

Energistadgefördragets nytta för EU

Ekonomiska konsekvenser mot bakgrund
av EU:s ambitioner i klimatpolitiken



Henrik Horn

Henrik Horn

Energistadgefördragets nytta för EU

Ekonomiska konsekvenser mot bakgrund av EU:s ambitioner i klimatpolitiken

– Sieps 2021:5 –

Rapport nr. 5
December 2021

Utges av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten finns tillgänglig på www.sieps.se
Författaren svarar själv för innehåll och slutsatser i rapporten.

Omslag: LuxLucid
Tryck: EO Grafiska AB

Stockholm, december 2021

ISSN 1651-8942
ISBN 978-91-86107-99-4

Förord

En kontroversiell fråga i EU-samarbetet under senare år har varit investeringsskydden för utlandsinvesteringar, inte minst i samband med förhandlingarna om ett nytt handelsavtal (det så kallade TTIP) mellan EU och USA. Det dominerande avtalet vad gäller investeringstvister som involverar EU-medlemmar är emellertid det så kallade Energistadgefördraget (eng. Energy Charter Treaty). Fördraget har varit verksamt inom energisektorn sedan slutet av 1990-talet och har mer än 50 medlemmar. Bland dessa finns såväl EU som alla EU-länder utom Italien. Fördraget motiverades av både politiska och ekonomiska skäl efter Sovjetunionens upplösning och ska skydda investeringar mot offentliga åtgärder i de deltagande medlemmarna.

Avtalets framtida roll inom EU är dock osäker, inte minst då det håller på att omförhandlas samt att Europeiska kommissionen arbetar för att det fortsättningsvis inte ska gälla mellan EU:s medlemsstater. I den här rapporten diskuterar Henrik Horn, professor i internationell ekonomi, ekonomiska aspekter av investeringsskyddet i Energistadgefördraget sett ur ett EU-perspektiv. Författaren menar att medlemskap i Energistadgefördraget inte erbjuder några klara ekonomiska fördelar, då det bland annat inte attraherar många direktinvesteringar i EU, men drar samtidigt slutsatsen att det finns andra skäl att behålla fördraget. Detta gäller inte minst om det leder till att skyddet för existerande fossilbaserade anläggningar kan fasas ut utan omfattande kompensationsbetalningar.

Det är med denna rapport om Energistadgefördraget och dess roll för EU Sieps förhoppning att stimulera till diskussion om hur såväl Sverige som unionen ska förhålla sig till ett framtida, omförhandlat fördrag inom energisektorn.

Göran von Sydow
Direktör

Om författaren

Henrik Horn, professor i internationell ekonomi, är verksam vid Institutet för Näringslivsforskning (IFN). Han forskar i skärningsområdet mellan ekonomi och juridik, särskilt om internationella avtal om handel, miljö och investeringar. Websida: <https://www.ifn.se/henrikh/>

Tack

Ett stort tack till Harry Flam och till två anonyma expertgranskare för en stor mängd mycket användbara kommentarer på tidigare versioner av denna rapport. Jag är också mycket tacksam för redaktionella synpunkter från Sieps.

Innehåll

Sammanfattning	8
1 Inledning.....	14
2 ECT:s tillkomst.....	17
3 ECT:s utformning	19
4 ECT:s legalitet inom EU	21
4.1 EU:s befogenhet vad gäller investeringskyddsavtal.....	21
4.2 Achmea och de bilaterala avtalens giltighet	21
4.3 ECT:s giltighet	22
5 Kritiken mot ECT:s avtalsvillkor och moderniseringsprocessen.....	24
5.1 Kritiken mot investeringskyddsavtal generellt.....	24
5.2 Moderniseringen av investeringskyddsavtalen.....	25
5.3 Kritiken mot ECT.....	28
5.4 EU och moderniseringen av ECT	29
6 ECT-tvister med EU-deltagande.....	31
6.1 Antal tvister	31
6.2 Svarande part	32
6.3 Investerarna.....	33
6.4 Områden som tvisterna rör	34
6.5 Vinnande part	34
6.6 Funna avtalsbrott.....	34
6.7 Kompensationsbelopp.....	35
6.8 Legala kostnader	36
6.9 Investerartvister	36

7	Investeringskyddsavtals ekonomiska mekanismer	39
7.1	En ekonomisk analysram	39
7.1.1	Situationen utan ett avtal.....	40
7.1.2	Effekterna av ett avtal	40
7.2	Ett avtals för- och nackdelar	41
7.3	Implikationer	42
7.3.1	Avtalen måste lägga restriktioner på värdländer för att vara värdländer till gagn	42
7.3.2	Avtalen måste påverka investerare för att vara värdländer till gagn.....	42
7.3.3	Olika syn på avtalens syfte	42
7.3.4	Svårigheten att i praktiken bedöma avtalens effekter.....	43
8	Effekter av ECT-skyddet av EU-investeringar i övriga ECT-länder	44
9	Effekter av ECT-skyddet av investeringar i EU	46
9.1	ECT ger skydd utöver vad investerare annars skulle ha tillgång till ...	46
9.2	Kostnaderna för skyddet	47
9.2.1	Kompensationsbetalningar.....	47
9.2.2	Påverkan på offentliga beslut	48
9.2.3	Snedvridningar av investeringsincitament	48
9.2.4	Legala kostnader för tvister	50
9.3	Svagheter med ECT:s utformning och tillämpning påverkar kostnaderna	50
9.3.1	ECT är inte inriktat på att lösa eventuella lokala problem i EU	50
9.3.2	Fundamentala åtaganden i ECT har oklar innebörd.....	51
9.3.3	Att ECT tillåter konfidentiell tvistlösning bidrar till klarheten om åtagandena	52
9.3.4	ECT utnyttjas för treaty shopping	53
9.3.5	ECT-tvister drivs av andra än energiinvesterare	54
10	Är ECT till gagn för EU?	55
	Referenser	59
	Executive summary	61

Sammanfattning

Energistadgefördraget (Energy Charter Treaty, nedan ECT) är ett mellanstatligt handels- och investeringsskyddsavtal inom energisektorn. Det tillkom i slutet av 1990-talet och har drygt 50 medlemmar inklusive EU, alla EU-länder utom Italien, och ett antal länder som tillhörde det forna Sovjetunionen. Denna rapport diskuterar ekonomiska aspekter av investeringsskyddet i ECT sett ur ett EU-perspektiv. Rapportens sex första avsnitt ger kortfattade beskrivningar av den institutionella bakgrunden, och rapporten övergår sedan till ekonomisk analys av ECT.

ECT:s tillkomst. ECT tillkom av både politiska och ekonomiska skäl och motiverades av Sovjetunionens upplösning. Liksom investeringsskyddsavtal i allmänhet skyddar ECT investeringar mellan medlemsländerna mot offentliga åtgärder i värdländerna. Ett huvudsyfte vid tillkomsten av ECT ur ett EU-perspektiv var att skydda investeringar från EU i de nya stater som bildats av det forna Sovjetunionen och på Balkan.

Avtalets innehåll. ECT innehåller standardkomponenterna i traditionella investeringsskyddsavtal. Bland de materiella åtagandena finns krav på *rättvis och skälig behandling* ("fair and equitable treatment") av investeringar mellan medlemsländerna. Det finns också regler om kompensation vid *direkt expropriering*, där värdlandet beslagtar en investerares tillgångar, och vid *indirekt expropriering*, där ett värdland vidtar en åtgärd som har snarlik effekt för investeraren som direkt expropriering, men som inte innebär direkt övertagande av tillgångar. ECT innehåller vidare de två grundläggande principerna för icke-diskriminering: *Principen om Mest Gynnad Nation* och *Principen om Nationell Behandling*. ECT innehåller även vissa begränsade undantagsregler, som exempelvis för åtgärder som är nödvändiga för att skydda människors, djurs och växters liv och hälsa.

Giltigheten inom EU. Europeiska kommissionen har länge argumenterat för att investeringsskyddsavtal mellan EU-länder inte är önskvärda eller förenliga med EU-rätten. EU-domstolens utlåtande i det så kallade Achmea-fallet innebar att kommissionen fick ett avgörande stöd för att de bilaterala avtalen mellan EU-länder är ogiltiga. EU-domstolen har sedan kommit med ett ytterligare utlåtande, där man explicit anför att inte heller ECT är giltigt mellan EU-länder. De praktiska implikationerna av detta är dock oklara eftersom skiljedomstolar i hög grad har negligerat utlåtandet i Achmea-fallet.

Kritiken mot avtalen och mot ECT. En omfattande litteratur inom främst juridik och till viss del statsvetenskap och ekonomi kritiserar olika aspekter av investeringsskyddsavtal generellt. Det finns också en mycket omfattande

kritisk policy-debatt om avtalen. Kritik har på senare tid särskilt riktats mot ECT. Det hävdas att de materiella åtagandena är för vagt formulerade och att detta gjort det möjligt för skiljedomstolarna att göra mycket långtgående tolkningar av vad avtalen kräver av värdländerna. Ett annat problem anses vara att ECT i hög grad saknar undantagsklausuler för legitima offentliga åtgärder. Mycket kritik har också riktats mot en rad aspekter av tvistlösningsmekanismen och särskilt möjligheten för privata investerare att föra tvister mot värdländer (ISDS). Möjligheten till långtgående tolkningar av avtalen, kombinerat med risken för höga kompensationsbelopp och att det finns kraftfulla mekanismer för skiljedomslutens efterlevnad, sägs kunna leda till att värdländer avstår från samhällsekonomiskt motiverade åtgärder ("regulatory chill"). Kritik riktas också mot att tvister kan föras konfidentiellt, och att investerare, genom att bilda brevlådeföretag i ECT-länder, kan få skydd för investeringar som egentligen är gjorda från länder utanför ECT ("treaty shopping"). En central kritik är att ECT bromsar omställningen mot förnybar energi eftersom det skyddar investeringar oavsett dessas klimatpåverkan.

Moderniseringen av avtalen. Kritiken mot investeringsskyddsavtalen, insikten om problemen med avtalen och det ökande antalet tvister mot utvecklade länder har bidragit till en trend mot att utvecklade länder reviderar sina avtal. EU har varit drivande i denna process. När det gäller de materiella åtagandena i avtalen syftar förändringarna främst till att minska avtalens potentiella räckvidd för att ge värdländer mer utrymme för legitima offentliga åtgärder. Explicita undantag införs också för legitima offentliga åtgärder i syfte att försvara hälsa och miljö, etc. Även tvistlösningsmekanismerna genomgår stora förändringar både vad gäller procedurer och möjligheten för investerare att utnyttja ISDS.

Det pågår en process att modernisera även ECT. Enligt kommissionen strävar EU efter att göra de substantiella åtagandena och tvistlösningsmekanismen mer lika de i EU:s nyare, egna mellanstatliga investeringsskyddsavtal med tredje land. Det är dock oklart om kommissionen kommer att lyckas omförhandla avtalet så att det kommer att ratificeras. EU:s och andra ECT-medlemmars intressen skiljer sig avsevärt. En ytterligare försvårande omständighet är att ett nytt avtal kräver att ingen ECT-medlem säger nej till detta.

Utnyttjandet av tvistlösningsmekanismen i ECT. ECT är det investeringsskyddsavtal som utnyttjats oftast i kända tvister, med till dags dato 136 pågående eller avslutade tvister. Ett EU-land är svarande part i 67 procent dessa tvister sett sedan avtalets tillkomst, och andelen har ökat över tiden. 90 procent av tvisterna mot EU har endast investerare från EU som klagande part. Tvisterna mot EU-länder har till nästan 75 procent handlat om åtgärder rörande förnybar energi.

En ekonomisk analysram. För att identifiera ECT:s effekter tar rapporten sin utgångspunkt i en enkel ekonomisk analysram för investeringsskyddsavtal. I denna modell hålls utlandsinvesteringar tillbaka av kombinationen av

investerares medvetenhet om att investeringarna är inlåsta när de är gjorda, och att värdlandet endast tar nationella hänsyn vid beslut om interventioner som minskar investerarnas vinster. Ett investeringskyddsavtal erbjuder dock en möjlighet för värdlandet att göra trovärdiga utfästelser om att intervensera mindre frekvent. Denna enkla analysram illustrerar flera centrala aspekter av dessa slags avtal för värdländer:

- det tillkommande skyddet ger upphov till *kostnader* för ett värdland genom att det leder till kompensationsbetalningar och/eller till att offentliga beslut ändras i investerarvänlig riktning
- dessa kostnader är ännu *okända* när beslut om avtal ska fattas – de är förväntade
- detta skapar stora *praktiska problem med att utvärdera avtalen*.

Värdet för EU av skyddet i övriga ECT-länder. Energiinvesteringar är generellt ofta både höggradigt irreversibla och mycket långsiktiga. Ett antal av partnerländerna i ECT har också bristande trovärdighet vad gäller investeringskydd. Så ECT:s skydd på dessa marknader ökar de förväntade vinsterna för investerare från EU och är i detta avseende positivt för EU.

Men det finns även negativa aspekter för EU av detta skydd. Ett huvudproblem är att investeringarna kan förmodas främst komma att ske i *fossilbaserade* energislag, eftersom det är sådana energiresurser som de övriga ECT-länderna i huvudsak har. Svårigheten att förena sådana investeringar med EU:s klimatmål bör avsevärt reducera värdet för EU av den ökning av EU-företags vinster som ECT eventuellt genererar i dessa övriga ECT-länder.

Kostnaderna för skyddet av investeringar i EU. ECT-skyddet av investeringar i EU har väsensskilda och väsentligt mer komplexa konsekvenser för EU än skyddet av de utgående investeringarna. En rad skäl talar för att ECT ger skydd utöver vad investerare ändå skulle ha genom medlemsländernas och EU:s rättssystem. Dessa system är utformade för att balansera olika samhällsliga mål, som att ge tillräckliga investeringsincitament och samtidigt ge myndigheter utrymme för önskvärda beslut rörande exempelvis regleringar.

Att skyddet genom ECT går utöver det som investerare ändå skulle ha tillgång till ger upphov till *förväntade kostnader* i olika form. Skyddet kan medföra att åtgärder som EU-länder vidtar kräver *kompensationsbetalningar till investerare*. Det kan också medföra att *offentliga åtgärder ändras* för att undvika sådana betalningar. En ytterligare aspekt är att skyddet implicit innebär negativ särbehandling av investeringar:

- i andra sektorer än energi
- från icke-ECT-länder (exempelvis amerikanska investeringar i EU täcks inte)
- i EU-investerares hemländer (svenska investeringar i Sverige täcks inte)

- mellan EU-länder om ECT inte är giltigt inom EU (exempelvis tyska investeringar i Sverige täcks inte).

Sådan särbehandling kan vara motiverad av att det kan motverka annan diskriminering. Ett annat motiv kan vara att de skyddade investeringarna har starkare positiva externaliteter än andra investeringar, det vill säga att de exempelvis bidrar mer till kunskapsuppbyggnad hos anställda, har mer gynnsamma effekter på konkurrensen, har starkare spridningseffekter vad gäller ny teknologi. Inget av dessa skäl tycks dock kunna motivera ECT-skydd av investeringar i energisektorn i EU, vare sig vad gäller investeringar mellan EU-länder eller investeringar från övriga ECT-länder. ECT orsakar därför kostnader för EU:s länder genom att det *snedvrider investeringsincitamenten*.

Hur ECT:s utformning och tillämpning påverkar dess kostnader för EU.

Rapporten pekar på ett antal aspekter av ECT som påverkar de ovannämnda kostnaderna för det skydd som avtalet ger i EU:

- ECT är en ineffektiv lösning på eventuella underinvesteringsproblem i EU genom att det inte åtgärdar de legala problem som underinvesteringen skapas av, inte begränsar åtagandena till de länder där det finns problem, och inte begränsar skyddet till de investeringar som utlöses av avtalet
- de grundläggande materiella åtagandena är mycket vagt formulerade, och skiljedomstolar har gjort vitt skilda tolkningar av dessa
- ECT kan utnyttjas för tvister inom EU
- det finns inget krav på att ECT-tvisters existens och innehåll ska offentliggöras.

Är ECT till gagn för EU? När det gäller ECT-skyddet av investeringar mellan EU-länder så är slutsatsen tämligen klar: det finns ingen betydande fördel av detta skydd, men det ger upphov till förväntade kostnader av ovan beskrivet slag. Det vore önskvärt ur ekonomisk synvinkel att avtalet upphörde tillämpas i detta avseende.

För att besvara den mer övergripande frågan om avtalet är till gagn för EU:s länder, så skulle det behövas kvantifieringar av de förmodligen positiva effekterna av avtalet på EU-investeringar i övriga ECT-länder, och de negativa effekterna av skyddet i EU. Sådana beräkningar är dock inte möjliga att göra, åtminstone inte inom ramen för denna rapport. Det är dock min intuitiva uppfattning att ECT är skadligt även i detta avseende. Jag stödjer mig särskilt på följande aspekter, som i hög grad är relaterade till klimatproblemet.

(1) Endast 1 av de 33 tvister mot ECT-länder utanför nuvarande EU där EU-investerare hittills har varit involverade tycks ha rört förnybar energi. Det tycks osannolikt att detta investeringsmönster kommer att ändras sig radikalt inom

överskådlig framtid. Värdet för EU av investeringsskyddet i merparten av övriga ECT-länder tycks därför begränsas av klimatproblemet.

(2) ECT gör det möjligt för EU-investerare att föra tvister mot EU-länder genom att starta brevlådeföretag i länder som ingår i avtalet. Detta kommer att medföra påtagliga kostnader för EU eftersom antalet tvister sannolikt kommer att vara stort framledes av en rad skäl:

- det kommer att krävas *stora politiska ingrepp i energisektorn* för att implementera EU:s klimatmål, vilka kommer att minska lönsamheten för redan gjorda investeringar i fossil energi
- det kommer även att behövas *mycket stora investeringar* i andra energislag och för att få dessa till stånd behöver starka ekonomiska incitament skapas
- det är som alltid vid omfattande ekonomisk-politiska förändringar *svårt att fatta rätt beslut* från början
- *förutsättningarna* för besluten kommer sannolikt att förändras genom till exempel utvecklingen av klimatproblemen.

(3) Det finns skäl att tro att ECT kan komma att bromsa EU:s egen omställning mot förnybar energi, eftersom avtalet skyddar investeringar i fossil energi. Inga tvister mot EU-länder angående förnybar energi tycks ha lett till att utvecklat stöd har återinförts. Troligt är att dessa tvister har gjort länder mer försiktiga med att införa stödformer som de inte är helt säkra kommer att bli bestående.

(4) Hittills har de realiserade kostnaderna av tvister med övriga ECT-länder varit begränsade. Men flera av dessa länder, som Japan och Turkiet, har redan betydande kapacitet att investera i EU, och andra länder kan komma att utvecklas. ECT-skyddet i EU kan då bli än mer kostbart.

Jag anser, och jag tror att de flesta ekonomer skulle instämma, att bevisbördan faller tungt på den som hävdar att det är samhällsekonomiskt önskvärt för EU att ha ett skydd:

- med oklara, och potentiellt mycket långtgående åtaganden för EU:s länder
- vars huvudsakliga fördel för EU:s länder är att EU-investerare kan investera säkrare i de forna Sovjetrepublikerna samt Balkanländer, och då främst i fossil energi
- som i huvudsak utnyttjas av EU-investerare för att ge dessa bättre skydd av investeringar i EU än vad som ges andra investerare i EU.

Detta är i hög grad vad ECT i sin nuvarande utformning innebär.

Om det ändå ska finnas ett avtal, hur borde det se ut? Eftersom det inte tycks finnas några rimliga ekonomiska skäl för ett avtal av detta slag, så vore förmodligen det bästa ett avtal som:

- inte ger högre skydd till inkommande investeringar än vad som ges i EU (eller åtminstone merparten av EU:s länder) till inhemska investeringar generellt – alla investerare ska ha tillgång till samma skydd oavsett nationalitet och industrisektor
- ger EU:s utgående investeringar till övriga ECT-länder samma skydd som de har när de investerar i EU.

Om ett sådant avtal skulle implementeras skulle det innebära att avtalet inte diskriminerar i något avseende. Det skulle garantera investerare i såväl EU som i övriga ECT-länder *samma skydd som allmänt ges i EU*, men inte mer.

Värdet av detta avtal för EU:s del vore dock mycket begränsat. Det är osannolikt att det skulle generera några betydande ingående investeringar i EU, bland annat för att det skydd det garanterar är avsett att vara detsamma som för övriga investeringar. Det skulle dock fortsatt ha ett värde för EU-företag som investerar i övriga ECT-länder, eftersom dessa länders investeringsskydd är svagare än vad investerare har i EU. Men skyddet skulle vara svagare jämfört med i dag. Sannolikheten för att ett avtal med denna struktur ska bli accepterat av alla ECT-länder, vilket krävs för att det ska införas, tycks dock vara mycket liten.

Slutligen, även om det ekonomiskt bästa vore att helt stå utanför ECT, innebär detta inte med nödvändighet att det lämpligaste är att utträda ur avtalet. ECT:s regler innebär att existerande investeringar har ett fortsatt 20-årigt skydd efter utträde. Det är möjligt att det är bättre att stå kvar i ett omförhandlat avtal, om detta innebär att skyddet för existerande fossilbaserade anläggningar kan fasas ut utan omfattande kompensationsbetalningar. Dessutom måste hänsyn tas till politiska konsekvenser av ett utträde ur avtalet, som till exempel påverkan på den politiska stabiliteten i övriga ECT-länder. Dessa aspekter berörs inte i denna rapport.

1 Inledning

Energistadgefördraget (Energy Charter Treaty, nedan ECT) är ett mellanstatligt handels- och investeringskyddsavtal inom energisektorn. Avtalet har i dag drygt 50 medlemmar inklusive EU, alla EU-länder utom Italien, och ett antal länder som tillhörde det forna Sovjetunionen. ECT tillkom i slutet av 1990-talet framför allt som ett svar på Sovjetunionens upplösning. Det syftade till att stabilisera de nybildade länderna politiskt, bland annat genom att få in dem som medlemmar i dåvarande GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) som 1995 kom att ingå i WTO (*World Trade Organization*). ECT syftade också till att fördjupa de ekonomiska relationerna inom energisektorn.

Denna rapport fokuserar på investeringskyddsdelen av ECT. Liksom investeringskyddsavtal i allmänhet skyddar ECT investeringar mellan medlemsländer mot offentliga åtgärder. Traditionellt utformade investeringskyddsavtal, till vilka ECT tillhör, har blivit starkt kritiserade i debatten på en lång rad punkter. Men ECT är av särskilt intresse genom energisektorns centrala roll för klimatproblemet. ECT har blivit häftigt kritiserat för att det sägs begränsa medlemsländernas vilja att vidta nödvändiga klimatpolitiska åtgärder. Syftet med rapporten är att *diskutera ekonomiska aspekter av investeringskyddet i ECT sett ur ett EU-perspektiv, och särskilt dess klimateffekter.*

Kritiken mot ECT i EU har i hög grad sin grund i vissa ECT-tvister som förts mot EU-länder. Exempelvis har Vattenfalls stämning av Tyskland för den snabbare utfasningen av kärnkraft efter Fukushima-olyckan väckt mycket kritik. Två nyligen inledda tvister mot Nederländerna har också starkt kritiserats. I båda dessa tvister stäms Nederländerna av tyska investerare för utfasningen av kolvärmekraftverk. I ena fallet handlar det om en anläggning som öppnades 2015 med en investeringskostnad på EUR 2,8 miljarder, och i det senare fallet om en anläggning som öppnades 2016 och med en investeringskostnad på EUR 1,6 miljarder.¹ Kompensationskraven är inte officiella, men det är sannolikt att krävda belopp kan bli avsevärda. Dessa slags tvister ses som exempel på hur ECT utnyttjas mot regeringar som fattar miljömässigt önskvärda beslut.

Investeringskyddsavtalen uppstod för att stimulera investeringar från utvecklade länder till utvecklingsländer under en period när exproprieringar var vanliga och de senare saknade möjlighet att göra trovärdiga åtaganden om att inte expropriera eller på annat sätt opportunistiskt tillskansa sig investerade tillgångar. På liknande sätt var ett huvudsyfte med investeringskyddsdelen av ECT att skydda investeringar i de forna socialistiska staterna. Avtalet är dock

¹ Beloppen är baserade på tidningsuppgifter. Se <https://www.iareporter.com/articles/netherlands-poised-to-face-its-first-investment-treaty-claim-over-closure-of-coal-plants/>

formellt reciprokt, så de åtaganden som dessa stater tog på sig gäller även för EU-länderna och övriga ECT-medlemmar.

En övergripande kritik mot investeringsskyddsavtal i allmänhet är att de materiella åtagandena i avtalen går för långt i det skydd de ger utlandsinvesteringar. En annan ofta kritiserad aspekt är att avtalen ger privata investerare rätt att föra tvister mot värdländer angående avtalets uppfyllelse – vad som ofta benämns ISDS ("Investor-State Dispute Settlement"). Det hävdas att kombinationen av vagt formulerade men långtgående materiella åtaganden, ISDS, risken för höga kompensationsbelopp och att det finns kraftfulla mekanismer för skiljedomslutens efterlevnad kan medföra "regulatory chill", det vill säga att värdländer avstår från önskvärda politiska åtgärder. Risken för sådana effekter var ett av huvudskälen till de omfattande protesterna i EU i samband med förhandlingarna om det tänkta transatlantiska handels- och investeringsavtalet *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) och om avtalet *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) mellan EU och Kanada.

Investeringsskyddsavtal som ECT kan ur ekonomisk synvinkel förefalla ha snarlika drivkrafter och effekter som handelsavtal. Båda avtalsformerna är mellanstatliga och syftar till ekonomisk integration av länder och marknader. Det har snarlika klausuler om icke-diskriminering, och de har åtminstone vad gäller nyare investeringsskyddsavtal liknande undantagsklausuler. Handelsavtalen är väl förankrade i ekonomisk forskning. Vinsterna av handel är bland de mest grundläggande resultaten i ekonomisk teori och det finns mängder med studier av effekterna av handelsavtal.² Under århundraden har ledande ekonomer stridit för handelsliberalisering och mot protektionistiska intressen och ledande ekonomer intresserar sig för hur handelsavtal bör utformas.

När det gäller investeringsskyddsavtal är förhållandena mycket annorlunda. De har knappast rönt något intresse bland ekonomer. De flesta forskningsinriktade ekonomer känner knappast till existensen av dessa avtal, även om de forskar om internationell ekonomi. Och den begränsade forskning som har gjorts ger en mer blandad bild av investeringsskyddsavtals effekter. Medan handelsavtal i hög grad låter sig beskrivas som överenskommelser om tullreduktioner och borttagande av kvantitativa handelshinder, är investeringsskyddsavtalen väsentligt mer komplexa att beskriva och deras effekter är mer oklara.

² Ett exempel på den uppmärksamhet ekonomer riktar även mot handelsavtals konkreta tillämpningar, och på interaktionen mellan ekonomer och jurister vad gäller dessa frågor, är ett projekt som Petros C. Mavroidis och jag själv startade 2001 gemensamt med American Law Institute. Syftet var att varje år skriva rapporter om de tvister som under året avslutats i WTO:s tvistlösningsmekanism, gemensamt författade av en ekonom och en jurist. Projektet pågår fortfarande och hittills har ca 140 rapporter skrivits, många av världsledande ekonomer och jurister inom sina fält. Det finns mig veterligen ingen motsvarande interaktion mellan ekonomer och jurister vad gäller investeringsskyddsavtal. Se <https://globalgovernanceprogramme.eui.eu/research-project/wto-case-law-project/> och <https://www.ifn.se/henrikh/>.

Denna rapport ger i sin första del en mycket kortfattad institutionell beskrivning av ECT. Avsnitt 2 beskriver dess tillkomst, avsnitt 3 dess huvudsakliga innehåll, avsnitt 4 diskussionen om avtalets giltighet mellan EU-länder och avsnitt 5 beskriver kritiken mot avtalet och den pågående moderniseringsprocessen. Avsnitt 6 belyser deskriptivt olika aspekter av de tvister som har involverat EU-länder och/eller investerare från EU.

Resten av rapporten analyserar ECT:s roll i EU ur ett ekonomiskt perspektiv och då särskilt med fokus på klimateffekter. Avsnitt 7 beskriver mycket kortfattat några grundläggande aspekter av investeringsskyddsavtal sett ur ekonomisk synvinkel. Avsnittet argumenterar för att avtalen kan vara till fördel för deltagande länder genom att generera ökade ingående investeringar och genom att erbjuda skydd för ländernas investeringar i partnerländerna. Men avtalen är också förknippade med olika former av kostnader för länderna eftersom avtalen innebär att de i egenskap av värdländer för investeringar från partnerländerna måste ge dessa investeringar ökat skydd. Kostnaderna kan ta formen av kompensationsbetalningar för vissa åtgärder, eller att man avstår från vissa åtgärder som hade genomförts utan avtal (liktande regulatory chill).

Avsnitt 8 diskuterar värdet för EU av ECT-skyddet av EU-investeringar i övriga ECT-länder. Det konstateras att det är av värde från ett EU-perspektiv att dessa investeringar får ett ökat skydd eftersom detta ökar dessa företags vinster. Men mot detta ska ställas att dessa övriga ECT-länder (med några undantag) ur energiperspektiv främst är av investeringsintresse genom deras tillgångar av fossila bränslen. Investeringar i sådana tillgångar rimmar illa med EU:s uttalade klimatmål, vilket måste ses som en nackdel ur EU-perspektiv med detta skydd.

Avsnitt 9 diskuterar effekterna av det skydd ECT ger för investeringar i EU, vilka är väsentligt mer komplexa än de som uppstår för utgående investeringar. Avsnittet argumenterar för att det tycks sannolikt att ECT ger investeringsskydd utöver vad som erbjuds genom EU-rätten och nationell lagstiftning. Detta ger upphov till kostnader för kompensationsbetalningar och/eller för att man ändrar offentliga åtgärder för att inte bryta mot avtalet. Det ger även upphov till samhällsekonomiska kostnader genom att avtalet snedvrider investeringsincitamenten, på grund av att avtalet bara skyddar investeringar som faller under avtalet, men inte övriga investeringar. Avsnittet argumenterar också för att ECT till sin konstruktion är en ineffektiv lösning på eventuella underinvesteringsproblem i EU.

Slutsatsen av avsnitten 8–9 är alltså att ECT kan ge vissa vinster för EU vad gäller utgående investeringar, fast att värdet av detta begränsas av investeringarnas klimataspekter. Men ECT är också förknippat med förväntade kostnader på grund av det skydd som ges för investeringar i EU. Frågan uppstår då om det är värt för EU:s länder för att få investeringsskydd i övriga ECT-länder? I avsnitt 10 argumenterar jag för att det *inte* är det, särskilt beroende på ECT:s klimataspekter.

2 ECT:s tillkomst

Efter Sovjetunionens upplösning inledde det blivande EU och vissa medlemsländer en process för att integrera energimarknaderna i Sovjetrepublikerna och i Östeuropa med de europeiska marknaderna och med andra marknadsekonomier.³ Detta gjordes för att stabilisera dessa länder politiskt, men även för att få ökad tillgång till framför allt olja och gas som dessa länder hade stora reserver av. Processen ledde till den politiska deklarationen *Europeiska Energifördraget* 1991, vilken uppmanade till samarbete rörande ett antal energifrågor, inklusive handel och investeringar.

Fördraget innehöll även ett åtagande att förhandla fram ett bindande avtal inom dessa områden. Ett femtiotal länder deltog i dessa förhandlingar. Förutom europeiska länder deltog bland andra Australien, Japan, Kanada, Ryssland och USA. Detta ledde till att ECT undertecknades i december 1994 och trädde i kraft i april 1998. USA avstod dock från att underteckna fördraget, eftersom man ansåg att investeringsskyddet i ECT var svagare än vad de amerikanska bilaterala avtalen gav.⁴ Även Kanada avstod från att underteckna fördraget.

ECT ratificerades inte av Australien, Norge och Ryssland. Ryssland utträdde ur avtalet 2009, men det pågår en legal strid om huruvida avtalet gällde tills utträdet (tvisterna gäller framför allt oljebolaget Yukos). Italien begärde utträde 2016 efter att ha blivit måltavla för ett stort antal tvister om aveckling av stöd till förnybar energi.

Avtalet gäller i dag för alla 26 EU-länder utom Italien individuellt och för EU, liksom för de i tabell 1 uppräknade länderna (Belarus har inte ratificerat avtalet men tillämpar det temporärt). De två första kolumnerna är forna Sovjetrepubliker, den tredje är andra länder som tillhörde det socialistiska blocket, den fjärde kolumnen OECD-länder samt Liechtenstein, och sista kolumnen är tre ytterligare länder.

Tabell 1 Länder utanför EU som tillämpar ECT

Sovjetrepubliker	Andra f d soc. stater	OECD+	Övriga
Azerbajdzjan	Albanien	Island	Afghanistan
Armenien	Bosnien	Japan	Jemen
Belarus	Montenegro	Liechtenstein	Jordanien
Georgien	Mongoliet	Storbritannien	
Kazakstan	Nordmakedonien	Schweiz	
Kirgizistan		Turkiet	

³ Se exempelvis Hobér (2020) för en utförligare beskrivning av avtalets bakgrund.

⁴ För en omfattande beskrivning av förhandlingsprocessen och USA:s position, se https://www.stephankinsella.com/wp-content/uploads/texts/european_energy_charter_conference.pdf.

Avtalets huvuddel omfattar cirka 60 sidor. Det inleds med vissa definitioner och en kort och allmänt hållen beskrivning av dess syfte. De huvudsakliga materiella åtagandena är de som berör handel samt investeringsstimulans och -skydd. Avtalet specificerar separata regler gällande tvistelösning för dessa två områden. I avtalet ingår även cirka 50 sidor annex. Det finns även ett protokoll om energieffektivitet och relaterade miljöaspekter.

ECT är ett ovanligt avtal i ett antal avseenden:

- avtalet täcker bara en sektor till skillnad från de allra flesta investeringskyddsavtal och handelsavtal, vilka täcker ett stort antal eller alla sektorer
- det var bland de första avtalen att inkludera åtaganden både vad gäller handel och investeringsskydd
- avtalet är avsett att bli multilateralt, till skillnad från de allra flesta investeringskyddsavtal, och många handelsavtal, som inte är öppna för nya medlemmar
- avtalets handelsåtaganden syftade delvis till att förbereda transitionsländerna för inträde i GATT/WTO
- EU såväl som EU:s medlemsländer är medlemmar i ECT (detta gäller även WTO).

Detta energisamarbete är stätt i förändring. Ett stort antal länder har observatörsstatus och vissa befinner sig i olika faser av inträde i ECT. European Energy Charter uppdaterades 2015 då den politiska deklARATIONEN *International Energy Charter* tillkom, vilken i dag har undertecknats av cirka 90 länder och organisationer. Det pågår också en process för att modernisera ECT (se nedan).

3 ECT:s utformning

Denna rapport fokuserar på investeringskyddet i ECT. Det finns främst i artiklarna 10–14, vilka innehåller standardkomponenterna i traditionella investeringskyddsavtal.

Artikel 10 stipulerar *rättvis och skälig behandling* ("fair and equitable treatment") av investeringar mellan medlemsländerna. Denna ospecifika klausul är den oftast utnyttjade legala grunden för klagan i samband med tvister och för fällande dom – vi återkommer till detta nedan. Artikel 10 stipulerar även krav på fullt skydd och säkerhet för investerare ("most constant protection and security").

Artikel 10 innehåller vidare applikationer av de två grundläggande principerna för icke-diskriminering. *Principen om Mest Gynnad Nation* förbjuder mindre gynnsam behandling av investeringar från en avtalsslutande part jämfört med den behandling som ges till investeringar från något annat land. *Principen om Nationell Behandling* kräver att värdländerna inte behandlar investeringar från en avtalsslutande part mindre gynnsamt än inhemska investeringar. Dessa icke-diskrimineringsprinciper gäller gjorda investeringar, medlemsländerna behöver inte erbjuda marknadstillträde på lika villkor.

Artikel 11 innehåller regler om möjlighet för investerares personal att få tillträde till och temporärt arbeta i anläggningar som investerats i.

Artikel 12 stipulerar kompensation för investerares förluster i samband med krig, civila oroligheter och liknande.

Artikel 13 specificerar regler för expropriering. Dessa gäller både vid *direkt expropriering*, där värdlandet beslagtar en investerares tillgångar, och vid *indirekt expropriering*, där ett värdland vidtar en åtgärd som har snarlik effekt för investeraren som direkt expropriering, men som inte innebär direkt övertagande av tillgångar. För att expropriering ska vara tillåten krävs att:

- den görs av allmänintresse ("public purpose")
- den är icke-diskriminerande
- den görs enligt vederbörlig rättsprocess ("due process of law")
- att ersättningen betalas snabbt, adekvat och effektivt ("prompt, adequate and effective") samt är marknadsmässig ("fair market value").

Artikel 14 innehåller regler vad gäller transfereringar av finansiella medel från verksamheten.

Som investeringskyddsavtal i allmänhet har ECT en tvingande tvistlösningsmekanism: medlemsländerna måste delta i tvistlösning och måste efterleva

utfallet. Artikel 26 stipulerar regler vad gäller tvister där privata investerare för talan (ISDS) mot värdländer och artikel 27 tvister mellan avtalsmedlemmar. Den senare mekanismen har dock inte utnyttjats såvitt är känt.

ECT skyddar endast investeringar mellan ECT-länder. Definitionen av sådana investeringar är dock ganska vid. Exempelvis, om en investerare och ett ECT-land har samma nationalitet, men investeraren kontrolleras av investerare i annat ECT-land, ska enligt artikel 26(7) investeraren anses ha annan ECT-nationalitet och därmed skyddas av avtalet.

Om en tvist förs av en investerare kan denne välja om den ska hanteras av International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) under Världsbanken, Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut, eller genom skiljedom enligt FN:s regler (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL). Skiljedomar är slutgiltiga och bindande för parterna.

Artikel 24 anger allmänna grunder för att ECT inte ska vara tillämpligt. ECT använder en liknande formulering som den i handelsavtal som GATT, och anger att åtagandena i ECT inte ska hindra medlemmarna från att vidta åtgärder som är "[...] nödvändiga för att skydda människors, djurs och växters liv eller hälsa".⁵ Liknande GATT:s krav på att åtgärderna inte utgör "dold protektionism" kräver ECT att de inte utgör "[...] en förtäckt restriktion på ekonomisk aktivitet i energisektorn, eller godtycklig eller omotiverad diskriminering". Men undantaget i ECT är begränsat jämfört med det i GATT genom kravet att åtgärderna är "[...] välmotiverade och inte upphäver eller försämrar någon fördel som en eller flera andra avtalsslutande parter rimligen kan förvänta sig enligt detta fördrag, i en omfattning som är större än vad som är strikt nödvändigt för det angivna ändamålet". Dessutom gäller inte undantaget i artikel 24 för kompensations- och expropriationsreglerna i artiklarna 12–13, vilket avsevärt gräver ur undantaget.

ECT kan sägas upp unilateralt av parterna. Avtalet upphör att gälla ett år efter anmälan om detta. Därefter gäller avtalet för gjorda investeringar under 20 år.

⁵ Citaten i detta stycke är mina översättningar.

4 ECT:s legalitet inom EU

En omdiskuterad fråga på senare tid är huruvida ECT är förenligt med EU-rätten vad gäller investeringsskyddsavtal mellan EU-länder. Kommissionen har sedan EU fick befogenhet för investeringsskyddsavtal argumenterat för att avtal mellan EU-länder är legalt ogiltiga och att de inte är önskvärda eftersom de skapar olika förutsättningar för investerare i olika medlemsländer. Kommissionen har hävdat att avtalen därför formellt bör avvecklas. Dessa argument har dock mött mycket motstånd. Detta avsnitt beskriver kortfattat denna strid.

4.1 EU:s befogenhet vad gäller investeringsskyddsavtal

När ECT förhandlades under 1990-talet hade medlemsländerna befogenhet att själva förhandla och ingå investeringsskyddsavtal. Men genom Lissabonfördraget 2009 kom denna befogenhet att hamna på EU-nivå. Artikel 207 i *fördraget om Europeiska unionens funktionssätt* (FEUF) slår fast att investeringsskydd är en del av den gemensamma handelspolitiken, och ger EU exklusiv befogenhet rörande internationella avtal om direktinvesteringar.

Frågan om hur långt denna befogenhet sträcker sig kompliceras dock av att investeringsskyddsavtal typiskt inkluderar ISDS, genom vilket rättsprocesser kan flyttas från nationella domstolar till utländska skiljedomstolar. I maj 2017 kom EU-domstolen med ett utlåtande angående EU:s befogenhet avseende ett just slutförhandlat avtal mellan EU och Singapore. Domstolen fann att EU har exklusiv befogenhet vad gäller investeringsskyddsavtal som inte innehåller ISDS, men att för avtal med ISDS gäller delad befogenhet mellan EU och medlemsländerna. Sådana avtal kräver därmed medlemsländernas godkännande.

4.2 Achmea och de bilaterala avtalens giltighet

En fundamental fråga vad gäller ECT:s roll inom EU är om avtalet är giltigt mellan EU-medlemmar. Detta är i sin tur nära relaterat till huruvida de nära 200 bilaterala avtalen mellan EU-länder är giltiga. De flesta av dessa tecknades strax efter murens fall mellan östeuropeiska länder och länder i övriga Europa, innan dessa blev EU-medlemmar.

De bilaterala avtalens giltighet prövades av EU-domstolen i det så kallade Achmea-fallet som gällde giltigheten av ett avtal mellan Nederländerna och Slovakien. EU-domstolens generaladvokat argumenterade för att avtalen är förenliga med EU-rätten. EU-domstolen kom dock till rakt motsatt slutsats (C-284/16, 2018).⁶

⁶ Domstolens argumentation bygger på att i tvister gällande investeringsskyddsavtal måste skiljedomstolar ta ställning till EU-rätten, och kanske applicera och tolka den, eftersom medlemsländers nationella lagstiftning och deras internationella åtaganden påverkas av denna rätt. Men eftersom en skiljedomstol vid en tvist gällande investeringsskyddsavtal inte är "en domstol i en medlemsstat" har den inte den rätt att begära förhandsprövning från EU-domstolen som artikel 267 FEUF ger till reguljära domstolar. Detta innebär att EU-rätten riskerar att inte bli enhetligt tillämpad.

EU-domstolens utlåtande i Achmea-fallet innebar att kommissionen fick ett avgörande stöd vad gällde de bilaterala avtalen.

4.3 ECT:s giltighet

Innebörden av förhandsbeskedet i Achmea-tvisten för ECT har varit omdiskuterade, eftersom det inte nämner ECT explicit. Kommissionen har hävdade att argumentationen i Achmea-beskedet är lika applicerbart på ECT som på de bilaterala avtalen och att korrekt tolkat ger inte ECT investerare från EU rätt att föra tvister mot EU-länder.⁷

I januari 2019 deklarerade 22 EU-länder att Achmea- domen innebär att såväl bilaterala investeringsskyddsavtal som ECT inte är tillämpliga mellan EU-länder. Sex länder avstod dock från att underteckna denna deklaration: Finland, Luxemburg, Malta, Slovenien, Ungern och Sverige. Alla dessa utom Ungern deklarerade dock att de avsåg att säga upp sina bilaterala avtal med andra EU-länder. I denna senare deklaration exkluderas dock explicit ECT från detta ställningstagande. Man anför att det pågår en rättsprocess rörande ECT:s tillämplighet som inte bör föregripas.⁸

23 EU-länder följde upp deklarationen från januari 2019 genom att i maj 2020 teckna ett avtal om att säga upp sina bilaterala avtal med EU-länder.⁹ Detta avtal täcker dock inte ECT, vars ställning ska avgöras ”at a later stage”. Sverige stod utanför majoriteten även denna gång, liksom Finland, Irland, Storbritannien och Österrike.

Ett stort antal skiljedomar efter EU-domstolens Achmea-beslut har hävdade att ECT är fortsatt giltigt mellan EU-länder. Man pekar bland annat på att det saknas ett explicit undantag i artikel 26 i ECT för tvister inom EU, och att om syftet var att undanta dessa tvister skulle detta enkelt kunna ha stipulerats i avtalet. En sådan klausul fanns också med i förhandlingsutkast till avtalet, men ströks under förhandlingarna.¹⁰

EU-domstolen har fått flera önskemål om förhandsbesked vad gäller ECT:s status. I september 2021 kom det ett sådant besked rörande en tvist mellan en ukrainsk investerare och Moldavien.¹¹ Tvisten berör alltså ytligt sett inte investeringar inom EU, men EU-domstolen anser sig ha jurisdiktion eftersom

⁷ Se till exempel Kommissionen (2018, s. 3–4).

⁸ De fem ländernas deklaration finns här: <https://www.regeringskansliet.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf>.

⁹ Agreement on the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union. *Official Journal of the European Union*, L 169/1, 29/5/2020.

¹⁰ Enligt Basedow (2021) skedde detta för att kommissionen ville påskynda förhandlingarna som mot slutet hade blivit alltmer konfliktfyllda.

¹¹ Utlåtandet finns i skrivande stund endast på franska: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245528&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3170137>.

den har befogenhet att tolka internationella avtal som EU är medlem av. Dessutom har franska domstolar verkat som skiljedomstolar i tvisten. Slutsatsen i utlåtandet är att ECT inte är förenligt med EU-rätten av snarlika skäl som de som framfördes vad gäller de bilaterala avtalen i Achmea-utlåtandet. Den praktiska implikationen av detta är dock oklar eftersom skiljedomstolar i hög grad har negligerat EU-domstolens utlåtande i Achmea-fallet.

5 Kritiken mot ECT:s avtalsvillkor och moderniseringsprocessen

ECT har kritiserats intensivt från olika håll och det pågår en process för att omförhandla avtalet. Eftersom denna kritik delvis är densamma som riktats mot investeringskyddsavtal generellt, börjar vi med att kort beskriva den allmänna kritiken.

5.1 Kritiken mot investeringskyddsavtal generellt

En omfattande akademisk litteratur inom juridik, och till viss del statsvetenskap och ekonomi, ifrågasätter olika aspekter av investeringskyddsavtal.^{12 13} Det finns också en mycket omfattande kritisk allmändebatt om avtalen. Den övergripande kritiken vad gäller de materiella åtagandena är att de ger ett alltför långtgående skydd. Orsaken till problemen anses delvis vara att åtagandena är *för vagt formulerade* och att detta gjort det möjligt för skiljedomstolarna att göra mycket långtgående tolkningar av vad avtalen kräver av värdländerna. Framför allt har klausulerna beträffande rättvis och skäligen behandling samt indirekt expropriering kritiserats för detta (se diskussion nedan). Avtalen sägs också få alltför vid räckvidd genom att de inte avgränsar vilka slags investeringar som täcks. En annan källa till problem anses vara att avtalen i hög grad *saknar undantagsklausuler* för legitima offentliga åtgärder. Dessa egenskaper sägs kunna leda till att värdländer undviker att vidta önskvärda åtgärder.

Avtalen kritiserar även för att inte påtagligt öka investeringarna. Den ekonomiska och statsvetenskapliga litteraturen finner i allmänhet att avtalen inte tycks ha starka positiva effekter på investeringsflöden, särskilt inte för ingående investeringar i utvecklade länder.¹⁴

Mycket kritik har också riktats mot en rad aspekter av tvistlösningsmekanismerna i avtalen, till exempel för att:

- privata investerare kan föra tvister mot värdländer (ISDS)
- tvister mot värdländer kan föras utanför den inhemska rättsordningen, vilket hävdas vara illegitimt ur demokratisk synvinkel

¹² Se exempelvis Howse (2017a), Lester och Mercurio (2017) och Stiglitz (2008).

¹³ I USA har kritiken framför allt rört handels- och investeringsavtalen NAFTA och Trans-Pacific Partnership (TPP). Exempelvis krävde 2016 fler än 200 USA-baserade professorer i juridik och nationalekonomi att USA inte skulle delta i det senare avtalet p g a dess ISDS-mekanism (<http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/isds-law-economics-professors-letter-Sept-2016.pdf>).

¹⁴ Horn och Nordbäck (2019a) ger en översikt av den ganska spretiga, och konceptuellt problematiska, empiriska litteraturen.

- det finns mycket begränsade möjligheter till överprövning av skiljedomar
- tvister kan föras konfidentiellt
- den fragmenterade avtalsregimen, med tusentals avtal, leder till osäkerhet om avtalens faktiska innebörd
- investerare som inte är skyddade av avtalet kan komma under dess skydd genom att bilda brevlådeföretag – ”treaty shopping”¹⁵
- två av de tre personerna i skiljedomstolarna tenderar att vara partsrepresentanter med långsiktiga ekonomiska relationer med respektive part
- rättsprocesserna kan vara mycket kostsamma för värdländer även när de vinner målen
- utdömda kompensationsbelopp kan vara mycket stora i förhållande till värdlandets vinster av avtalen, särskilt för utvecklingsländer.¹⁶

Ett uppmärksammat exempel på hur tvister kan ge upphov till legala kostnader för värdlandet även om man vinner målet är tvisten mellan Philip Morris och Australien rörande Australiens krav på utformningen av cigarettpaket. Australien vann tvisten i sak. Australiensiska statsförvaltningens uppgivna kostnader var cirka ASD 23 miljoner, men den fick bara ersättning för ungefär hälften. Skälet till att Australien inte fick sina kostnader helt täckta var att skiljedomstolen ansåg att Australien fört ett grundlöst legalt resonemang som förlängde den tid som tvistlösningen tog.¹⁷ Detta innebar att australiensiska skattebetalare drabbades av en kostnad på cirka SEK 75 miljoner efter att ha fått kompensation från företaget. Det kan noteras att den svenska regeringen avsatt 25 miljoner i årets vårbudget för legala kostnader för tvisten med Huawei om företagets uteslutning från 5G-auktionen.¹⁸

5.2 Moderniseringen av investeringskyddsavtalen

Kritiken mot investeringskyddsavtalen, insikten om problemen med avtalen och det ökande antalet tvister mot utvecklade länder, har bidragit till en trend mot att utvecklade länder reviderar sina avtal. Exempelvis har Kanada helt tagit bort ISDS för in- och utgående investeringar i det omförhandlade NAFTA, *United States-Mexico-Canada Agreement*. Ett antal länder, inklusive Kanada, Norge, Nederländerna och USA, har utvecklat nya ”modell-avtal”, det vill säga prototyper för hur länderna vill utforma sina avtal, som väsentligt

¹⁵ En annan term som ibland används för treaty shopping” är ”forum shopping”. Detta senare begrepp används dock också för att beteckna att investerare väljer legalt forum för att föra en tvist (som nationell domstol, internationell tvistlösning under ett investeringskyddsavtal etc) för att öka sannolikheten för att nå framgång i tvisten.

¹⁶ Som illustration på storleken på kompensationskraven ur ett utvecklingslandsperspektiv kan nämnas att det australiensiska gruvföretaget Avima Iron Ore Limited just inlett en tvist mot Republiken Kongo. Företaget kräver USD 27 miljarder i kompensation för vad man hävdar är expropriering av dess brytningslicens. Som jämförelse var Republiken Kongos bruttonationalprodukt 2019 drygt USD 11 miljarder nominellt. Det ska dock noteras att kompensationsbeloppet ej ännu är utdömt.

¹⁷ För mer detaljer, se <https://www.iareporter.com/articles/final-costs-details-are-released-in-philip-morris-v-australia-following-request-by-iareporter/>.

¹⁸ Regeringens proposition 2020/21:99, s. 40.

skiljer sig från de traditionella avtalen. Även de stora nyligen tecknade handels- och investeringskyddsavtalen *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, med 11 medlemsländer i Stillehavsområdet som medlemmar, och *Regional Comprehensive Economic Partnership*, med 15 asiatiska medlemsländer, har investeringskyddsregler som väsentligt skiljer sig från de traditionella avtalen.

Det pågår vidare arbete i en rad internationella organisationer med att omarbete investeringskyddsregimen, som i OECD (Organization for Economic Cooperation and Development) och UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development). Även de främsta skiljedomsinstitutet bidrar till denna process. Exempelvis arbetar den vad gäller antalet fall ledande organisationen, ICSID, med att revidera sina procedurer. Och Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut har nyligen organiserat en tävling om att utveckla ett modellavtal som befrämjar mer klimatvänliga investeringar.

När det gäller de materiella åtagandena i avtalen syftar förändringarna främst till att minska avtalens potentiella räckvidd, för att ge värdländer mer utrymme för legitima offentliga åtgärder. Detta görs genom att införa tydligare och snävare definitioner av begrepp som ”investering” och ”investerare”, genom tydligare och mer restriktiva skrivningar av klausuler som de om rättvis och skälig behandling samt expropriering. Explicita undantag införs även för legitima offentliga åtgärder för att försvara hälsa och miljö, etc. Även tvistlösningsmekanismerna genomgår stora förändringar både vad gäller procedurer och möjligheten för investerare att utnyttja ISDS.

EU har varit drivande i denna process sedan det politiska debaclet under TTIP-förhandlingarna, där massivt politiskt motstånd i vissa EU-länder tvingade kommissionen att radikalt ändra inriktningen vad gällde investeringskyddsavtal. EU:s nyare avtal, som CETA, har både en rad begränsningar vad gäller de materiella åtagandena och modifierade tvistlösningsmekanismer. EU är också drivande i att utveckla en multilateral tvistlösningsmekanism, mer lik den i WTO.

För att visa skillnaden mellan traditionella och moderna avtal är det illustrativt att se hur olika klausulen om rättvis och skälig behandling kan ses. I det ofta citerade domslutet i den så kallade TECMED-tvisten från 2003 skrivs rörande denna klausul (i min översättning och med tillagd kursivering):¹⁹

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*

¹⁹ *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs. The United States*, Case N. ARB (AF)/002, International Centre for Settlement of Investment Disputes, May 29, 2003.

regleringar som kommer påverka dennes investeringar, såväl som syftena med den relevanta politiken och administrativa rutiner eller direktiv.

Detta synsätt lägger uppenbarligen oerhört starka restriktioner på politiskt och administrativt beslutsfattande. Trots detta anammades resonemanget av efterföljande skiljedomstolar. På senare tid har dock domstolarna tenderat att göra mindre långtgående tolkningar.²⁰

Denna syn kan kontrasteras med Kanadas nyligen reviderade modellavtal där man gått så långt att det amorfa begreppet ”fair and equitable” (rättvis och skälig) över huvud taget inte nämns.²¹ Däremot finns i artikel 8 en lista på de *enda* ageranden som kan utgöra sådant som normalt annars skulle falla under denna klausul (i min översättning med tillagd kursivering och kommentar):

- *rättsvägran* i ett straffrättsligt, civilrättsligt eller administrativt förfarande
- en *allvarlig* brist i rättssäkerheten, bland annat genom ett allvarligt åsidosättande av öppenhetsprincipen, i ett rättsligt eller administrativt förfarande
- *uppenbar* godtycklighet
- *riktad* diskriminering på *uppenbart felaktiga* grunder såsom kön, ras eller religiös åskådning
- kränkande behandling av investerare såsom *tvång, påtryckningar* eller *trakasserier*
- underlåtenhet att ge fullt skydd och säkerhet [avser endast fysisk säkerhet för investerare och investering].

Det är uppenbarligen mycket stor skillnad mellan TECMED-domstolens vida syn på vad som skulle kunna göra grund för ett brott mot skälig och rättvis behandling och de mycket långtgående beteenden som Kanada i dag vill att motsvarande klausul endast ska täcka.

Det kanadensiska modellavtalet är också belysande för skillnaderna mellan nya och traditionella avtal i många andra avseenden, även om det kanadensiska avtalet i vissa avseenden går än längre än andra moderna avtal. Centralt är att avtalet betonar parternas rätt att reglera. Exempelvis sägs i artikel 9.3 beträffande indirekt expropriering (i min översättning):

En icke-diskriminerande åtgärd som en part vidtar och som är avsedd, och tillämpas i god tro, för att skydda berättigade offentliga välfärds mål, exempelvis hälsa, säkerhet och miljö, utgör inte indirekt expropriering, även om den har likvärdig effekt som direkt expropriering.

²⁰ Se dock Howse (2017b) kritik av domen i tvisten *Eisner mot Spanien*.

²¹ Modellavtalet finns här: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=eng. Se också analysen av avtalet av Prokic och Gore (2021).

Vidare ställer det kanadensiska modellavtalet till skillnad från traditionella avtal krav på investerare. Det kräver att investerare följer värdlandets lagar och förordningar, inklusive om mänskliga rättigheter, ursprungsbefolkningens intressen, jämställdhet, miljöskydd och arbetsrätt. Det införs även en mängd andra modifieringar och specifikationer i förhållande till traditionella avtal som påverkar de materiella åtagandena.

Även tvistlösningsprocessen ändras på en rad punkter. Exempelvis kan det bli svårare för investerare att tvinga fram skiljedom utan att först föra talan i inhemsk domstol i värdlandet. Modellavtalet behåller dock en modifierad form av ISDS.

5.3 Kritiken mot ECT

Även ECT:s avtalsvillkor har utsatts för hård kritik. Kritiken återspeglar i hög grad den mot investeringsskyddsavtal mer generellt. Men det har särskilt hävdats att ECT bromsar omställningen mot förnybar energi.²² Exempelvis anses ett grundläggande problem vara att avtalet ger legalt skydd för energiinvesteringar oavsett dessas klimatpåverkan.²³ Det hävdas även att ECT hindrar energiomställningen eftersom det gör det möjligt för företag inom kol-, olje- och gasindustrierna att begära stora skadestånd när deras anläggningar förlorar i värde på grund av omläggningen av energiförsörjningen. Man pekar här bland annat på de ovannämnda två tvisterna som tyska investerare nyligen initierat gällande utfasningen av kolvärmekraft i Nederländerna.

Det anförs vidare att ECT:s vida definitioner av investering och investerare gör det möjligt för brevlådeföretag att utnyttja ECT på ett icke avsett vis. Enligt sajten ECT's Dirty Secrets är 24 av 25 investerare som fört ECT-tvister som holländska investerare sådana utländska brevlådeföretag.²⁴ Det sägs även att de investerare som fört tvister inte är företag inom förnybar energi, utan aktiefonder och finansiella investerare.

En annan kritik är bristen på enhetliga tolkningar av avtalet. Exempelvis finner Schmidt (2021) i en analys av domarna i 28 tvister rörande förnybar energi mot Spanien, Italien och Tjeckien att skiljedomstolarna har använt tre fundamentalt olika sätt att se på vilka legitima förväntningar som generell lagstiftning kan ge upphov till och därigenom kommit till mycket olika slutsatser om huruvida avtalsvillkoren om rättvis och skälig behandling har brutits.

²² Se Bernasconi-Osterwalder och Brauch (2019) för en detaljerad genomgång av problemen med ECT ur klimatsynvinkel, litteraturreferenser och förslag till förändringar av avtalet.

²³ För väl argumenterad kritik, se <https://www.iisd.org/articles/energy-charter-treaty-new-dispute-fossil-fuel-investments>.

²⁴ Se till exempel <https://energy-charter-dirty-secrets.org>.

5.4 EU och moderniseringen av ECT

Det tycks vara tämligen allmänt accepterat att ECT behövs moderniseras. ECT:s generalsekreterare Rusnák (2021) skrev nyligen (i min översättning):

Från min första dag som generalsekreterare i januari 2012 visste jag att utan transparens, revitalisering och djup modernisering, var Energistadgefördraget dömt till en långsam död.

År 2017 startades en process inom ECT för att modernisera avtalet. Man har enats om cirka 25 förhandlingsområden, inklusive centrala frågor som betydelsen av avtalstermer och -villkor som pre-investering, ekonomisk verksamhet i energisektorn, investering, investerare, rätten att reglera, rättvis och skälig behandling, samt bestämmande av skada.²⁵

EU och vissa EU-länder har varit pådrivande för att modernisera avtalet. Kommissionen fick 2019 mandat att förhandla för EU och för medlemsländerna. Enligt EU-kommissionen strävar EU efter att göra de substantiella åtagandena och tvistlösningsmekanismen mer lika de i EU:s nyare egna investeringskyddsavtal. Detta innebär bland annat att man vill införa klausuler rörande generella rättigheter för värdländer att reglera och särskilt att vidta åtgärder för hållbar utveckling. Syftet är att göra ECT kompatibelt med Parisavtalet. EU önskar även införa referenser till internationella avtal rörande miljö och arbetsvillkor. Tvistlösningsmekanismen ska göras mer transparent och EU önskar att dess framtida multilaterala investeringsdomstol ska ha jurisdiktion över ECT-tvister.²⁶

Det är oklart om kommissionen kommer att lyckas omförhandla avtalet till sådan form att det blir ratificerat. Avtalsförändringar som innebär att ISDS behålls kräver ratificering av nationella parlament och EU-parlamentet. Det är högst osäkert om detta kommer att bli möjligt med tanke på den utbredda skepsis som finns mot ISDS och de starka krafter som verkar för mer klimatvänlig politik. Dessutom skiljer sig EU:s och andra ECT-medlemmars intressen avsevärt. Den nuvarande handelskommissionären Valdis Dombrovskis sade i höstas, som svar på en fråga från EU-parlamentet, att ett omförhandlat ECT vore att föredra för att undvika att existerande investeringar i EU får ett 20-årigt skydd.²⁷ Men han sade även att kommissionen kan överväga att lämna avtalet om för EU centrala mål, inklusive samordning med Parisavtalet, inte uppnås inom rimlig tid. Trovärdigheten i detta hot försvagas dock av att medlemsländerna inte är eniga i synen på avtalet, eftersom ett nytt avtal kräver att ingen ECT-

²⁵ Se Dautaj (2021) för en kortare översikt av moderniseringsprocessen.

²⁶ Se EU-kommissionen (2020).

²⁷ Dombrovskis kortfattade svar finns här: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005555-ASW_EN.html.

medlem säger nej till detta.^{28 29} Länder som Frankrike och Spanien är pådrivande i revideringsprocessen, medan östeuropeiska länder är svalare och Japan och Kazakstan har krävt att modifieringarna av avtalet blir minimala.

²⁸ Se Florou (2020) för en diskussion om kommissionens agerande.

²⁹ Kluwer Arbitration Blog har en sektion som fokuserar på ECT:s modernisering: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/category/ect-modernisation/?doing_wp_cron=1594687733.4135251045227050781250

6 ECT-tvister med EU-deltagande

Avtal kan ur ekonomisk synvinkel påverka parterna på åtminstone två olika sätt. De kan dels förändra parternas beteende i mer kooperativ riktning – detta är huvudsyftet med de flesta avtal och kontrakt. Det är dock ofta svårt att mäta avtals effekter i dessa avseenden. Den andra effekten är att avtalens tvistlösningsmekanismer gör det möjligt för parterna att tvinga motparter att ändra ageranden som bryter mot avtalet och/eller få kompensation för sådana ageranden. Den senare påverkan är lättare att observera, i den mån tvister inte är konfidentiella. Detta avsnitt presenterar deskriptiv statistik över tvister om ECT för att belysa denna effekt av avtalet.

Vid kvantifiering av olika aspekter av ECT-tvister uppstår frågan om vad som ska tas som räkneenhet – vad som ska räknas som *en* tvist. Det absolut vanligaste sättet är att betrakta varje legal process som en separat tvist – vad som nedan kommer att kallas en *svarande-tvist* eftersom det i varje legal process finns endast ett svarandeland. Men ibland är fler än en investerare involverad i dessa legala processer. Ett alternativt sätt att kvantifiera tvister är därför att se varje investerares klagomål som en enskild tvist – nedan kallat *investerar-tvister*. Det kan spela stor roll vilket sätt att mäta som man väljer. Exempelvis blev Italien 2020 stämt i en svarande-tvist av 59 investerare – det är uppenbarligen stor skillnad mellan att betrakta detta som en eller som 59 separata tvister.³⁰ Ingetdera sättet är generellt mer korrekt än det andra, det är en fråga om vad man vill belysa. Vi kommer mestadels att använda svarande-tvist-definitionen eftersom den mesta information som finns tillgänglig är på denna nivå och är inte investerare-specifik. Men vi ändrar perspektivet i avsnitt 6.9.

I resten av denna sektion belyser vi genom deskriptiv statistik olika aspekter av utnyttjandet av tvistlösningsmekanismen.

6.1 Antal tvister

Det finns totalt 136 kända svarande-tvister enligt ECT-sekretariatet.³¹ ³² ECT är därmed det i särklass oftast utnyttjade avtalet för kända tvister under

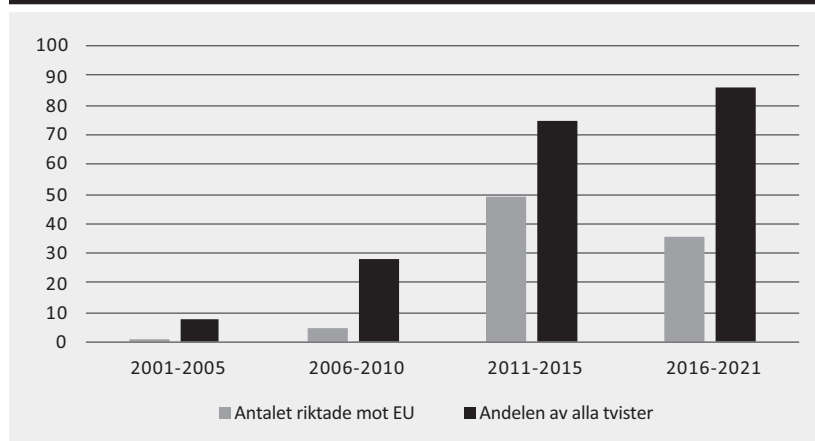
³⁰ Tvisten är Encavis et al. mot Italien; se https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Statistics/Chart_ECT_cases_-_15_January_2021.pdf.

³¹ Data vad gäller tvisterna är taget från UNCTAD:s 21 april 2021 (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>) och kompletterat med information från ECT-sekretariatet ([Energychartertreaty.org](https://www.energychartertreaty.org)) nedladdat 23 april 2021.

³² När denna rapport omarbetades i början av september 2021 angav ECT-sekretariatet att antalet tvister är 142. Det förefaller som att ökningen delvis beror på nytillkomna tvister, men också att tidigare konfidentiella tvister har blivit kända.

investeringskyddsavtal. 29 av dessa tvister inleddes före 2011 och resterande 107 tvister under de senaste drygt 10 åren. Det har således skett en väsentlig ökning av antal tvister under denna senare period. Flest tvister per år initierades 2015–2016, och sedan dess har det varit något mindre aktivitet, med 7 tvister per år. De 136 tvisterna karaktäriseras ur olika aspekter i vad som följer. För denna rapport centrala iakttagelser från datan sammanfattas för tydlighets skull som ”Observationer”.

Diagram 1 Antalet svarande-tvister riktade mot EU-länder och EU-länders andel av alla svarande-tvister



6.2 Svarande part

Ett EU-land är svarande part i 67 procent av de 136 svarande-tvisterna. Denna andel har ökat under hela perioden, som visas av de högra, mörkare staplarna i diagram 1, vilka anger den procentuella andelen EU-tvister för respektive period. Tvisterna mot EU-länder har varit koncentrerade till det senaste decenniet, som framgår av de vänstra staplarna i diagrammet.

Det land som har varit engagerat i flest tvister är i särklass Spanien (48 tvister), som står för drygt en tredjedel av alla svarandetvister. Italien har också ett betydande antal tvister, om än väsentligt färre (13). Totalt 91 tvister har initierats mot EU-länder.³³ Tvisternas fördelning visas i tabell 2.

Observation: 2/3 av tvisterna är riktade mot ett EU-land och mer än hälften av dessa är riktade mot Spanien.

³³ För de länder som blivit EU-medlemmar sedan 2000 klassificeras tvister som varande mot EU-land om tvisten är daterad samma år som landet blivit EU-medlem, eller senare, och på samma sätt klassificeras nationalitet för investerare. Totalt är det tre tvister där svarande lands EU-status ändras och en tvist där investerarens EU-status ändras. En tvist har EU som svarande part och klassificeras därmed som en tvist mot EU-land.

Det tycks osannolikt att Spaniens helt dominerande ställning vad gäller antal tvister bara beror på att Spanien bryter mot ECT i mer än alla andra ECT-länder. Kanske finns det en viss *slumpmässighet i vilka länder som dras in i tvister*, och kanske även en dynamik i form av att *tvister utlöser fler tvister* genom exemplets makt.

6.3 Investerarna

Tabell 3 visar hur de 136 svarande-tvisterna fördelas beroende på om ett EU-land är svarande eller inte, och om samtliga investerare (om det finns fler än en investerare i en tvist) kommer från EU ("EU-inv"), om investerarna är både från ett EU-land och ett icke-EU-land ("EU + icke-EU"), eller om ingen kommer från EU.³⁴ Som framgår är EU-ländernas tvister nästan uteslutande mot investerare från EU – *bara 8 procent av tvisterna har ingen investerare från EU*. Även majoriteten av svarande-tvister med icke-EU-länder har bara investerare från EU som klagande part, fast dominansen är mindre uttalad.

Observation: *90 procent av EU:s svarande-tvister har endast investerare från EU som klagande part.*

Tabell 2 Svarande-länder i tvister

Spanien	48	Bosnien-Herc.	2
Italien	13	Kroatien	2
Ryssland	6	Moldavien	2
Tjeckien	6	Polen	2
Turkiet	6	EU	1
Bulgarien	5	Kirgizistan	1
Kazakstan	5	Lettland	1
Rumänien	5	Nederländerna	1
Ungern	5	Nordmakedonien	1
Ukraina	4	Slovakien	1
Albanien	3	Slovenien	1
Azerbajdzjan	3	Tadzjikistan	1
Georgien	3	Turkmenistan	1
Mongoliet	3	Uzbekistan	1
Tyskland	3	Summa:	136

Tabell 3 Fördelningen av svarande-tvisterna

SVARANDELAND	Antal	EU-inv	EU + icke-EU	Icke-EU	Summa
I EU	91	90%	2%	8%	100%
Icke-EU	45	67%	11%	22%	100%

³⁴ I denna sektion klassificeras Storbritannien som EU-land eftersom detta här gäller under merparten av perioden.

6.4 Områden som tvisterna rör

Bland de 131 svarande-tvister för vilka industrisektor anges dominerar ”Elektricitet, gas, ånga och luftkonditionering” med drygt 100 tvister. I stort sett alla tvister med ett EU-land som svarande part handlar om detta. Ett femtontal tvister berör ”Utvinning av olja och naturgas” och absoluta merparten av dessa är riktade mot icke-EU-länder.

En uppfattning om vilken roll förnybar energi spelar i tvisterna kan fås genom att söka efter ”renewable”, ”solar” och ”wind” i de 128 sammanfattningar av ”Claims” som statistiken innehåller. Det visar sig att 67 av sammanfattningarna refererar till ett eller flera av dessa ord och alla utom en av dessa är tvister mot EU-länder. Dessa tvister utgör 74 procent av EU-ländernas alla tvister.

Observation:

De svarande-tvister i vilka EU-länder har varit svarande part har till nästan ¾ handlat om åtgärder rörande förnybar energi.

6.5 Vinnande part

För 124 av tvisterna finns information om utfallet i form av huruvida svarandelandet vunnit, investeraren eller investerarna vunnit, det skett förlikning eller om tvisten är pågående. Fördelningen av dessa utfall för tvister mot EU-länder och icke-EU-länder framgår av tabell 4.

Tabell 4 Utfallen av svarande-tvisterna

SVARANDE	Värdland vinner	Inv. vinner	Förlikning	Ej avgjorda	Summa
EU-land	20%	22%	3%	54%	100%
Icke-EU-land	34%	20%	26%	20%	100%

Tabellen måste läsas med viss försiktighet eftersom det rör sig om ganska få fall för vissa kategorier. Men enligt dessa data har EU-länder och investerare alltså vunnit ungefär lika stor andel av tvisterna mot EU-länder. Mer än hälften av tvisterna är dock ej ännu avgjorda. Länder utanför EU har varit mer framgångsrika som svarande part. Men de har också varit involverade i förlikning i cirka en fjärdedel av sina tvister, vilket kan antas innebära att de i praktiken har förlorat dessa fall i någon grad.

Observation: EU-länderna har vunnit något färre fall än de förlorat, men befinner sig i ett betydande antal pågående tvister.

6.6 Funna avtalsbrott

I de 20 tvister mot EU-länder som vunnits av investerare fann skiljedomstolarna i samtliga fall brott mot kravet på ”Fair and equitable treatment/Minimum

standard of treatment, including denial of justice claims”. I åtta av dessa fall hävdades indirekt expropriering, men detta fick inte stöd i något av domsluten.

I de 13 tvister mot icke-EU-länder för vilka domskäl är angivna, fann man brott mot ”Fair and equitable treatment/Minimum standard of treatment, including denial of justice claims” i fem tvister, indirekt expropriering i tre fall, och ett fall av direkt expropriering.

Observation: *I samtliga tvister där EU-länder förlorat har skiljedomstolarna funnit brott mot ”Fair and equitable treatment/Minimum standard of treatment, including denial of justice claims” och i inget fall någon form av expropriering.*

6.7 Kompensationsbelopp

De krävda beloppen varierar starkt: minsta belopp är USD 1,7 miljoner och största belopp USD 91,2 miljarder. I de tvister som förts mot EU-länder för vilka krävd kompensation är angiven har knappt USD 340 miljoner begärts i genomsnitt per tvist. I de som förts mot andra svarande länder är genomsnittskravet nästan USD 4,4 miljarder per tvist. Men det senare drivs upp av framför allt tvisterna rörande oljebolaget Yukos.³⁵ Om man undantar de tre största kompensationskraven, vilka tillsammans var på cirka USD 123 miljarder, så blir det genomsnittliga kompensationskravet per tvist cirka USD 1,2 miljarder, vilket dock fortfarande är betydligt mer än för tvister mot EU-länder.

Observation: *Twisterna mot EU-länder rör betydande belopp, men mindre i genomsnitt än tvister mot icke-EU-länder.*

I de 18 tvister mot EU-länder där det finns uppgift om hur mycket som utdömts i kompensation var den totala kompensationen cirka USD 1,35 miljarder nominellt, motsvarande USD 75 miljoner i snitt per tvist.³⁶

I de 14 tvister mot icke-EU-länder för vilka utdömda belopp är angivna är den totala utdömda kompensationen USD 51 miljarder, eller USD 3,6 miljarder i snitt per tvist. Men detta domineras i hög grad av Yukos-tvister. Om de två tvister med största utdömda belopp (USD 40 miljarder respektive USD 8 miljarder) undantas blir snittkompensationen cirka USD 205 miljoner.

³⁵ Tvisterna rör åtgärder av Ryssland som hävdas ha lett till företagets konkurs.

³⁶ Kompensationsbeloppen är angivna i både EUR och USD för 17 av svarande-tvisterna. För en tvist, initierad 2015, anges endast beloppet USD 29,3 miljoner. Detta omräknas här till EUR till kursen 0,88 EUR/USD, vilken är framräknat som genomsnitt av de implicita kurser som angetts för 5 andra tvister från samma år.

6.8 Legala kostnader

Av de 62 tvister för vilka ECT-sekretariatet har information delade parterna lika på kostnaderna för skiljedomsförfarandet i 35 procent av fallen, förlorande part stod för kostnaderna i 37 procent av fallen och andra fördelningar gjordes i resterande fall. Vad gäller parternas egna legala kostnader fick förlorande part bära åtminstone en del av vinnande parts kostnader i 53 procent av tvisterna, medan parterna bar sina egna kostnader i 47 procent av tvisterna.³⁷

Observation: *Även vinnande parter kan få bära legala kostnader.*

6.9 Investerartvister

Som ovan nämnts är ett alternativt sätt att kvantifiera tvister att se varje investerares klagomål mot ett värdland som en separat tvist, oavsett hur många andra investerare som deltar i samma svarande-tvist. Med detta sätt att mäta består de 136 svarande-tvisterna av 404 investerartvister. 332 av de totalt 404 investerartvisterna är rent EU-interna, med en eller flera investerare från EU som för talan mot ett EU-land. 20 av investerartvisterna involverar vare sig ett EU-land som svarande part, eller investerare från EU som klagande part.

Tabell 4 visar fördelningen av de resterande 384 EU-relevanta investerartvisterna med svarande-land radvis och investerares nationalitet kolumnvis. Vad gäller deltagande i tvister som svarande-land är det tre länder som totalt dominerar: Spanien (144), Italien (92) och Rumänien (57). Tillsammans står de för 76 procent av de EU-relevanta investerartvisterna.

Sett till investerares nationalitet har Italien flest fall (95). Nästan lika många tvister (80) har initierats av tyska investerare, cirka hälften så många har drivits av investerare från Luxemburg (41) och Nederländerna (41). Totalt står EU-investerare för 371 av de 404 investerartvisterna.

Observation: *EU-länderna dominerar stort vad gäller deltagande i tvistlösningen sett till andelen av de 404 investerartvisterna:*

- 82 procent är riktade mot ett EU-land.
- 92 procent drivs av investerare från EU.
- 80 procent drivs av en investerare från EU mot ett EU-land.
- 96 procent av tvisterna har EU-deltagande på åtminstone en sida.

Notera att det höga deltagandet av EU-investerare alltså inte beror på att dessa utnyttjar avtalet för att säkra investeringar i icke-EU-länder, som tanken ursprungligen var.

³⁷ Uppgifterna är tagna från <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>.

Anmärkningsvärt är att i ett antal fall sammanfaller investerarens nationalitet med värdlandets.³⁸ Huvudförklaringen till detta är sannolikt att dessa investerare kontrolleras av investerare i andra ECT-länder (se kommentar om artikel 26(7) i avsnitt 6).³⁹

Observation: *Ett stort antal investerartvister klassificeras av ECT-sekretariatet som rörande investerare av samma nationalitet som svarande land.*

EU-länder och EU är svarande part i 12 investerartvister som inte involverat investerare från EU. I samtliga fall är det investerare från *industriländer* som initierar tvisterna: från Schweiz i 5 fall och Japan 4, Turkiet 2, Kroatien (före EU-inträde) och Australien i varsitt fall.⁴⁰

Observation: *Alla tvister mot EU-länder är drivna av investerare från EU eller i några få fall av investerare från andra industriländer.*

³⁸ Ett extremt exempel är den ovan nämnda tvisten Encavis et al. mot Italien, där 58 av de 59 investerare som driver tvisten anges vara från Italien. Se ovan angiven referens.

³⁹ Andra förklaringar skulle eventuellt kunna vara att datan inkluderar fall där investerare har försökt att föra tvister mot sina hemmaländer men att dessa blivit avvisade, eller att investerare har dubbel nationalitet.

⁴⁰ Australiens tvist är emot Polen och initierades 2020. Det är oklart varför den är klassificerad som en ECT-tvist, eftersom den tycks föras under det bilaterala investeringsskyddsavtalet mellan Australien och Polen, och Australien inte har ratificerat ECT. Bland de 12 fallen finns tvisten mellan Nord Stream 2 och EU (som här klassificeras tillsammans med EU-länderna).

Tabell 4 Fördelningen av investerar-tvister med EU-intressen på ena och/eller båda sidor

VÄRDLAND	Australien	Belgien	Cypern	Danmark	Frankrike	Grekland	Italien	Japan	Kroatien	Lettland	Luxemburg	Malta	Moldavien/Rumänien	Nederländerna	Österrike	Polen	Portugal	Rumänien	Schweiz	Slovenien	Spanien	Storbritannien	Sverige	Tjeckien	Turkiet	Tyskland	Ungern	Summa
Albanien						1	2																1				4	
Azerbajdzjan														3								1					4	
Bosnien																				4							4	
Bulgarien											1			1									2				4	
EU																			1								1	
Georgien						1																					1	
Italien	1	1	2		60				9				2	1								3			13		92	
Kazakstan													2	3								1					6	
Kirgizistan																						1					1	
Kroatien														1											1		2	
Lettland																						1					1	
Mongoliet						2								1	1							2					6	
Nederländerna														1											1		2	
Nordmaked.															1												1	
Polen	1		1																								2	
Rumänien		4		5	29				2				1	4				1	1				3	2	5		57	
Ryssland		3							1					1								1					6	
Slovakien				1										1											1		3	
Slovenien								1																			1	
Spanien	1	4	3		2	4			28	1			23		1		3				14	9	1		50		144	
Tadzjikistan															1												1	
Tjeckien		3							1					1								1			4		10	
Turkiet		1												1	1	2											5	
Tyskland														3									2		6		11	
Ukraina		3							1					1								2					7	
Ungern		1		3										1								2			1		8	
Grand Total	1	3	15	5	9	7	95	4	1	1	41	2	2	41	13	2	1	1	5	4	14	23	4	6	2	80	2	384

7 Investeringsskyddsavtals ekonomiska mekanismer

Den ekonomiska forskningslitteraturen har i hög grad negligerat investeringsskyddsavtals drivkrafter och konsekvenser. Det finns dock en begynnande teoretisk litteratur och detta avsnitt beskriver mycket översiktligt några huvudresonemang i denna litteratur. Framställningen bygger främst på Horn och Tangerås (2021a) som mig veterligen är den mest utvecklade ekonomiska analysen av egenskaper hos, och implikationer av, förhandlade investeringsskyddsavtal. Mer utförliga icke-tekniska beskrivningar ges i Horn och Norbäck (2019a, b).

7.1 En ekonomisk analysram

Den begränsade ekonomiska litteraturen studerar i huvudsak utformningen av klausuler om kompensation vid indirekt expropriering. Det finns exempelvis ingen litteratur om klausuler om rättvis och skälig behandling, förmodligen delvis för att det ur ekonomisk synvinkel förefaller oklart vad klausulen syftar till. Men de mer övergripande slutsatser från litteraturen som pekas på nedan gäller förmodligen inte bara klausuler om indirekt expropriering.

I sin enklaste form utgår analysen från att företag i ett land överväger att investera i ett annat land – ”värdlandet”. Investeringar ger positiva effekter för värdlandet i form av till exempel skatteintäkter, högre löneinkomster, ökad konkurrens på inhemska marknader och kunskapsöverföring. Men när investeringar skett finns det en viss sannolikhet för att produktionen visar sig leda till negativa effekter för värdlandet – säg miljöproblem. När miljöproblemens svårighetsgrad blir kända kan värdlandet antingen avstå från att ingripa och få de ovannämnda kommersiella fördelarna av produktion, men då drabbas av miljökonsekvenserna. Alternativt kan värdlandet reglera produktionen och därmed undvika miljöproblem. En reglering antas slå ut avkastningen helt på investeringen och kan därför utgöra grund för talan om indirekt expropriering, i enlighet med rättspraxis.⁴¹

Analysen bygger på två fundamentala antaganden. Det första är att investeringar är *irreversibla* – när de är gjorda går det inte återfå investerade kostnader om produktionen avbryts. Det andra antagandet är att värdlandet *bara tar hänsyn till nationella intressen* när det beslutar om huruvida det ska reglera produktionen, det tar inte hänsyn till konsekvenserna för de utländska investerarna.⁴²

⁴¹ Med ”reglering” avses något slags offentligt beslut med denna påverkan på investerares vinster. Det görs alltså ingen åtskillnad mellan exempelvis ett administrativt eller ett politiskt beslut.

⁴² Det skulle räcka för analysen att värdlandet lägger mindre vikt vid konsekvenserna för investeraren.

Dessa två egenskaper skapar problem för länderna vad gäller reglerings- och investeringsincitamenten.

7.1.1 Situationen utan ett avtal

Om det inte finns något avtal kan värdlandet reglera produktionen utan att behöva betala kompensation. Att värdlandet negligerar effekterna för de utländska investerarna innebär att för vissa miljöproblem kommer produktionen att regleras, trots att de negativa effekterna för investerarna är större än värdlandets vinst av att reglera. Värdlandet *överreglerar* alltså i vissa situationer sett till investerares och värdlandets aggregerade intressen.

Investerarna inser att när de investerat så kan miljöproblem uppstå och värdlandet kan komma att intervensera och att de då inte kan dra tillbaka sina investeringar. Risken för reglering minskar därför deras förväntade vinster, och därmed deras intresse av att investera. Detta innebär i sin tur att värdlandet går miste om investeringar som skulle ge ovan nämnda positiva effekter i de fall det inte uppstår allvarliga miljöproblem. Det kan därför också bli *underinvesteringar* sett ur investerares och värdlandets aggregerade intresse.⁴³

Problemet skulle kunna minskas om värdlandet på ett trovärdigt sätt kunde förbinda sig att inte reglera så frekvent. Men så länge sådana utfästelser inte är bindande kommer de att vara verkningslösa, eftersom investerarna inser att värdlandet ändå kommer att enbart ta nationell hänsyn vid beslut om reglering. Den ekonomiska mekanismen ett investeringsskyddsavtal erbjuder är att göra åtaganden om mindre frekvent reglering mer trovärdiga.

Notera att i analysen ovan används begreppet *förväntad* i ekonomisk/statistisk bemärkelse. Storleken på de framtida miljöproblemen är inte känd när man utvärderar ett avtal, den förväntade storleken är ett slags genomsnitt av vad de faktiskt kan komma att bli. De faktiska (realiserade) miljöproblemen kan både bli större och mindre. Detta gör att investerares vinster och värdlandets kostnader är osäkra.⁴⁴

7.1.2 Effekterna av ett avtal

Ett investeringsskyddsavtal ses i denna analysram som ett bindande åtagande av värdlandet att kompensera investerarna för vinstförluster vid regleringar under vissa specificerade förhållanden. Ett sådant avtal skulle exempelvis kunna specificera att kompensation inte krävs när miljöproblemets svårighetsgrad har

⁴³ Det finns även andra skäl till att investerarna inte har samhällsekonomiskt korrekt incitament, som de externaliteter som investeringarna innebär för värdlandet.

⁴⁴ För att ta ett konkret exempel: hade inte Fukushima-olyckan inträffat så hade kanske inte Tyskland valt att påskynda utfasningen av kärnkraft och det hade inte uppstått någon tvist med Vattenfall. Men olyckan inträffade och Tyskland valde att reglera och fick (i slutändan) betala kompensation. Så om Tyskland på ett rationellt vis hade utvärderat för- och nackdelar med ECT innan olyckan skulle man tagit hänsyn till att något sådant skulle inträffa med viss sannolikhet och att man då skulle behöva betala kompensation. Detta hade varit den förväntade kompensationen.

passerat en viss gräns, men att kompensation för förlorade vinster ska betalas om reglering sker för miljöproblem under denna gräns.

För värdlandet är den direkta effekten av ett sådant avtal att det blir mer kostsamt att reglera i vissa situationer. Detta leder till att värdlandet minskar sin benägenhet att reglera och att det ibland väljer att reglera trots att detta leder till att det måste betala kompensation.

Vinsten av detta för investerarna är uppenbar: de möter färre regleringar och/eller får ibland kompensation, vilket ökar de förväntade vinsterna. Det kommer därför att öka investeringarna, vilket leder till ytterligare vinstökning.

För värdlandet är konsekvenserna mindre klara. Å ena sidan ökar de ingående investeringarna och därmed också de kommersiella fördelar som dessa ger. Denna investeringsökning kommer dock till en kostnad för värdlandet, som kommer att avstå från vissa regleringar som det skulle föredra att genomföra och ibland betala kompensation för regleringar. Utan dessa förväntade kostnader blir det ingen ökning av investeringarna.⁴⁵

7.2 Ett avtals för- och nackdelar

Diskussionen ovan har rört en situation där investeringarna gått i en riktning – till ett värdland. Men investeringsskyddsavtal är reciproka, så att om parterna är någorlunda lika vad gäller ekonomisk utvecklingsnivå och storlek, så kan varje partnerland vara både värdland för ingående investeringar och hemland för företag som investerar i partnerländerna. Det finns då två slags potentiella källor till vinster av ett avtal:

- avtalet kan stimulera ett inflöde av investeringar från partnerländer (om än delvis till priset av att andra ingående investeringar trycks ut)
- avtalet kan leda till ökade förväntade vinster från investeringar i partnerländer.

Men avtalet har också förväntade kostnader:

- det ökade inflödet av investeringar uppstår genom att landet i vissa situationer avstår från åtgärder som det utan avtal hade valt att vidta och/eller genom att landet betalar kompensation vid vissa åtgärder.⁴⁶

⁴⁵ Horn och Tangerås (2021a) föreslår en alternativ roll för ett investeringsskyddsavtal mellan utvecklade länder, vilken utgår från att länderna kan göra trovärdiga unilaterala åtaganden om att skydda inkommande direktinvesteringar genom sina konstitutioner, lagar och förordningar.

⁴⁶ I praktiken kan det finnas kostnader utöver de ovan beskrivna. Exempelvis bortses i den ovan beskrivna analysramen för enkelhets skull från kostnader för att förhandla och administrera avtal, kostnader för att delta i tvister (vilka i praktiken kan vara betydande) etc. De övergripande observationer som görs här skulle dock inte ändras av att de inkluderades. Det ska också noteras att analysen inte skiljer mellan, å ena sidan, att ett värdland vidtar en åtgärd och omedelbart betalar den kompensation som avtalet stipulerar, och å andra sidan att det bryter mot avtalet och efter en tvist betalar kompensationen. Det senare beteendet kan ge upphov till ytterligare kostnader genom att försämma relationen mellan avtalets parter. Horn och Tangerås (2021b) inkluderar dessa slags kostnader i en analys av för- och nackdelar med ISDS.

7.3 Implikationer

Ovanstående beskrivning av ett investeringsskyddsavtals drivkrafter och effekter leder till flera centrala observationer vad gäller faktiska avtal.

7.3.1 Avtalen måste lägga restriktioner på värdländer för att vara värdländer till gagn

Det tycks ibland finnas en föreställning i debatten om att det är negativt ur värdländers synvinkel att investeringsskyddsavtal ”tvingar” dem att avstå från åtgärder som de annars hade valt.⁴⁷ Men ett investeringsskyddsavtal är i detta avseende som de flesta andra avtal och kontrakt (förutom rena försäkringskontrakt), vars mekanismer består just i att ändra en eller flera av de kontrakterande parternas beteende, åtminstone i vissa situationer. Utan sådana potentiella förändringar av beteendet är kontrakten verkningslösa.

Observation: *Ett investeringsskyddsavtals positiva effekter sett ur ett värdlands synvinkel kräver att det får värdlandet att i vissa situationer agera annorlunda än vad det unilateralt skulle föredra. Detta kan vara till fördel för värdlandet genom att det ökar inflödet av investeringar.*

7.3.2 Avtalen måste påverka investerare för att vara värdländer till gagn

Vinsten av ett avtal sett ur ett värdlandsperspektiv kommer sig av att det ökar inkommande investeringar. Detta kräver naturligtvis att investerarna känner till avtalet och förstår dess innebörd för sina respektive investeringar. Det är av flera skäl ingen självklarhet att det är så i praktiken. Ett vanligt påstående i debatten är att investerare generellt sett inte är medvetna om, eller inte tar hänsyn till, existensen av investeringsskyddsavtal. Det är först i *efterhand*, när de drabbats av någon värdlandsåtgärd som de upptäcker ett avtals existens, och inleder tvister. Detta påstående får visst stöd av att den empiriska forskningslitteraturen oftast finner att avtalen har små effekter på investeringsflöden.⁴⁸

Observation: *Ett avtal som inte påverkar investeringar men används för att föra tvister är ur värdlandssynvinkel sämre än inget avtal.*

7.3.3 Olika syn på avtalens syfte

Som beskrivits ovan är värdet av ett avtal för investerarna (och deras hemländer) att det ökar investerarnas förväntade vinster. Dessa vinstökningar utgör syftet med avtalet sett ur investerarnas hemlands synvinkel, som vill ha så högt skydd

⁴⁷ Med ett ”värdlands synvinkel” menas här de effekter som uppstår i landet som resultat av avtalet. Det inkluderar alltså inte vad som sker med utgående investeringar.

⁴⁸ Horn och Nordbäck (2020) argumenterar för att de svenska bilaterala avtalen inte tycks ha haft någon praktisk påverkan av betydelse. Det förefaller dock sannolikt att investerare i energisektorn är mer medvetna om existensen av ECT än vad som normalt tycks vara fallet vad gäller bilaterala investeringsskyddsavtal.

som möjligt. För värdlandet är syftet i stället att *öka inflödet av investeringar*. Skyddet som avtalet ger är dock förknippat med kostnader för värdlandet. Vad som för värdlandet är en lämplig grad av skydd beror på relationen mellan dessa kostnader och värdet av det ökade inflödet av investeringar som avtalen inducerar. Denna funktionella syn på syftet med investeringskyddsavtal skiljer sig från en vanlig syn bland jurister, vilket lite tillspetsat är att avtalen försvarar investerarens mer grundläggande rättigheter.

Observation: *Sett ur ekonomisk synvinkel är syftet med kompensationsbetalningar att upprätthålla för båda parter önskvärda investeringsincitament, inte att försvara investerarens äganderätt per se.*

7.3.4 Svårigheten att i praktiken bedöma avtalens effekter

När man ska bedöma värdet av att bibehålla ett avtal måste man försöka bedöma dessa framtida effekter. Detta kompliceras i hög grad av att framtida behov av offentliga ingrepp som påverkar investerarens vinster är osäkra. Det är då lockande att utvärdera avtalet utifrån vad som skett tidigare. Detta är dock inte okomplicerat.

För att illustrera, anta exempelvis att en investering sker i modellen ovan som resultat av ett investeringsavtal, att produktionen visar sig vara miljösäker och att det därför inte finns något behov av att reglera den. Detta skulle kunna leda till slutsatsen att avtalet fungerar bra för värdlandet och att det således bör behållas. Anta i stället att det efter att investeringen gjorts upptäcks att produktionen orsakar ett miljöproblem men att problemet inte är tillräckligt allvarligt för att avtalet ska tillåta värdlandet att reglera utan att betala kompensation. För värdlandet står nu valet mellan att reglera och betala kompensation trots att regleringen är berättigad i bemärkelsen att det höjer värdlandets välfärd. Alternativt kan värdlandet välja att avstå från att reglera, trots att miljöproblemet sänker välfärden. Det vore nu lätt att dra slutsatsen att avtalet är *skadligt* för värdlandet, som antingen kommer att behöva utstå miljöproblemet eller också måste betala kompensation. Givet existensen av avtalet hade det faktiskt varit bättre att investeringen inte skett. Så samma avtal bedöms fundamentalt olika beroende på olika observerade utfall. Men ingendera slutsatsen säger något om avtalets långsiktigt genomsnittliga implikationer.

Observation: *Investeringskyddsavtals förväntade kostnader för värdländer är i praktiken mycket svåra att kvantifiera.*

8 Effekter av ECT-skyddet av EU-investeringar i övriga ECT-länder

Modellen som skisserades i avsnitt 7 tycks väl beskriva ECT:s ursprungliga roll:

- Det rådde vid ECT:s bildande *stor osäkerhet* om hur de forna Sovjetrepublikerna och de östeuropeiska länderna skulle utvecklas politiskt och administrativt, och de hade *dålig trovärdighet* vad gällde investeringsskydd.
- Dessa länder satte *stort värde* på ingående investeringar i energisektorn.
- Energiinvesteringar är ofta *höggradigt irreversibla*.
- Energiinvesteringar är ofta mycket *långsiktiga*.

Tolkat i termer av ovanstående modell erbjuder ECT högre förväntade vinster av investeringar i de forna Sovjetrepublikerna och Balkanländerna, för investerare från exempelvis EU. Detta var i sig till fördel för EU:s länder och ökade investeringar i de övriga ECT-länderna skulle vara dessa till gagn. ECT spelar förmodligen en liknande roll även i dag med tanke på de bristande rättsväsendena i vissa av de övriga ECT-länderna.

De högre förväntade vinsterna kan enligt den ekonomiska analysramen ovan ha tre källor:

(1) Kompensationsbetalningar. ECT fungerar som en försäkring för EU-investerare mot vissa inkomstförluster, genom att det ger *kompensationsbetalningar* i vissa situationer. Antalet tvister kan ge en viss indikation på i vilken mån avtalet har haft sådan funktion. Det har hittills varit 35 svarandelands-tvister och 50 investerare-tvister mellan investerare från EU och de forna Sovjetrepublikerna. Dessa tvister har också rört sig om jämförelsevis höga belopp. EU-investerare har endast haft 5 investerare-tvister med övriga ECT-länder utanför EU, alla med Turkiet.

(2) Påverkan på offentliga beslut. För att undvika kompensationsbetalningar kan övriga ECT-länder *förändra offentliga åtgärder* i för EU:s investerare positiv riktning. Det är dock mycket svårt att empiriskt verifiera omfattningen av detta.

(3) Ökade investeringar. ECT ökar de förväntade vinsterna för EU-investeringar i övriga ECT-länder. Detta kan medföra att dessa investeringar ökar, vilket i så fall ytterligare bidrar till en vinst av ECT för EU vad gäller utgående investeringar. Empiriska studier av bilaterala investeringsskyddsavtal finner dock sällan att avtalen medför betydande ökningar av investeringar.

Det finns dock också en potentiellt betydande kostnad av att EU-investeringar ökar i de övriga ECT-länderna, eftersom de förmodligen i huvudsak kommer att ske i *fossilbaserade* energislag, vilka är de naturresurser som de övriga ECT-länderna i huvudsak har. Svårigheten att förena sådana investeringar med EU:s klimatmål bör avsevärt reducera värdet för EU:s länder av den eventuella ökningen av dessa investeringar genom ECT.

En indikation på att investeringarna tar denna inriktning är att endast en av de 33 svarande-tvister mot ECT-länder utanför nuvarande EU där EU-investerare hittills har varit involverade tycks ha rört förnybar energi. Detta talar starkt för att investeringsintresset åtminstone hittills har varit knutet till andra former av energi och det tycks osannolikt att detta kommer att ändras radikalt inom överskådlig framtid. Att skyddet som ECT ger i övriga ECT-länder ofta i praktiken gäller för fossila bränslen strider mot EU:s klimatmål, såvida de inte ersätter existerande anläggningar med större CO₂-utsläpp.

Ett möjligt argument mot denna skeptiska syn på investeringar i fossilbaserade tillgångar i dessa länder är att dessa resurser ändå kommer att utnyttjas, och att det därför inte minskar klimatproblemet om EU avstår från att investera i dem. Denna debatt rymmer inte inom perspektivet för denna rapport. Klart är att det åtminstone skulle uppstå avsevärda politiska kostnader för EU och många av dess medlemsländer om man med hänvisning till detta argument negligerade klimataspekten av EU-investeringar i fossilbaserade tillgångar i dessa länder.⁴⁹

En annan kostnad av ECT för EU uppstår om ECT inte är giltigt mellan EU-länder. Det är då möjligt att avtalet medför att investeringar från EU som utan avtal hade lagts i EU, på grund av att avtalet *läggs i ECT-länder utanför EU* för att komma i åtnjutande av ECT-skyddet. Detta kan ur EU-synvinkel innebära att EU går miste om positiva externa effekter av investeringarna (se även diskussionen om treaty shopping i 9.3.5).

Observation: *ECT:s skydd av investeringar från EU i övriga ECT-länder ökar de förväntade vinsterna på dessa investeringar och kan ge ytterligare vinster genom att investeringarna ökar. Mot detta ska ställas främst eventuella kostnader på grund av försämrat klimat av dessa investeringar.*

⁴⁹ Ett annat motargument skulle kunna vara att det är bättre att EU-investerare kontrollerar dessa tillgångar, eftersom de står under strängare övervakning av både europeiska myndigheter och massmedia än en del andra investerare.

9 Effekter av ECT-skyddet av investeringar i EU

Värdet för EU av ECT-skyddet för investeringar i EU är en väsensskild och väsentligt mer komplex fråga än ECT:s effekter vad gäller utgående investeringar.

9.1 ECT ger skydd utöver vad investerare annars skulle ha tillgång till

En central fråga är huruvida ECT ger ett skydd som går *utöver* det skydd som investerare ändå skulle ha genom medlemsländernas och EU:s rättssystem. Om avtalet inte gör det skulle det inte ha någon påverkan vad gäller investeringar i EU.

Det finns ett omfattande skydd för investeringar inom EU. I ett meddelande argumenterar EU-kommissionen (2018) för att investerare har skydd genom EU-fördraget inklusive de fyra friheterna, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, de allmänna principerna i EU-rätten och den omfattande sektor-specifika regleringen, inklusive för energi. Man argumenterar för att det existerande skyddet i EU-rätten och i nationell lagstiftning täcker eller går längre än skyddet som normalt finns i investeringsskyddsavtal. Man pekar till exempel på:

- rätten att investera
- förbudet mot diskriminering
- att nationella begränsningar av investerares rättigheter måste vara motiverade och förenliga med de grundläggande rättigheterna
- unionsrättens allmänna principer om proportionalitet, rättssäkerhet och legitima förväntningar
- regler rörande indirekta exproprieringar
- att investerare kan åberopa konkurrensreglerna.

Samtidigt understryker meddelandet myndigheters rätt att reglera och att investerare måste förvänta sig att regelverket kan komma att förändras.

Helst skulle frågan om huruvida ECT ger mer skydd än vad som finns i nationell rätt, i EU-rätt och i internationella konventioner, besvaras genom en systematisk jämförelse av de olika lagstiftningarna. Men en sådan analys skulle vara oerhört krävande. Det finns dock starka enklare indikationer på att ECT ger skydd utöver vad som annars vore tillgängligt:

- det är allmänt accepterat att traditionella investeringsskyddsavtal, till vilka ECT i hög grad hör, ger utlandsinvesterar skydd som de inte får genom inhemsk lagstiftning, även i utvecklade länder
- ett antal EU-länder har modifierat sina avtal för att begränsa deras räckvidd, och det är en utbredd uppfattning att ECT behöver revideras på samma sätt

- det stora antalet tvister under ECT mot EU-länder, och den stora andelen fällande skiljedomar, är starka indikationer på att ECT de facto skyddar.

Observation: *ECT ger investeringskydd i EU:s länder utöver vad som erbjuds genom EU-rätten och nationell lagstiftning.*⁵⁰

9.2 Kostnaderna för skyddet

Analysen i avsnitt 7 pekar på att ECT-skyddet av investeringar i EU ger upphov till flera slags potentiella kostnader för EU, i den mån dess skydd går utöver det som ändå skulle ges.

9.2.1 Kompensationsbetalningar

En form av kostnad för ECT-skyddet inom EU är att EU-länderna kan komma att behöva *betala kompensation* för vissa offentliga åtgärder. Att detta inte bara är en teoretisk möjlighet illustreras konkret av det stora antalet tvister där EU-länder redan har dömts att betala kompensation.

Kompensationsbetalningar utgör rena samhällsekonomiska kostnader när de görs till länder utanför EU. När de görs från EU-länder till EU-investerare kan de i viss bemärkelse ses som överflyttningar av medel mellan olika ”fickor” i EU och därför som samhällsekonomiskt neutrala för EU (för givna investeringar). Men betalningarna kräver skatteintäkter och en omfattande skatteforskningslitteratur visar att det uppstår kostnader vid skatteuttag i form av snedvridningar av ekonomiska incitament (”skattekilrar”) för exempelvis arbete. Detta innebär att även kompensationsbetalningar inom EU är förknippade med samhällsekonomiska kostnader. Dessutom kan transfereringar från skattebetalare till investerare ses som fördelningsmässigt stötande, särskilt om de saknar rimlig grund i att avtalet fyller en önskvärd funktion.

Som ett led i striden för att avveckla investeringskyddsavtalen inom EU hävdar EU-kommissionen att kompensationsbetalningar från ett EU-land till en EU-investerare, som görs som resultat av en skiljedom under exempelvis ECT, i vissa fall är att betrakta som statsstöd. Detta resonemang ter sig dock lite märkligt ur ekonomisk synvinkel. Statsstödsreglers ekonomiska funktion är att hindra att länder subventionerar inhemsk industri med avsikt att stärka dem i konkurrens

⁵⁰ Som en ytterligare indikation kan nämnas utredningen av Kommerskollegium (2017) om investeringskyddet i det nyligen ingångna CETA-avtalet mellan EU och Kanada. Man fann att avtalet sannolikt inte skulle innebära några betydande tillkommande rättigheter för kanadensiska investerare i Sverige, beroende på det existerande skyddet i svensk lagstiftning och i EU-rätt. Omvänt innebär detta att det senare skyddet är minst i nivå med det skydd som ges av ett modernt investeringskyddsavtal. Men denna slutsats var i hög grad baserad på de definitioner, modifierade materiella åtaganden och undantagsregler som CETA innehåller, men som saknas i traditionella avtal som ECT.

med företag från andra EU-länder. När dessa kompensationsbetalningar görs är det dock inte fråga om frivilliga betalningar till inhemska företag, utan framtvingade betalningar till utländska företag.

Hittills har de realiserade kostnaderna av tvister med övriga ECT-länder varit begränsade. Men flera av dessa länder, som Japan och Turkiet, har redan betydande kapacitet att investera i EU, och andra länder kan komma att utvecklas. ECT-skyddet i EU kan då bli än mer kostbart.

En närliggande illustration av detta fenomen är Sveriges bilaterala investeringsskyddsavtal med Kina från 1982, som förstärktes med inkluderandet av ISDS 2005. Sverige är nu indraget i en tvist med Huawei under dessa avtal på grund av utestängningen från 5G-auktionen. Huawei uppger förluster på grund av beslutet på 5,2 miljarder kronor för enbart perioden 2021–2025 och eftersom beslutet rörde en period på 25 år, kommer man förmodligen kräva avsevärt mer i kompensation.⁵¹ Utan att ta ställning varken till dessa belopps rimlighet eller till hur välgrundat klagomålet är, förefaller det osannolikt att de svenska regeringarna såg dessa slags tvister framför sig när dessa avtal ingicks.

9.2.2 Påverkan på offentliga beslut

En annan form av kostnader av ECT är att EU-länderna *förändrar offentliga beslut* i mer investerarvänlig riktning. Eftersom länderna då helst skulle valt andra ageranden, innebär sådan anpassning kostnader för EU-länderna.

Ett motargument som ibland nämns är att investeringsskyddsavtal bidrar till att upprätthålla ”god förvaltning” (good governance), det vill säga att de får myndigheter att agera på ett förvaltningsmässigt och även i andra avseenden mer önskvärt sätt.⁵² Begreppet har traditionellt främst använts vad gäller investeringsskyddsavtals påverkan på utvecklingsländer, men förekommer även ibland i diskussionen om dess effekter på utvecklade länder. Det är dock svårt att se att ECT:s skiljedomstolar skulle vara kompetenta att avgöra vad som på ett samhällsekonomiskt önskvärt sätt befämjar ekonomisk tillväxt i EU, eller hur ekonomiska regleringar bör utformas i EU.

9.2.3 Snedvridningar av investeringsincitament

EU:s och medlemsländernas generella investeringsskydd återspeglar avvägningar mellan olika samhälleliga mål, som exempelvis att ge tillräckliga investeringsincitament och att ge myndigheter utrymme för att fatta önskvärda beslut. ECT:s skydd för energiinvesteringar i EU går dock utöver detta. Ur ekonomisk synvinkel skulle detta kunna vara motiverat av flera skäl.

⁵¹ Länk till Huawei's notifikation finns här: <https://www.iareporter.com/articles/chinese-network-company-notifies-sweden-of-alleged-bit-breaches/>.

⁵² Se Dolzer och Schreurer (2012, s. 25).

Ett skäl vore att det *motverkar annan diskriminering* i det rättsliga eller administrativa systemet i EU. Det finns dock ingen anledning att tro att det finns någon systematisk diskriminering mot investeringar i EU i just energisektorn, vare sig mot investeringar från EU eller från andra ECT-länder. ECT snedvrider därför investeringsincitamenten i EU till fördel för investeringar från de skyddade länderna.

Att investerare vunnit ett stort antal ECT-tvister mot EU-länder betyder inte nödvändigtvis att dessa länder har brustit vad gäller det lagstadgade rättsskyddet. Det kan i stället återspegla tvistelösningsdomstolarnas syn på det skydd som ECT ger. Det stora antalet fall kan i stället ses som en indikation på att det är problem med avtalets utformning och/eller tillämpning. Detta utesluter dock inte att det har förekommit fall rörande åtgärder som även skulle ha funnits bryta mot nationell rätt eller EU-rätt.⁵³

Ett annat skäl för att positivt särbehandla investeringar i energisektorn vore att dessa investeringar har *starkare positiva externaliteter* än andra investeringar. Exempelvis skulle de kunna generera mer teknik- och kunskapsöverföring eller ha mer gynnsamma effekter på konkurrensen. Det är dock svårt att se att så är fallet. Tvärtom är en utmärkande egenskap för investeringar i fossil energi just de *negativa* externaliteter som de ger upphov till i form av klimat- och miljöproblem mer allmänt.

Ett tredje skäl att skydda just energisektorn vore att de problem med överreglering och underinvesteringar som diskuterades i avsnitt 7 är större i denna sektor. Det finns viss grund för detta i det att energiinvesteringar ofta är irreversibla och långsiktiga, och lönsamheten beror i hög grad på framtida politiska beslut. Men detta är inte unikt för energisektorn. Det görs stora, långsiktiga investeringar i många andra branscher än energi och vissa av dessa är utsatta för politiska risker.

Ett exempel är farmakologisk forskning. Det kan röra sig om ett decennium eller mer mellan start och kommersialisering och inbegripa mycket höga kostnader. Förutsättningarna för kommersialisering är i sin tur beroende exempelvis av delvis politiska beslut om vilka preparat som tillåts och vilka ersättningsnivåer som tillämpas för patienter. Ett annat exempel är forskning om artificiell intelligens, som har pågått i decennier. Det råder stor osäkerhet om vilka politiska ingrepp som kommer att ske för att försvara personlig integritet och huruvida datarörlighet över gränser kommer att tillåtas. Båda dessa forskningsfält kan potentiellt ge enorma välfärdsvinster om de utvecklas rätt. Men investeringar inom dessa områden skyddas inte mot politiska risker genom specialavtal. ECT-avtalet gynnar energisektorn samtidigt som övriga sektorer missgynnas.

⁵³ Ett exempel på detta är Tysklands utfasning av kärnkraft, som enligt den tyska förfatningsdomstolen bröt mot Vattenfalls konstitutionella rättigheter. Se <https://www.iareporter.com/articles/german-court-finds-that-nuclear-phase-out-regulations-violate-vattenfalls-constitutional-rights/>.

Att investeringar behandlas olika när det inte finns något ekonomiskt skäl till detta ger upphov till samhällsekonomiska kostnader genom att skyddade investeringar blir för stora och icke-skyddade investeringar trängs undan.

Observation: *ECT ger upphov till samhällsekonomiskt skadliga snedvridningar av investeringsincitamenten genom att diskriminera mot investeringar:*

- av EU-investerare i sina respektive bempländer
- från icke-ECT-länder
- inom EU om ECT inte är tillämpligt inom EU
- och i andra sektorer.

Det skulle dock krävas omfattande analys av investeringsmönster för att säga något om hur stora dessa samhällsekonomiska kostnader för närvarande är.

9.2.4 Legala kostnader för tvister

Som visades i 6.8 är deltagande i tvister ofta förknippat med legala kostnader, även för segrande part. Dessa slags kostnader bortsågs ifrån i den enkla ekonomiska analysramen i 7, men kan i praktiken vara betydande. De kommer då till de övriga kostnaderna ovan.

9.3 Svagheter med ECT:s utformning och tillämpning påverkar kostnaderna

Avsnitt 9.2 identifierade ett antal källor till samhällsekonomiska kostnader för ECT-skyddet i EU som kommer av avtalets konstruktion. Detta avsnitt pekar på ett antal aspekter av ECT:s utformning och tillämpning som påverkar *storleken* på dessa kostnader.

9.3.1 ECT är inte inriktat på att lösa eventuella lokala problem i EU

Vi har ovan argumenterat för att det i EU i allmänhet inte finns några allvarliga problem för energinvesteringar som skulle motivera ett extra investeringsskydd. Men det kan inte uteslutas att det i några EU-länder finns vissa problem. Att attackera dessa med ett generellt investeringsskydd för hela EU är dock inte någon ekonomiskt effektiv lösning.

Det är en grundläggande ekonomisk princip att ett ingrepp i ekonomin ska ske *så nära källan till problemen som möjligt*, detta för att göra ingreppet så effektivt som möjligt vad gäller att åtgärda problemet och att undvika att ingreppet medför negativa sekundära effekter. Applicerat på investeringsskydd i EU har denna princip flera implikationer:

(1) Åtgärda problemen i stället för att ge investeringsskydd. Om det finns problem i rättsväsendet i ett fåtal länder ska *skälen till detta åtgärdas*. Att införa ett investeringsskydd och lämna orsakerna till problemen olösta är inte att rikta insatserna korrekt.

(2) Om investeringsskydd ändå ges, rikta åtgärderna mot de länder där eventuella problem finns. Om det finns problem med upprätthållandet av investeringsskydd i ett fåtal länder i EU ska åtgärderna *riktas mot dessa länder*, inte mot alla länder. Detta skulle kunna ske genom att dessa länder gör någon form av icke-diskriminerande unilateralt åtagande. Ett annat alternativ vore att EU införde ett skydd som är *anpassat till de lokala förhållandena i medlemsländerna*.

(3) Skydda bara investeringar som orsakas av avtalet. Som påpekades i Horn och Norbäck (2019a) har investeringsskyddsavtal en fundamental svaghet som inte tycks ha uppmärksammats i debatten: skyddet ges till alla investeringar mellan partnerländerna *oavsett om investeringarna har skett på grund av avtalet*.⁵⁴ Detta gäller ECT i lika hög grad som andra investeringsskyddsavtal.

För att illustrera kostnaden för detta: anta att avtalet i den enkla modellen i 7.1 bara leder till en försumbar ökning av investeringarna – detta är som nämnts i hög grad i linje med vad den empiriska litteraturen finner. Den enda påtagliga effekten för värdlandet av avtalet är då att det har förbundit sig till att ge ett försäkringsskydd till investeringar som ändå skulle skett. Detta är sämsta möjliga utfall för värdlandet, eftersom avtalet medför kostnader men inte ger några fördelar – avtalet är direkt skadligt för värdlandet. Mer principiellt uttryckt: värdlandets fördelar med investeringsskyddsavtal kommer av den *ökning* av investeringar som det orsakar (dess ”marginella” effekt), medan kostnaderna uppstår på grund av att det omfattar *alla* investeringar (dess ”infra-marginella” effekt). Det är dock svårt att se hur ett investeringsskyddsavtal skulle kunna konstrueras för att undvika detta problem.

Observation: *ECT är en ineffektiv lösning på eventuella underinvesteringsproblem i EU genom att:*

- *inte åtgärda de legala problem som underinvesteringen skapas av*
- *inte begränsa åtagandena till de länder där det finns problem*
- *och inte begränsa skyddet till de investeringar som utlöses av avtalet.*

Detta bidrar till att öka ECT:s kostnader för EU:s länder.

9.3.2 Fundamentala åtaganden i ECT har oklar innebörd

Centrala materiella åtaganden i ECT är vagt formulerade och skiljedomstolar har gjort vitt skilda tolkningar av dessa. Exempelvis medger ECT-sekretariatet (2012, s. 7) att det råder delade uppfattningar om vad som ska anses vara indirekt expropriering, att det är oklart vilken vikt som ska tillmätas värdländers syften med ingrepp, och att detta har lett till olika utfall i tvister.

⁵⁴ 9.2.3 argumenterade för att det uppstår samhällsekonomiska kostnader av diskriminering mellan investeringar från olika länder (eller i olika sektorer) i avsaknad av skillnader i investeringarnas ekonomiska effekter. Vad som diskuteras här är diskriminering mellan investeringar som sker endast på grund av avtalet och investeringar som ändå skulle skett. När det är förknippat med kostnader att ge de senare skydd, finns det ett samhällsekonomiskt värde i att skilja på behandlingen av de två kategorierna av investeringar.

Denna osäkerhet om fundamentala åtaganden gäller även innebörden av klausulen om skälig och rättvis behandling. Denna klausul har varit mycket viktig i ECT-tvisterna: avsnitt 4 visade att i samtliga 20 svarande-tvister som investerare vunnit mot EU-länder fann skiljedomstolarna att länderna brutit mot detta åtagande. Åtagandet ges dock mycket olika tolkningar av olika skiljedomstolar. Schmidl (2021) analyserar hur skiljedomstolarna resonerat beträffande investerares "legitima förväntningar" i 28 tvister om förnybar energi, de allra flesta inom ramen för ECT. Dessa tvister rörde i stort sett samma slags offentliga åtgärder i Spanien, Italien och Tjeckien. Begreppet legitima förväntningar är en av grundstenarna i tolkningen av klausulen om rättvis och skälig behandling. Schmidl (2021) finner att domstolarna har använt tre klart skilda sätt att resonera i dessa tvister, vilket lett till att vissa domstolar finner att åtgärderna bryter mot åtagandet om rättvis och skälig behandling, medan andra kommer till motsatt slutsats.

Det råder även oklarhet om ett stort antal andra aspekter av avtalet. Dessa oklarheter om hur ECT kommer att tolkas innebär att investerare och offentliga myndigheter i praktiken inte vet avtalets exakta innebörd vad gäller fundamentala materiella åtaganden. Detta försvårar för företag att fatta affärsmässigt korrekta beslut. Det kan också medföra att offentliga myndigheter i allt för hög grad undviker att fatta beslut av rädsla för krav på kompensationsbetalningar, eller omvänt att de av fattar beslut som sedan leder till kostsamma tvister i tron att dessa var förenliga med ECT.

Observation: *Innebörden av centrala åtaganden i ECT är oklara. Detta kan leda till felbeslut vad gäller investeringar och offentliga åtgärder i EU.*

9.3.3 Att ECT tillåter konfidentiell tvistlösning bidrar till oklarheten om åtagandena

Det finns inget krav på att ECT-tvisters existens och innehåll ska offentliggöras. Det kan därför finnas tvister och skiljedomar som är okända. Även för kända tvister är informationen ofta knapphändig. Exempelvis anger ECT-sekretariatet att för 63 av de 136 svarande-tvisterna är det okänt vilka legala grunder som åberopats. 46 av dessa tvister har ett EU-land som svarande part och initierades 2018 eller tidigare.

Sekretess rörande vilka tvister som förs, vilka frågor tvisterna rör och utfallen av tvisterna, kan vara till gagn för investerare, även bortsett från det uppenbara intresset att bevara rena affärshemligheter. Det kan exempelvis försämra bilden av ett företag om utomstående uppfattar tvister som oskäliga – Philip Morris och Vattenfall har förmodligen inte stärkt sina varumärken genom sina ageranden i detta avseende. Sekretess är också mycket vanligt när det gäller kommersiella tvister mellan företag. Men när det gäller tvister som faller under investeringsskyddsavtal är situationen annorlunda eftersom ena parten i slutändan är medborgarna/skattebetalarna i de svarande länderna. De behöver veta om de betalar omfattande kompensationsbelopp, om offentliga beslut

ändras för att undvika tvister, eller om det förs kostsamma tvister, för att de ska kunna ta ställning till om ECT är önskvärt.

Sekretess kan även vara skadligt eftersom det innebär att andra investerare inte får information om hur skiljedomstolar ser på vad det vagt formulerade avtalet täcker. Den bristande informationen om ECT-tvister är därför en samhällsekonomisk kostnad.

Observation: *Den sekretess som ECT tillåter rörande tvister är samhällsekonomiskt skadlig, särskilt för EU:s länder i egenskap av värdländer.*

9.3.4 ECT utnyttjas för treaty shopping

En ofta påpekad aspekt av ECT är att dess ISDS-mekanism utnyttjas av investerare som egentligen inte är täckta av avtalet, genom att de startar brevlådeföretag i ett ECT-land eller väljer organisatorisk struktur med detta syfte. ECT:s generalsekreterare Urban Ruznák (2021) varnar för att treaty shopping är ett allvarligt problem för ECT och att man inte ska låta ECT bli en lekstuga för brevlådeföretag.

En anmärkningsvärd aspekt av ECT är (som visades i avsnitt 6) att avtalet har kommit att främst utnyttjas för tvistlösningen inom EU trots att huvudsyftet med avtalet inte var att skapa en plattform för EU-investerare att stämma andra EU-länder. EU och medlemsländerna hade ju inte behövt ingå avtal med de forna Sovjetrepublikerna för detta, och de senare hade inget att vinna på att stämningar mellan EU-länder blev möjliga. Det har inte fattats några formella beslut av EU:s medlemsländer om att avtalet ska kunna utnyttjas på detta sätt och det förefaller sannolikt att flertalet medlemsländer i dag skulle motsätta sig detta. Att denna situation uppstått är förmodligen delvis ett resultat av ECT:s artikel 26(7) som gör det möjligt för företag i EU att få skydd för investeringar i sina hemländer genom att lägga kontrollerande företagsenheter i andra EU-länder.

Investeringsskyddet för investeringar inom EU kan i praktiken även fortsättningsvis vara i kraft, trots kommissionens och EU-domstolens försök att avsluta ECT:s giltighet i detta avseende. Som kort beskrevs i avsnitt 4.3.2–3 har skiljedomstolar mestadels ansett att bilaterala investeringsavtal är tillämpliga mellan EU-länder trots EU-domstolens uttalanden i bland annat *Achmea* om att de bryter mot EU-rätten. Framtida skiljedomstolar kan komma att med liknande argument finna ECT fortsatt tillämpligt mellan EU-länder trots EU-domstolens motsvarande utlåtande om ECT. Och om framtida skiljedomstolar i stället kommer att anse att ECT inte är tillämpligt mellan EU-länder, finns möjligheten för EU-investerare att utnyttja ECT-länder utanför EU för någon form av treaty shopping.

Treaty shopping har också möjliggjort för investerare från länder som inte är ECT-medlemmar att få tillgång till ett för EU kostsamt skydd. En illustration

av detta är den nyligen initierade tvisten mellan Nord Stream 2 och EU. Tvisten drivs av Nord Stream 2 AG, som ägs av Gazprom, som i sin tur till 53,23 procent ägs eller kontrolleras av ryska staten.⁵⁵ Skälet till att Nord Stream 2 kan driva tvisten är att det är baserat i Zug i Schweiz.⁵⁶ Företaget är dock inte ett brevlådeföretag, utan ett internationellt diversifierat företag. Men det innebär i praktiken att Ryssland, som har avstått från att ratificera ECT, ändå kan utnyttja avtalet genom att lägga ett företag i ECT-landet Schweiz.

Treaty shopping påverkar uppenbarligen ECT:s legitimitet eftersom det innebär att avtalet används på ett icke avsett sätt. Men det har också sannolikt negativa ekonomiska effekter:

Observation: *Treaty shopping kan i princip ha en positiv effekt genom att motverka den geografiska diskrimineringen som ECT innebär. Men mer sannolikt dominerar kostnaderna för det skydd som genom treaty shopping ges till investeringar mellan EU-länder och till investerare vars hemländer inte själva erbjuder investeringsskydd.*

9.3.5 ECT-tvister drivs av andra än energiinvestorer

En vanlig kritik mot ECT är att tvister inte drivs av de som investerat i de anläggningar som påverkats av de ifrågasatta offentliga besluten, utan av företag eller fonder som tagit över de rättsliga anspråken enbart för att tillgodogöra sig eventuell kompensation. Exempelvis anger webbsidan energy-charter-dirty-secrets.org att 71 av 135 svarande-tvister drivs eller har drivits av finansiella företag.⁵⁷

Det kan tyckas stötande att processer i ECT drivs av andra än investerare i energi. Men det är inte uppenbart att detta är ett problem ur ekonomisk synvinkel. De investeringsincitament som ECT ger blir inte starkare av att tvister drivs av investerande företag själva. Därmed inte sagt att det är bra ur ekonomisk effektivitetssynvinkel att man kan överföra tvister på detta sätt. Det finns en rad komplicerande faktorer, som till exempel påverkan på incitamenten att initiera tvister med svag saklig grund och sättet på vilket tvisterna förs.

⁵⁵ Se <https://www.gazprom.com/investors/stock/>.

⁵⁶ Se <https://www.nord-stream2.com/company/shareholder-and-financial-investors/>.

⁵⁷ Se <https://energy-charter-dirty-secrets.org/wp-content/uploads/2020/12/ECT-cases-dataset-oct2020-web.xlsx>.

10 Är ECT till gagn för EU?

ECT tillkom i hög grad för att påverka den politiska utvecklingen i de forna Sovjetrepublikerna och Balkanländerna. Det är också möjligt att ECT spelar en viktig politisk roll även idag. Men fokus i denna rapport är på de mer direkta ekonomiska effekterna av ECT, och på huruvida det i dag existerande ECT har ett existensberättigande ur ekonomisk synvinkel.

För att systematisera analysen har rapporten diskuterat de effekter som uppstår av ECT:s investeringsskydd i de övriga ECT-länderna separat från de som uppstår på grund av skyddet i EU. Vad gäller skyddet i övriga ECT-länder pekades i avsnitt 6 och 8 bland annat på att:

- ECT ökar EU-investerarens förväntade vinster från investeringar i dessa länder, särskilt med tanke på deras ofta bristande inhemska rättssystem
- ECT har också utnyttjats i ett betydande antal tvister mot dessa länder av EU-investerare
- men värdet för EU av en eventuell investeringsökning reduceras av att denna sannolikt sker i fossila energislag.

Slutsatsen från dessa observationer är att ECT kan vara till visst gagn för EU:s länder på grund av det skydd det ger EU-investeringar i övriga ECT-länder.

När det gäller effekterna av skyddet i EU noterades i avsnitt 6, 7 och 9 bland annat:

- ECT ger högre investeringsskydd för investeringar i EU än vad som annars skulle vara tillgängligt, trots att det inte tycks finnas några större problem att lösa i merparten av EU:s länder
- detta medför förväntade kostnader för EU:s länder i form av kompensationsbetalningar, förändringar av offentliga beslut i mer investerarvänlig riktning, snedvridningar av investeringsmönster, och legala kostnader
- dessa kostnader förvärras av ECT:s utformning och tillämpning
- skyddet kan inte motiveras av att det stimulerar inflöde av investeringar till EU från ECT-länder utanför EU
- ECT har kommit att i huvudsak utnyttjas för tvister mellan EU-investerare och EU-länder.

ECT ger alltså vissa ekonomiska fördelar genom skyddet det ger för utgående EU-investeringar, men ger upphov till kostnader genom skyddet det ger för investeringar i EU. Frågan blir då: är det värt priset?

Av skäl som ovan beskrivits är det närmast omöjligt att på ett meningsfullt sätt kvantifiera dessa effekter, och då särskilt effekterna för kostnaderna av skyddet

i EU. Man är i stället tvingad att i slutändan använda intuitionen vad gäller nettoeffekten, som så ofta när det gäller ekonomisk politik. Min uppfattning är att ECT är ett illa utformat avtal som kan komma att bli till avsevärd skada för EU, särskild med tanke på dess klimatpåverkan.

Som diskuterades i avsnitt 8 minskar värdet av att de investeringsökningar som ECT kan generera i de flesta övriga ECT-länder kan förväntas ske i fossil energi, eftersom detta är dessa länders huvudsakliga tillgångar. Men min negativa syn på ECT kommer sig främst av att det finns starka skäl att tro att antalet tvister mot EU-länder kan komma att öka om den planerade klimatomställningen genomförs:

- det kommer att krävas mycket *stora politiska ingrepp i energisektorn* för att implementera EU:s klimatmål och dessa ändringar kommer att minska lönsamheten för redan gjorda investeringar
- samtidigt behövs *mycket stora investeringar* i förnybar energi vilket kräver starka investeringsincitament
- det är som alltid vid omfattande ekonomisk-politiska förändringar *svårt att fatta rätt beslut* från början
- *förutsättningarna* för besluten kommer sannolikt att förändras genom exempelvis utvecklingen av klimatproblemen eller oförutsedda statsfinansiella problem.

Sannolikheten för framtida klimatrelaterade tvister mot EU-länder är också hög på grund av att avtalet har visat sig kunna utnyttjas för olika former av treaty shopping. Även om ECT i praktiken skulle upphöra att vara applicerbart mellan EU-länder på grund av det ovan nämnda förhandsutlåtandet av EU-domstolen, så kan det även fortsättningsvis utnyttjas av EU-investerare för tvister mot EU-länder genom treaty shopping.

Det anförs ofta som argument för att ECT:s klimatvänlighet att ett stort antal tvister har förts, och ofta framgångsrikt, mot EU-länders avveckling av stöd till förnybar energi. Argumentet är dock svårförståeligt, eftersom ingen av dessa tvister tycks ha lett till att avvecklat stöd har återinförts. Tvisterna har bara lett till att investerare fått kompensationsbetalningar. Det är visserligen möjligt att tvisterna fått några länder att inte avveckla existerande stöd till förnybar energi. Men det tycks mig mer troligt att dessa tvister har gjort länder mer försiktiga med att införa stödformer för klimatomställning som de inte är helt säkra kommer att bli bestående.

Min sammanlagda bedömning är därför:

Slutsats: *ECT är i sin nuvarande form till samhällsekonomisk skada för EU, särskilt ur klimatsynvinkel, även om avtalet upphör att tillämpas för tvister inom EU.*

Det är belysande att göra tankeexperimentet att ECT inte finns och att någon då skulle föreslå att ha ett avtal:

- vars främsta vinst för EU:s länder är att EU-investerare kan investera säkrare i de forna Sovjetrepublikerna samt Balkanländer, och då främst i fossil energi
- med oklara, och potentiellt mycket kostsamma åtaganden för EU:s länder, särskilt när man vill snabbt ställa om ekonomin till klimatneutral produktion
- som i huvudsak utnyttjas av EU-investerare för att ge dessa bättre skydd av investeringar i EU än vad som ges andra investerar i EU
- som också möjliggör för investerar från icke-avtalsländer att få samma skydd.

Detta är de facto vad ECT i sin nuvarande utformning i hög grad innebär. Jag anser, och jag tror att de flesta ekonomer skulle instämma, att bevisbördan faller tungt på den som hävdar att det är samhällsekonomiskt önskvärt för EU:s länder.

Det pågår förhandlingar om förändringar av ECT. De flesta EU-länder tycks vara överens om att det finns behov av genomgripande modernisering. Men det finns även länder som håller emot, både inom EU och bland övriga ECT-länder. Så det är högst oklart var den pågående förhandlingsprocessen kommer att landa. Klart är dock att det ur ekonomisk synvinkel finns behov av att radikalt förändra ECT och dess tillämpning.

Eftersom det inte tycks finns några rimliga ekonomiska skäl att ha ett avtal av detta slag med dessa länder, så vore förmodligen det bästa ett avtal som garanterar investerar i såväl EU, som i övriga ECT-länder, samma skydd som allmänt ges i EU, men inte mer. Det vill säga ett avtal som:

- inte ger högre skydd till inkommande investeringar än vad som ges i EU (eller åtminstone merparten av EU:s länder) till inhemska investeringar generellt – alla investerar ska ha tillgång till samma skydd oavsett nationalitet och industrisektor
- som ger EU:s utgående investeringar till övriga ECT-länder samma skydd som när de investerar i EU.

Om ett sådant avtal skulle implementeras skulle det innebära att avtalet inte diskriminerar i något avseende. Värdet av detta avtal för EU:s del vore dock mycket begränsat. Det är osannolikt att det skulle generera några betydande ingående investeringar i EU, bland annat för att det skydd det garanterar är avsett att vara detsamma som för övriga investeringar. Det skulle dock fortsatt ha ett värde för EU-företag som investerar i övriga ECT-länder, eftersom dessa länders investeringsskydd är svagare än vad investerar har i EU. Men skyddet skulle vara svagare jämfört med i dag. Sannolikheten för att ett avtal med denna

struktur ska bli accepterat av alla ECT-länder, vilket krävs för att det ska införas, tycks dock vara mycket liten.

Slutligen, det ska understrykas att även om det ekonomiskt bästa vore att helt stå utanför ECT, innebär detta inte med nödvändighet att det lämpligaste är att utträda ur avtalet. EU och EU:s medlemsländer är bundna av avtalets utträdesregler. Dessa innebär bland annat att existerande investeringar har ett fortsatt 20-årigt skydd efter utträde. Det är möjligt att det är bättre att stå kvar i ett omförhandlat avtal, om detta innebär att skyddet för existerande fossilbaserade anläggningar kan fasas ut utan omfattande kompensationsbetalningar.⁵⁸ Dessutom måste hänsyn tas till politiska konsekvenser av ett utträde ur avtalet, som till exempel påverkan på den politiska stabiliteten i övriga ECT-länder. Dessa aspekter har inte berörts i denna rapport.

⁵⁸ Se Bernasconi-Osterwalder (2021) för en diskussion om sätt att avveckla medlemskap i ECT.

Referenser

- Basedow, Robert (2021). Moldova v. Komstroy and the Future of Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: What Does the ECT's Negotiating History Tell Us? Kluwer Arbitration Blog, 24 april.
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie (2021). Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option. <https://www.iisd.org/system/files/2021-06/iisd-itn-june-2021-english.pdf>
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie och Martin Dietrich Brauch (2019). Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition. <https://www.iisd.org/system/files/publications/tv16-1-article08.pdf>
- Dautaj, Ylli (2021). ECT Modernisation Perspectives: An Update. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/05/ect-modernisation-perspectives-an-update/>.
- ECT-sekretariatet (2012). Expropriation Regime under the Energy Charter Treaty. https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Expropriation_2012_en.pdf
- EU-kommissionen (2018). Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet. Skydd för EU-interna investeringar. COM(2018) 547 final.
- EU-kommissionen (2020). EU Text Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT). https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf
- Dolzer, R. och C. Schreuer (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, Oxford.
- Florou, Aikaterini (2020). ECT Modernisation Perspectives: The Energy Charter Treaty and EU Law – A Cherry-Picking Relationship? Kluwer Arbitration Blog. 26 juli.
- Hobér, Kaj (2020). The Energy Charter Treaty: The Background and the Negotiating History. *Oxford Commentaries on International Law*. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199660995.001.0001/law-9780199660995-chapter-3>
- Horn, Henrik och Pehr-Johan Norbäck (2019a). International Investment Agreements: Efficient Means of Promoting Swedish Growth? PM 2019:09, The Swedish Agency for Growth Policy Analysis.
- 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 Pehr-Johan Norbäck (2020). Modernisera Sveriges investeringsskyddsavtal. *Ekonomisk Debatt*, 48(3), 24–36.
- Horn, Henrik och Thomas Tangerås (2021a). Economics of International Investment Agreements. *Journal of International Economics*.

- Horn, Henrik och Thomas Tangerås (2021b). Dispute Settlement in International Investment Agreements. Working Paper No 1248, Institutet för Näringslivsforskning.
- Howse, Rob (2017a). International investment law and arbitration: A conceptual framework. In Helene Ruiz-Fabri (ed.), *International Law and Arbitration*. Nomos Press, New York.
- Howse, Rob (2017b). Spain meets the ICSID grand inquisitor: the Eiser case, *International Economic Law and Policy Blog*, 23 augusti.
- Kommerskollegium (2017). Analys av frihandelsavtalet mellan EU, dess medlemsstater och Kanada (CETA).
- Lester, Simon och Bryan Mercurio (2017). Safeguarding Policy Space in Investment Agreements. Issue Brief 12/2017, Institute of International Economic Law, Georgetown University Law Center, Washington.
- Prokic, Dina och Kiran Nasir Gore (2021). Release of the New Canadian FIPA Model: Reflections on International Investment and ISDS at a Crossroads. *Kluwer Arbitration blog*, 31 maj.
- Rusnák, Urban (2021). Comment: Quo Vadis Energy Charter Treaty? *Borderlex*, 13 april. <https://borderlex.net/2021/04/13/comment-quo-vadis-energy-charter-treaty/>.
- Schmidl, Maximilian (2021). The Renewable Energy Saga from Charanne v. Spain to The PV Investors v. Spain: Trying to See the Wood for the Trees. *Kluwer Arbitration Blog*, 1 februari.
- Stiglitz, Joseph (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.

Executive summary

The Energy Charter Treaty (ECT) is a state-to-state trade and investment protection agreement in the energy sector. It was created at the end of the 1990s and has more than 50 members including the EU, all EU countries except Italy, and a number of countries belonging to the former Soviet Union. This report discusses economic aspects of ECT investment protection from an EU perspective. The first six sections of the report provide brief descriptions of the institutional background to the agreement, and the report then switches to economic analysis of the ECT.

The creation of the ECT. The ECT was created for both political and economic reasons shortly after the dissolution of the Soviet Union. Like investment protection agreements in general, the ECT protects investments between member states. The main economic objective in the creation of ECT from an EU perspective was to protect investment from the EU in the new states formed by the former Soviet Union and in the Balkans.

The content of the agreement. The ECT contains the standard components of traditional investment agreements. Among the material commitments are “fair and equitable treatment” of investments between Member States. There are also rules on compensation for “direct expropriation”, where the host country seizes an investor’s assets, and in the case of “indirect expropriation”, where the host country takes a measure with a similar effect for the investor as direct expropriation, but which does not involve the direct takeover of assets. ECT also contains the two fundamental principles of non-discrimination: the “Most Favoured Nation principle” and the principle of “National Treatment”. ECT contains some limited exemption rules, such as for measures necessary to protect human, animal and plant life and health.

The applicability of the ECT in the EU. The European Commission has long argued that investment protection agreements between EU countries are neither desirable, nor legal. The opinion of the Court of Justice of the European Union in the so-called *Achmea* case gave the Commission decisive support for the invalidity of bilateral agreements between EU countries. The Court of Justice has since issued a further opinion explicitly stating that the ECT is not valid between EU countries. However, the practical implications of this are unclear as arbitrators have largely ignored the opinion in the *Achmea* case.

Criticism of the agreements and of ECT. There is an extensive literature in law and to some extent political science and economics that criticizes various aspects of investment protection agreements in general. There is also a very wide-ranging critical policy debate on the agreements. Criticism has been levelled at the ECT

in particular. It is argued that the substantive commitments are too vaguely worded and that this has enabled the arbitral tribunals to make very far-reaching interpretations of what the agreements require of the host countries. Another alleged problem is that ECT largely lacks exceptions for legitimate public actions. Much criticism has also been levelled at a wide range of features of the dispute settlement mechanism and, in particular, the possibility for investors to bring disputes against host countries (ISDS). The possibility of far-reaching interpretations of the agreements, combined with the risk of high compensation amounts and the existence of robust mechanisms for the enforcement of arbitration decisions, is said to induce host countries to refrain from legitimate regulatory measure (“regulatory chill”). Criticism has also been directed at the possibility of disputes being conducted confidentially, and of investors who should not be covered by the agreement getting protection by opening letterbox companies in ECT countries (“treaty shopping”). A key criticism is that because of these features of the ECT, and the fact that it protects investments regardless of their climate impact, the agreement is slowing down the transition towards carbon neutrality.

Modernisation of the agreements. In recent years there has been a trend among developed countries to revise their agreements. The EU has been a driving force in this process. As regards the substantive commitments in the agreements, the changes are primarily aimed at reducing the potential scope of the agreements in order to give host countries more scope for legitimate public action. Explicit exceptions are also introduced for legitimate public measures aimed at defending health and the environment, etc. The dispute resolution mechanisms are also undergoing major changes both in terms of procedures and the possibility for investors to use ISDS. Such a process is under way to modernise the ECT. According to the Commission, the EU aims to make the substantive commitments and dispute settlement mechanism more similar to those in the EU’s newer investment protection with third countries. However, it is unclear whether the Commission will succeed in renegotiating the ECT sufficiently that the revised agreement will be ratified in the EU. The interests of the EU and other ECT members differ considerably.

The use of the dispute settlement mechanism in ECT. ECT is the most frequently used investment protection agreement in known disputes, with 136 pending or closed disputes to date. An EU member state has been named as the respondent in 67 percent of these disputes since the agreement was created, and the proportion has increased over time. 90 percent of disputes against the EU have only EU investors as complainants.

An economic analysis framework. To identify the impact of ECT, the report draws on a simple economic framework for investment agreements. In this model, foreign investment is held back by the combination of investors’ awareness that the investments are locked in once made, and that the host country only takes

national considerations into account when deciding on interventions that reduce investor profits. An investment protection agreement offers an opportunity for the host country to make credible commitments to intervene less frequently. This simple framework illustrates several key aspects of these types of agreements for host countries:

- The protection gives rise to *costs* for a host country in the form of compensation payments and/or changes in public measures in an investor-friendly direction.
- These costs are not yet *known* when decisions on contracts are to be made – they are expected.
- This creates major *practical problems in evaluating the agreements*.

The value for the EU of protection in other ECT countries. Energy investments are often irreversible and very long-term. And a number of ECT countries lack credibility with regard to investment protection. So the ECT's protection in these markets increases the expected profits for investors from the EU and is positive for the EU in this respect.

However, there are also negative aspects for the EU of this protection. A main problem is that the investments are likely to take place primarily in *fossil-based* energy types, since these are the natural energy resources that the other ECT countries mainly have. The difficulty of reconciling such investments with the EU's climate targets should significantly reduce the value for the EU of any increase in the profits of EU companies in these other ECT countries that the ECT may generate.

The costs of protecting investment in the EU. The ECT protection of investment in the EU has distinct and significantly more complex consequences for the EU than its protection of EU outward investment. Several reasons suggest that ECT provides protection beyond what investors would still have through the legal systems of the Member States and the EU. These legal systems are designed to balance different societal objectives, such as providing sufficient investment incentives while allowing authorities policy space for, for example, regulation. The protection provided by ECT therefore generates *expected costs* for the EU; costs that take different forms. First, due to ECT protections EU countries may have to *pay compensation to investors* when undertaking certain policy interventions. Second, EU countries may choose to *change their policy interventions* to avoid such payments. Third, ECT protection implicitly entails less favorable treatment of investment

- in sectors other than energy
- from non-ECT countries (US investment in the EU is not covered)
- in the home countries of EU investors (Swedish investments in Sweden are not covered), and
- between EU countries if ECT is not valid in the EU (German investments in Sweden are not covered).

Such differential treatment may be justified if it counteracts other forms of differential treatment. Another possible rationale is that the protected investments have stronger positive externalities than other investments, i.e. they contribute more to knowledge spillovers, have more favorable effects on competition, etc. But neither of these factors seems relevant for either investment between EU countries or from the other ECT countries. The agreement therefore imposes costs on EU countries by *distorting investment incentives*.

How the costs depend on the design and application of the ECT: The report points to a number of aspects of ECT that affect the above-mentioned costs to the EU:

- ECT is an inefficient solution to any underinvestment problems in the EU because it does not address the legal problems that cause that underinvestment, does not limit protection commitments to those countries where there are problems, and does not limit protection to the investments triggered by the agreement.
- The basic material commitments are vaguely formulated, and arbitration panels have given very different interpretations of those commitments.
- The fact that ECT can be used for disputes within the EU contributes significantly to the expected costs of the agreement for EU countries.
- There is no requirement for the existence and content of ECT disputes to be made public.

Does the ECT benefit the EU? The conclusion is quite clear regarding the ECT protection of investments between EU countries: it gives no significant benefits, but still gives rise to expected costs of the form pointed to above. It would be desirable from an economic point of view to terminate the applicability of the agreement in this respect.

To answer the broader question of whether the ECT is at all beneficial to EU countries, one would like to quantify any positive impact of the agreement on EU investment in other ECT countries, and the negative effects of protection in the EU. However, such a calculation is in practice virtually impossible to undertake. Instead, as is often the case in economic policy making, we have to rely on our intuition.

My view is that the ECT is clearly harmful. In making that judgement I am particularly relying on the following:

(1) The value for the EU of investment protection in most other ECT countries appears to be largely limited by the climate problem. So far, only 1 of the 33 disputes between EU investors and other ECT countries appear to have concerned renewable energy. It seems unlikely that this investment pattern will change significantly in the foreseeable future.

(2) The ECT will probably enable EU investors to bring disputes against EU countries by setting up letterbox companies in other ECT countries. This will entail significant costs for the EU as the number of disputes is likely to be high in the future:

- It will require *major political interventions in the energy sector* to implement the EU climate targets. These changes will reduce the profitability of investments already made.
- *Very large investments* will be needed in non-fossil energy and strong financial incentives will be required to bring them about.
- As always, when major economic policy changes are undertaken, *policy mistakes are likely*.
- The conditions underlying these policy decisions are likely to *change*, for instance due to unforeseen developments of the climate problem, technological changes, or changes in government finances.

(3) There are reasons to believe that the ECT may slow down the EU's transition towards renewable energy, as the agreement protects investments in fossil energy. For instance, no disputes with EU countries over renewable energy appear to have led to the reintroduction of withdrawn support for renewable energy. But these disputes have probably made countries more cautious about introducing forms of aid that they are not entirely sure will be permanent.

(4) To date, the realised costs of disputes with the other ECT countries have been limited. However, several of these countries, such as Japan and Turkey, already have significant capacity to invest in the EU, and other countries may develop. This will make the ECT protection in the EU even more costly.

I believe, and I think most economists would agree, that the burden of proof falls heavily on anyone who claims that it is economically desirable for the EU to have protection:

- with unclear – and potentially very far-reaching – commitments for EU countries, combined with very strong implementation mechanisms
- whose main benefit to EU countries is that EU investors can invest more securely in the former Soviet republics and Balkan countries, and especially in fossil energy
- but that is mainly exploited by some EU investors.

This is de facto what ECT in its current form means.

If there is in any case to be an agreement, what should it look like? Lacking any convincing economic rationale for an agreement, the best would probably be one that guarantees investors in both the EU and in other ECT countries *the same protection that is generally given in the EU*, but not more. That is:

- an agreement that does not provide higher protection for incoming investments than is provided in the EU (or at least the majority of

EU countries) for domestic investments in general – all investors should have access to the same protection regardless of nationality and industrial sector

- which provides EU investments in the other ECT countries the same protection as when investing in the EU.

Such an agreement would not discriminate in any respect. However, the value of the agreement for the EU would be very limited. It is unlikely to generate any significant inward investment for the EU. It would still provide protection for EU companies when investing in other ECT countries, as the investment protection in some of these countries is weaker than in the EU. But protection would be weaker than it is today. However, the likelihood of an agreement with this structure being accepted by all ECT countries (which is required for its adoption) seems very small.

Finally, even if the best option from an economic perspective would be to be completely outside ECT, it does not necessarily follow that the best course of action is to withdraw from the agreement. ECT's exit rules mean that existing investments continue to be protected for 20 years. It might be better to remain in a renegotiated agreement, if this agreement allows for existing fossil fuels to be phased out without substantial compensation payments. In addition, it is also necessary to take into account the political consequences of withdrawal from the agreement, such as the impact on the political stability in the other ECT countries. These aspects are not addressed in this report.

”Min sammanlagda bedömning är därför att Energistadgefördraget i sin nuvarande form är till samhällsekonomisk skada för EU, särskilt ur klimatsynvinkel.”

Henrik Horn



Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.