

HT-2009



**EKONOMI  
HÖGSKOLAN**  
Lunds universitet

Institutionen för handelsrätt  
HARK 11 Självständigt arbete  
Kandidatuppsats

# Om begreppet ”investering” enligt ICSID- konventionen.

**Handledare:** Boel Flodgren

**Författare:** Lina Hjelm Wallgren

## *Sammanfattning*

I dag är det ett vanligt förekommande att företag investerar i andra stater. Dessa internationella investeringar är viktiga dels för att främja den inhemska ekonomin dels för att främja världsekonomin. Ett led i att skydda och främja internationella investeringar är att tillhandahålla ett oberoende internationellt tvistlösningsförfarande som tillgodoser internationella investeringar. Ett sådant förfarande tillhandahålls av “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States” (ICSID-konventionen) som ingicks år 1965 av Världsbanken. Syftet med ICSID-konventionen är att främja internationella investeringar genom att tillhandahålla ett oberoende tvistlösningsystem mellan en stat och en investerare. Ur ICSID-konventionen grundades ICSID, en institution som handlägger tvistlösningsförfaranden enligt konventionen. Tvistlösning enligt ICSID-konventionen, grundas vanligen på ett bilateralt investeringsavtal (BIT), som ingåtts mellan två stater. BITs är ett avtal som utgör garantier för att staterna skall skydda internationella investeringar. ICSID-konventionen förutsätter för sin tillämpning att tvisten utgör en *investering*. ICSID-konventionen saknar en definition om vad som utgör en investering därför att grundarna till konventionen ansåg att begreppet investering skulle tolkas flexibelt och menade att en bestämd definition i ICSID-konventionen skulle motverka flexibiliteten.

Uppsatsens huvudsakliga syfte är att utreda begreppet *investering* enligt ICSID-konventionen. Doktrin i ämnet och avgöranden från ICSID har skapat en metod som underlättar tolkningen av vad som utgör en investering enligt ICSID-konventionen. Denna metod utgör fyra-fem olika kännetecken som utmärker en investering. Det första kännetecknet innebär *varaktighet*. Det andra innebär *vinst eller avkastning*. Det tredje kännetecknet utgör en *risk*. Det fjärde kännetecknet innebär att en investering antingen bör utgöra ett *bidrag* eller att avtalet utgör ett *substantiellt belopp*. Det sista kännetecknet innebär att en investering bör utgöra ett *bidrag till utvecklingen* i staten där investeringen görs. Denna metod kallas Salini-testet och används vanligen av ICSID-tribunalerna för vägledning i att definiera begreppet investering enligt ICSID-konventionen. Uppsatsens analys tyder på att ICSID-tribunalerna bedömer Salini-testets kännetecken på olika sätt vilket försvårar definitionen av vad som utgör en investering enligt ICSID-konventionen.

Nyckelord: ICSID-konventionen, ICSID, internationella investeringar, bilaterala investeringsavtal, Salini-test

## ***Abstract***

Nowadays it is common for corporations to invest in foreign countries. These international investment are important both for promoting the domestic economy and to promote the world economy. One step in the protection and promotion of international investment is to provide an independent international dispute settlement procedure which protects international investment. Such procedure is provided by "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States" (ICSID Convention) concluded in 1965 by the World Bank. The purpose of the ICSID Convention is to promote international investment by providing an independent dispute resolution mechanism between a state and an investor. From the ICSID Convention, the ICSID an institution was founded. ICSID provides the dispute settlement procedures under the Convention. Dispute settlement under the ICSID Convention, are usually based on a bilateral investment treaties (BIT), signed between two states. BITs are agreements to provide guarantees that states must protect international investments. The ICSID Convention requires for its application that the dispute regards an *investment*. The ICSID Convention does not include a definition of what constitutes an investment because the founders of the Convention considered that the notion of investment should be interpreted flexibly. They meant that a determine definition of an investment would discourage the flexibility. This essay's main purpose is to investigate the concept of investment under the ICSID Convention. Doctrines of substance and ICSID awards have created a method that facilitates the interpretation of what constitutes an investment under the ICSID Convention. This method includes up to five different characteristics of an investment. The first feature is *duration*. The second are *profit or return*. The third characteristic is *risk*. The fourth feature has two meanings. Either the investment should make a *contribution* or the contract should comprise a *substantial amount of money*. The last feature means an investment should make a *contribution to the development* of the state where the investment is made. These characteristics are called the Salini-test and are usually used by the ICSID tribunals for guidance in defining the concept of investment under ICSID Convention. The analysis of this essay indicates that ICSID tribunals assessing the features in the Salini-test in different ways, which complicates the definition of what constitutes an investment under the ICSID Convention.

Keywords: ICSID-Convention, ICSID, international investment, bilateral investment treaties, Salini-test

## *Förkortningar*

BIT	Bilateral investment treaty
GBP	Great Britain pound
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID-konventionen	The Convention on the Settlement of investment disputes between States and Nationals of Other States
I.L.M	International Legal Materials
NAFTA	North American Free Trade Agreement
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser
USD	US dollar
WTO	World Trade Organization

<b>1. INLEDNING .....</b>	<b>6</b>
1.1 ÄMNE OCH BAKGRUND .....	6
1.2 SYFTE.....	7
1.3 PROBLEMFÖRMULERING .....	8
1.4 AVGRÄNSNING .....	8
1.5 METOD OCH MATERIAL.....	9
1.6 DISPOSITION.....	9
<b>2. ICSID-KONVENTIONEN OCH ICSID .....</b>	<b>11</b>
2.1 BAKGRUND.....	11
2.2 ICSID ADMINISTRATIONEN.....	12
2.3 TVISTLÖSNING I ICSID .....	13
2.4 ICSID-KONVENTIONENS ÖVERGRIPANDE SYFTE.....	14
<b>3. INVESTERING ENLIGT ICSID-KONVENTIONEN .....</b>	<b>16</b>
<b>4. BILATERALA INVESTERINGSAVTAL .....</b>	<b>19</b>
4.1 INLEDNING .....	19
4.2 BITs GENERELLA INNEHÅLL .....	20
4.3 BEGREPPET INVESTERING I SVENSKA BITs.....	20
<b>5. INVESTERING ENLIGT ICSID-SKILJEDOMAR.....</b>	<b>23</b>
5.1 INTRODUKTION.....	23
5.2 FEDAX N.V – VENEZUELA .....	23
5.3 CESKOSLOVENSKA OBCHODNI BANKA A.S-SLOVAKIEN .....	24
5.4 SALINI COSTTRUTORI S.P.A, ITALSTRADE S.P.A-MAROCCO.....	26
5.5 JOY MINING-EGYPTEN.....	27
5.6 MALAYSIAN HISTORICAL SALVORS SDN BHD-MALAYSIA .....	29
<b>6. INVESTERING ENLIGT ICSID-KONVENTIONEN .....</b>	<b>32</b>
6.1 ALLMÄN DISKUSSION OM BEGREPPET INVESTERING .....	32
6.2 SALINI-TESTET.....	33
6.2.1 Varaktighet.....	36
6.2.2 Avkastning eller vinst .....	37
6.2.3 Åtagande/bidrag.....	38
6.2.4 Risk .....	39
6.2.5 Gynnar (ekonomiska) utvecklingen i staten. ....	40
6.2.6 Sammanfattning av Salini-testet .....	41
<b>7. SLUTSATSER .....</b>	<b>43</b>
<b>REFERENSER.....</b>	<b>45</b>

# 1. Inledning

## 1.1 Ämne och bakgrund

Under de senaste årtiondena har handeln mellan stater ökat vilket har gjort att fler företag väljer att etablera sig på andra marknader än den inhemska. Den ökande handeln beror bl.a. på att nationella barriärer har reducerats och att det därmed blivit enklare för företag att investera utomlands. En ökad handel över gränserna skapar också fler konflikter vilket ökar behovet av handelsrättsliga riktlinjer och bestämmelser.<sup>1</sup>

Internationella investeringar skyddas av det nationella regelverket som är gällande i den staten, men investeringen kan också behöva skyddas mot statens ingrepp, d.v.s. politiska risker. Politiska risker kan t.ex. utgöras av expropriation, valutarisker och politiska konflikter som kan leda till att investeraren förlorar hela eller delar av värdet på sin investering.<sup>2</sup> Det finns flera internationella organisationer som reglerar hur internationella investeringar skall skyddas. World Trade Organisation (WTO) vill genom multinationella avtal underlätta för företag att investera i andra länder. En investerare som anser sig blivit missgynnad kan inte åberopa WTO-rätten eftersom WTO-avtalen är mellanstatliga och ger enbart rättigheter för stater.<sup>3</sup> Ett annat avtal som avser att underlätta handeln mellan stater är North American Free Trade Agreement (NAFTA) som är gällande för USA, Canada och Mexiko. Det är ett frihandelsavtal som staterna har skrivit under och som reglerar handelsfrågor och internationella investeringar. NAFTA reglerar tvistlösning genom skiljeförfarande mellan stat och investerare.<sup>4</sup> Utöver multilaterala avtal finns det även bilaterala avtal, s.k. bilaterala investeringsavtal (BIT) som ingås mellan två stater där syftet är att främja internationella investeringar mellan två stater.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Kommerskollegium, The relationship between international trade and foreign direct investments for Swedish multinational enterprises, 2008:3, s 5.

<sup>2</sup> Lyons E Katherine, Piercing the corporate veil in the national arena, 2006, s 526.

<sup>3</sup> WTO, s 101. Hämtad från: [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/utw\\_chap7\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/utw_chap7_e.pdf), 2010-01-07.

<sup>4</sup> NAFTA. Hämtad från: <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=226>, 2010-01-07.

<sup>5</sup> Kommerskollegium. Hämtad från webbplats: [http://www.kommers.se/templates/Standard2\\_\\_\\_699.aspx](http://www.kommers.se/templates/Standard2___699.aspx), 2010-01-07.

Twistlösning gällande internationella investeringar sker idag vanligen med stöd av ”The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States” (ICSID-konventionen). ICSID-konventionen är ett multilateralt avtal som reglerar institutionen ”International Centre for Settlement of Investment Disputes” (ICSID). ICSID är en institution som uppkommit ur ICSID-konventionen och som handlägger twistlösning mellan en stat och en investerare med ursprung från olika stater. Twistlösningen sker antingen genom förlikning eller genom skiljeförfarande. Då utlandsinvesteringarna har ökat under de senaste decennierna har ICSID-konventionen blivit ett mycket använt twistlösningsförfarande.<sup>6</sup> Idag anses ICSID-konventionen vara det ledande förfarandet för twistlösning mellan en stat och en investerare.<sup>7</sup> Under de fyrtiofem år som ICSID funnits, har 292 tvister registrerats.<sup>8</sup> En twist som handläggs enligt ICSID-konventionen grundas vanligen på ett BIT.<sup>9</sup>

Denna uppsats handlar framförallt om ICSID-konventionen men behandlar också bilaterala investeringsavtal (BITs) i den utsträckning som behövs för att uppnå uppsatsens syfte.

## 1.2 Syfte

Skiljeförfarande inom ramen för ICSID-konventionen har blivit ett vanligt sätt att lösa tvister mellan en stat och en investerare. Idag finns det en omfattande rättspraxis från ICSID som handlar om skyddet för internationella investeringar. ICSID-konventionens förutsätter för sin tillämpning att tvisten handlar om en *investering*. Därmed utgör begreppet investering en central del av ICSID-konventionen. Det grundläggande syftet med denna uppsats är att utreda vad som utgör en investering enligt ICSID-konventionen. I uppsatsen beskrivs översiktligt ICSID:s verksamhet eftersom denna institution ännu inte är speciellt känd i Sverige. I ICSID-konventionen utgör begreppet investering en förutsättning för en rättsprocess, d.v.s. en twist tas inte upp av ICSID om denna inte rör en investering. Materiellt handlar tvister enligt ICSID-konventionen om skydd för internationella investeringar. Sådant skydd regleras av BITs. Även i BITs får begreppet investering en betydelse. Jag har därför valt att beskriva några

---

<sup>6</sup> Shihata Ibrahim, förord till Schreuer Christoph, 2001, ICSID Convention a commentary, 2001, s XVI.

<sup>7</sup> ICSID. Hämtad från webbplats:

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID\\_Home](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home), 2010-01-07.

<sup>8</sup> ICSID Annual report 2009, s 3.

<sup>9</sup> Ibid.

BITs där Sverige är part. Syftet med att beskriva dessa är att rent allmänt skapa förståelse vad BITs innehåller och vad som utgör en investering enligt BITs.

Sammanfattningsvis är syftet med denna uppsats att utreda begreppet investering, framförallt enligt ICSID-konventionen men också till viss del enligt BITs.

### ***1.3 Problemformulering***

Investering är ett centralt begrepp i ICSID-konventionen. ICSID-konventionen saknar emellertid en definition av begreppet investering. Min huvudsakliga frågeställning är vad begreppet investering innebär enligt ICSID-konventionen. Mitt huvudsakliga källmaterial utgörs av rättspraxis från ICSID. En tvist som handläggs av ICSID grundas vanligen på ett BIT. Därför kommer uppsatsen också till viss del fokusera på hur några olika BITs definierar begreppet investering.

### ***1.4 Avgränsning***

I denna uppsats sammanfaller problemformuleringen med syftet, d.v.s. uppsatsen fokuserar på att undersöka begreppet investering enligt ICSID-konventionen. Det finns andra definitioner av begreppet investering dels inom andra internationella organisationer, såsom NAFTA och WTO, dels inom ekonomisk teori. Uppsatsen kommer att fokusera på en investering enligt ICSID-konventionen. I sökandet efter klarhet kommer rättspraxis från ICSID att användas. När denna rättspraxis behandlas, läggs fokus på begreppet investering och därmed utesluts andra sakfrågor som också behandlas i rättsfallen. Jag har också använt mig av några BITs. Dessa är slumpmässigt utvalda eftersom jag inom ramen för uppsatsen inte kan behandla alla. Det finns dock en genomgående likhet i de flesta BITs och därför kan det inte anses som särskilt riskabelt att använda sig av ett begränsat urval i uppsatsen.



## ***1.5 Metod och material***

Jag har använt mig av juridisk metod. Juridisk metod innebär att regelsystemet är utgångspunkt för hur sakfrågan skall behandlas.<sup>10</sup> Med hjälp av rättskällorna analyseras hur rätten skall tillämpas på relevant fakta.<sup>11</sup> Jag har utgått från texten i ICSID-konventionen och undersökt hur man i skiljeförfaranden enligt konventionen uttolkat begreppet investering. Jag har också använt mig av rättsvetenskaplig litteratur som jag funnit på Lunds Universitetsbibliotek och Raoul Wallenberg Institutet i Lund samt juridiska tidskriftsartiklar som jag funnit i databasen ELIN<sup>12</sup>. Jag har också använt andra artiklar från Internet och då använt ”ICSID” som sökord. Även hemsidor från Internet har använts, för att erhålla en uppdaterad version av relevanta fakta. ICSID-konventionen är inte speciellt välkänd i Sverige och därför saknas det svenskt material i ämnet. Jag har enbart hanterat material som är skrivet på engelska och av internationella författare. Den rättspraxis som jag använt, har valts ut dels utifrån doktrin dels utifrån referenser i rättspraxis. Jag har trots stora ansträngningar inte funnit originaldomar från två av rättsfallen<sup>13</sup>, vilket gjort att jag har fått använda mig av andrahandsskällor i dessa fall. Diskussionen som förs om begreppet investering kommer att ha sin utgångspunkt i ICSID-konventionen men jag kommer också att beakta vad juridisk doktrin och andra artiklar säger om begreppet.

## ***1.6 Disposition***

I uppsatsens andra kapitel behandlas ICSID-konventionen, ICSID som institution och hur en tvistlösning inom ramarna för ICSID-konventionen går till väga.

I det tredje kapitlet kommer jag att översiktligt utreda begreppet investering enligt ICSID-konventionen.

---

<sup>10</sup> Hydén Håkan, Rättsregler-en introduktion till juridiken, 2001, s 11.

<sup>11</sup> Sandgren Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 2007, s 37f.

<sup>12</sup> ELIN är en databas av artiklar och tidskrifter som används av Lunds Universitet.

<sup>13</sup> Fedax-Venezuela och Salini-Marocko.

Det fjärde kapitlet behandlar bilaterala investeringsavtal. Jag har här valt ut några BITs som Sverige ingått med andra stater och utifrån dessa tar jag upp en allmän diskussion om innehållet och begreppet investering i BITs.

I det femte kapitlet refererar jag fem olika skiljedomar från ICSID där begreppet investering utreds.

Det sjätte kapitlet innehåller en djupare analys av begreppet investering, utifrån den kartläggning som gjorts i de tidigare kapitlen. Här görs ett sammanfattande försök att utreda vad som utgör en investering enligt ICSID-konventionen.

Det sjunde och sista kapitlet innehåller slutsatser av vad som framkommit i analysen.

## 2. ICSID-konventionen och ICSID

### 2.1 Bakgrund

”The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States” (ICSID-konventionen) ingicks år 1965 och trädde i kraft år 1966. Initiativtagare till ICSID-konventionen var Världsbanken. ICSID-konventionen är en multilateral traktat. Enligt preambeln till ICSID-konventionen skall konventionen främja privata internationella investeringar och ett ökat internationellt ekonomiskt samarbete.<sup>14</sup> Vidare framhålls vikten av ett ökande partnerskap mellan stater för att gynna den ekonomiska utvecklingen.<sup>15</sup> Syftet med ICSID-konventionen är att skapa ett oberoende tvistlösningssystem och reducera barriärer för investeringar i andra stater, barriärer som utgörs av t.ex. politiska risker. Ett sådant tvistlösningssystem motverkar också korruption, mutor och nationella intressekonflikter.<sup>16</sup> Då ICSID-konvention tillhandahåller tvistlösning mellan en stat och en investerare avser ICSID-konventionen att bidra till ett gynnsamt investeringsklimat i utvecklingsländerna. ICSID-konventionen skapar trygghet gentemot politiska risker i dessa stater.<sup>17</sup> Idag har ICSID 144 medlemsländer som ratificerat ICSID-konventionen och ytterligare tolv länder som har skrivit under men inte ratificerat denna.<sup>18</sup> ICSID-konventionen lade grunden till institutionen ”International Centre for Settlement of Investment Dispute” (ICSID), som började verka år 1966.<sup>19</sup> ICSID administrerar och tillhandahåller det institutionella ramverket för hur tvistlösningen skall genomföras samt erbjuder skiljemän som parterna i en tvist kan välja mellan. ICSID tillhandahåller regler för förlikning och skiljeförfaranden.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> Preambeln till ICSID-konventionen.

<sup>15</sup> Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, punkt 9.

<sup>16</sup> Katherine E Lyons, Piercing the corporate veil in the international arena, 2006, s 526 ff.

<sup>17</sup> Griffin Peter, Farren Ania, How ICSID can protect sovereign bondholders, 2005.

<sup>18</sup> ICSID. Hämtad från webbplats:

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates\\_Home](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home), 2010-01-07.

<sup>19</sup> Brochers Aron, Selected essays, Worldbank, ICSID and other subjects of public and private international law, 1995, s 164f.

<sup>20</sup> ICSID. Hämtad från webbplats:

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp\\_settl\\_facilities](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp_settl_facilities), 2010-01-07.

## 2.2 ICSID administrationen

ICSID har förlagt sin verksamhet till Världsbankens högkvarter i Washington D.C. De administrerar förlikning och skiljeförfaranden. En förlikningsprocess respektive ett skiljeförfarande handhas av en kommission respektive en tribunal.<sup>21</sup> ICSID består av ett förvaltningsråd och ett sekretariat, där förvaltningsrådet är det styrande organet. ICSID har en generalsekreterare som är chef för sekretariatet och som är vald av förvaltningsrådet. Generalsekreteraren har en mandattid på sex år och väljs med två tredjedelars majoritet av medlemmarnas röster.<sup>22</sup> Generalsekreteraren har rätt att avvisa ansökan om tvistlösning om han finner att tvisten ligger utanför ICSID:s behörighet.<sup>23</sup> Sekretariatet ger ut en aktuell lista med tillgängliga skiljemän. Dessutom publicerar sekretariatet varje år en rapport<sup>24</sup> som beskriver ICSID:s verksamhet under året.<sup>25</sup>

Förvaltningsrådet består av en representant från varje medlemsstat eller en representant för denna om förhinder föreligger. Förvaltningsrådet har ett möte varje år eller fler om rådet bestämmer det. Varje ledamot av förvaltningsrådet har en röst och alla beslut tas av en majoritet av rösterna. Rådet skall ta beslut i frågor gällande exempelvis den årliga budgeten och rådet skall också godkänna den årliga rapporten och anta regler för förlikning och skiljedomsförfaranden.<sup>26</sup> De utser också generalsekreteraren och den biträdande sekreteraren genom majoritetsröstning.<sup>27</sup> Ordföranden i Världsbanken är ordförande i ICSID:s förvaltningsråd.<sup>28</sup>

---

<sup>21</sup> Reed Lucy, Paulsson Jan, Blackaby Nigel, Guide to ICSID arbitration, 2004, s 5.

<sup>22</sup> ICSID-konventionen artikel 9-11.

<sup>23</sup> ICSID. Hämtad från webbplats:

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp\\_settl\\_facilities](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp_settl_facilities), 2010-01-10.

<sup>24</sup> Annual report.

<sup>25</sup> Reed Lucy at al, Guide to ICSID arbitration, 2004, s 5.

<sup>26</sup> ICSID-konventionen artikel 4-7.

<sup>27</sup> Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, punkt 19.

<sup>28</sup> ICSID. Hämtad från webbplats:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Organization%20and%20Structure&pageName=Organization>, 2010-01-07.

## 2.3 Tvistlösning i ICSID

Enligt ICSID-konventionen artikel 12, tillhandahåller ICSID två olika paneler, beroende på om tvisten skall lösas genom förlikning eller skiljeförfarande. Panelerna skall bestå av kvalificerade personer med juridisk kompetens som gör dem lämpliga att lösa en tvist genom något av ovanstående förfarande. Varje medlemsstat får utse fyra personer som skall kunna döma i ett förfarande. ICSID:s ordförande har rätt att utse tio personer till varje panel. Panelmedlemmarna skall vara tillgängliga under en sexårsperiod.<sup>29</sup>

Enligt ICSID-konventionen artikel 28 inleds en tvistlösning genom *förlikning* med att parten skickar en framställan om detta till generalsekreteraren. Framställan skall innehålla information om tvisten, parterna i tvisten och deras medgivande att tvisten får avgöras enligt ICSID:s arbetsordning. När parterna godkänner ICSID:s behörighet kan ett sådant godkännande inte återkallas.<sup>30</sup> Generalsekreteraren registrerar sedan framställan om han inte anser att den strider mot ICSID:s behörighet. I ICSID-konventionen artikel 25-27 reglerar ICSID:s behörighet att administrera en tvist. I artikel 25 (1)<sup>31</sup> stadgas att tvisten skall utgöra en investering mellan en medlemsstat och en medborgare från en annan medlemsstat. Enligt artikel 25 (4)<sup>32</sup> kan medlemsstaterna ange undantag för en viss typ av tvist där ICSID inte skall anses vara behörigt. Om parterna har kommit överens om att tillämpa ICSID-konventionen, skall andra tvistlösningsmetoder uteslutas.<sup>33</sup> Inom nittio dagar efter tvisten har registrerats skall en förlikningskommission utses, där parterna skall enas om en eller flera (ojämnt antal) ledamöter.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> ICSID-konventionen artikel 12-16.

<sup>30</sup> Brochers Aron, Selected essays, Worldbank, ICSID and other subjects of public and private international law, 1995, s 165.

<sup>31</sup> ICSID-konventionen artikel 25 (1), "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."

<sup>32</sup> ICSID-konventionen artikel 25 (4), "Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)."

<sup>33</sup> ICSID-konventionen artikel 25-26.

<sup>34</sup> ICSID-konventionen artikel 29-35.

En part som vill lösa en tvist genom ett *skiljeförfarande*, skall enligt ICSID-konventionen artikel 36 skicka en framställan till generalsekreteraren på samma sätt som gäller för en förlikningsprocess. Generalsekreteraren kan vägra handläggning av en tvist om den inte anses uppfylla ICSID:s behörighet. Enligt ICSID-konventionen artikel 38 skall framställan registreras och en skiljetribunal utses inom nittio dagar. ICSID-tribunalen skall bestå av ett ojämnt antal skiljemän som parterna själva utser. Om parterna inte kan komma överens om antalet skiljemän skall skiljetribunalen bestå av tre skiljemän, där varje part utser var sin skiljeman och den tredje utses av dem tillsammans. Majoriteten av skiljemännen skall vara medborgare i en annan stat än de medlemsstater som tvisten rör.<sup>35</sup> En skiljedom kan klandras eller ogiltigförklaras enligt speciella regler i ICSID-konventionen artikel 50-52. Ansökan om detta förfarande görs skriftligen till ICSID:s generalsekreterare inom nittio dagar.<sup>36</sup> Domen kan inte överklagas i en nationell domstol utan kan endast överklagas genom förfarandet i ICSID. Om domen inte klandras eller ogiltigförklaras anses den bindande för parterna.<sup>37</sup>

Tvistlösning enligt ICSID-konventionen har ett flertal fördelar. Denna tillhandahåller en oberoende och självständig tvistlösning och ICSID tillhandahåller kompetenta personer som kan lösa tvisten. Nationella intressen hålls utanför tvistlösningsförfarandet då domen enbart kan överklagas enligt ICSID-konventionen. Ytterligare fördelar är att tvistlösning och utfrågningar inte är offentliga. Sekretariatet publicerar avgjorda skiljedomar på ICSID:s hemsida<sup>38</sup> om parterna samtycker till detta. Publiceringen leder till en ökad transparens för både investerare och stat. Kostnaden för tvisten är relativt låg i jämförelse med alternativa tvistlösningar. Dessutom verkställs vanligtvis domar frivilligt av den förlorande parten.<sup>39</sup>

## ***2.4 ICSID-konventionens övergripande syfte***

ICSID-konventionens syfte är att främja investeringar mellan stater. I preambeln till ICSID-konventionen beskrivs det övergripande syftet med denna. Där framhävs behovet av ett inter-

---

<sup>35</sup> ICSID-konventionen artikel 37-39.

<sup>36</sup> ICSID-konventionen artikel 50-52.

<sup>37</sup> ICSID. Hämtad från webbplats:

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp\\_settl\\_facilities](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp_settl_facilities), 2010-01-07.

<sup>38</sup> ICSID. Hämtad från webbplats: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, 2010-01-07.

<sup>39</sup> Reed Lucy et al, Guide to ICSID arbitration, 2004, s 8f.

nationellt samarbete för ekonomisk utveckling och betydelsen av utlandsinvesteringar. Att tvister kan uppstå mellan en investerare och en stat och att det är viktigt att kunna lösa dessa utan hänsyn till nationella intressen. Slutligen anger preambeln att det inte finns några förpliktelser för en stat som ratificerat eller skrivit under ICSID-konventionen att tillämpa denna om samtycke saknas.<sup>40</sup> Grundarna till ICSID-konventionen, ”the Executive Directors”, betonar att syftet med ICSID-konvention är att främja investeringar.<sup>41</sup> Grundarna utvecklar syftet med ICSID-konventionen i punkt 10 och anser att internationella investeringar kan gynnas av ett system där en oberoende part avgör tvisten och således inga nationella intressen som påverkar tvistlösningen. Ett ytterligare syfte med ICSID-konventionen är att stärka partnerskapet mellan stater och öka den ekonomiska utvecklingen. Konventionens syfte måste hållas neutral mellan de olika intressena och att tvisterna skall lösas opartiskt.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Preambeln till ICSID-konventionen.

<sup>41</sup> Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, punkt 12.

<sup>42</sup> Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, punkt 9-11, 13.

### 3. Investering enligt ICSID-konventionen

En tvist avgörs enligt ICSID-konventionen måste ha uppkommit ur en *investering* enligt artikel 25 (1) som lyder:

“The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”<sup>43</sup>

När ICSID-konventionen formulerades gjordes många försök att definiera begreppet investering. I det första utkastet till ICSID-konventionen gjordes en definition som innebar att bidrag av pengar eller andra tillgångar av ekonomiskt värde för obestämd tid eller minst fem år skulle utgöra en investering.<sup>44</sup> I det första utkastet till ICSID-konventionen diskuterades också om en tvist skulle omfatta ett lägsta belopp för att kunna handläggas av ICSID-konventionen.<sup>45</sup> Grundarna till ICSID-konventionen fann emellertid att det vara omöjligt att göra en rättvisande definition av en investering och överlät därför definitionen av begreppet att bestämmas av parternas samtycke.<sup>46</sup> Parternas definition gäller såtillvida att deras samtycke omfattar en investering och inte en sedvanlig kommersiell transaktion.<sup>47</sup> Utifrån doktrin och avgöranden från ICSID, har det skapats en metod som definierar vad som utgör en investering enligt ICSID-konventionen. Denna metod uppkom först i rättsfallet *Fedex-Venezuela*<sup>48</sup>, där ICSID-tribunalen ställde upp vissa kännetecken som utmärkte en investering. Samma metod tillämpades i *Salini-Marocko*.<sup>49</sup> Denna metod har efter detta rättsfall kommit att kallas för *Salini-testet*. *Salini-testet* utgörs av fyra-fem kännetecken som används för att avgöra om ett avtal

---

<sup>43</sup> ICSID-konventionen artikel 25 (1).

<sup>44</sup> Schreuer Christoph, *The ICSID Convention a commentary*, 2001, s 122.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Aron Brochers, *Selected Essays*, Worldbank, ICSID and other subjects of public and private international law, 1995, s 436.

<sup>47</sup> Devashish Krishan, *A Notion of ICSID Investment*, s 5.

<sup>48</sup> Rättsfall från ICSID, ARB/96/3.

<sup>49</sup> Rättsfall från ICSID, ARB/00/4.



mellan en investerare och en stat utgör en investering enligt ICSID-konventionen.<sup>50</sup> Ibland anses kännetecknen vara fem, ibland fyra.<sup>51</sup> Salini-testet bygger på följande kännetecken för att en investering skall föreligga: varaktighet, regelbunden avkastning och vinst, betydande åtagande/bidrag, risk och att avtalet bör ha en positiv påverkan på utvecklingen i den staten där investeringen görs.

Professor Christoph Schreuer är den författare som framför andra har diskuterat Salini-testet. Han menar att en investering utifrån Salini-testet snarare utgör en beskrivning och inte ett test.<sup>52</sup> Han beskriver vad de olika kännetecknen innebär och börjar med *varaktighet* som i detta sammanhang betyder att ett avtal bör ha pågått under en längre tid och där två till fem år har blivit ett riktmärke. Det andra kännetecknet innebär att ett avtal bör ge regelbunden *avkastning eller vinst*. Detta är redan uppfyllt i och med att investeringen förväntas ge en vinst eller avkastning.<sup>53</sup> Det tredje kännetecknet har två olika innebörder som inte behöver tolkas kumulativt. Det ena är uppfyllt om avtalet utgör ett *bidrag* t.ex. know-how, utrustning eller personal.<sup>54</sup> Det andra är uppfyllt då det föreligger ett *substantiellt åtagande* för investeraren, exempelvis att avtalet omfattar ett substantiellt belopp.<sup>55</sup> Det fjärde kännetecknet innebär att avtalet bör utgöra en *risk* för investeraren t.ex. oförutsägbara kostnader, kostnader som inte ger någon avkastning eller att avtalet sträcker sig under en lång tidsperiod, vilket skapar osäkerhet.<sup>56</sup> Andra författare menar att risken skall utgöras av både investeraren och staten.<sup>57</sup> Det sista kännetecknet innebär att avtalet bör medverka till att *utveckla ekonomin* i staten där investeringen genomförs.<sup>58</sup> Schreuer anser att en investering bör gynna den ekonomiska utveckling positivt.<sup>59</sup> Andra författare menar däremot att en investering skall bidra enbart till en betydelsefull utveckling av staten.<sup>60</sup>

---

<sup>50</sup> Grierson Weiler (ed), *Investment treaty arbitration and international law*, s 124ff.

<sup>51</sup> Devashish Krishan, *A Notion of ICSID Investment*, s 2.

<sup>52</sup> Grierson Weiler (ed), *Investment treaty arbitration and international law*, s 125.

<sup>53</sup> Schreuer Christoph, *The ICSID Convention a commentary*, 2001, s 140.

<sup>54</sup> Dolzer Rudolf, Schreuer Christoph, *Principles of international investment law*, 2008, s 68.

<sup>55</sup> Reed Lucy et al, *Guide to ICSID arbitration*, 2004, s 15.

<sup>56</sup> Dolzer Rudolf, Schreuer Christoph, *Principles of international investment law*, 2008, s 68.

<sup>57</sup> Reed Lucy et al, *Guide to ICSID arbitration*, 2004, s 15.

<sup>58</sup> Schreuer Christoph, *The ICSID Convention a commentary*, 2001, s 140.

<sup>59</sup> Schreuer Christoph, *The ICSID Convention a commentary*, 2001, s 125.

<sup>60</sup> Reed Lucy et al, *Guide to ICSID arbitration*, 2004, s 15.

Salini-testet har som framkommit ovan, utvecklats genom doktrin och rättspraxis. Det är inte någon bindande definition av vad som utgör begreppet investering. Även om Salini-testet fått ett stort genomslag i praktiken är det i varje särskilt fall tribunalen eller förlikningskommissionen som avgör om det föreligger en investering.

Kritik har riktats mot användningen av Salini-testet. Kritikerna menar att Salini-testet begränsar begreppet investering på ett olämpligt sätt. Enligt kritikerna var grundidéen med ICSID-konventionen att denna inte utgjorde en bestämning av begreppet investering och att grundarna ville undvika en generell precisering av begreppet. Kritikernas uppfattning är att Salini-testet skapar ett alltför begränsande ramverk för hur en investering skall definieras. Kritikerna anser således att begreppet skall vara flexibelt och inte reglerat som det blir genom en tillämpning av salini-testet.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Devashish Krishan, A notion of ICSID investment, s 1-2, 6-7.

# 4. Bilateral investeringsavtal

## 4.1 Inledning

Ett bilateralt investeringsavtal (BIT), reglerar investeringar mellan två stater. Detta avtal skall skydda internationella investeringar. Ett BIT är resultatet av förhandlingar mellan två stater och dess innehåll varierar. Det finns förvisso återkommande likheter mellan BITs: dess tillämpningsområde, definitionen av en investering, tillämplig lag, vilket skydd investeringen åtnjuter vid en skada och tillämplig tvistlösning.<sup>62</sup> Den sistnämnda bestämmelsen kan innehålla en klausul där tvisten skall avgöras i enlighet med t.ex. ICSID-konventionen. När två stater förhandlat fram ett innehåll i BIT som innebär att tvistlösning skall genomföras av ICSID, anses investeraren och staten ha samtyckt till att tillämpa ICSID-konventionen i en tvist.<sup>63</sup>

Det första BIT som ingicks var avtalet mellan Tyskland och Pakistan, år 1959. Sedan dess har antalet ökat och idag finns omkring 2400-2600 BITs i världen.<sup>64</sup> De allra flesta BITs har tillkommit under de senast tjugo åren och framförallt under 2000-talet.<sup>65</sup> Den största delen av alla tvister som genomförs enligt ICSID-konventionen grundas på ett avtalsbrott i ett BIT. Under det brutna räkenskapsåret 2009<sup>66</sup>, låg BITs till grund för en tvist i 20 av 24 fall i ICSID.<sup>67</sup> Det ökade antalet BITs har resulterat i att fler investerare väljer att åberopa ett BIT när de anser att en investering har skadats av en stat.<sup>68</sup> BITs brukar också ange att en investerare kan stämma en stat direkt till exempelvis ICSID, men inte tvärtom. Ett BIT kan användas som ett påtryckningsmedel av en investerare mot en stat t.ex. om staten vill införa en lag som missgynnar investeraren. Det kan innebära att investeraren hotar med att stämma staten för avtalsbrott gentemot BIT, vilket medför negativ publicitet för staten. Det är båda parternas intresse att skapa ett utvecklande investeringsklimat mellan stater. Då staten vill locka inve-

---

<sup>62</sup> Reed Lucy et al, Guide to ICSID arbitration, 2004, s 38-41.

<sup>63</sup> A a s 35.

<sup>64</sup> Lowenfeld F Andreas, International Economic Law, 2008, s 554, 570.

<sup>65</sup> Reed Lucy et al, Guide to ICSID arbitration, 2004, s 38f.

<sup>66</sup> 1 juli 2008-30 juni 2009.

<sup>67</sup> ICSID Annual report 2009.

<sup>68</sup> Lowenfeld F Andreas, International Economic Law, 2008, s 539f.

sterare för att öka dennes ekonomiska utveckling och investeraren vill erhålla investerings-skydd.<sup>69</sup>

## **4.2 BITs generella innehåll**

För att något klargöra vad ett BIT innehåller, skall jag beskriva det generella innehållet i några svenska BITs. Sverige har ingått ungefär sextio bilaterala investeringsavtal<sup>70</sup> med andra stater. I den första artikeln i BITs brukar vanligtvis begreppet investering definieras. Definitionen kan innefatta t.ex. alla slags tillgångar som erkänns enligt staternas lagstiftning och aktier och andra andelar. I samma artikel brukar det också finnas en definition av vad som utgör en investerare och vad som utgör staternas territorium.<sup>71</sup> I BITs anges att de avtalsslutande staterna skall främja och skydda investeringar som görs i respektive stat. Vidare anger staterna att investeringar skall åtnjuta likabehandling gentemot investeringar i den inhemska staten och gentemot investeringar från tredje land. En viktig bestämmelse i BIT är att staterna garanterar att investeringen skyddas mot expropriation och att ersättning skall erhållas om så ändå sker.<sup>72</sup> För att möjliggöra investeringar säkerställer staterna genom BITs att kapital får överföras mellan staterna.<sup>73</sup> BITs innehåller vanligtvis också överenskommelse om lämplig tvistlösning och vilken lands lag som skall vara tillämplig. Slutligen brukar anges när det aktuella BIT skall träda ikraft mellan staterna, och hur länge det skall gälla och hur det skall sägas upp.<sup>74</sup>

## **4.3 Begreppet investering i svenska BITs**

I BITs anges vanligtvis en generell definition av en investering. Denna är vanligtvis flexibel och ger endast en viss vägledning.<sup>75</sup> Begreppet investering i BIT har huvudsakligen en kompletterande roll till begreppet investering i ICSID-konventionen då en investering i BIT utgör parternas definition av vad som utgör en investering. I ett skiljeförfarande skall ICSID-

---

<sup>69</sup> Kwan Aileen, *Development: Licensed to Plunder*, 2008.

<sup>70</sup> 2009-11-23.

<sup>71</sup> BIT Sverige-Argentina, Sveriges internationella överenskommelser (SÖ) 1992:91.

<sup>72</sup> BIT Sverige-Indien, SÖ 2001:2.

<sup>73</sup> BIT Sverige-Albanien, SÖ 1996:7.

<sup>74</sup> BIT Sverige-Indien, SÖ 2001:2.

<sup>75</sup> Reed Lucy et al, *Guide to ICSID arbitration*, 2004, s 44f.

tribunalen avgöra om tvisten utgör en investering enligt BIT och enligt ICSID-konventionen.<sup>76</sup> En investering i BITs utgör ett skydd för investeringen och handhar den materiella förutsättningen för tvisten enligt ICSID-konventionen.<sup>77</sup>

Med utgångspunkt i ett urval av sex olika BITs mellan Sverige och andra stater, diskuteras innebörden av begreppet investering enligt dessa. Det första BIT som kommer att behandlas är avtalet mellan Sverige och Indien.<sup>78</sup> I ingressen till BIT mellan Sverige och Indien förklaras att syftet med avtalet är att främja och ge skydd åt investeringar mellan staterna. I avtalet definieras begreppet investering på följande sätt:

”I detta avtal avses med a) investering: alla slags tillgångar som skapas eller förvärvas, inbegripet ändringar i sådana investeringars form, i överensstämmelse med den avtalsparts nationella lagstiftning inom vars territorium investeringen görs och särskilt, men inte uteslutande, följande: i) lös och fast egendom och varje annan sakrätt såsom inteckning, panträtt, leasing och säkerheter, ii) aktier, andelar i bolags aktiekapital och förlagsbevis samt andra liknande former av delägarskap i bolag, iii) rätt till pengar och anspråk på kontraktsbundna prestationer av ekonomiskt värde, iv) immateriella rättigheter, goodwill, tekniska processer och know-how i överensstämmelse med vardera avtalspartens tillämpliga lagstiftning, v) affärskoncessioner och andra rättigheter som erfordras för att utöva ekonomisk verksamhet som tilldelats genom lagstiftning eller genom avtal inbegripet koncessioner att bedriva undersökning och bearbetning av olja och andra mineral.”<sup>79</sup>

I första artikeln i BIT mellan Sverige-Chile<sup>80</sup> anges en snarlik definition av en investering som BIT mellan Sverige och Indien, men enligt den första artikeln i detta avtal kan en investering också utgöras av immateriella rättigheter såsom firmanamn. I BIT mellan Sverige-Egypten<sup>81</sup>, anges också industriella äganderätter som en investering. Med en industriell äganderätt menas t.ex. mönsterskydd, patent och varumärken.<sup>82</sup> I BIT mellan Sverige och Förenade Arabemiraten<sup>83</sup> omfattar en investering även lån som hänför sig till en investering, obligationer som utfärdats av avtalsslutande stat, fysisk eller juridisk person samt avkastning som

---

<sup>76</sup> Bernadini Piero, *Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs*, 2005, s 100f.

<sup>77</sup> Grierson Weiler (ed), *Investment treaty arbitration and international law*, s 125.

<sup>78</sup> BIT Sverige-Indien, SÖ 2001:2.

<sup>79</sup> BIT Sverige-Indien, SÖ 2001:2.

<sup>80</sup> BIT Sverige-Chile, SÖ 1995:69.

<sup>81</sup> BIT Sverige-Egypten, SÖ 1979:1.

<sup>82</sup> Europaparlamentet. Hämtad från webbplats: [http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3\\_4\\_4\\_sv.htm](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_4_4_sv.htm), 2009-12-14.

<sup>83</sup> BIT Sverige- Förenade Arabemiraten, SÖ 2000:4.

innestår för att återinvesteras. I BIT mellan Sverige-Kuwait<sup>84</sup>, betraktas också ett hyreskontrakt som en investering. Även värdepapper som överlämnats av en avtalsslutande stat eller någon av dess investerare anses vara en investering.

Sammanfattningsvis är syftet med BITs att främja och skydda investeringar samt att investeringar skall åtnjuta likabehandling. Anser en investerare att han förlorat värdet på sin investering genom en stats handlingar, kan han rikta ersättningskrav mot staten i fråga. Ovanstående BITs visar att avtalens innehåll är generella och att de har liknande innehåll. Begreppet investering i BITs omfattar vanligtvis alla slags tillgångar, aktier och andelar. Det kan också utgöras av immateriella rättigheter, firmanamn och hyreskontrakt.

---

<sup>84</sup> BIT Sverige-Kuwait, SÖ 2002:16.

# 5. Investering enligt ICSID-skiljedomar

## 5.1 Introduktion

I detta kapitel skall jag med utgångspunkt i fem skiljedomar enligt ICSID-konventionen redogöra för hur begreppet investering har utvecklats i rättspraxis. Urvalet av skiljedomar har skett genom hänvisningar i rättsfall från ICSID, då ICSID-tribunalerna vanligtvis hänvisar till andra avgjorda rättsfall. Rättsfallen är indelade i kronologisk ordning, med det äldsta avgörandet först.

## 5.2 *Fedax N.V – Venezuela*<sup>85</sup>

Fedax N.V (Fedax) med hemvist i Curaçao, Nederländska Antillerna, ansökte om tvistlösning enligt ICSID-konventionen mot Venezuela. Tvisten hade sitt ursprung i sex skuldebrev som Venezuela ställt ut till ett inhemskt bolag för ett lån som detta bolag givit Venezuela. Det inhemska bolaget sålde sedermera skuldebrevet till Fedax. Venezuela betalade inte räntor och amorteringar enligt avtalet, vilket gjorde att Fedax ansökte om tvistlösning enligt ICSID-konventionen. Fedax-Venezuela var det första rättsfall där en ICSID-tribunal skulle ta ställning till tvisten utgjorde en investering. Tvisten grundades på BIT mellan Nederländerna och Venezuela.

Inledningsvis valde tribunalen att bedöma om skuldebrevet utgjorde en investering enligt BIT. Det aktuella BIT definierade en investering såsom ”every kind of asset”...(i) ”rights derived from shares, bonds and other interest in company and joint ventures”, (ii) “titles to money”. Tribunalen tog också hänsyn till andra faktorer i BIT som förklarade att avtalet innebar garantier att överföring av monetära medel mellan staterna skulle få förekomma, däribland ränta. Tribunalen ansåg därför att skuldebreven kunde omfatta ii) ”titles to money” och därav menade tribunalen att det förelåg en investering enligt BIT.

---

<sup>85</sup> Rättsfall från ICSID, ARB/96/3, avkunnad 1997-07-11, 37 International Legal Materials (I.L.M) 1378 (1998).

Venezuela hade utfärdat skuldebrevet enligt gällande rätt i ”*the law on public credit*” (lagen). Syftet med skuldebreven var att finansiera statlig verksamhet. Tribunalen ansåg att en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1) skulle tolkas flexibelt. Skuldebreven var utfärdade i USD, vilket gjorde att tribunalen ansåg dessa ämnade för internationell omsättning. Därför utgjorde skuldebreven en internationell investering enligt tribunalen. Tribunalen ansåg att skuldebreven inte utgjorde ett kommersiellt avtal utan tillgodosåg det allmänna intresset. Vidare ansåg tribunalen att skuldebreven uppfyllde kännetecknen på en investering enligt Schreuers definition.<sup>86</sup> Skuldebreven betraktades som *varaktiga* eftersom de skulle förlängas efter varje räkenskapsår enligt lagen. Tribunalen hänvisade också till doktrin som betraktade en investering såsom ”any contribution of money or other asset of economic value for an indefinite period...for not less than five years”.<sup>87</sup> Tribunalen ansåg att kännetecknet *regelbunden avkastning eller vinst* var uppfyllt eftersom Venezuela skulle betala ränta under flera år. Tribunalen ansåg också att skuldebrevet utgjorde ett *substantiellt belopp*. De bedömde även att skuldebreven utgjorde en *risk* för Fedax då Venezuela var skyldig att betala ränta och amorteringar. Slutligen ansåg tribunalen att skuldebreven hade ett nära *samband med utvecklingen* i Venezuela eftersom skuldebreven skulle finansiera den statliga verksamheten och att dessa hade utfärdats enligt lagen. Sammanfattningsvis ansåg tribunalen att skuldebreven utgjorde en investering enligt BIT och ICSID-konventionen artikel 25 (1).

### ***5.3 Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S-Slovakien***<sup>88</sup>

Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S (CSOB) var en kommersiell bank med säte i Tjeckien. CSOB ansökte om tvistlösning enligt ICSID-konventionen då de ansåg att Slovakien brutit mot “Agreement on the Basic Principles of a Financial Consolidation of Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S” (konsolideringsavtalet) som hade slutits år 1993 mellan CSOB och Slovakien-Tjeckien. Konsolideringsavtalet upprättades med syfte att underlätta privatiseringen av den statliga banken CSOB i dåvarande Tjeckoslovakien i samband med att Tjeckoslovakien upplöstes till två stater, Tjeckien och Slovakien.<sup>89</sup> Ett av flera syften med konsolideringsavtalet var att upprätta två inkassobolag, ett i Tjeckien och ett i Slovakien. Dessa skulle sedan

---

<sup>86</sup> Schreuer Christoph, *The ICSID Convention a commentary*, 2001, s 140.

<sup>87</sup> ARB/96/3, 37 I.L.M 1378 (1998), punkt 23.

<sup>88</sup> Rättsfall från ICSID, ARB/97/4, avkunnad 1999-05-24.

<sup>89</sup> Tjeckoslovakien upplöstes den 31 december år 1992, <http://www.ne.se/lang/tjeckoslovakien>, 2009-11-16.



köpa förlustfordringar av CSOB. För att möjliggöra finansieringen av fordringarna lånade inkassobolagen pengar av CSOB och ett låneavtal upprättades. Låneavtalet mellan CSOB och det slovakiska inkassobolaget innebar att den slovakiska staten garanterade återbetalning av lånet om det slovakiska inkassobolaget fick betalningssvårigheter. Sedermera kunde inte det slovakiska inkassobolaget erlägga betalning enligt låneavtalet vilket gjorde att Slovakien skulle betala fordringarna till CSOB. Slovakien nekade att betala. CSOB hävdade att Slovakien brutit mot konsolideringsavtalet och hänvisade till BIT mellan Slovakien och Tjeckien. Slovakien menade att lånet inte kunde anses utgöra en investering utan ett sätt att omstrukturera och privatisera CSOB när Tjeckoslovakien delades i två nya stater. Slovakien hävdade att det inte förelåg en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1) och enligt BIT.

Tribunalen tog först ställning till om det förelåg en investering enligt BIT. I konsolideringsavtalet hade parterna en klausul som hänvisade till BIT och därmed ansåg tribunalen att parterna indirekt kommit överens om att avtalet omfattade en investering. Tribunalen menade också att konsolideringsavtalet uppfyllde definitionerna i BIT, då CSOB betraktades som innehavare av en tillgång, investerad eller införskaffad i Slovakien.

Därefter avgjorde tribunalen om det förelåg en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1). Enligt tribunalen skulle begreppet investering enligt ICSID-konventionen tolkas flexibelt. Tribunalen ansåg också ett lån kunde betraktas som en investering om det gynnade den slovakiska ekonomin. Tribunalen ansåg att CSOB:s lån till inkassobolagen syftade till finansieringen av förlustfordringarna, vilka avyttrades av CSOB för att öka bankens värde. Tribunalen betonade att det grundläggande syftet med konsolideringsavtalet var att CSOB skulle utvecklas i båda staterna. CSOB:s ändamål var också att bli attraktivare för aktieägare och därigenom underlätta för privatiseringen av CSOB. Därefter hänvisade tribunalen till några kännetecken som utgjorde en investering, i likhet med Salini-testet. Tribunalen menade att konsolideringsavtalet var avsedd att generera *avkastning* i framtiden. Avtalet innebar också ett *risktagande* som tribunalen ansåg innefattas i de flesta ekonomiska aktiviteter. Tribunalen underströk att kännetecknen inte behöver tillämpas eftersom de inte är implementerade i ICSID-konventionen

Slutligen konstaterade tribunalen att syftet med konsolideringsavtalet var att expandera CSOB:s verksamhet i båda staterna och att utveckla ekonomin i Slovakien. Tribunalens slut-

sats blev därför att konsolideringsavtalet ansågs utgöra en investering enligt såväl ICSID-konventionen artikel 25 (1) som det aktuella BIT.

#### ***5.4 Salini Costtrutori S.p.a, Italstrade S.p.a-Marocko<sup>90</sup>***

Ett statligt marockanskt byggföretag (ADM) tillkännagav en upphandling angående konstruktionen av en ny motorväg i Marocko. Två italienska byggföretag Salini Costtrutori S.p.a och Italstrade S.p.a (Salini) tilldelades ett kontrakt som innebar att de skulle bygga 50 km av den totala motorvägen. Avtalet innebar att Salini skulle erhålla ersättning till ett fastställt belopp bl.a. i japanska yen. Salini byggde klart motorvägen efter 36 månader, fyra månader senare än avtalat. Salini hävdade att förseningen orsakades av bl.a. väderförhållanden och finansiella problem som uppkommit genom en oväntad kursnedgång av japanska yenen. Förseningen resulterade i extra kostnader för Salini för vilka de sedermera krävde ersättning av ADM. ADM bestred betalningsskyldigheten vilket gjorde att Salini ansökte om tvistlösning enligt ICSID-konventionen. Som grund för tvisten var BIT mellan Italien och Marocko.

ADM ansåg att ICSID-tribunalen saknade behörighet att avgöra tvisten eftersom det inte förelåg en investering. Tribunalen avgjorde först om det förelåg en investering enligt BIT. Salini betraktade avtalet som en investering enligt BIT artikel 1c (“right to any contractual benefit having an economic value”), artikel 1e (“any right of an economic nature conferred by law or by contract”) samt artikel 1g (“the elements mentioned in (c), (d) and (e) above must be the object of contracts approved by the competent authority”). Tribunalen ansåg att avtalet utgjorde en investering enligt BIT artikel 1 (g) eftersom Salini hade tilldelats avtalet enligt upphandlingsregler enligt marockansk lag och att infrastrukturministern och det statliga bolaget ADM hade godkänt avtalet.

Därefter avgjorde tribunalen om det förelåg en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1). Tribunalen tog hjälp av doktrin när denna tog ställning till om det förelåg en investering.<sup>91</sup> Enligt doktrinen förelåg en investering om avtalet utgjorde ett *bidrag*, viss *varaktighet* och *risk*. Tribunalen menade att ytterligare ett krav borde ställas i enlighet med ICSID-

---

<sup>90</sup> Rättsfall från ICSID, ARB/00/4, avkunnad 2001-07-23, 42 I.L.M 609 (2003).

<sup>91</sup> 42 I.L.M 609 (2003), punkt 52.

konventionens preambel, d.v.s. att en *investering bör utveckla ekonomin i den stat där den görs*. Tribunalen bedömde varje *kriterium* enskilt men ansåg också att dessa borde bedömas som en helhet. Tribunalen menade vidare att kriterierna kunde ha ett samband med varandra, exempelvis kunde risken utgöras som ett samband av avtalets bidrag och varaktighet. Den första frågan som betraktades av tribunalen var om avtalet mellan Salini och Marocko utgjorde ett *bidrag*. Tribunalen ansåg att Salini bidrog med know-how, teknisk utrustning och kunskapsrik personal. De tog också lån för att tillhandahålla den utrustning och personal som krävdes för att färdigställa motorvägen. Sammantaget kunde det betraktas som ett bidrag. Nästa kriterium rörde frågan om avtalet ansågs *varaktigt*. Avtalet mellan parterna skulle gälla i 32 månader, vilket omfattar doktrinen definition, två till fem år.<sup>92</sup> Det tredje kriteriet innebar om avtalet utgjorde en *risk*. Tribunalen ansåg att Salini hanterade risker som inkluderade arbetsskador, oförutsägbara händelser som inte innebar *force majeure* samt risk för ökade lönekostnader. Tribunalen menade att avtal som gällde i flera år ansågs utgöra en risk. Vad slutligen angick frågan om *utveckling* ansåg tribunalen att motorvägen gynnade den ekonomiska utvecklingen och det allmänna intresset (the public interest). Att Salini bidrog med know-how innebar också ett bidrag till den ekonomiska utvecklingen. Därmed uppfylldes det sista kännetecknet. Sammanfattningsvis ansåg tribunalen att det förelåg en investering enligt BIT och ICSID-konventionen artikel 25 (1).

I fallet tillämpade tribunalen tydligt de kännetecken som kom att utgöra Salini-testet. Denna metod att avgöra om det föreligger en investering har därefter blivit använd av ICSID-tribunalen.

## ***5.5 Joy Mining-Egypten***<sup>93</sup>

Joy Mining, ett företag som grundats i Storbritannien, ingick ett avtal med Egypten som avsåg att tillhandahålla en speciell utrustning för att utvinna fosfat i ett stort gruvprojekt i Egypten. Avtalet värderades till GBP 9,6 miljoner. Beloppet säkerställdes av en bankgaranti från en Egyptisk bank. Bankgarantin omfattade en tidsplan och villkor på avseende när bankgarantin skulle släppas till Joy Mining. Avtalet skulle fullgöras i två delar, en del där utrustning skulle

---

<sup>92</sup> 42 I.L.M 609 (2003), punkt 54.

<sup>93</sup> Rättsfall från ICSID, ARB/03/11, avkunnad 2004-08-06.

ersätta gammal utrustning i gruvan och en del som avsåg installationen av ett nytt system. Under installationen uppstod problem och parterna skyllde på varandra. Joy Mining hävdade att de fullgjort avtalet och krävde att Egypten skulle släppa bankgarantin, vilket Egypten vägrade. Egypten menade att avtalet inte utförts tillfredställande och att bankgarantin skulle lösas först när avtalet fullgjorts. Som grund för tvisten låg BIT mellan Storbritannien och Egypten.

Joy Mining hävdade att Egypten hade brutit mot det aktuella BIT genom att expropriera investeringarna. De hävdade också att de inte fått betalat enligt avtalet och att de inte fått en rättvis och jämställd behandling samt full säkerhet och skydd för sin investering. Egypten ansåg inte att avtalet omfattade en investering enligt BIT eller ICSID-konventionen artikel 25 (1) och att ICSID-tribunalen därmed saknade behörighet att avgöra tvisten.

Först avgjorde tribunalen om bankgarantin kunde anses som en investering enligt det aktuella BIT. Joy Mining hävdade att bankgarantin innebar *en tillgång* och därmed en investering. Vidare ansåg Joy Mining att bankgarantin omfattade *en rättighet till betalning*, eftersom de utfört uppdraget enligt avtalet, samt en *fordringsrätt*. Tribunalen fann Joy Minings första påstående tveksamt. De ansåg att bankgarantin snarare kunde betraktas som en ansvarsförbindelse och inte en tillgång. Tribunalen ansåg att en ansvarsförbindelse skulle innebära en alldeles för flexibel tolkning av begreppet investering. Ytterligare stöd för detta gav Joy Minings finanschef som bekräftade att bolaget ansåg att bankgarantin utgjorde en ansvarsförbindelse. Tribunalen bedömde därefter Joy Minings andra påstående, vilket de också ansåg som tveksamt. Tribunalen menade att bankgarantin utgjorde ett finansiellt värde men som en ansvarsförbindelse och inte en tillgång. Tribunalen valde utifrån detta att avvisa Joy Minings påstående att det förelåg en investering enligt BIT.

Därefter tog tribunalen ett ställningstagande om bankgarantin omfattade en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1). Tribunalen ansåg att Joy Minings uppdrag som innebar att installera och byta ut utrustning i gruvan, var av sedvanlig kommersiell karaktär. Tribunalen kunde inte heller tolka parternas avtal eller agerande som ett uttryck för att de avsåg att avtalet utgjorde en investering. Tribunalen fann att Joy Minings uppdrag d.v.s. att leverera och installera utrustning, tillhörde företagets normala verksamhet. Tribunalen tog fasta på tidigare rättspraxis från ICSID samt doktrin och tillämpade Salini-testet. Tribunalen menade att *kriterierna* skulle bedömas var för sig men också utgöra en helhet. Inledningsvis undersökte tribunalen

det första kriteriet, d.v.s. om avtalet kunde anses *varaktigt*. Tribunalen ansåg att avtalet saknade varaktighet eftersom Egypten skulle betala Joy Mining vid ett enda tillfälle, d.v.s. när avtalet utförts. Det andra kriteriet som tribunalen skulle bedöma var om det förelåg någon *vinst eller avkastning*. De ansåg inte att Joy Mining skulle erhålla någon regelbunden avkastning eller vinst eftersom avtalet inte omfattade någon framtida vinst eller avkastning. Det tredje kriteriet utgjorde en *risk*. Tribunalen ansåg visserligen att avtalet utgjorde en risk men endast i likhet med sedvanliga kommersiella avtal. Tribunalen ansåg att det fjärde kriteriet var uppfyllt då bankgarantin omfattade en *substantiell summa*. Slutligen menade tribunalen att det sista kriteriet inte var uppfyllt då bankgarantin enbart bidrog till en del i gruvans *utveckling*. Tribunalen betonade att en investering skall ge ett betydande bidrag till den ekonomiska utvecklingen i Egypten, vilket bankgarantin inte gjorde.

Till sist framhöll tribunalen att en gränsdragning mellan ett köpeavtal och en investering måste upprätthållas för att undvika att sedvanliga kommersiella avtal skulle komma att betraktas som investeringar. Slutligen kom tribunalen fram till att avtalet och bankgarantin inte utgjorde en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1) eller BIT.

## ***5.6 Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd-Malaysia***<sup>94</sup>

Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd (MHS), med säte i Storbritannien ingick ett avtal med Malaysia. MHS fick i uppdrag av Malaysia att bärga det engelska fartyget DIANA som gick på grund år 1817 utanför en malaysisk delstat. MHS finansierade hela projektet kring bärgningen samt anlätade en europeisk auktionsfirma som skulle sälja det upphittade godset från det bärgade fartyget. Avtalet innebar att MHS skulle få betalt av Malaysia om MHS hittade och bärgade vraket samt sålde godset på auktion. MHS skulle erhålla betalning efter auktionen med en viss andel av den slutliga summan. När MHS hade bärgat fartyget, och godset sålts på auktion uppgick slutsumman till USD 2,98 miljoner. Enligt avtalet skulle MHS erhålla 70 procent av summan men istället erhöles endast 40 procent av summan. Detta medförde att MHS krävde mellanskillnaden mellan 40 och 70 procent av slutsumman av Malaysia. Malaysia vägrade att betala mellanskillnaden vilket gjorde att MHS ansökte om ett skiljeförfarande enligt ICSID-konventionen och hävdade att deras investering i Malaysia blivit miss-

---

<sup>94</sup> Rättsfall från ICSID, ARB/05/10, avkunnad 2007-05-17.

gynnad. MHS hänvisade till BIT mellan Storbritannien och Malaysia. MHS hävdade att kostnaden som de hade före och efter bärgningen var att anse som en investering enligt BIT. Malaysia menade att avtalet inte omfattade en investering utan en studie av historiska arv.

Tribunalen utredde huruvida avtalet utgjorde en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1) och BIT. Tribunalen inledde med att utreda om det förelåg en investering enligt ICSID-konventionen art 25 (1). För att klarlägga begreppet använde tribunalen Salini-testet. Tribunalen hänvisade till tidigare rättspraxis som tolkat Salini-testet på två olika sätt. En restriktiv tolkning där alla fem kännetecknen i Salini-testet skulle vara uppfyllda för att avtalet skulle anses utgöra en investering. Den andra tolkningen innebar en flexibel tolkning av Salini testet, där tribunalerna inte ansåg att alla kännetecknen behövde uppfyllas för att ett avtal skulle utgöra en investering. I detta rättsfall använde tribunalen Salini-testets fem kännetecken för att definiera en investering. Det första kännetecknet innebar huruvida avtalet hade genererat någon *vinst eller avkastning*. Tribunalen ansåg inte att det förekommit någon vinst eller avkastning utan enbart kostnader för bärgningen. MHS hävdade däremot att avkastning skett då de successivt samlat in föremål som hittats under bärgningen. Tribunalen avvisade detta påstående då de menade att avkastning inte syftade till sådana föremål. Tribunalen ansåg visserligen att en investering inte alltid behöver generera avkastning men i detta fall lämnades påståendet därhän. Vidare ansåg tribunalen att MHS utgjort ett *bidrag* genom know-how, personal och utrustning. Dessutom hade MHS finansierat bärgningen. Tribunalen jämförde MHS bidrag med tidigare rättspraxis<sup>95</sup> vilka de ansåg utgjorde ett mer omfattande bidrag än de som MHS bidrog med. Det resulterade i att tribunalen ansåg att MHS bidrag utgjorde ett sedvanligt kommersiellt bidrag. Därefter avgjorde tribunalen om det förelåg *varaktighet*. Bärgningen pågick under fyra år. Enligt avtalet skulle bärgningen pågå i arton månader men eftersom denna tid inte räckte till fortskred avtalet i totalt fyra år. Tribunalen hänvisade till tidigare rättspraxis<sup>96</sup> där varaktighet ansågs ha ett samband med ekonomisk utveckling. I MHS-Malaysia ansåg tribunalen inte att avtalet utgjorde varaktighet eftersom avtalet inte bidrog till den ekonomiska utvecklingen i staten Malaysia. Det fjärde kännetecknet innebar om avtalet utgjorde en *risk* för parterna. Tribunalen ansåg att hela risken omfattade MHS, eftersom de skulle få betalt om fartyget bärgades. Tribunalen bedömde risken som kommersiell eftersom denna typ av avtal

---

95 Däribland Salini-Marocko och Joy Mining-Egypten.

96 ICSID rättsfall L.E.S.I-Algeriet, ARB/05/3 och Bayindir-Pakistan, ARB/03/29.

handlar om sådana risker. Det sista kännetecknet, det om krav på *utveckling*, menade tribunalen skulle vara extra tydligt/starkt eftersom de tidigare kännetecknen hade varit otydliga/svaga, för att det aktuella avtalet skulle utgöra en investering enligt ICSID-konventionen. MHS hävdade att avtalet var det största av sitt slag i Malaysia och att det därmed gynnade den Malaysiska ekonomin. Tribunalen menade att en investering måste gynna allmänintresset i Malaysia och inte enbart en viss industri. Tribunalen ansåg också att den ekonomiska utvecklingen kunde gynnas av humankapital och immateriella rättigheter, men inget utav dessa förelåg i det aktuella fallet. Tribunalen ansåg utifrån rättspraxis, att denna typ av avtal som enbart tillför staten en historisk utveckling, inte kunde anses utveckla Malaysias ekonomi. Utifrån ovanstående bedömning ansåg tribunalen att det inte förelåg en investering enligt ICSID-konventionen. Tribunalen använde alla fem kännetecknen i Salini-testet men ansåg inte att alla behövde uppfyllas, utan att något kännetecken kunde vara svagare/otygligare men att avtalet ändå kunde utgöra en investering. Det tyder på en mer flexibel tolkning av Salini-testet.

Då det inte förelåg en investering enligt ICSID-konventionen saknade ICSID-tribunalen behörighet att avgöra tvisten vilket gjorde det överflödigt att utreda om det förelåg en investering enligt BIT.

## 6. Investering enligt ICSID-konventionen

### 6.1 Allmän diskussion om begreppet investering

Investeringar mellan stater är viktiga för att utveckla den globala ekonomin. För att främja dessa investeringar måste investeraren erhålla ett rättsligt skydd för investeringen. Det räcker inte med det nationella rättsskyddet eftersom många staters rättsystem inte åtnjuter internationellt förtroende. Därför krävs det ett rättsligt skydd som står över nationella intressen. ICSID-konventionen tillhandahåller ett sådant skydd genom att erbjuda ett tvistlösningsförfarande mellan en investerare och en stat. För att ICSID-konventionen skall vara tillämplig i en tvist måste det föreligga en *investering*. Investering är därför ett viktigt begrepp i ICSID-konventionen. I ICSID-konventionen är inte begreppet investering definierat vilket försvårar för de inblandade att avgöra vad som utgör en investering. Det faktum att ICSID-konventionen saknar en definition av vad som utgör en investering, är ett resultat av dels svårigheten att formulera begreppet, dels att grundarna till ICSID-konventionen ville skapa en bred och utvecklingsbar innebörd av begreppet. Grundarna till ICSID-konventionen ansåg att parternas definition av en investering skall utgöra underlag vid tvistlösningen. Parternas definition måste vara förenlig med ICSID-konventionens syfte och måste utgöra en investering. Syftar parternas definition till ett kommersiellt avtal har ICSID-konventionen inte behörighet att avgöra tvisten. Konventionens syfte måste iakttagas för att skydda de investeringar som skall skyddas. I annat fall riskerar begreppet investering att urholkas och kommer till slut att omfatta kommersiella avtal. Det skulle betyda att all mellanstatlig handel utgör en investering. Syftet med ICSID-konventionen är inte att skydda kommersiell handel, utan att främja de avtal som utgör en investering och som gynnar staten där investeringen sker.

Parternas definition av vad som utgör en investering kan exempelvis uttryckas i BITs. De flesta tvister som handläggs av ICSID grundas på BITs. Det innebär att ICSID tribunalerna måste avgöra om tvisten avser en investering dels enligt BIT dels enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1). Definitionen av en investering i BITs är vanligtvis allmän och oprecis, vilket kräver tribunalens tolkning. Definitionen kan ändå ge tribunalerna en vägledning för hur parterna betraktar en investering. I CSOB-Slovakien ansåg tribunalen att det förelåg en investering enligt BIT eftersom parterna hade en klausul i konsolideringsavtalet som hänvisade till BIT och parterna hade därmed indirekt kommit överens om att avtalet omfattade en investering. I



Joy Mining-Egypten ansåg tribunalen att bankgarantin utgjorde en ansvarsförbindelse. Tribunalen betraktade inte en ansvarsförbindelse som en tillgång enligt det aktuella BIT eftersom det skulle innebära en alldeles för bred definition av en investering. Tribunalen menade också att avtalet mellan Joy Mining och Egypten troligtvis inte var avsett att utgöra en investering. De ansåg att parterna varken i sitt avtal eller i sitt agerande visat att de syftat till en investering.

En slutsats av detta är att parterna kan underlätta tolkningen av en investering genom att konkret hänvisa till ICSID-konventionen respektive BIT i sitt avtal. Tribunalen har uppfattat detta som att parterna har en gemensam uppfattning att avtalet utgör en investering.

## ***6.2 Salini-testet***

Fedax-Venezuela var det första rättsfall där en ICSID tribunal fick ta ställning till huruvida avtalet ansågs utgöra en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1). I Fedax-Venezuela hänvisade tribunalen till doktrin som menade att en investering utgörs av olika kännetecken.<sup>97</sup> Sedermera utvecklades genom doktrin och rättsfall från ICSID en metod att för att bestämma vad som utgör en investering. Denna metod kallas för Salini-testet. Salini-testet innebär att tribunalerna använder vissa kännetecken när de utreder om det föreligger en investering enligt ICSID-konventionen. Metoden användes i Salini-Marocko, som också gav namn åt testet. Fallet CSOB-Slovakien avgjordes efter Fedax-Venezuela och innan Salini-Marocko. När detta rättsfall avgjordes hade visserligen Fedax-Venezuela lagt grunden till Salini-testet men den hade inte tillämpats ännu. Trots detta berörde tribunalen i CSOB-Slovakien några av kännetecknen i Salini-testet, även om tyngdpunkten i tribunalens bedömning koncentrerades på kännetecknet som handlar om bidraget till statens ekonomiska utveckling. Jag menar därför att tribunalens bedömning i CSOB-Slovakien framförallt grundades på preambeln till ICSID-konventionen, som uttrycker krav på att den ekonomiska utvecklingen skall främjas.

Det är framförallt Professor Christoph Schreuer som i doktrin klarlagt att Salini-testet omfattar fyra till fem olika kännetecken som beskriver en investering. Dessa utgör 1) en viss varak-

---

<sup>97</sup> Se ARB/96/3.

tighet, 2) generera en regelbunden vinst eller avkastning, 3) substantiellt åtagande/bidrag för investeraren, 4) innebära ett risktagande och 5) ett bidrag till statens ekonomiska utveckling.<sup>98</sup> I Salini-Marocko hänvisade tribunalen till doktrin som omnämnde tre olika kännetecken för en investering, varaktighet, bidrag och risk. Tribunalen ansåg att ytterligare ett kännetecken skulle tilläggas enligt preambeln i ICSID-konventionen, nämligen att en investering skall främja ekonomisk utvecklingen i staten. I detta rättsfall användes inte Salini-testets kännetecken vinst eller avkastning. Schreuer anser att det endast behöver föreligga en förväntad vinst eller avkastning. Schreuer menar att Salini-testet utgör en flexibel tolkning av vad som utgör en investering då de flesta avgörandena enligt ICSID-konventionen inte bedömt kännetecknen som kumulativa utan utifrån en helhetsbedömning. Schreuer anser att Salini-testet inte skall utgöra ett test utan en beskrivning av vad som utgör en investering. Han anser att Salini-testet omfattar olika kännetecken. Schreuer anser vidare inte heller att begreppet investering begränsas av Salini-testet utan testet är en vägledning för ställningstagandet. Han menar att ICSID-tribunalerna kan välja att tillämpa någon eller några av Salini-testets olika kännetecken.

Advokat Devashish Krishan kritiserar Salini-testet och anser att det skapar ett yttre ramverk som begränsar definitionen av vad som utgör en investering.<sup>99</sup> Även om en investering skall grundas på parternas samtycke i t.ex. BIT, är denna definition många gånger generell. Detta betyder att ICSID-tribunalerna måste tolka parternas definition och avgöra om det omfattar en investering. Devashish Krishan menar att Salini-testet skapar en begränsning av begreppet investering och att tribunalerna glömmer den objektiva bedömningen som skall göras när definitionen av en investering bestäms. Devashish Krishan menar att Salini-testet utgör kumulativa rekvisit, vilket begränsar tolkningen av vad som utgör en investering. Nedan skall jag åskådliggöra ICSID-tribunalens olika tolkningar av Salini-testet.

I Fedax-Venezuela menade tribunalen att en investering omfattade *fem grundläggande kännetecken* som hänvisades ur doktrin. Tribunalen diskuterade inte om avtalet behövde innefatta samtliga kännetecken för att anses som en investering. I Salini-Marocko ansåg tribunalen att Salini-testet omfattade *fyra olika kriterier* som skulle bedömas som en helhet. I detta fall ute-

---

<sup>98</sup> Se kapitel 3.

<sup>99</sup> Ibid.

lämnade tribunalen vinst eller avkastning. I CSOB-Slovakien menade tribunalen att avtalet utgjorde en investering eftersom denna ansågs utveckla ekonomin i Slovakien. Dessutom menade tribunalen att avtalet uppfyllde ytterligare två kännetecken.<sup>100</sup> I Joy Mining-Egypten ansåg tribunalen att Salini-testet utgjorde *fem kriterier* där samtliga skulle uppfyllas för att det skulle föreligga en investering. Visserligen ansåg tribunalen att kriterierna i Salini-testet skulle bedömas som en helhet, men de ansåg ändå inte att avtalet utgjorde en investering. I MHS-Malaysia menade tribunalen att tidigare rättspraxis från ICSID hade tolkat Salini-testet på två olika sätt.<sup>101</sup> Det ena sättet att tolka utgjordes av att samtliga kännetecken i Salini-testet skulle uppfyllas för att avtalet skulle utgöra en investering. Det andra sättet innebar att någon eller några kännetecken kunde uteslutas men att avtalet fortfarande utgjorde en investering. Tribunalen betraktade ett avtal som en investering även om någon eller några kännetecken var svaga/otydliga medan andra var starka/tydliga. Rättsfallet ansågs inte utgöra en investering då majoriteten av kännetecknen hade en svag/otydlig karaktär. Det tyder på att tribunalen tillämpade en flexibel tolkning av Salini-testet.

Sammanfattningsvis tyder ovanstående resonemang på att ICSID-tribunalerna bedömer Salini-testets kännetecken på olika sätt. Generellt verkar det inte ha någon avgörande betydelse om Salini-testet utgör kriterier eller kännetecken utan tribunalerna anser att en investering skall bedömas som en helhet. I några fall har tribunalerna använt sig av fem kännetecken, i andra fall endast fyra. I CSOB-Slovakien användes visserligen endast tre kännetecken men tyngdpunkten utgjordes ändå av att CSOB ansågs utveckla ekonomin i Slovakien. Dessutom avgjordes fallet innan Salini-Marocko grundlade Salini-testet. I Joy Mining-Egypten ansåg tribunalen att samtliga fem kännetecken skulle vara uppfyllda för att avtalet skulle utgöra en investering. Detta rättsfall tycker jag visar att tribunalerna använt en mer restriktiv tolkning av Salini-testet, än vad de övriga fyra rättsfallen visar. Visserligen hänvisade tribunalen till en helhetsbedömning men kännetecknen bedömdes var för sig. Detta rättsfall styrker de farhågor som Devashish Krishan uttryckt att Salini-testet, om det tillämpas kumulativt, begränsar begreppet investering.

---

<sup>100</sup> Se ARB/97/4.

<sup>101</sup> Se ARB/05/10.

Här nedan kommer jag att förklara de olika kännetecknen i Salini-testet samt hänvisa till de rättsfall som jag redogjort för i kapitel 4.

### 6.2.1 Varaktighet

Det första kännetecknet i Salini-testet innebär att investeringen bör ha en viss varaktighet. Schreuer menar att varaktighet bör utgöras av två till fem år. I Fedax-Venezuela hänvisade tribunalen till doktrin, som ansåg att en investering är monetärt bidrag eller tillgångar av ekonomiskt värde för en obegränsad period men inte mindre än fem år.<sup>102</sup> Tribunalen ansåg att skuldebrevet kunde betraktas som varaktigt eftersom det förlängdes efter varje räkenskapsår i enlighet med ”*the law on public credit*”. I CSOB-Slovakien omnämns inte varaktighet som något kännetecken för en investering. I Salini-Marocko hänvisade tribunalen till doktrin som ansåg att varaktighet utgjordes av två till fem år.<sup>103</sup> I fallet gällde avtalet i 32 månader men förlängdes till 36 månader, vilket kunde anses som varaktigt. I Joy Mining ansågs varaktighet inte föreligga eftersom Egypten skulle betala Joy Mining vid ett tillfälle d.v.s. när avtalet slutförts. Avtalet mellan MHS-Malaysia tog fyra år att slutföra. Det betyder att kännetecknet är uppfyllt enligt doktrin.<sup>104</sup> Däremot var det ursprungliga avtalet endast arton månader men förlängdes då bärningen inte var slutförd. Tribunalen ansåg visserligen att avtalet i förlängd form innebar varaktighet, då det pågick i fyra år. Däremot betraktade de att avtalets förlängning inte innebar en ekonomisk utveckling och utgjorde därmed inte varaktighet. Även i Salini-Marocko förlängdes avtalet och där ansåg tribunalen att avtalet var varaktigt.<sup>105</sup> Skillnaden mellan dessa två rättsfall är att det ursprungliga avtalet mellan Salini och Marocko utgjorde en tidsperiod över två år medan det ursprungliga avtalet mellan MHS och Malaysia endast utgjorde arton månader.

Av ovanstående rättsfall konstaterar jag att ett avtal bör bestå under viss tid för att uppfylla kännetecknet varaktighet och utgöra en investering och således kunna särskiljas från ett sedvanligt kommersiellt avtal. I det första rättsfallet Fedax-Venezuela använde tribunalen inte någon tidsbestämd definition av varaktighet. De hänvisade visserligen till doktrin som påstod

---

<sup>102</sup> Se ARB/96/3.

<sup>103</sup> Se ARB/00/4.

<sup>104</sup> Se kapitel 3.

<sup>105</sup> Se ARB/00/4.

att varaktighet avsåg minst fem år men denna definition har inte använts i senare rättsfall från ICSID. Däremot kan jag utifrån ovanstående rättsfall anta att ett avtal förväntas pågå under en längre tid för att utgöra en investering, vilket också framhölls i Fedax-Venezuela. Räntebetalningar och amorteringar som pågår under en längre tid kan också utgöra en investering. I CSOB-Slovakien omnämns inte varaktighet som något kännetecken för en investering, vilket jag tror berodde på två faktorer. För det första ansåg tribunalen att avtalet handlade om en uppenbar investering och för det andra hade inte Salini-testet börjat tillämpas vid tidpunkten för skiljedomen som avkunnades år 1999. Detta innebar att tribunalen endast hade tillgång till ett begränsat antal rättsfall som diskuterat definitionen av en investering. Avtalet mellan MHS-Malaysia pågick egentligen i arton månader och tribunalen ansåg att förlängningen måste medföra en ekonomisk utveckling för att det skulle uppfylla kravet på varaktighet. Ett avtal som pågått i mindre än två år men som förlängs bör därmed bidra till den ekonomiska utvecklingen för att kännetecknet skall anses vara uppfyllt.

### **6.2.2 Avkastning eller vinst**

Det andra kännetecknet i Salini-testet innebär att en investering bör generera avkastning eller vinst. I Fedax-Venezuela ansåg tribunalen att räntebetalningarna som Venezuela betalade till Fedax utgjorde avkastning. I CSOB-Slovakien menade tribunalen att bankens syfte var att ge vinst och avkastning i framtiden, vilket resulterade i att tribunalen ansåg att konsolideringsavtalet utgjorde en investering. I Salini-Marocko nämnde inte tribunalen att en investering utgjordes av vinst eller avkastning. I Joy Mining-Egypten bedömde tribunalen att det inte förelåg vinst eller avkastning eftersom Joy Mining hade utfört ett uppdrag som inte genererade någon vinst eller avkastning. I MHS-Malaysia menade tribunalen att bärgningsavtalet inte genererade någon avkastning, trots att MHS påvisade att avtalet hade genererat avkastning i form av föremål från fartyget DIANA. Tribunalen ansåg inte att en investering utgjorde denna form av avkastning.

Min slutsats av ovanstående rättsfall är att avtalet bör generera avkastning eller vinst, åtminstone förväntas generera detta. Företag som har investerat i en annan stat utan att ha genererat avkastning eller vinst ännu, kan ändå omfattas av begreppet. Det menade tribunalen i CSOB-Slovakien där de ansåg att en förväntad avkastning också utgjorde en investering. Även doktrin har ansett att en investering kan utgöras av en förväntad avkastning eller

vinst.<sup>106</sup> Den vinst eller avkastning som avses i Salini-testet skall enligt tribunalen i MHS-Malaysia inte utgöras av fysiska föremål.

### 6.2.3 Åtagande/bidrag

Salini-testets tredje kännetecken har två innebörder. En är att en investering skall *bidra* med t.ex. know-how, utrustning eller personal.<sup>107</sup> Den andra är att en investering utgör ett *betydande åtagande* för investeraren t.ex. att avtalet omfattar ett substantiellt belopp.<sup>108</sup> Det sistnämnda åskådliggjordes i Fedax-Venezuela där tribunalen tog fasta på det belopp som skuldebrevet omfattade. Tribunalen ansåg att skuldebrevet utgjorde ett substantiellt belopp. I Salini-Marocko ansåg tribunalen att Salini bidrog till motorvägen genom know-how, teknisk utrustning och kunnig personal. Dessutom hade Salini lånat pengar för att kunna fullfölja avtalet, vilket jag anser som ett betydande åtagande. I Joy Mining-Egypten tog tribunalen, precis som i Fedax-Venezuela fasta på ett substantiellt belopp, men i detta fall handlade det om en bankgaranti. I MHS-Malaysia menade tribunalen att MHS bidrog till bärgningen av fartyget DIANA genom personal, know-how och utrustning. Dessutom finansierade MHS projektet utan stöd av Malaysia. Detta tyder på ett betydande åtagande precis som i Salini-Marocko. Tribunalen jämförde MHS bidrag med tidigare rättspraxis från ICSID, däribland Salini-Marocko. De ansåg att det MHS bidrag inte utgjorde en lika omfattande karaktär som dessa. Detta resulterade i att tribunalen drog slutsatsen att bidraget kunde jämföras med ett kommersiellt avtal.

Ovanstående rättsfall tyder på att tribunalerna tolkar kännetecknet på två olika sätt. Antingen bör avtalet generera ett betydande bidrag till projektet eller innebära att avtalets belopp är substantiellt. Investerarens bidrag omfattar t.ex. know-how och utrustning. Ett substantiellt belopp innebär att avtalet skall utgöra en betydande summa. I Salini-Marocko och i MHS-Malaysia användes båda dessa kännetecken men i övriga rättsfall har endast ett utav dem använts av tribunalen. Det tyder på att en investering bör omfatta antingen ett betydande bidrag, ett betydande åtagande eller båda dessa.

---

<sup>106</sup> Se kapitel 6.2.

<sup>107</sup> Se kapitel 3.

<sup>108</sup> Ibid.

## 6.2.4 Risk

Det fjärde kännetecknet i Salini-testet handlar om att en investering bör utgöra en risk. Enligt Schreuer skall det föreligga ett risktagande för investeraren.<sup>109</sup> Annan doktrin menar att ett risktagande skall föreligga båda för investeraren och staten.<sup>110</sup> I Fedax-Venezuela menade tribunalen att Fedax risktagande utgjordes av den ränta och amortering som Venezuela skulle erlægga. I CSOB-Slovakien ansåg tribunalen att avtalet utgjorde en risk i liknande den som finns i de flesta ekonomiska aktiviteter. I Salini-Marocko utgjordes Salinis risktagande framförallt av faran för arbetsskador, oförutsägbara händelser som inte innebar *force majeure* samt en risk för att lönenivån kunde öka. I Joy Mining-Egypten ansåg tribunalen att avtalet visserligen innebar en risk för investeraren men att denna var jämbördig med risker i sedvanliga kommersiella avtal. I MHS-Malaysia menade tribunalen att risken burits av MHS eftersom de utförde bärgningen och skulle få betalt när avtalet var slutfört. Tribunalen ansåg att det innebar ett starkare/tydligare kännetecken för att avtalet skulle utgöra en investering, än om risken också skulle utgöras av Malaysia. Tribunalen menade dock att den risk som förelåg för MHS var typiska för denna typ av avtal. Tribunalen ansåg att risken därmed var kommersiell.

I doktrin har det angetts att ett risktagande bör omfatta såväl en investerare som den aktuella staten. Ovanstående rättsfall visar ändå att tribunalerna lägger tyngdpunkt på investerarens risktagande. Risken i en investering skall skiljas från sedvanliga kommersiella risker. Schreuer anser att en risk kan bestå av att avtalet pågår under en längre tid, vilket innebär en oförutsägbar framtid och därmed en risk.<sup>111</sup> Vidare menar Schreuer att risken utgörs av osäkerhet huruvida avtalet kommer att generera avkastning i framtiden. Precis som Schreuer anser jag att risken torde utgöras av avtalets varaktighet, då ett avtal som sträcker sig under flera år utgör en större risk än ett avtal som endast pågår en kortare tid. Jag anser också att risken är förenad med kännetecknet betydande bidrag/åtagande. Ett betydande bidrag kan t.ex. innebära fler anställda och avancerad teknisk utrustning som innebär ett större risktagande för investeraren. Ett betydande åtagande innebär att avtalet omfattar ett substantiellt belopp, vilket kan utgöra en stor risk för investeraren.

---

<sup>109</sup> Se kapitel 3.

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> Ibid.

## 6.2.5 Gynnar (ekonomiska) utvecklingen i staten.

Det femte kännetecknet i Salini-testet innebär att en investering bör utgöra ett bidrag till den ekonomiska utvecklingen i staten där investeringen gjorts. Av preambeln till ICSID-konventionen framgår att ICSID konventionen syftar till att främja den ekonomiska utvecklingen. Huruvida kännetecknet skall bidra till statens *ekonomiska utveckling* eller endast till *utvecklingen* generellt, är oklart. Schreuer anser att avtalet skall gynna den ekonomiska utvecklingen i staten.<sup>112</sup> Han utvecklar påståendet och menar att avtalet skall generera en positiv utveckling. Annan litteratur har angett att utvecklingen skall vara betydelsefull i staten där den görs.<sup>113</sup> Den sistnämnda uppfattningen syftar till en allmän utveckling i staten medan Schreuer anser att det skall föreligga en ekonomisk utveckling.

I Fedax-Venezuela bedömde tribunalen att skuldebrevet hade ett nära samband med *utvecklingen* i Venezuela eftersom det skulle finansiera en statlig verksamhet. I CSOB-Slovakien menade tribunalen att konsolideringsavtalet främjade en positiv *ekonomisk utveckling* i Slovakien. I samma fall menade tribunalen att konsolideringsavtalet upprättades för att CSOB skulle privatiseras och skapa värde för sina aktieägare i Slovakien. I Salini-Marocko menade tribunalen att uppförandet av en ny motorväg gynnade Marockos *ekonomiska utveckling*. De menade också att motorvägen gynnade det allmänna intresset. Salini bidrog också med know-how vilket också gynnade den ekonomiska utvecklingen. I Joy Mining-Egypten tydliggjorde tribunalen att en investering skulle bidra till en *betydande utveckling* i staten där investeringen görs. I samma rättsfall ansåg tribunalen att Joy Mining visserligen bidrog till gruvans utveckling men endast som en del i hela gruvprojektet, vilket inte tribunalen ansåg som tillräckligt för att uppfylla kännetecknet. I MHS-Malaysia ansåg tribunalen att bärgringen inte bidrog till Malaysias *ekonomiska utveckling* utan menade att avtal som endast tillför staten ett historiskt värde inte kan anses utveckla ekonomin. De menade också att ett avtal som anses utveckla ekonomin, inte enbart behöver omfatta monetära medel, utan kan också inkludera immateriella rättigheter och humankapital.

Slutsatsen av rättsfallen som behandlats i detta avsnitt är att majoriteten av rättsfallen anser att en investering skall bidra med en *ekonomisk utveckling*. Tribunalen i fall som Joy Mining-

---

<sup>112</sup> Se kapitel 3.

<sup>113</sup> Ibid.



Egypten och Fedax-Venezuela menade däremot att avtalet skulle gynna *utvecklingen* i staten där investeringen gjorts. I Salini-Marocko anser jag att motorvägsbygget gynnade ekonomin eftersom denna underlättade för transporter som gynnar företagen och därmed ekonomin i Egypten. Tribunalen ansåg också att motorvägen gynnade det allmänna intresset vilket indirekt betyder att den gynnade dels utvecklingen dels den ekonomiska utvecklingen eftersom den underlättade för transport och trafik. I Joy Mining och MHS-Malaysia ansåg respektive tribunal att det skall föreligga en betydande ekonomisk utveckling i staten. I MHS-Malaysia anser jag, att tribunalen hade en flexibel tolkning av kännetecknet eftersom de diskuterade ekonomisk utveckling i form av t.ex. immateriella rättigheter eller humankapital. Vidare menade samma tribunal att den ekonomiska utvecklingen syftar till hela staten inte till en viss industri. I Joy Mining-Egypten och Salini-Marocko kom tribunalerna fram till två olika slutsatser, där Salini ansågs bidra till utvecklingen men inte Joy Mining. Båda fallen omfattade stora projekt, där båda företagen enbart utgjorde en del i projektet. I Salini-Marocko ansåg tribunalen att byggnationen av en motorväg var komplex och att Marocko gynnades av den nya motorvägen. I Joy Mining däremot ansåg tribunalen att leveransen och installationen av ett system till ett gruvprojekt inte gynnade Egypten eller dess ekonomi i samma utsträckning som Joy Mining. Det kan inte anses som helt klart om en investering skall utgöras av ekonomisk utveckling eller utveckling, men troligtvis omfattas begreppet av båda ställningsstagandena.

### **6.2.6 Sammanfattning av Salini-testet**

Efter en analys av ovanstående rättsfall anser jag att tribunalerna har olika tolkningar av Salini-testet vilket bevisar svårigheten att definiera vad som utgör en investering. Ovanstående avsnitt visar att det är svårt att avgöra hur många kännetecken i Salini-testet som skall uppfyllas och vilka som behöver infrias för att avtalet skall anses utgöra en investering. I Fedax-Venezuela berörde tribunalen Salini-testets fem kännetecken och ansåg att samtliga var uppfyllda och att det därmed förelåg en investering. Därefter avgjordes CSOB-Slovakien där tribunalen ansåg att konsolideringsavtalet tillkom för att utveckla CSOB:s verksamhet i Slovakien och att det gynnade den Slovakiska ekonomin. De övriga kännetecknen hade en mindre betydelsefull funktion och tribunalen ansåg *e contrario*, att alla kännetecknen inte behöver

uppfyllas, eftersom de inte är någon formell förutsättning för en investering enligt ICSID-konventionen.<sup>114</sup> I Salini-Marocko ansåg inte tribunalen att en investering utgjordes av vinst eller avkastning. I Joy Mining-Egypten ansåg tribunalen att alla fem kännetecken skulle vara uppfyllda för att det skulle föreligga en investering. I MHS-Malaysia ansåg tribunalen att vissa kännetecken kunde vara svaga/otydliga om det förelåg ett eller flera starka/tydliga kännetecken av Salini-testet. Denna utveckling tyder på att Salini-testet inte förändrats mycket från Fedax-Venezuela till MHS-Malaysia, utan samtliga kännetecken diskuteras och bedöms som en helhet.

---

<sup>114</sup> Se ARB/97/4.

## 7. Slutsatser

Det primära syftet med denna uppsats är att utreda begreppet *investering* enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1). Det har visat sig vara svårt att helt klarlägga innebörden av en investering enligt ICSID-konventionen. ICSID-tribunalerna har med hjälp av doktrin utvecklat en metod, Salini-testet för att definiera vad som utgör en investering. Salini-testet utgörs av fyra till fem olika kännetecken. Salini-testet skapar vägledning för ICSID-tribunalerna när de skall definiera vad som utgör en investering. Rättsfallen i uppsatsens femte kapitel tyder på att tribunalerna använder sig av Salini-testet för att definiera en investering. Problemet har uppstått då ICSID tribunalerna har tolkat Salini-testet olika, vilket gör att begreppet blir svårare att utreda och klarlägga. Uppsatsens sjätte kapitel tyder på att tribunalerna i ovanstående rättsfall använder en flexibel tolkning av Salini-testet och att de olika kännetecknen skall tolkas som en helhet.

Utifrån analysen i kapitel sex har jag kunnat klarlägga några huvuddrag i Salini-testets olika kännetecken. Det första kännetecknet innebär att en investering bör ha en viss *varaktighet*. Utifrån rättspraxis har jag tolkat att det aktuella avtalet skall ha pågått under en längre tid. I ovanstående rättsfall har tribunalerna ansett att varaktigt utgör två till fem år, vilket från början angavs i doktrin. Varaktighet kan t.ex. innebära räntebetalningar som fullgörs eller ett uppdrag som pågår under en längre tid. Det andra kännetecknet innebär *avkastning eller vinst*. Kännetecknet användes inte av tribunalen i Salini-Marocko. Schreuer anser att kännetecknet uppfylls om det föreligger en förväntad vinst eller avkastning. Tribunalen i CSOB-Slovakien gjorde samma bedömning. Tribunalen i MHS-Malaysia ansåg inte att fysiska föremål kunde utgöra avkastning. Sammanfattningsvis tolkar jag kännetecknet så att det bör föreligga vinst eller avkastning, åtminstone bör det förväntas föreligga vinst eller avkastning, för att kännetecknet skall vara uppfyllt. Det tredje kännetecknet innebär att en investering antingen medför ett *bidrag* eller att avtalet utgör ett *substantiellt belopp*. Bidrag kan utgöras av t.ex. know-how, teknisk utrustning och personal. Rättspraxis och doktrin har inte behandlat dessa två som kumulativa utan en investering kan omfatta ett utav dessa två. Det fjärde kännetecknet innebär att investeringen bör utgöra en *risk*. Jag anser att risktagande utgörs av alla former av avtal, svårigheten är att urskilja den form av risktagandet som utgör avtalet till en investering. Utifrån rättspraxis har jag kunnat tolka att risken huvudsakligen bör bäras av investeraren, trots att doktrinen menat att risken skall utgöras även för staten. Risktagandet skall skiljas från sed-

vanlig kommersiell risk. Det sista kännetecknet innebär att en investering bör bidra till en ekonomisk *utveckling* i staten där den görs. Rättspraxis, framförallt Fedax-Venezuela, anser att det är tillräckligt att investeringen bidrar till utvecklingen. Bidraget till utvecklingen skall avse hela staten och inte enbart en viss industri, vilket tribunalen i MHS-Malaysia fastställde.

Slutsatsen innebär att Salini-testet bidrar till en förståelse och vägledning för vad som utgör en investering enligt ICSID-konventionen. Det senaste rättsfallet som analyserats, MHS-Malaysia, tyder på att tribunalerna använder en flexibel tolkning av Salini-testet, då tribunalen i MHS-Malaysia ansåg att vissa kännetecken kan vara svaga/otydliga men att det ändå kan föreligga en investering enligt ICSID-konventionen artikel 25 (1). Även om kritik riktats mot Salini-testet och att det kan tänkas begränsa definitionen av vad som utgör en investering, anser jag att Salini-testet skapar en viss tydlighet och transparens vad gäller begreppet investering. Det vore önskvärt att doktrin och rättspraxis arbetar fram en ännu mer enhetlig tolkning av Salini-testet, för att på så sätt ytterligare öka klarheten ifråga om vad som utgör en investering enligt ICSID-konventionen art 25 (1).

# Referenser

## Internationella konventioner

The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965.

## Förarbeten till ICSID-konventionen

Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965.

## Litteratur

Bernadini, Piero, Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs, 2005. Artikel ur *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. Aksen Gerald- Böckstiegel Karl-Heinz- Mustill J Michael- Patocchi Paolo Michele- Whitesell Anna Marie (ed:s). ICC Publishing, Paris.

Brochers Aron, 1995. *Selected essays, Worldbank, ICSID and other subjects of public and private international law*. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht.

Dolzer Rudolf- Schreuer Christoph, 2008. *Principles of investment law*. Oxford University Press Inc. New York.

Griffin Peter-Farren Ania, 2005, "How ICSID can protect sovereign bondholders", *International Financial Law Review*, volume 24, issue 9, pages 21-24.

Hydén Håkan, 2001. *Rättsregler-en introduktion till juridiken*. 5 uppl. Studentlitteratur. Lund.

Lowenfeld F Andreas, 2008. *International Economic Law*. 2nd edition. Oxford University press. New York.

Lyons E Katherine, 2006, "Piercing the corporate veil in the national arena", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, volume 33, issue 2, pages: 523-549.

Reed Lucy-Paulsson Jan-Blackaby Nigel, 2004. *Guide to ICSID arbitration*. Kluwer Law International. Hague.

Sandgren Claes, 2007. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. 2 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm.

Schreuer Christoph, 2001. *The ICSID Convention a commentary*. Cambridge University press. Cambridge.

### Avgöranden från ICSID

ARB/96/3, Fedax N.V – Venezuela, 37 I.L.M 1378 (1998). Hämtad från webbplats:

<http://ita.law.uvic.ca/documents/Fedax-1997-Last.pdf>, 2009-12-14.

ARB/97/4, Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S-Slovakien.

ARB/00/4, Salini Costtrutori S.p.a, Italstrade S.p.a-Marocko, 42 I.L.M 609. Hämtad från webbplats: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Salini-English.pdf>, 2009-12-14.

ARB/03/11, Joy Mining-Egypten.

ARB/05/10, Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd-Malaysia.

### Svenska internationella överenskommelser

1979:1, Sverige-Egypten.

1992:91, Sverige-Argentina.

1995:69, Sverige-Chile.

1996:7, Sverige-Albanien.

2000:4, Sverige- Förenade Arabemiraten.

2001:2, Sverige-Indien.

2002:16, Sverige-Kuwait.

### Övriga källor

Devashish Krishan, *A Notion of ICSID Investment*. Hämtad från webbplats:

<http://www.fdimoot.org/iip/Reading1B.pdf>, 2010-01-07.

Europaparlamentet. Hämtad från webbplats: [http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3\\_4\\_4\\_sv.htm](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_4_4_sv.htm), 2009-12-14.

Grierson Weiler (ed), *Investment treaty arbitration and international law*. Hämtad från webbplats: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=david\\_caron](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=david_caron), 2010-01-07.

ICSID Annual report, 2009. Hämtad från webbplats:

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2009\\_Eng](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2009_Eng), 2009-12-22.

ICSID. Hämtad från webbplats:

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID\\_Home](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home), 2010-01-07.

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp\\_settl\\_facilities](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Dispute%20Settlement%20Facilities&pageName=Disp_settl_facilities), 2010-01-10.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, 2010-01-07.

Kommerskollegium. Hämtad från webbplats: [http://www.kommers.se/templates/Standard2\\_\\_\\_\\_699.aspx](http://www.kommers.se/templates/Standard2____699.aspx), 2010-01-07.

Kommerskollegium, *The relationship between international trade and foreign direct investments for Swedish multinational enterprises*. 2008:3. Hämtad från webbplats: 2010-01-07.

<http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/New%20reports/Report%20The%20relationship%20between%20international%20trade%20and%20foreign%20direct%20investments%20for%20Swedish%20multinational%20enterprises.pdf>, 2010-01-10.

Kwan Aileen, *Development: Licensed to Plunder*. 2008. Hämtad från webbplats:

<http://ipsnews.net/news.asp?idnews=42608>, 2009-12-22.

NAFTA. Hämtad från webbplats:

<http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx>, 2010-01-07.

Nationalencyklopedin. Hämtad från webbplats: <http://www.ne.se/lang/tjeckoslovakien>, 2009-11-16.

WTO. Hämtad från webbplats:

[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/utw\\_chap7\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/utw_chap7_e.pdf), 2010-01-07.