



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Magnus Melin

# Abuse of Rights eller The Right to Abuse

*En undersökning om treaty shopping inom internationell investeringsrätt*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Ulf Linderfalk

Termin för examen: period 1 HT2018

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>3</b>
<b>1 Inledning</b>	<b>4</b>
1.1 <b>Introduktion</b>	<b>4</b>
1.2 <b>Syfte och frågeställning</b>	<b>6</b>
1.3 <b>Metod och material</b>	<b>6</b>
1.4 <b>Disposition</b>	<b>7</b>
1.5 <b>Avgränsningar</b>	<b>8</b>
<b>2 Internationell investeringsrätt</b>	<b>10</b>
2.1 <b>Investeringsavtal</b>	<b>10</b>
2.2 <b>Tvistlösning</b>	<b>12</b>
2.3 <b>Jurisdiktion</b>	<b>14</b>
2.3.1    Investering	16
2.3.2    Investerare	17
<b>3 Rättsfallsanalys</b>	<b>20</b>
3.1 <b>Treaty shopping</b>	<b>20</b>
3.2 <b>Tokios Tokeles v Ukraine</b>	<b>21</b>
3.2.1    Skiljedomstolens avgörande	21
3.2.1.1    Investerare	21
3.2.1.2    Investering	23
3.2.2    Analys	24
3.3 <b>Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia</b>	<b>26</b>
3.3.1    Skiljedomstolens avgörande	26
3.3.2    Analys	30
3.4 <b>Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic</b>	<b>31</b>
3.4.1    Skiljedomstolens avgörande	31
3.4.2    Analys	34
3.5 <b>Mobil v Venezuela</b>	<b>35</b>
3.5.1    Skiljedomstolens avgörande	35
3.5.2    Analys	38

<b>3.6</b>	<b>Pac Rim Cayman LLC v The Republic of El Salvador</b>	<b>40</b>
3.6.1	Skiljedomstolens avgörande	40
3.6.2	Analys	43
<b>3.7</b>	<b>Tidewater INC v The Bolivarian Republic of Venezuela</b>	<b>45</b>
3.7.1	Skiljedomstolens avgörande	45
3.7.2	Analys	48
<b>3.8</b>	<b>Renée Rose Levy and Grencitel S.A. v. Republic of Peru</b>	<b>49</b>
3.8.1	Skiljedomstolens avgörande	49
3.8.2	Analys	52
<b>4</b>	<b>Rättsläget</b>	<b>54</b>
4.1	Double bared test	55
4.2	Ratione Personae	56
4.3	Ratione Materiae	60
4.4	Ratione temporis	63
4.5	Abuse of rights	65
4.5.1	Investerarens avsikt	65
4.5.2	Förutsebarhet av tvisten	68
<b>5</b>	<b>Slutsats</b>	<b>71</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>74</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>78</b>

# Summary

International investment law is regulated by a system of bilateral investment agreements. These protect international investments through a number of substantive rights. One of the principle rights conferred is through the dispute settlement clause, which generally dictates that disputes shall be settled through arbitration. Thus, investors have the possibility of suing states through an arbitration tribunal. States can opt out of this system, by not signing any BITs. They can alternatively sign BITs with only a few states they wish to have active cooperation with. However, through treaty shopping, just one BIT can open the doors to a flock of investors they were not counting on, to sue them through arbitration.

Treaty shopping is the investors act of gaining access to a BIT previously not included in. This is done through strategic planned corporate structures and restructuring, establishing shell company's in states selected for their BITs, and funnelling their investments through these. Once a dispute in relation to a BIT has risen in cases of treaty shopping, arbitration tribunals have had to judge whether they have jurisdiction over the dispute. This has been done with regards to four separate grounds, which are *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* and *abuse of rights*. Through an analysis of precedents, this essay intends to examine how these grounds have been applied in cases of treaty shopping.

The essay concludes that the act of treaty shopping is not prohibited *per se*. Nor has the interpretation of these grounds entailed any real obstacle to conducting treaty shopping. The closest existing ban of treaty shopping, is the principle of *abuse of rights*. It can be applied when a restructuring is undertaken in order to gain access to a BIT, when a specific future dispute was foreseeable. This principle does however not entail a rather large obstacle, and the act of treaty shopping is still very much allowed.

# Sammanfattning

Den internationella investeringsrätten regleras i stort genom ett system av bilaterala investeringsavtal upprättat två stater emellan. Dessa skyddar internationella investeringar genom en rad olika substantiella rättigheter. Det utmärkande skyddet de erbjuder är dock rätten till skiljeförfarande. Genom skiljeklausuler i investeringsavtal har investerare möjlighet att stämma stater genom skiljeförfarande. Stater kan välja att stå utanför detta systemet, eller att endast erbjuda sagda skydd genom investeringsavtal med ett visst antal stater. Genom förfarande av treaty shopping, kan dock ett enda investeringsavtal öppna dörrarna för en stor skara investerare som kan stämma staten genom skiljeförfarande.

Treaty shopping innebär investerares förfaranden att komma i åtnjutande av investeringsavtal den inte var avsedd att omfattas av. Förfarandet sker genom strategiskt planerade företagsstrukturer och omstruktureringar av dessa, placering av skalföretag i utvalda stater och investeringar gjorda genom dessa. Då tvister grundade i investeringsavtal har uppkommit i fall av treaty shopping, har skiljedomstolar haft att ta ställning till om de verkligen haft jurisdiktion över tvisten. De fyra grunder bedömningen har avgjorts på, är *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* och *abuse of rights*. Genom en rättsfallsanalys ämnar denna uppsatts att undersöka hur dessa grunder har tillämpats i fall av treaty shopping.

I dagens läge finns inget förbud mot treaty shopping. Tillämpningen av ovanstående grunder för jurisdiktion har inte heller ställt upp särskilt stora hinder mot förfarandet. Det närmsta som kommit ett förbud mot treaty shopping hittills är *abuse of rights*. Principen kan tillämpas då en omstrukturering av företagskedjan skedde för att åtkomma ett investeringsavtal inför en specifik tvist som gick att förutse. Även denna princip ställer dock inte upp ett särskilt stort hinder, och förfarandet är fortfarande i stor utsträckning tillåtet.

# Förkortningar

BIT	Bilateral Investment Treaty
FDI	Foreign Direct Investment
ICJ	International Court of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID-konventionen	Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States
MFN	Most Favoured Nation

# 1 Inledning

## 1.1 Introduktion

Med en investering följer risker. Med en internationell investering följer desto större risker. Riskerna som associeras med en investering är ofta av kommersiell natur och är en inneboende egenskap hos investeringar. Dessa kan investeraren ta i beaktning och minimera till sin bästa förmåga. En internationell investering innebär dock en annan typ av risk. Det är en risk som ofta benämns såsom en politisk risk och kan beskrivas såsom risken för att den utländska staten ingriper inskränkande i investeringen. Ingripande kan exempelvis ske genom kraftigt höjda avgifter eller skatter, förändrade regleringar angående tillåtelse att bedriva en verksamhet, diskriminerande behandling av utländska investerare, eller rent av expropriering av investerarens tillgångar.<sup>1</sup> Förutsättningarna för investeringens lönsamhet kan därmed förändras drastiskt. I förhållande till sådana ingrepp riskerar investeraren att finna sig i princip rättslös, då den enda möjligheten att få sin sak prövad är genom statens nationella rättsväsende. Risken kan bedömas beroende på staten som investeras i till vilken grad den tillerkänns kvaliteter av en rättsstat. Risken kan vara svår att förutsäga och investerarens möjlighet att minimera den är låg. En internationell investering kan ha en lång tidshorisont, under vilken förutsättningarna för investeringen kan komma att ändras dramatiskt. Om denna risk anses för stor, hämmar den villigheten för investerare att vidta internationella investeringar.

Med anledning av detta, har stater ingått traktat med varandra, kallade investeringsavtal. Dessa innehåller åtaganden från staterna att tillsäkra en rad rättigheter gentemot investerare från motparten. Rättigheterna utlovar bland annat "fair and equitable treatment", förbud mot olovlig expropriation

---

<sup>1</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 4.

och förbud mot diskriminerande åtgärder.<sup>2</sup> För att ytterligare ge säkerhet till utländska investerare, inkluderas generellt en skiljeklausul i dessa investeringsavtal. På så sätt får investeraren en självständig rättighet, att inför en neutral tribunal, få sin sak prövad. Tillgången till skiljeförfarandet är en av de centrala aspekterna i ett investeringsavtalet, och diskussioner angående tillgång till investeringsavtal mynnar ofta ut i diskussion om tillgången till skiljeförfarandet. Följande träffsäkra citat beskriver kärnfullt betydelsen av skiljeklausulen i investeringsavtal. "*Without such provisions for dispute settlement, a BIT would represent merely an abstract declaration of the importance of FDI and its protection.*"<sup>3</sup>

Bilaterala investeringsavtal utgår utifrån att två stater åtar sig vissa förbindelser gentemot investerare från den andra staten. Som följd av konstruktionen av dessa avtal, följer att systemet är byggt på reciprocitet staterna emellan. Vi kan kalla dessa stater för A och B. Endast en investerare från stat A omfattas av investeringsavtalet när denne gör investeringar i stat B. Endast investerare från stat B omfattas när denne gör investeringar i stat A.

Av naturliga skäl, är rättigheterna i detta investeringsavtal även attraktivt för en person från en tredje stat C, när denne ska göra en investering i stat B. Därmed har fenomenet *treaty shopping* uppstått. Begreppet saknar legaldefinition, och har även kallats *forum shopping*, *nationality planning* eller liknande. Det grundläggande konceptet är att denne investerare från stat C vidtar åtgärder, innan eller efter investeringen genomfördes, för att räknas såsom en investerare från stat A enligt investeringsavtalet. Målet är att omfattas av investeringsavtalet.

---

<sup>2</sup> Subedi, Suraya P. (2012) s. 56-57.

<sup>3</sup> Efraim Chalamish, The Future of Bilateral Investment Treaties: A De Facto Multilateral Agreement, 34 Brook. J. Int'l L. 303 (2009) s. 316.



## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att undersöka huruvida investeringsavtal innehåller hinder gentemot *treaty shopping*. De investeringsavtal som ska undersökas är de som innehåller skiljeklausuler med ICSID som utpekat skiljeinstitut. När skiljeförfarandet sker genom ICSID, är även ICSID-konventionen tillämpligt. Syftet är därmed även att undersöka huruvida ICSID innehåller hinder gentemot förfarande av *treaty shopping*.

För att uppnå detta syfte ska följande frågeställningar besvaras:

- Vilka är rekvisiten för jurisdiktion enligt investeringsavtal?
- Vilka är rekvisiten för jurisdiktion enligt ICSID-konventionen?
- Hur har dessa rekvisit tillämpats i fall av *treaty shopping*?
- Finns det andra grunder enligt vilka jurisdiktion har ansetts saknas i fall av *treaty shopping*?

## 1.3 Metod och material

För att uppnå syftet med uppsatsen har en rättsdogmatisk metod använts. Den rättsdogmatiska metoden går ut på beskriva, systematisera och tolka gällande rätt utifrån de juridikens rättskällorna. De rättskällor som har varit centrala i uppsatsens skrivande är traktat, rättspraxis och doktrin.

En viss försiktighet ska iaktas när skiljedomstolarnas avgöranden används som rättskälla. Skiljedomstolarnas avgöranden saknar prejudikatverkan och är således inte bindande för framtida skiljedomstolar. Det är dock det generellt förekommande att skiljedomstolar hänvisar till tidigare tribunalers

avgöranden. Diskussion angående hur avgöranden kan användas förekommer i kapitel 2, och löpande i uppsatsen.

I uppsatsen har jag valt att analysera sju beslut om jurisdiktion närmre. Rättsfallen är valda på grund av att de framhållits av efterföljande skiljedomstolar och/eller inom doktrinen såsom ledande fall. Vidare har de valts då de tillsammans belyser den generella utvecklingen av rättsläget, samtidigt som de enskilt närmre klarlägger bedömningen av en viss specifik fråga inom området. Skiljedomstolarnas beslut har varit det centrala materialet för uppsatsen, och ligger till grund för analysen av rättsläget. Doktrin i form av litteratur har använts främst inom uppsatsen deskriptiva aspekt, vilken har varit beskrivningen av den internationella investeringsrätt struktur. Doktrin har även varit vägledande för att identifiera de relevanta rättsfallen. Till sist har doktrin i form av tidskriftsartiklar använts vid diskussionen om rättsläget, för att nyansera mina egna slutsatser.

## **1.4 Disposition**

Uppsatsen är disponerad i fyra kapitel, utöver inledningen. Kapitel 2 presenterar investeringsavtalets ställning inom investeringsrätten, skiljeklausulens funktion i investeringsavtalet, och ICSIDs roll för skiljeförfaranden. De huvudsakliga kriterierna för jurisdiktion introduceras. I andra kapitlet analyseras de rättsfall inom området som ligger till grund för utredningen av rättsläget. För varje rättsfall presenteras först omständigheterna i fallet. Det följs av motiven till skiljedomstolens avgörande. Varje rättsfall efterföljs av en egen analys. I kapitel 4 förs en diskussion om de olika kriterierna för jurisdiktion, byggd på rättsfallen i kapitlet 3. Var och ett av kriterierna diskuteras för sig för att presentera vad som är gällande rätt. I sista kapitlet sammanfattas slutsatserna och besvarar uppsatsens frågeställningar.

## 1.5 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar frågan om tillämpligheten av investeringsavtal och ICSID-konventionen. Den del av skiljedomstolarnas avgöranden som varit relevanta för att utreda detta, är besluten om jurisdiktion. Därmed lämnas det utanför uppsatsens omfattning att närmre diskutera de substantiella rättigheterna i investeringsavtalen och tillämpningen utav dessa.

Det finns i dagens läge över två tusen investeringsavtal i kraft. Uppsatsen är av naturliga skäl avgränsat från att tolka rekvisiten för tillämpligheten i varenda en av dem. Paragraferna i investeringsavtal som dikterar tillämplighet, utgår generellt från definitionerna av *investering* och *investerare (alternativt "national")*. Dessa definitioner är antingen väldigt generella, men kan också vara konstruerade genom specifika begränsningar till dess omfattning. För att kunna föra en diskussion angående investeringsavtal som helhet, krävs det att man talar i relativt generella termer. När jag diskuterar rekvisiten i investeringsavtal gör jag det därmed med förutsättningen att det är den generella paragrafen jag talar om, och vetskapen att det nödvändigtvis inte är gällande för varje investeringsavtal.

Uppsatsen är begränsad till att behandla skiljeförfaranden som skett i enlighet genom ICSID. Skiljeförfarande ICSID, har reglerna i ICSID-konventionen att förhålla sig till. Dessa inkluderar regler om skiljedomstolens jurisdiktion. Hur en skiljedomstol enligt ICSID beslutar i en fråga kan därmed skilja sig från hur samma fråga hade varit beslutad enligt en annan institutions regelverk, eller ett förfarande *ad hoc*. För att analysera rättsläget håller jag mig därför inom ICSIDs regelverk. Nackdelen med denna avgränsning är att det gör det omöjligt för mig att använda rättsfall som berört frågeställningen, men vars förfarande skett genom en annan, eller ingen institution. Dock är ICSID den institution genom vilken majoriteten av skiljeförfarande behandlas, och det har funnits gott om avgöranden för att utreda uppsatsens syfte. Min slutsats är därmed endast

gällande investeringsavtal med en skiljeklausul som pekar ut ICSID som institution.

Diskussioner kring *treaty shopping* berör ofta frågan om *res judicata* och *lis pendens*. Då *treaty shopping* kan innebära att flera olika personer har självständig partsställning över samma tvist, är dessa frågor sammankopplade. Det är dock frågor som blir aktuella först efter att flera personer har ansetts omfattas av investeringsavtalen. Dessa frågor faller därmed utanför uppsatsens syfte. Vid diskussion om *treaty shopping* har även MFN-klausulen i investeringsavtal lyfts som ett ytterligare led i *treaty shopping*. Förfarandet att utnyttja sådan klausul för att utvidga tillgången till investeringsavtal, kan diskuteras som ett förfarande *treaty shopping*. Även denna fråga blir dock först aktuell efter att en person ansetts omfattas av investeringsavtalet. Därmed faller den utanför uppsatsens syfte.

## 2 Internationell investeringsrätt

### 2.1 Investeringsavtal

Den internationella investeringsrätten består huvudsakligen av traktat ingångna stater emellan. Genom dessa åtar sig staterna vissa skyldigheter gentemot investerare från motparten, som investerar i dess territorier. Sådana traktat kan vara bilaterala investeringsavtal ingångna mellan två stater, multilaterala investeringsavtal ingångna mellan flera stater, eller traktat inom andra områden såsom handelsavtal, innehållande investeringsklausuler.

Den vanligaste typen av investeringsavtal är bilaterala investeringsavtal, kallade BIT.<sup>4</sup> Ett BIT är en traktat två stater emellan, angående skyddet för investeringar gjorda av investerare från ena staten i territoriet av den andra staten. Staten investeraren kommer från kallas för *hemstaten*, medan staten *investeringen* är gjord i kallas *värdestaten*. Benämningen beror alltså på vilken *investering* man talar om. Den första BIT någonsin ingicks mellan Tyskland och Pakistan år 1959,<sup>5</sup> och idag är över 2000 BIT i kraft världen över.<sup>6</sup> Nederländerna har slutit 94 BIT, varav 90 är i kraft i dag. Detta gör dem till en av staterna med flest BIT. Ett fåtal stater har ingått fler, varav Kina (108 i kraft), Tyskland (128 i kraft), och Schweiz (111 i kraft) är några.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Gordon Smith 'An Introduction to Investor-State Arbitrations' 13 International Trade & Business Law Review 3 (2010) s. 3.

<sup>5</sup> Gordon Smith 'An Introduction to Investor-State Arbitrations' 13 International Trade & Business Law Review 3 (2010) s. 3.

<sup>6</sup> <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (hämtad 04/01/2019).

<sup>7</sup> <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu> (hämtad 04/01/2019).

Generellt täcker investeringsavtal samma eller liknande frågor.<sup>8</sup> Investeringsavtalet definierar vilka *investeringar* och *investerare* som omfattas, vilket är grunden till att investeringsavtalets tillämplighet. De substantiella rättigheterna är generellt förbud mot expropriation, rätten att investera inom territoriet, och vilken behandling *investerare* ska säkras, såsom "*fair and equitable treatment*". Investeringsavtalet har generellt även en skiljeklausul som bestämmer hur eventuella tvister ska lösas mellan *investeraren* och *världstaten*.<sup>9</sup> Trots de likheter som finns, måste varje investeringsavtal betraktas som ett enskilt traktat förhandlat två stater emellan, och endast det som specifikt avtalats fram i det specifika investeringsavtalet som ska tillämpas gäller. Trots att de liknar varandra, kan därmed skyddet erbjudet i diverse investeringsavtal skilja sig mellan varandra.<sup>10</sup>

Det finns två huvudsakliga syften med investeringsavtal. Det första är fördelen det ger utifrån *investerarens* perspektiv. Dels erbjuder investeringsavtalet en rad substantiella rättigheter angående hur investeringen ska behandlas. Dels erbjuder investeringsavtal en tvistlösningsmetod som ger investeraren möjlighet att ta tillvara på dessa rättigheter. Utöver att erbjuda själva rättigheterna, ger investeringsavtalet en garanti för att de inte kommer att förändras inom en överskådlig framtid. Till skillnad från inhemska lagar som stater själva är fria att ändra, kan en stat inte ensidigt säga upp ett investeringsavtal under dess avtalade tidsspann.<sup>11</sup> Stater med nettoexport av kapital har intresse av att ingå dessa avtal för att stimulera sina medborgare att ta tillvara på utländska möjligheter att växa, och ta del av marknadsandelar utomlands. Dessutom

---

<sup>8</sup> Subedi, Suraya P. (2012) s. 82.

<sup>9</sup> Gordon Smith 'An Introduction to Investor-State Arbitrations' 13 International Trade & Business Law Review 3 (2010) s. 4-5.

<sup>10</sup> Gordon Smith 'An Introduction to Investor-State Arbitrations' 13 International Trade & Business Law Review 3 (2010) s. 3.

<sup>11</sup> Julien Chaisse, The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration, 11 Hastings Bus. L.J. 225 (2015) s. 235.

skyddar de sina medborgares förmögenheter som är investerade utomlands från att gå förlorade.<sup>12</sup>

Det andra syftet är utifrån *världstatens* perspektiv. Genom att erbjuda detta investeringsskydd, avser de att stimulera utländska investeringar till staten. Då investeringsavtalet minskar de potentiella riskerna med att investera i *världstaten*, blir territoriet mer attraktivt för utländska investerare. Detta syfte är generellt anledningen att nettoimporterare av kapital ingår investeringsavtal. Genom att importera utländskt kapital eller teknologi avser de att stimulera den lokala ekonomin.<sup>13</sup>

## 2.2 Tvistlösning

Innan förekomsten av investeringsavtal var möjligheterna begränsade för investerare att självständigt skydda sina investeringar. Möjligheterna som stod till hands var att driva en process genom *världstatens* lokala rättsväsende, i de fall investeringarna hade blivit behandlade på sätt som inte var förenliga med statens lagar. I de fall *världstatens* agerande bröt mot den sedvanerättsliga folkrätten, var den enda möjligheten att förmå sin *hemstat* att föra talan enligt reglerna om statsansvar. I de fallen vore det inte ens säkert att investeraren själv tilldelades den potentiella ersättning för kränkning, då den tillföll staten som förde talan.<sup>14</sup> Det ovan beskrivna är fortfarande fallet för samtliga investeringar som inte täcks av något investeringsavtal.

Numera inkluderar i stort sett samtliga investeringsavtal skiljeklausul.<sup>15</sup> Därmed har skiljeförfarande numera blivit det vanligaste sättet att avgöra tvister inom internationell investeringsrätt.<sup>16</sup> Liksom övriga klausuler i ett

---

<sup>12</sup> Subedi, Suraya P. (2012) s. 87.

<sup>13</sup> Subedi, Suraya P. (2012) s. 85.

<sup>14</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 232.

<sup>15</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 221.

<sup>16</sup> Blackaby, Nigel, Constantine Partasides QC, Alan Redfern & Martin Hunter (2015) s. 1.

investeringsavtal, är klausulen om skiljeförfarande utformad på det sättet staterna själva väljer. Typiskt är en sådan klausul utformad så att den innebär ett bestående erbjudande från vardera stat att lösa alla framtida tvister angående *investering* genom skiljeförfarande. Ett skiljeavtal mellan en *investerare* och *världstaten* uppstår därmed först när *investeraren* antar detta erbjudande till skiljeförfarande. I och med det har båda parter samtyckt till skiljeförfarande.<sup>17</sup> Metoden fastställd i skiljeklausulen kan vara att skiljeförfarandet ska upprättas ad-hoc, eller följa institutionella regler.<sup>18</sup> Utav alla skiljeförfaranden hade 2010 cirka 65% avgjorts genom institutionen ICSID.<sup>19</sup>

Institutionen ICSID är inte en ständigt upprättad skiljedomstol som behandlar investeringstvister. Ett förfarande genom ICSID kommer dock ha visst stöd av institutionen. Institutionen tar emot ansökningarna om skiljeförfarande, varvid generalsekreteraren kan neka de ansökningar som uppenbarligen ligger utanför ICSID-konventionens jurisdiktion. Om en part underlåter att medverka till skiljeförfarandet, kan ICSID även utnämna skiljemän, efter vilket skiljeförfarandet kan påbörja.<sup>20</sup> Institutionen ICSID ska inte förväxlas med vad som generellt kallas ICSID-konventionen.<sup>21</sup> ICSID-konventionen innehåller de processuella reglerna för ett skiljeförfarande genom ICSID, såsom upprättandet av skiljedomstolen,<sup>22</sup> dess jurisdiktion,<sup>23</sup> och hur dess avgörande ska ske.<sup>24</sup> Ett ICSID-förfarande är helt ”denationaliserat”, då skiljeförfarandet följer konventionsstadgarna istället för någon nationell lagstiftning.<sup>25</sup>

---

<sup>17</sup> Blackaby, Nigel, Constantine Partasides QC, Alan Redfern & Martin Hunter (2015) s. 62.

<sup>18</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 222.

<sup>19</sup> Gordon Smith 'An Introduction to Investor-State Arbitrations' 13 International Trade & Business Law Review 3 (2010) s. 4.

<sup>20</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 223-224.

<sup>21</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 'ICSID-konventionen'

<sup>22</sup> ICSID-konventionen Artikel 37-40.

<sup>23</sup> ICSID-konventionen Artikel 25-27.

<sup>24</sup> ICSID-konventionen Artikel 48-49.

<sup>25</sup> Blackaby, Nigel, Constantine Partasides QC, Alan Redfern & Martin Hunter (2015) s. 55.



Skiljedomstolens avgöranden är endast bindande för parterna i tvisten, och har ingen bindande verkan såsom prejudikat.<sup>26</sup> Skiljedomstolen i *AES Corp v Argentina* uttryckte det så som att “*each decision or award delivered by an ICSID Tribunal is only binding on the parties to the dispute settled by this decision or award. There is so far no rule of precedent in general international law; nor is there any within the specific ICSID system*”<sup>27</sup>

Generellt hänvisar skiljedomstolar dock i sina avgöranden till föregående fall där liknande fråga behandlats. I samband med det kan de ge skäl för en avvikande åsikt, eller ytterligare bekräfta den förra skiljedomstolens resonemang då den får medhåll. I och med det utvecklas en viss kontinuitet i rättsläget.<sup>28</sup> Skiljedomstolen i fallet *Saipem v Bangladesh*<sup>29</sup> uttryckte det på följande sätt som sin plikt att i varje fall ta i beaktning föregående fall, trots att de inte är bundna av dessa. “*The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals*”<sup>30</sup> Sådan åsikt anser jag delas av ett flertal skiljedomstolar, då det kan observeras att de i flertalet av fallen tas hänsyn till tidigare avgöranden.

## 2.3 Jurisdiktion

Kriterierna för tillämpligheten av ett investeringsavtal finns i det enskilda investeringsavtalet. Generellt är kriterierna utformade så att de omfattar *investeringar* gjorda av *investerare* från *hemstaten*. Staterna kan precisera dessa begrepp för att vidga eller begränsa investeringsavtalets omfång.

---

<sup>26</sup> Gordon Smith 'An Introduction to Investor-State Arbitrations' 13 International Trade & Business Law Review 3 (2010) s. 5.

<sup>27</sup> AES Corporation v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (26 April 2005) s. 9. '*AES v Argentina*'.

<sup>28</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 37.

<sup>29</sup> Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/07 (21 March 2007) '*Saipem v Bangladesh*'.

<sup>30</sup> *Saipem v Bangladesh*.

För att illustrera hur omfånget bestäms i investeringsavtal, ska investeringsavtalet mellan Litauen och Ukraina användas.<sup>31</sup> Omfånget för detta investeringsavtal är generellt skrivet, och saknar specifika begränsningar. Sagda investeringsavtal ligger till grund för tvisten *Tokios Tokeles v Ukraine*,<sup>32</sup> som är det första rättsfallet som ska analyseras i kapitel 3.2. Artikel 11 i sagda investeringsavtal lyder ”*This Agreement shall apply to investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party prior as well as after the entry into force of this Agreement in accordance with its laws and regulations.*” Begreppen *investering* samt *investerare* definieras i avtalet, vilket kommer att beskrivas i kapitel 2.3.1 respektive 2.3.2.

Jurisdiktion enligt ICSID-konventionen utgår utifrån begreppen *investering* och ”*national of another contracting state*”. För att ett skiljeförfarande ska ske genom ICSID, krävs att dessa kriterier i ICSID-konventionen är uppfyllda. Vid ett skiljeförfarande genom ICSID, rörande en tvist grundad i ett investeringsavtal, måste därmed båda dessa traktater vara tillämpliga.

Grunden för jurisdiktion enligt ICSID-konventionen ligger i dess artikel 25. Artikelns första del lyder ”*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State [...] and a national of another Contracting State.*” Begreppet *investering* definieras inom konventionen inte närmre än så. Formuleringen ”*national of another Contracting State*” definieras inom samma artikel. Den kommer att behandlas i kapitel 2.3.2. Både *världstaten* och *hemstaten* måste enligt artikel vara medlemsstater till ICSID-konventionen.

---

<sup>31</sup> Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Republic of Lithuania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Feb. 8, 1994 (entered into force on Feb. 27, 1995). ’*Ukraine-Lithuania BIT*’

<sup>32</sup> Tokios Tokeles v Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/19, Decision on Jurisdiction (29 April 2004). ’*Tokios Tokeles v Ukraine*’

### 2.3.1 Investering

Enligt ICSID-konventionens artikel 25(1), är skiljedomstolens jurisdiktion begränsad till ”*any legal dispute arising directly out of an investment...*” Som sagt finns ingen bestämd definition av *investering* i konventionen. Vid skrivandet av ICSID-konventionen lämnades detta begrepp odefinierat, i ett syfte att ge stater självständighet i att bestämma över vad som ska anses utgöra en investering. Det är alltså ett begrepp som ska tolkas brett.<sup>33</sup> Fyra kriterier som först användes i fallet *Fedax v Venezuela*,<sup>34</sup> och sedan bekräftades i *Salini v Morocco*,<sup>35</sup> anses generellt vedertagna, dock inte enhetligt accepterade, för att definiera *investering*.<sup>36</sup> Den första är en betydelsefull kontribution av investeraren, genom pengar, know-how, personal eller annat. Den andra är ett längre tidshorisont för investeringen. Det tredje är en viss risk för investeraren. Det fjärde är att investeringen bidrar till värdstatens utveckling. Kriterierna ska dock bedömas i ljuset av omständigheterna i det enskilda fallet, och kan därmed spela större eller mindre roll.<sup>37</sup> Dessa kriterier skiljer dock *investeringar* från rena portföljinvesteringar, köp av vara eller tjänst och kortsiktiga finansiella transaktioner.<sup>38</sup>

Definitionen av *investering* inom ett investeringsavtal brukar generellt vara omfattande, och syfta på alla typer av investeringar. Ofta följs den av en exemplifierande, icke uttömmande lista.<sup>39</sup> Artikel 1(1) i investeringsavtalet mellan Ukraina och Litauen definierar *investering* såsom följande: “*The term "investment" shall comprise every kind of asset invested by an investor of the Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter and shall include, in particular, though not exclusively:*” Därefter följer en lång lista av exempel,

---

<sup>33</sup> Fedax v Venezuela [21]-[22].

<sup>34</sup> Fedax v Venezuela.

<sup>35</sup> Salini v Morocco.

<sup>36</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 68.

<sup>37</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 69.

<sup>38</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 60.

<sup>39</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 63.

såsom *"shares, stocks and debentures"*, *"claims to money"*, *"intellectual property rights"* och *"any licenses and permits pursuant to law, including the concessions to search for, extract, cultivate or exploit natural resources."* Även investeringsavtal lämnar alltså vanligtvis begreppet väldigt brett.

### 2.3.2 Investerares

Artikel 25(2) av ICSID-konventionen definierar *"national of another Contracting State"* som:

(a) *any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute [...] but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and*

(b) *any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the [...] and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.*

Första ledet berör fysiska personer. Kravet för att omfattas är nationalitet från en stat till ICSID-konventionen annan än *världstaten*. Vidare exkluderas personer som uppfyller detta krav, men även har nationalitet från *världstaten*. Detta gäller alltså personer med dubbla medborgarskap, varav ett medborgarskap i *världstaten*.

Andra ledet berör juridiska personer. Det ger upphov till två möjligheter att räknas som *"national of another Contracting State"*. Den första är att den juridiska personen har nationalitet av en medlemsstat till konventionen,

annan än *världstaten*. Det generellt använda kriteriet för att uppfylla ”*nationalitet*” är etablering inom staten i enlighet med dess lagar.<sup>40</sup>

Den andra möjligheten är att den juridiska personen har nationalitet i *världstaten*, står under utländsk kontroll, och parterna har avtalat att sådan kontroll ska innebära att personen anses vara en ”*national of another Contracting State*”. Detta led är relevant när *investeringen* sker genom ett lokalt etablerat företag i *världstaten*. Vissa stater ställer ett sådant krav för att tillåta utländska investeringar.<sup>41</sup> Ett sådant avtal som krävs enligt denna definition, görs ofta genom att inkludera det i definitionen av *investerare* i investeringsavtalet.<sup>42</sup> Definitionen av *investerare* i investeringsavtalet mellan Ukraina och Litauen saknar en sådan bestämmelse. En sådan bestämmelse finns dock i investeringsavtalet mellan Nederländerna och Bolivia,<sup>43</sup> vilket ligger till grunden för tvisten i fallet *Aguas del Tunari v Bolivia*<sup>44</sup> som kommer att analyseras i kapitel 3.3. Definitionen av *investerare* inkluderar, enligt dess artikel 1(b)(iii), ”*legal persons controlled directly or indirectly, by nationals of that Contracting Party, but constituted in accordance with the law of the other Contracting Party*”.

I investeringsavtal är det fritt för parterna att definiera *investerare*. Definitionen av *investerare* i investeringsavtal kan grundas på faktorer som att dess säte, administration eller faktiska verksamhet ska befinna sig i staten. Den kan kräva att effektiv kontroll ska ligga hos medborgare i staten.<sup>45</sup> Även en kombination av flera krav såsom dessa är möjlig. Artikel 1(2) i investeringsavtalet mellan Ukraina och Litauen definierar *investerare* såsom följande.

---

<sup>40</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 49.

<sup>41</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 52.

<sup>42</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 53.

<sup>43</sup> Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia, Mar. 10, 1992 (entered into force on Feb. 1, 1994) (terminated on Feb. 1, 2009) ’*Netherlands-Bolivia BIT*’.

<sup>44</sup> *Aguas del Tunari, S.A. v Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on the Respondents Jurisdictional Objections (21 October 2005). ’*Aguas v Bolivia*’

<sup>45</sup> Dolzer & Schreuer, (2012) s. 49.

*“(a) in respect of the Republic of Lithuania:*

*- natural persons who are nationals of the Republic of Lithuania according to Lithuanian laws;*

*- any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations;*

*(b) in respect of Ukraine:*

*- natural person who are nationals of the Ukraine according to Ukrainian laws;*

*- any entity established in the territory of the Ukraine in conformity with its laws and regulations;*

Definitionen av fysiska personer är okomplicerad, och grundas på medborgarskap. Även definitionen av juridiska personer är i detta investeringsavtal okomplicerat, och grundar sig på etablering i *hemstaten* i enlighet med dess lagar. Detta är ett exempel på ett investeringsavtal där inga särskilda begränsningar som nämnts ovan använts för att bestämma investeringsavtalets omfång. Medborgarskap och etablering i territoriet är så grundläggande förutsättningar, att de knappast kan anses begränsande.

# 3 Rättsfallsanalys

## 3.1 Treaty shopping

Definitionen av *investerare* i de flesta investeringsavtal är inte särskilt begränsande. Det öppnar upp möjligheter för företag, att genom strategiska företagsstrukturer, se till att omfattas av ett eller flera investeringsavtal fördelaktigt för dess investeringar. Olika metoder att åstadkomma detta kallas för *treaty shopping*. Begreppet saknar legaldefinition, och huruvida ett visst agerande anses utgöra *treaty shopping* eller ej är inte helt okontroversiellt. Fenomenet är inte i sig olagligt, och inte heller i alla fall icke önskvärt. Det kan till och med vara välkomnat från stater som i större omfattning söker utländska investeringar i staten. Att karaktärisera något som *treaty shopping* innebär inga rättsverkningar i sig, varför jag anser att detta kan göras rätt fritt. Vid *treaty shopping* kan företagsstrukturen etableras innan investeringen görs, eller förändras efteråt. I det senare fallet använder jag begreppet *omstruktureringen*, för att benämna de åtgärder som vidtogs i företagskedjan för att omfattas av investeringsavtalet.

Flera olika metoder, mer eller mindre invecklade, har använts för att uppnå detta syftet. Den enklaste är att etablera ett företag i en stat som har ett investeringsavtal med staten där investeringen ska göras, och låta detta företag göra investeringen. Ett företag i förstnämnda stat kan även etableras inom företagskedjan efter att investeringen skett, och överta ägandet av investeringen. Vidare kan en juridisk person, efter att ha gjort investeringen, flytta sitt säte till en stat med eftersträvat investeringsavtal. En fysisk person med medborgarskap i nämnda stat kan även överta investering efter att den gjorts. Dessa är några exempel på metoder som använts i fallen som kommer att diskuteras. När det uppstår tvist i fall då *treaty shopping* företagits, invänder generellt *värdestaten* att skiljedomstol saknar jurisdiktion. I det följande kapitlet ska fall där invändning mot jurisdiktion gjorts analyseras, för att urskilja inom vilka gränser *treaty shopping* ansetts

tillåtet. Den del av rättsfallen som analyseras är därmed skiljedomstolarnas beslut om jurisdiktion.

## **3.2 Tokios Tokeles v Ukraine**

### **3.2.1 Skiljedomstolens avgörande**

Fallet rörde en tvist mellan företaget Tokios Tokeles, etablerat under Litauens lagar, och Ukraina. Tokios Tokeles verkade inom utgivning och tryckning av böcker, samt inom reklam. 1994 skapade de dotterbolaget Taki Sprav i Ukraina, och investerade i det 170 000 USD. Utöver denna investeringen, återinvesterade de vinster till ett belopp över 6,5 miljoner USD.<sup>46</sup> Ansökan om skiljeförfarande grundar sig i att Tokios Tokeles hävdade att Ukraina brutit mot investeringsavtalet mellan Ukraina och Litauen,<sup>47</sup> genom handlingar vidtagna gentemot det Ukrainska dotterbolaget. Detta ska ha skett genom bland annat ett flertal ogrundade företagsinspektioner, och åtgärder vidtagna vid domstol i syfte att försvåra för företagets drift. Anledningen skulle vara som repressalier efter att Tokio Tokeles publicerade en bok som fördelaktigt porträtterade en Ukrainsk oppositionspolitiker.<sup>48</sup>

#### **3.2.1.1 Investerare**

Skiljedomstolens avgörande grundades dels i ICSID-konventionen artikel 25, och artikel 1 och 8 i investeringsavtalet.<sup>49</sup> Parterna var eniga om att Tokios Tokeles var etablerat i Litauen under dess lagar. Dock ägdes företaget till 99% av två Ukrainska medborgare samt stod under deras kontroll.<sup>50</sup> På denna grund hävdade Ukraina att företaget inte skulle betraktas som en genuin investerare från Litauen. Ukraina hävdade till stöd

---

<sup>46</sup> Tokios Tokeles v Ukraine s. 1.

<sup>47</sup> Ukraine-Lithuania BIT.

<sup>48</sup> Tokios Tokeles v Ukraine s. 2.

<sup>49</sup> Tokios Tokeles v Ukraine s. 5.

<sup>50</sup> Tokios Tokeles v Ukraine s. 8.



för detta att företaget inte hade någon faktisk verksamhet som bedrevs i Litauen.<sup>51</sup> Därmed ansåg de att det skulle strida mot syftet med ICSID-konventionen och investeringsavtalet, ifall medborgare i princip tilläts driva ett internationellt skiljeförfarande mot sin egna stat.<sup>52</sup>

Enligt ICSID-konventionen artikel 25, kan jurisdiktion genom ICSID endast finnas för tvister mellan ett medlemsstat och "*a national*" från ett annat medlemsstat. Det är alltså en vid definition, vars syfte är att endast sätta upp yttre gränser för ICSIDS jurisdiktion. Vid tolkningen av artikeln har generellt etableringsplatsen ansetts tillräcklig för att avgöra nationaliteten av en juridisk person.<sup>53</sup> Inom denna gräns är syftet att parterna själva genom investeringsavtalet ska definiera vilka som ska omfattas inom begreppet *investerare*.<sup>54</sup> Alla rimliga definitioner av *investerare* stater har bestämt, ska då accepteras av skiljedomstolen.<sup>55</sup>

I investeringsavtalet är *investerare*, för Litauens del, definierat i artikel 1(2)(b) såsom "*any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations.*" Kravet som ställs är etablering inom territoriet i enlighet med dess lagar. Skiljedomstolen tolkar detta enligt ordalydelsen, varvid den kommer fram till att inga ytterligare krav framställs än att det ska finnas en faktisk enhet etablerad inom Litauen enligt statens lagar. Skiljedomstolen fortsätter tolkningen genom att även ta hänsyn till syftet med investeringsavtalet. De utläser syftet från preambeln, som lyder "*intensify economic cooperation to the mutual benefit of both States*" och "*create and maintain favourable conditions for investments of investors of one State in the territory of the other State.*" Med grund i detta anser de att syftet är att erbjuda ett brett skydd, och att inget pekar på att definitionen av *investerare* bör inskränkas från dess ordalydelse.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 8.

<sup>52</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 8-9.

<sup>53</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 17.

<sup>54</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 9-10.

<sup>55</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 10.

<sup>56</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 13.

Skiljedomstolen tar vidare ställning till Ukrainas invändning att ingen faktisk verksamhet bedrivits i Litauen. De kommer fram till att inget sådant krav har ställts i investeringsavtalet. Sådana villkor är det fritt för staterna att upprätta i investeringsavtalet, men då staterna inte gjort detta är det inte upp till skiljedomstolen att införa egna begränsningar till definitionen, utan endast att tolka vad staterna faktiskt har bestämt.<sup>57</sup> Skiljedomstolen diskuterar huruvida den sedvanerättsliga principen om ansvarsgenombrott kan leda till att de Ukrainska ägarna till Tokios Tokeles anses vara *investerarna* i stället för företaget. Förutsättningar de nämner som skulle kunna ligga till grund för detta, är för att förhindra missbruk av juridiska personers förmåner, ”*fraud or malfeasance*”, eller hindra undvikandet av juridiska skyldigheter.<sup>58</sup> Dessa kriterier lyfter de från ICJ fallet *Barcelona Traction*.<sup>59</sup> Skiljedomstolen finner att inga av dessa förutsättningar för ansvarsbrott föreligger. Vid diskussionen framför de att inga försök gjordes från företaget för att dölja sin nationalitet, samt att företaget grundades sex år innan investeringsavtalet mellan Ukraina och Litauen ratificerades. Skiljedomstolen finner därmed inte att syftet av denna företagsstruktur vore att komma under skydd under investeringsavtalet.<sup>60</sup>

### 3.2.1.2 Investering

Ukraina gör även invändningen att ingen investering har gjorts i enlighet med investeringsavtalet och ICSID-konventionen. Invändningen grundar de i att Tokios Tokeles inte kunnat bevisa att investeringen gjordes med kapital som hade ursprung utanför Ukraina, och att därmed ingen internationell investering bör anses vara gjord. Att icke internationella investeringar skulle omfattas av traktaterna, hävdar de skulle strida mot syftet med dessa.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Tokios Tokeles v Ukraine s. 15.

<sup>58</sup> Tokios Tokeles v Ukraine s. 23.

<sup>59</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium v. Spain)*, Judgement, 5 February 1970, ICJ Reports (1970). ‘*Barcelona Traction*’

<sup>60</sup> Tokios Tokeles v Ukraine s. 24.

<sup>61</sup> Tokios Tokeles v Ukraine s. 31.

Definitionen av *investering* i artikel 1(1) av investeringsavtalet utgår ifrån ”any kind of asset” följt av en icke uttömmande lista. Vidare stadgas att ”any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their character as an investment”.<sup>62</sup>

Investering är alltså brett definierat, och ingen begränsning görs uttryckligen till investeringens ursprung. Utifrån en bokstavstolkning av traktaterna finner skiljedomstolen inte att något krav ställs att *investeringen* skulle härstamma från Litauen, eller ens utanför Ukraina.<sup>63</sup> Något sådant krav finner skiljedomstolen inte heller utifrån syftet, som de ovan kom fram till var att erbjuda ett brett skydd till *investerare*.<sup>64</sup>

Artikel 25(1) av ICSID-konventionen begränsar dess jurisdiktion till tvister uppkomna ur en *investering*. Termen är inte definierad, utan vidsträckt frihet lämnas till staterna att bestämma vilka typer av investeringar som ska omfattas. Genom denna frihet anser skiljedomstolen ICSID yttre gränser vara väldigt tillåtande för staters egna definitioner.<sup>65</sup> Skiljedomstolen finner att parternas definition inte strider mot investering enligt ICSID artikel 25. Även om det fastställs att kapitalets ursprung vore Ukraina, kan det ändå att anses som *investering* enligt konventionen. Därmed fastställer de att inget ”ursprungs-kriterium” kan utläsas ur konventionen.<sup>66</sup> Att ställa upp ett sådant krav, i brist på en sådan partsvilja uttryckt i investeringsavtalet, anser skiljedomen vore att frånta staterna deras rätt att definiera begreppet.<sup>67</sup>

### 3.2.2 Analys

Skiljedomstolen bedömer två grunder i sitt avgörande om den har jurisdiktion över tvisten, *ratione personae* och *ratione materiae*. Detta

---

<sup>62</sup> Ukraine-Lithuania BIT.

<sup>63</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 32.

<sup>64</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 33-34.

<sup>65</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 31.

<sup>66</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 36.

<sup>67</sup> Tokios Tokelés v Ukraine s. 37.

innebär en tolkning om Tokio Tokeles ska anses vara en *investerare*, samt ha gjort en *investering*. Båda dessa begreppen tolkas dels enligt investeringsavtalet och enligt ICSID. Frågan detta fall belyser, är hur nationalitet ska bedömas då vad en till synes inhemsk angelägenhet gjorts internationell. Ägandet till Tokio Tokeles låg i princip helt hos två Ukrainska medborgare, och verksamheten som bedrevs av företaget skedde dessutom helt inom Ukraina.

Skiljedomstolens metod vid tolkning av *investering* och *investerare*, innebär att dels tolka begreppet enligt det aktuella investeringsavtalet, och sedan göra en kontroll om denna definition ryms inom definitionerna i ICSID. Denna metod utgör vad som brukar kallas *the double-barelled test*. Endast då det anses ha skett en *investering* av en *investerare* enligt båda regeluppsättningar, kan en skiljedomstol enligt ICSID-konventionen anse sig ha jurisdiktion.

Skiljedomstolen tolkar definitionen av "*national of another Contracting State*" i ICSID-konventionens artikel 25 strikt enligt dess ordalydelse. Den enda begränsningen som artikeln sätter upp är att jurisdiktion inte ska finnas för tvister mellan en juridisk person som stämmer staten den är etablerad i. I definitionen anses dock inget krav på det bakomliggande ägarskapet, vilket mycket väl anses kunna bestå av personer från *världstaten*.

Vid tolkningen av *investerare* enligt investeringsavtalet, öppnar skiljedomstolen upp för en tolkning enligt avtalets syfte som komplement till tolkning enligt ordalydelsen. Tolkningen måste dock utgå från syftet till det aktuella investeringsavtalet i fråga. Då skiljedomstolen inte finner något stöd för att parterna avsett att exkludera fall som detta, är de ovilliga att själva införa ett sådant krav. Vad de finner i preambeln är endast stöd för att ett brett skydd avsågs med detta investeringsavtal. Den andra frågan är huruvida *investeringen* måste ha ursprung utanför *världstaten*, för ICSID-konventionen och investeringsavtalet. Med samma tolkningsmetoder som ovan, är de ovilliga att läsa in ett sådant krav då stöd för det inte hittas.

Endast med grund i traktaternas bestämmelser, anser de inte att Tokios Tokeles agerande är otillåtet. Dock bedömer de ifall den sedvanerättsliga principen om ansvarsgenombrott skulle kunna innebära att de inte bör behandla fallet. Principen anser de endast kunna tillämpas då någon typ av grovt missbruk förekommit. I den bedömningen, tar de fäste främst vid investerarens syfte med företagsstrukturen. Då Tokios Tokeles hade etablerats i Ukraina långt innan tvisten uppstod, och till och med innan investeringsavtalet mellan staterna ratificerades, anser de att inget syfte att missbruka investeringsavtalet kan finnas. I och med denna diskussion, antyder de dock att principen inte skulle vara omöjlig att tillämpa ifall omständigheterna hade varit annorlunda.

### **3.3 Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia**

#### **3.3.1 Skiljedomstolens avgörande**

Aguas del Tunari, S.A (Aguas) var en juridisk person etablerad i Bolivia i enlighet med dess lagar.<sup>68</sup> Aguas ingick år 1999 ett 40-årigt avtal med Bolivia om att tillgodose staden C Cochamba med dricksvatten.<sup>69</sup> Vid tiden för avtalet var Aguas ägt till 55% av International Water LTD. (IW), etablerat på Caymanöarna. IW ägdes i sin tur till 100% av Bechtel Enterprise Holding Inc. (Bechtel) etablerat i USA.<sup>70</sup>

Efter avtalet slutits, skapade Bechtel det Nederländska bolaget Baywater. Baywater ingick en joint venture med det Italienska företaget Edison S.p.A. (Edison), då de tillsammans grundade ett Nederländskt bolag kallat IWH, vars ägarskap de delade till hälften var. Detta bolag skapade ett dotterbolag i

---

<sup>68</sup> Aguas v Bolivia s. 10.

<sup>69</sup> Aguas v Bolivia s. 12.

<sup>70</sup> Aguas v Bolivia s. 13.

Nederländerna, IWT, som övertog ägandet i IW. IW flyttades även till Luxemburg.<sup>71</sup> Omstruktureringen skedde en månad efter det ingångna avtalet mellan Aguas och Bolivia.<sup>72</sup>

Omstruktureringen av företagskedjan och därmed överföringen av ägandet i *investeringen* kan i detta fall verka komplicerat. Kontentan av omstruktureringen var dock att det Nederländska företagen IWH och IWT indirekt övertog ägandet i Aguas. I april år 2000, endast några månader efter avtalets ingående, sade Bolivia upp avtalet med Aguas.<sup>73</sup> Aguas ansåg detta strida mot investeringsavtalet mellan Nederländerna och Bolivia, och ansökte om skiljeförfarande genom ICSID.<sup>74</sup>

Enligt artikel 9(6) i investeringsavtalet ska det råda över tvister grundade i *”investments between one of the Contracting Parties and a national of the other Contracting Party.”* Enligt artikel 1(b)(iii) räknas även såsom *”national”, ”legal persons controlled directly or indirectly by nationals of that Contracting Party, but constituted in accordance with the law of the other Contracting Party.”* På denna grund hävdar Aguas att de omfattas av investeringsavtalet, då de kontrolleras av det nederländska bolag IWH alternativt IWT.<sup>75</sup>

Bolivia invänder att det Nederländska bolagen inte kan anses ha kontroll över Aguas på det sätt som menas i investeringsavtalet. Kontroll innebär enligt Bolivia faktisk kontroll, vilket innehas av Bechtel, etablerat i USA. De invänder vidare att företagen endast kan anses vara *”corporate shells”*, och på grund av det inte ligga till grund för jurisdiktion.<sup>76</sup>

Skiljedomstolen börjar med att tolka innebörden av *”controlled directly or indirectly”* i investeringsavtalets artikel 1(b)(iii), utifrån dess ordinära

---

<sup>71</sup> Aguas v Bolivia s. 14-16.

<sup>72</sup> Aguas v Bolivia s. 16.

<sup>73</sup> Aguas v Bolivia s. 16.

<sup>74</sup> Netherlands-Bolivia BIT.

<sup>75</sup> Aguas v Bolivia s. 18.

<sup>76</sup> Aguas v Bolivia s. 47.

mening. Med den metoden kan de dock inte dra någon slutsats huruvida investeringsavtalet syftar på juridiska förutsättningar för kontroll, eller faktiskt utövning av kontroll.<sup>77</sup> Skiljedomstolen går sedan vidare till att tolka definitionen i ljuset av syftet med investeringsavtalet och i dess sammanhang.<sup>78</sup> Bolivias invändning att faktiskt kontroll måste utövas, finner skiljedomstolen strida mot syftet med investeringsavtalet, som sägs vara att stimulera utländsk investering. Osäkerheten över vilken grad av kontroll en investerare skulle behöva utföra gentemot det lokalt belägna dotterbolaget för att det ska omfattas av investeringsavtalet, skulle motverka att investeringar stimuleras på tilltänkta sätt.<sup>79</sup> Skiljedomstolens slutsats är därmed att det är den juridiska möjligheten att kontrollera, och inte att den faktiskt utförts, som åsyftas i investeringsavtalet. Sådan rätt kan baseras bland annat på procenten ägandeskap, eller rättigheter förmedlade genom aktieägaravtal eller bolagsordningen.<sup>80</sup>

För att jurisdiktion inom ICSID-konventionen ska finnas, måste även kraven i ICSID-konventionens artikel 25(2)(b) vara uppfyllda. Där ställs det upp en liknande förutsättning att omfattas av konventionen grundad på kontroll.<sup>81</sup> Enligt skiljedomstolen bör "*foreign kontroll*" här tolkas brett, och alla rimliga definitioner stater gör genom investeringsavtal godkännas.<sup>82</sup> Skiljedomstolen finner att inget tyder på att definitionen i skiljeavtalet strider mot denna bestämmelse i ICSID-konventionen.<sup>83</sup>

Sista steget för skiljedomstolen är att ta ställning till ifall ett av de Nederländska företagen, direkt eller indirekt kontrollerade Aguas. Första steget är att bedöma huruvida IW, som äger 55% av Aguas, kan anses ha kontroll över Aguas. Skiljedomstolen kommer fram till att trots att IW inte har fullständig makt över företaget, då bestämmanderätt över vissa frågor

---

<sup>77</sup> Aguas v Bolivia s. 54.

<sup>78</sup> Aguas v Bolivia s. 56.

<sup>79</sup> Aguas v Bolivia s. 58.

<sup>80</sup> Aguas v Bolivia s. 62.

<sup>81</sup> Aguas v Bolivia s. 64.

<sup>82</sup> Aguas v Bolivia s. 65.

<sup>83</sup> Aguas v Bolivia s. 66.

kräver 2/3 av aktierna, har de i de allra flesta frågor möjlighet att kontrollera Aguas för att anses ha kontroll. IW ägs i sin tur till 100% av IWT, som i sin tur ägs till 100% av IWH. Båda dessa företag kan därmed sägas ha tillgång till 100% av IWs rösträtt i Aguas. På så sätt anses båda indirekt kontrollera Aguas, vilket räcker för att uppfylla kravet i investeringsavtalet. Därmed omfattas Aguas av investeringsavtalet.<sup>84</sup>

Skiljedomstolen tar sedan ställning till Bolivias invändning att de nederländska företagen bör ses som rena skalföretag, som etablerades endast för att få tillgång till skiljeförfarande. Ett ”*abusive*” förfarande som bör innebära att jurisdiktion saknas.<sup>85</sup> Vid bedömningen fäster de vikt vid omständigheten att IWH är en joint venture, skapad i Nederländerna för att ägas av Baywater tillsammans med Edison. Denna joint venture inkluderade flera andra verksamheter än investeringen i Aguas.<sup>86</sup> Företaget IWH hade en portfolio av flera andra avtal, cirka 55 anställda och en ekonomisk aktivitet där de omsatt 8,6 miljoner euro år 2000.<sup>87</sup> De anser därmed inte att nederländska bolagens enda syfte var att åtnjuta skydd under investeringsavtalet.<sup>88</sup> Skiljedomstolen undersöker även ifall uppsägningen av avtalet var förutsebart för Aguas. Omstruktureringen skedde i relativt nära anslutning till tvisten påbörjan. Dock finner skiljedomstolen att den inte hade kunnat organiseras på så kort tid i antecipation av denna tvist, utan måste ha föregåtts av flera månaders arbete. Därmed finner skiljedomstolen att inget tyder på att omstruktureringen skedde med syftet att tillägna sig skydd från investeringsavtalet inför tvisten. Rent generellt, anser skiljedomstolen det inte vara förbjudet att ta hänsyn till diverse lagreglering när ett företag väljer vart de ska placera sin verksamhet. Detta inkluderar att strategiskt planera tillgång till investeringsavtal med andra stater.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Aguas v Bolivia s. 74.

<sup>85</sup> Aguas v Bolivia s. 77.

<sup>86</sup> Aguas v Bolivia s. 77.

<sup>87</sup> Aguas v Bolivia s. 75.

<sup>88</sup> Aguas v Bolivia s. 75.

<sup>89</sup> Aguas v Bolivia s. 77.



### 3.3.2 Analys

Omstruktureringen som skedde i detta fall kan verka tämligen komplicerat. Den del av omstruktureringen som är avgörande för vidare diskussion, är skapandet av det nederländska holdingbolagen. Det var genom att etablerade dessa i ledet av ägare till Aguas, som Aguas kom att stå under nederländsk kontroll, och därmed omfattas av investeringsavtalet mellan Nederländerna och Bolivia.

Den avgörande faktorn var hur *kontroll* ska tolkas enligt ICSID-konventionens artikel 25(2)(b), och enligt det aktuella investeringsavtalet. Skiljedomstolen fann att kriteriet på utländsk kontroll inom ICSID-konventionen, inte ska läsas i en begränsande mening. Klausulen finns för att ge möjligheten för stater att genom investeringsavtal utöka kretsen juridiska personer som omfattas av avtalet. I vilken mån parterna väljer att avtala om detta anser skiljedomstolen vara upp till dem, och därmed låta staternas definition gälla så länge den är rimlig. I domstolens mening är det inte orimligt att kontroll kan uppfyllas enbart tack vare ägande. Sådan bedömning av ordet kontroll öppnar upp dörrarna för investerare att genom rena holdingbolag i strategiskt valda stater, göra att ett företag annars inhemskt till *värdestaten*, kan omfattas av investeringsavtal med denna *värdestat*. Omvänt, är det också fritt för parterna att i sitt investeringsavtal definiera att en strängare, effektiv kontroll, måste uppfyllas.

Utan artikel 25(2)(b) hade företag etablerade i *värdestaten* varit exkluderade från att omfattas av ICSID-konventionen, och motsvarande gäller för investeringsavtalets artikel 1(b)(iii). Frågan om kontroll påverkar dock inte IWH eller IWTs självständiga möjlighet till partsställning, då de är etablerade i *hemstaten*. I detta fall stod dessa företag dock endast för 55% av ägarskapet i Aguas. Om ett av dem hade fört talan mot Bolivia själva, hade de endast kunnat kräva ersättning för den skada de upplevt, vilket skulle motsvara 55% av skadan. Genom att Aguas ansågs omfattas av investeringsavtalet, kunde de föra talan angående hela skadan.

Den andra bedömningen skiljedomstolen gör är huruvida de nederländska bolagen bör ses som skalföretag som inte kan ligga till grund för ICSIDs jurisdiktion. De två faktorer som kan lyftas fram såsom av vikt för skiljedomstolens bedömning i denna fråga, är avsikten med omstruktureringen, och huruvida Aguas kunnat förutse tvisten. Då omstruktureringen inte skedde med avsikten att omfattas av investeringsavtalet, följer dock inte en särskild utvecklad diskussion om förutsebarheten.

## **3.4 Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic**

### **3.4.1 Skiljedomstolens avgörande**

Phoenix Action Ltd. var ett israeliskt företag helägt av Vladimir Beno, grundat 14 oktober 2001. 26 december 2002 köpte företaget två tjeckiska företag, här benämnda BG och BP.<sup>90</sup> Vid tiden för dessa uppköp, var BG var inblandad en civilrättslig tvist angående ägarskapet i två andra tjeckiska företag. På grund av det tjeckiska rättsväsendets ineffektivitet i att medverka till att lösa den tvisten, hävdar Phoenix att Tjeckiens agerande lett till att dess egendom i dessa företag indirekt exproprierats.<sup>91</sup> Företaget BP var under denna tid under utredning av den tjeckiska skattemyndigheten. Phoenix hävdar att Tjeckiens ineffektiva genomförande av denna utredning bör likställas med expropriation.<sup>92</sup> Tvisten grundar sig på investeringsavtalet mellan Israel och Tjeckien.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (15 April 2009) s. 8. 'Phoenix v Czech Republic'

<sup>91</sup> Phoenix v Czech Republic s. 12.

<sup>92</sup> Phoenix v Czech Republic s. 18.

<sup>93</sup> Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Sep. 23, 1997 (entered into force on Mar. 16, 1999). 'Czech Republic-Israel BIT'

Skiljedomstolens bedömning huruvida jurisdiktion finns utgår ifrån kravet *ratione materiae*, alltså om en *investering* kan anses ha gjorts av Phoenix enligt ICSID-konventionen och investeringsavtalet.<sup>94</sup> Stater kan genom investeringsavtalet bestämma vilka *investeringar* som ska omfattas. Definitionen av *investering* kan dock aldrig utvidga jurisdiktionen, genom att ge en vidare definition än den som finns i ICSID-konventionen.<sup>95</sup> Investeringsavtalets artikel 1(1) definierar *investering* såsom ”*any kind of assets invested in connection with economic activities [...] in accordance with the laws and regulations...*”<sup>96</sup> Därmed har *investering* definierats i en vid mening. Skiljedomstolen anser att denna definition återspeglar definitionen enligt ICSID-konventionen, och inte begränsar den på något sätt.<sup>97</sup> Därmed anser de att tolkningen av definitionen i de båda traktaterna kan göras tillsammans.

Trots att båda parter inte är medlemmar till Wienkonventionen,<sup>98</sup> hämtar skiljedomstolen där vägledning för sin tolkning då de anser konventionen ge uttryck för internationell sedvanerätt.<sup>99</sup> Enligt artikel 31(1), ska en traktat ”*be interpreted in good faith*” *in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose*”. Även utifrån allmänna rättsprinciper, anser skiljedomstolen det finnas krav att tolka traktater i ”*good faith*”.<sup>100</sup>

En metod som använts för att avgöra huruvida en *investering* gjorts, är det så kallade *Salini-testet* från ICSID fallet *Salini v Morocco*.<sup>101</sup> Enligt detta testet ska de fyra kriterierna, (i) a contribution of money or other assets of economic value, (ii) a certain duration, (iii) an element of risk, and (iv) a

---

<sup>94</sup> Phoenix v Czech Republic s. 29.

<sup>95</sup> Phoenix v Czech Republic s. 38.

<sup>96</sup> Czech Republic-Israel BIT.

<sup>97</sup> Phoenix v Czech Republic s. 45.

<sup>98</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969. ’*VCLT*’

<sup>99</sup> Phoenix v Czech Republic s. 30.

<sup>100</sup> Phoenix v Czech Republic s. 30.

<sup>101</sup> Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (31 July 2001). ‘*Salini v Morocco*’

contribution to the host State's development,<sup>102</sup> avgöra om en *investering* gjorts enligt ICSID. Skiljedomstolen lägger i detta fallet till ytterligare två kriterier. Dessa är att investeringen är gjord (v) in accordance with the laws of the state, och (vi) bona fide.<sup>103</sup>

Skiljedomstolen anser det avgörande kriteriet i detta fall, var huruvida *investeringen* kan anses gjord "*bona fide*".<sup>104</sup> När Phoenix köpte de två företagen hade en civilrättslig tvist, och en utredning om skattesmitning pågått en längre tid. Phoenix var därmed varse om att skada hade skett företagen på grund av redan vidtagna åtgärder, samt risken för ytterligare skada.<sup>105</sup> Phoenix varskodde Tjeckien om sin avsikt att ansöka om skiljeförfarande redan två månader efter uppköpet av de tjeckiska företagen. Skiljedomstolen diskuterar sedan den verkliga substansen av transaktionerna som utförts. Phoenix ägare var Vladimir Beno. Ägarna till företagen BP och BG som köptes av Phoenix, var Vladimir Benos fru respektive dotter. Skiljedomstolen kommer fram till att transaktionerna främst verkar vara en omfördelning av tillgångar inom Benos familj.<sup>106</sup> Grundat på dessa omständigheter ansåg skiljedomstolen att syftet var att åtnjuta investeringsavtalets skydd och möjligheten till skiljeförfarande, grundat dels på händelser innan omstruktureringen gjordes.<sup>107</sup>

Till sist examinerar skiljedomstolen verksamheten som bedrivits av Phoenix. Omständigheter såsom att Phoenix saknade förmågan att presentera någon affärsplan eller de ekonomiska mål som skulle nås, pekar på att ingen faktiskt verksamhet skulle bedrivas.<sup>108</sup> Efter köpet av företagen kan inte heller någon verksamhet längre påvisas i något av dessa.<sup>109</sup>

Domstolen anser därmed att den enda anledningen till omstruktureringen som köpen egentligen innebär, var att få tillgång till investeringsavtalet och

---

<sup>102</sup> Salini v Morocco.

<sup>103</sup> Phoenix v Czech Republic s. 45.

<sup>104</sup> Phoenix v Czech Republic s. 52.

<sup>105</sup> Phoenix v Czech Republic s. 52.

<sup>106</sup> Phoenix v Czech Republic s. 53-54.

<sup>107</sup> Phoenix v Czech Republic s. 53.

<sup>108</sup> Phoenix v Czech Republic s. 54.

<sup>109</sup> Phoenix v Czech Republic s. 55.

därmed skiljeförfarande, som företagen annars inte var berättigade till.<sup>110</sup> En samlad bedömning av dessa omständigheter, ledde till att skiljedomstolen ansåg *investeringen* ej vara *bona fide*. Därmed hade ingen skyddad investering gjorts enligt ICSID-konventionen eller investeringsavtalet.<sup>111</sup>

### 3.4.2 Analys

Frågan om jurisdiktion i detta fall bedömdes på grunden *ratione materiae*, alltså om en *investering* skulle anses vara gjord.. Det som utmärker fallet är den utvidgning av de kriterier fastställda i fallet *Salini v Morocco*, och i och med kravet att *investeringen* ska vara gjord *bona fide*.

Metoden som skiljedomstolen använder för att bedöma huruvida *investeringen* ska anses vara gjord *bona fide*, är liknande den i fallen ovan angående ansvarsgenombrott, och huruvida holdingbolag kunde anses vara ”*mere corporate shells*”. Detta trots att skiljedomstolens diskussion utgår från definitionen av *investering*, till skillnad från att utgå från att finna den rätta *investeraren*. Skiljedomstolen tar tydlig avstamp i tidpunkten för *investeringen*, i detta fall förvärven av företagen, för att avgöra *investerarens* avsikt. Då de förvärvade företagen redan var under pågående tvist respektive utredning, och Phoenix i princip direkt efter förvärvet ansökte om skiljeförfarande, tydde omständigheterna på att förvärvets syfte var att få tillgång till skiljeförfarande dels för händelser som redan hade uppstått. Detta syfte styrktes av den samlade bedömningen av de övriga omständigheterna, såsom att överlåtelsen av företagen var en ren familjeangelägenhet, och ingen faktisk verksamhet avsågs att bedrivas av köparen.

---

<sup>110</sup> Phoenix v Czech Republic s. 55.

<sup>111</sup> Phoenix v Czech Republic s. 56.

Det är tydligt att skiljedomstolen fäster stor vikt vid tidpunkten för tvistens existens i relation till när omstruktureringen skedde. Skiljedomstolen var dock inte särskilt tydlig i att diskutera de olika tvisterna Phoenix är inblandad i separat, och exakt definiera tidpunkten då de anses uppkommit. Ansökan om skiljeförfarande var dels grundad på åtgärder vidtagna innan omstruktureringen, samt sådana vidtagna efter. Dock gjordes inte någon gränsdragning till frågan *ratione temporis*, en grund kommande skiljedomstolar har ansett innebära att investeringsavtal inte kan tillämpligt retroaktivt på händelser innan avtalet blev tillämpligt.

## 3.5 Mobil v Venezuela

### 3.5.1 Skiljedomstolens avgörande

Fallet rörde två konsortium för utvinning av olja i Venezuela, som koncernen ”Mobil” var inblandad i. Det ena, ”La Ceiba”, var Mobil Bahamas, etablerat i Bahamas part till. Det andra, ”Cerro Negro”, ingicks av Mobil Delaware, etablerat i USA, tillsammans med ett tyskt företag. Dessa ingicks år 1996 respektive 1997.<sup>112</sup> Under början av 2000-talet vidtogs flera åtgärder av Venezuela rörande ökad beskattning, avgiftsbeläggning och annan reglering av oljeföretagen.<sup>113</sup> År 2005 vidtog Mobil en omstrukturering av dess företagskedja. Bolaget Venezuela Holdings skapades i Nederländerna, ägt till 100% av Mobil Delaware. Genom en struktur av dotterbolag via USA och Bahamas, tog Venezuela Holdings över ägandet i Cerro Negro och La Ceiba.<sup>114</sup> Efter denna omstrukturering, år 2007, tillkännagav Venezuelas president en vidsträckt nationaliseringsåtgärd gentemot ett flertal utländska oljeföretag. Detta inbegrep Cerro Negro och La Ceiba.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction (10 June 2010) s. 7. ’Mobil v Venezuela’

<sup>113</sup> Mobil v Venezuela s. 7.

<sup>114</sup> Mobil v Venezuela s. 8.

<sup>115</sup> Mobil v Venezuela s. 8.

Venezuela Holdings ansökte om skiljeförfarande genom ICSID grundat i investeringsavtalet mellan Nederländerna och Venezuela.<sup>116</sup> Medkärande i fallet var de dotterbolag i USA och Bahamas, genom vilka en kedja av ägarskap till projekten i Bolivia gick. Vi kallar dessa *dotterbolagen*. Frågan skiljedomstolen har att ta ställning till är ifall Venezuela Holdings, och *dotterbolagen*, omfattas av investeringsavtalet och ifall tvisten ryms inom ICSID-konventionens jurisdiktion.<sup>117</sup> Artikel 9 i investeringsavtalet definierar dess omfång, såsom "*disputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the latter.*" Artikel 1 definierar "*nationals*". Definitionen omfattar enligt 1(b)(ii) "*legal persons constituted under the law of that Contracting Party*" och enligt 1(b)(iii) "*legal persons not constituted under the law of that Contracting Party, but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in (i) or by legal persons defined in (ii) above*".

Parterna är eniga om att Venezuela Holdings är etablerat i Nederländerna i enlighet med dess lagar, och således omfattas av investeringsavtalet såsom *investerare*.<sup>118</sup> Venezuela invänder dock att *dotterbolagen* inte bör anses vara "*nationals*" från Nederländerna. Skiljedomstolen bedömer därmed om dessa uppfyller kravet att vara under utländsk kontroll enligt investeringsavtalet. Då dessa ägs direkt eller indirekt till 100% av Venezuela Holdings, anses de stå under dess kontroll.<sup>119</sup> Venezuela hävdar att definitionen av kontroll i investeringsavtalet strider mot ICSID-konventionens artikel 25(2)(b), som fastställer de yttre gränserna för ICSIDs jurisdiktion. Enligt artikeln anser dock skiljedomstolen parterna vara helt fria i sina investeringsavtal att bestämma definitionen av nationalitet, då det

---

<sup>116</sup> Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela, Oct. 22, 1991 (entered into force on Nov. 11, 1993) (terminated on Nov. 1, 2008). '*Netherlands-Venezuela BIT*'

<sup>117</sup> Mobil v Venezuela s. 39.

<sup>118</sup> Mobil v Venezuela s. 41.

<sup>119</sup> Mobil v Venezuela s. 42.

inte rör sig om en juridisk person från *världstaten*.<sup>120</sup> Staterna kan därmed i investeringsavtalen fritt avtala att national från valfri stat i världen ska omfattas av avtalet.

Den andra invändningen är att Venezuela Holdings i varje fall endast ska anses vara en "*corporation of convenience*", etablerad inför redan uppkomna, eller i varje fall förutsebara, tvister.<sup>121</sup> Skiljedomstolen anser att det huvudsakliga, och möjligtvis det enda syftet med omstruktureringen var för Mobil att skydda sina investeringar genom att få tillgång till investeringsavtalet, och därmed ansöka om skiljeförfarande.<sup>122</sup> Detta räcker dock inte till att neka jurisdiktion. För att avgöra detta lägger skiljedomstolen stor vikt vid tidpunkten för omstruktureringen. I bedömningen, skiljer de på den övergripande konflikten mellan parterna i ett flertal definierade tvister. Dessa kan därmed skiljas mellan de som är uppkomna innan omstruktureringen, respektive de som uppkom efteråt.

Innan omstruktureringen hade diskussioner redan förts mellan parterna angående de höjda avgifterna och den höjda inkomstskatten. Venezuela Holdings hade i samband med det upplyst Venezuela om sina intentioner att vidta rättsliga åtgärder om inget samförstånd kunde nås. Dessa tvister anses därmed vara uppkomna innan omstruktureringen.<sup>123</sup> Beslutet om nationalisering av företagen togs av Venezuela först efter att omstruktureringen hade genomförts. Tvist angående nationaliseringen anses därmed ha uppstått efter att käranden började omfattas av investeringsavtalet.<sup>124</sup> Anmärkningsvärt var att Mobil redan i brevväxlingar innan omstruktureringen, meddelat sina intentioner att tillvarata sina rättigheter genom skiljeförfarande för alla framtida tvister, inklusive tvister om expropriering eller konfiskation.<sup>125</sup> Skiljedomstolen finner dock inte att detta innebär att någon sådan tvist redan hade uppkommit. Skiljedomstolen

---

<sup>120</sup> Mobil v Venezuela s. 42.

<sup>121</sup> Mobil v Venezuela s. 16.

<sup>122</sup> Mobil v Venezuela s. 52.

<sup>123</sup> Mobil v Venezuela s. 55.

<sup>124</sup> Mobil v Venezuela s. 56.

<sup>125</sup> Mobil v Venezuela s. 55.



anser att det är oomtvistat att syftet med omstruktureringen var att få tillgång till skydd enligt investeringsavtalet. De anser att det är ett fullt legitimt mål vad anser framtida tvister. Därmed finner de att de har jurisdiktion över frågan om nationalisering. Vad gäller redan de uppkomna tvisterna, finner skiljedomstolen dock att de saknar jurisdiktion.<sup>126</sup>

### 3.5.2 Analys

Skiljedomstolens beslut redogör för en tydlig åsikt att ett företags etablering i *hemstaten* är tillräckligt för att det ska räknas som *investerare* enligt ICSID-konventionen, och enligt ett investeringsavtal då det inte ställer upp ytterligare krav. I grunden, anses det vara ett fullt legitimt mål med en sådan strategisk strukturering av företagskedjan i ordning att maximera sina legala rättigheter.

Angående Venezuelas invändning att de nederländska bolagen etablerades i företagskedjan på ett otillbörligt sätt, för att få tillgång till investeringsavtalet, kommer skiljedomstolen fram till sitt avgörande grundat helt på differentieringen mellan tvister uppkomna innan omstruktureringen och efter. Domskålen grundas därmed endast på tidpunkten av tvisternas uppkomst, och går inte in på Mobils vetskap eller möjlighet att förutse den framtida tvisten. Detta gör de inte trots Venezuelas invändning om jurisdiktion baserades delvis på att tvisten var förutsebar, och att Mobil själva redan innan omstruktureringen nämnt möjligheten till potentiella framtida tvister om expropriering. Skiljedomstolens beslut kan ses som en tydligt tillämpning av principen *ratione temporis*. Gränsen för sin jurisdiktion drar de snävt för tvister uppkomna vid en tidpunkt efter att investeringsavtalet började gälla mellan parterna.

Efter att tvisten blivit slutligt avgjord och skiljedomstolen gett sitt beslut, ansökte Venezuela om ogiltigförklaring av beslutet. Det kan göras i vissa

---

<sup>126</sup> Mobil v Venezuela s. 56.

fall i enlighet med ICSID-konventionen artikel 52.<sup>127</sup> Beslutet ogiltigförklarades till viss del, men inte grundat i skiljedomstolens beslut om jurisdiktion.<sup>128</sup> En av grunderna Venezuela bygger sin talan på är skiljedomstolens *failure to give reasons*, i enlighet med ICSID-konventionens artikel 52(1)(e).<sup>129</sup> Skiljedomstolen finner inte att det fanns en sådan brist i att motivera beslutet som skulle ge skäl för ett ogiltigförklarande.<sup>130</sup> Venezuelas huvudsakliga argument i denna fråga är att skiljedomstolen brustit i att redogöra för bedömningen huruvida expropriationen vidtagen var förutsägbar. Dock anses skiljedomstolen ha förklarat hur beslutet togs, grundat i skillnaden mellan redan pågående tvister, och framtida sådana.<sup>131</sup> Faktum att de inte anammade Venezuelas argumentation i sina skäl, kan inte likställas med att inte ge några skäl. Vidare ryms inte en ny bedömning av jurisdiktion inom frågan om skiljedomstolens beslut borde ogiltigförklaras. Här bör påminnas att det är formella fel av skiljedomstolen som bedöms, och det inte rör sig om en överklagan där en ny analys av gällande rätts ska göras. En bedömning om ifall jurisdiktion borde ansetts saknas på grund av att den framtida tvisten var förutsägbar skulle snarare handla om det senare.<sup>132</sup> På grund av att skiljedomstolen inte berörde Venezuelas argumentation angående förutsebarheten av tvisten, är det oklart ifall de inte fann att detta kriteriet ryms inom bedömning, eller om de ansåg att omständigheterna helt enkelt var sådana som krävde en diskussion om förutsebarhet.

---

<sup>127</sup> ICSID Artikel 52.

<sup>128</sup> Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Annulment (9 March 2017) s. 74. 'Mobil v Venezuela Annulment'

<sup>129</sup> Mobil v Venezuela Annulment s. 39.

<sup>130</sup> Mobil v Venezuela Annulment s. 40.

<sup>131</sup> Mobil v Venezuela Annulment s. 41.

<sup>132</sup> Mobil v Venezuela Annulment s. 42.

## 3.6 Pac Rim Cayman LLC v The Republic of El Salvador

### 3.6.1 Skiljedomstolens avgörande

Kärande i fallet var företaget Pac Rim Cayman LLC (Pac Rim). Pac Rim ägde två företag, PRES och DOREX, etablerade i El Salvador där dessa bedrev gruvdrift. Pac Rim var i sin tur helägt av det kanadensiska företaget Pacific Rim.<sup>133</sup> År 2002 hade kärande via dotterbolagen i El Salvador börjat bedriva mineralutforskning. Detta skedde i enlighet med El Salvadoransk lag, och med nödvändiga licenser erhållna.<sup>134</sup> Pac Rim var fram till december 2007 etablerat på Caymanöarna. 2007 vidtog koncernen en omstrukturering och flyttade Pac Rim till USA.<sup>135</sup> I mars 2008, meddelade El Salvadors president genom ett tal, att en ny policy om att inte utge nya licenser för gruvdrift skulle bedrivas.<sup>136</sup> Kärande hävdar att detta gjorde det omöjligt för dem att fortsätta bedriva verksamheten, och att de investeringar de gjort i El Salvador därmed blev värdelösa.<sup>137</sup> Kärande ansökte om skiljeförfarande, grundat i att El Salvador skulle ha brutit mot sina åtaganden enligt CAFTA,<sup>138</sup> ett handelsavtal med investeringsklausuler.<sup>139</sup> Kärande grundade även sin talan på El Salvadors inhemska investeringsrätt.<sup>140</sup> Vi berör här endast tillämpligheten av CAFTA. El Salvador invände mot jurisdiktion på grunderna att kärandes agerande innebar en *abuse of rights*, och att tvisten inte omfattas av CAFTA *ratione temporis*.

---

<sup>133</sup> Pac Rim Cayman LLC v The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondents Jurisdictional Objections (1 June 2012) Part 1 Page 1. 'Pac Rim v El Salvador'

<sup>134</sup> Pac Rim Cayman LLC v The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondents Preliminary Objections Under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5 (2 August 2010) s 3. 'Pac Rim v El Salvador Preliminary Objections'

<sup>135</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 5.

<sup>136</sup> Pac Rim v El Salvador Preliminary Objections s. 3.

<sup>137</sup> Pac Rim v El Salvador Preliminary Objections s. 4.

<sup>138</sup> The Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement Aug. 5, 2004. 'CAFTA'

<sup>139</sup> Pac Rim v El Salvador Part 1 Page 2.

<sup>140</sup> Pac Rim v El Salvador Part 1 Page 3.

Skiljedomstolens första steg blir således att avgöra huruvida åtgärderna vidtagna av El Salvador skedde innan eller efter Pac Rims omstrukturering.<sup>141</sup> Därmed måste skiljedomstolen avgöra vilka åtgärder de har att ta ställning till samt vid vilken tidpunkt de vidtogs.

Enligt kärende är den åtgärd vidtagen av El Salvadors som brutit mot CAFTA, det *de facto* förbudet mot gruvdrift som El Salvadors policy att inte utge licenser innebär.<sup>142</sup> Kärende hävdar inte att talet i sig innebar åtgärden, men att tidpunkten när El Salvadors policy meddelades vid detta tal, är den då tvisten uppstod.<sup>143</sup> Svarande hävdar att tidpunkten för tvistens uppkomst låg tidigare en så. December 2004, då El Salvador första gången vidtog åtgärden att inte tilldela Pac Rim licens för gruvdrift, anser de tvisten redan ska anses ha uppkommit.<sup>144</sup>

Skiljedomstolen anser det vara avgörande för att placera tvistens uppkomst i tiden, att först definiera vilken typ av åtgärd tvisten grundar sig i. Tre olika typer av åtgärder beskrivs som möjliga: ”*one-time acts*”, ”*continuous acts*” och ”*composite acts*”.<sup>145</sup> *One-time acts* är enskilda åtgärder vidtagna vid en specifik tidpunkt.<sup>146</sup> *Composite acts*, består av ett flertal vidtagna *one-time acts*, som tillsammans innebär en övergripande åtgärd. När en sådan ska bedömas, kan endast de *one-time acts* som skiljedomstolen skulle haft jurisdiktion över, ligga till grund för *the composite act*.<sup>147</sup> Åtgärden som grundar tvisten, är El Salvadors underlåtenhet att bevilja licenser. En underlåtenhet, så länge den inte är definitivt avgjord, ska anses som en *continuous act*. En sådan anses ständigt vidtas från dess påbörjan till dess eventuella avslut.<sup>148</sup> Därmed finner skiljedomstolen att *de facto förbudet*, ska anses vara en kontinuerlig handling som började innan Pac Rims

---

<sup>141</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 16.

<sup>142</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 17.

<sup>143</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 18.

<sup>144</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 17.

<sup>145</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 20.

<sup>146</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 24.

<sup>147</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 28.

<sup>148</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 29.

omstrukturering, och fortsatte därefter.<sup>149</sup> Inom en *continuous act*, kan endast den del som fortsatt efter omstruktureringen betraktas av skiljedomstolen vid sitt avgörande.<sup>150</sup> Denna slutsats utgår från principen om icke retroaktiv lagtillämpning, vilken bör respekteras så länge parterna inte specifikt har bestämt att frångå denna i handelsavtalet.<sup>151</sup> Skiljedomstolen finner alltså att de har jurisdiktion över den del av underlåtenheten att tilldela licens som fortsatt efter omstruktureringen.

Skiljedomstolens bedömning av *abuse of rights* inleds med att konstatera den huvudsakliga anledningen till Pac Rims omstrukturering. Baserat på de bevis som inkommit, finner de att det huvudsakliga syftet var att få tillgång till skyddet för investeringar under CAFTA, och därmed tillgång till ett skiljeförfarande vid eventuell tvist. De finner dock inte nödvändigtvis att det är det enda syftet.<sup>152</sup> En omstrukturering med sådant syfte, anser de inte heller vara generellt förbjudet.<sup>153</sup> I dess ord går gränsen när "*the relevant party can see an actual dispute or can foresee a specific future dispute as a very high probability and not merely as a possible controversy.*"<sup>154</sup> Till skillnad från grunden *ratione temporis*, då kärandes potentiella vetskap om framtida tvist inte påverkar bedömningen, blir här frågan när käranden kunde förutse den aktuella tvisten.<sup>155</sup> Om kärande kunde förutse tvisten innan omstruktureringen skedde, kan skiljedomstolen finna att jurisdiktion saknas.

Bedömningen, ska enligt skiljedomstolen göras genom att betrakta samtliga omständigheter i fallet.<sup>156</sup> El Salvadors argument för att Pac Rim hade förutsett den uppkomna tvisten innan omstruktureringen var bland annat att de i en *Notice of Intent* av att påbörja skiljeförfarande, hänvisade till stor del till händelser som skett innan omstruktureringen. Detta ansåg de tyda på att

---

<sup>149</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 30.

<sup>150</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 29.

<sup>151</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 33.

<sup>152</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 12.

<sup>153</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 14.

<sup>154</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 32.

<sup>155</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 33.

<sup>156</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 31.

Pac Rim själva ansett tvisten baseras på åtgärder vidtagna innan omstruktureringen. Där framkommer det att Pac Rim ansett sig motarbetade av El Salvador sedan 2005, och redan innan 2007 hade invänt mot att inte blivit tilldelade nya licens.<sup>157</sup> Pac Rim hävdar dock att de kontinuerligt mottog signaler från myndigheter i El Salvador att tilldelandet av ett licens fortfarande övervägdes. Därmed anser de att de inte kunnat förutse att El Salvador hade som policy att konsekvent neka licens för gruvdrift när omstruktureringen vidtogs.<sup>158</sup>

Skiljedomstolen finner att Pac Rim först får vetskap om att El Salvador bedriver en faktisk policy som innebär ett *de facto förbud* mot gruvdrift, när det tillkännages i och med publiceringen av Presidentens tal den 11 mars 2008. Fram till detta, finner skiljedomstolen att det mellan Pac Rim och El Salvador fortfarande pågick diskussioner om att tilldela licens.<sup>159</sup> Vid tiden för omstruktureringen, anser de därmed inte att Pac Rim hade kunnat förutse att de facto förbudet. Tidigare underlåtenhet att tilldela licens var alltså inte tillräckligt för att förutse en permanent policy att inte tilldela licens.<sup>160</sup>

### 3.6.2 Analys

Skiljedomstolen tog ställning till sin jurisdiktion på grunderna *rationae temporis*, och *abuse of process*. Till skillnad från tidigare avgöranden, separerar skiljedomstolen dessa två frågor på ett tydligt sätt.

Bedömningen *ratione temporis* anser de bör göras genom att anlägga en strikt gräns vid tidpunkten då handelsavtalet först blev tillämpligt, alltså när omstruktureringen skedde. Åtgärder vidtagna innan detta saknar skiljedomstolen jurisdiktion över enligt handelsavtalet, och för åtgärder vidtagna efteråt finns jurisdiktion. Inget subjektivt inslag finns i denna

---

<sup>157</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 25-26.

<sup>158</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 26.

<sup>159</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 26-27.

<sup>160</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 35.

bedömning. Den svårighet som finns för denna bedömning är gällande åtgärder som inte enkelt kan avskiljas till en viss tidpunkt. Så är fallet för *composite* och *continuous acts*. *Composite acts*, är ett flertal hindrande åtgärder mot att bedriva en verksamhet som ensamma inte vore ett brott mot ett investeringsavtal, såsom diskriminerande skatter, avgifter och regleringar, men tillsammans kan innebära förbjuden indirekt expropriering. Först när den enskilda åtgärden som innebär att en samlad *composite act* kan urskiljas, anses den vara vidtagen.<sup>161</sup> Dock kan endast de åtgärder som vidtagits från och med att omstruktureringen skedde tas med i bedömningen. En *continuous act* kan endast definieras i tid från dess påbörjan, till dess eventuella avslut. Tidsmässigt anses en sådan åtgärd vidtas kontinuerligt mellan dessa två tidpunkter. Hela den del av en *continuous act* som pågått från och med att investeringsavtalet blev tillämpligt har därmed skiljedomstol jurisdiktion över, dock inte någon del av den som pågick innan.

I bedömningen av *abuse of process*, utgår skiljedomstolen även i detta fall från den aspekt som i tidigare lyfts fram som central i frågan om jurisdiktion, tidpunkten för omstruktureringen i relation till tvistens uppkomst. Dock lägger de in en ny aspekt i bedömningen, frågan huruvida tvisten var förutsebar för investeraren vid omstruktureringen. Skiljedomstolen finner att *abuse of process* föreligger när omstruktureringen sker i avsikt att omfattas av ett investeringsavtal inför en specifik förutsebar tvist. Graden av förutsebarhet anser de ska vara hög. Själva bedömningen av syftet med omstruktureringen, är inte särskilt utvecklad av skiljedomstolen. Den finner att det räcker att det är ett utav potentiellt flera syften. Bedömningen av förutsebarheten, grundar sig i att det är den specifika tvisten som ska kunna förutses. Det räcker därmed inte att ha förutsett att någon möjlig tvist angående *investeringen* kan komma att ske. Generella omständigheter, såsom att det under en tid försvårats att erhålla licens och bedriva verksamhet i staten, innebär därmed inte att *de facto förbudet* mot

---

<sup>161</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 21.

gruvdrift kan förutses. På grund av att det är denna specifika tvisten som ska kunna förutses, är kriteriet svårt att uppfylla.

## 3.7 Tidewater INC v The Bolivarian Republic of Venezuela

### 3.7.1 Skiljedomstolens avgörande

Kärande i fallet var Tidewater Inc., samt ett flertal bolag inom Tidewater koncernen.<sup>162</sup> Koncernen hade genom ett lokalt etablerat företag i Venezuela, SEMARCA, gjort investeringar med koppling till oljeutvinning.<sup>163</sup> SEMARCA ägdes genom en kedja av företag etablerade på Caymanöarna, av dess slutliga ägare i USA.<sup>164</sup> År 2008 föll oljepriset drastiskt. I samband med det hade PDVSA, ett statligt venezuelanskt företag, svårigheter att betala SEMARCA för tjänster de hade beställt.<sup>165</sup> År 2008 började en skuld byggas upp från PDVSA till SEMARCA, då PDVSA inte kunde betala för kontrakterade tjänster på grund av det fallande oljepriset.<sup>166</sup> I och med detta blev Tidewater ett flertal gånger tvungna att tillskjuta medel till SEMARCA, för att verksamheten skulle kunna fortsätta drivas.<sup>167</sup> I februari 2009, uttryckte PDVSA i ett pressmeddelande att de avsåg att betala skulderna de var skyldiga till en mängd leverantörer, om tjänsteleverantörerna såsom SEMARCA gick med på att skriva av 40% av skulderna. SEMARCA å sin sida, klargjorde att de inte avsåg att förnya deras kontrakt med PDVSA, om skulden inte betalades.<sup>168</sup> Under februari 2009 överfördes även ägandet i SEMARCA till det nygrundade bolaget ”Tidewater Barbados”, etablerat i Barbados.<sup>169</sup> Den 7 maj 2009 antog

---

<sup>162</sup> Tidewater INCS v The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction (8 February 2013) s. 1. ’*Tidewater v Venezuela*’

<sup>163</sup> Tidewater v Venezuela s. 1.

<sup>164</sup> Tidewater v Venezuela s. 1.

<sup>165</sup> Tidewater v Venezuela s. 2.

<sup>166</sup> Tidewater v Venezuela s. 50.

<sup>167</sup> Tidewater v Venezuela s. 51.

<sup>168</sup> Tidewater v Venezuela s. 52

<sup>169</sup> Tidewater v Venezuela s. 1.



Venezuela en ny lag, vilket gjorde det möjligt för dem att nästa dag expropriera SEMARCAS verksamhet och tillgångar i staten.<sup>170</sup> Tidewater hävdar att Venezuela i och med detta brutit mot sina åtaganden enligt investeringsavtalet mellan Venezuela och Barbados.<sup>171</sup> Venezuela invänder att investeringsavtalet inte ska anses vara tillämpligt, då Tidewaters agerande består av *treaty abuse*. De hävdar att införandet av Tidewater Barbados i företagskedjan gjordes med det enda syftet att få tillgång till skiljeförfarande genom ICSID inför en tvist som hade uppkommit, eller i varje fall var förutsebar, vid tiden för omstruktureringen.<sup>172</sup> Skiljedomstolen finner att de har två frågor att ta ställning till. Den första är när tvisten ska anses ha uppstått, den andra när den rimligen kunde ha förutsetts.<sup>173</sup>

Skiljedomstolen finner att SEMARCA i detta fall var inblandade i en tvist med PDVSA som uppstod innan omstruktureringen av företagskedjan, vilken är tvisten om skulden PDVSA har till SEMARCA och det fortsatta tillhandahållandet av SEMARCAs tjänster. Skiljedomstolen ställer sig dock frågan om denna tvist kan anses vara densamma som tvisten angående exproprieringen av tillgångarna.<sup>174</sup> Venezuela hävdar att det rör sig om samma tvist, då de exproprierande åtgärderna vidtogs på grund av att SEMARCA uttryckt att de avsåg att sluta tillhandahålla sina tjänster. Enligt Venezuela skulle sådan vägran strida mot nationell lag, ”Decree Law of Hydrocarbons of 2001, article 19”. Denna hävdar de skulle tvinga SEMARCA att fortsatt utföra sina tjänster oavbrutet.<sup>175</sup> Skiljedomstolen finner dels att sådan tolkning inte är korrekt. Lagen anser de inte vara tillämplig på sådana stödtjänster för oljeutvinning SEMARCA tillhandahåller, och således stod de inte under någon laglig skyldighet att tillhandahålla sina tjänster.<sup>176</sup> Utöver det hade Venezuela vid tidpunkten för

---

<sup>170</sup> Tidewater v Venezuela s. 2.

<sup>171</sup> Agreement between the Government of Barbados and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments, Jul. 15, 1994 (entered into force on Oct. 31, 1995). ‘*Barbados-Venezuela BIT*’

<sup>172</sup> Tidewater v Venezuela s. 16.

<sup>173</sup> Tidewater v Venezuela s. 48.

<sup>174</sup> Tidewater v Venezuela s. 59.

<sup>175</sup> Tidewater v Venezuela s. 60.

<sup>176</sup> Tidewater v Venezuela s. 60.

expropriationen själva hävdade att den inte föranleddes utav tvisten angående betalning. Exproprieringsåtgärder vidtogs dessutom gentemot ett flertal andra än SEMARCA.<sup>177</sup> Sammantaget finner skiljedomstolen att tvisten angående skulden PDVSA hade, och förhandlingen om fortsatta samarbetet, vara en ren kommersiell angelägenhet dem emellan. Det rör sig därmed om en separat tvist från den om exproprieringen av tillgångarna.<sup>178</sup> Därmed uppstod tvisten om exproprieringen inte samtidigt som denna tidigare kommersiella tvist. När Venezuelas lagstiftning ändrades, och exproprieringen vidtogs, hade Tidewater redan omstrukturerat sin företagskedja. Tvisten angående exproprieringen uppstod i och med detta, alltså efter att investeringsavtalet blev tillämpligt.<sup>179</sup>

Nästa övervägande skiljedomstolen gör är huruvida omstruktureringen innebär ett förfarandet av *treaty abuse*. Första ledet i bedömningen grundar sig i syftet med omstruktureringen. Tidewater hävdade att omstruktureringen skett främst av skattemässiga skäl. Skiljedomstolen finner att de inte behöver ta ställning till om detta stämmer eller inte. De behöver endast finna ett av skälen var att omfattas av investeringsavtalet. Tidewater hade själva uttryckt att ett av syftena var "*risk mitigating perspectives*" i samband med det osäkra läget för investeringar i Venezuela. Därmed fann skiljedomstolen att i alla fall ett av avsikterna med omstruktureringen var att omfattas av skiljeavtalet.<sup>180</sup> Andra ledet består av bedömningen ifall tvisten var "*reasonably foreseeable*" vid tidpunkten för omstruktureringen.<sup>181</sup> Sammantaget finner de att omständigheterna inte tyder på att tvisten var förutsebar. I bedömningen väger de in följande omständigheter. Tidewater hade i över 50 år varit verksam i staten, trots nya regeringar och förändrad politik som förts. Tidewater hade fortsatt att skjuta till pengar till SEMARCA även under åren 2008-2009 då övriga problem med att bedriva verksamheten uppstått. Under den tiden hade även fortsatt

---

<sup>177</sup> Tidewater v Venezuela s. 62.

<sup>178</sup> Tidewater v Venezuela s. 62.

<sup>179</sup> Tidewater v Venezuela s. 63.

<sup>180</sup> Tidewater v Venezuela s. 59.

<sup>181</sup> Tidewater v Venezuela s. 62.

förhandlingen angående framtida avtal förts mellan PDVSA och SEMARCA, vilket antydde från Venezuelas håll att verksamheten skulle kunna fortsätta bedrivas.<sup>182</sup> Skiljedomstolen finner med anledning av detta inte att Tidewater rimligen kunnat förutse den framtida tvisten. Då omstruktureringen inte skedde inför en tvist som kärande rimligen kunnat förutse, anses ingen *treaty abuse* föreligga.

### 3.7.2 Analys

Detta fall är intressant utifrån två perspektiv när det kommer till att diskuteras *treaty shopping* av investeringsavtal. Det första som utreds i fallet är hur tvisten, eller tvisterna, ska avgränsas. Därmed måste ställning tas till frågan om parterna är inblandade i en eller flera tvister. I detta fall bedömer skiljedomstolen att exproprieringen av tillgångarna var en separat tvist från den kommersiella tvisterna. Hade samtliga åtgärder behandlats som en enskild tvist som påbörjats innan omstruktureringen, hade jurisdiktion saknats *ratione temporis*.

Den andra frågan är skiljedomstolens bedömning av *abuse of rights*. Första ledet, var huruvida syftet med omstruktureringen var åtkomst av investeringsavtalet. Skiljedomstolen fann att det räckte att en av anledningarna till omstruktureringen var att få tillgång till investeringsavtalet för att uppfylla kravet på avsikt. För att *abuse of rights* skulle föreligga ansågs även att den aktuella tvisten måste vara rimligen förutsebar. Skiljedomstolen uttrycker denna bedömning såsom ifall exproprieringen var ”*reasonably foreseeable*” när omstruktureringen gjordes. Det är den specifika tvisten om expropriering som ska vara förutsebar, och den ska vara förutsebar till en rimlig nivå. Uttrycket tyder därmed på en annan nivå av förutsebarhet än den höga graden av förutsebarhet använd av bland annat skiljedomstolen i *Pac Rim v El Salvador*.

---

<sup>182</sup> Tidewater v Venezuela s. 62.

Bedömningen som görs för att avgöra förutsebarhet kan konstateras ha delvis en subjektiv aspekt. Den består av analysen av Tidewaters agerande och vad som pekar på att de i själva verket kunde förutse den framtida tvisten. Bedömningen är även objektiv i det avseendet att skiljedomstolen bedömer ifall Venezuelas agerande gjorde att kärke rimligen borde kunnat förutse den framtida tvisten. I den diskussionen utgär inte skiljedomstolens om Tidewaters specifika vetskap, utan snarare hur Venezuelas agerande kunnat tolkas. Trots användandet av begreppet ”rimligen”, kan kravet på förutsägarhet även i detta fall konstateras vara ett högt ställt krav. Det som gör kravet högt är att den tvist som ska förutses trots allt är den specifika tvisten som senare uppstår, och inte endast att en tvist kan komma att uppstå.

## **3.8 Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru**

### **3.8.1 Skiljedomstolens avgörande**

Kärke i fallet var företaget ”Gremcitel S.A.” (Gremcitel), och Ms. Renée Rose Levy (Levy), såsom ägare till en andel i Gremcitel. Svarande var Peru.<sup>183</sup> Gremcitel, etablerat i Peru, förvärvade mellan 2003 och 2004 mark i Peru tillsammans med rättigheter att utveckla marken inom ett projekt som kallades ”Costazul Project. Marken gränsade till ett område som hette ”Morro Solar”, som av historiska anledningar var skyddsklassat enligt lag.<sup>184</sup> Mr. Isy Levy, ägde genom Hart Industries, 58,83% i Gremcitel.<sup>185</sup> Levy, syster till Mr. Isy Levy, förvärvade år 2007 hans andelar i Gremcitel. Den 10 oktober 2007 antog Peru en lagändring, som ritade om gränserna till

---

<sup>183</sup> Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award (9 January 2015) s. 7. ’Levy v Peru’

<sup>184</sup> Levy v Peru s. 8-9.

<sup>185</sup> Levy v Peru s. 11.

det skyddade området Morro Solar. Enligt kändanden, innebar denna lagändring att Costazul Project inte kunde bedrivas, och att marken därmed i princip blev värdelös.<sup>186</sup> Denna lagändring anser kändanden innebära indirekt expropriering i strid med investeringsavtalet mellan Frankrike och Peru.<sup>187</sup>

Parterna är eniga att Levy, såsom fransk medborgare, uppfyller kraven för att omfattas av investeringsavtalet enligt dess artikel 1, och ICSID-konventionen enligt dess artikel 25.<sup>188</sup> Enligt ICSID artikel 25(2)(b) kan Gremciel omfattas trots att det är etablerat i Peru, om staterna bestämt att jurisdiktion ska finnas när inhemska företag är kontrollerat av utländsk part. I artikel 8(3) av investeringsavtalet har Frankrike och Peru avtalat att företag etablerade i *världstaten*, omfattas av investeringsavtalet, då de står under kontroll av en ”national” från den andra staten.<sup>189</sup> Skiljedomstolen finner att en majoritet av ägarskap uppfyller det kravet på kontroll, och att Gremciel därmed står under kontroll av Levy. På grund av detta omfattas Gremciel av investeringsavtalet och ICSID-konventionen.

Skiljedomstolen anser i enlighet med principen om non-retroaktivitet att de endast har jurisdiktion om investeraren anses ha gjort *investeringen* innan åtgärden som innebär brott mot investeringsavtalet vidtog.<sup>190</sup> Den 9 oktober 2007 hade Levys köp av andelarna i Gremciel registrerats, vilket skiljedomstolen räknar som dagen för *investeringen*.<sup>191</sup> Det påstådda brottet mot investeringsavtalet skedde den dag då lagändringen som bestämde Morro Solars nya skyddsområde publicerades, vilket var den 18 oktober 2007.<sup>192</sup> Därmed finner skiljedomstolen att jurisdiktion finns enligt kriteriet *ratione temporis*.<sup>193</sup>

---

<sup>186</sup> Levy v Peru s. 16.

<sup>187</sup> Décret No. 96-898 du 9 octobre 1996 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Pérou sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Paris le 6 octobre 1993 (entrée en vigueur le 30 Mai 1996). 'France-Peru BIT'

<sup>188</sup> Levy v Peru s. 43.

<sup>189</sup> Levy v Peru s. 44.

<sup>190</sup> Levy v Peru s. 46.

<sup>191</sup> Levy v Peru s. 49.

<sup>192</sup> Levy v Peru s. 47.

<sup>193</sup> Levy v Peru s. 47.

Skiljedomstolen tar vidare ställning till om kändes förfarande innebär en *abuse of rights*. Skiljedomstolen uttrycker att en omstrukturering av företagskedjan inte är illegitim i sig, även när det görs i syfte att skydda investeringar genom att säkra sig skydd under ett visst investeringsavtal gentemot framtida tvister. Dock kan det innebära *abuse of rights* då framtida tvisten är förutsägbar. Det måste då gälla en specifik tvist, som är förutsägbar till en mycket hög sannolikhet.<sup>194</sup> Endast vid exceptionella förhållanden ska domstolen använda denna princip, och skiljedomstolen ska då beakta alla omständigheter a fallet.<sup>195</sup> Generellt anser de dock att ju närmre tvisten omstruktureringen skett, ju högre förutsägbarhet brukar föreligga.<sup>196</sup>

Levys förvärv av andelarna i Gremcitel skedde dagen innan lagändringen antogs, och nio dagar innan den publicerades. Proceduren ansågs dock påbörjats någon månad tidigare, då brev skickades till övriga ägare i Gremcitel, angående förvärvet.<sup>197</sup> I samband med de tidigare händelser som ledde till lagändringen år 2007, tyder dock den tidsenliga omstruktureringen på att kändanden kunnat förutse tvisten. Redan 2005 hade ”the Historical Commision”, en peruansk kommitté, skrivit en rapport som lade grunderna till utökandet av Morra Solars skyddsområde. Skiljedomstolen finner att kändande fick vetskap om rapporten och dess innehåll vid denna tid.<sup>198</sup> Skiljedomstolen anser vidare att det är visat att Gremcitel genom kontakter fått ytterligare vetskap om fortskridande kring detta arbete, och att möjligheten fanns att Peru skulle vidta åtgärder som utökade skyddsområdet av Morro Solar.<sup>199</sup> Faktum att överföringen av andelarna skedde skyndsamt, och i nära anslutning till att lagändringen antogs, tyder vidare på att omstruktureringen skedde med anledning av detta.<sup>200</sup> Kändande kan vidare

---

<sup>194</sup> Levy v Peru s. 57.

<sup>195</sup> Levy v Peru s. 58.

<sup>196</sup> Levy v Peru s. 58.

<sup>197</sup> Levy v Peru s. 58.

<sup>198</sup> Levy v Peru s. 59.

<sup>199</sup> Levy v Peru s. 59.

<sup>200</sup> Levy v Peru s. 59.

inte ge någon förklaring till varför andelarna i Gremcitel överfördes till just Levy, och vid just detta tillfälle, förutom att det var ett familjebeslut för att internationalisera projektet.<sup>201</sup> Till sist diskuterar domstolen ett dokument som käranden lämnade in i ett försök att göra gällande att överföringen skett redan 2005. Detta hade dock visat sig vara otillförlitligt och möjligen även förfalskat. Försöket att visa att omstruktureringen skett tidigare, skulle gjorts i syfte att försäkra skiljedomstolens jurisdiktion över tvisten.<sup>202</sup> Sagda dokument hade även villkorat att överföringen av andelarna till Levy endast skulle gälla tills juridiska tvister avslutats.<sup>203</sup> Tillsammans tyder omständigheterna att käreande hade förutsett tvisten, och genomfört överföringen av andelarna i syfte att omfattas av investeringsavtalet inför denna specifika tvist.<sup>204</sup>

### 3.8.2 Analys

Fallet skiljer sig från de andra då de inte rör sig om någon omstrukturering av företagskedjan, utan en överföring av ägandet av ett bolag från en person till en annan. Skiljedomstolen avgör dock fallet med liknande argumentation som vi sett tidigare. Skiljedomstolens delar tydligt upp sin bedömning i två delar, baserad dels på *ratione temporis*, och en bedömning av ifall *abuse of rights* föreligger.

Den förstnämnda bedömningen grundar sig strikt på datumen för förvärvet av aktierna, och huruvida detta datum låg före den kritiska för tvisten. Då förvärvet låg innan denna tidpunkten, anses Levy omfattas av investeringsavtalet då tvisten uppkommer. Som andra skiljedomstolar gjort, uttrycker även denna ett principiellt godkännande av att planera en företagsstruktur på ett sätt att säkra skydd under ett investeringsavtal inför framtida tvister.

---

<sup>201</sup> Levy v Peru s. 59-60.

<sup>202</sup> Levy v Peru s. 61.

<sup>203</sup> Levy v Peru s. 60.

<sup>204</sup> Levy v Peru s. 61.

Då detta gjorts inför en specifik tvist som kunnat förutses, anser dock domstolen att det kan handla om *abuse of rights*, vilket innebär att skiljedomstolens jurisdiktion bortfaller. Domstolen uttrycker att samtliga omständigheter i fallet ska bedömas, för att avgöra *investerarens* avsikt. I detta fallet kan det inte anses funnits brist på omständigheter som pekade på att så var fallet.. Till skillnad från tidigare fall, hade inte omstruktureringen föregåtts endast av generellt negativa omständigheter såsom hårdare regleringar eller höjda avgifter. I detta fall hade konkreta omständigheter blivit kända för *investeraren* om framtida åtgärder som skulle komma att vidtas av *världstaten*. Därmed fanns det faktiska bevis att peka på som tydde på att den specifika tvisten kunnat förutses.



## 4 Rättsläget

Fyra grunder på vilka skiljedomstolar har baserat sitt beslut om jurisdiktion kan observeras. Den första kallas *ratione materiae*, och innebär frågan ifall en *investering* kan anses ha gjorts. Den andra kallas *ratione personae*, och består av frågan ifall kärende ska anses vara en *investerare (eller "national")*. Dessa härstammar direkt ur investeringsavtalens och ICSID-konventionens ordalydelse, och innebär därmed skiljedomstolens tolkning av denna. Den tredje är *ratione temporis*, frågan ifall investeringsavtalet var tillämpligt vid den kritiska tidpunkten. Den fjärde är vad som kan samlas under begreppet *abuse of rights*. Tillämpningen av de två senare i fall av *treaty shopping* har utvecklats från sedvanerättsliga folkrättsliga principer.

Metodikerna skiljedomstolarna har använt sig när de bedömt dessa kriterier skiljer sig till viss del åt. Skiljedomstolar har i vissa fall gjort bedömningen genom att blanda dessa grunder i sitt resonemang. Det kan vi se till exempel i fallet *Phoenix* där skiljedomstolens *good faith* kriteriet ansågs sammankopplat med definitionen av investerare. Detsamma kan sägas om fallet *Tokio Tokeles*, där frågan om ansvarsgenombrott behandlades i samband med frågan *ratione personae*. Trots dessa olika benämningar, såsom *ansvarsgenombrott*, *good faith*, *abuse of process* eller *abuse of rights*, har skiljedomstolarnas resonemang varit likartade, och en utveckling gentemot dagens princip *abuse of rights* kan urskiljas. Naturligtvis skiljer sig de olika skiljedomstolarnas rättstillämpning, varvid det får erinras att rättstillämpningen i fall av *treaty shopping* har varit under utveckling. Generellt kan dock en rätt harmonisk utveckling av rättstillämpningen konstateras, där fallen kan ses bygga på varandra. Det ger skäl att betrakta tidigare avgöranden med en viss tyngd som i utvecklingen av praxis.

Utvecklingen tyder på att senare skiljedomstolar i högre grad gör distinktionen mellan de olika grunderna, för att bedöma dessa separat. I första hand har då vad som kan kallas de formella kraven för jurisdiktion,

som utläses från traktaterna, bedömts. Frågan *ratione temporis* har behandlats i tredje hand, och till sist en bedömningen gjorts ifall jurisdiktion saknas på grund av *abuse of*. Huruvida skiljedomstolarna faktiskt bemöter varenda av dessa grunder beror även ifall de varit omtvistade i det aktuella fallet.

## 4.1 Double bared test

En skiljedomstols jurisdiktion i tvister rörande internationell investeringsrätt grundar sig först och främst på investeringsavtalet mellan aktuella stater. Beroende på om en skiljeklausul finns, och hur den är konstruerad kommer skiljeförfarande te sig på olika sätt. I de fall skiljeklausulen föreskriver ett skiljeförfarande genom ICSID, har skiljedomstolen även reglerna om jurisdiktion i ICSID-konventionen att beakta. Därmed har de två stycken ramverk att förhålla sig till när de avgör huruvida de har jurisdiktion. Det är vad som brukar kallas *the double bared test*. *Investeringen* och *investeraren* ska kvalificeras som sådana både enligt investeringsavtalet och ICSID-konventionen.

En skiljedomstol enligt ICSID kan aldrig besluta över tvister som befinner sig utanför jurisdiktionen de har enligt ICSID-konventionen. På så sätt sätter denna konvention upp de yttre gränser för jurisdiktion. Investeringsavtalet kan endast bestämma jurisdiktionen på ett sätt som ryms inom ICSIDs ramverk. Denna gräns har dock tolkats väldigt brett av skiljedomstolar, och har som primära syfte inte att inskränka på staternas möjligheter att själva avtala om vad de vill att investeringsavtalet ska inrymma. En välanvänd formulering som skiljedomstolar har utnyttjat, är en variant av ”så länge parternas definitioner är rimliga, ska de accepteras av skiljedomstolen”. Gränserna i ICSID-konventionen verkar därmed endast finnas för att parter inte ska kunna hänskjuta frågor som överhuvudtaget inte rör sig om internationella investeringar. I de fall där stater inte tydligt har gjort egna specificeringar av definitionerna av *investering* eller *investerare*, såsom genom begränsningar genom ordalydelsen eller en syftesförklaring i

preambeln, har skiljedomstolar ansett att definitionerna i investeringsavtalet överensstämmer med definitionerna i ICSID. Därmed blir det i praktiken så att skiljedomstolen gör en samstämmig tolkning för de båda traktaterna. För de investeringsavtal som har ett mer specifikt omfång, kan inget generellt sägas.

En viktig princip som bör erinras, är att en skiljedomstols uppgift endast är att tolka gällande rättsregler, i detta fallet traktaterna. De saknar dock kompetens att läsa in ytterligare regler, än de som staterna valt att inkludera i traktater. De ska därmed undvika att spela en ”lagstiftande” roll, oavsett hur de bedömer lämpligheten av en bestämmelses tillämpning under aktuella omständigheter.<sup>205</sup> *Abuse of rights* kan ses som en princip som i viss mån tillåter skiljedomstolar att frågå detta.

## 4.2 Ratione Personae

ICSID-konventionens artikel 25 avgränsar ICSIDs jurisdiktion till tvister mellan en ”*Contracting State*” och ”*a national of another Contracting State*”. Artikeln har generellt tolkats brett, utan ytterligare krav än legal ”*nationality*”.<sup>206</sup> Detta har inneburit etablering i staten i enlighet med dess lagar.<sup>207</sup> Inom denna gräns uppsatt av ICSID, är parterna till ett investeringsavtal fria att själva avgränsa definitionen av *investerare* ytterligare. I avsaknad av indikationer att parterna gjort detta, genom en specifik definition i avtalet, eller genom att i preambeln precisera syftet har skiljedomstolar inte ansett att något ytterligare krav ställts än det i ICSID-konventionen.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> Julien Chaisse, *The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*, 11 *Hastings Bus. L.J.* 225 (2015) s. 243.

<sup>206</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 101.

<sup>207</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 101.

<sup>208</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 102.

En vanlig invändning mot jurisdiktion är att den som ansökt om skiljeförfarande inte är den faktiske *investeraren* och således inte bör omfattas av ICSID-konventionen eller investeringsavtalet. På grund av det invänds att den som har faktiskt har kontroll över investeringen, bör identifieras såsom den verkliga investeraren.<sup>209</sup> Invändningen görs när företag strategiskt organiserar sin företagsstruktur, med ett bolag etablerat i en stat med investeringsavtal med *värdestaten* för investeringen. Detta har gjorts när förhållandena vore sådana att potentiell tvist annars vore att betrakta som rent inhemsk, så att säga för att internationalisera annars nationella tvister. Det har även gjorts av företag med verksamheten placerad i stater som saknar investeringsavtal med *värdestaten*. Artikel 25(2)(a) exkluderar juridiska personer som har ”*nationality of the Contracting State party to the dispute*”. Den som exkluderas är alltså de som har nationaliteten ifrån *värdestaten*. Juridiska personer etablerade i en annan stat än denna, har endast ”nationalitet” av sagda andra stat. Trots kontroll av person ifrån *värdestaten*, har de inte ansetts inneha *värdestatens* nationalitet.

Som det går att utläsa från de fall som analyserats, har domstolarna generellt inte funnit att ett förbud finns mot att planera sin företagsstruktur strategiskt, för att placera sig i stater med de mest gynnsamma regelverken. Detta inkluderar att göra investeringar från länder med gynnsamma investeringsavtal, med det enda syftet att omfattas av dessa. Kriteriet *ratione personae* anses därmed inte vara en begränsning till ett sådant förfarande, utan *investeraren* är fri att genom etablering styra över sin juridiska person. Det gäller båda när den bakomliggande ägaren är en person från *hemstaten*, eller från ett tredje stat. Placeringen av företaget i *värdestaten* kan ske både innan eller efter att *investeringen* vidtagits. Omstruktureringen kan ske utan *värdestatens* vetskap eller kontroll.

Kritik finns mot att skiljedomstolarna grundat tolkningen av investeringsavtal enbart på traktatens ordalydelse. Beskrivna tolkning, har

---

<sup>209</sup> Baumgartner, Jorun (2017) s. 92.

hävdats misslyckas med att tolka investeringsavtalet i ljuset av dess syfte, vilket föreskrivs av VCLT och folkrättslig sedvanerätt. En sådan tolkning anses borde innebära att *investerare* inte tillåts internationalisera rent inhemska angelägenheter, eller placera skalföretag i valfri stat för att åtnjuta dess investeringsavtal.<sup>210</sup> Flera av skiljedomstolarna har dock beaktat syftet med traktaterna i sina tolkningar. Syftet har då funnits vara att brett attrahera och skydda investeringar, vilket ansetts förenlig med gjorda tolkning. Kritiken bör snarare formuleras så att skiljedomstolarna utläst syftet fel. Dock ska det erinras att detta syfte faktiskt måste gå att utläsas någonstans ifrån. Det är svårt när investeringsavtal generellt har bristande förklarande material. Kritiken kan närmast anses avse hur investeringsrätten borde vara reglerad.

ICSID-konventionens artikel 25(2)(b) innebär att en juridisk peson med nationalitet i *världstaten*, kan räknas som "*national of another Contracting State*", om personen står under kontroll av en "*national*" till denna staten, och staterna har bestämt detta, till exempel genom investeringsavtalet. Därmed kan företaget etablerat i *världstaten* föra talan mot denna. Denna klausul har betydelse i och med att flertalet stater kräver att utländska investerare gör själva investeringen genom ett företag etablerat i staten. Utan denna klausul hade det lokalt etablerade företaget inte haft en självständig talan mot *världstaten* enligt investeringsavtalet.<sup>211</sup> Den blir därmed aktuell när det lokalt etablerade företaget vill ha partsställning i skiljeförfarandet. Det är främst relevant då tvisten inte endast berör en koncern, och företaget inte är helägt av den utländska personen. I det fallet kan inte den utländska personen föra talan över samtliga skador skedda. Den kan endast föra talan angående del del av skadan som motsvarar ägandet. Därmed har *investeraren* i *världstaten* intresse av att ha självständig

---

<sup>210</sup> Chieh Lee, Resolving Nationality Planning Issue through the Application of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in International Investment Arbitration, 9 Contemp. Asia Arb. J. 87 (2016) s. 104.

<sup>211</sup> Baumgartner, Jorun (2017) s. 121.

partsställning för att kunna föra talan angående hela skadans belopp.<sup>212</sup> Det är även relevant då investeringsavtalet exkluderar indirekta investeringen, och den utländska ägaren riskerar att inte ha partsställning.

I och med detta har skiljedomstolar haft att tolka vad som menas med kontroll. Frågan skiljedomstolar har fått ställa sig, är ifall kontroll innebär legal möjlighet till kontroll, eller att kontroll faktiskt utförts. I båda fallen *Aguas v Bolivia* och *Mobil v Venezuela*, gjorde skiljedomstolarna en vid tolkning av begreppet kontroll. De ansåg att möjligheten att definiera denna term skulle reserveras parterna till ett investeringsavtal, och att en rimlig sådan bör godkännas enligt ICSID-konventionen. Denna tolkning anser jag väl sammanstrålar med bedömningen av vilken utländsk entitet kan anses vara *investerare*, såsom diskuterat ovan. Denna tolkning anses dock inte vara helt genomgående i praxis, då det funnits fall där faktisk utövad kontroll legat till grund för tolkningen. Generellt har majoritetsägande inneburit en presumtion av kontroll, men ytterligare krav har generellt ställts vid minoritetsägande, eller om omständigheterna tydde på att faktisk kontroll inte kunde utövas.<sup>213</sup>

Två fall där krav på ytterligare kontroll ställdes är *Caratube v Kazakhstan*<sup>214</sup> och *TSA v Argentina*.<sup>215</sup> I fallet *Caratube v Kazakhstan* fann skiljedomstolen att ägaren till 92% av Caratube, på vilken den utländska kontrollen grundades, inte kunnat komma in med några bevis på att han faktiskt varit inblandad och kontrollerat Caratube. Skiljedomstolen hade begärt in dokument såsom protokoll från styrelsemöten och aktieägarmöten, vilket kärande underlätit att inkomma med.<sup>216</sup> Förutom ägarposten, kunde han inte visa på någon ytterligare kontroll av företaget. Ägaren hade förvärvat sin

---

<sup>212</sup> Panayotis M. Protopsaltis, The Challenge of the Barcelona Traction Hypothesis: Barcelona Traction Clauses and Denial of Benefits Clauses in BITs and IIAs, 11 J. World Investment & Trade 561 (2010) s. 569.

<sup>213</sup> Baumgartner, Jorun (2017) s. 139.

<sup>214</sup> Caratube International Oil Company LLP v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/08/12, Award (5 June 2012). 'Caratube v Kazakhstan'

<sup>215</sup> TSA Spectrum de Argentina S.A. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award (19 December 2009)

<sup>216</sup> Caratube v Kazakhstan s. 104.

andel för det nominella beloppet 6 500 USD, och ingen ekonomisk motivation för transaktion kunde förklaras.<sup>217</sup> Transaktionen hade vidare vidtagits efter att Caratube blivit varslade om att deras prestationer inte levde upp till avtalet med Kazakstan, och det fanns därmed risk för att det skulle komma att upphävas.<sup>218</sup> Skiljedomstolen fann att kravet på kontroll i detta fallet inte var uppfyllt. Ägaren i fallet verkar ha närmast ha haft roll som ”målvalt”, och att endast juridiskt stå som ägare. I fallet *TSA v Argentina*, var kärande ett företag etablerat i Argentina. Det grundade jurisdiktion på utländsk kontroll, genom ett nederländskt företag som ensamt ägde TSA.<sup>219</sup> Det nederländska företaget ägdes dock i sin tur till 51% av en argentinsk medborgare.<sup>220</sup> På grund av detta ansågs inte TSA stå under utländsk kontroll enligt ICSID-konventionen 25(2)(b)<sup>221</sup>

Skiljedomstolarnas bedömning av kravet på kontroll kan därmed skilja sig beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Krav på utövad kontroll kan generellt sägas ställt när omständigheterna pekar på att sådan inte faktiskt varit möjlig att utöva, till exempel på grund av minoritetsägande, eller att ägaren inte i praktiken var inblandad i verksamheten.

### 4.3 Ratione Materiae

Artikel 25(1) av ICSID-konventionen begränsar ICSIDs jurisdiktion till tvister angående en *investering*. *Investering* definierades inte precist. Under arbetet med ICSID-konventionens skrivande gjordes försök att definiera begreppet, men inga förslag vann konsensus. I stället lämnades begreppet öppet, vilket ger staterna själva möjligheten att definiera vilka *investeringar* som ska omfattas av ett investeringsavtal.<sup>222</sup> De flesta investeringsavtalen baserar definitionen av *investering* grundat i ”*all assets*”, följt av en icke

---

<sup>217</sup> <sup>217</sup> Caratube v Kazakstan s. 97.

<sup>218</sup> Caratube v Kazakstan s. 111.

<sup>219</sup> TSA v Argentina s. 45.

<sup>220</sup> TSA v Argentina s. 46.

<sup>221</sup> TSA v Argentina s. 46.

<sup>222</sup> Baumgartner, Jorun (2017) s. 147.

uttömmande lista av exempel.<sup>223</sup> I och med att även staterna generellt lämnat definitionen väldigt öppen i sina investeringsavtal, har det i slutändan blivit skiljedomstolarna som har blivit tvungna att tolka betydelsen av begreppet.<sup>224</sup>

Trots att *investering* i ICSID-konventionen lämnades odefinierat, innebär det inte att begreppet saknar en självständig betydelse.<sup>225</sup> Enligt *Salini-testet*, ska de fyra objektiva kriterier ”investering av pengar eller tillgångar”, ”risk”, ”varaktighet” och ”bidrag till statens utveckling” beaktas. Det har dock inte tolkats så att alla varit tvungna att uppfyllas, utan kriterierna har använts för att göra en samlad bedömning. Om skiljedomstolen väljer att tillämpa dessa kriterier, görs det på samma basis i fall av *treaty shopping* som i övriga fall, och tillämpningen särskiljer sig således inte specifikt i de typen av fall som analyseras här. I fallet *Phoenix v Czech Republic*, ansåg skiljedomstolen jurisdiktion saknas på grund av att ingen *investering* hade skett i enlighet med ICSID-konventionen. Skiljedomstolen läste i det fallet in ett krav på *good faith* inom rekvisitet *investering*, utöver de kriterier som nämnts ovan. Frågan om *good faith* har dock av efterföljande skiljedomstolar behandlats som en fråga om *abuse of rights*, separerad från frågan *ratione materiae*. Skiljedomstolens resonemang i *Phoenix v Czech Republic* kan därmed ses som undantaget till gängse tillämpning.

Både direkta och indirekta investeringar har generellt ansetts rymmas inom definition av *investering* i ICSID-konventionen. Detta innebär att inte endast den enheten i en företagskedja som gjort investeringen, utan även de ägande företagen i uppåtgående led kan anses ha gjort *investeringen*. Därmed kan flera led i företagskedjan samtidigt ha självständig ställning som part i en potentiell tvist, så länge de på övriga grunder omfattas av ett

---

<sup>223</sup> Baumgartner, Jorun (2017) s. 141.

<sup>224</sup> Juan Garay, Abuse of Process through Corporate Restructuring of Assets: The Legal Standard for the Multinational Investor, 35 B.U. Int'l L.J. 397 (2017) s. 411.

<sup>225</sup> Jeremy Marc Exelbert, Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End, 85 Fordham L. Rev. 1243 (2016) s. 1273.



investeringsavtal.<sup>226</sup> Om företagskedjan består av företag i olika stater, kan därmed dess partsställning baseras på olika investeringsavtal. Därmed kan koncernen som helhet samtidigt omfattas av ett flertal investeringsavtal beträffande samma *investering*.<sup>227</sup>

Frågan ifall investeringens ursprung påverkar om en *investering* har gjorts har diskuterats. Ett syfte med investeringsavtal som generellt har framhållits är att främja utländska investeringar i en stat. Därmed har det diskuterats huruvida det bör finnas ett krav att inte bara *investeraren* ska ha internationell karaktär, utan även *investeringen*. Den generella åsikten är att det är *investerarens* nationalitet som är avgörande ifall det rör sig om en internationell investering, och inte *investeringens* ursprung.<sup>228</sup> Denna ställning framhölls i fallet *Tokio Mokeles v Ukraine*, där domstolen bedömde att även ifall totaliteten av investeringens ursprung kan härledas till *världstaten*, kan den räknas som en skyddad *investering*. Skiljedomstolar har dock i vissa fall tagit motstående ställning. Skiljedomstolen i fallet *SGS v Philippines*<sup>229</sup> krävde för att en *investering* skulle anses vara gjord en ”*injection of funds into the territory*”,<sup>230</sup> innebärande ett krav på kapitalöverföring från utlandet till *världstaten*.<sup>231</sup> Trots att skiljaktiga meningar finns, har den övervägande rättstillämpningen inneburit att investeringens ursprung inte ansetts ha någon betydelse. Oavsett om *investeringen* grundar sig i kapital överförd från utlandet, återinvestering av vinster eller upplånade pengar i *världstaten*, kan den förväntas åtnjuta samma skydd.<sup>232</sup>

---

<sup>226</sup> Baumgartner, Jorun (2017) s. 142. Julian Arato, Corporations as Lawmakers, 56 Harv. Int'l L.J. 229 (2015) s. 275.

<sup>227</sup> Julian Arato, Corporations as Lawmakers, 56 Harv. Int'l L.J. 229 (2015) s. 275.

<sup>228</sup> Muchlinski, Peter T., Federico Muchlinski & Christoph Schreuer (2008) s. 58.

<sup>229</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (29 January 2004). ‘*SGS v Philippines*’

<sup>230</sup> *SGS v Philippines* s. 43.

<sup>231</sup> Muchlinski, Peter T., Federico Muchlinski & Christoph Schreuer (2008) s. 59.

<sup>232</sup> Muchlinski, Peter T., Federico Muchlinski & Christoph Schreuer (2008) s. 60.

## 4.4 Ratione temporis

Enligt ICSID-konventionen artikel 25, finns jurisdiktion över ”any legal dispute...” Liknande uttryck finns generellt även i investeringsavtal. För att en skiljedomstol ska ha behörighet att utöva jurisdiktion över en tvist, krävs att de relevanta traktaterna var tillämpliga när tvisten uppkom. Det innebär att det ska ha uppstått en *dispute* under tidsspannet då parterna omfattades av traktaterna. Detta utgår från den sedvanerättsliga principen om non retroaktivitet, som även är kodifierad genom VCLT artikel 28.<sup>233</sup> I fall där omstruktureringar av företagskedjan skett, blir frågan om *investeraren* omfattades av relevanta investeringsavtalet och ICSID-konventionen vid tidpunkten för uppkomsten av tvisten.

Problematiken i denna frågan är att bestämma när tvisten uppstått. Tydligast gränser vid denna bedömningen finns när åtgärderna som är omtvistade består av så kallade *one-time acts*. Svårare att avgränsa värdstatens åtgärder i tiden blir det om den omtvistade åtgärder består av *composite acts*, då flera enskilda åtgärder tillsammans bedöms som ett otillåtet ingrepp, och *continuous acts*, som innebär en fortlöpande åtgärd, som anses ständigt vidtagen från dess början till dess slut. Detta förklarades utförligt i fallet *Pac Rim*, som väl avvägde vad för typ av åtgärd tvisten handlade om.

Vissa skiljedomstolar har bedömt tvistens uppkomst genom andra metoder. En tidpunkt som betraktats förutom när *värdstatens* åtgärder vidtagits, är när parterna börjat tvista om frågan.<sup>234</sup> Enligt det resonemanget uppkommer tvisten först när parterna tydliggjort för varandra om deras motstridiga positioner.<sup>235</sup> En sådan tolkning av *dispute* öppnar för möjligheten för *investerare* som inte omfattas av något investeringsavtal, att avvakta med sina invändningar tills en omstrukturering genomförts. Därmed skulle de i princip själva kunna påverka vid vilken tidpunkt tvisten uppkommer, och se

---

<sup>233</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 166.

<sup>234</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 176.

<sup>235</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 190.

till att de vid den tidpunkten omfattas av det önskade investeringsavtalet.<sup>236</sup> Så argumenterade svarande i fallet *Pac Rim v El Salvador*. I praktiken hävdade de att genom en sådan tolkning det skulle vara först *investeraren* uttrycker sin motsättning gentemot *världstatens* åtgärder, som tvisten anses uppkommit. En sådan tolkning av *dispute* skulle ge total kontroll till *investeraren* att bestämma när den ska inledas.<sup>237</sup> Skiljedomstolens slutsats angående jurisdiktionen *ratione temporis* låg i linje med denna argumentation, då de kom fram till att jurisdiktion inte kunde finnas över åtgärder som vidtagits innan kärande började omfattas av investeringsavtalet. Den avgörande tidpunkten för tvistens uppkomst anses generellt stämma överens med övervägning i fallet *Pac Rim v El Salvador*.<sup>238</sup> Jurisdiktion *ratione temporis* finns då för alla åtgärder som vidtagits efter omstruktureringen.

Denna bedömning ger inte utrymme för något subjektivt inslag. Endast de två tidpunkterna för omstruktureringen, och *världstatens* åtgärd, inverkar på bedömningen. I vissa avgöranden har det dock inte dragits en tydlig gräns mellan frågan *ratione temporis* och *abuse of rights*, då skiljedomstolen har diskuterat huruvida omstrukturering inför en redan existerande tvist innebär en sådan *abuse*, i stället för att tillämpa grunden *ratione temporis*. Fallet *Levy v Peru* gjorde denna gränsdragning tydligt, där de kom fram till att jurisdiktion *ratione temporis* fanns, trots att överföring av ägandet i företaget skedde endast något vecka innan den omstridda åtgärden, och att kärande kunnat förutse tvisten. Detta faktum användes endast i den efterkommande bedömningen av *abuse of rights*.

---

<sup>236</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 190.

<sup>237</sup> *Pac Rim v El Salvador* Part 2 Page 32.

<sup>238</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 181.

## 4.5 Abuse of rights

*Abuse of rights* består av ageranden som *prima facie* är tillåtna. Det innebär förehavandet som är gjorda i enlighet med alla rättsregler, men som skiljedomstolen ändå inte anser bör tillåtas.<sup>239</sup> Därmed används principen som grund för att neka jurisdiktion först efter att samtliga andra kriterier för jurisdiktion ansetts uppfyllda. Principen är inom folkrätten generellt accepterad som del av den internationella sedvanerätten.<sup>240</sup> Tillämpligheten av principen är en balansgång mellan att förhålla sig till vad staterna har avtalat i traktaten, och att tolka traktaterna i nya omständigheter som inte var förutsedda av staterna.<sup>241</sup>

Principen har utvecklats från vad skiljedomstolar först diskuterade genom lågt preciserade, och ej konsekventa, metoder. Det har dock lett till ett preciserat test för att avgöra ifall ett förfarande inneburit *abuse of rights*. Kriteriet är om *investerarens* avsikt var att säkra rättigheter enligt ett investeringsavtal inför en specifik framtida tvist. Detta test kan delas upp i två beståndsdelar. Det första ledet är *investerarens avsikt att säkra rättigheter enligt ett investeringsavtal*. Det andra ledet, är *inför en specifik tvist*. Detta andra led innebär att *investeraren* måste ha haft vetskap, eller i varje fall förutsett, den specifika tvisten som uppstår.<sup>242</sup>

### 4.5.1 Investerarens avsikt

Skiljedomstolar har generellt formulerat sig så att omständigheterna i det aktuella fallet får betraktas i sin helhet för att kunna dra en slutsats om *investerarens* syfte med omstruktureringen. Omständigheter av vikt för bedömningen har därmed berott på det aktuella fallet. Två faktorer som

---

<sup>239</sup> Emmanuel Gaillard 'Abuse of Process in International Arbitrations' ICSID Review, (2017), pp. 1-21 s. 2.

<sup>240</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 202.

<sup>241</sup> Xiao-Jing Zhang, Proper Interpretation of Corporate Nationality under International Investment Law to Prevent Treaty Shopping, 6 Contemp. Asia Arb. J. 49 (2013) s. 65.

<sup>242</sup> Baumgartder, Jorun (2017) s. 204.

inverkat på denna bedömning kan urskiljas. Den första, är vilken roll företaget placerat i *hemstaten* spelat i företagsstrukturen. Den andra, är substansens av överföringen som omstruktureringen innebar.

Vid bedömningen av den förstnämnda faktorn, görs en bedömning av *investerarens* roll i koncernens struktur. Den avvägning skiljedomstolar gjort är ifall företag etablerats för att bedriva en faktisk verksamhet, eller verkat som ett rent skalbolag med enda syfte att stå som ägare till investeringen. I fallet *Phoenix v Czech Republic*, bedömde skiljedomstolen detta genom kärandes bristande förmåga att uppvisa några som helst bevis på att en affärsplan eller målsättning med verksamhet fanns. I vissa fall är det väldigt tydligt, och knappast omtvistat att detta är syftet med företagsstrukturen. Så var till exempel fallet i *Tidewater v Venezuela*, då ett nytt företag hade etablerats i Nederländerna, och dess enda åtgärd varit att ta över ägandet i investeringen. I *Aguas del Tunari v Bolivia* ansåg skiljedomstolen det föreliggande omständigheter som tydde på att omstruktureringen inte syftade till att omfattas av investeringsavtalet. *Investerarens* verksamhet urskilde sig i detta fallet genom att den utgjordes av ett 50-tal anställda, och hade intressen i ett flertal andra investeringar än den som grundade tvisten. Därmed ansågs inte företagets syfte var åtkomsten av investeringsavtalet. Denna slutsats kan ifrågasättas med tanke på staten företaget etablerades i. Nederländerna är en av de stater som ingått flest investeringsavtal. Därmed skulle det mycket väl kunna väljas för att etablera ett företag genom vilket ett flertal *investeringar* kan göras i diverse stater, för en koncern som vill ha tillgång till en mängd investeringsavtal. Faktum att företaget är inblandad i en mängd investeringar kan inte definitivt anses tyda på att det inte är strategiskt placerat för att maximera sitt rättsliga skydd.

Den andra faktorn som har vägt tungt vid bedömningen har som sagt varit den verkliga substansen i förfarandet som gav tillgång till investeringsavtalet. Detta var tydligt i fallen *Phoenix v Czech Republic* och *Levy v Rose*. Skiljedomstolen såg på vad de olika överföringar faktiskt

innebar, och drog slutsatsen att det som skedde endast var överföringar av ägandet mellan familjemedlemmar. Därmed utgjorde de inte någon övervägning av kommersiell natur. Ett fall där omständigheterna tydde på det motsatta, var *Aguas v Bolivia*. Skiljedomstolen fann i det fallet att omstrukturering skedde i och med en joint venture med en tredje part. Omstruktureringen var därmed inte en ren intern omfördelning av ägarskap inom koncernen. Det kan ifrågasättas huruvida denna omständighet på ett korrekt sätt kunde avgöra investerarens avsikt. Faktum att det var två olika investerare som samarbetade, och att samarbetet innebar ett rad olika investeringsprojekt, exkluderar enligt mig inte i sig att placeringen av det delade företaget i Nederländerna med just avsikten att åtnjuta investeringsavtal.

Investerare har ofta invänt att omstruktureringen gjorts av ett flertal andra skäl än investeringsavtalet, såsom logistiska eller skattemässiga skäl. Skiljedomstolar har inte förnekat att detta är möjligt, utan generellt accepterat att ett antal överväganden görs inför ett sådana förfarande. Dock har möjligheten att ett flertal syften funnits med företagsstrukturen inte hindrat bedömningen att en utav avsikterna var att få tillgång till investeringsavtalet. Det har alltså inte varit nödvändigt att omstruktureringen skedde med detta enda syfte, utan *abuse of rights* kan finnas även om avsikten att få tillgång till investeringsavtalet var en utav flera andra.

Ytterligare en omständighet skiljedomstolar tagit upp i sin bedömning om det skulle röra sig om en otillbörlig omstrukturering är huruvida *investeraren* varit öppen med förändringen av sin nationella identitet. I fallet *Mobil v Venezuela*, tog skiljedomstolen till Mobils fördel upp att de varit öppna gentemot Venezuela med omstruktureringen av företagskedjan, som innebar att *investerarens* nationalitet ändrades, och även underrättat Venezuela om detta. I fallet *Aguas del Tunari v Bolivia*, hade dock en omstrukturering skett efter initiala *investeringen* i *världstaten*, utan Bolivias vetskap eller uttryckliga tillstånd. Då den hade skett i enlighet med Bolivias

lagar, ansåg dock inte skiljedomstolen detta faktum ligga till last för *investeraren*. Betydelsen av *investerarens* öppenhet med omstruktureringen anser jag inte vara särskilt stor. Trots att den diskuterats i fallen ovan var den inte avgörande åt endera håll.

## 4.5.2 Förutsebarhet av tvisten

Det andra ledet i bedömningen av *abuse of rights*, är att omstruktureringen ska ha skett inför en *specifik tvist*. Som nämnts innan, har det generellt accepterats som ett legitimt mål att förlägga sin företagsstruktur på ett sätt som optimerar sina legala rättigheter. Det är först när sådant förfarande görs i antecipation av en specifik tvist som det förlorar sin legitimitet. För att *investeraren* ska kunna anses ha vidtagit omstruktureringen inför en specifik tvist, följer att denne måste ha haft vetskap om denna tvist, eller ifall kunnat förutse den.<sup>243</sup>

Kriteriet vilar på grunden att *investeraren* kunnat förutse tvisten. Testet för detta utgår därmed inte endast utifrån *investerarens* subjektiva vetskap, utan en bedömning görs av vad som kunnat förutses utifrån omständigheterna i fallet. Till vilken grad tvisten ska ha varit möjlig att förutse har skiljedomstolar uttryckt olika. För att citera ett antal skiljedomstolar som yttrar sig om gränsen för *abuse of rights* föreligger: ”*whether a dispute was highly probable*”,<sup>244</sup> ”*the relevant party can see an actual dispute or can foresee a specific future dispute as high probability and not merely as a general future controversy*”,<sup>245</sup> ”*foreseeable as a very high probability and not merely as a possible controversy*”,<sup>246</sup> och ”*reasonably foreseeable*”.<sup>247</sup> Generellt uttrycker de ett test som ska sättas till en väldigt hög standard. Skiljedomstolen i fallet *Tidewater v Venezuela* skiljer sig något i sin

---

<sup>243</sup> Baumgartner, Jorun (2017) s. 205.

<sup>244</sup> Lao Holdings NV v The Lao People’s Democratic Republic, ICSID Case No ARB(AF)12/6, Decision on Jurisdiction (21 February 2014) s. 27. ‘*Lao Holdings v Lao*’

<sup>245</sup> Alapli Elektrik BV v Republic of Turkey, ICSID Case No ARB/08/13, Award (16 July 2012) s. 43. ‘*Alapli v Turkey*’

<sup>246</sup> Pac Rim v El Salvador Part 2 Page 32.

<sup>247</sup> Tidewater v Venezuela s. 48.

formulering ”*reasonably foreseeable*”. Trots uttrycket anser jag inte skiljedomstolen i *Tidewater v Venezuela* klargjorde att bedömning skulle göras baserad på en lägre nivå av förutsebarhet.

Det har hävdats att skiljedomstolens uttryck i *Tidewater v Venezuela* i stället skulle skilja sig från övriga genom att inför ett objektiv kriterium, där ”*reasonably*” tyder på att det som ska bedömas är huruvida tvisten objektivt kan sägas varit förutsebar.<sup>248</sup> Även vid andra skiljedomstolars bedömning av förutsebarhet, har dels *investerarens* egna agerande, dels *hemstatens* agerande legat till grund. Det förstnämnda används närmast för att utreda faktisk förutsebarhet hos *investeraren*, medan det senare är omständigheter som innebär att investeraren hade kunnat förutse tvisten. Fallet *Agua v Bolivia* tydliggör detta rätt väl. Omständigheter som att fortsätta investeringar gjordes efter omstruktureringen tydde på en tro att företaget skulle kunna fortsätta bedriva sin verksamheten utan att tvisten skulle uppkomma. Omständigheter som att Bolivia fortsatte förhandlingar med Pac Rim gav dem vidare ingen anledning att tro att tvisten skulle uppkomma. En objektiv bedömning anser jag därmed inte skiljedomstolen i *Tidewater v Venezuela* vara ensam om, och därmed kriteriet ”*reasonably foreseeable*” inte skilja sig från övriga på det nämnda sättet.

Ett flertal av dessa fall föregår av en tid av vad som kan kallas försämrat investeringsklimat. Detta har inneburit åtgärder från *världstaten* som försvårat för det investerande företaget att bedriva sin verksamhet, såsom hårdare regleringar på området eller höjda skatter och avgifter. Vad som är avgörande för frågan om förutsebarhet, är att det är den specifika tvisten som ska vara förutsebar. Generellt försämrade villkor inom staten för investeringar har inte ansetts tillräckligt för att den specifika framtida tvisten ska anses förutsebar. Därmed hindras *investerare* inte att företa en omstrukturering då de endast känner att *investeringen* är allmänt hotad på grund av sådana förhållanden.

---

<sup>248</sup> Baumgartner, Jorun (2017) s. 225.



I *Pac Rim v El Salvador* ansågs El Salvador, genom att inte utfärda tillstånd till gruvdrift, vidta en *continuous act* potentiellt i strid med investeringsavtalet. Trots att omstruktureringen av företagskedjan från Pac Rims håll skedde under tiden denna *continuous act* vidtogs, ansågs inte en framtida tvist varit förutsägbar. I detta fall rörde det sig inte endast om ”fientligt företagsklimat” som föregick omstruktureringen, utan den faktiska åtgärden hade till och med börjat vidtas. Trots att tvisten bestod av El Salvadors policy att alltid neka licensen, fann domstolen inte att det den framtida tvisten var förutsägbar. Skiljedomstolen i *Levy v Peru* var den första att faktiskt använda förutsägbarhet-testet till att neka jurisdiktion på grund av *abuse of rights*.<sup>249</sup> En av skillnaderna detta fallet har mot fall där förutsebarhet inte funnits, var viss vetskap om den konkreta åtgärden som Peru kanske skulle komma att vidta. Omständigheterna innebar alltså inte bara som i många fall att diverse missgynnsamma åtgärder föranledde tvisten, utan att en specifik missgynnande åtgärd från *världstaten* sågs som möjlig.

Förutsebarhet har utvecklats till att det centrala rekvisitet för grunden *abuse of rights*. Det har varit denna grund skiljedomstolar oftast funnit saknas, medan avsikten att omfattas av investeringsavtalet närmre ansetts som en logisk följd av att omstruktureringen skett.

---

<sup>249</sup> Baumgartner, Jorun (2017) s. 226.

## 5 Slutsats

Slutsatsen avser att svara på frågan vilka hinder investeringsavtal och ICSID-konventionen har mot förfarande av *treaty shopping*.

Ett företag etablerat i *hemstaten* i enlighet med dess lagar, anses vara en *investerare* oavsett hur ägarstrukturen ser ut. Bedömningen påverkas inte av vilka ägarna är. Genom att etablera ett företag genom vilken *investeringen* görs i valfri stat, får man därmed tillgång till denna stats investeringsavtal. Så är fallet även när ägarna är från *världstaten*.

Ett företag etablerat i *världstaten*, som grundar tillämpligheten av investeringsavtalet på utländsk kontroll, kan dock begränsas i detta avseende. Då *investeraren* varit helägd av den utländska enheten, har kriteriet generellt ansetts uppfyllt. I dessa fall kan dock även den utländska enheten ha partsställning över hela *investeringen*. I fall där en enda koncern råder över investeringen uppfylls därmed generellt kravet på kontroll. När så inte är fallet, råder mer osäkerhet. Svaret ifall företaget omfattas av investeringsavtalet, blir då snarare att det beror på omständigheterna. Då det finns skäl att tvivla på kontrollen, kan det krävas att *investeraren* visar att den utländska ägaren faktiskt utövat kontroll.

Definitionen av *investering* kan inte sägas begränsa möjligheten till *treaty shopping*. Då inget krav på direkt investering uppställts, utan även indirekt investering omfattats, har *investerare* inte begränsats av att deras *investering* gjorts genom ett lokalt etablerat företag, eller genom en kedja av dotterbolag. Begreppet *investering* har inte heller generellt ställt något krav på kapitalets härkomst. Därmed kan kapitalet härstamma från tredje stat eller till och med *världstaten*. Ett sådant krav har dock vissa skiljedomstolar öppnat för, och fullständig säkerhet vad gäller en framtida skiljedomstols tolkning kan inte sägas finnas. Begreppet *investering* innefattar ett antal krav utvecklade genom praxis, benämnda Salini-testet. Tillämpningen av

dessa sker på samma sätt i fall av *treaty shopping* som i övrigt, vilket inte särskiljer dem som ett hinder mot *treaty shopping*.

Grunden *ratione temporis* anser jag vara en strikt gräns mot att åberopa tvister grundad på åtgärder vidtagna av *världstaten* vid en tidpunkten innan den då *investeraren* började omfattas av investeringsavtalet. Därmed kan omstruktureringar inte göras efter sagda åtgärd, för att inleda en tvist angående denna. Vid tillämpning av grunden *ratione temporis*, läggs ingen värdering i syftet med omstruktureringen, förutsebarhet av framtida tvist eller andra aspekter än just tidpunkterna. Enligt denna grund kan varje åtgärd vidtagen av *världstaten* efter omstruktureringen ligga till grund för tvist.

Ovannämnda grunder innebär sammantaget inte ett hinder för en *investerare* etablerad i *hemstaten* innan tvist uppstår, att skyddas av investeringsavtalet. Undantaget är de avvägningar som beskrivits i de fall *investeraren* grundar sina rättigheter på utländsk kontroll. En citat som väl sammanfattar denna avvägning, och som flera skiljedomstolar uttryckt en variant av, är följande från fallet *Mobil v Venezuela*:

*”the aim of the restructuring of their investments in Venezuela through a Dutch holding was to protect those investments against breaches of their rights by the Venezuelan authorities by gaining access to ICSID arbitration through the BIT. The Tribunal considers that this was a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes.”*<sup>250</sup>

Den grunden som närmast kan sägas innebära mot ett förbud mot *treaty shopping* är *abuse of rights*. *Abuse of rights* föreligger när en omstrukturering sker med avsikten att omfattas av ett investeringsavtal inför en specifik tvist som kunnat förutses. Avsikten att omfattas av investeringsavtalet är oftast inte den omstridda frågan, utan framgår rätt

---

<sup>250</sup> Mobil v Venezuela s. 56.

tydligt av förändringen i företagsstrukturen. Den avgörande frågan är snarare om *investeraren* kunnat förutse tvisten. Här räcker det inte att ”en tvist” kunnat förutses, utan det handlar om den ”specifika tvisten”. Det är detta krav på ”specifik tvist”, som gör att gränsen för att tillämpa kriteriet är så högt ställt. Vad som verkar krävas är att skiljedomstolen kan peka på ett konkret yttrande av något slag, som tyder på att den framtida tvisten kan komma att uppstå. Detta hinder för *treaty shopping*, anser jag därmed vara ett väldigt lågt hinder. Som skiljedomstolen sa i fallet *Levy v Peru*, bör principen endast tillämpas ”*in very exceptional circumstances*”.<sup>251</sup> Det innebär att det är väldigt öppet för företag som känner att sin *investering* är hotad på grund av generellt försämrat investeringsklimat, att genom *treaty shopping* säkra skydd av ett investeringsavtal.

Avslutningsvis är min slutsats att förehavanden av *treaty shopping* är generellt tolererat. Skiljedomstolar har en ovilja att lägga sig i staters avtalsfrihet som skrivandet av traktat innebär. Om fenomenet vill motverkas, är det alltså upp till staterna själva att skriva investeringsavtalen på önskat sätt. Skiljedomstolar kan sägas ha tagit på sig sitt strikta ansvar det innebär att tolka staternas avtal, utan att därmed själva bli lagstiftare.

---

<sup>251</sup> Levy v Peru s. 58.

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

Baumgartner, Jorun *Treaty shopping in international investment law* 1st ed. Oxford University Press, 2017

Blackaby, Nigel, Constantine Partasides QC, Alan Redfern & Martin Hunter *Redfern and Hunter on International Arbitration* 6th ed. Oxford University Press, 2015

Dolzer & Schreuer *Principles of International Investment Law* 1st ed. Oxford University Press, 2008

Muchlinski, Peter T., Federico Muchlinski & Christoph Schreuer *The Oxford Handbook of International Investment Law* 1st ed. Oxford University Press, 2008

Subedi, Suraya P. *International investment law – reconciling policy and principle*, 2nd ed. Hart Publishing, 2012

## Artiklar

Chieh Lee, Resolving Nationality Planning Issue through the Application of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in International Investment Arbitration, 9 *Contemp. Asia Arb. J.* 87 (2016)

Efraim Chalamish, The Future of Bilateral Investment Treaties: A De Facto Multilateral Agreement, 34 *Brook. J. Int'l L.* 303 (2009)

Emmanuel Gaillard ‘Abuse of Process in International Arbitrations’ ICSID Review, (2017), pp. 1-21 s. 2.

Jeremy Marc Exelbert, Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End, 85 Fordham L. Rev. 1243 (2016)

Juan Garay, Abuse of Process through Corporate Restructuring of Assets: The Legal Standard for the Multinational Investor, 35 B.U. Int'l L.J. 397 (2017)

Julian Arato, Corporations as Lawmakers, 56 Harv. Int'l L.J. 229 (2015)

Julien Chaisse, The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration, 11 Hastings Bus. L.J. 225 (2015)

Panayotis M. Protopsaltis, The Challenge of the Barcelona Traction Hypothesis: Barcelona Traction Clauses and Denial of Benefits Clauses in BITs and IIAs, 11 J. World Investment & Trade 561 (2010)

Smith, Gordon *An Introduction to Investor-State Arbitrations* 13 International Trade & Business Law Review 3 (2010)

Xiao-Jing Zhang, Proper Interpretation of Corporate Nationality under International Investment Law to Prevent Treaty Shopping, 6 Contemp. Asia Arb. J. 49 (2013)

## **Elektroniska källor**

### **UNCTAD Investment Policy Hub**

<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu>

<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

## **Traktat**

Agreement between the Government of Barbados and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments, Jul. 15, 1994 (entered into force on Oct. 31, 1995)

Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Sep. 23, 1997 (entered into force on Mar. 16, 1999)

Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Republic of Lithuania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Feb. 8, 1994 (entered into force on Feb. 27, 1995).

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela, Oct. 22, 1991 (entered into force on Nov. 11, 1993) (terminated on Nov. 1, 2008)

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia, Mar. 10, 1992 (entered into force on Feb. 1, 1994) (terminated on Feb. 1, 2009)

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States Mar. 18, 1965

Décret No. 96-898 du 9 octobre 1996 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Pérou sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé a Paris le 6 octobre 1993 (entrée en vigueur le 30 Mai 1996)

The Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement Aug. 5, 2004

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969



# Rättsfallsförteckning

Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium v. Spain),  
Judgement, 5 February 1970, ICJ Reports (1970)

Fedax NV v Bolivian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/96/3,  
Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (11 July 1997)

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco,  
ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (31 July 2001)

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines,  
ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to  
Jurisdiction, (29 January 2004)

Tokios Tokelés v Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/19, Decision on  
Jurisdiction (29 April 2004)

AES Corporation v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17,  
Decision on Jurisdiction (26 April 2005)

Aguas del Tunari, S.A. v Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3,  
Decision on the Respondents Jurisdictional Objections (21 October 2005)

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, Decision on  
Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/07 (21 March 2007)

Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5,  
Award (15 April 2009)

TSA Spectrum de Argentina S.A. v Argentine Republic , ICSID Case No.  
ARB/05/5, Award (19 December 2009)

Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction (10 June 2010)

Pac Rim Cayman LLC v The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondents Preliminary Objections Under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5 (2 August 2010)

Pac Rim Cayman LLC v The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondents Jurisdictional Objections (1 June 2012)

Caratube International Oil Company LLP v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/08/12, Award (5 June 2012)

Alapli Elektrik BV v Republic of Turkey, ICSID Case No ARB/08/13, Award (16 July 2012)

Tidewater INCS v The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction (8 February 2013)

Lao Holdings NV v The Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No ARB(AF)12/6, Decision on Jurisdiction (21 February 2014)

Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17, Award (9 January 2015)

Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Annulment (9 March 2017)