20 år, under vilken skyddet *fortsätter att gälla för befintliga investeringar* om en part unilateralt säger upp avtalet.

En viktig aspekt av investeringsskyddsregimen är att avtalen stöds av ett antal internationella konventioner, till vilka flertalet av världens länder är anslutna. Dessa innebär bl.a. att länderna *automatiskt ska erkänna* och *hjälpa till att verkställa* panelbeslut. Avtalen vilar därmed på mycket kraftfulla mekanismer för genomdrivandet av panelbeslut, mycket starkare än de för t.ex. handelsavtal.

Ur ett mer principiellt perspektiv kan vissa av åtagandena betraktas som ett direkt sätt att *underlätta marknadstillträdet*. Exempelvis föreskrivs i vissa avtal att nationell behandling krävs redan före investeringar är gjorda. Men det vanligaste är att skyddet som bestämmelserna stipulerar gäller först *efter* att investeringarna är gjorda. Båda typerna av åtaganden kan i princip främja investeringar.

² Se <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

Kritiken

De flesta investeringsskyddsavtalen ingicks utan mycket politisk diskussion. Men på senare år har avtalen blivit hårt kritiserade i den politiska debatten. Många internationellt välrenommerade akademiker inom juridik, och i viss mån inom statsvetenskap och ekonomi, har också ifrågasatt avtalens önskvärdhet, särskilt vad gäller de traditionellt utformade avtalen.³

Ett huvudargument i kritiken är att avtalen orsakar ”regleringskyla” (från engelskans ”regulatory chill”), d.v.s. att de får värdländerna att avstå från politiska åtgärder som kritikerna anser önskvärda. Detta orsakas främst av två generella egenskaper hos traditionella avtal: *avsaknaden av undantagsregler för legitima offentliga åtgärder* som påverkar investeringarna negativt, och den *vaga utformningen* av vissa centrala åtaganden, vilken gör det möjligt för paneler att göra långtgående tolkningar av avtalskraven.

Den mycket vanliga klausulen ”rättvis och skälig behandling” kan illustrera denna vaghet. I traditionella avtal finns normalt ingen förklaring till vad som är avse med dessa vaga begrepp. Det gjorde det möjligt för skiljedomstolen i tvisten *Tecmed vs. US* att tolka bestämmelsen på följande sätt (i min översättning och med tillagd kursivering):⁴

Den utländske investeraren förväntar sig att värdlandet agerar på ett konsekvent sätt, utan oklarhet och fullständigt transparent i relationen med investeraren, så att investeraren *på förhand känner till alla regler och regleringar* som kommer påverka dennes investeringar, såväl som *syftena* med den relevanta politiken och administrativa rutiner eller direktiv.

Med tanke på hur långsiktiga investeringar kan vara lägger denna tolkning uppenbarligen mycket starka restriktioner på politiskt och administrativt beslutsfattande. Trots detta anammades resonemanget av efterföljande skiljedomstolar. Senare skiljedomstolar har dock tenderat att göra mindre långtgående tolkningar. Exemplet visar dock det tolkningsutrymme som de vagt formulerade åtagandena ger till skiljedomstolarna.

En annan kritik mot avtalen är att de *inte genererar särskilt mycket investeringar*. Detta stöds indirekt av den empiriska litteraturen, som sällan finner betydande positiva effekter av avtalen, särskilt inte vad gäller investeringar i utvecklade ekonomier.⁵ Ett vanligt påstående är att investerare inte ens är medvetna om förekomsten av avtalen när de investerar. Det är först i efterhand, när de gjort förluster p.g.a. offentliga ingripanden, som de ibland upptäcker existensen av avtalen och då kanske utnyttjar dessa för att driva tvister mot värdländerna.

En relaterad vanlig kritik är att avtalen utnyttjas av investerare från länder som inte är täckta av avtalen, genom att de etablerar brevlådeföretag i länder med avtal — s.k. *forum shopping*. Det innebär att dessa investerare kan åtnjuta skyddet från avtalen utan att deras hemländer ger motsvarande skydd.

3 För kritik ur ett ekonomiskt perspektiv, se Stiglitz (2008). Se Horn och Norbäck (2019a) för ytterligare referenser.

4 *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. vs. The United States*, Case N. ARB (AF)/002, International Centre for Settlement of Investment Disputes, May 29, 2003.

5 Litteraturen brottas dock med en rad konceptuella problem. Se litteraturöversikten i Horn och Norbäck (2019a).

En ytterligare kritik är att avtalen *diskriminerar* eftersom de bara skyddar investeringar mellan partnerländerna. Detta innebär att investeringar från länder som inte är täckta av avtal kan trängas ut av avtalen.

Intensiv kritik har också riktats mot många aspekter av *tvistlösningsmekanismerna*, som exempelvis:

- det finns *mycket begränsade möjligheter att överklaga* skiljedomar;
- på grund av reglerna om konfidentialitet kan länder vara inblandade i kostsamma rättsliga processer och tvingas göra kompensationsbetalningar, utan allmänhetens vetskap;
- två av tre personer i skiljedomstolarna är valda av parterna och agerar i praktiken som partsrepresentanter, *vilket äventyrar panelernas opartiskhet*; och
- bristande *konsekvens i rättspraxis* skapar osäkerhet om vilka skyldigheter avtalen faktiskt ålägger.

Mycket som en reaktion på denna kritik har det under de senaste åren uppstått en trend bland framför allt industriländer att utforma nya avtal så att de innebär mindre strikta åtaganden för värdländer. Detta sker delvis genom att begränsa de materiella åtagandena, bland annat genom att lägga till undantagsregler för legitima offentliga åtgärder. Tvistlösningsmekanismerna genomgår också stora förändringar, både när det gäller utformningen och begränsningar av användningen av ISDS. Exempelvis krävs att investerare först måste utnyttja inhemska domstolar, att en viss tid måste gå från att en tvist initieras till att skiljedomstol bildas, samt en ökad transparens. Man introducerar även striktare definitioner av vilka investerare och investeringar som täcks av avtalet.

Energistadgefördraget

ECT är ett kombinerat handels- och investeringsskyddsavtal för energisektorn.⁶ Det utvecklades under 1990-talet, i hög grad under EU:s ledning. Ett viktigt syfte för EU var att underlätta tidigare socialistiska länders övergång till marknadsekonomier och till att bli medlemmar i GATT och dess efterföljare Världshandelsorganisationen (WTO). EU hade också ett intresse av att säkra tillgången till billiga och närbelägna energikällor. ECT tillämpas för närvarande av 52 medlemmar, inklusive alla EU:s medlemsstater utom Italien (som har utträtt), EU självt och länderna i tabell 1.

Denna rapport fokuserar på investeringsskyddsdelen av ECT, vilken är av ovan beskriven traditionell typ, men med viss anpassning till energi. Det är det avtal som oftast åberopas i tvister, med för närvarande 145 pågående eller avslutade kända tvister hittills, varav 80 procent inledda under det senaste decenniet.

ECT har i hög grad blivit en EU-angelägenhet, men på annat sätt än avsett. Omkring 80 procent av ECT-tvisterna under det senaste decenniet har riktat sig mot ett EU-land, och 90 procent av dessa tvister har endast haft EU-investerare som klagande. Avtalet har alltså främst kommit *att utnyttjas av EU-investerare för att föra tvister mot EU-länder*. ECT har därmed genomgått "mission creep" ur ett EU-perspektiv. Det finns nu en uttalad allmän misstro mot avtalet, särskilt eftersom det ses som ett hinder för

⁶ Se Horn (2021) för en mer omfattande beskrivning och analys av ECT.

övergången till en grön ekonomi genom att det skyddar utländska investeringar i fossil energi (se nedan).⁷

TIDIGARE SOVJET-REPUBLICER	TIDIGARE SOCIALISTISKA STATER	OECD+	ÖVRIGA
Azerbajdzjan	Albanien	Island	Afghanistan
Armenien	Bosnien	Japan	Jemen
Vitryssland	Montenegro	Liechtenstein	Jordanien
Georgien	Mongoliet	Storbritannien	
Kazakstan	N. Makedonien	Schweiz	
Kirgizistan		Turkiet	
Moldavien			
Tadzjikistan			
Turkmenistan			
Ukraina			
Uzbekistan			

Tabell 1: Länder utanför EU som tillämpar ECT

EU-kommissionen har stridit för att ECT inte ska anses vara tillämpligt mellan EU:s medlemsländer, eftersom det hävdas strida mot EU:s lagstiftning, och man fick nyligen stöd av Europadomstolen i detta.⁸ Men när tvister avgörs utanför EU ser skiljedomstolarna vanligtvis sig själva som obundna av EU-rätt. De kan därför även i framtida tvister finna att ECT är tillämpligt mellan EU:s medlemsländer.

Ekonomiska för- och nackdelar med ECT

ECT är ömsesidigt, som alla investeringsskyddsavtal, och skyddar därför både investeringar från EU i ECT-länder utanför EU, och investeringar från dessa länder i EU. De ekonomiska effekterna för EU av de två skydden skiljer sig fundamentalt.

Skyddet för EU-investeringar i övriga ECT-länder

Den ekonomiska litteraturen om investeringsskyddsavtalens drivkrafter och konsekvenser är mycket liten. Men det finns en begynnande forskningslitteratur sedan några år tillbaka.⁹ Den grundläggande modellen i denna litteratur tycks vara väl tillämplig vad gäller det skydd ECT ger för EU-investeringar i ECT-länder utanför EU. Modellen bygger främst på tre antaganden:

- *Investeringarna är irreversibla*, d.v.s. investerare kan inte dra sig ur investeringar när de väl är gjorda utan att förlora nedlagda resurser.

⁷ Två nyligen tillkomna tvister mellan tyska energiinvesterare och Nederländerna har blivit mycket uppmärksammade och ses som exempel på hur ECT används mot regeringar som bedriver klimatpolitik. Investeringarna i fråga gjordes till kostnad av cirka €4,2 miljarder.

⁸ Årende C-741/19, Moldavien mot. Komstroy LLC.

⁹ Se Horn och Tangerås (2021) för en formell analys, och Horn och Norbäck (2019b) för en mindre teknisk introduktion.

- Världländer tar *endast nationell hänsyn* vid beslut om offentliga åtgärder. De negligerar därför konsekvenserna av sina beslut för lönsamheten för de utländska investeringarna. Detta leder i sin tur till för långtgående offentliga åtgärder från världsländerna sett till ländernas aggregerade intressen.
- Världländers unilaterala åtaganden om investeringskydd är *inte trovärdiga*.

Dessa antaganden medför sammantagna att incitamenten att investera i dessa länder blir mycket svaga. Det ekonomiska *syftet* med ett investeringskyddsavtal är att minska denna benägenhet hos världländer att vidta åtgärder med negativ påverkan på investeringarna.

Ovan skisserade ansats tycks vara direkt tillämplig på det skydd som ECT ger investerare från EU i ECT-länder utanför EU:

- Många av dessa länder saknar trovärdiga inhemska investeringskydd p.g.a. bristande inhemska legala system.
- Energiinvesteringar är ofta irreversibla i hög grad; det går exempelvis normalt inte att få tillbaka annat än en liten del av nedlagda kostnader i fabriksbyggnad genom att demontera den.
- Energiinvesteringar är dessutom också ofta mycket långsiktiga. Under investeringens livslängd kan därför världlandet komma att fatta beslut som drastiskt försämrar avkastningen på nedlagda investeringar, utan att man kan dra sig ur investeringen; ett exempel på detta är besluten om utfasning av fossila bränslen som tagits på senare år i ljuset av ökad medvetenhet om klimatproblemet.

ECT kan i princip erbjuda en väg ur detta dilemma genom de ovan nämnda kraftfulla efterlevnadsmekanismer som avtalet bygger på, vilka ger en trovärdighet för de åtaganden om kompensation och annat som avtalet specificerar. Detta talar för att ECT har en positiv effekt för EU genom att det *ökar vinsterna, och kanske även investeringarna, för investerare från EU*.

Men med tanke på dessa länders ekonomiska profiler, är det dock troligt att de investeringar som på detta sätt skyddas kommer att koncentreras till fossila bränslen. Att det varit så hittills illustreras av att endast en av de 33 tvisterna mot länder utanför EU som EU-investerare hittills har varit inblandade i, har rört förnybar energi.¹⁰ *Det kan strida mot EU:s klimatpolitiska ambitioner att stimulera dessa slags investeringar*, vilket i så fall bör minska värdet för EU-länderna av det skydd som ECT kan ge EU-investeringar i dessa länder.

Bilden kompliceras ytterligare av den ryska invasionen av Ukraina som har medfört att tillgången till fossila bränslen i ECT-länder utanför EU har fått ett särskilt säkerhetspolitiskt värde. Detta innebär dock inte med nödvändighet att ECT har ökat i värde. Detta följer endast om ECT innebär en "regleringskylla" i dessa länder, d.v.s. att avtalet får dem att avstå från ingripanden som minskar fysiska leveranser till EU. Att dessa länder betalar kompensation till EU-investerare vid exempelvis expropriation förbättrar inte EU-ländernas tillgång till dessa bränslen.

¹⁰ Baserat på textsökningar efter "renewable", "wind", "solar" och "photovoltaic" i sammanfattningar av vad tvister handlar om.

Skyddet i EU för investeringar från övriga ECT-länder

ECT är reciprokt, och skyddar därför även investeringar i EU från övriga ECT-länder. En central fråga här är om ECT-skyddet *överstiger* vad investerare från övriga ECT-länder ändå skulle ha i EU genom t.ex. EU-länders nationella lagstiftningar och genom EU-rätt. Det är av flera skäl svårt att svara på detta på ett systematiskt vis. Ett skäl är att avtalets vaga formuleringar ger skiljedomstolar stor frihet att välja hur det ska tolkas och det är svårt att förutse hur detta kommer att ske.¹¹

Ett annat fundamentalt problem är att en sådan utvärdering skulle kräva att man konstruerar en mängd möjliga scenarier vad gäller tvister och bedömer vilka alternativa möjligheter som investerare skulle ha. Det förefaller dock uppenbart att ECT erbjuder mer skydd i EU än vad investerare annars skulle ha tillgång till. Det erbjuder till exempel valet mellan att väcka tvister genom vanliga nationella rättssystem och EU-rättssystem, och att gå utanför dessa system, vilket i sig bör vara en fördel för investerare. Att fler än 90 ECT-tvister har riktats mot EU-länder talar också starkt för att investerare i hög grad anser att det finns fördelar med att utnyttja avtalet.

Man kan då skilja mellan två slags effekter av det högre skyddet som ECT ger inom EU. Den första är att skyddet kan inducera *mer investeringar från länder utanför EU*. Med tanke på dessa länders mycket begränsade kapacitet att investera i EU verkar det dock inte troligt att ECT kommer att ha någon påtaglig sådan effekt. Den andra konsekvensen är att ECT-skyddet på EU-marknaden ger upphov till ett flertal typer av *kostnader* för EU:s länder:

Kompensationsbetalningar/"regleringskyla": I Sverige och i EU skyddar ett stort antal lagar och förordningar investeringar oavsett ursprung. Omfattningen av detta skydd återspeglar en avvägning mellan olika samhällsintressen. Att investeringar från ECT-länderna utanför EU ges högre skydd medför därför *kostnader* för EU-länderna. Dessa kostnader kan ta sig åtminstone två olika former:

- EU-länder kan behöva *kompensera* utländska investerare för offentliga åtgärder som reducerar dessas vinster i situationer där man utan ECT inte hade betalat kompensation.
- För att undvika att behöva kompensera kan EU-länder *avstå från offentliga åtgärder som de utan ECT hade genomfört* – d.v.s. "regleringskyla".

Uträngning av andra investeringar: ECT-skyddet är *diskriminerande*; det gäller inte för t.ex. svenska, norska eller amerikanska investeringar i Sverige och förmodligen inte heller för investeringar från övriga EU-länder (beroende på hur framtida skiljedomstolar ser på ECT:s tillämplighet mellan EU-länder). Detta innebär att i den mån ECT verkligen genererar något inflöde av investeringar, så kan detta ske på bekostnad av investeringar från länder som inte är täckta av avtalet. Det gör att värdet av en investeringsökning är oklart.

Till exempel, om dessa nya investeringar från de övriga ECT-länderna bara

¹¹ Ipp, Magnusson och Kjellgren (2022) analyserar merparten av de kända domsluten i ECT-tvister fram till augusti 2021, för att bedöma avtalets påverkan på den kommande klimatanpassningen av produktionen. De finner att klimataspekter inte har närmare analyserats i någon av dessa tvister och att det av ett antal skäl (inklusive avtalets vaga skrivningar) är osäkert hur klimatmotiverade åtgärder kan komma att bedömas av framtida skiljedomstolar.

ersätter samma slags investeringar från andra länder sker det ingen nettoökning av investeringarna och ECT ger i detta avseende ingen fördel för EU-länderna. Om de investeringar som ECT genererar dessutom ersätter andra utländska direktinvesteringar med starkare positiva externa effekter inom EU, då kan den ECT-inducerade ökningen av investeringarna till och med vara skadlig.¹²

Kostsamma rättsliga tvister: ECT kan ha en ytterligare kostnad genom att EU-länderna kan hamna i rättsliga tvister. Exempelvis avsatte den svenska regeringen 25 miljoner kronor för legala kostnader för tvisten med Huawei i vårbudgeten 2021, som förs under det bilaterala avtalet med Kina. Kostnaderna för tvister delas normalt på något sätt, oavsett utgången av tvister. Parterna täcker till exempel sina egna rättegångskostnader i nästan hälften av de tvistemål för vilka information finns tillgänglig. Vissa EU-länder har redan ådragit sig avsevärda kostnader på grund av ECT.

De ovan nämnda kostnaderna för ECT kommer sannolikt att öka avsevärt om EU:s uttalade ambition att bedriva mycket mer ambitiös klimatpolitik genomförs:

(1) Övergången till en klimatneutral ekonomi kommer att kräva *betydande utfasning av klimatmässigt strandade produktionsenheter*. ECT kommer sannolikt att fördyra utfasningen av dessa tillgångar, eftersom ägare av sådana tillgångar förmodligen kommer att driva tvister mot EU-länderna, eller mot EU, för att få ersättning. Detta kan delvis vara ägare från ECT-länder utanför EU, vilka ju formellt täcks av avtalet. Men att döma av erfarenheterna hittills kommer det framför allt att vara ägare från EU som utnyttjar avtalet för sådana tvister.

(2) Det kommer att krävas mycket stora nya privata investeringar i energisektorn för att uppnå klimatmålen. För att stimulera dessa behövs stödsystem. Men som alltid vid drastiska politiska förändringar kommer misstag att göras i utformningen av dessa incitamentsprogram. Vidare kan underliggande omständigheter förändras: det kan komma ny information om klimatproblemet, länder kan hamna i statsfinansiella svårigheter, osv. Klimatambitiösa EU-länder kan därför bli tvungna att *ändra sina åtgärder*, vilket kommer att skapa utrymme för ECT-tvister. Detsamma gäller EU:s klimatpolitik, eftersom EU också är medlem i ECT. Den senaste tidens erfarenheter visar hur relevant denna oro är. 75 procent av investeringstvisterna mot EU-länderna har inneburit att stödsystem för förnybar energi *har dragits tillbaka*. Spanien har till exempel ställts inför ett 50-tal tvister av detta slag, och Italien fler än tio.

Det faktum att dessa tvister rör investeringar i förnybar energi påstås ibland bevisa ECT:s klimatvänlighet. Det tycks emellertid inte finnas något fall där ett förlorande land har återinfört stödsystem. Länderna har i stället typiskt valt att betala kompensation till investerare. Det är möjligt att ECT har haft en positiv klimatpåverkan genom att avskräcka andra länder från att avveckla sitt stöd till förnybar energi. Det verkar dock mer troligt att dessa tvister har *gjort andra regeringarna mer försiktiga med att införa stödsystem*.

¹² Jurister, framför allt, hävdar ibland att investeringsskyddsavtal också gynnar värdländerna genom att främja "good governance". Detta kan möjligen vara relevant för vissa utvecklingsländer. Men det finns inget skäl att tro att skiljedomstolar skulle ha kompetens att göra sådana bedömningar vad gäller flertalet EU-länder.

Nettoeffekten

Resonemanget ovan tyder på att ECT i sin nuvarande form:

- ger viss nytta genom skyddet av EU-investeringar i övriga ECT-länder, vilket bidrar till högre vinster för EU:s investerare och eventuellt också till säkerhetspolitiska vinster, men vilket kommer att ha negativa klimateffekter,
- genererar ett mycket begränsat inflöde av utländska direktinvesteringar till EU och i den mån så sker, eventuellt snedvrider investeringsmönstren, och
- kan medföra kostnader för EU-länderna i form av kompensationsbetalningar, "regleringskyla" och tvistlösning.

Att det uppstår kostnader för investeringsskyddet inom EU är i sig inget tecken på att ECT är bristfälligt utformat. Utan sådana kostnader skulle inte avtalet ge något tillkommande skydd för investeringar från övriga ECT-länder. Men mekanismen i stort sett alla kontrakt och avtal är att förmå parterna att inte vidta vissa åtgärder som man utan avtal skulle välja att genomföra. Utan sådan påverkan är avtalen meningslösa. Den centrala frågan är i stället: *uppvägs dessa kostnader av vinsterna av avtalet?*

Det är mycket svårt att på ett trovärdigt sätt kvantifiera nettoeffekten av de ovannämnda effekterna, och det tycks inte heller finnas några sådana studier. Man måste därför i stället förlita sig på sin intuition, som så ofta för ekonomiska beslut. Min åsikt är att de vinster som ECT i sin nuvarande utformning ger för EU-investerare i övriga ECT-länder, inte tillnärmelsevis motiverar:

- ett diskriminerande skydd för investeringar i EU,
- som används främst av EU-företag för kostsamma tvister mot EU-länder,
- och som sannolikt kommer att försvåra utfasningen av fossil energi.

Jag anser att bevisbördan faller tungt på den som hävdar att detta skydd är önskvärt.

ECT måste revideras

Det pågår sedan ett par år tillbaka omförhandlingar av ECT-avtalet, i hög grad drivna av EU. Vad vore ett önskvärt utfall av detta?

En nyckel för att neutralisera de negativa effekterna av ECT vore att omförhandla avtalet så att det *inte ger mer skydd för inkommande investeringar än vad som erbjuds investerare i allmänhet i EU*, oavsett nationalitet eller industriell sektor. Detta skulle i princip helt ta bort kostnaderna för EU-länderna för skyddet av inkommande investeringar. Om övriga ECT-länder önskar ha ett högre skydd i sina respektive länder för att locka till sig investeringar så skulle det stå dem fritt att binda sig till detta på ett trovärdigt sätt genom ECT. Men detta skulle innebära att avtalet inte längre blir reciprokt, vilket nog vore närmast unikt.

Givet att avtalet även fortsättningsvis är reciprokt, skulle ovannämnda förslag innebära att *EU-investeringar i övriga ECT-länder ges samma investeringsskydd som de har inom EU*. Detta är fortfarande ett starkare skydd än vad de skulle ha utan ECT. Detta skulle åtminstone i teorin säkerställa att ECT är till nytta för EU-länderna, eftersom det skulle neutralisera den negativa effekten av skyddet på EU-marknaden, samtidigt som

vissa vinster från skyddet kvarstår i länder utanför EU.

Det vore en grannliga uppgift att utforma ECT så att detta uppnås i praktiken. Men det är uppenbart i vilken riktning ett antal aspekter av ECT måste förändras. Exempelvis:

Begränsa räckvidden för materiella åtaganden

ECT bör följa trenden mot att minska omfattningen av de materiella åtagandena. Detta görs i andra avtal exempelvis genom *definitioner av grundläggande begrepp*, såsom "rättvis och rättvis behandling" och "indirekt expropriering", och genom specificering av offentliga åtgärder som kan falla under avtalets förbud. Avtalens räckvidd begränsas också av att man inför *undantagsklausuler för rimliga offentliga åtgärder*, särskilt avseende miljö och klimat.

Minska kompensationsbeloppen

Den huvudsakliga principen för att bestämma kompensationsbelopp i tvister är att de ska motsvara vad investeringarna hade gett för avkastning om de illegala åtgärderna inte hade vidtagits. Detta härrör från den väletablerade principen i internationell rätt att investerare ska kompenseras fullt ut för sina förluster. Principen har också en ekonomisk logik genom att den indirekt gör att värdländer tvingas ta hänsyn till de kostnader som investerarna åsamkas.

Men principen har en svaghet när den används i tvister som gäller klimatmotiverade åtgärder, eftersom den bortser från att länder har för svaga incitament att vidta klimatfrämjande åtgärder. Dessa åtgärder skapar ju fördelar för andra länder som också tar skada av klimatförändringarna, vilket inte reglerande länder tar hänsyn till. Klimatåtgärder ger alltså vinster för investerarens hemländer som motverkar kostnaderna av att investerarna drabbats av uteblivna vinster p.g.a. åtgärderna. Kompensationsbeloppen bör därför vara lägre vid klimatfrämjande åtgärder.

En möjlighet skulle kunna vara att basera kompensationen på *nerlagda investeringskostnader* snarare än uteblivna vinster, vilket skiljedomstolar ibland redan gör. Eftersom investeringskostnaderna vanligtvis är mindre än de uteblivna vinsterna (för att investeringar ska vara lönsamma) bör denna kompensationsregel öka incitamenten för värdländerna att föra klimatpolitik i förhållande till ersättningen baserad på uteblivna rörelseresultat. Detta skulle förmodligen också göra att kompensationsbetalningar framstår som mer acceptabla i allmänhetens ögon.

Förhindra att ECT används för "treaty shopping"

Ett grundläggande problem med ECT är att det i så hög grad utnyttjas för "treaty shopping". Till exempel är 24 av 25 företag som har drivit ECT-tvister under täckmantel av att vara nederländska investerare, de facto utländska brevlådeföretag. Ett annat exempel är den tvist som Gazprom-ägda Nord Stream 2 driver mot EU. Företaget är inkorporerat i Schweiz, som är medlem i ECT. Därför kan ett i huvudsak ryskägt företag använda ECT utan att Ryssland (som inte är ECT-medlem) har gjort några åtaganden om att skydda investeringar från EU. Möjlighet till "treaty shopping" måste minskas radikalt för att minska det framtida trycket på EU-länderna.

Begränsa uppsägningsklausulerna

Jag anser att det vore bättre för EU:s länder att ECT upphörde existera, jämfört med att ha det existerande avtalet. Skydd för särskilt angelägna investeringar bör lösas genom någon form av kontrakt med väl specificerade åtaganden, inte genom vagt formulerade generella avtal. Detta innebär dock inte att ECT bara bör sägas upp.

ECT stipulerar ett 20-årigt fortsatt skydd för existerande investeringar i länder som unilateralt säger upp avtalet. Detta innebär att om EU:s och EU:s medlemsstater ensidigt skulle dra sig ur ECT skulle befintliga investeringar i exempelvis fossila bränslen skyddas av avtalet i ytterligare 20 år. Det är inte ens säkert att ECT:s medlemsländer gemensamt kan avsluta avtalet med omedelbar verkan. Vissa hävdar att medlemsländerna gemensamt kan besluta vad de vill, inklusive att säga upp avtalet med omedelbar verkan. Det tycks ha varit de flesta EU-länders åsikt när de avslutade sina bilaterala investeringsavtal inom EU. Detta verkar också rimligt ur ett ekonomiskt perspektiv. Men vissa andra hävdar att ECT har skapat rättigheter för investerare som dessa inte kan berövas.

Oavsett vilken syn som är korrekt juridiskt, så tycks 20 års skydd vid unilateral uppsägning vara för lång tid när det gäller en sektor som är stadd i så snabb omvandling politiskt och tekniskt.

Ändra tvistlösningssystemet

Tvistlösningssystemet i ECT lider av samma allvarliga problem som motsvarande mekanismer i de flesta andra investeringsavtal (av vilka några nämndes ovan). Det borde vara högt prioriterat att åtgärda dessa problem. Den av EU föreslagna fasta multilaterala tvistlösningssystemet, med två instanser, förefaller vara ett steg i rätt riktning.

En kommentar om Sveriges övriga avtal

Många av problemen med ECT gäller investeringsavtal mer generellt. Sverige har som nämnts ett drygt 50-tal avtal i kraft (se Norbäck och Horn, 2019, för en analys av dessa avtal). De skyddar inte bara energirelaterade investeringar, utan investeringar generellt och de är alla av traditionell typ med alla de svagheter detta innebär.

Sverige ger genom sina investeringsavtal investerare från exempelvis Kina, Ryssland, Sydkorea och Turkiet ett högre skydd än vad som ges till svenska investerare, investerare från övriga EU-länder eller USA. De svenska bilaterala avtalen har hittills varit mycket lite uppmärksammade i debatten (och förmodligen även av svenska investerare). Detta kan dock komma att ändras av den pågående tvisten mellan Huawei och Sverige om utestängningen av Huawei från auktionen om 5G-licenser, vilket är den första kända tvisten under dessa avtal. Huawei hävdar att utestängningen orsakat företaget en förlust om minst 5.2 miljarder kronor för de första fem åren av de 25 år som licenserna gäller för och att de totala förlusterna är avsevärt större. Huruvida Huawei kommer att övertyga en skiljedomstol återstår dock att se.

Ett flertal länder har på senare år börjat modernisera sina investeringsavtalsregimer, bl.a. genom att utveckla nya s.k. modellavtal. Detta har gjorts av Belgien-Luxemburg,

Italien, Kanada, Nederländerna, Norge, Slovakien och Tjeckien, bland många andra länder. Och de avtal som EU tecknat på senare år är väsensskilda från de svenska avtalen. Exempelvis införs en rad undantagsregler för offentliga åtgärder för miljö och hälsa. Det tycks dock inte pågå någon motsvarande process vad gäller de svenska avtalen. Sverige tycks i stället i mycket ha agerat som en bromskloss i reformarbetet inom EU.

Det är hög tid att de svenska investeringsskyddsavtalens förväntade framtida ekonomiska effekter utreds och detta måste ske i närtid. Jag är övertygad om att slutsatsen blir att avtalen behöver grundligt revideras. Tvisten med Huawei är säkerligen inte den sista tvisten som Sverige kommer att dras in i om inte dessa avtal förändras radikalt. Det behöver även ske förändringar vad gäller det administrativa ansvaret för avtalen. De måste förvaltas av en myndighet med ekonomisk kompetens och ett aktivt intresse av att de moderniseras, inte av UD.

Referenser

Horn, Henrik (2021). Energistadgefördragets nytta för EU. Ekonomiska konsekvenser mot bakgrund av EU:s ambitioner i klimatpolitiken. *Sieps* 2021:5.

Horn, Henrik och Pehr-Johan Norbäck (2019a). International Investment Agreements: Efficient Means of Promoting Swedish Growth? *PM* 2019:09, Tillväxtanalys.

Horn, Henrik och Pehr-Johan Norbäck (2019b). Economic Aspects of International Investment Agreements. *American Review of International Arbitration*, Vol. 30, No.1, 11-34.

Horn, Henrik och Thomas Tangerås (2021). Economics of International Investment Agreements. *Journal of International Economics*.

Ipp, Anja, Annette Magnusson och Andrina Kjellgren (2022). The Energy Charter Treaty, Climate Change and Clean Energy Transition: A Study of the Jurisprudence. *Climate Change Counsel*.

Stiglitz, J. (2008). Regulating multinational corporations: Towards principles of cross-border legal frameworks in a globalized world balancing rights with responsibilities. 2007 Grotius Lecture. *American University International Law Review* 23, 451-558.

UNCTAD (2015). World Investment Report. United Nations publication, Geneva.

Den gröna och liberala tankesmedjan

Om Fores

På den gröna och liberala tankesmedjan Fores arbetar vi varje dag för att söka de lösningar och reformer som Sverige behöver, för att försvara den liberala demokratin så som vi känner den. Vi står med den ena foten i akademien och forskningen och med den andra i samhällsdebatten.

Genom våra temagrupper Tillväxt, Trygghet och Tillit söker vi forskningsbaserade, framtidsoptimistiska reformförslag. Vi publicerar studier, böcker och rapporter samt arrangerar och medverkar i seminarier, samtal, debatter och projekt. Fores är hubben för den liberala demokratis vänner och driver därför bland annat Foresakademien och Reformpuben för nätverkande och idéutveckling.

Besök gärna fores.se för mer information.

Redaktör:

Anna Willman, klimatpolitisk expert på Fores

Layout:

David Redebo, Fores

fores.se

Fores
Grev Turegatan 46, 114 38 Stockholm
info@fores.se