

CHRISTINA OLSEN LUNDH, Att ransonera utsläppsutrymme — En miljörettslig studie om utsläppshandel enligt Kyotoprotokollet och EU ETS. (Akademisk avhandling, 2010)

1. Avhandlingens syfte och omfattning

EU:s system för utsläppshandel med växthusgaser — ”European Union Emissions Trading Scheme” (EU ETS) — skall bidra till att EU uppfyller Kyotoprotokollet till FN:s klimatkonvention, och mer än så. EU åtog sig i samband med klimatmötet i Köpenhamn 2009 (COP 15) att minska sin totala årliga tillförsel av växthusgaser med 20 procent (alternativt 30 procent, beroende på övriga industriländers åtaganden) till år 2020 jämfört med 1990. Förhoppningen är att handeln skapar ekonomiska incitament som stimulerar till kostnadseffektiva utsläppsminskningar. Liknande förhoppningar förs fram på global nivå: utsläppshandel är ett centralt inslag också inom ramen för Kyotoprotokollet.

Men det är inte alls säkert att förhoppningarna infrias. Avgörande för handelssystemens betydelse är framför allt vilka ”tak” som sätts för den sammanlagda mängden tillåtna utsläpp inom systemen. Christina Olsen Lundh visar i sin doktorsavhandling, som försvarades på Handelshögskolan i Göteborg den 28 maj 2010, att det dessutom uppkommer en rad praktiska, administrativa och rättsliga svårigheter med att få utsläppshandeln med växthusgaser att fungera som ett effektivt miljörettsligt styrmedel. Hennes arbete är inte bara den första juridiska doktorsavhandlingen i Sverige om utsläppshandel, utan det första mer omfattande arbetet om klimatjuridik på svenska över huvud taget.

Olsen Lundh vill analysera utsläppshandeln enligt Kyotoproto-

kollet och EU ETS ”som miljörettsliga instrument ur ett rättsligt ekologiskt hållbarhetsperspektiv”. Det är ett utmärkt tema för en akademisk avhandling. Men hon vill mer än så (s. 46–48). En annan övergripande intention med avhandlingen är att ”beskriva och förklara utsläppshandelsinstrumentets struktur och uppbyggnad”; och till dessa övergripande syften lägger hon följande fem ”delsyften”:

- ”Att skapa förståelse för kontexten”.
- ”Att förklara systemets inre sammansättning och uppbyggnad”.
- ”Visa på betydelsen av att hålla isär systemkonstruktionens beståndsdelar i såväl lagstiftning som allmän debatt”.
- ”Visa på att systemen har en självständig funktion som miljörettsligt instrument”.
- ”Visa på de två handelssystemens styrkor och svagheter ur ett miljörettsligt perspektiv”.

Avhandlingens 767 sidor omfattar 14 kapitel i fyra delar, en engelsk sammanfattning, listor över referenser och litteratur, ett index, en prolog och därtill ett förord på 7½ sidor.

Den inledande beskrivningen av avhandlingens tema följs av en drygt 40 sidor lång introduktion till klimatproblematiken, en lika lång introduktion till ekonomiska teorier om resursutnyttjande och utsläppshandel, och en nästan 140-sidig allmän beskrivning av internationell miljörett, EU:s miljörett och svensk miljörett med blandad relevans för klimatjuridiken. Dessa drygt 300 sidor ger oss en bakgrund — en kontext, för att an-

vända författarens ord — till utsläppshandeln, men vi får inte ta del av författarens egna resonemang eller analyser av utsläppshandeln. Det dröjer ett tag till.

I stället får vi först två avsnitt på sammantaget nästan 200 sidor, som förvisso handlar om klimatjuridik, men som huvudsakligen är beskrivande till sin karaktär. I kapiteln redogör författaren på ett lättläst sätt för FN:s ramkonvention om klimatförändringar, Kyotoprotokollet och EU:s system för utsläppshandel, men hon ger inte heller här några ingående analyser.

Först i avhandlingens fjärde och sista del, som börjar på sidan 495, blir Olsen Lundh mer analyserande. Här diskuterar författaren engagerat utsläppsenheten som en handelsvara och frågar sig om den innebär en rättighet eller skyldighet. Här finns också den viktigaste diskussionen i avhandlingen, om utsläppshandeln som ett marknadsbaserat miljörättsligt instrument och som ett effektivt medel för att uppnå en hållbar utveckling.

Christina Olsen Lundhs breda kunskaper om klimatproblematikens olika dimensioner — inte bara juridiska utan också naturvetenskapliga och ekonomiska — är imponerande, och hennes ambition att koppla ihop ekologi (eller snarare naturvetenskap, för det är mer än ekologi), ekonomi och juridik är lovvärd. Hon vill täcka in allt som rör juridik och klimat. Läsaren får också veta allt — eller i varje fall det mesta — av det hon läst, för hon återger mycket, men ofta utan att tillföra egna tankar eller slutsatser. Det resulterar i en omfattande och informativ bok, med långa beskrivande avsnitt som redogör för handelssystemet.

Utöver beskrivningarna av klimatproblematiken, juridiken och inte minst handelssystemen, redo-

gör hon exempelvis för hur utsläppshandeln kopplas till projektinriktade klimatåtgärder inom ramen för Kyotoprotokollet (CDM och JI), och hur EU internt fördelat bördan att genomföra åtagandena enligt Kyotoprotokollet. Dessutom beskriver Olsen Lundh den successiva utvidgningen av handelssystemet till att omfatta andra klimatpåverkande aktiviteter (bl.a. flyg), den rättsliga hanteringen av förslaget att avskilja och lagra koldioxid i marken, hur utsläppsenheter beskattas och betraktas som handelsvara (den omsätter redan mångmiljardbelopp), och argumenten för och emot att betrakta fördelningen av utsläppsenheter som en form av statsstöd (potentiellt i strid mot EU-fördraget). Dessa beskrivningar har inte alltid så stor betydelse för författarens egna slutsatser, men man blir som läsare väl insatt i handelssystemet. Det är i sig en bedrift att på ett begripligt sätt redogöra för ett så komplext och i många avseenden oklart system som regleringen av utsläppshandeln.

Boken blir på så sätt värdefull för den som vill lära sig handelssystemets historik och få en bild av systemets uppbyggnad och "kontext". Praktiker på miljöförvaltningar, företag, advokatbyråer och inom intresseorganisationer som vill sätta sig in i utsläppshandelns dimensioner kan ha stor nytta av Olsen Lundhs bok.

Men syftet med en doktorsavhandling är ett annat. Det är inte att sammanställa befintlig kunskap och information, och presentera den på ett begripligt sätt. Inte heller att skriva allt man kan om ett ämne, eller att berätta om eller återge allt man läst under sina forskarstudier. Tvärtom. En doktorsavhandling bör vara toppen av isberget. Den skall inte bedömas efter omfånget, utan efter vad den

tillför: om den ger *nya* kunskaper, insikter och perspektiv, *ny* förståelse för ett problem eller en *ny* lösning, utifrån författarens resonemang och analyser. Kort sagt: Vad tillför avhandlingen som inte redan sagts? En doktorsavhandling är inte en övergripande redogörelse eller en introduktion till ett ämne.

Nu bidrar Olsen Lundh också med egna analyser och hon tillför nya insikter och funderingar. Mest framträdande blir Olsen Lundhs tankar och resonemang i analysen av handelssystemen som miljörettsliga och ekologiskt hållbara instrument och i diskussion om vad utsläppsenheter representerar. Det är i dessa delar som avhandlingens vetenskapliga värde är störst. Tyvärr upptar de bara en begränsad del av avhandlingen, som också innehåller mycket information och kunskap som redan är tillgänglig. På så sätt blir avhandlingen onödigt lång och bitvis ofokuserad. Om Olsen Lundh hade begränsat sitt syfte till att undersöka utsläppshandeln som miljörettsligt instrument, skulle hon också kunnat ta hjälp av syftet för att avgränsa och strukturera avhandlingen.

2. Miljörettsliga perspektiv och frågor

Christina Olsen Lundhs ambition är att låta "det miljörettsliga perspektivet" präglade avhandlingen, så att rätten betraktas som ett instrument för att uppnå eller bibehålla något i miljön (s. 50). Hon lägger därför stor vikt vid att "rättsligt operationalisera" olika miljömål. Hennes granskning av om befintliga regler kan operationalisera målet att stabilisera mängden växthusgaser i atmosfären är värdefull och intressant, men jag tycker att hon väljer ett alltför snävt angreppssätt.

Baserat på idéer som framförts av Staffan Westerlund och Lena

Gipperth spaltar Olsen Lundh upp sin operationaliseringsprocess i fyra led (s. 278): Att klargöra om det bakomliggande miljömålet kan brytas ner i delmål; att genomföra operationaliseringen; att genomdriva de förhållningsregler som blir resultatet; och att införa en återkopplingsfunktion. Dessa fyra led är i sig så allmänt hållna att en analys av den rättsliga operationaliseringen skulle kunna rymma flera rättsliga aspekter. Olsen Lundh väljer emellertid att begränsa sin operationalisering till materiella normer och faktorer: dvs. till hur mål skall konkretiseras, hur de skall formuleras som delmål, som rättsligt bindande standarder eller begränsningar — helst genom miljö kvalitetsnormer — som sedan direkt transformeras till bindande restriktioner för enskilda utövare. I vissa delar reducerar hon sin operationalisering till att likna en matematisk operation. Det blir tydligt i den utförliga förteckningen av de olika "steg" som hon beaktar i operationaliseringsanalysen (s. 580–582 och även s. 284), där de flesta listade punkterna är av matematisk karaktär och främst handlar om att ange gränser. Därmed försvinner en rad betydelsefulla processuella och institutionella faktorer i hennes operationaliseringsmodell.

Visst är beräkningar, bedömningar och fastställande av maximala temperaturförändringar, belastningsgränser och utsläppsgränser betydelsefulla för miljöstyrningen, miljöpolitiken och den rättsliga regleringen. Och visst är det viktigt att enas internationellt om utsläppsminskningar och att EU:s direktiv om utsläppshandel anger den totala minskningen av mängden utsläppsenheter i rättsliga termer (1,74 procent per år av de genomsnittliga årliga verifierade utsläppen). Men att reducera och förenkla operationaliseringen på det sättet som Olsen Lundh

gör, innebär också att man missar viktiga faktorer för operationaliseringen av miljömål.

En faktor som bör ingå i en sådan analys är olika berörda aktörers och institutioners makt och rättsliga kompetens. Exempelvis påverkas möjligheten för EU att effektivt uppnå sitt klimatmål av maktförhållandet mellan kommissionen och medlemsstaterna, när utsläppsenheterna skall fördelas bland de verksamheter som omfattas av utsläppshandeln. Exemplet visar också på svårigheten att styra på flera nivåer, och aktualiserar frågan om andra än de berörda industrierna och myndigheter bör få medverka i utformningen av beslut om fördelningsplaner m.m. Olsen Lundh beskriver ingående kompetensförhållandet mellan kommissionen och medlemsstaterna, men kopplar inte flernivåstyrningen till operationaliseringsanalysen.

I diskussionen om juridikens inverkan och betydelse för operationaliseringen av miljömål är Olsen Lundh dessutom helt inriktad på reglers *föreskrivande* (beordrande) karaktär, dvs. på de krav och restriktioner de medför. Däremot berör hon inte rättsnormers och rättsliga begrepps "möjliggörande" egenskaper, dvs. om rättsliga konstruktioner, begrepp och strukturer kan bidra till enskilda personers, företags och sammanslutningars möjlighet att skapa sociala institutioner, samarbetsformer m.m. för att gemensamt förvalta en gemensam resurs. Detta är en av grundtankarna för Elinor Ostrom, som fick Nobelpriset i ekonomi 2009, och liknande tankar har formulerats i den miljöforskning som uppmärksammar social-ekologiska systems resiliens. Som Olsen Lundh själv påpekar, är Ostroms forskning framför allt inriktad på mer lokala miljö- och resursfrågor (s. 137, not 78), men

handelsystemets "interna flexibilitet", som beskrivs i avhandlingen, innebär just sådana möjliggörande egenskaper som jag avser. Hur inverkar det på operationaliseringen? En annan viktig faktor för att effektivt uppnå miljömål är om verksamhetsutövare skall vara berättigade till ersättning för att de begränsar sina utsläpp. Olsen Lundh diskuterar både handelsystemets "interna flexibilitet" och rätten till ersättning, men hon skulle kunnat knyta frågorna tydligare till sin operationaliseringsmodell.

Vi behöver modeller för att förenkla resonemang och analyser, men juridiken är mer dynamisk och komplex, inte minst i gränsöverskridande sammanhang, än Olsen Lundhs operationaliseringsmodell ger sken av. Såväl rättsliga institutioner som rättsliga processer inverkar på styrningen mot — eller, om man så vill, operationaliseringen av — en hållbar utveckling.

Huvudfrågan i Olsen Lundhs avhandling är om utsläppshandeln är långsiktigt hållbar. Hon beskriver hur hon själv ändrade uppfattning under skrivandet av avhandlingen, från att ha varit klart kritisk till tanken på att man skall kunna "köpa sig" rätten att förorena till att se fördelarna med utsläppshandeln som ett miljörättsligt instrument. Olsen Lundhs slutsats är att systemen i deras nuvarande utformning — efter blott några år — inte är hållbara, men att utsläppshandeln i sig har en stor potential (s. 677). Jag instämmer. Om mängden utsläppsenheter anges på rätt nivå, om det inte görs undantag som undergräver systemets legitimitet (typ att alltför stora sänkningar kan genomföras utanför det egna territoriet) och om mätningar är effektiva och pålitliga, då kan utsläppshandel vara ett effektivt system. Det hindrar inte

att andra miljörättsliga angreppssätt, som tekniska krav i tillstånd baserade på hänsynsregler, skulle kunna vara effektivare eller användas som supplement till utsläppshandeln.

3. Vadå utsläppsenhet?

Utsläppshandel är ett nytt inslag i europeisk miljö rätt och varken den rättsliga hanteringen av eller begreppsbildningen kring utsläppsrätter är helt klar. Med hänvisning till bland annat Wesley Newcomb Hohfeldts analysmodell för rättsliga relationer, Europakonventionens tilläggsprotokoll om egenomsskydd och EU-domstolens (men inte Europadomstolens) praxis försöker Olsen Lundh besvara följande frågor (s. 504–548):

- Innebär utsläppshandeln i sig en inskränkning av rätten att släppa ut växthusgaser, som kan medföra rätt till ersättning för de verksamhetsutövare som berörs?
- Skall en utsläppsenhet betraktas som en rättighet — en rätt att släppa ut ett ton CO₂-ekvivalenter — eller som något annat?
- Innebär innehavet av utsläppsenheter i så fall en rättighet som inte kan frånkrävas innehavaren utan ersättning?

Det skulle naturligtvis vara ödesdigert för utsläppshandeln som styrmedel om staten skulle behöva ersätta samtliga berörda verksamhetsutövare på expropriationsrättsliga grunder bara för att de måste inneha utsläppsrätter och inte längre "fritt" kan släppa ut koldioxid. Det skulle även strida mot den grundläggande principen att förorenare skall betala för sina föroreningar. Olsen Lundhs slutsats, om jag förstår henne rätt, är att övergången för de berörda verksamheterna, från en situation då deras utsläpp av växthusgaser kunde regleras i tillstånd enligt

miljöbalken till att omfattas av handelssystemet, *inte* innebar någon rätt till ersättning.

Jag delar i så fall hennes uppfattning. Hela argumentationen för att de berörda företagen skulle vara berättigade sådan ersättning är långsökt. Vi kan jämföra det med situationen att en farlig kemikalie eller produkt förbjuds av hälso- eller miljöskäl. Sådana restriktioner medför ingen rätt till ersättning. Inte heller blir företag generellt berättigade till ersättning då deras möjligheter att förorena omgivningen ändras genom tillståndsplikt, restriktioner eller förbud. Någon generell rätt att förorena till skada för andra finns inte, och någon sådan rätt har följaktligen inte tagits ifrån någon till följd av EU ETS. Verksamheter som omfattas av utsläppshandeln har därför inte heller någon rätt till kompensation på denna grund.

Nästa fråga är vilka rättsliga dispositioner innehavet av en utsläppsenhet medför. En kvot? En förpliktelse? Eller en rättighet? Enligt Olsen Lundh innebär innehavet av en utsläppsrätt en "kvot" och en "förpliktelse" snarare än en rättighet. För att leda sin slutsats i hamn börjar hon på internationell nivå, och menar att staterna som ingår i utsläppshandelssystemet handlar med "förpliktelser". Visst, industriländerna som är parter till Kyotoprotokollet är skyldiga att minska sina utsläpp till en viss nivå, och för att medverka i handeln måste de uppfylla vissa kriterier. Men det betyder inte att en utsläppsenhet skall betraktas som en förpliktelse.

För EU:s medlemsstater är en utsläppsenhet naturligtvis en kvot i förhållande till hela den tillåtna utsläppsmängd som omfattas av handeln. Däremot är den inte en kvot för den enskilde innehavaren. För företag som omfattas av utsläppshandeln medför innehavet

av en utsläppsenhet att innehavaren kan släppa ut ett ton koldioxid utan att drabbas av någon sanktion. Det innebär en för stunden given rättighet, dvs. ett anspråk på att faktiskt få använda utsläppsenheten.

Utsläppshandeln skiljer sig från villkor baserade på hänsynsregler i tillstånd. I det ena fallet kan man köpa till sig utsläppsutrymme, men inte i det andra. Likheten består i att utövaren inte får förörena mer än som följer av tillståndsvillkor eller av antalet utsläppsenheter. Båda instrumenten medför därför ett slags gräns för det tillåtna utsläppsutrymmet.

Olsen Lundh befarar att om utsläppsenheten betraktas som en utsläppsrätt, kan det medföra krav på ersättning exempelvis när enheterna skall "lämnas in" eller när det totala antalet utsläppsenheter krymper. Jag kan förstå hennes bekymmer, men jag håller inte med henne om att utsläppsenheten bör betraktas som en kvot eller förpliktelse.

Snarare bör man se innehavet som ett anspråk, för den som ingår i handelssystemet, på att inom en given tidsperiod och mot registrering av utsläppsenheten, få släppa ut ett ton koldioxidekvivalenter i atmosfären utan sanktion, och en rätt att överlåta enheten till någon annan. Alternativt kan det betraktas som en frihet/immunitet, och att innehavaren inte skall hindras från att tillföra atmosfären motsvarande mängd koldioxid under den tid utsläppsenheten är giltig. De svenska och engelska termerna ("utsläppsrätt" och "allowance") antyder att det är fråga om en rättighet eller något man förfogar över. Men det innebär inte en rätt som innehavaren har i varje tid och under vilka omständigheter som helst. Det är en tidsbegränsad rättighet. Den som ingår i systemet vet att kvoterna kommer att be-

gränsas i framtiden och att det kommer att kosta om man vill ha större utsläppsutrymme. Som Olsen Lundh skriver (s. 525): en utsläppsrätt innebär inte någon äganderätt till atmosfären, och inte heller en rätt till ersättning när utsläppsrätten upphör.

4. Avslut

Trots min kritik av avhandlingens upplägg och omfattning är Christina Olsen Lundhs bok en välkommen framställning på svenska om den internationella och europeiska klimatjuridiken. De som arbetar praktiskt med klimatjuridiska frågor kan ha stor nytta av hennes lättlästa och engagerande beskrivningar av ett system som på många sätt är juridisk-tekniskt komplicerat. Även forskare har naturligtvis nytta av en övergripande framställning av juridiken kring klimatförändringarna. Störst behållning för den miljörettsliga forskningen blir ändå de inslag som bidrar till ökad kunskap om styrning och måluppfyllelse, och till insikterna om hur komplex flernivåstyrningen är — från FN:s klimatkonvention till den enskilde verksamhetsutövaren. Behållningen blir ännu större om Christina Olsen Lundh sammanför dessa inslag och sina slutsatser i avhandlingen till en artikel eller *koncis* bok på engelska, så att de når en internationell läsekrets.

Jonas Ebbesson