

---

# INTERNATIONELLT INVESTERINGS- SKYDD – ETT HINDER MOT ”KLIMATSMART” LAGSTIFTNING?

Åsa Romson\*

---

## 1. INLEDNING

Mycket av klimatdebatten rör hur stora delar av vårt energi- och produktions-system kan ställas om. En närliggande juridisk fråga gäller hur regelverken bäst stödjer ökad energieffektivisering och utbyte av fossila energisystem mot system med förnyelsebara energikällor. EU och de Europeiska ländernas klimatpolitik blir allt tydligare och innebär både att befintliga styrmekanismer i ökad utsträckning ska utnyttjas i ett klimatpolitiskt syfte, och nya regeltyper så som handelsbara utsläppsrätter och överenskommelser om inom EU en fördelning av utsläppsminskning mellan stater.

Utgångspunkten för den här artikeln är att en av nyckelfrågorna för att dessa ”klimatregler” ska få genomslag är att de anpassas så att deras genomförande inte hindras av regler inom andra områden eller att sådana hinder undanröjs. Artikeln begränsar sig till att översiktligt diskutera några frågeställningar kring internationellt investeringsskydd och hur detta potentiellt kan utgöra ett hinder vid reglering i syfte att minska utsläppen av växthusgaser. För en djupare analys hänvisas till referenslitteraturen. Regler kring diskriminerande stöd och subventioner, inklusive EUs regler kring statsstöd, behandlas inte inom ramen för denna artikel, liksom inte heller EUs konkurrensregler.

### 1.1 Styrmedel inom energi- och klimatpolitiken

Till att börja med kan konstateras att syftet med klimatpolitiken på global nivå, främst Kyotoprotokollet, är en radikal minskning av växthusgaser främst från

---

\* Åsa Romson är doktorand i miljö rätt vid Stockholms universitet och skriver sin avhandling om mellanstatliga internationella investeringsavtal och dess påverkan på miljö rättslig lagstiftning.

industrialiserade länder samtidigt som fattiga människor ska ges större tillgång till energi än de har idag. Nedbrutet på Europeisk nivå har detta formulerats i en dubbelriktad policy om minskad energikonsumtion och byte till fossilfria energikällor.<sup>1</sup> Parallellt med denna policy agerar EU och de Europeiska länderna också för att säkra tillgången till energikällor för den egna och Europeiska marknaden.<sup>2</sup>

De styrmedel som främst används i klimatpolitiskt syfte i Europeiska länder är koldioxidskatter, handel med utsläppsrätter, skärpta krav för tillståndspliktig verksamhet och produktstandarder, beaktande i plan- och byggnadsreglering, olika typer av investerings- och teknikutvecklingsstöd, skattesubventioner, informationsinsatser och styrning av offentlig upphandling. En del av dessa styrmedel reglerar direkt privata aktörers handlingsutrymme och riskerar därför, beroende på utformning och implementering, att hamna i konflikt med internationella investeringskyddsregler.

## 1.2 Det internationella investeringskyddet

Reglerna kring skydd för internationella investeringar bygger i huvudsak på sedvana samt mellanstatliga avtal, det vill säga bilaterala och multilaterala investeringsavtal. De senare anses idag utgöra en utvecklande kraft på området.<sup>3</sup> De materiella skyddsreglerna består i att investerare ges rätt till rättvis behandling, rätt till icke-diskriminering i förhållande till nationella och andra utländska investerare, samt rätt till kompensation för åtgärder med expropriationseffekt. De allra flesta investeringsavtal, om än inte alla, ger utländska investerare rätt att gå till internationell skiljedom om en tvist om dessa rättigheter uppstår mellan den stat där investeringen gjorts och investeraren. Sanktionen i dessa fall är skadestånd. Möjligheten att investerare på så sätt ”stämmer” värdstaten inför en internationell skiljedomsnämnd utgör ett kraftfullt instrument för att hävda de materiella rättigheterna i investeringsavtalen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Limiting Global Climate Change to 2 Degrees Celsius – The Way Ahead for 2050 and Beyond (COM(2007)2)

<sup>2</sup> Global Europe – competing in the world (European Commission, External Trade, 2006)

<sup>3</sup> Lowenfeld, Andreas F., Jackson, John H. (Ed.), *International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002 (International Economic Law Series), McLachlan, Campbell, Shore, Laurence & Weiniger, Matthew, Mistelis (Ed.), *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, England, 2007 (Oxford International Arbitration Series), p. 5; Med en lite annan vinkel: Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2:nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, England, 2004, p. 34–95

<sup>4</sup> Paulsson, Jan, *Arbitration Without Privity*, ICSID Review Foreign Investment Law Journal, vol 10, 1995, p. 232. North American Free Trade Agreement (NAFTA) har gett upphov till en relativt omfattande praxis, se t.ex. Weiler, Todd, *International Investment Law and Arbitration, Leading Cases*, 2005

Hittills har inga direkt klimatpolitiska styrmedel prövats i förhållande till internationellt investeringskydd. Bland de runt 250 kända investeringstvisterna finns dock flera som inbegriper olika miljöregler som till exempel förbud av kemiska ämnen, krav på miljökonsekvensbeskrivning, tillstånd till miljöfarlig verksamhet och förbud mot exploatering av mark.<sup>5</sup> Utifrån dessa fall framstår några frågor som potentiellt problematiska för klimatpolitiska styrmedel. Innebär de nya utsläppsrätterna för CO<sub>2</sub> en slags äganderätt som kräver kompensation om den inskränks? Är det en icke tillåtlig diskriminering eller orättvis behandling att utforma klimatpolitiska styrmedel som ändrar förutsättningarna för tidigare energiinvesteringar, eller som slår olika för verksamheter som verkar på samma marknad?

## 2. KRAV PÅ UTSLÄPPSRÄTTER FÖR VÄXTHUSGASER – BROTT MOT INVESTERINGSREGLERNA?

Översiktligt kan sägas att systemet med utsläppsrätter för växthusgaser inom EU bygger på att befintliga och nyttillkommande verksamheter inom vissa sektorer åläggs att till en nationell myndighet ge in utsläppsrätter motsvarande de utsläpp av växthusgaser som verksamheten haft under det gångna året.<sup>6</sup> Verksamheten kan få utsläppsrätter antingen tilldelat sig utan kostnad eller genom att köpa på marknaden för utsläppsrätter. En klimatpolitisk effekt nås genom att det totala antalet utsläppsrätter successivt minskar. Intressant för vår analys här är vilka likheter och olikheter systemet har med de tillstånd för miljöfarlig verksamhet som används inom miljölagstiftningen sedan tidigare och som bland annat reglerat utsläpp av olika luftföroreningar. Beslut att inte förnya sådana tillstånd har vid ett par tillfällen lett till tvister på basen av investeringsavtal.

### 2.1 Exproprieringslinkande åtgärder?

I fallet *Techmed v. Mexico*<sup>7</sup> nekades en avfallsanläggning förnyat tillstånd för sin utökade verksamhet i närheten av en stad som ansåg anläggningen störande.

<sup>5</sup> Skiljedomsförfaranden ställer inga krav på publicering, vare sig av existensen av en pågående tvist eller av själva skiljedomen. Många tvister där en stat är part redovisas dock inom olika organ, t.ex. via ICSID:s hemsida, och för tvister baserade på Energy Charter Treaty gör sekretariatet en summarisk redogörelse. För en genomgång av miljötvisterna se Fauchald, Ole K., *International Investment Law and Environmental Protection*, Yearbook of International Environmental Law 2007, 18, Oxford University Press, Oxford, England, 2008

<sup>6</sup> I Sverige har EUs regler i huvudsak implementerats genom lagen (2004:1199) om handel med utsläppsrätter och vidhängande förordning.

<sup>7</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Skiljedom 29 maj 2003, tillgänglig elektroniskt på <[www.icsid.org](http://www.icsid.org)> senast besökt 2007-08-20

Den internationella skiljedomsnämnden bedömde att nekandet av tillstånd innebar att stora delar av investeringen i anläggningen blev obrukbar och att det låg politiska motiv bakom beslutet, vilket ledde till slutsatsen att företaget blivit utsatt för indirekt expropriering samt orättvis behandling. I två pågående fall, Gallo v. Kanada<sup>8</sup> och Glamis Gold v. USA,<sup>9</sup> har ägare till verksamheter med avfallshantering i nerlagd gruva respektive gruvdrift påbörjat segdragna skiljedomsprocesser kring nekanden av förnyade tillstånd. Enligt svarandestaterna nekas tillstånd i dessa fall av miljö- och kulturskäl. Det är ovisst om tolkningen av NAFTA artikel 1110 om indirekt expropriering, som det handlar om i dessa fall, fortfarande görs som en ren effektutvärdering där åtgärdens effekt på ekonomin i verksamheten tas som tyngsta indikator på att en expropriation skett. I flera fall efter Techmed v. Mexico har det även lagts vikt vid om åtgärden ligger inom den normala maktutövningen för stater och om den gynnar samhället i stort.

Avgörande för en bedömning om systemet med utsläppshandel kan angripas så som expropriering enligt internationella investeringsavtal blir med detta som utgångspunkt om de ekonomiska effekterna för befintliga verksamheter hålls nere, att systemets konstruktion har stöd av tydliga klimatpolitiska målformuleringar och att liknande typer av verksamheter inte behandlas olika, allra minst utländska gentemot inhemska. Att motverka stora ekonomiska effekter kan till exempel ske genom att tilldela utsläppsrätter motsvarande tidigare års utsläpp kostnadsfritt och att sänka det totala antalet i långsam takt. En sådan strategi skulle dock gå på tvärs mot en vilja att låta ekonomisk effektivitet spela en större roll och införa mer av auktionsförfarande för utsläppsrätterna. Det kan också hävdas att en sådan ekonomisk mildring skulle gå emot principen om att förorenaren ska betala.

## 2.2 Diskriminerande?

Systemet med utsläppsrätter i EU gäller inte lika för alla aktörer som släpper ut växthusgaser. Att bara vissa sektorer ingår i systemet för utsläppsrätter gör att det kan finnas enskilda fall där delvis lika verksamheter behandlas olika. Några sådana fall har uppmärksammats. Ett Belgiskt stålföretag med verksamhet i flera EU-länder har anhängiggjort ett mål vid Förstainstansrätten i vilket det inte bara hävdar att systemet med utsläppsrätter på ett oproportionerligt sätt kränker företagets rätt till egendom utan också att det är diskriminerande i jäm-

---

<sup>8</sup> V. G. Gallo v. Canada, UNCITRAL, handlingar i pågående ärende tillgängliga elektroniskt på [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com) senast besökt 2008-02-27

<sup>9</sup> Glamis Gold Ltd. v. the United States of America, UNCITRAL, handlingar i pågående ärende tillgängliga elektroniskt på [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com) senast besökt 2008-02-27

föreelse med andra industrier och saknar förutsebarhet.<sup>10</sup> Målet är inte avgjort. I nationella domstolar finns några mål med liknande omständigheter. I ett Belgiskt fall ansåg den nationella domstolen att effektivitetsskäl motiverade att enbart de typiskt större förorenarna inkluderats i systemet medan en Fransk domstol begärde ett förhandsbesked om huruvida det är diskriminerande för stålindustrin att plast- och aluminiumindustrin inte inkluderats.<sup>11</sup>

En bedömning huruvida åtgärder är diskriminerande är alltid avhängig ett jämförelseobjekt. Inom konkurrensrätten, liksom den internationella handelsrätten, är det vanligt att jämföra aktörer som på ett eller annat sätt konkurrerar på samma marknad. För internationellt investeringskydd har jämförelsen däremot ofta gjorts med enbart de mest lika inhemska aktörerna. I fallet Methanex mot USA<sup>12</sup> argumenterade ett utländskt metanoltillverkningsföretag att jämförelsen skulle göras med inhemska etanoltillverkare eftersom deras produkter delvis konkurrerade på marknaden för bensintillsatser. Den internationella skiljedomsnämnden menade dock att den relevanta jämförelsen i fallet var de inhemska aktörerna i den mest lika situationen, d.v.s. enbart metanoltillverkarna, och att NAFTA artikel 1102 om icke-diskriminering poängterar ”in like circumstances” och inte det i handelsrätten vanliga ”in like products”. För det internationella investeringskyddets beaktande är det alltså framför allt relevant att se till att verksamheter av samma art behandlas lika. I den delen skulle det Belgiska stålföretaget inte ha så stora utsikter att lyckas med sin argumentation om diskriminerande behandling i förhållande till plast- eller aluminiumindustri. Det torde dock bli en annan sak om reglerna utformats så att inhemska typer av industrier gynnas; om till exempel aluminiumindustrin är undantagen eftersom det bara finns inhemska sådan men att den bidrar till minst lika stora utsläpp som andra industrigrenar.

### 3. SAMMANFATTANDE DISKUSSION

Denna korta analys kring det klimatpolitiskt motiverade systemet med utsläppsrätter för växthusgaser har visat på några känsliga kontaktytor mellan i huvudsak nationella regelsystem för miljöskydd å ena sidan och internationella regler för skydd av investeringar å den andra.

---

<sup>10</sup> Pending Case T-16/04, Arcelor S.A. v. European Parliament and Council

<sup>11</sup> Belgian Arbitration Court, Arrest no 92/2006, 7 juni 2006 respektive French Council of State, Arrest no 287110, 8 februari 2007. För en vidare presentation och diskussion kring fallen se Boute, Anatole, *Combating Climate Change and Securing Electricity Supply: The Role of Investment Protection Law*, European Environmental Law Review, August/September 2007, pp. 227–248

<sup>12</sup> *Methanex Corporation v. United States*, UNCITRAL, Award 3 Aug 2005, available online at U.S State Department website <[www.state.gov/s/l/c3741.htm](http://www.state.gov/s/l/c3741.htm)> last visited 2007-08-20

Ekonomiskt kännbara ändringar för befintliga verksamheter riskerar att bedömas som expropriationsliknande vid en tvist baserat på ett investeringsavtal. Internationella skiljedomsnämnder har vid en sådan bedömning inte samma tradition av tydliga proportionalitetsbedömningar eller uttalat skön för staterna att genomföra politiska reformer som vi sett från till exempel Europadomstolens avgöranden kring egendomsskyddet i Europakonventionen. Skiljedomsnämnder har i investeringstvister dock beaktat syftet med åtgärderna samt på vilket sätt de genomförs. Systemet med utsläppsrätter införs på ett sätt som till stor del minimerar de ekonomiska konsekvenserna för verksamheterna, eftersom tilldelning av utsläppsrätter är kostnadsfri och ofta baseras på historiska utsläpp. Detta kan å andra sidan få till konsekvens att de klimatpolitiska målen blir svårare att nå eftersom dessa kräver en snabb minskning av det totala antalet utsläppsrätter. Systemet med utsläppsrätter riskerar att anses diskriminerande utifrån konkurrensmässiga aspekter. Detta behöver dock inte leda till att det bedöms som diskriminerande utifrån investeringsskyddsregler eftersom delvis andra jämförelseobjekt läggs till grund i en sådan bedömning. Reglerna få dock inte särskilt gynna inhemska typer av industrier.

Många europeiska länder avser även att låta företag tillgodoräkna sig investeringar i utvecklingsländer som görs genom det så kallade CDM-systemet inom Kyoto-protokollet. Denna komponent i Kyotoavtalet syftar till att öka tillgången till fossilsnål energi i länder som inte har åtaganden att minska sina CO<sub>2</sub>-utsläpp. De internationella investeringsskyddsreglerna gäller generellt för dessa investeringar. Det är dock bara investeringar från företag hemmahörande i länder som uppfyller sina åtaganden enligt Kyoto-protokollet kan tillgodoräkna sig dessa CDM-investeringar. Det betyder att Amerikanska företag enligt Kyoto-protokollet inte ska ges samma möjligheter i detta avseende vilket bryter mot investeringsavtalens regler om att behandlas lika bra som den mest gynnade nationens investerare.<sup>13</sup> För Europeisk del är detta givetvis inget problem så länge man fullföljer sina åtaganden enligt Kyoto-protokollet.

En springande punkt för ett starkt investeringsskydd är god förutsebarhet för investerarna. Många klimatpolitiska åtgärder syftar samtidigt till att ändra förutsättningarna för till exempel energisystemen. Ett tankeexperiment: En stat medverkar och stödjer på olika sätt ett utländskt företag som gör en långsiktig investering i ett större kolkraftverk i landet. Efter 10 år inför staten ett radikalt el-certifikatssystem för att stärka förnyelsebara lösningar och detta gör kolkraftverket helt olönsam. Företaget påbörjar planerna för återföring av koldioxid till berggrunden men får beskedet att detta ändå inte skulle göra det berättigat till stöd från el-certifikaten. Ska företaget ha rätt till skadestånd från staten? Regler

---

<sup>13</sup> Werksman, Jacob; Baumert, Kevin A. and Dubash, Navroz K.; Will International Investment Rules Obstruct Climate Protection Policies? World Resources Institute Climate Notes April 2001

ska ju vara förutsebara och behandla verksamheter lika om de är lika duktiga på att minska utsläppen, eller? Om förutsättningarna utifrån lagstiftarens synvinkel ändras mer eller mindre radikalt, måste inte även befintliga industrier ändra på sig? Vem kunde förutse styrkan i de forskarrön som nu läggs fram och som pekar på nödvändigheten av stora åtgärder inom en snar framtid... Ett skadestånd efter en investeringstvist som helt läker den ekonomiska effekten av en klimatpolitisk omläggning riskerar gå emot principen om att förorenaren ska betala. En viktig bedömning är vad som är en rimlig förutsebarhet och här kan investeringskyddet tala för motsatt slutsats jämfört med de klimatpolitiska styrmedlen. Att vi än så länge sett väldigt lite av klimatrelaterade investeringstvister kan bero på den tills helt nyligen stora avsaknaden av effektiva styrmedel utanför skatteregleringen (som normalt undantas från investeringsavtal). De fall som uppmärksammas på Europeisk nivå ger ändå en fingervisning om att även klimatpolitiken kommer leta sig in i rättssystemet och kräva sin plats med tiden.