



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Simon Hult

Postkoloniala staters suveränitetsanspråk i ny form –

En studie av suverän maktutövning över
allmänintressen och internationellt investeringskydd

JURM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Markus Gunneflo

Termin för examen: HT 15

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Ämnets bakgrund	5
1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsningar	6
1.3 Metod, material och forskningsläge	7
1.3.1 Uppsatsens metod	7
1.3.2 Material	8
1.3.3 Forskningsläge	9
1.4 Närmare om suveränitet och allmänintressen	10
1.5 Terminologi	11
1.6 Disposition	13
2 INTERNATIONELL INVESTERINGSRÄTT	14
2.1 Introduktion	14
2.2 USA, Latinamerika och konflikten om sedvanerättens innehåll	14
2.3 Postkolonial tid och kolliderande intressen	16
2.3.1 Utveckling och PSNR	16
2.3.2 Frihandel som respons på postkoloniernas anspråk	18
2.4 Globaliseringens tidevarv	20
2.5 Investeringskyddssystemets utveckling	21
2.5.1 Framväxten av ett globalt investeringsskydd	21
2.5.2 Förklaringar till investeringsskyddets genomslag	23
2.6 Sammanfattande kommentarer	25
3 ALLMÄNINTRESSEN OCH INVESTERINGSSKYDDET	27
3.1 Introduktion	27
3.2 Allmänintressen och BIT:s	27

3.2.1	Expropriationsklausuler	27
3.2.2	FET-standard	28
3.2.3	MFN-klausuler	30
3.2.4	Undantagsregleringar	30
3.2.5	Övriga regleringar gällande värdstatens behandling av investeraren	31
3.2.6	Skiljedomsklausuler	32
3.3	Allmänintressen och ISDS	34
3.3.1	Miljö- och hälsohänsyn	34
3.3.2	Tillgång till vatten	38
3.4	Sammanfattande kommentarer	42
4	EN REFORMERING AV INVESTERINGSSKYDDET	44
4.1	Introduktion	44
4.2	Traktatorienterad reform	44
4.3	En reform av ISDS	47
4.4	Kontrakt istället för traktat	49
4.5	Internationell komparativ rätt	51
4.6	Sammanfattande kommentarer	53
5	SLUTSATSER OCH AVSLUTANDE KOMMENTARER	55
	LITTERATUR- OCH KÄLLFÖRTECKNING	58
	Litteratur	58
	Elektroniska källor	63
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Summary

Over the last years, there has been an on-going debate regarding the level of protection that foreign investors should receive within the international investment regime. This regime consists of bilateral investment treaties (BIT) and investor-state dispute settlement. The investment regime has been criticized for protecting the investors' interests over those of the public by imposing regulatory restraints on national states.

This thesis uses this debate as its starting point, and intends to explore how the investment regime affects the sovereignty of states in relation to public interests. The focus is on how developing countries have claimed sovereignty during the development of international investment law, and how these claims are connected to each other. The thesis finally explores the whether it is possible to reform the investment regime. This alternative option would ensure states' sovereign powers over public interests to a greater extent than the current version.

The paper identifies a historical conflict between developed capital exporting countries and developing capital importing countries, all within the development of the international investment law. The developing countries have invoked claims on sovereignty to assert control over their own national resources and economic autonomy. This claim is most discernible in the postcolonial context.

The study finds that the international investment regime contains multiple sets of regulations that constrain the developing countries by limiting their abilities to exercise their sovereign powers over public interests. This assumption can also be seen in the practise of international investment arbitration. In this regard, the investment regime has a negative preventive effect. This could hinder states from exercise sovereign powers over public interests. The thesis also finds that the developing countries have continued their claims for sovereignty within the international investment regime, but in regards to public interests. The thesis also discovers a connection between these claims and their postcolonial counterparts.

The paper is concluded with a discussion on different suggestions to reform the international investment regime. The discussion uses the claims for sovereignty preserved by least developed states within the postcolonial context as a benchmark to ensure that the investment regime is prevented from reproducing colonial structures of power. In this regard the author concludes that a suitable level of protection should be identified through a comparative approach on public law combined with the initiating of a permanent and independent investment court.

Sammanfattning

Under de senaste åren har en debatt pågått om det skydd utländska investerare erhåller inom ramen för bilaterala investeringsskyddsavtal (BIT) och tvistlösningsmekanismen ISDS. I debatten har kritik framförts mot att investeringsskyddet i för stor utsträckning gynnar investerarens ekonomiska intressen, samtidigt som allmänintressen i värdstater till investeringar missgynnas genom att statens lagstiftningsutrymme begränsas.

Uppsatsen tar denna debatt som utgångspunkt och ämnar undersöka hur investeringsskyddet påverkar en stats suveräna maktutövning i förhållande till allmänintressen. Framställningen fokuserar på mindre utvecklade staters suveränitetsanspråk i den internationella investeringsrätten över tid och hur dessa anspråk förhåller sig till varandra. Slutligen har uppsatsen som syfte att undersöka hur investeringsskyddet kan reformeras så att det i mindre utsträckning begränsar staters suveräna maktutövning över allmänintressen.

Framställningen påvisar en konflikt över tid mellan mindre utvecklade kapitalimporterande stater och utvecklade kapitalexporterande stater i den internationella investeringsrättens utveckling. I denna konflikt har mindre utvecklade stater framfört anspråk på suveränitet i förhållande till egna naturresurser och sin ekonomiska politik för att nå utveckling, vilket är särskilt tydligt i en postkolonial kontext.

I uppsatsen konstateras att skyddet för utländska investeringar innehåller regleringar som i stor utsträckning begränsar mindre utvecklade staters suveräna maktutövning över allmänintressen, ett antagande som även bekräftas av praxis från internationella skiljedomstolar. I detta avseende har investeringsskyddet en negativ preventiv verkan och kan hindra stater från att lagstifta med hänsyn till ett allmänintresse. Vidare kommer uppsatsen till slutsatsen att mindre utvecklade stater har fortsatt att framföra suveränitetsanspråk inom ramen för investeringsskyddet, anspråk som har en koppling till postkolonial tid.

Uppsatsen avslutas med att ett antal reformeringsförslag av investeringsskyddet analyseras. Analysen utgår ifrån att den form av suveränitet som mindre utvecklade stater framförde i postkolonial tid ska eftersökas, med ändamålet att motverka att koloniala maktstrukturer reproduceras. Här finner författaren att en lämplig skyddsnivå för utländska investerare ska identifieras med en komparativ ansats på den offentliga rätten och att en permanent och självständig investeringsdomstol ska inrättas.

Förord

Med denna uppsats sätter jag punkt för mina juridikstudier i Lund. Jag vill därför passa på att tacka mina föräldrar och övriga familj för det stöd ni gett mig under min studietid.

Jag vill även rikta ett särskilt tack mina kollegor på Juridiska fakultetens nätkurser som har skrivit examensarbete denna termin. Tack Hanna, Ulrica och Višnja för input, sällskap, skratt osv.

Jag vill också rikta ett stort tack till min handledare Markus Gunneflo. Markus har tagit sig an mina minst sagt bristfälliga utkast med stort tålamod och har hela tiden hjälpt mig framåt i uppsatsarbetet.

Sist men främst, tack Sonia. Mest för att du finns, men också för hjälp med korrekturläsning.

Lund, den 7 januari 2016

Förkortningar

BIT	Bilateral Investment Treaty
ECT	The Energy Charter Treaty
FCN	Friendship, Commerce and Navigation (Treaty)
FET	Fair and Equitable Treatment
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ISDS	Investment State Settlement Dispute
IISD	International Institute for Sustainable Development
IMF	International Monetary Fund
NAFTA	The North American Free Trade Agreement
NIEO	New International Economic Order
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PSNR	Permanent Sovereignty over Natural Resources
TWAIL	Third World Approaches to International Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

1 Inledning

1.1 Ämnets bakgrund

Vid avsaknad av en internationell konvention om internationell investeringsrätt är det bilaterala investeringsavtalet (*Bilateral Investment Treaty, BIT*) vedertagen metod för att reglera internationella investeringar.¹ BIT:s kan förenklat beskrivas som ett internationellt investeringsavtal mellan två stater som reglerar investeringar av företag med hemvist i den ena avtalslutande staten, som genomförs i den andra avtalslutande staten.² Tidernas första BIT ingicks mellan Tyskland och Pakistan 1959 och idag existerar 2926 BIT:s. Tillsammans med tvistlösningsmekanismen ISDS (*Investor – State Settlement Dispute*), har BIT:s utvecklats till ett standardiserat investeringskyddssystem.³

Under 1990-talet ingicks en stor mängd BIT:s mellan utvecklade och mindre utvecklade stater.⁴ I konkurrensen efter utländskt kapital har BIT:s blivit ett verktyg för mindre utvecklade stater som signalerar mot investerare att staten erbjuder ett effektivt och långtgående investeringskydd.⁵ För en utländsk investerare, som ofta har sitt hemvist i en utvecklad stat, innebär investeringskyddssystemet att deras investering styrs av ett regelverk som erbjuder skydd för missgynnande behandling och effektiva rättsmedel.⁶

Detta till synes harmoniska förhållande har på senare år kommit att problematiseras och en ökad oro har uttryckts gällande investeringskyddets innehåll. Särskilt omdiskuterat är om investeringskyddet innebär för långtgående begränsningar för stater att lagstifta med hänsyn till ett allmänintresse.⁷ ISDS ger investeraren möjlighet att väcka talan mot värdstaten för investeringen, med grund i regleringarna i ett BIT, med anledning av att statens lagstiftning eller åtgärd missgynnar investeringen. Vid flertalet tillfällen har lagstiftning som syftar till ett allmänintresse, så som miljöhänsyn, folkhälsa och vattenförsörjning, utmanats av investerare. Vid eventuell förlust förpliktas värdstaten att betala skadestånd till investeraren.

¹ Van Harten 2007, s. 6.

² Salacuse & Sullivan 2009, s. 109.

³ UNCTAD 2015, s. 106. Av totalt 3271 internationella investeringsavtal är 2926 BIT:s. En sammanställning över BIT:s finns på <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Med ”investeringskyddssystemet” eller ”investeringskyddet” förstås i fortsättningen BIT:s och ISDS som ett gemensamt regelverk för utländska investeringar.

⁴ För definition av begreppen ”mindre utvecklad stat” och ”utvecklad stat” se avsnitt 1.5.

⁵ Elkins, Guzman & Simmons 2006, s. 822.

⁶ Vandervelde 2010, s. 2.

⁷ UNCTAD 2015, s. 120 & 128. För ledande kritik se exempelvis Van Harten 2007. Med ”lagstifta” eller ”lagstiftningsutrymme” inbegrips fortsättningsvis lagstiftning och andra beslut eller åtgärder som tas av myndigheter eller regeringen i en stat.

Uppsatsen kommer att ta sin utgångspunkt i den ovan nämnda kritiken och analysera hur investeringsskyddssystemets begränsning av lagstiftningsutrymmet påverkar staters suveräna maktutövning i förhållande till allmänintressen. Framställningen kommer erbjuda ett djupare perspektiv än att denna problematik bekräftas genom att investeringsskyddet ställs i relation till den internationella investeringsrättens utveckling. Här kommer särskilt fokus riktas mot hur mindre utvecklade stater framfört suveränitetsanspråk i förhållande till utvecklade stater och hur sådana anspråk återkommer inom ramen för investeringsskyddet. Med hjälp av denna ansats kommer uppsatsen att försöka hitta en metod som kan reformera investeringsskyddssystemet så att mindre utvecklade staters suveräna maktutövning över allmänintressen begränsas i mindre utsträckning.

1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur investeringsskyddssystemet påverkar mindre utvecklade staters suveräna maktutövning i förhållande till allmänintressen. Detta kommer att beskrivas utifrån hur investeringsskyddssystemet begränsar staters lagstiftningsutrymme. Uppsatsen ämnar vidare studera hur mindre utvecklade stater framfört suveränitetsanspråk i förhållande till utvecklade stater under utvecklingen av den internationella investeringsrätten. De mindre utvecklade staternas suveränitetsanspråk kommer att analyseras i förhållande till varandra och sammankopplas med investeringsskyddets regleringar och tvister mellan värdstater och investerare. Slutligen syftar uppsatsen till att analysera reformeringsförslag gällande investeringsskyddssystemet, med det övergripande målet att identifiera metoder som i större utsträckning möjliggör staters suveräna maktutövning i förhållande till allmänintressen.

För att fullgöra uppsatsens syften kommer följande frågeställningar vara centrala:

- Hur har mindre utvecklade stater framfört suveränitetsanspråk under den internationella investeringsrättens utveckling?
- Hur begränsas mindre utvecklade staters suveräna maktutövning, genom lagstiftning eller andra åtgärder, över allmänintressen inom investeringsskyddssystemet?
- Hur ska investeringsskyddssystemet reformeras för att i mindre utsträckning begränsa mindre utvecklade staters suveräna maktutövning över allmänintressen?

Den första frågan besvaras i både det andra och tredje kapitlet genom att mindre utvecklade staters suveränitetsanspråk identifieras löpande. Den andra frågan kommer att behandlas i uppsatsens tredje kapitel genom att regleringar i BIT:s som tar sikte på statens rätt att lagstifta i förhållande till allmänintressen, och avgöranden från internationella skiljedomstolar,

redovisas. Den fjärde frågan kommer att besvaras i uppsatsens fjärde kapitel där olika reformeringsförslag analyseras.

För att genomföra uppsatsen har det varit nödvändigt att avgränsa ämnet. På grund av det stora antalet BIT:s är det inte möjligt att redogöra för innehållet i samtliga avtal. Istället kommer en övergripande bild av de regleringar som begränsar statens lagstiftningsutrymme att redovisas. Vidare ska det nämnas att den problematik som uppsatsen berör även förekommer i förhållande till andra internationella investeringsavtal, så som NAFTA (The North American Free Trade Agreement) och energistadgefördraget ECT (Energy Charter Treaty).⁸ För att konkretisera ämnet har jag valt att endast utgå från regleringar som förekommer i BIT:s.

1.3 Metod, material och forskningsläge

1.3.1 Uppsatsens metod

För att besvara uppsatsens frågeställningar har tre olika tillvägagångssätt använts. I uppsatsens andra kapitel har litteratur studerats för att beskriva hur den internationella investeringsrätten har utvecklats över tid. Syftet med denna del är att beskriva kolliderande intressen mellan mindre utvecklade och utvecklade stater och identifiera hur stater har framfört suveränitetsanspråk under den internationella investeringsrättens utveckling. Framställningen i det andra kapitlet är nödvändig för att förstå dagens investeringsskydd och varför många mindre utvecklade stater har valt att ingå BIT:s med utvecklade stater.

I uppsatsens tredje kapitel används klassisk rättsdogmatisk metod för att söka svar på uppsatsens andra frågeställning. I praktiken innebär klassisk rättsdogmatisk metod att söka svar på en juridisk frågeställning med hjälp av rättskällor.⁹ Då uppsatsen behandlar internationell investeringsrätt har källor med särskild anknytning dit studerats. Källorna utgörs i huvudsak av BIT:s, rapporter från UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), avgöranden från internationella skiljedomstolar samt doktrin. Som nämnt finns det idag nästan 3000 aktiva BIT:s och detta omfattande omfång innebär en utmaning i förhållande till att presentera ett övergripande innehåll. Här har rapporter från UNCTAD varit till stor användning då jag med hjälp av dessa kunnat identifiera ett generellt innehåll av de regleringar som påverkar en stats lagstiftningsutrymme.

Det ska nämnas att den rättsdogmatiska metoden normalt sett förutsätter en hierarkisk ordning mellan rättskällorna,¹⁰ vilket utgör en utmaning i förhållande till uppsatsen då en sådan ordning saknas i de källor som

⁸ Se exempelvis *Vattenfall v. Tyskland* där det svenska energiföretaget Vattenfall väckte talan mot Tyskland 2009 med anledning av statens beslut att fasa ut kärnkraft som energikälla till 2022.

⁹ Kleinman 2013, s. 21.

¹⁰ *Ibid*, s 22.

uppsatsen använder. Rättsdogmatiken är dock fortfarande relevant då metoden bidrar till att rättens innehåll går att beskriva genom att en eller flera rättskällor studeras.

Vidare refereras avgöranden från internationella skiljedomstolar. Det är här som regleringarna i BIT:s uttolkas och förtydligas genom att skiljedomstolarna tillämpar dem på uppkomna tvister mellan värdstater och investerare. Det är även i avgöranden som statens och skiljedomstolarnas resonemang gällande allmänintressen framkommer som tydligast och de speglar vilka allmänintressen som aktualiseras i tvister mellan värdstat och investerare. Genom att studera avgöranden har jag kunnat synliggöra hur investeringsskyddet påverkar mindre utvecklade staters suveränitet över allmänintressen och hur dessa stater väljer att framföra suveränitetsanspråk inom investeringsskyddet.

I uppsatsens fjärde kapitel, där den tredje frågeställningen besvaras, anlägger jag en normativ ansats i förhållande till investeringsskyddet. Här fungerar Sundhya Pahujas definition av suveränitet¹¹ som utgångspunkt när reformeringsförslag av investeringsskyddet analyseras. Förslagen kommer att utvärderas med Pahujas suveränitetsbegreppet som måttstock med mål att identifiera hur investeringsskyddet kan förändras i en riktning som i mindre utsträckning begränsar värdstatens suveräna maktutövning över allmänintressen.

1.3.2 Material

Det material som har använts för att sammanställa uppsatsen är i huvudsak BIT:s¹², avgöranden från internationella skiljedomstolar och litteratur i form av doktrin och rapporter från UNCTAD.

Användandet av avgöranden från internationella skiljedomstolar som källa måste ägnas en kort diskussion. En talan som väcks inom ramen för ISDS avgörs genom ett *ad hoc*-förfarande och skiljedomstolens enda åtagande är i förhållande till parterna i tvisten. Internationella skiljedomstolar är inte, till skillnad från statliga domstolar, bundna av tidigare avgöranden. Det innebär däremot inte att skiljedomstolar avgör tvister i ett rättsligt tomrum, oberoende av tidigare avgöranden. Även en internationell skiljedomstol tar hänsyn till andra domstolar genom att utvärdera avgöranden och jämföra liknande fall.¹³ Precis som statliga domstolar är deras avgöranden baserade på grundläggande principer om dömande verksamhet.¹⁴ Vissa menar även att internationella skiljedomstolar i sin dömande verksamhet skapar nya globala normer och ständigt förändrar innehållet i den internationella rätten.¹⁵ Skiljedomstolarnas *ad hoc*-karaktär innebär att det inte är möjligt

¹¹ Se avsnitt 1.4.

¹² De BIT:s som uppsatsen refererar till har hämtas från UNCTAD:s nätbaserade databas: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

¹³ McLachlan m.fl. 2007, s. 72.

¹⁴ Commission 2007, s. 129.

¹⁵ Kingsbury & Shill 2009.

att exakt klargöra vad gällande rätt är, men genom att analysera avgöranden går det att finna starka tendenser om vad innehållet i rätten är.¹⁶

Inom ramen för uppsatsen har det inte varit möjligt att redovisa samtliga avgöranden där allmänintressen aktualiseras, därför har ett antal avgöranden valts ut som väl synliggör den problematiska relationen mellan allmänintressen och investeringsskyddet. De avgöranden jag valt att studera rör miljö- och hälsohänsyn och tillgången till vatten. Gällande miljö- och hälsohänsyn har *Tecmed v. Mexiko*, *Metaclad v. Mexiko*, *Santa Elena v. Costa Rica*, *Occidental v. Ecuador*, *Abengoa v. Mexiko* och *Methanex v. USA* analyserats. Gällande tillgången till vatten refereras *Azurix v. Argentina* och *Suez v. Argentina* och *Biwater v. Tanzania*.

I flertalet av avgörandena är Argentina och Mexiko svarande vilket inte enbart ska ses som ett uttryck för relationen mellan dessa stater och investerare. I min mening ska avgörandena förstås tillsammans med investeringsskyddssystemet då de tydligt indikerar hur regleringar i BIT:s påverkar staters suveränitet. Gällande *Methanex v. USA* ska nämnas att klagandes talan har grund i NAFTA och *Santa Elena v. Costa Rica* inte hänvisar till varken ett bilateralt eller multilateralt investeringsavtal. I detta avseende är det viktigt att förstå BIT:s som en del av den internationella investeringsrätten i sin helhet och inte som isolerade principer.

Det ska också påpekas att avgöranden från internationella skiljedomstolar som regel är väldigt omfattande. För att genomföra undersökningen har jag därför refererat till de delar av avgörandena som hjälper mig att möta uppsatsens syfte. Det är inte optimalt att utelämna delar i framställningen och det kan framstå som förenklingar av det faktiska skeendet. Med detta i åtanke har jag vidtagit stor försiktighet för att inte återge avgörandena på ett icke-representativt sätt.

Vidare kommer doktrin och artiklar användas för att beskriva bakgrunden till den internationella investeringsrätten och investeringsskyddssystemet. I avsnittet som redovisar reformeringsförslag används doktrin som tar sikte på att lösa det problem som uppsatsen avhandlar gällande investeringsskyddssystemet. Här har även en rapport från UNCTAD och ett modellavtal sammanställt av den icke-statliga organisationen IISD (International Institute for Sustainable Development) använts.

1.3.3 Forskningsläge

Uppsatsens övergripande ansats förhåller sig nära till skolbildningen TWAIL (Third World Approaches to International Law). Forskare inom TWAIL försöker problematisera den internationella rätten genom att visa hur den underhåller och reproducerar ett strukturellt maktförhållande där utvecklade stater är överordnade mindre utvecklade stater.¹⁷ Här ska några

¹⁶ Sureda 2009, s.13.

¹⁷ Se Mutua & Anghie 2000. Se även Anghie 2006. Brukar även benämnas som relationen mellan västvärlden och tredjevärlden eller nord och syd.

verk särskilt framhållas; Sundhya Pahuja's *Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality*; Antony Anghies *Imperialism, sovereignty and the making of international law* samt Kate Miles; *Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*. Dessa verk har varit mig behjälpliga för att placera mindre utvecklade stater suveränitetsanspråk och investeringsskyddet i ett historiskt och strukturellt sammanhang. Jag dessutom haft stor nytta av Sundhya Pahuja's definition av suveränitet som framkommer i *Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality* då jag använder den som måttstock när reformeringsförslag av investeringsskyddet analyseras.

Därtill har investeringsskyddssystemet och värdstatens rätt att reglera med hänsyn till allmänintressen diskuterats i forskningen. Här har särskilt ”Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?” av Barnali Choudhury varit behjälplig. Artikeln har bidragit till att hitta lämpliga skiljedomstolsavgöranden för att belysa problematiken med investeringsskyddet och lagstiftning med hänsyn till allmänintressen.

1.4 Närmare om suveränitet och allmänintressen

Uppsatsen fokuserar på att beskriva hur investeringsskyddssystemet påverkar mindre utvecklade staters suveräna maktutövning över allmänintressen. Detta innebär att *suveränitet* och *allmänintressen* är centrala i framställningen och deras innebörd behöver därför introduceras närmare.

I framställningen används Sundhya Pahuja's definition av *suveränitet* som utgångspunkt. Pahuja definierar suveränitet med bakgrund i de postkoloniala staternas strävan efter politiskt självbestämmande som på allvar tog fart i början av 1950-talet. Avkoloniseringen skapade då en möjlighet för tidigare kolonistater att uppnå suverän likställdhet med övriga stater, inklusive de tidigare kolonialmakterna. I denna kontext fick de postkoloniala staterna tillfälle att framföra suveränitetsanspråk i förhållande till egna naturresurser och sin ekonomiska politik, vilket vanligen benämns som PSNR (Permanent Sovereignty over Natural Resources).¹⁸

Pahuja menar att de postkoloniala staterna inspirerades av den traditionella västeuropeiska definitionen av suverän likställdhet men att deras suveränitetsanspråk måste särskiljas och beskrivas i mer abstrakta termer. Den västeuropeiska definitionen av suverän likställdhet kännetecknas av en horisontell struktur där stater är internt suveräna i förhållande till sitt eget territorium, och externt suveräna till sin omvärld genom att ingen stat är auktoritär i förhållande till en annan. En definition som inte är tillräcklig

¹⁸ Pahuja 2011, s. 108ff.

enligt Pahuja som menar att de postkoloniala staterna suveränitetsanspråk var ett uttryck för hur samhällen, implicit stater, tar kontroll över agendan och skapar lagar som de är överens om. *Suveränitet* blir i sådan skepnad både konstituerande och performativ. Samtidigt som ett samhälle konstituerar lagen, definierar den konstituerande handlingen samhället.¹⁹ *Suveränitet* i den angivna formen skapas ytterst i den internationella kontexten. När ett samhälle uttrycker *suveränitet* genom att skapa lag är detta lika konstituerande i förhållande till sig självt som mot utomstående. Det faktum att ett samhälle existerar i den internationella kontexten, där det förhåller sig till andra samhällen, är det som gör suveräniteten möjlig och nödvändig.²⁰

Pahuja menar vidare att de mindre utvecklade staternas suveränitetsanspråk ska ses som ett uttryck för politiskt självbestämmande med juridisk och ekonomisk effekt, snarare än juridisk självbestämmande med politisk och ekonomisk effekt. Att en sådan distinktion är nödvändig beror på att politisk *suveränitet* är en betydligt friare form av beslutsfattande än den juridiska. Juridisk *suveränitet* kan enbart existera inom ett regelverk till vilken suveräniteten måste förehålla sig till. Den politiska suveräniteten verkar fritt från externa begränsningar. Pahuja framhåller att avkoloniseringen skapade särskilt goda förutsättningar för postkoloniala stater att framföra suveränitetsanspråk då staterna vid detta tillfälle inte var bundna av ett yttre och auktoritärt regelverk. En sådan ansats i förhållande till *suveränitet* är i Pahujas mening fortsatt användbar då staters skapande av lag fortfarande som utgångspunkt inte ska kunna utmanas av någon annan.²¹

I sammanhanget är det viktigt att notera det faktum att när en stat sluter ett BIT med en annan stat, är det ett uttryck för statens *suveränitet*. Detta genererar ett motsägelsefullt resultat då den suveräna handlingen samtidigt innebär att statens suveränitet begränsas genom att staten åtar sig att inte agera mot investerarens intressen. BIT:s kommer därför placeras i ett strukturellt sammanhang som visar hur mindre utvecklade stater har lutat sig mot den internationella rätten som en metod för att nå utveckling.²²

Pahujas tolkning av *suveränitet* är främst behjälplig till att knyta ihop de suveränitetsanspråk som framfördes under postkolonial tid med hur mindre utvecklade stater framför anspråk på suveränitet inom ramen för investeringsskyddet. I förhållande till uppsatsens fjärde kapitel används även denna tolkning för att reformera investeringsskyddet genom att främja den *suveränitet* som avsågs i postkolonial tid. Denna ansats bidrar till att investeringsskyddssystemet kan förhindras från att återskapa maktstrukturer från kolonial tid och istället betrakta varje stat som suverän.

Allmänintressen kommer att förstås hur två olika perspektiv i uppsatsen. För det första avses intressen som är särskilt viktiga för staten och medborgarna

¹⁹ Pahuja 2011, s. 111ff.

²⁰ Ibid., s. 136f.

²¹ Ibid., s. 112f.

²² Ibid., s. 115.

i sin helhet. I detta avseende ges stater möjligheten att själva definiera vad som utgör *allmänintressen* under förutsättning att motivet bakom en lagstiftning eller annan åtgärd motiveras av ett rimligt resonemang.²³ För det andra kan *allmänintressen* ta sikte på mänskligheten i sin helhet. Här kan exempelvis miljöfrågor och mänskliga rättigheter nämnas.²⁴ I detta perspektiv inkluderar *allmänintressen* även resurser av global allmännytta och med detta förstås resurser som är icke-konkurrerande och icke-exkluderbara. Hit hör tillgångar som anses vara så pass vitala för enskilda att de inte ska tvingas konkurrera om eller förvägras tillgång till dem. Till särskilt vitala *allmänintressen* hör exempelvis en skyddad och hållbar miljö, tillgången till vatten samt många tjänster erbjudna i den offentliga sektorn.²⁵

1.5 Terminologi

Begreppen *mindre utvecklad stat* och *utvecklad stat* är frekvent återkommande framställningen och behöver förklaras närmare. Att fördela stater i mindre utvecklade och utvecklade har sitt ursprung i avkoloniseringen²⁶, men i uppsatsen kommer begreppen användas i en något vidare mening. En *mindre utvecklad stat* ska förstås som den stat som är i behov av utveckling och ekonomisk tillväxt, vilket i största utsträckning är den kapitalimporterande staten, det vill säga värdstaten, inom ramen för investeringsskyddet.²⁷ En *utvecklad stat* ska förstås som den stat som i störst utsträckning är hemstat till en utländsk investerare och har uppnått en mer långtgående ekonomisk utveckling, det vill säga den kapitalexporterande staten.²⁸

Vilken nivå av utveckling staten har uppnått har däremot en tydlig koppling till avkoloniseringen och de maktstrukturer som då förelåg. Enligt UNCTAD räknas OECD-staterna (Organisation for Economic Co-operation and Development), inklusive de nya EU-medlemsstaterna som inte är medlemmar i OECD, till de *utvecklade staterna*. Till de *mindre utvecklade staterna* räknas världens övriga stater.²⁹

²³ Choudhury 2008, s. 791.

²⁴ Se Baslar 1998.

²⁵ Buchanan 1969, s. 3.

²⁶ Se Anghie 2005, s. 204.

²⁷ I uppsatsen kommer även begreppet *postkolonial stat* användas i de delar när perioden närmast efter avkoloniseringen avhandlas och ska förstås som synonymt till *mindre utvecklad stat*.

²⁸ Se UNCTAD 2015 där det framkommer att utvecklade stater under 2014 stod för ca 60 % av det utgående kapitalflödet genom utländska direktinvesteringar. Se även UNCTAD 2010, s.16 där det framhålls att det sedan finanskrisen 2008 framträder en mer komplex bild av kapitalflödet genom att även mindre utvecklade stater inträtt i rollen som kapitalexportörer genom utländska direktinvesteringar. Se även UNCTAD 2015, s. 5 där mindre utvecklade stater i Asiens framhålls som stater som ökar sin kapitalexport genom utländska direktinvesteringar.

²⁹ Se UNCTAD 2015, s. 30.

1.6 Disposition

Framställningen kommer att disponeras enligt följande. I det andra kapitlet presenteras den internationella investeringsrättens och investeringsskyddssystemets utveckling. Denna redovisning tar sin utgångspunkt i 1800-talet och landar slutligen i 1990-talet och en beskrivning om hur det nu rådande investeringsskyddssystemet fick en omfattande global spridning.

I uppsatsens tredje kapitel redovisas de regleringar i BIT:s som tar sikte på värdstatens rätt att lagstifta i förhållande till allmänintressen. I detta kapitel kommer även avgöranden från internationella skiljedomstolar att redovisas.

I uppsatsens fjärde kapitel analyseras ett antal reformeringsförslag av investeringsskyddssystemet med utgångspunkt.

I uppsatsens sista kapitel ges slutligen en redogörelse för uppsatsens resultat och de slutsatser som är möjliga att göra med grund i den genomförda undersökningen.

Den analys som genomförs i förhållande till uppsatsens frågeställningar och de slutsatser som dras kommer att redovisas löpande i uppsatsen och kopplas ihop genom sammanfattande kommentarer i slutet av kapitel två, tre och fyra. Dessa sammanfattande kommentarer sammanställs sedan i uppsatsens sista kapitel.

2 Internationell investeringsrätt

2.1 Introduktion

För att ge en bakgrund till dagens investeringsskyddssystem kommer den internationella investeringsrättens utveckling beskrivas i detta avsnitt, en utveckling som har nära samband med den internationella rättens utveckling. Internationella investeringar började spela en viktig roll i takt med att en global ekonomi började ta form under 1800-talet. Faktum är att den internationella investeringsrätten sedan dess i stor utsträckning har präglats av motsättningar mellan stater. Denna konflikt har främst stått mellan kapitalexporterande utvecklade stater och kapitalimporterande mindre utvecklade stater.³⁰

2.2 USA, Latinamerika och konflikten om sedvanerättens innehåll

Under 1800-talet stod relationen mellan USA och Latinamerika i centrum för den internationella investeringsrätten. De europeiska staterna stod i detta skede utanför investeringsskyddet då de som kolonialstater sedan 1600-talet på olika sätt genomfört investeringar i förhållande till kolonistaterna. Kolonialstaternas investeringar bestod främst av att västeuropeiska regeringar gett företag rätt till handelsmonopol med kolonistater, något som innebar att ett stort politiskt och kommersiellt inflytande etablerades över staten.³¹ Skyddet för utländska investeringar i övrigt vilade främst mot den internationella sedvanerätten och i relationen USA och Latinamerika framträder en konflikt gällande vilket skydd utlänningar skulle erhålla i en annan stat. I amerikansk mening skyddades utländska investeringar av *den internationella minimistandarden*. Denna standard innebar att varje stat har en skyldighet, under internationell rätt, att upprätthålla en minimistandard för behandling av utlänningar som vistas i staten.³² USA:s hållning går att spåra till dess ekonomiska expansion i Latinamerika under tidsperioden. Den internationella minimistandarden skulle säkerställa att deras investerare alltid erhöll ett visst skydd när de agerade i en annan stat.³³

Som direkt respons på det amerikanska inflytandet i Latinamerika formulerade den argentinske juristen Carlos Calvo år 1868 den så kallade *Calvo-doktrinen*. Doktrinen svarade mot en utbredd oro i Latinamerika att det amerikanska inflytandet skulle växa sig för stort och de latinamerikanska staterna skulle förlora kontrollen över sin ekonomiska politik. Calvos uppfattning innebar att suveräna stater inte skulle kunna

³⁰ Lillich 1983, s.4.

³¹ Vandeveldt 2010, s. 21.

³² Se Borchard 1915 och Root 1949. Se även Root 1910 för ett tydligt uttryck för den internationella minimistandarden av Root Elihu, dåvarande amerikansk utrikesminister.

³³ Subedi 2014, s 729.

utsättas för diplomatisk eller militär intervention från andra stater. Om en utländsk aktör led skada i en annan stat skulle denne enbart ha tillgång till de inhemska rättsmedel som stod till buds. Utländska aktörer skulle behandlas på samma sätt som inhemska och inte tillskrivas något diplomatiskt skydd som innebar särbehandling.³⁴ Latinamerikanska stater använde sedan *Calvo-doktrinen* som metod för att motsätta sig inflytande från västerländska stater. Peru och Bolivia integrerade *Calvo-doktrinen* i sina konstitutioner, Ecuador valde att anta en lag i linje med doktrinen och andra stater lät doktrinen bli en del av investeringsavtal slutna med utländska företag. Den latinamerikanska hållningen gav upphov till flertalet avgöranden mellan stater och utländska företag där behandlingen av utlänningar var föremål för tvist.³⁵

Under inledningen av 1900-talet kom även *likabehandlingsprincipen* att få fäste i Latinamerika, en princip som är nära sammankopplad med *Calvo-doktrinen*. Principen framhårdades särskilt av Mexikos utrikesminister Eduardo Hay i en korrespondens med hans amerikanske motsvarighet Cordell Hull. Bakgrunden till meningsutbytet var att Mexiko 1938 beslutat att expropriera egendom tillhörande amerikanska företag inom jordbruks- och oljeindustrin. Hay framförde att ingen suverän stats agerande ska bli föremål för prövning av andra organ än statens egna. Utländska aktörer verksamma i en annan stat är tvungna att acceptera att de lyder under en annan stats lagar och ska därför själva ta ansvar för de risker som följer av detta. Hull intog en motsatt ståndpunkt, den så kallade *Hull-regeln*, där expropriation av utländsk egendom accepterades men enbart under förutsättningen att skälig kompensation betalades.³⁶

Konflikten gällande sedvanerättens innehåll uppstod även i Europa under 1900-talets inledning. Det gestaltas tydligast av att Sovjetunionen, efter statens bildande 1917, exproprierade utländsk egendom utan att kompensera ägarna till egendomen. Sovjetunionen vägrade att erkänna att en skyldighet att kompensera följde av internationell sedvanerätt. Istället inleddes en kohandel mellan främst Storbritannien, USA och Sovjetunionen där de två förstnämnda tvingades till politiska eftergifter för att deras enskilda skulle få kompensation på grund av att deras egendom exproprierats.³⁷

Calvo-doktrinens och *likabehandlingsprincipens* framväxt i Latinamerika ska ses som åtgärder tagna för att skydda staten från utländskt inflytande och ett uttryck för hur de latinamerikanska staterna framhårdade i suveränitet. Konflikten om sedvanerätten under 1800-talet och 1900-talets första hälft etablerade en polariserad verklighet där kapitalimporterande och kapitalexporterande stater ställdes emot varandra. Denna verklighet kommer att gestaltas ännu tydligare i beskrivningen av perioden efter andra världskrigets slut.

³⁴ Lilich 1984, s. 16f.

³⁵ Salacuse 2010, s. 65ff.

³⁶ Ibid., s. 47.

³⁷ Ibid., s. 62ff.

2.3 Postkolonial tid och kolliderande intressen

Efter andra världskrigets slut inleddes en avkolonisering av världen och tidigare koloniserade stater gjorde nu på allvar anspråk på politisk suveränitet och utveckling. För de postkoloniala staterna innebar tidsperioden efter andra världskriget förhoppningar om att ekonomiska skillnader skulle utjämnas och att de på ett internationellt plan skulle betraktas som jämlika med de forna kolonialstaterna.³⁸ Tidigare hade kulturella skillnader setts som det största hindret för att skapa en internationell rätt som tillgodosåg alla staters intressen. Nu blev istället ekonomisk utveckling den stora utmaningen, då världens stater inte längre definierades som ”civiliserade” och ”ociviliserade”, utan som ”utvecklade” och ”mindre utvecklade”.³⁹

2.3.1 Utveckling och PSNR

När avkoloniseringen tog fart efter andra världskriget blev det övergripande målet för postkoloniala stater att etablera en ny ekonomisk världsordning (*New International Economic Order, NIEO*). Utveckling och ekonomisk tillväxt blev den metod som postkoloniala stater ville använda för att utjämnat det ekonomiska maktförhållandet till de utvecklade staterna. Redan under Bretton Wood-konferensen 1944 framhårdade flera stater i att de identifierade sig själva som ekonomiskt eftersatta och att det internationella samarbetet borde integrera deras ekonomier bättre.⁴⁰

Utvidgningen av FN, från 51 till 113 stater under åren 1945-1963, kom att spela stor roll i de postkoloniala staternas strävan efter utveckling. Mindre utvecklade stater fick nu möjligheten att aktivt använda FN som en universell institution. Även om de viktigaste ekonomiska organen kontrollerades av utvecklade stater, så som GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), Världsbanken och IMF (*International Monetary Fund*) innebar FN:s expansion att mindre utvecklade stater vid gemensamt agerande hade majoritet i generalförsamlingen.⁴¹ Ett tydligt exempel på detta är FN:s första utvecklingsprogram som antogs av Generalförsamlingen 1961.⁴² 1964 togs ännu ett viktigt steg då de mindre utvecklade staterna initierade skapandet av UNCTAD:s, som har kommit att bli generalförsamlingens viktigaste instrument gällande handel och utveckling.⁴³

Vissa aspekter av FN:s utvecklingsprogram blev särskilt viktiga för de mindre utvecklade staternas strävan efter utveckling. Programmet placerade

³⁸ Miles 2013, s. 78.

³⁹ Anghie 2005, s. 204.

⁴⁰ Pahuja 2011, s. 48 & 89.

⁴¹ Jones 1983, s. 9.

⁴² Pahuja 2011, s. 88.

⁴³ Ibid., s. 109.

ekonomisk tillväxt som nyckeln till utveckling. Om ökad tillväxt kunde skapas i de mindre utvecklade staterna skulle fler problem angående deras ekonomiska eftersatthet lösas, så som analfabetism, fattigdom och hunger.⁴⁴ Programmet syftade även till att balansera de utvecklade staternas egenintressen med de mindre utvecklade staternas välstånd. I programmet formulerades utländska direktinvesteringar som den metod som skulle användas för att nå utveckling.⁴⁵

Den viktigaste principiella mekanismen för de postkoloniala staterna skapades genom doktrinen om PSNR. Den kan definieras som staternas anspråk på suveränitet i förhållande till sina egna naturresurser och sin ekonomiska politik. Doktrinen blev en ekonomisk och symbolisk nyckel för för att nå utveckling och skapa en ny ekonomisk världsordning. PSNR var tydligt kopplad till principen om staters självbestämmanderätt och att en stat ansågs vara fullt kompetent inom statens nationsgränser.⁴⁶ 1962 nådde de postkoloniala staterna en stor framgång gällande PSNR genom generalförsamlingens antagande av Resolution 1803. Resolutionen angriper flera aspekter av den intressekonflikt som uppstod i samband med kolonistaternas självständighet. Av resolutionens artikel 1 framgick att nationers rätt till permanent suveränitet i förhållande till naturliga rikedomar ska utövas med utgångspunkt i gynnandet av nationens utveckling och folkets bästa.⁴⁷ Resolutionen klargjorde även att skälig kompensation ska betalas i enlighet med internationell standard vid händelse av nationalisering av egendom.⁴⁸ Det sistnämnda tyder i min mening på att resolutionen utgjorde en kompromiss mellan den västorierade internationella minimistandarden och Calvo-doktrinen.

I början av 1970-talet antogs ytterligare resolutioner som syftade till att stärka de postkoloniala staternas suveränitet och skapa en ny internationell ekonomisk ordning. En av de viktigaste var Charter of Rights and Duties Among States från 1974. Stadgan innebar att staters möjlighet att expropriera utländsk egendom ökade. Formuleringen i Resolution 1803 som klargjorde att kompensation i enlighet med internationell standard skulle erläggas var nu borttagen. Istället skulle sådana förfaranden, samt eventuella tvister med grund i detta, som huvudregel administreras av nationella regleringar och institutioner.⁴⁹

Redogörelsen ovan visar hur de postkoloniala staterna försökte använda den internationella rätten för att nå utveckling och suveränitet i förhållande till de utvecklade staterna. Det är inom ramen för doktrinen om PSNR som själva grunden till de mindre utvecklade staternas suveränitetsanspråk kan identifieras. Det är genom doktrinen som de postkoloniala staterna tillsammans försökte forma innehållet i den internationella rätten och

⁴⁴ Pahuja 2011, s. 89f.

⁴⁵ Ibid., s. 90.

⁴⁶ Ibid., s. 95ff. Se även Miles 2013, s. 94.

⁴⁷ Anghie 2005, s. 216.

⁴⁸ Dolzer & Schreuer 2012, s. 4.

⁴⁹ Anghie 2005, s. 221.

investeringsrätten vilket skulle ge dem suveränitet över sin egen ekonomiska politik och egna naturresurser. Det är även tydligt hur de postkoloniala staterna valde att förlita sig på den internationella rätten. Detta manifesterades tydligt när de postkoloniala staterna använde FN:s generalförsamling som verktyg för att uppnå en större ekonomisk rättvisa mellan världens stater.

2.3.2 Frihandel som respons på postkoloniernas anspråk

I sammanhanget är det viktigt att beröra hur de utvecklade staterna förhöll sig till de postkoloniala staternas anspråk i strävan efter utveckling och suveränitet. De utvecklade staterna kom fortsatt att ha stort inflytande, särskilt genom framhjärdandet att frihandel var rätt väg framåt för de postkoloniala staterna. De såg investeringar i mindre utvecklade stater som både en handling av internationell solidaritet och av egenintresse.⁵⁰ Frihandelsagendan vilade på en ideologisk övertygelse om att ekonomisk liberalism och integration av staters ekonomier gynnar världen i stort. Frihandel ansågs även vara rätt metod för att bevara världsfreden och en väg bort från det protektionistiska och nationalistiska synsättet som drivit fram två världskrig.⁵¹ De utvecklade staterna hade även fortsatt ett ekonomiskt intresse i de postkoloniala staterna genom intresset av fortsatt tillgång till deras naturtillgångar. För de utvecklade staterna tillhörde jordens naturresurser mänskligheten som helhet och spridningen av dem skulle ske genom handel.⁵²

De utvecklade staterna tog initiativ till ett antal institutioner med syfte att understödja frihandel. Redan 1944, innan andra världskrigets slut, genomfördes Bretton Woods-konferensen där både utvecklade och mindre utvecklade stater deltog. Det centrala budskapet till de deltagande staterna var att motverka handelshinder för att främja ekonomisk utveckling.⁵³ Den internationella valutafonden IMF grundades för att övervaka det internationella valutasystemet med mål att försäkra stabila växelkurser. Samtidigt infördes en föregångare till Världsbanken.⁵⁴

Pahuja menar att frihandelsagendan måste förstås i ett större sammanhang än att utvecklade stater ville skydda investeringar och tillgången till naturresurser. De olika initiativ till frihandel som togs ska även ses som ett uttryck för de utvecklade staternas strävan att behålla en särskild ekonomisk världsordning.⁵⁵

⁵⁰ Pahuja 2011, s. 90.

⁵¹ Vandeveldt 2010, s. 39.

⁵² Anghie 2005, s. 212 & 215.

⁵³ Vandeveldt 2010, s. 39.

⁵⁴ Ibid., s. 34 & 41. Något år senare, 1947, färdigställdes även det multilaterala handelsavtalet GATT med övergripande mål att minska tullavgifter för att främja handel mellan stater.

⁵⁵ Ibid, s. 105.

Multinationella företag kom nu även att utvecklas till viktiga internationella aktörer. Detta berodde delvis på att de postkoloniala staterna insåg att de behövde draghjälp för att utvecklingsagendan skulle förverkligas. Något förenklat innehade de postkoloniala staterna naturresurser men saknade kapital och kompetens till att profitera på dem.⁵⁶ Kolonialstaterna hade även slutit avtal med kolonistaterna innan avkolonisering inleddes i syfte att säkerställa fortsatt tillgång till naturresurserna genom att multinationella företag gavs rätten att fortsätta verka i staten.⁵⁷ De multinationella företagens närvaro i postkolonierna genererade en fortsatt konflikt om innehåll i den internationella rätten då suveränitetsanspråk framfördes inom ramen för PSNR. Konflikten gällde främst expropriation av utländsk egendom. Tidigare hade särskilt Sovjetunionen exproprierat egendom men nu genomfördes detta även i stor utsträckning av postkoloniala stater i Afrika. I början av 1970-talet ägde över 50 expropriationer rum varje år i mindre utvecklade stater.⁵⁸

De utvecklade staterna framhöll att postkoloniala stater var bundna av redan existerande internationell rätt vilken innebar att full kompensation skulle betalas när utländskt ägd egendom exproprierades.⁵⁹ De utvecklade staterna försökte med grund i detta skapa regelverk för att stödja deras uppfattning. Flera initiativ togs, utan framgång, av kapitalexporterande stater och investeringsorganisationer för att skapa ett multilateralt regelverk gällande utländska investeringar i samband med avkoloniseringen.⁶⁰ Postkoloniala stater invände genom att hävda att utländska aktörer, så som investerare, enbart skulle kompenseras i enlighet med inhemsk lagstiftning.⁶¹ Jag anser att det beskrivna har en tydlig koppling till den konflikt som stod mellan Latinamerika och USA under 1800-talet och 1900-talets första hälft. De utvecklade staterna framhöll fortfarande den internationella minimistandarden som en del av den internationella investeringsrätten, medan de postkoloniala staterna invändningar har tydlig koppling till *Calvo-doktrinen* och *likabehandlingsprincipen*.

Det redovisade i detta avsnitt visar hur avkoloniseringen innebar att mindre utvecklade och utvecklade stater skulle samexistera som suveräna stater inom den internationella rätten. De mindre utvecklade staternas suveränitetsanspråk möttes av de utvecklade staternas frihandelsagenda varpå en tydlig spänning uppstod. Det är också viktigt att förstå de utvecklade staternas frihandelsagenda i ett större sammanhang och som en reaktion på de postkoloniala staternas suveränitetsanspråk. Detta framträder tydligt genom att de utvecklade staterna försökte positionera sig för att den maktstruktur som kolonialismen skapat inte skulle gå förlorad. Här får

⁵⁶ Anghie 2005, s. 223.

⁵⁷ Pahuja 2011, s. 103 & Anghie 2005, s. 223ff.

⁵⁸ Ibid., 110. Se även Anghie 2005, s. 196-199.

⁵⁹ Ibid., s. 148.

⁶⁰ Se Miles 2013, s. 85 där flertalet institutioner räknas upp. T.ex. The International Chambers of Commerce (ICC) som 1949 sammanställde regelverket International Code of Fair Treatment for Foreign Investment. 1967 sammanställde OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property.

⁶¹ Ibid., s. 78.

multinationella företag en viktig roll då de tycks träda in i kolonialmakternas ställe. Här uppstår en konflikt i förhållande till de postkoloniala anspråken på PSNR, som i min mening blir särskilt tydlig i striden om vilket innehåll den internationella sedvanerätten hade gällande kompensation vid expropriation.

2.4 Globaliseringens tidevarv

Den ansats som de postkoloniala staterna tog till en ny ekonomisk världsordning fick inte det förväntade resultatet och anspråken efter PSNR i FN:s generalförsamling upphörde under slutet av 1980-talet.⁶² Istället normaliserades den liberala synen på ekonomi och utveckling vilket innebar att den internationella investeringsrättens karaktär kom att förändras. Kommunismens sammanbrott i Sovjetunionen och kalla krigets slut underbyggde en generell uppfattning om att det kapitalistiska systemet var rätt strategi för att uppnå utveckling och välstånd. Detta gällde även de mindre utvecklade staterna.⁶³

Under 1990-talet fick globaliseringen sitt stora genombrott vilket kom att påverka stater socialt, kulturellt, ekonomiskt och politiskt. De mindre utvecklade staterna har genom globaliseringen blivit sammankopplade med neo-liberala institutioner, så som Världsbanken och IMF, tänkta att hjälpa dem att utvecklas.⁶⁴ Världsbanken har i detta avseende främjat utveckling och utländska investeringar, medan IMF fokuserat på monetär politik.⁶⁵ Som villkor för att erhålla institutionernas stöd har de mindre utvecklade staterna utfört genomgripande strukturella förändringar av sin ekonomiska politik. De har aktivt främjat fri handel, privatiseringar, devalvering av valutor och motverkat stora statliga utgifter och det övergripande syftet med dessa förändringar har varit att påskynda staternas ekonomiska tillväxt och utveckling.⁶⁶ Genom samarbetet med Världsbanken och IMF skulle även god samhällsstyrning främjas i de mindre utvecklade staterna. God samhällsstyrning som koncept ska förstås som att styrelseskicket präglas av demokrati, öppenhet, transparens och främjar rättsstatsprincipen och grundläggande mänskliga rättigheter. Likt den postkoloniala utvecklingsagendan blev god samhällsstyrning ett mål för de mindre utvecklade staterna att sträva mot.⁶⁷

Som en del av att de mindre utvecklade staterna har modifierat sin ekonomiska politik har också deras inställning till utländska investerare förändrats. En betydligt mer öppen attityd anammades nu gentemot utländska investerare, kanske tydligast genom att de utvecklade staternas tolkning av den internationella sedvanerätten accepterades. Den internationella minimistandarden kom nu att godtas av de mindre utvecklade

⁶² Dolzer & Schreuer 2012, s. 5.

⁶³ Anghie 2005, s. 245.

⁶⁴ Ibid., s. 245.

⁶⁵ Ibid., s. 258.

⁶⁶ Ibid., s. 263.

⁶⁷ Ibid., s. 247f.

staterna och de åtog sig att kompensera utländska investerare vid händelse av expropriation.⁶⁸ Den vänligt sinnade attityden till investerare har resulterat i att ett stort antal regionala, multilaterala och bilaterala handelsavtal slutits under 1990-talet. Traktaten har som gemensamt syfte att främja investeringar genom att tillförsäkra investerare ett långtgående skydd. Energistadgefördraget ECT och NAFTA, till vilket Mexiko anslöt sig tillsammans med Kanada och USA är exempel på viktiga multilaterala traktat. Det är även nu som BIT:s på allvar etablerar sig som metod för att reglera internationella investeringar mellan företag och stater.⁶⁹

Detta avsnitt visar hur de postkoloniala staterna slutligen gav upp doktrinen om PSNR och anammade de utvecklade staternas handelsagenda. Det visar också hur de mindre utvecklade staterna fortsättningsvis vände sig till den internationella rätten i sin strävan efter utveckling och ekonomisk tillväxt genom samarbetet med Världsbanken och IMF. I samband med detta accepterade staterna genomgående förändringar för att de utvecklade staternas stöd skulle erhållas. Den stora skillnaden från postkolonial tid är att de mindre utvecklade staterna nu hade tappat greppet om agendan och att deras anspråk efter suveränitet över sin egna ekonomiska politik och naturresurser tycks ha gått förlorad. Till synes är dessutom konflikten om innehållet i den internationella rätten gällande behandlingen av utländska investerare på väg att avgöras. I min mening är det tydligt hur tolkningen av den internationella rätten och investeringsrätten i detta skede lutade över till de utvecklade staternas fördel.

2.5 Investeringskyddssystemets utveckling

2.5.1 Framväxten av ett globalt investeringskydd

Redan under 1700-talet insåg USA vikten av att minimera riskerna vid utländska investeringar och använde så kallade FCN-traktat (*Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*). Traktaten syftade till att etablera handelsrelationer på ett principiellt plan och innehöll ett antal regleringar gällande investeringskydd. USA fortsatte att använda sig av FCN-traktaten under 1800-talet fram till att andra världskriget bröt ut.⁷⁰

Initiativet till dagens investeringskydd togs efter andra världskrigets slut till följd av postkoloniala staters anspråk om suveränitet och en ny ekonomisk världsordning.⁷¹ Även om avtalen konstruerades med ömsesidiga skyldigheter för parterna var det de kapitalexporterande staternas intressen som premierades. BIT:s var det verktyg som skulle skydda utländska

⁶⁸ Dolzer & Schreuer 2012, s. 5.

⁶⁹ Ibid., s. 5.

⁷⁰ Vandervelde 2010, s. 21.

⁷¹ Miles 2013, s. 79.

investeringar och främja kapitalflödet från de utvecklade till de mindre utvecklade staterna.⁷² Med BIT:s ökade även viljan hos investerare att överhuvudtaget genomföra investeringar i andra stater.⁷³

Det första bilaterala investeringsskyddsavtalet slöts 1959 mellan Tyskland och Pakistan. Spridningen av bilaterala investeringsskyddsavtal förblev länge begränsat, mellan 1959 och 1989 ingicks enbart 386 BIT:s.⁷⁴ Den begränsade spridningen har nära samröre med de postkoloniala staternas försök att forma den internationella rätten under tidsperioden vilket inbegrep tydliga suveränitetsanspråk i förhållande till PSNR och en skeptisk hållning till utländskt inflytande.⁷⁵ Under inledningen av 1990-talet ökade antalet BIT:s exponentiellt fram till och med 2007. Under 1990-talet ingicks i genomsnitt tre nya BIT:s per vecka, år 2000 var antalet BIT:s uppe i 2067.⁷⁶ De flesta av de BIT:s som är aktiva idag ingicks under nämnda period, till största del mellan en utvecklad och en mindre utvecklad stat.⁷⁷

Under 1990-talet och framåt har även mindre utvecklade stater valt att ingå BIT:s med varandra, vanligtvis med stater i deras närregion.⁷⁸ Det är en tydlig trend att flera mindre utvecklade stater har utvecklats till kapitlexportörer, exempelvis Kina, Indien och Sydafrika. Mindre utvecklade stater står idag för en tredjedel av det utgående kapitalflödet och investerare från dessa länder genomför främst investeringar i stater i deras geografiska närhet.⁷⁹

Från och med 2008 kan BIT:s uppåtgående kurva sägas ha avstannat vilket bland annat kan härledas till att stater i större utsträckning har börjat reflektera över avtalens för- och nackdelar. När den faktiska ekonomiska vinningen av att ingå avtalen har utvärderats, samtidigt som kritiska röster höjts i civilsamhället mot avtalen, så har en del mindre utvecklade länder valt att ingå andra internationella investeringsskyddsavtal och omförhandla eller dra sig ur existerande BIT:s.⁸⁰

I sammanhanget måste ICSID-konventionen (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) från 1965 nämnas. ICSID är ett självständigt regelverk kopplat till Världsbanken med mål att avpolitiserat tvister mellan värdstater och investerare.⁸¹ De utvecklade staterna var starka drivkrafter bakom skapandet av ICSID då ett internationellt skiljedomsförfarande sågs som den enda

⁷² Miles 2013, s. 89.

⁷³ Elkins, Guzman & Simmons 2006, s. 833.

⁷⁴ UNCTAD 1998, s. 207.

⁷⁵ Se avsnitt 2.3.1.

⁷⁶ UNCTAD 2015, s. 123.

⁷⁷ Vandeveldt 1998, s. 503. Se även UNCTAD 1998, s. 8ff.

⁷⁸ UNCTAD 2007, s. 1.

⁷⁹ UNCTAD 2015, s. 8.

⁸⁰ Ibid., s. 124. Redan 2002 hävde Brasilien sex stycken BIT:s med andra stater. Bolivia och Ecuador lämnade ICSID konventionen 2007 respektive 2009 och Venezuela valde att säga upp sitt BIT med Nederländerna 2010.

⁸¹ Vandeveldt 2010, s. 59.

vägen till en rättvis prövning av tvister mellan investerare och stater. Denna prövning ansågs inte kunna säkerställas inom ramen för de mindre utvecklade staternas domstolssystem.⁸² ICSID var även en viktig del i de utvecklade staternas frihandelsagenda då konventionen ansågs vara en metod att främja kapitalflöde och frihandel till och mellan världens mindre utvecklade stater.⁸³ ICSID-konventionen har kommit att spela en stor roll då antalet tvister mellan värdstat och investerare har ökat i takt med spridningen av BIT:s. Fram till 1995 var totalt sex stycken avgöranden med grund i ett investeringsskyddsavtal kända. 2011 var antalet uppe i över 400⁸⁴ och enbart under 2014 initierades 42 tvister med grund i ett investeringsskyddsavtal.⁸⁵

Det ovan anförda beskriver hur BIT:s under 1990-talet ökade avsevärt i antal och etablerade ett globalt investeringsskyddssystem, till stor del ingicks avtalen mellan mindre utvecklade stater och utvecklade stater. Trots att spridningen av avtalen har stagnerat de senaste åren har BIT:s etablerats som en standardiserad metod för att reglera investeringar mellan investerare och stater. Då avtalen spridning varit så pass omfattande ska ett antal förklaringar till detta redovisas nedan.

2.5.2 Förklaringar till investeringsskyddets genomslag

I doktrin framkommer flera förklaringar till varför investeringsskyddet från 1990-talet och framåt dominerar internationell investeringsrätt. Kenneth J. Vandeveldt, som representerar en positiv inställning till investeringsskyddet, framhåller sambandet mellan att de kapitalimporterande staterna också hör till de minst utvecklade länderna i världen. Ett BIT får ett symboliskt värde som kan locka utländska direktinvesteringar, vilket är direkt nödvändigt för den kapitalimporterande statens utveckling. När staten går in som part till ett BIT signalerar de mot både investeraren, investerarens hemstat och övriga stater att de har avsikt att erbjuda investerare ett kvalitativt skydd. Ett BIT kan sägas vara ett substitut för en bristande statsapparat.⁸⁶

Vandeveldt menar även att ett BIT innebär att investeraren och staten styrs av ett rättssäkert regelverk. Genom skiljeförfarandeklausuler i avtalen får investeraren tillgång till rättsmedel om en värdstat inte uppfyller sina åtaganden enligt avtalet. Genom investeringsskyddet ökar möjligheten för att utländska direktinvesteringar blir långvariga och vinstgivande.⁸⁷

⁸² Dolzer & Schreuer 2012, s. 20.

⁸³ Miles 2013, s. 87.

⁸⁴ UNCTAD 2012, s. 102.

⁸⁵ UNCTAD 2015, s. 112.

⁸⁶ Vandeveldt 2010, s. 4.

⁸⁷ Ibid., s. 2. Se även Egger & Pfaffermayr 2004, s. 788ff. Se även UNCTAD 2011 II där särskilt långvariga affärsrelationer och kontrollen över investeringen benämns som definierande för utländska direktinvesteringar.

Den positiva inställningen till BIT:s har kritiserats med grund i att avtalen framhårdar en felaktig bild att fritt flöde av utländskt kapital är den enda möjliga vägen till ekonomisk utveckling för mindre utvecklade stater. Vissa ekonomer menar att stater inte behöver ansluta sig till etablerade normer utan mycket väl kan utveckla individuella planer för att nå ekonomisk utveckling. Andra modeller för utländska investeringar är även tillgängliga. Kina har exempelvis valt en motsatt väg genom att på ett tydligt sätt kontrollera och styra utländska investeringar till specifika projekt, vilket i doktrin har beskrivits som lönsamt.⁸⁸ Muthucumaraswamy Sornarajah invänder särskilt mot påståendet att investeringsskyddet erbjuder rättssäkerhet, då han anser att rättsäkerhetsbegreppet missbrukas för att rättfärdiga systemet. Enligt honom innehåller det i själva verket aspekter som strider mot rättsäkerhet, Sornarajah framhåller att systemet motverkar jämställdhet mellan parter då utländska investerare ofta behandlas mer förmånligt än inhemska.⁸⁹

I doktrin har även konkurrenssituationen mellan mindre utvecklade länder framhållits som en viktig drivkraft bakom spridningen av BIT:s. Då antalet stater med ett stort behov av utländskt kapital är stort, uppfattas ett BIT som en fördel i förhållande till andra stater i kampen om utländskt kapital. Detta innebär samtidigt att en mindre utvecklad stat har svårt att neka ett erbjudande om att ingå ett BIT med en utvecklad stat. BIT:s blir en förutsättning för att konkurrera om utländska investeringar.⁹⁰

Investeringskyddets genomslagskraft har även problematiserats i förhållande till om det verkligen främjar kapitalflödet till mindre utvecklade stater. I doktrin framträder en oenig bild angående huruvida BIT:s verkligen lockar utländska företag att investera i en stat. I en rapport från 1998 kom UNCTAD till slutsatsen att BIT:s spelade en mindre eller sekundär roll under mitten av 1990-talet för att uppmuntra utländska direktinvesteringar.⁹¹ Denna uppfattning delas av ekonomen Mary Hallward-Derimeier i en omfattande undersökning av utländskt kapitalflöde mellan OECD-stater och mindre utvecklade stater åren 1980-2000. Hallward-Derimeier menar att BIT:s har spelat en marginell eller till och med en negativ roll. Istället är det statens institutionella status som har betydelse för investeraren. Stater med starka och välutvecklade institutioner har större möjligheter att locka investerare till sig än andra.⁹²

Jennifer Tobin och Susan-Rose Ackerman menar att BIT:s i vissa fall kan ha en positiv inverkan på utländsk kapitalimport för stater, särskilt där den politiska risken för investeraren är hög. I övrigt menar Tobin och Ackerman att BIT:s till största del har en liten inverkan på att attrahera utländska investerare till staten.⁹³ Även Jeswald W. Salacuse och Nicholas P. Sullivan

⁸⁸ Sornarajah 2013., s. 488.

⁸⁹ Ibid., s. 491.

⁹⁰ Elkins, Guzman & Simmons 2006, s. 822. Se även Guzman 2009, s. 670.

⁹¹ UNCTAD 1998, s. 141f.

⁹² Hallward-Derimeier 2003.

⁹³ Ackerman & Tobin 2004, s. 19, 22 & 31.

ger en delad bild av avtalens effekt. De kommer till slutsatsen att BIT:s har gynnat kapitalimporten för USA:s avtalsparter, men inte i särskilt stor utsträckning för övriga utvecklade staters avtalsparter.⁹⁴ Eric Neumayer och Laura Spess har i en studie funnit positiva effekter för stater att ingå BIT:s då de menar att fler BIT:s leder till fler utländska direktinvesteringar. Särskilt positiv inverkan har BIT:s i förhållande till stater som inte kan uppvisa en stabil statsapparat.⁹⁵ I kontrast till de kvantitativa undersökningar redovisade ovan har Lauge N. Skovgaard genomfört en kvalitativ studie med hjälp av intervjuer med bolag som erbjuder politiska riskförsäkringar till investerare. Skovgaards resultat visade att för majoriteten av de tillfrågade investerarna spelade inte förekomsten av ett BIT någon avgörande roll för om en investering skulle genomföras. Detta gällde även i förhållande till hur mycket kapital som skulle investeras.⁹⁶ I forskningen framträder en minst sagt oenig bild om huruvida ett BIT bidrar till ett ökat kapitalflöde till staten. Detta innebär i min mening att den bild som Vandeveldt förmedlar gällande att ett BIT har ett symboliskt värde för att locka utländska investerare till en stat kan ifrågasättas.

Jag anser att det är viktigt att framhålla att när de postkoloniala staternas suveränitetsanspråk efter PSNR upphörde under 1980-talet, upphörde även deras anspråk på att forma den internationella rätten. Detta lade grunden för 1990-talets utveckling där de istället öppnade upp sina ekonomier för frihandel och utländska investerare. Här reformerade de mindre utvecklade staterna sin ekonomiska politik som ett villkor för stöd från internationella institutioner som IMF och Världsbanken. Att låta BIT:s reglera investeringar låg även i linje med konceptet om god samhällsstyrning. Med bakgrund i det ovanstående är det i min mening viktigt att problematisera att de mindre utvecklade staterna utövade suveränitet när de ingick BIT:s. När de postkoloniala staterna gett upp anspråken på PSNR var en vänlig inställning till utländska investerare, främst manifesterat av BIT:s, det alternativ som stod till buds. Detta kan sammankopplas med inställningen att konkurrenssituationen mellan de mindre staterna har drivit på spridningen av BIT:s, för att fortsätta sin strävan efter utveckling och ekonomisk tillväxt blev en anslutning till investeringskyddssystemet en nödvändighet.

2.6 Sammanfattande kommentarer

I kapitlet har suveränitetsanspråk från mindre utvecklade staters synliggjorts genom att den internationella investeringsrättens utveckling beskrivits. Under 1800-talet och 1900-talets framförde latinamerikanska stater anspråk på suveränitet i förhållande till utländskt inflytande. Detta gestaltas tydligast i konflikten om sedvanerättens innehåll gällande behandlingen av utländska investerare, där *Calvo-doktrinen* och *likabehandlingsprincipen* tillämpades

⁹⁴ Salacuse & Sullivan 2005.

⁹⁵ Neumayer & Spess 2005.

⁹⁶ Skovgaard Paulsen 2010, s. 539-574.

av de latinamerikanska staterna som respons på den internationella minimistandarden och Hull-regeln.

Efter andra världskriget tog de mindre utvecklade staternas suveränitetsanspråk fart på allvar genom att de under postkolonial tid försökte skapa en ny ekonomisk världsordning. Anspråken efter utveckling, ekonomisk tillväxt och PSNR genom ett aktivt användande av FN som institution präglade de postkoloniala staternas strävan efter suveränitet. De utvecklade staterna svarade mot detta genom att etablera frihandel som metod för att skapa fred, utveckling och tillväxt för världen i sin helhet. Frihandelsagendan var även ett sätt att bevara de ekonomiska intressen de utvecklade staterna hade etablerat i kolonierna och en strategi för att bevara kolonialismens maktstrukturer. I detta sammanhang fick multinationella företag en viktig roll i företräddandet av de forna kolonialmakternas intressen i postkolonierna. Kort sagt uppstod en kamp mellan postkoloniernas suveränitetsanspråk och de utvecklade staternas försök att skapa en universell rätt. Detta blir som allra tydligast gällande expropriationer för vilka postkoloniala stater, i motsats till de utvecklade staterna, inte ansåg sig skyldiga att kompensera.

Slutligen visar det redogjorda hur de mindre utvecklade staternas suveränitetsanspråk genom PSNR upphörde och hur globaliseringen medförde att de mindre utvecklade staterna sammanfördes med internationella institutioner som IMF och Världsbanken. I detta sammanhang anammades en vänlig hållning i förhållande till utländska investerare. Här ska särskilt framhållas att när de postkoloniala staternas anspråk på suverän likställdhet upphörde under 1980-talet fanns det under 1990-talet möjligheter för en total spridning av de utvecklade staternas investeringsskydd. Det problematiserar utgångspunkten att en stat som ingick ett BIT gjorde detta som ett uttryck för deras suveränitet, detta måste istället förstås i ett större strukturellt sammanhang. I min mening var BIT:s under 1990-talet den enda vägen för de mindre utvecklade staterna att fortsätta sträva efter utveckling och ekonomisk tillväxt.

Uppsatsens nästa kapitel kommer att ta vid där detta kapitel avslutas och visa vad det globala investeringsskyddet innebär för mindre utvecklade staters suveräna maktutövning över allmänintressen och hur de fortsatt att göra anspråk på suveränitet.

3 Allmänintressen och investeringskyddet

3.1 Introduktion

I kapitlets första del kommer innehållet i de regleringar som tar sikte på värdstatens behandling av utländska investerare att redovisas. Dessa regleringar sätter samtidigt ramarna för värdstatens suveräna maktutövning över allmänintressen genom att lagstiftningsutrymmet begränsas. De regleringar som kommer redogöras för är regler om expropriation, principen om rättvis och likställd behandling, så kallad FET-standard (eng: *fair and equitable treatment*), MFN-klausuler (eng: *most-favoured-nation clause*), samt skydds- och undantagsregleringar. Ytterligare några regleringar som är relevanta i förhållande till värdstatens rätt att reglera, som inte har förekommit i debatten kring BIT:s i lika stor utsträckning, kommer att redovisas kort för att bidra till en helhetsbild av investeringskyddet. Vidare kommer även skiljedomsklausulerna i BIT:s presenteras då de utgör grund för investerarens möjligheter att väcka talan mot en värdstat med grund i missgynnande behandling.

I kapitlets andra del kommer avgöranden från internationella skiljedomsstolar redovisas där investerare fört talan mot värdstater med anledning av lagstiftning eller annan åtgärd som är motiverad av ett allmänintresse. Avgörandena visar hur värdstater framför anspråk på suverän maktutövning över allmänintressen inom ramen för investeringskyddet och de avgöranden som redovisas aktualiserar allmänintressena miljö- och hälsohänsyn och tillgången till vatten.

3.2 Allmänintressen och BIT:s

3.2.1 Expropriationsklausuler

En av de ursprungliga drivkrafterna till BIT:s var att minimera risken att investerarens egendom eller investering exproprierades utan efterföljande kompensation.⁹⁷ Praktiskt taget samtliga BIT:s innehåller en expropriationsklausul och normalt sett reglerar de både direkt och indirekt expropriation. Reglerna exkluderar inte värdstatens rätt att expropriera egendom helt men innebär att denna rätt endast gäller under vissa förhållanden. I de fall kriterier definieras uttryckligen i BIT:s brukar de formuleras som att en stat har rätt att expropriera egendom om; den tar sikte på att tillgodose ett allmänintresse; den sker på icke-diskriminerande grund;

⁹⁷ Vandervele 2010, s. 271.

i enlighet med gällande lag; samt inkluderar skälig kompensation till den enskilde som får sin egendom exproprierad.⁹⁸

Indirekt expropriation består av en handling, eller en rad handlingar, av värdstaten mot investerarens egendom vilka är liktydiga med, eller får samma effekt, som expropriation. Det handlar främst om åtgärder av värdstaten som innebär att investeraren helt eller delvis berövas äganderätten till egendom utan att det sker en formell överföring av den till staten. Klausuler om expropriation har använts av investerare för att angripa olika former av lagstiftning i värdstaten som syftar till att förbjuda en viss ekonomisk aktivitet av hänsyn till hälsa eller miljö som samtidigt har haft negativ effekt på investeringen.⁹⁹ Ett gränsdragningsproblem har uppstått i detta avseende då klausulerna inte ger någon vägledning om hur indirekt expropriation ska skiljas från legitimt politiskt beslutsfattande i god tro. Att särskilja indirekt expropriation från legitimt politiskt beslutsfattande i god tro är av stor vikt då det förra ska kompenseras av värdstaten, medan det senare inte ska det.¹⁰⁰

I expropriationsklausulerna framträder en koppling till Hull-regeln och de utvecklade staternas tolkning av innehållet i den internationella sedvanerätten. De utvecklade staternas inställning att expropriation alltid ska följas av kompensation har genom BIT:s realiserats som en, i det närmaste, odiskutabel del av innehållet i den internationella investeringsrätten. Gränsdragningen mellan indirekt expropriation och legitimt politiskt beslutsfattande är den aspekt som framstår som tydligast problematisk i förhållande till statens suveräna maktutövning över allmänintressen. Då de flesta klausulerna inte närmare anger vad som utgör legitimt politiskt beslutsfattande kan det innebära svårigheter för värdstater att på förhand veta vilka åtgärder som utgör expropriation, något som kan leda till att stater avstår från att lagstifta eller företa åtgärder som syftar till ett allmänintresse.

3.2.2 FET-standard

Den kanske mest centrala regleringen gällande värdstatens behandling av utländska investerare är principen om rättvis och likställd behandling, så kallad FET-standard (Fair and Equitable Treatment). Standarden syftar till att skydda investeraren från missgynnande behandling då detta skydd inte kan uppnås genom tillämpning av någon annan av regleringarna i ett BIT. FET-standardens formuleras vanligen med att värdstaten är skyldig att behandla investerare rättvist och likställt utan närmare förklaring vad detta innebär, vilket lämnar standarden öppen för subjektiv tolkning. FET-standardens används exempelvis ofta som en alternativ grund till att

⁹⁸ UNCTAD 2007, s. 44 & UNCTAD 2011, s. 5. För vanligt förekommande klausul om expropriation, se BIT mellan Angola och Storbritannien från 2000, Art. 5.

⁹⁹ UNCTAD 2015, s. 138.

¹⁰⁰ Ibid., s. 139. I rapporten framkommer även att BIT:s från senare år innehåller ett antal kriterier som tillsammans definierar vad som utgör indirekt expropriation.

investeringen blivit exproprierad av värdstaten.¹⁰¹ FET-standardens generalklausulsliknande utformning innebär att investerare tillämpar den för att angripa alla slag av lagstiftning och åtgärder från värdstatens sida som de uppfattar som missgynnande. I princip alla tvister mellan investerare och värdstater innehåller en argumentation byggd på FET-standardens från investerarens sida.¹⁰²

Hur pass omfattande skydd investeraren erhåller enligt FET-standardens är omdiskuterat. I doktrin har det framförts att principen motsvarar den internationella minimistandarden så som den är formulerad i internationell sedvanerätt. En konkurrerande uppfattning utgår istället från att standardens innehåll ska bedömas i det enskilda fallet.¹⁰³ Vanligen innehåller inte FET-standardens en uttrycklig hänvisning till internationell sedvanerätt¹⁰⁴ vilket stödjer den senare av de två uppfattningarna. Internationella skiljedomstolar ha dessutom i största utsträckning avgjort vad rättvis och likställd behandling innebär från fall till fall.¹⁰⁵

En särskild omdiskuterad aspekt av FET-standardens är den vidsträckt tolkningen standarden givits av internationella skiljedomstolar. Som exempel kan nämnas att skiljedomstolar ansett att den skyddar investerarens ”rättmätiga förväntningar” i förhållande till sin investering. Detta är ett svårdefinierat begrepp som indikerar en extensiv tolkning av FET-standardens. Härigenom finns en risk att FET-standardens i för stor utsträckning hindrar värdstater att anta ny lagstiftning, eller ändra existerande lagstiftning, även om den behandlar ett allmänintresse.¹⁰⁶

Det är möjligt att identifiera övergripande problem med FET-standardens i förhållande till värdstatens suveräna maktutövning över allmänintressen. Standardens allmänna utformning innebär att den fångar upp de fall som inte går att föra in under någon av de andra regleringarnas tillämpningsområde, vilket utökar investerarens möjligheter att vinna framgång med sin talan. Mot bakgrund av det faktum att FET-standardens innebörd ofta avgörs genom en bedömning i det enskilda fallet blir standardens tillämpningsområde svårbedömt för värdstater, tolkningen att standarden skyddar investerarens rättmätiga förväntningar bidrar ytterligare till detta. Sammantaget finns det en risk att FET-standardens i för stor utsträckning avhåller värdstater från att lagstifta eller företa åtgärder med hänsyn till allmänintresse.

¹⁰¹ Vandevelde 2010, s. 190. Se även UNCTAD 2007, s. 28.

¹⁰² UNCTAD 2015, s. 137.

¹⁰³ För diskussionen angående FET-standardens innebörd, se Dolzer 2005, Schreuer 2005, Choudhury 2008. Se även UNCTAD 2012.

¹⁰⁴ Se exempelvis BIT mellan Nederländerna och Brasilien från 1998, Art. 3, BIT mellan Kina och Qatar 1999, Art 3. För FET-standard som hänvisar till internationell sedvanerätt, se exempelvis BIT mellan Frankrike och Mexico från 1998, Art. 3.

¹⁰⁵ UNCTAD 2015, s. 137.

¹⁰⁶ Ibid., s. 137.

3.2.3 MFN-klausuler

MFN-klausuler har varit en viktig beståndsdel i BIT:s sedan avtalen etablerades och berättigar en investerare från en kontraktsslutande stat minst lika fördelaktig behandling som en värdstat ger investerare från tredje land.¹⁰⁷ Stater har som regel ingått BIT:s med fler än en stat och MFN-klausuler syftar till att skapa en rättvis investeringsmiljö mellan investerare från olika länder.¹⁰⁸ MFN-klausuler tillämpas inte i någon större utsträckning med anledning av att investeraren känner sig diskriminerad med anledning av att värdstaten erbjuder investerare från tredje stat mer gynnsam behandling. Istället har den fått störst praktisk betydelse genom att investeraren tillämpar klausulen för att erhålla ett mer omfattande skydd som framkommer i ett BIT mellan värdstaten och tredje stat. Detta innebär att investeraren har möjlighet att välja mellan olika klausuler i BIT:s som värdstaten har slutit med andra stater. Investeraren kan på så sätt nå ett mer fördelaktigt skydd än vad det ursprungliga avtalet mellan investerarens hemstat och värdstaten uttrycker. Det innebär även att individuella avtalsförhandlingar som en värdstat fört med en hemstat helt kan undermineras av investeraren genom att den istället tillämpar ett BIT som var avsett för investerare från en annan stat.¹⁰⁹

Ett av de problem som jag anser följer av MFN-klausulerna är att de kan hindra stater från att reformera sitt investeringsskydd. En stat som försöker utöka sina möjligheter att lagstifta med hänsyn till allmänintressen, eller på annat sätt vill modifiera investeringsskyddet, i nya BIT:s är fortsatt bunden av den skydds nivå som framkommer i tidigare ingångna BIT:s. MFN-klausulen är ytterligare ett exempel på regleringar i BIT:s som på ett tydligt sätt inskränker värdstatens suveränitet. Det är särskilt problematiskt att klausulen möjliggör att investerare kan välja det skydd som passar dem för stunden vilken underminerar värdstatens suveränitet att själva modifiera sitt investeringsskydd i förhållande till olika stater och investerare. Klausulen symboliserar i min mening den allmänt öppna attityd till utländskt kapital som anammades av mindre utvecklade under 1990-talet genom att den säkerställer att alla investerare erhåller samma skydd.

3.2.4 Undantagsregleringar

Under senare år har undantagsregleringar blivit mer vanligt förekommande i BIT:s. Motivet bakom regleringarna är att skydda värdstatens möjlighet att lagstifta med hänsyn till allmänintressen genom att reducera risken att lagstiftningen utmanas av investeraren. Det finns ett par starka skäl för värdstaten att inkludera undantagsregleringar i ett BIT. Undantagen kan fungera som en signal till medborgarna att det investeringsskydd som staten erbjuder erbjuds med respekt för allmänhetens intresse och hållbar utveckling. Sådana klausuler kan även öka avtalens förutsebarhet genom att

¹⁰⁷ Se BIT mellan Tyskland och Pakistan från 1959, Art. 1 (2) & 2 (1) och BIT mellan BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) och Tunisien från 1964, Art. 1.

¹⁰⁸ Vandeveldt 2010, s. 339. UNCTAD 2015, s. 138.

¹⁰⁹ UNCTAD 2015, s. 138.

en viss typ av lagstiftning från värdstatens sida anges som aldrig kan angripas av investeraren.¹¹⁰

På senare tid har även undantagsregleringar som tar sikte på nationell säkerhet blivit mer frekventa i BIT:s. Ändamålet med sådana klausuler är att ge stater möjligheten att vidta åtgärder som är nödvändiga för att upprätthålla säkerhet och fred. Åtgärden kan ta sikte på investerarens etableringsfas genom att neka investerare tillgång till statens inhemska marknad med hänsyn till att det äventyrar den nationella säkerheten. Det kan även röra sig om sanktioner mot en redan etablerad investerare, genom att investerarens ekonomiska tillgångar i staten fryses.¹¹¹

Undantagsregleringar innebär ett steg framåt för värdstatens suveräna maktutövning men det är inte klarlagt hur de förhåller sig till andra regleringar i ett BIT, så som expropriationsklausulerna och FET-standarderna.¹¹² I min mening innebär detta en stor brist med regleringarna, om de inte anknyter tydligt till andra regleringar i BIT:s riskerar de att bli helt verkanslösa då en investerare kan åsidosätta ett undantag genom att istället hänvisa till FET-standarderna.

3.2.5 Övriga regleringar gällande värdstatens behandling av investeraren

Utöver de redan nämnda regleringarna finns ytterligare ett antal som påverkar värdstatens suveräna maktutövning i förhållande till allmänintressen. Preambeln till ett BIT är värt att nämna då det är i denna del som avtalets övergripande syfte definieras. Här kan staterna klargöra att det finns fler mål med avtalet än att skydda och främja utländska investeringar. Staten kan även framhålla att avtalet inte ska hindra dem från att lagstifta gällande legitima allmänintressen som allmänhetens hälsa, säkerhet och miljö. Staten kan även påtala att avtalet ska gynna allmänintressen, utbyte av teknologiskt kunnande, skapa arbetstillfällen och främja statens utveckling i allmänhet.¹¹³ Preambeln är inte bindande för parterna och på så sätt mindre materiellt viktig i jämförelse med resten av avtalet. Istället är denna del särskilt viktig i förhållande till tolkningen av avtalet då den konstituerar i vilken kontext det är ingånget.¹¹⁴

BIT:s innehåller även en rad bestämmelser av definierande art. Avtalets tillämpningsområde anges i en särskild bestämmelse och här finns det möjlighet för stater att exkludera hela, eller delar av, sektorer av marknaden som avtalet inte är tillämpligt på, exempelvis hälsa- och sjukvårdssektorn,

¹¹⁰ UNCTAD 2015, s. 138.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid., s. 140.

¹¹³ UNCTAD 2007, s. 3.

¹¹⁴ Jfr Art. 31, Tolkning av traktater i Wienkonventionen om traktaträtt, där det framkommer att traktat ”skall tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte”.

utbildningssektorn eller vattenförsörjning.¹¹⁵ BIT:s innehåller även regleringar som definierar vilka investerare och vilka typer av investeringar som omfattas av avtalet.¹¹⁶

Både preambeln och bestämmelserna av definierande art tar sikte på värdstatens rätt att utöva suveränitet över allmänintressen då de möjliggör för stater att undanta sektorer eller områden i samhället från ett BIT:s tillämpningsområde. Det faktum att de gynnar statens suveräna maktutövning gör att de sticker ut i sammanhanget. Preambeln är som nämnt däremot inte bindande vilket begränsar dess betydelse i tvister mellan värdstat och investerare.

Så kallade ”paraplyklausuler” är även frekvent inkluderade i BIT:s. Klausulerna innebär att avtalsparterna är skyldiga att iaktta alla skyldigheter som de har åtagit sig i separata investeringsavtal med enskilda investerare. Detta innebär att ett agerande i strid med det enskilda investeringsavtalet också strider mot det BIT vilket investeraren genomfört sin investering under.¹¹⁷ Klausulerna har visat sig problematiska då de möjliggör för investerare att initiera dubbla skiljedomsförfaranden mot en värdstat. Investeraren kan initiera en talan som tar sikte på att värdstaten har brutit mot paraplyklausulen och en annan som riktas mot ett påstått kontraktsbrott.¹¹⁸

Paraplyklausulen är ytterligare en aspekt där BIT:s inskränker värdstatens suveränitet. Samtidigt faller det sig naturligt att ett separat investeringsavtal också faller under ett BIT:s tillämpningsområde, i annat fall förfaller själva syftet med att ett BIT ska skydda en investering. Däremot är det alldeles för långtgående att tillåta en investerare att initiera förfaranden i både ett separat investeringsavtal och ett BIT då lagstiftning som tillgodoser ett allmänintresse kan komma att prövas i två separata förfaranden.

3.2.6 Skiljedomsklausuler

Sedan BIT:s etablerades har de innehållit en skiljedomsklausul vilken innebär att tvister mellan investerare och värdstater ska avgöras i internationell skiljedomstol, tvisterna benämns ISDS (eng: *Investor – State Dispute Settlement*).¹¹⁹ Skiljedomsklausuler i BIT:s är ofta vagt utformade och hänvisar till flera alternativa skiljedomstolsförfaranden. Som regel hänvisar klausulerna åtminstone till ICSID och UNCITRAL:s (*United Nations Commission on International Trade Law*) skiljedomsregler. Detta ger investeraren möjligheten att på egen hand välja inom vilket regelverk

¹¹⁵ UNCTAD 2010 II, s. 5.

¹¹⁶ UNCTAD 2015, s. 143.

¹¹⁷ Vandeveldt 2010, s. 258.

¹¹⁸ UNCTAD 2015, s. 144.

¹¹⁹ Amerasinghe 2004, s. 38, Broches 1994, s. 447.

tvisten ska avgöras.¹²⁰ Klausulerna är vanligen formulerade som att värdstaten samtycker till ett skiljedomsförfarande ”gällande en investering”. Detta medger ett brett tillämpningsområde då talan mot värdstaten inte behöver ta sikte på ett avtalsbrott av en specifik klausul i ett BIT, utan det räcker att talan rör en investering.¹²¹

För att exempelvis ICSID-konventionen ska kunna tillämpas krävs samtycke från båda parter men en investerare behöver inget specifikt samtycke i förhållande till sin investering i staten. Så länge en värdstat har samtyckt till ett förfarande genom ICSID i ett BIT, kan alltid investeraren väcka talan mot staten genom ICSID.¹²² ICSID är ingen permanent domstol utan regelverket används för att etablera ad hoc-domstolar där konventionens processuella regelverk tillämpas.¹²³ Konventionens överprövningsrätt består av att ad hoc-kommittéer tillsätts för att bedöma avgjorda tvister. Ett avgörande av en ICSID-domstol kan inte prövas av en nationell domstol i efterhand.¹²⁴

I sammanhanget är det viktigt att notera att en talan med grund i innehållet i ett BIT skiljer sig från en talan med grund i ett kontraktsbrott. Det är inte helt klarlagt att en talan som grundar sig i ett kontraktsbrott, som samtidigt inte är ett brott mot internationell rätt, är möjlig att väcka i en internationell skiljedomsstol med grund i ett BIT. Troligen förutsätter möjligheten att väcka talan att motparten gjort sig skyldig till en rättsvägran (*Denial of Justice*) av något slag. Det innebär att en talan med grund i ett BIT måste vila på en systematisk missgynnande behandling för att det ska anses röra sig om ett brott mot internationell rätt.¹²⁵ Hur gränsdragningen ska göras mellan ett kontraktsbrott och brott mot internationell rätt är inte klarlagt. I skiljedomsstolspraxis har däremot viss vägledning framkommit då bedömningen vid flera tillfällen utgått ifrån den missgynnande behandlingens natur.¹²⁶

ISDS innebär flera fördelar ur investerarens perspektiv. Genom skiljedomsstolsklausulerna är ISDS och ICSID en integrerad del av investeringsskyddet, vilket förverkligar de utvecklade staternas önskan om ett förfarande avskilt från värdstatens domstolssystem. ISDS ger även investeraren möjligheten att föra talan mot värdstaten trots att investeraren inte är part till det ursprungliga avtalet. Detta skiljer sig åt i förhållande till kommersiella avtal där samtycke förutsätts av båda parter för att skiljedomsklausulen ska vara giltig. För värdstaten däremot innebär ISDS stora risker i förhållande till möjligheten att utöva suveränitet över

¹²⁰ UNCTAD 2007, s. 100. I BIT:s där en eller båda parterna härstammar från Östeuropa förekommer även hänvisningar till skiljedomsregler etablerade av Stockholm Chamber of Commerce.

¹²¹ UNCTAD 2007, s.102. Se exempelvis BIT mellan Sverige och Kazakstan, Art. 8 (1); BIT mellan Nederländerna och Ethiopia, Art. 9 (1); BIT Schweiz och Algeriet, Art. 8 (1).

¹²² Miles 2013, s. 88.

¹²³ ICSID Konventionen, Art. 25.

¹²⁴ Schreuer 2003, p.103.

¹²⁵ Paulsson 2005, s. 108.

¹²⁶ Van Haersolte-Van Hof & Hoffmann 2008, s. 966

allmänintressen. Den mest uppenbara risken är att investerare kan klaga mot värdstatens lagstiftning och obstruera, och indirekt styra, den politiska agendan i staten.

3.3 Allmänintressen och ISDS

3.3.1 Miljö- och hälsohänsyn

I praxis framträder ett antal tendenser gällande hur internationella skiljedomstolar har bedömt lagstiftning eller åtgärder som motiveras av miljö- och hälsohänsyn inom ramen för investeringskyddet.

I ett antal fall har frågan om lagstiftning eller annan åtgärd motiverad av miljö- och hälsohänsyn utgör expropriation avgjorts. I *Santa Elena v. Costa Rica* från 2000 fastställde skiljedomstolen att lagstiftning som syftar till att skydda miljön inte är undantaget tillämpningsområdet för ett BIT. Bakgrunden till tvisten bestod av att Costa Rica beslagtagit egendom från det amerikanska företaget Santa Elena genom att inbegripa den i en nationalpark som ansågs skyddsvärd ur miljöhänsyn. Santa Elena väckte talan med grund i att kompensationen för expropriationen var för låg.¹²⁷ Skiljedomstolen framhöll att miljöhänsyn i form av ett allmänintresse inte undantar värdstaten från skyldigheten att kompensera expropriation. Statliga åtgärder som motiveras med miljöhänsyn kunde i skiljedomstolens mening inte särskiljas från andra exproprierande åtgärder och ska alltid ersättas, oavsett hur fördelaktiga de är för samhället i sin helhet.¹²⁸

Skiljedomstolarna i två avgöranden gällande hantering av giftigt avfall i Mexiko har visat en motvilja att undersöka motivet bakom den lagstiftning eller åtgärd som gett upphov till investerarens talan. I *Tecmed v. Mexiko* från 2003 klagade det spanska företaget Tecmed på ett beslut av mexikanska myndigheter att tidsbestämma ett tillstånd gällande driften av en avfallsstation.¹²⁹ Det ursprungliga beslutet att låta Tecmed driva avfallsstationen, vilket bestod av att giftigt avfall grävdes ned i marken, möttes av protester från boende i regionen då de var oroliga över hur miljön och hälsan skulle påverkas av verksamheten. Demonstrationer anordnades och en 192 dagar lång ”sittstrejk” genomfördes i stadens stadshus. Befolkningens protester bidrog till att myndigheterna valde att inte låta Tecmed fortsätta driva avfallsstationen.¹³⁰ Tecmed väckte talan med grund i ett BIT mellan Spanien och Mexiko från 1996 och framförde att myndigheternas agerande innebar att företagens investering exproprierats. Som alternativ grund anfördes att åtgärden stred mot FET-standarden.¹³¹ I sitt svaromål angav Mexiko att beslutet att inte låta Tecmed driva avfallsstationen grundade sig i att Tecmed genom sin verksamhet brutit mot

¹²⁷ *Santa Elena v. Costa Rica*, p. 15-21.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 71-72.

¹²⁹ *Tecmed v. Mexiko*, p. 35-51.

¹³⁰ *Tecmed v. Mexiko*, p. 108.

¹³¹ *Tecmed v. Mexiko*, p. 35-51.

mexikansk lagstiftning gällande avfallshantering, ett särskilt välreglerat område där miljö- och hälsohänsyn utgör en viktig del.¹³² Skiljedomstolen påtatalade att deras uppdrag inte inbegrep att utreda syftet med den lagstiftning som låg till grund till beslutet att inte förnya avtalet med Tecmed. Skiljedomstolens påpekade att de enbart kunde avgöra hur beslutet förhöll sig till tillämpligt BIT mellan parterna.¹³³

Skiljedomstolen i *Metaclad v. Mexiko* från 2000, som grundande sig i liknande omständigheter, förde ett liknande resonemang. När negativ miljöpåverkan kunde visas till följd av ett kanadensiskt företags drift av en avfallsstation, antog den mexikanska regeringen en förordning som skulle skydda marken från giftigt avfall. Skiljedomstolen påpekade att förordningen utgjorde expropriation av investeringen och att de inte behövde ta hänsyn till förordningens motiv.¹³⁴

För att avgöra om åtgärder eller lagstiftning, motiverade av miljö- och hälsohänsyn, utgör expropriation valde skiljedomstolen i *Tecmed v. Mexiko* att ta sin utgångspunkt i en proportionalitetsbedömning. Domstolen vägde det allmänintresse som Mexiko anförde som grund mot den ekonomiska skada som investeraren lidit. Domstolen påtalade särskilt att bedömningen måste ta hänsyn till det faktum att en utländsk investerare inte har samma möjlighet att delta i den demokratiska process som ligger till grund för politiska beslut, vilket innebär att utländska aktörer ska bära ett mindre ansvar i förhållande till allmänintressen än nationella aktörer.¹³⁵ I detta avseende menade domstolen att beslutet att inte förnya avtalet till större del var taget med hänsyn till folkliga protester och inte till miljön. Med tanke på att de protester som föranlett beslutet i domstolens mening inte utgjorde en statlig nödsituation fann domstolen att beslutet var oproportionerligt i förhållande till den skada Tecmed led och utgjorde därför expropriation.¹³⁶ Avgörandet visar att skiljedomstolar kan avgöra om en statlig åtgärd utgör expropriation genom att ta hänsyn till både den skada investeraren lidit och att denne inte har möjlighet att delta i värdstatens demokratiska processer. Investerarens samlade intressen ska sedan ska ställas i proportion mot det allmänintresse som åtgärden säger sig tjäna för att avgöra om en indirekt expropriation har ägt rum.

I ytterligare ett fall gällande avfallshantering, *Abengoa v. Mexiko* från 2013, väckte det spanska företaget Abengoa, understött av Spaniens utvecklingsbank, talan mot Mexico med grund i ett BIT mellan Spanien och Mexiko.¹³⁷ Bakgrunden till tvisten var att det spanska företaget Abengoa fått bygglov gällande en avfallsstation. Enligt planerna skulle stationen byggas i ett område upptaget på UNESCO:s världsarvslista, där två

¹³² Tecmed v. Mexiko, p. 40-41 & 97.

¹³³ Ibid., p. 120.

¹³⁴ Metaclad v. Mexiko, p. 109-111. Ett resonemang som även framkommer i Biloune v. Ghana från 1989 och Southern Pacific Properties v. Egypten från 1992.

¹³⁵ Tecmed v. Mexico, p. 122. Domstolen refererade i detta avseende till Europadomstolens avgörande *James and others v. The United Kingdom* från 21 februari 1986.

¹³⁶ Ibid., p. 122.

¹³⁷ Abengoa v. Mexiko.

minoritetsgrupper var bosatta. Dessutom planerades stationen byggas i närheten av en stor damm och området hade vid tidigare byggnationer blivit förorenat av arsenik. Boende i området protesterade mot planerna och hänvisade till de faror som det innebar för miljön i området. Till följd av detta utbröt även våldsamheter mellan demonstranter och polis. Protesterna resulterade i att myndigheterna i området förklarade Abengoas bygglov som ogiltigt med motiveringen att det inte var utfärdat av det lokala stadskontoret och på grund av detta inte förenligt med områdets allmänintressen.¹³⁸ Skiljedomstolen fastslog att de lokala myndigheternas åtgärd utgjorde en indirekt expropriation av Abengoas investering. Mexiko ålades att betala ett skadestånd på 40 miljoner amerikanska dollar, ett belopp beräknat i det positiva kontraktsintresset.¹³⁹

I *Methanex v. USA* från 2005 framkommer en tydligare skiljelinje mellan lagsstiftning som motiveras med miljö- och hälsohänsyn och expropriation. Det kanadensiska företaget Methanex klagade mot staten Kaliforniens beslut att förbjuda MTBE¹⁴⁰ med grund i NAFTA. Skiljedomstolen framförde att en värdstats lagstiftning som påverkar en investering negativt inte utgör expropriation om den kan motiveras med ett allmänintresse, är icke-diskriminerande och är antagen i enlighet med lag.¹⁴¹

Det går att dra ett antal slutsatser i förhållande till hur skiljedomstolarna har tillämpat expropriationsklausulen när en stat vill skydda miljö- och hälsa och samtidigt hotar investerarens intressen. Skiljedomstolens resonemang i *Santa Elena v. Costa Rica* är ett tydligt uttryck för hur *Hull-regeln* utgör norm för expropriation i investeringsskyddet. Alla former av expropriation faller under tillämpningsområdet och ska följas av skälig ersättning, oberoende av hur gynnsam åtgärden är för samhällets i sin helhet. Detta gestaltas tydligt i *Abengoa v. Mexiko* där det i min mening framstår som att de mexikanska myndigheterna har goda grunder att avsluta samarbetet av miljö- och hälsohänsyn. Detta innebär inte att investeraren på egen hand ska stå risken för att en stat i efterhand återkallar ett bygglov eller liknande utan grund. I min mening är det däremot problematiskt att skiljedomstolen bedömer skadeståndsbeloppet med grund i det positiva kontraktsintresset då värdstaten i detta fall har tillgodosett ett legitimt allmänintresse.

I *Tecmed v. Mexiko* och *Metaclad v. Mexiko* blir det än tydligare att regleringar med hänsyn till allmänintressen inte undantas tillämpningsområdet för BIT:s. Här väljer skiljedomstolarna att inte beröra motivet eller syftet med Mexikos åtgärder som en enskild grund för att åtgärden är godtagbar. Detta leder till, vilket visar sig i skiljedomstolens proportionalitetsbedömning i *Tecmed v. Mexiko* att värdstaten allmänintresse vägs mot den skada investeraren lidit och det faktum att en utländsk investerare inte kan delta i värdstatens demokratiska processer. Avgörandena visar i mening prov på en motvilja från skiljedomstolarna att

¹³⁸ Fach Gomez 2010, s. 7-10.

¹³⁹ Balcerzak & Peterson 2014.

¹⁴⁰ MTBE är en oktanantalshöjande komponent i motorbensin.

¹⁴¹ *Methanex v. USA*, p 6.

ta hänsyn till allmänintresset inom ramen för värdstatens lagstiftning, istället ska det alltid bedömas i förhållande till det BIT som är tillämpligt på tvisten.

Methanex v. USA är särskilt intressant då värdstaten i detta fall ges stora möjligheter att undanta lagstiftning och åtgärder som syftar till allmänintressen från reglerna om expropriation. Detta skiljer sig tydligt från hur skiljedomstolarna i de övriga redovisade fallen bedömde frågan. Rättsläget om en lagstiftning eller åtgärd med hänsyn till miljö eller hälsa utgör expropriation framstår som oklart. Då skiljedomstolar inte är bundna av tidigare avgöranden kan de välja att tillämpa den proportionalitetsbedömning som framkommer i *Tecmed v. Mexico*, eller välja det resonemang som skiljedomstolen framförde i *Methanex v. USA*.

Skiljedomstolar har även bedömt FET-standarden i förhållande till lagstiftning som motiveras med hänsyn till miljö och hälsa. I *Tecmed v. Mexico* klargjorde skiljedomstolen att FET-standarden ska tolkas som att investeraren har rätt att förvänta sig transparens och skydd i förhållande till grundläggande förväntningar gällande investeringen. Domstolen framhöll också att värdstaten ska agera konsekvent genom att upphäva beslut eller tillstånd som existerade, tillika vilka investeraren förlitade sig på, vid tiden för investeringens genomförande.¹⁴² Mexikos ageranden, att ändra Tecmeds tillstånd, stod i strid med investerarens rättmätiga förväntningar i enlighet med FET-standarden. Mexikos agerande hade i skiljedomstolens mening medfört en osäkerhet om rättsläget och påverkade deras möjligheter att ta goda affärsmässiga beslut.¹⁴³

I *Occidental v. Ecuador* som avgjordes 2012 väckte det amerikanska företaget Occidental talan mot Ecuador när staten avslutade ett avtal om oljeutvinning. I sin talan framförde Occidental att Ecuador genom sin åtgärd brutit mot tillämpligt BIT mellan USA och Ecuador.¹⁴⁴ Som grund till sin åtgärd angav Ecuador att Occidental begått ett avtalsbrott genom att sälja vidare 40 % av oljerättigheterna utan regeringens godkännande, en försäljning som följdes av folkliga protester. Ecuador framförde även att Occidental brutit mot ecuadoriansk lagstiftning gällande utsläpp av kolväten, lagstiftning som var inkorporerad i avtalet då oljeutvinningen ägde rum i Amazonas, ett ur miljöhänsyn särskilt känsligt område.¹⁴⁵ Ecuador framförde även att ingen annan än de själva hade rätt att reglera vilka företag som skulle få tillgång till oljefält i landet.¹⁴⁶

Skiljedomstolen medgav att Occidental brutit mot ecuadoriansk lag¹⁴⁷, samt att Ecuadors respons mot detta var i enlighet med inhemsk lag och att Occidental även kunde förväntat sig reprimander med grund i agerandet.¹⁴⁸

¹⁴² *Tecmed v. Mexico*, p. 154.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 172.

¹⁴⁴ *Occidental v. Ecuador*, p. 381-383.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 120-121.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 448.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 381.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 383.

Skiljedomstolen tog i sitt avgörande utgång i en proportionalitetsbedömning i förhållande till FET-standarden.¹⁴⁹ Skiljedomstolen fann att Ecuadors åtgärd var oproportionerlig eftersom den innebar att Occidental förlorade oljeutvinningsavtalets totala värde.¹⁵⁰ Med grund i en beräkning som utgick från det positiva kontraktsintresset, även i förhållande till ännu icke-upptäckta oljefyndigheter, förpliktades Ecuador att betala totalt 1,77 miljarder amerikanska dollar till Occidental. Detta är det högsta skadeståndsbeloppet som hittills utdömts med grund i ett BIT.¹⁵¹

Skiljedomstolarnas resonemang ovan visar på FET-standarden breda tillämpningsområde. Skiljedomstolens resonemang i *Tecmed v. Mexiko* indikerar att värdstater inte kan omvärdera utfärdade tillstånd med grund i ett allmänintresse, då det riskerar stå i strid med investerarens ”rättmätiga förväntningar”. Skiljedomstolens resonemang antyder ett behov hos investeraren att känna sig trygg i att inte förutsättningar för investeringen ändras i efterhand, ett resonemang som har en rimlig utgångspunkt. Vid en för långtgående tillämpning av detta resonemang, så som i *Occidental v. Ecuador* där ersättningen utgår från att det positiva kontraktsintresset i förhållande till ännu icke upptäckta oljefyndigheter, riskeras däremot värdstatens suveränitet påverkas negativt i allt för stor utsträckning. En sådan tillämpning statuerar ett tydligt exempel för värdstater om vilka konsekvenser lagstiftning eller åtgärder med hänsyn till allmänintressen kan få inom ramen för investeringsskyddet. I detta avseende finns det en påtaglig risk att värdstater väljer att inte agera överhuvudtaget för att undvika en tvist med investeraren.

3.3.2 Tillgång till vatten

Det finns stöd i internationella konventioner för ståndpunkten att vatten är en resurs som samtliga människor har rätt att ha tillgång till. Denna rättighet har formulerats som att alla ska ha tillgång till vatten för ett rimligt pris.¹⁵² Oftast realiseras detta i statlig försorg och flera mindre utvecklade stater har privatiserat vattenförsörjningen som ett resultat av att tillräcklig kunskap eller infrastruktur saknas.¹⁵³ I åtskilliga fall har privatiseringen mynnat ut i tvister mellan värdstat och investerare.¹⁵⁴

¹⁴⁹ *Occidental v. Ecuador*, p. 416.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 450.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 748. Ecuador klagade på avgörandet och krävde att det skulle annulleras. En överprövningskommitté fastslog i december 2015 att Ecuadors ansvar skulle kvarstå men sänkte skadeståndsbeloppet till 1,1 miljarder amerikanska dollar.

¹⁵² Detta framkommer i General Comment of Treaty Body gällande Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (CESCR) Art. 11 & 12. En rätt till vatten har även tolkats in i förhållande FN:s allmänna förklaring om de grundläggande mänskliga rättigheterna, Art. 3.

¹⁵³ Exempelvis har vattenförsörjningen privatiserats i Argentina, Bolivia, Tanzania och Belize.

¹⁵⁴ Se särskilt *Agua del Tunari v. Bolivia* vilket är det mest kända fallet där våldsamma protester utbröt i Bolivia 2000 till följd av privatisering av vattenförsörjningen i landet. Protesterna var främst riktade mot prishöjningar och krävde militär intervention för att stävja. Det amerikanska företag som innehade licensavtalet avslutade sin investering och

Argentina har i flera fall hamnat i tvist med investerare angående privatisering av vattenförsörjning och två av dessa kommer redogöras för närmare.¹⁵⁵ I *Azurix v. Argentina* väckte ett amerikanskt vattenföretag talan med grund i ett BIT mellan Argentina och USA. Efter en upphandling 1999 hade Azurix tilldelats ett vattenförsörjningsavtal som innebar att de skulle förse 2,5 miljoner invånare i Buenos Aires med vatten.¹⁵⁶ Avtalsförhållandet var problematisk från start, kort efter att Azurix tagit över driften av vattenförsörjningen uppstod oro om vattnets kvalitet. När vattnet sedan förorenades av alger och bakterier varnades medborgarna av myndigheterna från att dricka vattnet och begränsa sin exponering mot det genom att duscha och tvätta i mindre utsträckning.¹⁵⁷ Med grund i att vattnets kvalitet inte uppnådde den avtalade standarden bötfällde myndigheterna Azurix.¹⁵⁸ De införde även regleringar vilka förbjöd Azurix från att fakturera sina kunder för vattnet.¹⁵⁹

Azurix väckte sedan talan i vilken det framfördes att Argentinas åtgärder innebar att deras investering blivit indirekt exproprierad, alternativt utgjorde ett brott mot FET-standarderna. Argentina invände och motiverade sina åtgärder med att de syftade till att säkerställa att vattenförsörjningen fungerade då det är en särskilt viktig samhällsfunktion. Här framhölls även allvaret i hur vattnet hade riskerat medborgarnas hälsa. De tagna åtgärderna grundade sig i att Azurix inte reagerade tillräckligt effektivt på de problem som hade uppkommit gällande vattnet.¹⁶⁰

I avgörandet från 2006 klargör skiljedomstolen, på liknande vis som i *Tecmed v. Mexiko* och *Metaclad v. Mexiko*, att de inte kan avgöra tvisten enbart på den grund om åtgärderna var legitima eller tjänade ett allmänintresse, utan hänsyn måste tas till om den är skadestandsgrundande enligt ett BIT.¹⁶¹ Skiljedomstolen bedömde sedan om Argentinas åtgärder utgjorde indirekt expropriation. Även i detta avseende genomför skiljedomstolen en liknande bedömning som i *Tecmed v. Mexiko*. En proportionalitetsbedömning måste genomföras mellan allmänintresset och den skada som drabbat investeraren.¹⁶² Vidare ska hänsyn tas till det faktum att den utländska investeraren, som utländsk aktör, inte har haft någon möjlighet att påverka den demokratiska process som ligger bakom det tagna beslutet och därigenom har ett mindre ansvar i förhållande till allmänintresset.¹⁶³ Domstolen konstaterade att myndigheterna hade brutit mot vattenförsörjningsavtalet, men att detta inte i tillräcklig utsträckning

klagade sedan mot Bolivia med grund i BIT mellan Bolivia och Nederländerna. Tvisten slutade i en förlikning 2006.

¹⁵⁵ Se även *Aguas v. Argentina*.

¹⁵⁶ *Azurix v. Argentina*, p. 38-43.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 124-125.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 130.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 126.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 129.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 310.

¹⁶² *Azurix v. Argentina*, p. 310.

¹⁶³ *Azurix v. Argentina*, p. 121-122.

berövat Azurix förväntade vinster och beslutet ansågs därför inte utgöra expropriering.¹⁶⁴

För att avgöra om Argentinas åtgärd stod i konflikt med FET-standarden utgår domstolen från investerarens rättmätiga förväntningar. I detta fall klargjorde domstolen att hänsyn ska tas till investerarens rätt att på förhand känna till de regler som gäller för investeringen och investerarens förväntningar om fördelaktiga villkor för investerare.¹⁶⁵ Skiljedomstolen ansåg att myndigheternas åtgärder präglades av en missgynnande karaktär och att de utgjorde ett brott mot Azurix rättmätiga förväntningar av investeringen. Skiljedomstolen erkände Argentinas rätt att skydda folkhälsan i landet men ansåg att myndigheternas åtgärder snarare förvärrat situationen än lindrat den.¹⁶⁶ Argentina tilldömdes att betala 165 miljoner amerikanska dollar i skadestånd till Azurix.¹⁶⁷

Omständigheterna i *Suez v. Argentina* från 2010 liknar *Azurix v. Argentina* men i vissa avseenden skiljer sig skiljedomstolens resonemang. I *Suez v. Argentina* hade ett konsortium av ett franskt, spanskt och brittiskt företag investerat i vattenförsörjning i Buenos Aires. Den ekonomiska kris som drabbade Argentina under inledningen av 2000-talet medförde att de argentinska myndigheterna frös priserna på vatten- och avloppstjänster. Argentina försökte även omförhandla avtalet, när detta inte lyckades avslutades avtalet. Företagen stämde Argentina med grund i tre BIT:s.¹⁶⁸ Argentinas huvudsakliga invändning var att åtgärderna var tagna i nöd. Staten påpekade att dess agerande var direkt grundat i ett allmänintresse i form av att säkerställa att vattenförsörjningen till allmänheten tillgodosågs.¹⁶⁹

Det som skiljer domstolens avgörande i förhållande till andra fall är att parternas intressen balanseras på ett tydligt sätt genom att både värdstatens allmänintressen och investerarens ekonomiska intressen adresseras. Detta visar sig genom att domstolen bemöter de allmänintressen som Argentina framför som motiv till sitt agerande. Skiljedomstolen fastslog med grund i en proportionalitetsbedömning att även om åtgärden hade minskat investeringens värde, så utgjorde den inte expropriation när nyttan av åtgärdens allmänintresse vägdes mot investerarens förlust.¹⁷⁰ I domstolens mening hade Argentina ett särskilt ansvar att försäkra att en så

¹⁶⁴ *Azurix v. Argentina*, p. 310.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 371-373.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 144.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 442.

¹⁶⁸ *Suez v. Argentina*, p. 1-4. Talan grundade sig i BIT mellan Frankrike och Argentina från 1993, BIT mellan Spanien och Argentina från 1991 och BIT mellan Storbritannien och Argentina från 1990.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 264.

¹⁷⁰ *Suez v. Argentina*, p. 43. Ett resonemang som i linje med skiljedomstolarnas avgörande i förhållande till privatisering av gasförsörjning, se *CME v. Tjeckien*, *CMS v. Argentina*, *LG&E v. Argentina*.

vital allmänservice som vattenförsörjning fungerade tillfredställande. Detta särskilt med hänsyn till befolkningens hälsa.¹⁷¹

Suez v. Argentina skiljer sig åt från *Azurix v. Argentina* genom att skiljedomstolen tillskriver allmänintresset ett värde genom att resonera kring vilken betydelse det har för staten och dess befolkning. I *Azurix v. Argentina* utgår istället skiljedomstolens resonemang från investerarens perspektiv och den skada som uppkommit för denne. Skiljedomstolens uttalande i denna del kan vara en indikator på en attitydförändring hos skiljedomstolar i förhållande till expropriationer som har ett allmänintresse som motiv, åtminstone gällande tillgången till vatten.

När skiljedomstolen i *Suez v. Argentina* avgör om Argentina brutit mot FET-standarden framförde domstolen att standarden ska bedömas genom att statens rätt att reglera angående ett vitalt allmänintresse vägs mot investerarens rättmätiga förväntningar angående sin investering. Domstolen påpekar att Argentina måste respektera grundläggande mänskliga rättigheter och BIT:s lika mycket.¹⁷² Dessutom klargjorde skiljedomstolen att FET-standarden måste tolkas som att investerarens rättmätiga förväntningar ska balanseras i förhållande till värdstatens rätt att reglera i förhållande till ett avgörande allmänintresse.¹⁷³ I förhållande till investerarens rättmätiga förväntningar kom domstolen till slutsatsen att alternativa åtgärder var tillgängliga för Argentina som hade skadat investerarna i mindre utsträckning.¹⁷⁴

Resonemanget från *Suez* påminner om hur skiljedomstolen i målet *Biwater v. Tanzania* från 2008 som på ett tydligt sett benämnde tillgången till vatten som ett viktigt allmänintresse som värdstaten måste ta särskild hänsyn till. I målet fann skiljedomstolen att Tanzania brutit mot FET-standarden i ett BIT mellan Tanzania och Storbritannien genom att ensidigt avsluta ett avtal med det företaget Biwater gällande byggnationen av ett vattenledningssystem. I sitt avgörande påpekade domstolen i ett *obiter dictum* – uttalande att vatten- och avloppssystem är särskilt vitala intressen och att Tanzania hade en moralisk, och kanske till och med en rättslig skyldighet, att skydda sådana intressen i händelse av de hotas.¹⁷⁵

Skiljedomstolens resonemang i *Azurix v. Argentina* är i linje med *Tecmed v. Mexiko* och stärker de slutsatser som tidigare dragits i detta avseende. I både *Suez* och *Biwater* adresserar skiljedomstolen däremot de allmänintressen som Argentina anför till sitt försvar på ett tydligare sätt än vad som framkommit i andra avgöranden genom att ta dem till tydligare hänsyn. Exempelvis likställer skiljedomstolen de åtagande Argentina har i förhållande till grundläggande mänskliga rättigheter med de som följer av ett BIT. *Suez v. Argentina* och *Biwater v. Tanzania* kan indikera en

¹⁷¹ *Suez v. Argentina*, p. 202.

¹⁷² *Ibid.*, p. 262.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 236.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 235-238.

¹⁷⁵ *Biwater v. Tanzania*, p 434.

attityd förändring till allmänintressen där skiljedomstolarna väljer att bemöta dem på ett tydligare sätt, vilket kan leda till att värdstater undviker ansvar för expropriation i större utsträckning. Samtidigt synliggör båda avgöranden FET-standardens stora inverkan på investeringskyddet då den kliver in och ”räddar” investeraren när denne inte når framgång gällande att Argentina har exproprierat investeringen.

3.4 Sammanfattande kommentarer

Detta kapitel visar vilka begränsningar investeringskyddet innebär för mindre utvecklade stater att utöva suveränitet i förhållande till allmänintressen. Detta framkommer inte minst genom hur regleringarna i BIT:s har tillämpats av internationella skiljedomstolar där allmänintressen i stor utsträckning får stå tillbaka för investerarens ekonomiska intressen. Sammantaget kan en obalans mellan värdstatens och investerarens intressen påvisas vilket bekräftar den kritik som på senare år har framförts mot investeringskyddet.

Skiljedomstolarnas resonemang i förhållande till miljö- och hälsohänsyn ger stöd för uppfattningen att lagstiftning eller annan åtgärd ska bedömas i relation till effekten av åtgärden, det vill säga till den ekonomiska skada som uppstår för investeraren. Inom ramen för en sådan avvägning har skiljedomstolarna visat sig ovilliga att i tillräcklig utsträckning ta hänsyn till statens allmänintressen. I skiljedomstolsavgöranden i förhållande till vattenförsörjning har en något annorlunda inställning framkommit genom att skiljedomstolen erkänt betydelsen av att stater ska kunna tillgodose ett sådant vitalt allmänintresse. Detta är däremot inte tillräckligt när samma skiljedomstolsavgöranden visar prov på en fortsatt generös bedömning av FET-standardens. Sammantaget är det möjligt att konstatera att FET-standardens är den reglering som inskränker statens suveränitet i störst utsträckning.

Det ska också framhållas att inskränkningen av statens suveränitet till stor del ligger i att investeringskyddet sannolikt har en stark preventiv verkan. Det är naturligt i förhållande till syftet med BIT:s att värdstater inte kan företa åtgärder som skadar investeraren. Det är därför viktigt att framhålla att den problematik som jag vill belysa inte ligger i att investeringskyddet hindrar värdstater från att företa handlingar som i allmänhet skadar investeraren. Istället är det investeringskyddets preventiva verkan i förhållande till lagstiftning som syftar till att tillgodose vitala allmänintressen som utgör ett problem. Detta problem blir som tydligast av den obalans som föreligger mellan värdstatens allmänintressen och investerarens ekonomiska intressen där det senare tas till större hänsyn. Det faktum att lagstiftning som tar sikte på miljö, hälsa och vattenförsörjning med framgång kan angripas av investerare indikerar att även andra viktiga allmänintressen kan komma under angrepp.

Slutligen går det att konstatera att det investeringskydd som de utvecklade staterna eftersträvat under utvecklingen av den internationella

investeringsrätten har realiserats genom BIT:s och ISDS. Expropriationsklausuler, och tillämpningen av dem, bekräftar hur de utvecklade staternas syn på den internationella investeringsrätten i detta avseende är en integrerad del av det internationella investeringsskyddet. Detta innebär däremot inte att mindre utvecklade stater har slutat göra anspråk på suveränitet. De anspråk på suveränitet som stater framförde i postkolonial tid i förhållande till PSNR har som tidigare nämnt upphört. De redovisade avgörandena visar istället prov på hur mindre utvecklade stater väljer att manifesteras suveränitet i förhållande till allmänintressen. De suveränitetsanspråk som framkom i postkolonial tid gestaltade sig främst genom att de mindre utvecklade staterna gemensamt försökte förändra innehållet i den internationella rätten. Som ett resultat av att dessa kollektiva suveränitetsanspråk har upphört visas istället prov på anspråk som framförs av enskilda stater inom ramen för investeringsskyddet.

I min mening innebär investeringsskyddet, i dess nuvarande form och tillämpning, att det fortfarande finns tydliga spår av de maktstrukturer som förelåg mellan mindre utvecklade stater och utvecklade stater i samband med avkoloniseringen efter andra världskriget. Detta genom att investerare inträtt i den utvecklade statens roll och inskränker den mindre utvecklade statens suveränitet inom ramen för investeringsskyddet. I min mening är det tydligt att alternativa vägar måste sökas för att finna en bättre balans mellan värdstatens allmänintressen och investerarens ekonomiska intressen.

4 En reformering av investeringskyddet

4.1 Introduktion

I detta kapitel kommer ett antal reformeringsförslag av investeringskyddet att presenteras. Förslagen är uppdelade enligt följande; två övergripande kategorier av reformeringsförslag analyseras i avsnitten ”Traktatorienterad reform” och ”En reform av ISDS”. I avsnittet ”Från traktat till kontrakt” analyseras ett förslag framarbetat av Jason Webb Yackee, professor vid Wisconsin Law School. I avsnittet ”Internationell komparativ rätt” analyseras slutligen en reformeringsansats av Jan Kleinheisterkamp, professor vid London School of Economics.

Samtliga reformeringsförslag kommer att utvärderas i förhållande till den form av suveränitet som presenterades i första kapitlet som Sundhya Pahuja hänför till postkoloniala staters suveränitetsanspråk inom ramen för PSNR. Som nämnt antog dessa suveränitetsanspråk en performativ och konstituerande form i förhållande till det egna samhället och omvärlden. Kapitel två och tre och har visat hur de mindre utvecklade staternas suveränitetsanspråk i den form som framfördes i postkolonial tid har upphört. De suveränitetsanspråk som mindre utvecklade stater framför inom ramen för investeringskyddssystemet tar främst sikte på att tillgodose ett allmänintresse i staten genom lagstiftning eller annan åtgärd. Detta innebär att en reform av investeringskyddet måste ta sikte på att möjliggöra detta i större utsträckning. Det faktum att suveränitetsanspråken har förändrats sedan postkolonial tid gör inte Pahuja definition otjänlig som måttstock för hur investeringskyddet ska reformeras. Denna ansats hjälper till att sammanknyta de suveränitetsanspråk som framförs i förhållande till allmänintressen till de som tidigare framfördes i förhållande till PSNR. Detta gör det möjligt att tillgodose den suveränitet som åsyftades av de mindre utvecklade staterna i samband med avkoloniseringen, där hopp fanns om att de skulle vara suveränt likställda i förhållande till de forna kolonialstaterna och utvecklas. På så sätt kan investeringskyddet förhindras från att reproducera koloniala maktstrukturer och istället hitta en balans som tillgodoser både den mindre utvecklade statens och investerarens intressen.

4.2 Traktatorienterad reform

En inriktning bland de existerande reformeringsförslagen av investeringskyddet utgår ifrån att revidera de befintliga regleringarna i BIT:s. Den icke-statliga organisationen IISD (International Institute for Sustainable Development) har konstruerat ett modellavtal, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, till en

internationell överenskommelse gällande utländska investeringar.¹⁷⁶ IISD:s modell utgörs av ett antal regleringar av standardiserad form, likt innehållet i BIT:s, men utgår delvis från en annan ansats genom en tydlig koppling till hållbar utveckling. För IISD kommer utländska investeringar fortsatt spela en viktig roll för staters utveckling och investeringsskyddsreglering ska fortsatt främja utländska investeringar och erbjuda investerare ett kvalitativt skydd. Ett övergripande problem identifieras i det faktum att BIT:s konstruerades på 1950-talet och därför inte svarar mot den politiska verklighet som de används i idag. IISD:s vill föra investeringsskyddet från dess ensidiga ansats vilken innebär att främst investerarens intressen beaktas i förhållande till bedömningen om en värdstat brutit lydelsen av ett BIT. Med IISD:s modell kommer investerare fortsatt ges ett omfattande skydd för utländska direktinvesteringar men samtidigt tillskriva investerare ett ansvar gällande miljö och sociala aspekter i värdstaten.¹⁷⁷

IISD:s inkluderar de regleringar i BIT:s som ger värdstaten rätt att reglera med ett något förändrat innehåll för att ge dem en mindre ensidig prägel. Den viktigaste ändringen gäller expropriationsklausulen där en underparagraf som tar sikte på värdstatens rätt att reglera inkluderas. Enligt förslaget ska regleringar som inte är diskriminerande, antagna i god tro och som tar sikte på att ett legitimt allmänintresse, så som folkhälsa, säkerhet och miljön, inte anses utgör indirekt expropriation.¹⁷⁸

Förändringen av expropriationsklausulen innebär en utvidgning av värdstatens rätt att utöva suveränitet över allmänintressen då särskilt skyddsvärda intressen klargörs och identifieras. Däremot kvarstår goda möjligheter för investeraren att klaga mot en värdstat på grund av lagstiftning eller liknande åtgärd då IISD:s förslag inte förändrar FET-standarderna. I förslaget anges att FET-standarderna ska gälla för värdstater så som detta formulerats i internationell rätt¹⁷⁹, vilket i min mening utgör en hänvisning till det idag existerande skyddet. En förändring av expropriationsklausulen är till synes verkanslös om inte FET-standarderna ändras samtidigt då rättsläget gällande investeringsskyddet då förblir oförändrat. FET-standarderna skulle då fortsätta att fungera som en generalklausul med ett brett tillämpningsområde som i stor utsträckning möjliggör för investerare att väcka talan mot värdstaters lagstiftning som syftar till ett allmänintresse. IISD:s förslag utgår främst från att ett bättre balanserat investeringsskydd kan åstadkommas genom att investeraren tillskrivs ett ansvar i förhållande till värdstatens intressen. I min mening är denna ansats inte tillräcklig då en sådan utformning enbart balanserar parternas ansvarsfördelning enligt avtalet. Det tycks däremot inte innebära att värdstaten får ytterligare skydd att uttrycka sin suveränitet i förhållande till vitala allmänintressen.

¹⁷⁶ Mann m.fl. 2005.

¹⁷⁷ Se Mann m.fl. 2005, s. 12-20, Art. 5-10, s. 22-30, Art. 12.18, s. 4, Art. 1. Även den norska regeringens utkast till ett standard-BIT från 2008 som innehåller en liknande ansats, se Miles 2013, s. 376.

¹⁷⁸ Mann m.fl. 2005, s. 7, Art. 8 (I).

¹⁷⁹ Ibid., s. 6, Art. 7 (1).

I en rapport från 2015 av UNCTAD, *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance* föreslås hur de centrala regleringarna i BIT:s kan modifieras för att bättre balansera parternas intressen och främja värdstatens rätt att reglera i förhållande till allmänintressen. För att nå bästa möjliga resultat framhåller rapporten att reformeringen ska genomföras på multilateral nivå.¹⁸⁰

I förhållande till MFN-klausuler presenteras en utformning som skulle möjliggöra för stater att reformera sin policy gällande investeringsskydd. I detta avseende föreslås att det i MFN-klausulen kan inkluderas en hänvisning till att investeraren inte kan använda sig av regleringar i tidigare ingångna BIT:s. Ett annat alternativ är att MFN-klausuler utesluts helt från BIT:s, ett tillvägagångssätt som återfinns i på senare tid tillkomna handelsavtal.¹⁸¹ I min mening är MFN-klausulen en reglering som väl symboliserar den obalans som råder mellan värdstater och investerare för tillfället och det är därför av stor vikt att klausulen förändras eller tas bort. Jag menar att värdstatens möjligheter att lagstifta i förhållande till allmänintressen ökar nämnvärt genom att de inte är bundna av tidigare ingångna BIT:s, värdstaten ges då möjligheten att i framtiden ingå avtal vars utformning bättre tillgodoser deras suveräna maktutövning.

UNCTAD presenterar även ett antal förslag i förhållande till expropriationsklausulen, de viktigaste i förhållande till indirekt expropriation. Det första innebär att ett antal kriterier inkluderas i regleringen vilka bistår bedömningen om när en åtgärd utgör indirekt expropriation. Enligt förslaget skulle kriterierna ta sikte på den ekonomiska skadan för investeraren, vilken roll myndigheten spelat, åtgärdens karaktär samt om den inneburit ekonomisk vinning för värdstaten. Ett annat alternativ är att införa en lydelse som exkluderar indirekt expropriation från BIT:s tillämpningsområde. I rapporten påpekas det att även om indirekt expropriation undantas från tillämpningsområdet kan det tolkas som att det inbegrips i begreppet expropriation och då fortfarande är en del av BIT:s. I rapporten uttrycks även en rädsla att en uteslutning av indirekt expropriation kan innebära att värdstater utnyttjar detta och vidtar åtgärder som systematiskt missgynnar investeraren.¹⁸² Det förslag som innebär att ett antal kriterier gällande bedömningen av expropriationsklausulen inkluderas skulle i min mening bidra till en mer balanserad bedömning om det förtydligas att allmänintressen är något som är särskilt skyddsvärt.

I rapporten framkommer även ett antal förslag hur FET-standarden kan förändras. Exempelvis föreslås det i rapporten att värdstatens behandling av investeraren ska klargöras genom en icke-uttömmande eller uttömmande lista av skyldigheter, listan kan definiera antingen positiva eller negativa skyldigheter. Ett annat alternativ som framkommer i rapporten är att FET-

¹⁸⁰ UNCTAD 2015, s. 168.

¹⁸¹ Ibid., s. 137. Exempelvis är inte MFN-klausulen upptagen i det förslag på BIT:s som färdigställdes 2012 av SADC (Southern African Development Community).

¹⁸² UNCTAD 2015, s. 138ff.

standarden exkluderas från BIT:s.¹⁸³ Det mest effektiva i förhållande till värdstatens suveränitet över allmänintressen är att exkludera FET-standard från BIT:s. De avgöranden som redovisats i uppsatsen visar hur FET-standard är den klausul i BIT:s vars tillämpning i störst utsträckning leder till att värdstaten bedöms som skadeståndsskyldig på grund av lagstiftning eller annan åtgärd. Att exkludera FET-standard riskerar däremot att missa investerarens perspektiv. Om FET-standard exkluderas finns det en risk att investerare känner sig alltför exponerad för otillbörlig behandling av värdstaten och resultera i att investeringar till mindre utvecklade stater uteblir. Om FET-standard ska vara en del av framtida investeringsskyddsavtal måste den i min mening förtydligas för att inskränka klausulens tillämpning. Den nuvarande tolkningen av FET-standard där investerarens rättmätiga förväntningar är bedömningsgrund är ett alltför investerarvänligt angreppssätt som leder till värdstatens allmänintresse blir sekundärt i förhållande till investerarens ekonomiska intressen.

I min mening är det särskilt viktigt att en traktatororienterad reform utgår från ett helhetsperspektiv. De avgöranden som redovisas i uppsatsen visar hur investerare som regel anger alternativa grunder för sin talan, som tydligast blir det i förhållande till expropriationsklausulen och FET-standard. Skiljedomstolar har i flera fall bedömt att lagstiftning eller annan åtgärd inte utgör expropriation men att den ändå är grund till ansvar i förhållande till FET-standard. En förändring av enbart expropriationsklausulen riskerar därför bli verkningslös om inte FET-standardens lydelse ändras alternativt exkluderas. I min mening skulle värdstatens suveränitet främjas om det klagjordes att FET-standard inte ska påverka värdstatens rätt att lagstifta eller företa åtgärder som syftar till ett legitimt allmänintresse i staten.

4.3 En reform av ISDS

I debatten om investeringsskyddssystemet har ISDS i många fall framförts som anledningen till att värdstatens allmänintressen tas till mindre hänsyn än investerarens intressen. I doktrin menar vissa författare att en reform av ISDS är ett måste då skiljedomstolsförfarandet har direkt och indirekt effekt på värdstatens möjligheter att reglera med hänsyn till allmänintressen.¹⁸⁴ I debatten framträder två alternativ; att behålla och reformera ISDS eller att ersätta den nuvarande ordningen.

Först ska nämnas att ett antal förändringar som genomfördes gällande ICSID-konventionens regler 2006.¹⁸⁵ En av dem syftade till att öka möjligheten för andra än parterna att delta i processen genom att tillåta *amicus curiae* – inlagor. Genom ändringen blev detta möjligt även utan parternas samtycke. I mål där ett allmänintresse är föremål för tvist skulle

¹⁸³ UNCTAD 2015, s. 137f.

¹⁸⁴ Miles 2013, s. 372.

¹⁸⁵ 2015 antog även FN:s generalförsamling en konvention om transparens i tvister mellan värdstat och investerare, se United Nations Convention on Transparency in Treaty Based Investor-State Arbitration.

intresseorganisationer kunna påverka målets utgång genom att bidra med kunskap eller perspektiv som värdstaten inte själva för fram.¹⁸⁶ Att intresseorganisationer får möjlighet att yttra sig kan vara särskilt nyttigt i förhållande till miljö- och hälsohänsyn och intressen kopplade till mänskliga rättigheter, då praxis visar att internationella skiljedomstolarna tagit större hänsyn till kommersiella intressen än allmänintressen i sina avgöranden.

UNCTAD presenterar ett antal förslag till hur ISDS kan reformeras. Bland annat föreslås att investerarens tillgång till ISDS begränsas genom att vissa sektorer eller regleringar i BIT:s undantas från prövning. Detta skulle möjliggöra för värdstater att undanta vissa särskilt skyddsvärda allmänintressen helt från att utmanas av investeraren.¹⁸⁷ Förslaget främjar i stor utsträckning statens suveränitet men framstår som för långtgående då investeraren i vissa fall helt skulle vägras domstolsprövning, vilket är en viktig beståndsdel i ett rättssäkert regelsystem.

En reformering kan också ta sikte på ISDS karaktär. Kate Miles framför att den rådande ordningen med internationella skiljedomstolssystem likt ICSID främst är anpassad att avgöra kommersiella kontraktstvister under begränsad allmän insyn. Miles menar att ISDS präglas av att en part vill driva igenom avtalsenliga skyldigheter med utgångspunkt i kommersiella intressen, vilket gör ISDS illa rustat att hantera tvister där miljö, hälsa och mänskliga rättigheter är viktiga intressen.¹⁸⁸ Miles kritiserar även reglerna för tillsättningen av domstolens ledamöter då de väljs av antingen parterna eller domstolen. Miles menar att det finns en trend att de tillsatta ledamöterna inte vill ta hänsyn till icke-kommersiella intressen i sin verksamhet.¹⁸⁹ Ledamöternas avhängighet är också ett problem i Miles mening eftersom det för närvarande tillåts att ledamöter företräder parter i andra mål samtidigt som de utövar dömande verksamhet. Detta innebär att en ledamot kan avgöra ett mål och sedan använda detta avgörande som argumentation i målet där ledamoten företräder en part. För att undgå denna problematik föreslår Miles att en permanent, centraliserad och internationell investeringsdomstol ska etableras som innehåller tydliga regler om transparens och en utvidgad möjlighet till *amicus curiae* – inlagor.¹⁹⁰

Även Nathalie Bernasconi-Osterwalder har framhållit en permanent internationell investeringsdomstol som det bästa alternativet för ett framtida ISDS.¹⁹¹ En permanent internationell domstol kan utformas som ett organ tillgänglig för investerare, stater och intresseorganisationer. Domstolen får sedan domsrätt över samtliga tvister med grund i investeringsskyddsavtal som upptar den som domför. En permanent domstol skulle enligt Bernasconi-Osterwalder bidra till att en förutsebar tillämpning av avtalens

¹⁸⁶ Se Miles 2013, s. 374.

¹⁸⁷ UNCTAD 2015, s. 148.

¹⁸⁸ Miles 2013, s. 376.

¹⁸⁹ Ibid., s. 377.

¹⁹⁰ Ibid., s. 377. Se även Van Harten 2007, s. 168-172.

¹⁹¹ Ett förslag som även företräds av UNCTAD, se UNCTAD 2015, s. 152.

klausuler skapas. Vidare skulle domstolens självständighet genom att domstolens ledamöter inte får företräda parter eller vittna i andra mål.¹⁹²

Jag delar Miles och Bernasconi uppfattning om att en permanent och självständig internationell investeringsdomstol är rätt väg framåt. En permanent domstol, bestående av ledamöter från de stater som tillträder den, skulle förändra den kommersiella karaktär som förfarandet har i nuläget. En sådan domstol skulle därtill bidra till att tillämpningen av BIT:s regleringar blir mer förutsebar och enhetlig. En permanent domstol skapar dessutom förutsättningar att etablera ett välbalanserat investeringsskydd i praxis som är bindande för domstolen i framtida tvister. En permanent internationell investeringsdomstol som arbetar efter ett tydligt ramverk gällande vilka intressen som ska tas till hänsyn i en tvist mellan värdstat och investerare skulle bidra till att allmänintressen tas till större hänsyn när investeringstvister avgörs. Detta skulle resultera i att värdstater får utökade möjligheter att utöva suveränitet över allmänintressen.

4.4 Kontrakt istället för traktat

I artikeln ”Do we really need BITs? Toward a Return to Contracts in International Investment Law” argumenterar Jason Webb Yackee för att den internationella investeringsrätten bör domineras av enskilda investeringskontrakt istället för övergripande investeringstraktat. Yackee adresserar den allmänna uppfattningen att BIT:s nytta ligger i att investeraren behöver skyddas från värdstatens irrationella beteende. Detta kan ske genom att investeringen missgynnas genom att expropriation eller åtgärder minskar investerarens vinster. Yackee menar i motsats till detta att risken att värdstaten missgynnar en investerare totalt sett är liten. I Yackees mening har värdstaten en insikt om att missgynnande behandling av en investerare kan leda till att befintliga investerare lämnar staten och tilltänkta investeringar uteblir.¹⁹³ Denna insikt gäller även i förhållande till lagstiftning och åtgärder från värdstaten som inte grundar sig på ett avsiktligt missgynnande beteende, exempelvis åtgärder tagna i nöd eller för att tillgodose ett allmänintresse.¹⁹⁴ Den risk som trots allt finns går att hantera genom att värdstat och investerare sluter ett enskilt investeringsavtal och att investeraren på egen hand försäkrar sin investering.¹⁹⁵

Genom att övergå till enskilda investeringsavtal istället för BIT:s skulle investeraren som utgångspunkt hänvisas till det investeringsskydd, samt de rättsmedel, som finns tillgängliga i värdstatens inhemska lagstiftning. För att kunna åtnjuta ett mer långtgående skydd än vad som framgår av värdstatens lagstiftning är investeraren hänvisad till förhandla med värdstaten och inkludera detta i ett enskilt investeringskontrakt.¹⁹⁶

¹⁹² Bernasconi-Osterwalder 2015.

¹⁹³ Yackee 2008, s.125f.

¹⁹⁴ Ibid., s. 127.

¹⁹⁵ Ibid., s. 137.

¹⁹⁶ Yackee 2008, s. 137.

Yackee identifierar ett antal fördelar till att låta enskilda investeringskontrakt ersätta BIT:s. För det första skulle det bidra till den internationella investeringsrättens legitimitet om värdstaten genom suveräna handlingar sluter kontrakt som tar sikte på specifika investeringar. Det skulle ge värdstaten en möjlighet att alltid tillgodose sina intressen vid varje enskild investering, istället för att acceptera de generella villkor som gäller enligt BIT.¹⁹⁷ För det andra kan ett skifte till investeringskontrakt ge värdstaten möjlighet att anpassa investeringsskyddet över tid och kalibrera det i förhållande till den inrikespolitiska situationen som föreligger vid avtalslutet. Det enskilda investeringsavtalet skulle ersätta den nuvarande traktatbaserade ordningen som öppnar upp värdstaten för utländska investerare som erhåller samma skydd genom vagt utformade regleringar.¹⁹⁸

De fördelar som Yackee nämner med enskilda investeringskontrakt kan bidra till att värdstaten i större utsträckning kan utöva suveränitet i förhållande till allmänintressen. Det faktum att värdstaten kan anpassa investeringsskyddet i enskilda kontrakt gör att olika skydd kan erbjudas i olika sektorer. Värdstaten ges möjligheten att skraddarsy investeringsskyddet i sektorer där särskilt viktiga allmänintressen som hälsa, miljö, energi och vatten riskerar att exponeras. Ett annat alternativ är att de inför undantag till när de får företa åtgärder som innebär skada för investeraren, men samtidigt gynnar ett allmänintresse.

Yackee uppmärksammar att enskilda investeringskontrakt kan missgynna mindre företag som vill investera då de inte har samma förhandlingsposition som multinationella företag. Detta kan leda till att mindre företag kan få svårt att förhandla fram ett tillräckligt bra skydd så att de finner att en investering är värd att genomföra.¹⁹⁹ Det finns en risk att kapitalflödet till följd av detta minskar till mindre utvecklade stater då mindre företag tvingas ta för stora risker. Samtidigt, precis som Yackee konstaterar, anser jag att det är bättre med ett skydd som värdstaten förhandlar i förhållande till alla potentiella investerare oavsett deras storlek, än att de genom BIT:s exponerar sig genom ett alltför obalanserat skydd i förhållande till alla investerare.

En möjlig invändning mot enskilda investeringskontrakt är att det finns en risk att multinationella företag även vid enskilda förhandlingar skulle lyckas uppnå ett skydd liknande det som erbjuds genom BIT:s. Vissa mindre utvecklade stater kan befinna sig i ett sådant behov av utländskt kapital att deras förhandlingsposition inte är bättre än att de måste acceptera ett obalanserat kontrakt. Det finns fördelar med det förslag som Yackee presenterar men i min mening behöver en reformering av investeringsskyddet kontrolleras av ett tydligare multilateralt ramverk som tydligt tar sikte på värdstatens rätt att lagstifta med hänsyn till allmänintressen. Att låta multinationella företag sluta enskilda investeringsavtal med mindre utvecklade stater förändrar inte

¹⁹⁷ Yackee 2008, s. 137f.

¹⁹⁸ Ibid., s. 138f.

¹⁹⁹ Ibid., s. 140.

avtalsparternas maktförhållande. I min mening är utländska investeringar därför i behov av yttre kontroll, i annat fall riskeras situationen under 1990-talet återskapas då mindre utvecklade stater, pådrivna av en konkurrenssituation efter utländskt kapital, ingick BIT:s som i efterhand har visat sig vara obalanserade.

4.5 Internationell komparativ rätt

I debatten om hur investeringsskyddet ska reformeras går det även att skönja argument som anser att framväxten av en internationell offentlig rätt är nödvändig.²⁰⁰ Jan Kleinheisterkamp sållar sig hit i artikeln ”Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty: Transnational Challenges and Solutions”. Kleinheisterkamp argumenterar för att investeringsskyddssystemet ska präglas av komparativ offentlig rätt, då BIT:s ska förstås som garantier på ett internationellt plan likt de som vanligtvis framkommer i staters konstitutioner.²⁰¹

Kleinheisterkamp framhåller att investeringsskyddets legitimitet är sprungen ur uppfattningen att utländska investeringar skulle leda till utveckling och ekonomisk tillväxt för de mindre utvecklade stater. I ett inomstatligt perspektiv är högsta prioritet för all ekonomisk aktivitet att den ska regleras för att bidra till det sociala väståndet i staten. Med detta sagt kan investeringsskyddet enbart legitimeras om investeringen bidrar till det sociala väståndet, inte i förhållande till att det ska skydda investerarens ekonomiska intressen. För att ett sådant skydd ska kunna uppnås är det viktigt att förstå en av de grundläggande förutsättningarna med BIT:s. Investeringsskyddet syftade initialt till att överbrygga problematiken att mindre utvecklade stater inte kunde erbjuda ett tillräckligt skydd för investerare, exempelvis på grund av en bristande statsapparat. Med hjälp av BIT:s skulle därför investerare från utvecklade stater erbjudas samma skydd som de hade tillgång till i sin hemstat.²⁰² Med en sådan ansats, som tar hänsyn till det ursprungliga syftet med investeringsskyddet, ska alltså inte en utländsk investerare erhålla ett bättre skydd än i hemstaten.²⁰³

Det ovanstående är i Kleinheisterkamp mening ett viktigt första konstaterande för att ändra investeringsskyddets innehåll, men för en reform räcker inte hemstatsperspektivet. En reform behöver enligt Kleinheisterkamp utgå från en annan ansats vilket beror på att MFN-klausuler flyttar investeringsskyddet från en bilateral till en multilateral kontext. Detta medför att en tolkning av investeringsskyddet inte ska ta utgång i ett hemstat-världstat perspektiv utan måste förstås på en högre och transnationell nivå.²⁰⁴ Kleinheisterkamp menar att investeringsskyddet måste tolkas i enlighet med regler och normer som generellt tillämpas av inhemska domstolar i utvecklade stater. Med hjälp av den komparativa

²⁰⁰ Se bl.a. Garcia 2005, Krisch & Kingsbury 2006, Schill 2011.

²⁰¹ Kleinheisterkamp 2015, s. 811.

²⁰² Ibid., s. 810f.

²⁰³ Ibid., s. 813.

²⁰⁴ Kleinheisterkamp 2015, s. 814.

rätten kan då en lämplig balans mellan investerarens intressen och värdstatens suveränitet uppnås. Kleinheisterkamp menar att balansgången mellan privat- och allmänintressen är central i all nationell offentlig rätt där enskilda måste skyddas från disproportionella statliga ingrepp samtidigt som samhällets totala välbefinnande tillgodoses. Lagstiftare och domstolar i samtliga utvecklade rättssystem har uppmärksammat att det finns ett behov av att begränsa möjligheterna för enskilda att angripa lagstiftning och statliga åtgärder.²⁰⁵

Kleinheisterkamp nämner ett par exempel om hur enskilda och allmänhetens intressen balanseras hos utvecklade stater. Enligt det engelska common law-systemet kan staten enbart bli ansvarig i förhållande till enskilda under extraordinära omständigheter. Vidare har både den tyska författningsdomstolen och EU-domstolen exkluderat ansvar för lagstiftning eller åtgärder antagna i enlighet med statens konstitution, även om de har medfört skada för enskilda. Detta är en ståndpunkt som motiverats med att en annan tillämpning skulle medföra en rädsla från staten att lagstifta. EU-domstolen har även hänvisat till att en sådan tillämpning är i enlighet med en europeisk rättskultur. Kleinheisterkamp menar att med en komparativ ansats till investeringsskyddet kommer tolkningen av BIT:s regleringar möta dess ursprungliga ändamål bättre.²⁰⁶

För att den komparativa ansatsen ska få fäste i den internationella investeringsrätts tillämpning menar Kleinheisterkamp att den måste assisteras av ett legitimt transnationellt ramverk. Kleinheisterkamp föreslår att ett nytt ramverk ska skapas, ”Principles of Investment Protection” som får anta denna roll och kan fungera som ett icke-bindande ramverk för stater som kan inkluderas i BIT:s. Genom studier av hur investeringsskyddet tillämpas i den internationella investeringsrätten (vilket skulle omfatta att undersöka bilaterala- och multilaterala traktat, traktat om mänskliga rättigheter, samt avgöranden från skiljedomstolar) och i nationella rättsordningar (genom att undersöka lagstiftning, praxis och doktrin), kan en bättre balans mellan investerare och värdstat framarbetas. Ramverket kan sedan användas för att uttolka de ofta vagt utformade klausulerna som finns i BIT:s.²⁰⁷

Kleinheisterkamps komparativa metod kan sammanfattas bygga på följande antagande; (1) den ursprungliga intentionen med BIT:s var aldrig att erbjuda ett mer vidsträckt skydd än nödvändigt för att främja utländska investeringar med mål att bidra till värdstatens utveckling; (2) ändamålet med BIT:s kan inte tolkas på annat sätt än att det ska erbjuda en lägsta skyddsnivå som motsvarar det som erbjuds i deras hemstat, men att BIT:s multilaterala prägel innebär att en lägsta skyddsnivå ska etableras genom att nationella rättsordningar jämförs varpå ett allmänt accepterat investeringsskydd identifieras.²⁰⁸

²⁰⁵ Kleinheisterkamp 2015, s. 815.

²⁰⁶ Ibid., s. 816f.

²⁰⁷ Ibid., s. 817ff.

²⁰⁸ Kleinheisterkamp 2015, s. 822.

Kleinheisterkamps förslag har i min mening flera fördelar. Det skulle lyfta bort investeringsskyddet från den postkoloniala kontext som det skapades i och konstruera ett mer samtida regelverk. Vidare är det mycket som tyder på att Kleinheisterkamps reformeringsförslag på ett effektivt sätt angriper de problem som denna uppsats adresserar. Tillämpningen av den komparativa metoden kan leda till en mer restriktiv tillämpning av FET-standarden, åtminstone om den inspireras av en EU-rättslig kontext där det som Kleinheisterkamp påpekar är svårt för enskilda att angripa lagstiftning och åtgärder som tar hänsyn till ett allmänintresse. I detta avseende kunde även praxis från Europadomstolen inkluderas. Barnali Choudhury har exempelvis föreslagit att det skönsrättsliga utrymme, *margin of appreciation*, som Europadomstolen har tillskrivit stater i förhållande till Europakonventionens Artikel 1 kan vara behjälplig för skiljedomstolar²⁰⁹.

Förslaget behöver dock klargöras i vissa aspekter för att vara användbart i förhållande till Pahunjas perspektiv på suveränitet. I min mening finns det en risk att angreppssättet är för eurocentriskt och därför måste även de mindre utvecklade staternas inhemska lagstiftning beaktas när en allmänt accepterad skyddsnivå framarbetas. De mindre utvecklade staternas deltagande är en förutsättning för att investeringsskyddet ska kunna möjliggöra suveränitetsanspråk likt de som eftersträvades i postkolonial tid. I min mening erbjuder Kleinheisterkamps metod ett tillfälle att finna en skyddsnivå som kan accepteras på bred multilateral nivå av både mindre utvecklade och utvecklade stater.

Den komparativa offentligrättsliga metoden är i min mening en lämplig väg framåt för att i större utsträckning möjliggöra mindre utvecklade staters suveräna maktutövning över allmänintressen. Med Kleinheisterkamps ansats skulle de mindre utvecklade statens utveckling prioriteras genom att en utländsk investering ses som något som ska öka det sociala välbefindandet i staten. Investeringsskyddssystemet skulle även balansera värdstatens och investerarens intressen bättre genom en allmänt accepterad skyddsnivå som utgår ifrån att en utländsk investerare inte ska erhålla ett mer omfattande skydd än i dennes hemstat.

4.6 Sammanfattande kommentarer

Ovanstående avsnitt har redovisat flera möjligheter att reformera investeringsskyddssystemet vilka på olika sätt kan ha positiv effekt på mindre utvecklade staters möjligheter att utöva suveränitet över allmänintressen. De reformeringsförslagen som tar sikte på att förändra de regleringar i BIT:s som påverkar värdstatens möjligheter att lagstifta i förhållande till ett allmänintresse har ett antal fördelar. Jag anser att det är tydligt att regleringarnas vaga utformning bär stor skuld till att allmänintressen fått stå tillbaka för investerarens intressen i tvister mellan värdstat och investerare. Det viktigaste i min mening är att ett helhetsgrepp

²⁰⁹ Choudhury 2008, s. 823.

tas på regleringarna i BIT:s. Som exempel kan nämnas att en förändring av utformningen av regleringen om indirekt expropriation inte är tillräcklig om inte FET-standardens tillämpningsområde samtidigt begränsas.

Ett helhetsgrepp är även lämpligt i förhållande till ISDS, i min mening på så sätt att den nuvarande ordningen avskaffas. Den mest lämpliga vägen framåt är istället att en permanent och självständig internationell investeringsdomstol inrättas för investeringstvister. Det tycks vara den enda lösningen för att förflytta frågor som handlar om allmänintressen från ett forum som främst är lämpligt för att behandla frågor av kommersiell natur.

Även Yackees ansats, som innebär att investeringsskyddet bestående av BIT:s ska ersättas av enskilda investeringskontrakt mellan värdstaten och investeraren, har stora fördelar. Den främsta är att det möjliggör för värdstaten att värna särskilt skyddsvärda allmänintressen redan när investeringen genomförs. Ett kontrakt med lydelsen att värdstaten har rätt att lagstifta eller företa åtgärder gällande ett antal vitala allmänintressen är svårt för en investerare att angripa. Yackees argument brister i det faktum att han inte i tillräcklig utsträckning uppmärksammar de mindre utvecklade staternas förhandlingsläge. I de fall där staten inte accepterar den skyddsnivå som multinationella företag kräver riskerar den att gå miste om investeringen, något som många mindre utvecklade stater inte har råd med. Detta kan leda till att multinationella företag fortsätter att kräva det skydd som redan är etablerat genom tillämpningen av BIT:s, vilket de mindre utvecklade staterna kan känna sig tvingade att godta, vilket kan leda till att det nu rådande investeringsskyddet reproduceras.

Det alternativ som framstår som mest fördelaktigt är det ramverk som Jan Kleinheisterkamp vill se framarbetat genom en komparativ offentligrättslig ansats, ett ramverk med en allmänt accepterad skyddsnivå för utländska investerare som ska tjäna som utgångspunkt vid tillämpningen av BIT:s. I min mening innebär Kleinheisterkamps ansats två stora fördelar. Dels innebär ansatsen att utvecklade stater erkänner att BIT:s initiala syfte inte var att skapa ett bättre investeringsskydd i mindre utvecklade stater än vad den utvecklade staten tillskriver investerare. Dels prioriterar ansatsen att en utländsk investering till den mindre utvecklade staten ska bidra till utveckling och socialt välstånd.

För att komplettera Kleinheisterkamps metod är det i min mening viktigt att även mindre utvecklade staters inhemska lagstiftning tas till hänsyn när en acceptabel nivå för investeringsskyddet identifieras. Detta skulle bättre tillgodose den suveränitet som åsyftades under postkolonialismen. Kapitalflödet går fortfarande främst från utvecklade stater till mindre utvecklade stater, vilket leder till att de mindre utvecklade staterna är dem som oftast behöver försvara åtgärder som är missgynnande för investerare. Det är därför av stor vikt att en acceptabel skyddsnivå etableras på en bred multinationell nivå. Det framarbetade ramverket kan sedan förslagsvis användas som utgångspunkt i tvister av en permanent och självständig internationell investeringsdomstol i dess dömande verksamhet.

5 Slutsatser och avslutande kommentarer

I inledningen av uppsatsen presenterades tre övergripande frågeställningar som har utgjort grund för att uppfylla uppsatsens syfte; (1) Hur har mindre utvecklade stater framfört suveränitetsanspråk under den internationella investeringsrättens utveckling?; (2) Hur begränsas mindre utvecklade staters suveräna maktutövning, genom lagstiftning eller andra åtgärder, över allmänintressen inom investeringskyddssystemet? (3) Hur ska investeringskyddssystemet reformeras för att i mindre utsträckning begränsa mindre utvecklade staters suveräna maktutövning över allmänintressen?

Den första frågeställningen har besvarats genom att bakgrunden till den internationella investeringsrätten beskrivits där ett antal faktorer identifierats som påverkat investeringskyddets utveckling. Här har en konflikt gällande den internationella investeringsrättens innehåll mellan utvecklade kapitlexporterande stater och mindre utvecklade kapitalimporterande stater påvisats. Inom denna konflikt har mindre utvecklade stater framfört anspråk på suveränitet i förhållande till egna naturresurser och sin ekonomiska politik. Dessa suveränitetsanspråk framträder som tydligast i en postkolonial kontext när mindre utvecklade stater, i sin strävan efter utveckling och ekonomisk tillväxt, framhållde i en ny ekonomisk världsordning och doktrinen om PSNR.

När den internationella investeringsrätten gick in i en global era under 1990-talet hade de mindre utvecklade staternas suveränitetsanspråk, i den form de framfördes under postkolonial tid, upphört. De mindre utvecklade staterna öppnade i detta skede upp sina ekonomier för utländskt kapital och accepterade de utvecklade staternas tolkning av den internationella investeringsrätten. I samband med detta ingick mindre utvecklade stater ett stort antal BIT:s med utvecklade stater för att fortsätta sin strävan efter utveckling och ekonomisk tillväxt.

Den andra frågeställningen har besvarats i uppsatsens tredje kapitel genom att de centrala regleringarna i BIT:s och avgöranden från internationella skiljedomstolar har studerats. I förhållande till denna frågeställning kan det konstateras att BIT:s innehåller flertalet regleringar som genom deras utformning begränsar värdstatens suveräna maktutövning över allmänintressen. Detta har även bekräftats av hur internationella skiljedomstolar har tillämpat regleringarna. I praxis framgår hur stater förhindras i deras suveräna maktutövning över allmänintressen genom att lagstiftning eller andra åtgärder blir föremål för talan i en internationell skiljedomstol. I de redovisade avgörandena framgår en tillämpning av regleringarna i BIT:s som innebär att värdstaternas allmänintressen inte alls

tas till hänsyn alternativt ställs i proportion till investerarens ekonomiska intressen. En sådan tillämpning har resulterat i att investerare har stora möjligheter att nå framgång med en talan mot en värdstat. Detta utgör en risk att värdstater undanhåller sig från att tillgodose vitala allmänintressen som miljö- och hälsöhänsyn och vattenförsörjning.

Uppsatsens tredje kapitel återknyter även till uppsatsens första frågeställning då det går att påstå att de mindre utvecklade staternas suveränitetsanspråk inte har upphört under investeringsskyddssystemet, men att de nu framträder i en annan form än tidigare. I perioden efter avkoloniseringen framförde mindre utvecklade stater kollektiva suveränitetsanspråk genom doktrinen om PSNR. Detta skiljer sig åt från de suveränitetsanspråk som framförs inom ramen för investeringsskyddet där istället enskilda stater gör anspråk i förhållande till allmänintressen.

Den tredje frågeställningen har besvarats genom att ett antal reformeringsförslag av investeringsskyddssystemet har analyserats med Sundhya Pahujas definition av suveränitet som utgångspunkt. Med grund i förslagen har ett antal slutsatser varit möjliga att göra. En traktatororienterad reform måste utgå från ett helhetsgrepp där samtliga regleringar modifieras, ett behov som framgår med tydlighet i förhållande till FET-standarden vars vaga utformning resulterat i en alltför obalanserad tillämpning av investeringsskyddet. I förhållande till ISDS är den mest lämpliga vägen framåt att det nuvarande förfarandet med internationella skiljedomstolar avskaffas och att en självständig och permanent investeringsdomstol etableras. Framställningen har funnit stöd för att detta skulle utgöra ett bättre alternativ för att avgöra tvister än dagens förfaranden som misslyckat att ta hänsyn till allmänintressen.

Det reformeringsförslag som är mest fördelaktigt i förhållande till de mindre utvecklade staternas suveränitet är det som Jan Kleinheisterkamp presenterat. Detta innebär att en allmänt accepterad skyddsnivå för utländska investerare framarbetas genom en komparativ offentligrättslig ansats. Kleinheisterkamps ansats har två stora fördelar. Dels innebär ansatsen att utvecklade stater erkänner att BIT:s initiala syfte inte var att skapa ett bättre investeringsskydd i mindre utvecklade stater än vad den utvecklade staten tillskriver investerare. Dels prioriterar ansatsen att en utländsk investering till den mindre utvecklade staten ska bidra till utveckling och socialt välstånd. I min mening behöver däremot Kleinheisterkamps metod kompletteras genom att även de mindre utvecklade staternas inhemska lagstiftning tas till hänsyn när en allmänt accepterad skyddsnivå för investeringsskyddet framarbetas.

Som avslutande kommentar vill jag framföra att undersökningen visar att det finns ett brett stöd till att förändra innehållet i investeringsskyddet i den riktning som uppsatsen förespråkar. Detta framgår genom att icke-statliga organisationer, såväl som mellanstatliga organisationer, framhåller att en förändring av investeringsskyddets nuvarande innehåll måste komma till stånd. Detta utgör goda förutsättningar för att en kommande förändring av

investeringskyddet innebär att mindre utvecklade stater erbjuds möjligheten att sträva efter utveckling utan att inskränka sin suveränitet i förhållande till vitala allmänintressen.

Litteratur- och källförteckning

Litteratur

Ackerman, Susan-Rose & Tobin, Jennifer, "Foreign direct investment and the business environment in developing countries: The impact of bilateral investment treaties", Center for Law, Economics and Policy, Research Paper No. 293, Yale Law School, 2004. Citerad: Ackerman & Tobin 2004.

Amerasinghe, Chittharanjan F, *Local Remedies in International Law*, 2. ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004. Citerad: Amerasinghe 2004.

Anghie, Antony, *Imperialism, sovereignty and the making of international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Citerad: Anghie 2005.

Anghie, Antony, "The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities" *Third World Quarterly*, Vol 27, No. 5, s. 739-753, 2006. Citerad: Anghie 2006.

Balcerzak, Filip & Peterson, Luke Eric, "Mexico Held Liable for Expropriation of Waste Facility, and for Additional Mistreatment Prior to the Taking in the Abengoa Case", *Investment Arbitration Reporter*, May 21, 2014. Citerad: Balcerzak & Peterson.

Baslar, Kemal, *The concept of the common heritage of mankind in international law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1998. Citerad: Baslar 1998.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, "Rethinking Investment-Related Dispute Settlement", *International Institute for Sustainable Development Investment Treaty News*, May 21, 2015. Citerad: Bernasconi-Osterwalder 2015.

Broches, Aron, *Selected essays: World Bank, ICSID, and other subjects of public and private international law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994. Citerad: Broches 1994.

Borchard, Edwin, *The diplomatic protection of citizens abroad.*: [Diss.], Diss., New York, 1915. Citerad: Borchard 1915.

Buchanan, James M., *The demand and supply of public goods*, Rand McNally & Co., Chicago, 1968. Citerad: Buchanan 1968.

Choudhury, Barnali, "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 41, Issue 3, pp. 775-832, 2008,. Citerad: Choudhury 2008.

Commission, Jeffery, "Precedent in Investment Treaty Arbitration – A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, *Journal of International Arbitration*", 24(2), 2007. Citerad: Commission 2007.

Dolzer, Rudolph "Fair and equitable treatment: A key standard in investment treaties", *The International Lawyer*, 39, pp. 87–106, 2005. Citerad: Dolzer 2005.

Dolzer Rudolf, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Citerad: Dolzer & Schreuer 2012.

Egger, Peter & Pfaffermayr, Michael, "The impact of bilateral investment treaties on foreign direct investment", *Journal of Comparative Economics* 32, s. 788-804, 2004. Citerad: Egger & Pfaffermayr 2004.

Elkins, Zachary, Guzman, Andrew T & Simmons, Beth A., "Competing for capital: The diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000, *International Organization* 60, s. 811-84, 2006. Citerad: Elkins, Guzman & Simmons 2006.

Fach Gomez, Katia, "ICSID Claim by Spanish Companies Against Mexico over the center for the Integral Management of Industrial Resources", *Spain Arbitration Review*, August, 2010. Citerad: Fach Gomez 2010.

Guzman Andrew, "Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties" I: Sauvant Karl P and Sachs Lisa E. (red.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press, Oxford, 2009. Citerad: Guzman 2009.

Hallward-Driemer, Mary, "Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? Only a bit... and they could bite", *World Bank Policy Research Working Paper* 3121, 2003. Citerad: Hallward-Driemer 2003.

Jones Charles A., *The North- South Dialogue: A Brief History*, St. Martin's, New York, N.Y., 1983. Citerad: Jones 1983.

Kleinheisterkamp, Jan, "Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty: Transnational Challenges and Solutions, *Modern Law Review*, 78(5):793-825 1 September, 2015. Citerad: Kleinheisterkamp 2015.

Kleinman, Jan: "Rättsdogmatisk metod". I: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red): *Juridisk metodlära*, upplaga 1:2, , Studentlitteratur, Lund, 2013. Citerad: Kleinman 2013.

Krisch, Nico, Kingsbury, Benedict, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", *European*

Journal of International Law. Vol. 17 Issue 1, p1-13, 2006. Citerad: Krisch & Kingsbury 2006.

Lillich Richard B (red.), *The International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Univ. Press of Virginia, Charlottesville, 1983. Citerad: Lillich 1983.

Lillich, Richard B., *The human rights of aliens in contemporary international law*, Manchester University Press, Manchester, 1984. Citerad: Lillich 1984.

Mann, Howard, von Moltke, Konrad, Peterson Luke Eric, Cosbey, Aaron, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development, 2005. Tillgänglig via: https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf. Citerad: Mann m.fl 2005.

McLachlan, Campbell, Shore, Laurence, and Weininger, Mattheew, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Citerad: McLachlan m.fl. 2007.

Miles, Kate, *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015[2013] Citerad: Miles 2013.

Sornarajah, Muthucumaraswamy ”The Case Against a Regime on International Investment Law, I: Trakman, Leon. E & Ranieri, Nicola. W, *Regionalism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Citerad: Sornarajah 2013.

Mutua, Makau & Anghie, Antony, ”What is TWAIL?”, Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law, Vol. 94 , April 5-8, 2000, s. 31-40. Citerad: Mutua & Anghie 2000.

Neumayer, Eric & Spess, Laura, ”Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?”, I: Sauvant Karl P and Sachs Lisa E. (red.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press, Oxford 2009. Citerad: Neumayer & Spess 2009.

Root Elihu, ”The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad” The American Journal of International Law, 7/1/1910, Vol. 4, Utgåva 3, s. 517-528. Tillgänglig via: http://www.jstor.org/stable/2186238?seq=1#page_scan_tab_contents. Citerad: Root 1910.

Roth, Andreas Hans, *The minimum standard of international law applied to aliens*, Leiden, 1949. Citerad: Root 1949.

Pahuja, Sundhya, *Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011. Citerad: Pahuja 2011.

Paulsson, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Citerad: Paulsson 2005.

Salacuse, Jeswald W., *The law of investment treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Citerad: Salacuse 2010.

Salacuse, Jeswald W. & Sullivan Nicholas P., "Do BITs really work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain" I: Sauvart Karl P and Sachs Lisa E. (red.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press, Oxford, 2009. Citerad: Salacuse & Sullivan 2009.

Schill, W. Stephan, "Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, Issue 1, pp. 57-102, 2011. Citerad: Schill 2011.

Schreuer, Christoph, "Fair and equitable treatment in arbitral practice", *Journal of World Investment & Trade*, 6 (3), pp. 1–24, 2005. Citerad: Schreuer 2005.

Schreuer, Christoph H, "ICSID Annulment Revisited", *Legal Issues of Economic Integration* 30(2), 2003. Citerad: Schreuer 2003.

Skoovgaard Paulsen, Lauge N., "The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: Revisiting the evidence" I: *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010*, Oxford University Press, 2010. Citerad: Skoovgaard Paulsen 2010.

Subedi, Surya P., "International Investment Law", I: Evans, Malcolm David (red.), *International law*, 4. ed., Oxford University Press, Oxford, 2014. Citerad: Subedi 2014.

Sureda, Andrés Rigo, "Precedent in Investment Treaty Arbitration", I: Binder m.fl., *International Investment Law for the 21st Century*, publicerad via Oxford Scholarship Online, Sep, 2009. Citerad: Sureda 2009.

United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, 1998. Citerad: UNCTAD 1998.

United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, 2007. Citerad: UNCTAD 2007.

United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2010, Investing in a Low-Carbon Economy*, 2010. Citerad: UNCTAD 2010.

United Nations Conference on Trade and Development, *Scope and Definition: A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, 2010. Citerad: UNCTAD 2010 II.

United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, 2011. Citerad: UNCTAD 2011.

United Nations Conference on Trade and Development, *Foreign Direct Investment: Statistics*, 2011. Citerad UNCTAD 2011 II.

United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, 2012. Citerad: UNCTAD 2012.

United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*, 2015. Citerad: UNCTAD 2015.

Vandeveld, Kenneth J, "Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties", 36 *Columbia Journal of Transnational Law* 501, 1998. Citerad: Vandeveld 1998.

Vandeveld J. Kenneth, *Bilateral Investment Treaties – History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Citerad: Vandeveld 2010.

Van Haersolte-Van Hof, Jacomijn and Hoffmann, Anne K, *The Relationship Between International Tribunals and Domestic Courts*, I: Muchlinski, Peter, Ortino, Federico & Schreuer, Christoph (red), *The Oxford Handbook on International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Citerad: Van Haersolte-Van Hof & Hoffmann 2008.

Van Harten, Gus, *Investment treaty arbitration and public law*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Citerad: Van Harten 2007.

Yackee, Jason Webb, "Do we really need BITs? Toward a Return to Contracts in International Investment Law", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, Vol. 3, Issue 1, pp. 121-146, March, 2008. Citerad: Yackee 2008.

Elektroniska källor

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (hämtad 2015-10-13).

Rättsfallsförteckning

Abengoa S.A. y COFIDES S.A v. The United Mexican States, ICSID, Case No. ARB (AF)/09/2, Award, April 18, 2013. Citerad: Abengoa v. Mexiko.

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID, Case No. ARB/02/3, 2002. Citerad: Aguas del Tunari v. Bolivia.

Azurix v. Argentine Republic, ICSID, Case No. ARB/01/12 310, July 14, 2006. Citerad: Azurix v. Argentina.

Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, Oct. 27, 1989. Citerad: Biloune v. Ghana.

Biwater Gauff Ltd v. United Republic of Tanzania, ICSID, Case No. ARB/05/22, Award, July 24, 2008. Citerad: Biwater v. Tanzania.

CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, Sep. 13, 2001. Citerad: CME v. Tjeckien.

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID, Case No ARB/01/08), Award, May 12, 2005. Citerad: CMS v. Argentina.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A v. Argentine Republic, ICSID, Case No. ARB/97/3, Aug 20, 2007. Citerad: Aguas v. Argentina.

LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. v. The Argentine Republic ICSID, Case No ARB/02/1, Decision on Liability, Oct 3 2006. Citerad: LG&E v. Argentina.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID, Case No. ARB(AF)/97/1, Award, Aug 3, 2000. Citerad: Metaclad v. Mexiko.

Methanex Corporation v. United States of America, ICSID, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Aug 3, 2005. Citerad: Methanex v. USA.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A v. The Republic of Costa Rica, Case No. ARB/96/1, Award, Feb 17, 2000. Citerad: Santa Elena v. Costa Rica.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award 20 May 1992. Citerad: Southern Pacific Properties v. Egypten.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, July 30, 2010. Citerad: Suez v. Argentina.

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID, Case No. ARB/06/11, Award Oct 5, 2012. Citerad: Occidental Petroleum v. Ecuador.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A v. United Mexican States, ICSID, Case No. ARB(AF)/00/2 120, Award, May 29, 2003. Citerad: Tecmed v. Mexiko.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (II), ICSID, Case No. ARB/12/12. Citerad: Vattenfall v. Tyskland.

Europadomstolen

James and others v. The United Kingdom, dom från den 21 februari 1986.