



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Adam Loewenstein

Investor-State disputes - en inventering

En utredning av skyddet i bilaterala investeringsavtal och dess
tvistelösningsmekanism

JURM02 Examensarbete
Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin för examen: Hötterminen 2018

Innehåll

| | |
|---|----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| FÖRKORTNINGAR | 3 |
| 1. Inledning | |
| 1.1 Bakgrund | 4 |
| 1.2 Syfte och frågeställning | 5 |
| 1.3 Avgränsningar | 6 |
| 1.4 Metod och material | 6 |
| 1.5 Disposition | 7 |
| 2. Utländska direktinvesteringars historiska utveckling | |
| 2.1 Utländska direktinvesteringar | 8 |
| 2.2 Kolonialtidens upphörande | 9 |
| 2.3 New International Economic Order | 10 |
| 2.4 Liberalismens spridning | 10 |
| 2.5 Utvecklingsländers växande ekonomier | 11 |
| 2.6 Efterkrigstiden | 12 |
| 2.7 Tidigmodern tid | 12 |
| 2.8 Stämningar mot utvecklade länder | 13 |
| 2.9 Motstånd från icke-statliga organisationer | 14 |
| 2.10 Ekonomiska kriser | 14 |
| 2.11 Utländska direktinvesteringar idag | 15 |
| 3. Ekonomiska teorier | |
| 3.1 Inledning | 16 |
| 3.2 Klassisk nationalekonomisk teori | 16 |
| 3.3 Kritik mot skolan | 17 |
| 3.4 Beroendeskolan | 18 |

| | |
|---|------------------------------|
| 3.5 Mellanvägen | 19 |
| 4. Tvistelösning inom bilaterala investeringsavtal | |
| 4.1 Introduktion | 21 |
| 4.2 Bakgrund | 21 |
| 4.3 ICSID | 23 |
| 4.3.1 | |
| 4.3.2 Jurisdiktion | 23 |
| 4.3.3 Tribunalens sammansättning | 24 |
| 4.3.4 Transparens | 24 |
| 4.3.5 Påföljdsbedömning | 25 |
| 4.3.6 Kostnad | 26 |
| 4.3.7 Verkställighet och ogiltighetsförklaring | 27 |
| 4.3.8.1 ICSID och New York-konventionen | 28 |
| 4.3.8.2 Verkställighet mellan EU-länder | 28 |
| 5. Jurisdiktion inom bilaterala investeringsavtal | |
| 5.1 Jurisdiktion | 32 |
| 5.1.1 Introduktion | 32 |
| 5.1.2 Investering | 32 |
| 5.1.3 Investerares | 35 |
| 5.1.3.1 Fysiska personer | 35 |
| 5.1.3.2 Juridiska personer | 36 |
| 5.2 Carve outs | 38 |
| 6. Standardskydd i bilaterala investeringsavtal | |
| 6.1 Introduktion | 40 |
| 6.2 National Treatment (NT) | 40 |
| 6.3 Fair and Equitable Treatment (FET) | 44 |
| 6.4 Expropriering | 47 |
| 7. Philip Morris v Uruguay | Error! Bookmark not defined. |
| 7.1 Inledning | |
| 7.2 Fråga om jurisdiktion | 53 |
| 7.3 Fråga om expropriation skett | 55 |
| 7.4 Analys | 57 |
| 8. För- och nackdelar med bilaterala investeringsavtal | |
| 8.1 Inledning | |
| 8.2 Regulatory chill | 59 |
| 8.3 Rättssäkerhet | 61 |
| 8.3.1 Prövning av beslut | 61 |
| 8.3.2 Transparens | 61 |

| | | |
|------------|---|------------------------------|
| 8.4 | Oförutsägbarhet | 62 |
| 8.4.1 | Vaga formuleringar | 62 |
| 8.4.2 | Bristande prejudikatverkan | 63 |
| 8.5 | Verkställighet | 64 |
| 8.6 | Konkurrensen mellan nationella och utländska investerare | 64 |
| 8.7 | Bilaterala investeringsavtals effekt på länder på antalet och storleken av utländska direktinvesteringar | 65 |
| 9. | Slutsats | Error! Bookmark not defined. |
| | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 70 |
| | RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 76 |

Summary

The international law on foreign investment consists of more than 3000 BITs, sectorial and regional treaties, and a few multilateral treaties. Combined they create a rather complex setting of regulations where each individual agreement must be interpreted in its own context. In this thesis these treaties have been compiled into a cohesive description of the most general responsibilities put on states. Often seen in these treaties is the investor-state dispute settlement provision (ISDS), through which an investor is given the right to sue a state otherwise protected under sovereignty. It is the need of ISDS that this thesis aims to research.

Through history tensions have constantly been present between liberal advocates and those who advocate decreased investor protection and increased regulatory space for states. The current debate in the field is about finding a balance between protection for investors and states right to regulate. Whether ISDS should be a part of the investment treaties is one of the main questions of the debate. Some states have completely abandoned the system and the need of its reform is discussed all around the world.

In my opinion ISDS do have positive effects on the inflow of foreign direct investments and can further increase the positive effects associated with international investment agreements. The negative aspects of the system as for example decreased transparency, regulatory chill and the lack of appellate proceedings are not strong enough to outweigh the positive effects.

Sammanfattning

Den internationella investeringsrätten består av över 3000 BITs, ett antal sektoriella och regionala avtal, och ett fåtal multilaterala avtal. Tillsammans utgör de ett relativt komplext system där varje avtal måste tolkas individuellt. I arbetet har delar av dessa avtal sammanställts i syfte att skapa en generell överskådlig bild av vilka skyldigheter som uppkommer för stater i och med avtalen. Vanligt i avtalen är användningen av det system av skiljedomstolsklausuler i vilka investerare ges rätten att stämma en annars suverän stat (ISDS). Det är dessa ISDS-klausuler som arbetet syftar till att undersöka behovet av.

Genom historien har spänningarna utspelats mellan liberala idéer och förespråkare för ökad suveränitet och större lagstiftningsförmåga för stater. Den nuvarande debatten kring den internationella investeringsrätten handlar mest om att försöka hitta en balans mellan skydd för investeringar och staters rätt att lagstifta. En stor fråga i debatten är just huruvida ISDS är en fungerande lösning för framtiden. Flera stater har övergett systemet och runt om i världen diskuteras behovet av dess reform.

I min mening har ISDS positiva effekter på inflödet av utländska direktinvesteringar och kan också förstärka de positiva effekter som kan kopplas till internationella investeringsavtal. Systemets negativa aspekter som bland annat minskad transparens, hämmad lagstiftningsförmåga och avsaknad av prövning av högre instans är inte tillräckligt starka för att väga tyngre än systemets positiva effekter.

Förkortningar

| | |
|---------------------|---|
| ACIA | ASEAN Comprehensive Investment Agreement |
| BIT | Bilateral investment treaty |
| CETA | Comprehensive Economic and Trade Agreement European Commission |
| ECT | Energy Charter Treaty |
| EU | European Union |
| FET | Fair and equitable treatment |
| FPS | Full protection and security |
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade |
| ICJ | International Court of Justice |
| ICSID | International Centre for Settlement of Investment Dispute |
| IIA | International trade and investment agreement |
| ISDS | Investor-state dispute settlement |
| IT | Investment tribunal |
| MFN | Most favoured nation |
| NAFTA | North American Free Trade Agreement |
| New York Convention | New York Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards |
| NGO | Non-governmental organisation |
| NT | National treatment |
| OECD | Organisation for Economic Co-operation and Development |
| TRIPS | Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights |
| TPP | Trans-Pacific Partnership Agreement |
| TTIP | Transatlantic Trade and Investment Partnership |
| UNCTAD | United Nations Conference on Trade and Development |
| UNCITRAL | United Nations Commission on International Trade Law |
| US | United States |
| WTO | World Trade Organization |

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Genom historien har utvecklade länder utnyttjat möjligheten till snabb ekonomisk expansion genom att förflytta industrier och produktioner till utvecklingsländer. I samband med kolonialismens fall förlorade de utvecklade länderna kontrollen över många av dessa länder och skyddet för utländska investeringar förlorade kraftigt i styrka.¹ Ett behov av att stärka detta skydd uppkom, vilket ledde till att länderna istället ingick avtal om skydd för investeringar med varandra. Det första bilaterala investeringsavtalet ingicks mellan Federala Republiken Tyskland och Pakistan och antogs 25 November, 1959.² Sedan dess har närmre 3000 bilaterala investeringsavtal antagits och idag i hög utsträckning även mellan utvecklade länder.³

Bilaterala investeringsavtal är kärnan i den internationella investeringsrätten. De ingås mellan två stater och innehåller regler om hur investerare och deras investeringar ska behandlas i respektive territorier. Ett vanligt syfte med dessa avtal är att attrahera utländska direktinvesteringar. I länder med svaga rättsystem ges investerare ett utökad skydd för sina investeringar i förhållande till vad de skulle ha åtnjutit enligt den inhemska rätten i det aktuella landet. I utvecklade länder är rättssystemet oftare mer välutvecklat och rättssäkerheten är större, länderna styr enligt det som kallas the rule of law. Behovet av ett särskilt skydd för utländska investerare är därför mindre eller inget alls. Trots det förekommer bilaterala investeringsavtal även mellan utvecklade länder. Ett problem med bilaterala investeringsavtal är att medan avtalen ger rättigheter till utländska

¹ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 26.

² Treaty for the Promotion and Protection of Investments, Pak.-F.R.G. Nov. 25, 1959, 457 U.N.T.S. 23.

³ Unctad investment policy hub, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (hämtad 2019-01-24).

investerare, kan de samtidigt innebära att området för staters rätt att lagstifta inskränks. Denna uppsats tar bland annat upp detta problem till analys och diskussion.

Bilaterala investeringsavtal innehåller nästan alltid skiljeklausuler vilka ger investerare rätt att stämma stater. Denna typ av skiljeklausul går vanligen under namnet Investor-State Dispute Settlement, ISDS. Genom ISDS överläts tolkningen av en stats skyldigheter till en skiljenämnd. En stat kan bli ersättningsskyldig om den till exempel inför ny lagstiftning som bedöms bryta mot statens skyldigheter enligt ett bilateralt investeringsavtal. I debatten har det hävdats att bilaterala investeringsavtal innebär en risk för att viktig lagstiftning för att säkra allmänna intressen inte antas och att staters suveränitet därmed inskränks i allt för hög grad. Hur detta system fungerar och hur det påverkar både stater och investerare kommer i detta arbete klargöras.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med arbetet är att i några viktiga hänseenden klargöra för- och nackdelarna utifrån en rättslig analys med bilaterala investeringsavtal för investerare och stater.

Följande frågeställning avser besvaras:

1. Vilka omfattas av bilaterala investeringsavtal?
2. Hur avgörs tvister grundande i bilaterala investeringsavtal?
3. Vilket skydd ger bilaterala investeringsavtal för utländska direktinvesteringar?
4. Hur verkställs de avgöranden som blir resultatet av dessa tvister?
5. Hur påverkar bilaterala investeringsavtal investerare respektive stater?

1.3 Avgränsningar

Den internationella investeringsrätten bygger på folkrättslig grund och består av framförallt av bilaterala, regionala, sektoriella och multilaterala investeringsavtal, samt olika traktater som innehåller investeringsklausuler. Kärnan i den internationella investeringsrätten utgörs av de bilaterala investeringsavtalen. Dessa ligger i fokus inom detta arbete. Andra typer av investeringsavtal tas dock upp i syfte att klargöra tolkningen av klausuler som de har gemensamt med bilaterala investeringsavtal.

Det har idag ingåtts närmre 3000 bilaterala investeringsavtal mellan världens länder. Att analysera och utvärdera alla dessa har inte varit möjligt. Utan att själv ha gått igenom alla bilaterala investeringsavtal har jag emellertid gott stöd i litteraturen för att påstå att bilaterala investeringsavtal innehåller många likheter. De innehåller dock även vissa skillnader. Mina slutsatser ska därför inte uppfattas som generellt gällande för samtliga existerande bilaterala investeringsavtal. Vissa typer av skydd är dock vanligt förekommande. Det har i arbetet därför varit möjligt att analysera dessa typer av skydd, med förutsättningen att de gäller för merparten men kanske inte för samtliga existerande investeringsavtal.

1.4 Metod och material

I arbetet har olika slags källor använts innefattande statistiska rapporter, debattartiklar i nyhetstidningar, rapporter från internationella institutioner och akademisk litteratur. För att klargöra vilket skydd de bilaterala investeringsavtalen innehåller för investerare och stater har stor vikt lagts på att analysera rättsfall där avtalen tillämpats. Materialet har till stor del undersökts med en klassisk rättsdogmatisk metod, som innebär att man med hjälp av den beskriver, systematiserar och tolkar gällande rätt.

För att kunna ta ställning till om de bilaterala investeringsavtalen är till fördel eller nackdel för investerare och stater måste man ta hjälp av ekonomisk teori. Viss del av arbetet är därför grundat på en rättsekonomisk metod vilken ger nationalekonomiska analysverktyg för juridiska frågor. Med hjälp av den metoden kan man göra anspråk på att kunna förutsäga och bedöma en lagstiftnings konsekvenser och effektivitet. Den rättsekonomiska skolan bygger i stora delar på antaganden som inte i alla lägen är realistiska och teorin är utsatt för kritik. Jag har därför sökt förhålla mig kritisk till teorin i mina slutsatser.

I arbetets avslutande del tar jag upp argument för och emot användandet av investeringsavtal. En del av detta material bygger på olika institutioners eget material och dessa kan antas ha egna intressen i frågan. Detta har jag beaktat vid användningen av det materialet.

1.5 Disposition

Arbetet inleds med ett introduktionskapitel där det redogörs för vad internationella direktinvesteringar är. Jag förklarar också hur begreppet ”investering” har klargjorts i några viktiga skiljedomar. I samma kapitel behandlar jag också övergripande hur användningen av internationella investeringar har utvecklats. Här framgår hur staters syn på utländska direktinvesteringar förändrats över tid. Därefter följer ett kapitel där det redogörs för vilka investerare och investering som omfattas av bilaterala investeringsavtal. Efterföljande kapitel klargör hur tvister grundade i bilaterala investeringsavtal avgörs. Arbetet fortsätter sedan med ett kapitel där det redogörs för vilka skydd som generellt finns i bilaterala investeringsavtal, samt hur de har tillämpats. Fortsättningsvis beskrivs hur avgöranden i tvister grundade i dessa avtal verkställs och vilka hinder mot verkställighet som finns. Arbetet avslutas med ett kapitel som delvis bygger på ekonomisk teori, där den rättsvetenskapligt vidtagna analysen bildar grund för slutsatser om hur bilaterala investeringsavtal påverkar investerare och stater.

2 Utländska direktinvesteringars historiska utveckling

2.1 Utländska direktinvesteringar

Utländska direktinvesteringar utgörs av flytten av materiella och immateriella tillgångar från ett land till ett annat i syfte att i det landet generera välfärd under full eller delvis full kontroll av ägaren över tillgången. Investeringarna skiljer sig från till exempel portföljinvestering, där investeringen utgörs av bytet av kapital i syfte att köpa andelar i ett bolag utan att överta kontrollen av detsamma.⁴ Då ett syfte med bilaterala investeringsavtal är att attrahera utländska direktinvesteringar kommer nedan några av dessa investeringars positiva och negativa effekter redogöras för.

Beroende på om ett utvecklingsland eller ett redan utvecklat land undersöks kan utländska direktinvesteringar visas ha delvis olika effekter. Generellt sägs utländska direktinvesteringar dock ha positiva effekter både för produktiviteten i ett land men också för landets intäkter.⁵ För utvecklingsländer har utländska direktinvesteringar varit den största externa finansieringskällan under många år. Mellan åren 2013 och 2017 stod investeringarna för 39 procent av all extern finansiering i dessa länder.⁶ Även utvecklade länder är idag beroende av utländska direktinvesteringar, vilka lyftes som centrala för att lyckas ta sig ur den ekonomiska krisen från 2008.⁷ Utländska direktinvesteringar bidrar inte bara med finansiering utan

⁴ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 11.

⁵ OECD (2002) *Foreign direct investment development – maximising benefits, minimising costs*, s. 9.

⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2018*, s. 12.

⁷ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 564.

kan även antas ha andra positiva effekter som till exempel spridandet av kunskap och teknik, och skapandet av arbetstillfällen.

Alla är dock inte ensidigt positiva till utländska direktinvesteringar och exempel på negativa effekter finns när multinationella företag öppnar upp produktion i ett utvecklingsland för att exploatera landet på knappa naturresurser eller arbetskraft, eller när multinationella företag exporterar industrier som blivit förbjudna i hemlandet på grund av miljölagar. Som exempel kan nämnas Bhopalkatastrofen, en av historiens värsta industrikatastrofer. Det amerikanska bolaget Union Carbide Corporation hade upptäckt defekter i deras industrianläggning i West Virginia och åtgärdat dessa, men inte vidtagit samma åtgärder i deras motsvarande anläggning i den indiska staden Bhopal.⁸ De exakta orsakerna till katastrofen är förvisso inte helt klarlagda och många faktorer kan ha spelat roll.⁹ Det är därför viktigt att inte bara beakta de ekonomiska effekterna av utländska direktinvesteringar utan även politiska, sociala och miljörättsliga aspekter när man beslutar om policyn för denna typ av investeringar.¹⁰

2.2 Kolonialtidens upphörande

Den moderna historiens system av internationell investeringsrätt började utvecklas först efter kolonialtidens fall. De stora kolonialmakterna hade inte längre den kontroll de tidigare haft över de forna koloniernas rättssystem och något behövde göras för att säkerställa skyddet över internationella investeringar.

Efter att kolonier fick självständighet, fanns hos dem ett behov av att återta kontrollen över vitala sektorer inom sina respektive landgränser och en våg av nationaliseringar av utländsk egendom vidtog runt om i världen. Denna

⁸ *The Bhopal Tragedy: Social and Legal Issues*, 20 Tex. Int'l L. J. 267 (1985), s. 322 ff.

⁹ David W. Robertson, *Introduction to the Bhopal Symposium*, 20 Tex. Int'l L. J. 269 (1985).

¹⁰ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 66.

nationaliseringsvåg var startskottet för den stora debatt som kom att föras angående vad internationell investeringsrätt var och skulle vara. Debatten representerades främst av två sidor, där kapitalexporterande länder, oftast utvecklade länder, stod på den ena sidan och den andra sidan representerades av de nyligen självständiga kolonierna. Denna polarisering där de kapitalexporterande länderna sökte starka garantier för sina investeringar medan de forna kolonierna sökte allt större kontroll och lagstiftningsförmåga präglade starkt utvecklingen av den internationella investeringsätten.¹¹

2.3 New International Economic Order

Förenta Nationernas generalförsamling föreslog på 1970-talet en rad resolutioner som kom att gå under samlingsnamnet NIEO, New International Economic Order, de var starkt präglade av den orättvisa som präglade de forna kolonierna och var ägnade att råda bot på obalansen i den globala ekonomin. Doktrinen om permanent suveränitet över naturtillgångar och att investeringar måste skötas i förenlighet med nationell rätt i investeringslandet, var kanske de mest betydelsefulla förslagen från NIEO-paketet.¹² Något senare, år 1974, antogs även ”The charter of Economic Rights and Duties of states”. Fördraget gav stater rätten att förstatliga och exproprierar utländskt ägd egendom, så länge lämplig kompensation utbetalades.¹³

2.4 Liberalismens spridning

De förslagna reglerna av FN stod i tydlig opposition mot de regler förespråkade av kapitalexporterande länder. Världsbanken och andra stora finansiella institutioner, starkt påverkade av de finansiella stormakterna och

¹¹ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 26.

¹² UNCTAD (2004), s. 9.

¹³ United Nations, Resolution 3281 (XXIX) art. 2 (c).

företagare, blev snart starka förespråkare av den liberala teorin som innebär att brist på adekvat skydd för internationella investeringar leder till att dessa uteblir, vilket i sin tur skadar den globala ekonomin.¹⁴

Efter ekonomiska framgångar som till exempel Hongkong och Singapore, men också kommunismens fall runt om i världen spreds en mer öppen attityd mot att ta emot internationella investeringar. En ekonomisk filosofi som var positiv till denna typ av investeringar tillsammans med ett läge på världsmarknaden, där kriser som petrodollarkrisen 1973, försvårade för länder att säkra tillgång till nödvändigt kapital, lämnade internationella investeringar som det enda sättet för länder att externt finansiera ekonomisk utveckling i landet.¹⁵ Kapitalimporterande länder kom bland annat på grund av dessa händelser att erbjuda starkare skydd än vad som var nödvändigt enligt internationell rätt för att bättre attrahera investerare, detta främst genom internationella investeringsavtal.¹⁶

2.5 Utvecklingsländers växande ekonomier

Med tiden kom skillnaden mellan kapitalexporterande länder och kapitalimporterande allt mer att suddas ut. Europa och Nordamerika kom att bli de största importörerna av kapital och liberala system för hantering av internationella investeringar hade etablerats genom regionala traktat.¹⁷ Allt oftare uppstod spänningar där de tidigare endast kapitalexporterande stormakterna nu i allt större utsträckning var mottagare av utländskt kapital. För första gången fick dessa i viss mån uppleva hur deras suveränitet

¹⁴ UNCTAD (2004), s. 9-10. För mer information se kap. 8.

¹⁵ UNCTAD (2004), s. 12.

¹⁶ Dolzer & Schreuer (2012), s. 5.

¹⁷ Se till exempel, ECT, *Energy Treaty Charter*, multilateralt samarbete inom energisektorn med 54 medlemsländer, <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers>, (hämtad 2018-11-02).

påverkades negativt då det ökade inflödet av utländska direktinvesteringar innebar att staterna nu även själva behövde garantera skydden i investeringsavtalen. Detta fick till effekt en mer flexibel inställning till regleringen av utländskt kapital, där större frihet och ökad suveränitet gavs länderna. Ett exempel på denna typ av skiftning är Världsbankens riktlinjer för internationella investeringar (1992) vilka skiljde sig från den traditionella synen om full kompensation vid expropriering till förmån för en hållning där lämplig kompensation istället skulle utges.¹⁸

2.6 Efterkrigstiden

Efter kalla krigets slut under senare delen av 1900-talet fanns ett behov av att få igång länders då isolerade ekonomier och nyliberalismen växte sig åter stark. Stora makthavare som USAs dåvarande president Ronald Reagan och Storbritanniens premiärminister Margaret Thatcher var båda stora förespråkare för nyliberalismen, under vilken lägre skatter och färre statliga regleringar stod som mål. Denna politiska ideologi kom att starkt influera den internationella investeringsrätten. Stora internationella finansiella institut som Internationella valutafonden och Världsbanken krävde liberaliseringar av rätten för att länder skulle få tillgång till finansiering, detta till de multinationella företagens självklara fördel.¹⁹

2.7 Tidigmodern tid

Under 1990-talet hade nyliberalismen sin storhetstid. Även då länderna i Ostasien själva inte antagit de nyliberala idéerna, utan styrdes av stark statskontroll, kom deras snabba ekonomiska tillväxt att kraftigt ge energi till liberalismens frammarsch runt om i världen, med ökad press på att öppna upp marknader och ökad rörligheten för multinationella företag som

¹⁸ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 30.

¹⁹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 30.

resultat.²⁰ 1995 etablerades WTO med en tydlig filosofi om den fria handelns stryka. Vad som dock tillåts nämnas redan nu är att i och med organisationens etablering kom det att ingås allt fler investeringsavtal, i vilka stater gav utländska företag möjlighet att dra länderna inför skiljedomstol i frågor hänförliga avtalen. Detta med effekt att antalet tvister som togs till skiljedomstol kraftigt ökade. Innan 1996 hade det inte varit mer än två kända ISDS-fall. År 2001 hade antalet ökat till 16 fall. Sedan dess har antalet fall fullkomligt exploderat och idag har 855 fall tagits till skiljedomstol.²¹

2.8 Stämningar mot utvecklade länder

Som en produkt av de nyliberala strömningarna ingicks bland annat NAFTA år 1993, under vilket ett kapitel infördes om just investeringar mellan medlemsländerna.²² Detta kapitel var från början ägnat att ålägga Mexiko att garantera ett visst skydd för amerikanska och kanadensiska investerare. Som vid många andra handels- och investeringsavtal kom detta skydd, med brett formulerade klausuler, att bli ett lukrativt medel för kreativa jurister att driva alla möjliga typer av ärenden även mot de utvecklade länderna, som USA och Kanada. De brett formulerade klausulerna gav stort utrymme för jurister att argumentera för tolkningar och tillämpningar långt ifrån avtalens ursprungliga syfte och tillämpningsområden. På många sätt kan sägas att investeringsavtal, vilka från början i mångt och mycket var författade av utvecklade länder, kom att bli en Pandoras ask där utvecklingsländer allt oftare själva blev stämnda.

²⁰ J. Ohnesorge, *Developing Development Theory: LAW and Development Orthodoxies and the Northeast Asian Experience* (2007).

²¹ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>, (hämtad 2018-11-01).

²² Se, NAFTA, Kap. 11.

2.9 Motstånd från icke-statliga organisationer

Allt eftersom som antalet tvister mellan företag och länder ökade växte också motståndet mot den utveckling som skedde på investeringsrättens område. Miljöorganisationer och andra icke-statliga aktörer såg oroligt på den handlingsförlamning som tyckts drabba länder, där rädslan för att bli dragna inför skiljedomstol tycktes hämma länderna från att införa viktiga lagar och regler på, bland annat, miljörättens område.²³ Detta fenomen av hämmad lagstiftningsförmåga går internationellt populärt under benämningen ”regulatory chill” och kommer beskrivas i närmare detalj senare i arbetet.

2.10 Ekonomiska kriser

Den ökade fria rörligheten för pengar länder emellan hade givit fart åt utvecklingen av utländska direktinvesteringar, baksidan visade sig dock när det började gå dåligt för många av de länder som mottagit stora utländska direktinvesteringar. Kapital fördes panikartat ut från länderna med effekt att krisen blev allt mer påtaglig. Den ekonomiska krisen i, bland annat, Ryssland, Mexiko och Argentina ledde till att då aktuella politiska ideologier ifrågasattes. Pengars rörlighet utan restriktioner ansågs av många som orsaken till mycket av den skada som uppstått i världsekonomin i samband med sämre konjunktur. Både Malaysia och Argentina tillgrip vid den här tiden statlig kontroll över kapital i syfte att råda bukt på deras respektive finansiella kriser.²⁴

Som visats i denna väldigt förenklade redogörelse av rättsutvecklingen förändras attityden gentemot utländska direktinvesteringar påtagligt beroende på den finansiella situationen runt om i världen.

²³ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 32.

²⁴ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 33.

2.11 Utländska direktinvesteringar idag

Idag har vissa stater helt eller delvis valt att överge systemet med investeringsavtal och vissa har valt att endast överge systemet med ISDS. Den nuvarande debatten kring den internationella investeringsrätten handlar mest om att försöka hitta en balans mellan skydd för investeringar och staters rätt att lagstifta. En mycket het fråga i debatten är just huruvida ISDS är en fungerande lösning för framtiden. Flera stater har övergett systemet och runt om i världen diskuteras behovet av dess reform. Ett exempel på detta som kan nämnas är Australien som har valt att inte använda sig av ISDS i avtal med både USA och Nya Zeeland, med förklaringen att länderna besitter välfungerande rättssystem.²⁵ Även USA och Kanada har valt att utesluta ISDS mellan länderna i USCMA.

²⁵ Australian Government Productivity Commission, *Bilateral and Regional Trade Agreements* (November 2010), s. 266.

3 Ekonomiska teorier

3.1 Inledning

För att bättre förstå den politiska debatten och de argument som förs inom området kommer i detta kapitel kort presenteras några konkurrerande ekonomiska teorierna som är representerade inom ämnet. Förenklat kan sägas att argument förs utifrån två poler och en mellanväg. Jurister som tror på ett utbrett skydd för utländska direktinvesteringar argumenterar för dessa investeringars stora värde för ekonomisk utveckling i värdlandet och den globala ekonomin som helhet, medan jurister argumenterande för motsatsen menar att dessa investeringar hämmar och till och med skadar den ekonomiska utvecklingen. Självklart finns många olika tolkningar inom dessa teorier, men nedan följer en presentation av teorierna i breda drag.

3.2 Klassisk nationalekonomisk teori

Denna teori anses generellt grundad av Adam Smith och är i mycket hämtad från hans stora verk ”An Inquiry into the Nature and Causes of the wealth of nations” från 1776. Förespråkare av denna teori värnar om den fria marknaden men anser samtidigt att det finns områden där marknaden inte är bäst lämpad till att ta tillvara det allmännas intresse.²⁶ Adam Smiths bok kom som en reaktion mot en tid där merkantilism verkat med stort fokus på reglering. Smith menade att nästan varje människa handlar för sin egen fördel, men att om produktion och handel sker under fri konkurrens kommer människan oavsiktligt arbeta för samhällets bästa. I den klassiska skolan värderas ett lands rikedom i dess produktionsförmåga och inte dess guld- och silvertillgångar. Denna förväxling var, enligt Smith, orsaken till den handelspolitiska protektionism som rådde runt om i världen och då han

²⁶ David W. Pearce, *MIT Dictionary Of Modern Economics* (1992), s. 61-62.

ansåg att varuutbyte är till fördel för ett lands produktionsförmåga argumenterade han för fri handel. Smith ansåg att arbetsfördelning var den viktigaste faktorn för att produktiviteten skulle öka, han syftade då även på arbetsfördelning mellan företag från olika länder.

Statens uppgift enligt Smith var att skydda landet mot invasion från andra länder, att skydda landets invånare mot övergrepp och förtryck sinsemellan samt att tillhandahålla vissa för samhället essentiella institutioner, så som vägar, kanaler, hamnar och skolor för ”vanligt folk” då dessa institutioner är av sådan natur att de inte är lönsamma för en enskild individ att driva. Skatter och avgifter ska endast användas för att finansiera dessa typer av institutioner.²⁷

Inom den klassiska nationalekonomiska skolan anser man att utländska direktinvesteringar är odelat positivt för värdlandets ekonomi. Man stödjer denna hållning på ett flertal faktorer. Utländska investerare för ofta med sig teknologi som inte tidigare varit tillgänglig i landet, nya jobb skapas, infrastruktur kommer byggas av antingen investeraren eller staten men oavsett så är detta till gagn för ekonomin. Teorin besvarar dock inte frågan om varför, trots alla dessa fördelar, stater lägger sig i dessa direktinvesteringar eller varför tillgångsrika länder fortfarande är extremt fattiga.

3.3 Kritik mot skolan

Trots sin breda acceptans runt om i världen finns inget bevis på att skolans teori stämmer. Även om det är mycket möjligt att investeringar för med sig mycket kapital, så är det samtidigt visat att kapitalutflödet genom

²⁷ Nationalencyklopedin, *klassisk nationalekonomi*, <http://www.ne.se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/klassisk-nationalekonomi> (hämtad 2018-11-10).

repatriering av vinster kan vara större än kapitalinflödet.²⁸ Argumentet att direktinvesteringarna skulle föra med sig ny teknologi kan också ifrågasättas då företagen ofta introducerar teknologi som redan blivit obsolet i hemlandet. Även påståendet att infrastrukturen skulle förbättras kan ifrågasättas då till exempel skola och vårdfaciliteter ofta endast är tillgängliga för landets elit, då de är de enda som har råd att använda faciliteterna. Det påstås också finnas en risk med en frånvarande reglering av inflödet av investeringar, då länder i syfte att attrahera utländska investerare väljer att inte anta viktiga miljörättsliga lagar och skydd för arbetsmiljön.²⁹

3.4 Beroendeskolan

Denna skola står i rak motsats till den klassiska nationalekonomiska skolan och menar att utländska direktinvesteringar inte kommer att bidra med betydelsefull ekonomisk utveckling i värdlandet. Skolan härstammar från Latinamerika och förklarar tredje världens underutveckling, vilken påstås bero på dessa länders historiska beroendeställning i förhållande till de kapitalistiska länderna.³⁰ Förespråkare för skolan menar att då investeringarna görs av multinationella företag med sina huvudkontor i utvecklade länder är fokus för investeringarna att tillgodose intresset av moderbolaget och dess aktieägare. De resurser som strömmar in i samband med investeringarna gynnar, enligt beroendeskolan, endast värdländernas elit. Vidare menar de att istället för att främja utveckling i utvecklingsländerna leder utländska direktinvesteringar till att utvecklingsländer hamnar i en beroendeställning till utvecklade länders ekonomier.

²⁸ Drakakis-Smith och H. Wads, *Multinational Corporations and The Third World* (1986), s. 46.

²⁹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 63.

³⁰ Nationalencyklopedin, *beroendeskolan*, <http://www.ne.se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/beroendeskolan> (hämtad 2018-11-12).

Teoretiker inom skolan mäter inte ekonomisk utveckling utifrån inflödet av resurser utan i hur välfärd fördelas inom landet. För att kunna prata om utveckling krävs att människorna frias från fattigdom och exploatering. Till skillnad från den klassiska nationalekonomiska skolan ser beroendeskolan inte bara på utveckling i ekonomiska termer utan tar även in aspekter så som mänskliga rättigheter och påverkan på miljön.³¹

3.5 Mellanvägen

Mellanvägen representeras inte direkt av någon speciell ekonomisk teori, men är just en slags mellanväg mellan de två ovan nämnda skolorna. Den kraftiga fientlighet som beroendeskolan visar gentemot utländska direktinvesteringar har idag svårt att vinna mark i en värld där den fria marknaden visar sig överlägsen och kommunismen har setts misslyckas. Samtidigt är det inte heller särskilt troligt att en väg helt enligt den klassiska nationalekonomiska skolan skulle väljas. Detta eftersom den fria marknaden har avlösts med flertalet finanskriser hänförliga bland annat till bristande reglering.³² I en mellanväg ser man visserligen att direktinvesteringar kan ha vissa negativa konsekvenser men också att de kan fungera som bränsle för ekonomisk tillväxt. Detta ändrade synsätt på investeringars roll växte fram på 1980-talet efter att United Nations Commission on Transnational Corporation (UNCTC) kom med studier som underlättade identifieringen av positiva respektive negativa effekter av utländska direktinvesteringar. Studierna visade bland annat på hur multinationella företag undgick skatter via ”transfer-pricing”, avtalsvillkor som förtog värdländerna möjligheten att dra nytta från den nya teknologin, genom till exempel ”grant back”-klausuler och ”tie in- klausuler”. Studierna visade också att mycket av den teknologin som exporterades var obsolet och skadlig för miljön. Ett tydligt exempel är den katastrofala olyckan som skedde i Bhopal i Indien år 1984,

³¹ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 67-69.

³² Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>.

där ett dotterbolag till ett amerikanskt bolag använde sig av en teknik som inte var tillåten i USA.

Många utvecklingsländer antar idag i allt större utsträckning rättsliga regelverk för multinationella företags funktion inom länderna, dessa är influerade av denna teori om en mellanväg som den bästa vägen framåt. Flera utvecklingsländer har tagit fram lagar som syftar till att se till att nyttjandet av den utländska teknologin inte är för begränsad och vissa har inrättat särskilda avdelningar hos vilka tillstånd måste sökas för att tillåtas investera i landet. Till skillnad från den klassiska nationalekonomiska skolan som främjade liberalisering och multinationella företags fria rörlighet söker teorin om en mellanväg hitta balans mellan statliga intressen och skydd för investeringar.³³

³³ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 70-75.

4 Tvistelösning inom bilaterala investeringsavtal

4.1 Introduktion

Detta arbete syftar i stora delar till att övergripande redogöra för bilaterala investeringsavtal, för att på så sätt analysera typiska risker samt för- och nackdelar med avtalen i stort. För att möjliggöra detta kommer i arbetet exempel på faktiska investeringsavtal ges samt rättsfall där dessa tillämpats. Därmed är tvistlösningsmekanismen central för den fortsatta redogörelsen. Det är genom denna rättsliga tillämpning av investeringsavtal som dess faktiska innebörd kan utläsas.

4.2 Bakgrund

Innan bilaterala investeringsavtal ingicks bestod det internationella skyddet för utländska direktinvesteringar till stor del av internationell sedvanerätt. Skulle en stat bryta mot en internationell förpliktelse hade en investerare först att förlita sig på statens nationella domstolssystem. Om en tvist inte avgjordes på ett rättvist och effektivt sätt i nationell domstol återstod endast för en investerare att förmå sin hemstat att vidta vad som brukar gå under namnet diplomatiskt skydd. Skyddet är i grunden en folkrättslig regel och innebär att en stat, vilken anser att dess medborgares rättigheter blivit kränkta av en annan stat, stämmer den andra staten enligt reglerna om statsansvar.³⁴ Dessa regler finns till viss del kodifierade i folkrättskommissionens instrument, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA)*.³⁵

³⁴ Dolzer & Schreuer, (2012) s. 232.

³⁵ U. Linderfalk, Folkrätten i ett nötskal , s. 107-117.

Ovanstående system innebär tre problematiska omständigheter för investerare. För det första finns en risk att nationella domstolar i svaga rättssystem inte är tillförlitliga i tillräckligt stor grad. För det andra har investerarna ingen självständig kontroll över processen med statsansvar, utan det är staten själv som avgör huruvida den ska inledas och för den vidare. För det tredje tillfaller eventuellt skadestånd staten och investeraren har ingen direkt rätt till denna. För staters del innebär systemet med diplomatiskt skydd en risk att internationella relationer påverkas negativt. Dessa omständigheter kan antas ha bidragit till införandet av det tvistelösningssystem som ofta används i bilaterala investeringsavtal. Systemet betecknas Investor-State Dispute Settlement, ISDS, och innebär att investerare ges en rätt att stämma stater i skiljedomstol för påstådda brott av ett investeringsavtal.

Utformningen av dessa ISDS-klausuler bestämmer parterna själva. Skiljedomstolsförhandlingar mellan investerare och stater kan företas under flera olika typer av regelverk och institutioner. Om klausulen inte hänvisar till ett särskilt institut kallas förfarandet *ad hoc* och parterna måste då i avtalet reglera ett antal specifika frågor, så som tillämplig lag och processuella regler. Flera stora institut har tagit fram standardregler som parterna till investeringsavtalen kan inkorporera i avtalen.³⁶ Vanligast är att parterna hänvisar till något av dessa institut, varav det institut som behandlat flest skiljeförfaranden är ICSID. Av den anledningen kommer nedan redogörelse av förfarandet inom ISDS ta utgångspunkt i ICSIDs skiljedomstolsregler.³⁷

³⁶ Se till exempel, UNCITRAL.

³⁷ Andra institut, om än inte lika vanligt förekommande, som används är The Permanent Court of Arbitration och Stockholm Chamber of Commerce.

4.3 ICSID

4.3.1 Inledning

The International Center for Settlement of Investment Disputes, är ett skiljedomstolsinstitut verksamt under Världsbanksgruppen. Institutet har 162 medlemmar vilka förbundit sig till att erkänna och verkställa institutets avgöranden.³⁸ ICSID har administrerat majoriteten av alla internationella investeringstvister mellan investerare och stater.³⁹ ICSID skapades genom vad som brukar kallas ICSID-konventionen.⁴⁰ När ett skiljeförfarande förs genom institutet ICSID måste denna konvention följas.

4.3.2 Jurisdiktion

Jurisdiktion enligt konventionen vilar på artikel 25. Enligt artikel 25 har en skiljedomstol enligt ICSID-konventionen endast jurisdiktion över tvister rörande investeringar mellan investerare från en medlemsstat och en annan medlemsstat, samt att parterna lämnat ett aktivt medgivande att ICSID ska ta upp tvisten.⁴¹ Enligt Artikel 41 har ICSID tribunalen själv makten att avgöra sin kompetens, och om tvisten omfattas av dess jurisdiktion. Även frågan huruvida jurisdiktionen har blivit överträd i ett visst avgörande kan likaså endast prövas av ICSID.⁴² Ett problem inom investeringsrätten, om det inte framgår av det aktuella avtalet, är frågan huruvida investeraren först måste ha uttömt lokala rättsmedel innan jurisdiktion kan ges till en skiljedomstol. Rättsläget är något oklart då till exempel ett krav från sedvanerätten för diplomatiskt skydd är just att alla lokala rättsmedel ska vara uttömda.⁴³ Inom ICSID ges stater en möjlighet att begränsa ICSIDs jurisdiktion genom att kräva att lokala rättsmedel först ska vara uttömda.

³⁸ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (hämtad 2018-11-19).

³⁹ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/default.aspx> (2019-01-26)

⁴⁰ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/default.aspx> (hämtad 2018-11-19).

⁴¹ ICSID, Art. 25(1).

⁴² ICSID, Art. 41.

⁴³ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 259.

Om så inte gjorts anses parterna enligt samma klausul ha avtalat bort kravet om att lokala rättsmedel ska ha uttömts.⁴⁴

4.3.3 Tribunalens sammansättning

Vanligen består ICSID-tribunalen av tre skiljemän och hur de väljs bestäms av parterna. Vanligt är att parterna väljer varsin skiljeman som i samråd med varandra sedan väljer en tredje.⁴⁵ Om inte parterna kommer överens om annat får skiljemännen inte ha samma nationalitet som någon av parterna, detta för att hålla bedömningen så objektiv som möjligt.⁴⁶

4.3.4 Transparens

En fördel för investerare med skiljedomstolsprocesser jämfört med processer i nationella domstolar är möjligheten att hålla information konfidentiell. Då skiljedomstolsprocesser för internationella investeringstvister ofta uppkommer på grund av handlingar från stater och berör publika intressen finns det, enligt min mening, ett större intresse av insyn från allmänheten. Inom ICSID har frågan om transparens behandlats på flera ställen. Generalsekreteraren för ICSID har en skyldighet att publicera information om existensen och utvecklingen av ännu inte avgjorda fall. Det slutgiltiga avgörandet publiceras dock enbart om parterna så samtyckt.⁴⁷ En viss utveckling mot ökad transparens har skett och sedan 2006 måste nu utdrag av de rättsliga skälen till avgörandet publiceras.⁴⁸ Om inte parterna avtalet annat är som regel allmänheten inte välkommen under någon del av förhandlingarna. Även i detta avseende har läget förändrats numera kan skiljedomstolen tillåta publik, förutsatt att ingen part motsätter sig det och efter att konsultation skett med Generalsekreteraren.⁴⁹ Vad gäller inlagor från tredje person får skiljedomstolen, efter godkännande av

⁴⁴ ICSID, Art. 26.

⁴⁵ ICSID, Art. 37(2)(b).

⁴⁶ ICSID, Art. 39.

⁴⁷ ICSID, Art. 48(5).

⁴⁸ ICSID, Arbitration Rule, Art. 48(4).

⁴⁹ ICSID, Arbitration Rule, Art. 32.

parterna, tillåta tredje person att skriftligen inkomma med inlägga om ett ärende inom den aktuella tvistens omfattning.⁵⁰

Ytterligare ett steg i ledet att öka transparensen inom investeringstvister har tagits genom skapandet av United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. Konventionen färdigställdes 2014 och har hittills signerats av 23 länder, varav Sverige är en av signatärerna.⁵¹ Genom konventionen åtar sig medlemsländerna att i alla internationella investeringsavtal ingångna efter 14 april 2014 tillämpa UNCITRAL Rules on Transparency to all Investor-State Arbitrations. Reglerna innehåller bland annat bestämmelser om publicering av information relevant för fallen så som annonsering av inkomna fall och avgöranden, publicering av inlagor och parter krav respektive försvar, och regler om utfrågningar och förhörs offentlighet. För att skydda särskilt känslig information finns i artikel 7 undantag mot ovan nämnda regler, undantag mot publicering kan till exempel göras för att skydda företagshemligheter.

4.3.5 Påföljdsbedömning

På grund av investeringstvisters karaktär och på sättet som investerare vanligen framställer sina yrkanden är påföljden för en förlorande stat ofta en skyldighet att ekonomiskt ersätta investeraren.⁵² Hur kompensation ska beräknas kan vara mycket komplicerat. Huvudregeln är att investeraren ska sättas i en position som om den felande handlingen inte skett. Som Permanenta internationella domstolen i Haag, PCIJ, uttryckte i fallet *Chorzow Factory Case*, ska ”reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”.⁵³

⁵⁰ ICSID, Arbitration Rule, Art. 37(2).

⁵¹ United Nations Commission on International Trade Law, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html (Hämtad 2018-12-01).

⁵² Dolzer & Schreuer (2012), s. 294.

⁵³ Case Concerning the Factory at Chorzow, Merits, 1928, PCIJ, Series A, No 17, s. 47.

En sådan beräkning är givetvis mycket svår att genomföra och vanligen tas ingen hänsyn till framtida spekulativa intäkter utan endast sådana som någorlunda säkert kunnat förutspås.⁵⁴ Vid en expropriation bestäms kompensationen enligt marknadsvärdet och vanligen genom ”The discounted cash flow method”, vilken innebär att man bedömer investeringens troliga projicerade inkomst. I ICSID-fallet *Enron v. Argentina* framhöll skiljedomstolen att de även har kompetens att utdöma andra påföljder än ekonomisk kompensation såsom ”performance” och ”injunction”.⁵⁵ Det är således inte endast ekonomisk ersättning som kan bli aktuellt. En djupare redogörelse för hur dessa uträkningar görs ryms inte i detta arbete.

4.3.6 Kostnad

Kostnaderna för ett internationellt skiljedomstolsförfarande består av tre olika kategorier, dels kostnaderna för användning av faciliteterna vid ICSID eller annat institut, kostnader för skiljemännen, och parternas respektive kostnader vilket till största del utgörs av juridisk representation.

Kostnaderna för en ICSID-process består av en ansökningsavgift på 25,000 USD, en årlig administrationsavgift på 42,000 USD och betalning för skiljemännens arbete under och i samband med processen på 3,000 USD per dag.⁵⁶ Har inte parterna själva reglerat frågan är det upp till ICSID-tribunalen att bestämma hur dessa kostnader ska fördelas mellan parterna.⁵⁷ Enligt UNCITRAL Arbitrations Rules ska däremot den förlorande parten stå för dessa kostnader.⁵⁸ I ICSID-fallet *ADC v Hungary*, konstaterade skiljedomstolen att kostnaderna i praktiken brukar åläggas den förlorande

⁵⁴ Dolzer & Schreuer (2012), s. 294-295.

⁵⁵ ENRON v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Art.79 och 81.

⁵⁶ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/services/Cost-of-Proceedings.aspx> (hämtad 2018-12-01).

⁵⁷ ICSID, Art. 61(2).

⁵⁸ ICSID, Art. 42(1).

parten, och såg ingen anledning att göra avsteg från den principen.⁵⁹ I andra fall har dock kostnaderna delats solidariskt mellan parterna, såsom i fallet *Nations Energy v. Panama*.⁶⁰

4.3.7 Verkställighet och ogiltighetsförklaring

4.3.7.1 ICSID och New York-konventionen

ICSID är ett självständigt institut vilket innebär att nationella domstolar inte har någon möjlighet att påverka processen. En nationell domstol kan inte heller ogiltigförklara ett avgörande från ICSID. Alla medlemsstater har åtagit sig att erkänna och verkställa avgöranden från ICSID, att inte göra så skulle vara ett brott mot konventionen och skulle ge investerarens hemstat rätt att vidta diplomatiskt skydd.⁶¹

Som ofta i skiljedomstolsförfaranden ligger stort fokus på effektivitet, till skillnad från nationella domstolar där, genom flera överprövningsinstanser, större fokus ligger på korrekthet. Inom ICSID kan ett avgörande ogiltigförklaras på grund av *“the Tribunal was not properly constituted”*, *“the Tribunal has manifestly exceeded its powers”*, *“there was corruption on the part of a member of the Tribunal”*, *“there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure”* eller *“the award has failed to state the reasons on which it is based”*.⁶² Eftersom avgörandena ger upphov till *res judicata* kan ingen part heller söka annan påföljd i annan domstol eller tribunal.

⁵⁹ ADC v Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, paras 531 och 533.

⁶⁰ Nations Energy v Panama, ICSID Case No. ARB/06/19, Award November 2010, para 716.

⁶¹ ICSID, Art. 53 och 27.

⁶² ICSID, Art. 52(1).

I fallet Mobil v Venezuela⁶³ ansökte Venezuela om ogiltigförklaring av ett tidigare avgörande på grunden ”*failure to state reasons*”.⁶⁴ Skiljedomstolen fann dock att invändningen inte egentligen grundades på avsaknaden av domskäl utan snarare att Venezuela hävdade att domskälen inneburit en felaktig rättstillämpning. Skiljedomstolens uppgift är inte att göra en ny materiell prövning av frågan, även om tidigare skiljedomstol kan antas ha gjorts ”*an error of fact or law*”.⁶⁵

För ogiltighet av avgöranden som inte skett genom förfarande enligt ICSID görs ogiltighetsansökan vid nationell domstol, vanligen där skiljedomstolen hade sitt säte eller i det land där verkställande söks.⁶⁶ Genom The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 åtar sig alla 159 medlemsländer att erkänna och verkställa skiljedomstolsavgöranden från ett annat medlemsland.⁶⁷ Artikel V i konventionen listar de olika skälen som kan leda till ogiltighet, dessa är bland annat ”*invalidity of the arbitration agreement, lack of proper notice of the arbitration proceedings, a decision in the award beyond the scope of the submission to arbitration, improper composition of the tribunal, a subject matter not capable of settlement by arbitration under the law of the state in question, and an award that is in conflict with the public policy of that state*”.

4.3.7.2 Verkställighet mellan EU-länder

Bilaterala investeringsavtal mellan EU-länder (intra-EU BITs) har sedan länge varit ifrågasatt av EU-kommissionen.⁶⁸ Kommissionen menar att intra-EU BITs kan leda till mer gynnsam behandling av parter från de

⁶³ Mobil v. Venezuela, ICSID CASE NO. ARB/07/27, Decision on Annulment.

⁶⁴ Mobil v. Venezuela, ICSID CASE NO. ARB/07/27, Decision on Annulment, par. 1.

⁶⁵ Mobil v. Venezuela, ICSID CASE NO. ARB/07/27, Decision on Annulment, par. 116-118.

⁶⁶ Dolzer & Schreuer (2012), s. 300.

⁶⁷ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Hämtad 2019-01-25).

⁶⁸ Skriftlig fråga 2015/16:1271 besvarad av Statsrådet Ann Linde.

avtalslutande medlemsländerna och således diskriminera parter från andra medlemsstater.⁶⁹ EU-kommissionen har ansett situationen allvarlig nog att inleda ett förfarande mot flera medlemsstater, Sverige inkluderat.⁷⁰ När frågan hamnade hos EU-domstolen resonerade dock domstolen om intra-EU BITs förhållande till unionsrätten även utifrån andra grunder än likabehandling.

I en begäran om förhandsavgörande från en nationell domstol behandlade EU-domstolen frågan om intra-EU BITs i förhållande till unionsrätten.⁷¹ I fallet, hädanefter kallad ”Achmea”, hade EU-domstolen att ta ställning till huruvida tvistlösningsmekanismen i ett bilateralt investeringsavtal mellan två EU-länder var förenlig med unionsrätten.⁷² EU-domstolen dömde att tvistlösningsmekanismer som den i Achmea undergräver unionsrättens autonomi.⁷³ EU-domstolen dömde vidare att artikel 267 och 344 FEUF ska tolkas så att de utgör hinder för skiljeavtal där en investerare från en medlemsstat får inleda ett skiljeförfarande mot en annan medlemsstat.⁷⁴ Detta innebär att det skydd som investerare i EU tidigare garanterats genom intra-EU BITs inte längre kommer kunna utnyttjas. Skydden genom intra-EU BITs blir i praktiken ogenomförbara när tvistlösningsmekanismen inte kan användas. Därutöver påverkar det skiljedomars erkännande och verkställighet.

Domen i Achmea kom mars 2018 och dess samtliga konsekvenser är ännu inte klargjorda. Exempelvis lyfter Generaladvokat Wathelet i sitt förslag till avgörande i Achmea att tillämpningsområdet för det skydd som unionsrätten erbjuder och det skydd som BITs erbjuder skiljer sig åt.⁷⁵ Generaladvokaten framhäver flera rättsregler som normalt återfinns i bilaterala investeringsavtal som saknar motsvarighet i unionsrätten och därför

⁶⁹ Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, s. 25.

⁷⁰ Skriftlig fråga 2015/16:1271 besvarad av Statsrådet Ann Linde.

⁷¹ C-284/16 EU:C:2018:158.

⁷² C-284/16 EU:C:2018:158 p. 5.

⁷³ C-284/16 EU:C:2018:158 p. 59.

⁷⁴ C-284/16 EU:C:2018:158 p. 60.

⁷⁵ C-284/16 ECLI:EU:C:2017:699 p. 180.

möjligen inte skulle utgöra hinder för prövning i skiljedomstol. Det är dock tydligt att tvistlösningsklausuler i intra-EU BITs inte är tillåtna. Det innebär att nationella domstolar i EU, som är skyldiga att följa EU-domstolens praxis, troligtvis systematiskt kommer att ogiltigförklara skiljedomar med grund i intra-EU BITs.⁷⁶ Därav är det praktiskt omöjligt att få en skiljedom genom ett intra-EU BIT erkänd eller verkställd i EU. Även om enskilda skiljenämnder ändå anser sig behöriga kommer samtliga nationella domstolar att ogiltigförklara dess skiljedom. Skiljedomar från skiljenämnder som fått sin behörighet genom ett intra-EU BIT men med säte utanför EU kommer på samma sätt stöta på problem i samband med verkställighet i EU.⁷⁷ Även om säteslandets nationella domstol inte ogiltigförklarar skiljedomen kan de europeiska domstolarna vägra erkännande och verkställande till följd av att deras begäran grundar sig i en skiljedom från intra-EU BIT. Verkställighet utanför EU riskerar att stöta på liknande motstånd då skiljedomar som ogiltigförklaras i säteslandet oftare inte heller erkänns eller verkställs i andra länder.⁷⁸

Frågan om de investeringsavtal där EU är part får genom Achmea ytterligare en dimension. EU-domstolen fasta rättspraxis gör det möjligt för EU att ingå avtal som upprättar en domstol med syfte att tolka och tillämpa avtalets bestämmelser utan att det påverkar unionens och rättsordningens autonomi.⁷⁹ EU-domstolen behandlar dock inte sådana investeringsavtal i sin dom. Detta lämnar det viktiga Energy Charter Treaty (ECT) utan klarhet. Huruvida Achmea sträcker sig till att även gälla ECT eller om ECT anses utanför domens tillämpningsområde till följd av EUs medlemskap återstår att se. I det nyligen avgjorda fallet *Foresight v Spain* dömdes Spanien att

⁷⁶ Kluwer arbitration, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/01/slovak-republic-v-achmeapolitics-came-play> (hämtad: 2019-01-25).

⁷⁷ Kluwer arbitration, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/01/slovak-republic-v-achmeapolitics-came-play> (hämtad: 2019-01-25).

⁷⁸ Kluwer arbitration, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/01/slovak-republic-v-achmeapolitics-came-play> (hämtad: 2019-01-25).

⁷⁹ C-284/16 EU:C:2018:158 p. 57.

ekonomiskt ersätta de kändande parterna från Italien, Danmark och Luxemburg. Fallet är intressant då det grundas på ECT. Hur det kommer påverka rättsutvecklingen återstår att se.⁸⁰

⁸⁰ Foresight and others v. Spain, Award 2018, SCC Case No. 2015/150.

5 Jurisdiktion inom bilaterala investeringsavtal

5.1 Jurisdiktion

5.1.1 Introduktion

Tillämpligheten av varje enskilt investeringsavtal regleras just i det investeringsavtalet. Generellt grundas tillämpligheten på att kriterierna ”investering” och ”investerare” ska uppfyllas. Dessa termer kan vara mer eller mindre definierade i investeringsavtalet. På det sättet avgör staterna investeringsavtalets omfång. För att illustrera hur jurisdiktionen kan bestämmas i ett investeringsavtal, har jag valt att redogöra för det senast ingångna bilaterala avtalet, vilket är investeringsavtalet mellan Brasilien och Guyana.⁸¹ Artikel 2(1) i sagda investeringsavtal stadgar att *”This Agreement shall apply to all investments made before or after its entry into force by investors of either Party in accordance with laws and regulations of the other Party in the territory of the latter”*. Investeringsavtalet omfattar därmed investeringar, gjorda av investerare från motparten.

5.1.2 Investering

Investering definieras generellt som en bred term i investeringsavtal, utan strikta gränser. Ofta definieras det såsom *”all assets”*, eller ett liknande uttryck, följt av en icke uttömmande lista av exempel.⁸² I och med detta har skiljedomstolar haft i uppdrag att avgöra om en investering omfattas av

⁸¹ Brazil-Guyana BIT (2018)

⁸² Dolzer & Shreuer, (2012) s. 63.

begreppet, då frågan varit omtvistad. I fallet *Fedax*,⁸³ introducerades fem kriterier som ska uppfyllas för att räknas som en internationell investering. Dessa var ”*certain duration*”, ”*certain regularity of profit and return*”, ”*assumption of risk*” ”*a substantial commitement*” ”*a significance for the host state’s development*”.⁸⁴ Fyra av dessa kriterier bekräftades i fallet *Salini*, varefter de ansetts generellt applicerbara, om investeringsavtalet inte tyder på det motsatta, och går under namnet *Salini-testet*. De fyra kriterierna är ”*contribution*”, ”*a certain duration of performance of the contract*”, ”*participation in the risks of the transaction*” och ”*contribution to the economic development of the host State*”.⁸⁵ Dessa bör tillämpas genom en samlad bedömning beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, och kan därmed inverka mer eller mindre.⁸⁶ I fallet *Phoenix* tolkade skiljedomstolen definitionen av investering, med hjälp av ytterligare två kriterier. Utöver de fyra kriterier som utgör *Salini-testet*, ansåg de att det fann krav på att investeringen skulle vara gjord ”*in accordance with the laws of the state*” och ”*bona fide*”.⁸⁷

I de tre nämnda fallen är bedömningen av vad som utgör et investering, trots en del likheter, inte identiska. Definitionerna av investering i investeringsavtalen som tillämpades i de olika fallen är dock väldigt snarlika. Definitionen av investering i investeringsavtalet mellan Nederländerna och Venezuela, som tillämpades i fallet *Fedax*, grundades i ”*every kind of asset*” följt av en icke uttömmande lista.⁸⁸ Definitionen av investering i artikel 1 i det bilaterala avtalet tillämpat i *Salini*, grundades på ”*all categories of assets*” följt av en icke uttömmande lista på exempel.⁸⁹ I fallet *Phoenix* definierades investeringar i investeringsavtalet mellan Israel och Tjeckien såsom ”*any kind of assets*” följt av en icke uttömmande lista

⁸³ *Fedax v Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3.

⁸⁴ *Fedax v Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, para 21-33.

⁸⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, para 52.

⁸⁶ Dolzer & Shreuer, (2012) s. 69.

⁸⁷ *Phoenix v Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, s.45.

⁸⁸ Netherlands – Venezuela BIT, Article 1(a)

⁸⁹ Italy-Morocco BIT, Article 1.

av exempel, som påminner om föregående.⁹⁰ Trots dessa likheter, fann skiljedomstolarna att begreppet investering skulle avgöras på tre olika sätt. Även om definitionen av investering bestämts någorlunda genom dessa rättsfall, har skiljedomstolarna fortfarande alltså stor diskretion att avgöra begreppet i sin rättstillämpning

För att öka förutsägbarheten kan stater i bilaterala investeringsavtal tydligare definiera exakt vad som ska utgöra en investering. Ett problem med detta är dock att en mer preciserad definition svårare följer den dynamiska rättsutvecklingen. I investeringsavtalet mellan Brasilien och Guyana, har till exempel investering definierats i Artikel 3(1)(3) enligt följande:

Investment means any kind of asset invested by investors of one Party, established or acquired in the territory of the latter Party, that allows, directly or indirectly, the investor to exercise control of the shareholding, or with a significant degree of influence over the management of the production of goods or provision of services in the territory of the other Party in accordance with the laws and regulations of each Party, including but not limited to:

Paragrafen följs av en icke uttömmande lista på exempel av vad som kan utgöra en investering. Som exempel listas bland annat “*shares*”, “*the rights of exploration, exploitation and use conferred by a license, permit or concession*” och “*intellectual property rights*”.

Artikeln har en uttömmande lista på 5 typer av investeringar som exkluderas från definitionen. Dessa är bland annat “*portfolio investments*”, “*claims to money that arise solely from commercial contracts*” och “*claims deriving from any expenses or other financial obligations incurred by the investor prior to the establishment of the investment*”.

⁹⁰ Israel – Tjeckien BIT

Även i detta investeringsavtal används alltså metoden att inkludera ”*any kind of assets*” följt av en icke uttömmande lista på exempel. En skillnad som parterna dock har gjort är att inkludera en lista på investeringar som inte ska omfattas av definitionen. I och med detta har parterna konkret bestämt vad som inte ska kunna tolkas in under begreppet och på så sätt ökat förutsägbarheten.

5.1.3 Investerare

5.1.3.1 Fysiska personer

Parterna definierar fritt vad investerare innebär genom sina investeringsavtal. Generellt inkluderas både fysiska och juridiska personer i definitionen. Vad gäller fysiska personer är definitionen relativt okomplicerad. Om inget särskilt bestämts, är medborgarskapet den avgörande faktorn. Bedömningen huruvida medborgarskap finns baseras på det lands lagar vars medborgarskap åberopas.⁹¹ En typisk svårighet som kan uppkomma är i situationer av dubbelt medborgarskap. Då investeraren haft medborgarskap från både värdstaten och hemstaten, har denne dock inte räknats som utländsk investerare. Så var fallet i *Champion v Trading*, då investerare med både amerikanskt och egyptiskt medborgarskap inte tilläts stämma Egypten enligt investeringsavtalet staterna emellan.⁹² Som sagt kan parterna själva definiera vilka fysiska personer som ska omfattas i begreppet investerare. I investeringsavtalet mellan Hongkong och Australien inkluderas enligt Artikel 1(f)(ii)(A) till exempel även personer som är ”*permanently residing in Australia in accordance with its law*”.⁹³

⁹¹ Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7.

⁹² Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9.

⁹³ Hong Kong-Australia BIT.

5.1.3.2 Juridiska personer

Mer komplicerat blir det oftare i frågan vilka juridiska personer som ska omfattas av begreppet investerare. Det finns två övergripande möjligheter att räknas som investerare. Den första är en utländsk juridisk person som uppfyller definitionen. Den andra är en juridisk person belägen i värdstaten, men som ändå räknas som utländsk på grund av definitionen i investeringsavtalet. Dessa kommer nedan presenteras genom två rättsfall.

Som ett exempel på hur begreppet investerare har definierats för juridiska personer, kan nämnas investeringsavtalet mellan Litauen och Ukraina.⁹⁴ Artikel 1(2)(b) definierar investerare såsom ”*any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations*”. Denna definition tockades i fallet *Tokios Tokelés v Ukraina*.⁹⁵ I fallet ägdes det utländska investerande företaget (Tokios) till 99 procent av medborgare från Ukraina. På grund av detta invände Ukraina att Tokios inte skulle räknas som investerare enligt investeringsavtalet.⁹⁶ Skiljedomstolen beaktade både ordalydelsen och investeringsavtalets syfte. Syftet med investeringsavtalet utlästes från preambeln och 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*”. Skiljedomstolen avgjorde att definitionen av investerare skulle grundas på kriteriet ”etablering i hemstaten i enlighet med dess lagar”. Tokios ansågs därför uppfylla kravet i avtalet och garanterades därför skydd.

Förutsatt att Ukraina faktiskt inte åsyftat att i princip inhemska investerare skulle omfattas av avtalet belyser detta fall svårigheten att författa förutsägbara definitioner. Enligt Dolzer & Schreuer är typiska faktorer som använts för att definiera investerare även dess säte, plats för administration

⁹⁴ Ukraine-Lithuania BIT.

⁹⁵ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18.

⁹⁶ Tokios Tokelés v Ukraina s. 8.

eller platsen för utövandet av dess faktiska verksamhet.⁹⁷ Problematiken i ovan redogjorda fall vore lika aktuell om något av dessa kriterier istället var kravet i definitionen, och slutsatsen skulle enligt min mening troligen vara att det använda kriteriet skulle tillämpas på samma strikta sätt.

En annan grund som används i investeringsavtal för att definiera investerare, är den som ges i investeringsavtalet mellan Bolivia och Nederländerna, i artikel 1(b)(iii).⁹⁸ Där definieras investerare bland annat som ”*legal persons controlled directly or indirectly by nationals of that Contracting Party, but constituted in accordance with the law of the other Contracting Party*”. De som omfattas av denna definition är juridiska personer etablerade i värdstaten, kontrollerade av personer från hemstaten. Betydelsen av denna definition tolkades av skiljedomstolen i fallet *Aguas del Tunari v Bolivia*.⁹⁹ Aguas var ett företag etablerat i Bolivia som hade ingått ett 40-årigt avtal med den bolivianska staten om att förse dricksvatten till staden Coccochamba.¹⁰⁰ Efter avtalets ingående övertogs majoriteten av ägandet av ett nederländskt företag.¹⁰¹ En tvist grundad i investeringsavtalet uppkom mellan Aguas och Bolivia. Aguas hävdade att de genom nederländsk kontroll omfattades av skyddet i investeringsavtalet.¹⁰² Efter att ha beaktat investeringsavtalets ordalydelse i ljuset av syftet kom skiljedomstolen fram till att den juridiska möjligheten till kontroll uppfyllde definitionen i investeringsavtalet, vilket innebar att det nederländska majoritetsägandet innebar att Aguas stod under utländsk kontroll i enlighet med investeringsavtalet.¹⁰³ I detta fall övertog det nederländska företaget ägandet i Aguas endast en månad innan avtalsbrottet.¹⁰⁴ Det skedde utan vetskap eller tillåtelse från Bolivias håll.¹⁰⁵ Situationen är problematiskt utifrån staters perspektiv eftersom att det blir svårt att förutspå vilka investerare

⁹⁷ Dolzer & Schreuer, (2012) s. 53.

⁹⁸ Netherlands-Bolivia BIT

⁹⁹ Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3.

¹⁰⁰ Aguas del Tunari v Bolivia, s. 12.

¹⁰¹ Aguas del Tunari v Bolivia, s. 14-16.

¹⁰² Aguas del Tunari v Bolivia, s. 18.

¹⁰³ Aguas del Tunari v Bolivia, s. 54-58.

¹⁰⁴ Aguas del Tunari v Bolivia

¹⁰⁵ Aguas del Tunari v Bolivia

som omfattas av investeringsavtalens skydd. Vilket investeringsavtal det inhemska etablerade företaget kan grunda sin talan på, kan ändras vid varje tillfälle dess utländska ägare förändras. Således riskerar stater att exponeras för fler stämningar och efterföljande skadestånd än de från början kanske var varse om.

Vissa stater ställer krav på att utländska investeringar ska ske genom lokalt etablerade företag.¹⁰⁶ I sådana fall blir en bestämmelse likt den ovan avgörande för att det inhemska företaget ska omfattas av investeringsavtalet, och kunna föra talan gentemot värdstaten i fall av brott mot investeringsavtalet. Enligt min mening är det främst i fall då det investerade företaget inte helt ägs av en enda person eller koncern, som denna grund är viktig. I det fallet har den utländska ägaren fortfarande partsställning över sin del av skadan, motsvarande sin andel av ägandeskapet. Dock är det inte säkert att övriga ägare omfattas av investeringsavtal. Om det lokalt etablerade företaget inte har självständig partsställning, går därmed möjligheten att kräva ersättning för hela skadan förlorad.

5.2 Carve outs

Ett sätt för stater att begränsa vilka och vad som ska omfattas av investeringsavtalen är att inrätta särskilda undantag i avtalen. Undantagen går vanligen under beteckningen ”carve outs” och kan dels gälla rena undantagsområden där avtalen i sin helhet inte ska gälla, men också situationer som stater kan åberopa för att undgå ansvar från en specifik skyldighet. Ett område som ofta undantas från avtalens tillämpningsområde är till exempel skattefrågor, som vanligen istället hanteras genom särskilda dubbelbeskattningsavtal. Vad gäller undantag för särskilda situationer ges ofta möjlighet för stater att, i annars avtalsstridigt handlande, vidta åtgärder

¹⁰⁶ Dolzer & Schreuer, (2012) s. 52.

för att garantera nationell säkerhet, publik ordning och återupprättandet av fred och säkerhet.¹⁰⁷ I modernare investeringsavtal ges allt oftare även undantag med som syfte att skydda miljö och mänskliga rättigheter.

Som exempel kan nämnas avtalet mellan Kina och Australien. Artikel 9.8 i avtalet stadgar följande:

For the purposes of this Chapter and subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures:

- (a) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (b) necessary to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement;
- (c) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; or
- (d) relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

Enligt klausulen undantas dessa punkter från ISDS så länge inte staterna vidtar åtgärderna diskriminerande.

¹⁰⁷ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s.272-275.

6 Standardskydd i bilaterala investeringsavtal

6.1 Introduktion

Även om det idag ingåtts närmre 3000 bilaterala investeringsavtal är innehållet i avtalen i många delar liknande. Att ha förståelse för vilket typ av skydd som generellt ges investerare är viktigt för att förstå vilken effekt avtalen kan ha och vilka skyldigheter som uppkommer för stater genom ingåendet av avtalen. Nedan kommer några skyddsklausuler vanligt förekommande i bilaterala investeringsavtal redogöras för.

Utländska direktinvesteringar och antagandet av investeringsavtal kan ge upphov till känsliga problem rörande bland annat staters suveränitet, exploatering av naturresurser och intern ekonomisk politik. Löpande i detta kapitel kommer vissa för- och nackdelar diskuteras.

6.2 National Treatment (NT)

En National Treatment (NT) klausul syftar till att säkerställa att utländska investerare inte behandlas sämre än inhemska investerare. NT-klausulerna kan tänkas ha betydelse i situationer där stater till exempel reserverat särskilda områden i ekonomin för nationella företag. Genom en typisk NT-klausul ges utländska investerare samma tillträde till dessa marknader.

Det är vanligt att stater i modernare investeringsavtal exkluderar vissa områden från denna typ av klausul. Andra restriktioner av klausulerna som förekommer är att särskilda prestationskrav tillåts ställas på utländska investeringar i syfte att staterna ska ha möjlighet att till exempel sätta vissa

krav och begränsningar på bland annat exportkvoter och lokala inköpskrav.¹⁰⁸ Ett exempel på en sådan klausul är den i investeringsavtalet mellan USA och Georgien, Den relevanta delen av Artikel 2 i nämnda avtal stadgar:

1. *"With respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of covered investment, each Party shall accord treatment no less favorable than that it accords, in like situations, to investments in its territory or its own nationals or companies"*.

2.(a) *"A Party may adopt or maintain exceptions to the obligations of paragraph 1 in the sectors or with respect to the matters specified in the Annex to this Treaty. In adopting such an exception, a Party may not require the divestment, in whole or in part, of covered investments existing at the time the exception becomes effective."*¹⁰⁹

Genom Artikel 2(a), har parterna gjort det möjligt att göra undantag från national treatment inom vissa områden. Dessa områden listas i investeringsavtalets Annex. USA har där förbehållit sig rätten att göra undantag i områden såsom *"atomic energy"*, *"subsidies and grants"*, *"licenses for broadcast"*, med fler. Georgien har förbehållit sig rätten att göra undantag inom områden såsom *"fisheries"*, *"government-supported loans"*, *"communication satellites"* med fler. Inom dessa områden är staterna alltså inte tvungna att behandla utländska investerare till samma standard som inhemska.

För att en NT-klausul ska vara tillämplig krävs att vissa kriterier är uppfyllda. Generellt behövs tre kriterier uppfyllas. För det första måste omständigheterna vara lika när man jämför behandlingen av den utländska investeraren med de nationella. För det andra måste behandlingen av den utländska investeraren anses vara mindre fördelaktig. Sist ska inget

¹⁰⁸ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 238-239.

¹⁰⁹ US-Georgia BIT, Art. 2.

godtagbart undantag heller finnas åberopbart.¹¹⁰ Dessa kriterier uttrycks även av skiljedomstolen i fallet UPS v Canada.¹¹¹ Vad liknande omständigheter faktiskt innebär har belysts i följande fall.

Fallet *Feldman v Mexico*¹¹² rörde en amerikansk investerare i Mexiko vars verksamhet var export av cigaretter. Mexiko hade ett system för skatteavdrag vid sådan export.¹¹³ Inledningsvis fick investeraren del av denna skatterabatt.¹¹⁴ Som följd av en rad lagändringar slutade dock investeraren få del av skatterabatten.¹¹⁵ Vid denna tid fanns två mexikanska företag som bedrev cigarettexport, som fick fortsatt rätt till skatterabatten.¹¹⁶ Skiljedomstolen hade att tolka NAFTA Artikel 1102(2), som innebar skyddet för national treatment.

Första kriteriet att tolka var ”*in like circumstances*”. Skiljedomstolen fann att utländska investerare vars verksamhet var att köpa cigaretter från mexikanska producenter för att exportera dem, var ”*in like circumstances*” som mexikanska företagare med samma verksamhet. Skiljedomstolen gick även ett steg längre i att förklara begreppet, och uttryckte att en situation som inte skulle betraktas vara ”*in like circumstances*”, vore de mexikanska verksamheter som själva tillverkar och exporterar cigaretter.¹¹⁷

Ytterligare ett intressant fall för tillämpningen av NT-klausuler är fallet *Corn Products v Mexico*.¹¹⁸ I fallet hade skiljedomstolen att tolka om en skattehöjning bröt mot kravet på national treatment. Fallet är intressant utifrån flera aspekter. Den första är att skattehöjningen inte direkt påverkade investeraren. Vidare var det två olika typer av produkter som påstods

¹¹⁰ Dolzer & Schreuer (2012) S.198. M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s. 238-239.

¹¹¹ United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, para. 83.

¹¹² Feldman v. Mexico, Case No. ARB(AF)/99/1, Award.

¹¹³ Feldman v. Mexico, Para. 7

¹¹⁴ Feldman v. Mexico, Para. 9.

¹¹⁵ Feldman v. Mexico, Para. 20

¹¹⁶ Feldman v. Mexico, Para. 23.

¹¹⁷ Feldman v. Mexico, Para 222.

¹¹⁸ Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Award.

behandlas olika, som skulle bedömas vara i ”*like circumstances*”. Till sist var skattehöjningarna generellt utformade och inte direkt diskriminerande.

CPI var en tillverkare av ”High Fructose Corn Syrup”, HFCS, ett sötningsmedel som används i läskedrycker. Genom ett helägt dotterbolag bedrev CPI framställning av HFC i Mexiko där de konkurrerade med tillverkare av sötningsmedel framställt på rörsocker.¹¹⁹ Mexiko beslutade att införa en skatt på 20 procent för alla läskedrycker innehållande andra sötningsmedel än de framställda av rörsocker.¹²⁰ Kärande gjorde bland annat gällande att Mexiko brutit mot NT-klausulen i NAFTA artikel 1102.¹²¹ I artikeln uppställs tre kriterier för att en handling ska anses strida mot national treatment. De är att ”*treatment*” ska ha vidtagits gentemot ”*the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition*”, att den utländska investeraren är i ”*like circumstances*” som en inhemsk investerare, och att sagda åtgärd är ”*less favourable than that accorded to the comparator*”.¹²²

Skiljedomstolen fann att skatten inte ålades kärande direkt, utan försäljare som använde kärandes sötningsmedel. I praktiken innebar det att användandet av kärandes produkt, skulle innebära en skatt som användandet av rörsocker inte innebar. Därmed kunde åtgärden anses vara riktad mot kärande.¹²³

I andra frågan, inledde skiljedomstolen med att jämföra socker och sötningsmedlet i fråga. Tidigare hade de båda produkterna i alla avseenden behandlats likvärdigt av Mexiko.¹²⁴ Produkterna var i direkt konkurrens med varandra såsom sötningsmedel inom dryckestillverkning, och behandlades likvärdigt av konsumenter.¹²⁵ På dessa grunder fann

¹¹⁹ Corn Products v Mexico, Para. 2.

¹²⁰ Corn Products v Mexico, Para. 3.

¹²¹ Corn Products v Mexico, Para. 115.

¹²² Corn Products v Mexico, Para. 117.

¹²³ Corn Products v Mexico, Para. 119.

¹²⁴ Corn Products v Mexico, Para. 124.

¹²⁵ Corn Products v Mexico, Para. 120.

skiljedomstolen kärende vara ”*in like circumstances*” som mexikansk sockerproducenterna.

Skiljedomstolen fann att skatterna infördes i syfte att diskriminera kärende och andra producenter av sötningsmedel, som samtliga var utländska. Detta finner de bevisat av Mexikos egna yttranden.¹²⁶ De går dock vidare i sitt resonemang, och uttrycker att denna avsikt inte är avgörande. Även om en sådan inte hade påvisats, hade skattehöjningen ansetts strida mot national treatment då den endast påverkade utländska investerare.¹²⁷

Från tolkningen av klausulerna i de två ovan nämnda fall har NT-klausulerna givits en bred tillämpning. För investerares del är det positivt. För stater innebär det att försiktighet måste vidtas vid införandet av ny lagstiftning. Enligt min mening är dock domskälen logiska och utgången i linje med syftet med NT-klausulerna.

6.3 Fair and Equitable Treatment (FET)

FET-klausulen är den mest återopade inom internationella investeringstvister och även den som majoriteten av alla vunna tvister baserats på.¹²⁸ Generellt garanteras investerare genom denna typ av klausul stabilitet och skydd för legitima förväntningar, transparens inom regelverk och beslut som kan påverka investeraren, garanti att kontraktuella förpliktelser följs, och skydd från tvång och trakasserier.¹²⁹ Problematiken med denna typ av klausulers vaga utformning har bland annat redogjorts för av UNCTAD. De kan inte heller dra någon slutsats om en exakt definition av begreppet.¹³⁰ Någon tydlig definition av vad som omfattas av begreppet Fair and Equitable Treatment finns inte. Som ska visas nedan återkommer i

¹²⁶ Corn Products v Mexico, Para. 137.

¹²⁷ Corn Products v Mexico, Para. 138.

¹²⁸ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, *FAIR AND EQUITABLE TREATMENT*.

¹²⁹ Dolzer & Schreuer (2012) S.131-160. M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s.240-241.

¹³⁰ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, *FAIR AND EQUITABLE TREATMENT*.

rättspraxis dock kriterier snarlika med de, i detta stycke, från doktrin nämnda kriterier.

Ett exempel på en FET-klausul är den i investeringsavtalet mellan Litauen och Lettland. Artikel 3(1) i nämnda avtal stadgar att ”*Each contracting state shall at all times ensure fair and equitable treatment*”. Klausulen ger inte mer vägledning angående skyddets omfattning än just orden *fair and equitable treatment*. I det nyligen avgjorda fallet *UAB v. Latvia*¹³¹ tolkade skiljedomstolen klausulen.¹³² Fallet rörde rättigheter kärande hade till ett 30-årigt avtal med en lettisk myndighet angående att tillgodose värmesystem. Tvisten uppstod då kärande hävdade att avtalet sagts upp i förtid, följt av nationalisering av deras tillgångar och menade bland annat att detta skett i strid med investeringsavtalets FET-klausul. Skiljedomstolen tog vägledning av de tre fallen *Biwater Gauff*,¹³³ *Saluka*¹³⁴ och *Waste Management*¹³⁵ som de ansåg illustrera praxis för tolkning av denna typ av klausul. Kriterierna som lyftes var bland annat ”legitimate expectations, good faith, transparency, consistency och non-discrimination”.¹³⁶ Skiljedomstolen ansåg att en samlad bedömning av flera kriterier ska göras.¹³⁷ Skiljedomstolen fann att det var det faktum att åtgärden i detta fall hade varit godtycklig som var avgörande i att bedöma att åtgärden stred mot Fair and Equitable Treatment.¹³⁸

Då det kan vara oerhört svårt att antecipera möjliga överträdelser av investerarens rättigheter är vagheten i dess formulering enligt min mening, vilken stöds av doktrin, troligen åsyftad snare än ett tillkortakommande och

¹³¹ *UAB E Enerģija v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33, Award.

¹³² *UAB E Enerģija v. Republic of Latvia*.

¹³³ *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, Para. 602.

¹³⁴ *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL, para. 309.

¹³⁵ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2")*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, para. 98.

¹³⁶ *UAB E Enerģija v. Republic of Latvia*, para. 832-834.

¹³⁷ *UAB E Enerģija v. Republic of Latvia*, para. 836-839.

¹³⁸ *UAB E Enerģija v. Republic of Latvia*, para. 887.

möjliggör en flexibel tolkning i enlighet med avtalens syften.¹³⁹ Någon mer självständig analys av begreppets innebörd ryms inte i detta arbete.

För att ge ett exempel på hur klausulen påverkat en stat ska avslutningsvis fallet *Foresight et. al. v Spain*¹⁴⁰ kort redogöras för.

I fallet hade kärke investerat i elkraftverk i Spanien. Vid tiden för investeringen, hade Spanien antagit föreskrifter som gynnade den typen av investeringar, i syfte att attrahera investeringar.¹⁴¹ Föreskrifterna innebar en viss kalkyl av vinsten som skulle göras.¹⁴² I och med den efterföljande finanskrisen, och lågkonjunktur i Spanien, föll elkonsumtionen i Spanien.¹⁴³ Detta innebar att intäkterna föll till den punkten att de utlovade vinsterna till investerarna blev för kostsamma för Spanien.¹⁴⁴ Frågan om föreskrifterna blev politiskt laddad, och som följd av detta, gjorde Spanien ändringar i föreskrifterna som innebar en lägre utlovad vinst.¹⁴⁵ Dessa ändringar i de utlovade garantier om ersättning ansåg kärke innebar brott mot klausulen om Fair and Equitable Treatment i ECT i Artikel 10(1).¹⁴⁶ Den relevanta delen av nämnda artikel lyder ” Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment”.¹⁴⁷ Skiljedomstolen fann att ändringarna innebar en ”total and unreasonable change” som inte kunnat förväntas av investerarna.¹⁴⁸ Därmed ansåg de Spanien ha brutit mot kravet på Fair and Equitable Treatment.¹⁴⁹ Kärke tilldelades som följd €39 miljoner.¹⁵⁰

¹³⁹ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s.240-241.

¹⁴⁰ *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150), Award.

¹⁴¹ *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150) para 54.

¹⁴² *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150) para 55.

¹⁴³ *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150) para 115.

¹⁴⁴ *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150) para 114.

¹⁴⁵ *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150) paras 119-120.

¹⁴⁶ *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150) para 280.

¹⁴⁷ ECT, art.10(1).

¹⁴⁸ *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150) para 397.

¹⁴⁹ *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150) para 398.

¹⁵⁰ *Foresight et. al. v Spain*, SCC ARBITRATION V (2015/150) para 540.

6.4 Expropriering

Generellt tillåter investeringsavtal att stater under vissa villkor exproprierar utländska investerares egendom. Ofta är dessa villkor formulerade i investeringsavtalets exproprieringsklausul. Kriterierna för en laglig expropriering inom investeringsavtal är enligt doktrin vanligen att exproprieringen ska ha skett för ett allmänt intresse, icke-diskriminerande och följt av snabb, adekvat och effektiv kompensation.¹⁵¹ Dessa kriterier gäller både direkt och indirekt expropriering, om investeringsavtalet inte gör någon skillnad på dessa.

För utländska investerare är en risk med en investering att den blir olagligt exproprierad. En expropriering kan vara direkt, men vanligast är att egendom exproprieras indirekt. Skillnaden är att indirekt expropriering inte påverkar investerarens titel till egendomen utan endast möjligheten att använda den på ett meningsfullt sätt. Om en åtgärd av en stat inte påverkar investerarens titel ändå i tillräckligt stor utsträckning påverkar investerarens kontroll eller det ekonomiska värdet på investeringen ska den likställas med direkt expropriering.¹⁵² Detta bekräftas bland annat i fallet *Telenor v Hungary*¹⁵³ där domstolen uttryckte att ”*the interference with the investor’s rights must be such as substantially to deprive the investor of the economic value, use or enjoyment of its investment*”.¹⁵⁴ Några exempel på, vad enligt doktrin, kan tänkas utgöra indirekt expropriering är till exempel situationer där ledningen av ett bolag tas över, när investerarens kontroll över bolaget i övrigt kraftigt minskar, när tillstånd vitala för investeringens funktion dras tillbaka eller nekas.¹⁵⁵

¹⁵¹ Dolzer & Schreuer (2012), s. 99.

¹⁵² M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s.437.

¹⁵³ *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award.

¹⁵⁴ *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, para.65.

¹⁵⁵ M.Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, s.437.

Ett exempel på en investeringsklausul i ett investeringsavtal, är Artikel 4(1) i investeringsavtalet mellan Cypern och Ungern.¹⁵⁶ Denna klausul ligger till grund för avgörandet i fallet *ADC v Hungary*,¹⁵⁷ som redogörs för nedan. Artikeln stadgar att:

“1. Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with:

- 1. (a) the measures are taken in the public interest and under due process of law;*
- 2. (b) the measures are not discriminatory;*
- 3. (c) the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation”*

Klausulen omfattar både direkta och indirekta exproprieringar. Vilka åtgärder som kan innebära expropriering definieras brett, såsom *“any measures depriving”*. Kriterierna som måste följas är även de rätt vaga, vilket innebär stor möjlighet för skiljedomstolar att tolka dessa på olika sätt.

Ett mycket relevant kriterium för uppsatsen syfte är *“public interest”*. Kriteriet har betydelse då stater vidtar åtgärder i syfte att ta tillvara på landets och medborgares intressen, och detta inverkar negativt på utländska investerare i staten. I fallet *ADC v Hungary* hade skiljedomstolen att bedöma huruvida Ungerns åtgärder innebar åtgärder i *“public interest”*.

I fallet uppstod en tvist grundad i investeringsavtalet mellan Cypern och Ungern. Kärande var ett företag etablerat i Cypern, som hade ingått ett avtal med Ungern om ombyggnation av Budapests flygplats, samt del utav den framtida driften av flygplatsen.¹⁵⁸ Enligt avtalet skulle kärande ha rätt till tre

¹⁵⁶ Cyprus-Hungary BIT.

¹⁵⁷ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary ICSID Case No. ARB/03/16

¹⁵⁸ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary ICSID Case No. ARB/03/16, para 94.

procent av flygplatsens intäkter.¹⁵⁹ Ungern antog senare en lagändring, som innebar att endast statligt kontrollerade enheter skulle kunna utöva driften av flygplatser i landet. Som anledning till detta gavs bland annat ”*strategic interests connected to these activities*”.¹⁶⁰ Som följd av detta mottog kärande ett brev som sade upp avtalet.¹⁶¹ Detta hävdar kärande innebar expropriation, då de förlorade rätt till ersättningen som driften av flygplatsen innebar.¹⁶² Skiljedomstolen fick ta ställning till om Ungerns agerande innebar expropriation enligt investeringsavtalets Artikel 4(1).¹⁶³ I bedömningen ingick frågan om Ungerns agerande kunde anses vara i ”*public interest*”. Skiljedomstolen fann att inget sådant intresse kunde påvisas.¹⁶⁴ Ungern hävdade att ”*strategic interests of the State*” låg som grund till åtgärden, men ansågs inte kunna förklara eller bevisa detta påstående.¹⁶⁵ Skiljedomstolen fann att det inte räckte att Ungern hävdade åtgärden hade vidtagits i allmänna intressen, då ett sådant kriterium vore verkningslöst. De krävde därmed att ett verkligt allmänt intresse som uppfylls skulle kunna påvisas.¹⁶⁶ Som följd av detta fann domstolen att åtgärden innebar en olaglig expropriation.¹⁶⁷ Ungern menade att regleringen hade införts i syfte att harmonisera landets legala system med EU. Något skiljedomstolen inte fann bevisat.¹⁶⁸

Vad som faktiskt utgör ett ”public interest” är i mycket lämnat för staterna att själva bestämma. Enligt min mening är denna hållning sund då beslutsfattarna i demokratiska samhällen, tillskillnad från skiljedomstolsmännen, är folkvalda och därmed bättre lämpade att avgöra om

¹⁵⁹ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary ICSID Case No. ARB/03/16, para 146.

¹⁶⁰ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary, para 182.

¹⁶¹ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary, para 187.

¹⁶² ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary, para 220.

¹⁶³ Cyprus-Hungary BIT.

¹⁶⁴ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary, para 429.

¹⁶⁵ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary, para 431.

¹⁶⁶ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary, para 432.

¹⁶⁷ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary, para 433.

¹⁶⁸ ADC Affiliate Limited v The Republic of Hungary, para 430.

en fråga är tagen för de allmännas intresse. I fallet *James and others v. United Kingdom* stadgade domstolen att en stats bedömning att en åtgärd var tagen för ett ”public interest” skulle respekteras ”unless that judgement be manifestly without reasonable foundation”.¹⁶⁹

Expropriering är som sagt en av de största riskerna för en investerare som investerar i ett annat land. Att hitta en balans där stater tillåts anta viktig lagstiftning för de allmännas intresse och samtidigt garantera tillräckligt starkt skydd för att attrahera investerare kan vara mycket svårt. Att stater givits stort utrymme att själva avgöra om det finns ett allmänt intresse är självklart en ökad risk för investerare, men är enligt min mening nödvändigt för att systemet ska fungera på bästa möjliga sätt. I *ADC v Hungary* godtogs inte Ungerns åberopade av ett allmänt intresse eftersom att det inte var tillräckligt grundat. Skiljedomstolens beslut borde enligt min mening fungera som en viktig begränsning av staters makt.

¹⁶⁹ *James and others v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, Judgement, 21 February 1986, para.46.

7 Philip Morris v Uruguay

7.1 Inledning

I tidigare avsnitt har några viktiga skydd i vanligt förekommande i bilaterala investeringsavtal redogjorts för och analyserats. I detta avsnitt kommer det uppmärksammade fallet *Philip Morris v Uruguay* redogöras för i sin helhet. Detta i syfte att dels vidare analysera ovan nämnda skydd men också för att skapa en mer övergripande bild av systemets uppbyggnad samt dess för- och nackdelar. Fallet rörde frågan om staters möjlighet att lagstifta i syfte att främja allmän hälsa gentemot inskränkningar denna lagstiftning hade på utländska investerare.

Åren 2008 och 2009 antog Uruguay två lagändringar angående utformningen av cigarettpaket. Dessa kallades för ”SPR” och ”80/80” regleringarna. Den förstnämnda innebar att cigarettförsäljare inte längre fick sälja flera varianter av ett av sina märken, såsom Marlboro Gold, Light, Red med fler. Den andra regleringen innebar att storleken på hälsovarningen på paketen ökades till att obligatoriskt täcka minst 80% av utrymmet, vilket innebar att endast 20% lämnades till varumärkets utformning. Philip Morris och dess återförsäljare Abal (”Kärande”), förde talan mot Uruguay genom ICSID, grundat i att dessa åtgärder bröt mot investeringsavtalet mellan Schweiz och Uruguay.¹⁷⁰

Regleringarna innebar enligt kärande att begränsningen i att använda sina skyddade varumärken innebar att deras immateriella rättigheter frantogs. Detta innebar brott mot bland annat Artikel 3(2) och Artikel 5, vilka ger skydd för fair and equitable treatment respektive mot expropriation.¹⁷¹

¹⁷⁰ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 9-10.

¹⁷¹ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 11-12.

7.2 Fråga om jurisdiktion

Uruguay invände i första hand mot att ICSID tribunalen har jurisdiktion över tvisten. Utgångspunkten för bedömningen av jurisdiktion tog skiljedomstolen i ICSID-konventionens Artikel 41, som stadgar att skiljedomstolen själv ska ta ställning över sin jurisdiktion. I detta fall innebar det att skiljedomstolen skulle bedöma huruvida jurisdiktion fanns dels enligt ICSID-konventionens och enligt investeringsavtalet.¹⁷²

En central fråga skiljedomstolen hade att ställa sig till i detta var Uruguays invändning att ingen investering hade gjorts i enlighet med ICSID-konventionens artikel 25(1). Enligt Uruguay finns det ett krav på att investeringen ska bidra till statens utveckling i definitionen av investering, enligt Salini-testet.¹⁷³ Kärandes bidrag till statens utveckling, ansåg de genom försäljning av cigaretter snarare hade varit negativ.¹⁷⁴

Generellt ansåg domstolen det vara klarlagt att definitionen av investering lämnats obestämd i syfte att lämna utrymme för en flexibel tolkning.¹⁷⁵ Detta utgjorde en kompromiss mellan intressen av stater som exporterar kapital, som eftersträvade en brett omfattande definition av uttrycket, samtidigt som kapitalimporterande stater gavs möjligheten enligt Artikel 25(4) att exkludera de typer av fall en stat inte vill lämna jurisdiktion över till ICSID.¹⁷⁶

Skiljedomstolen fann att ICSID-konventionens ”object and purpose”, vilket enligt preamblen är *“the need for international cooperation for economic development and the role of private international investment therein”* inte

¹⁷² Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 22.

¹⁷³ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 177.

¹⁷⁴ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 181.

¹⁷⁵ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 196.

¹⁷⁶ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 198.

var av betydande hjälp vid tolkningen av definitionen.¹⁷⁷ Den slutsats skiljedomstolen kunde dra var att en bred tolkning ska göras.¹⁷⁸

Skiljedomstolen ansåg att ingen ”*jurisprudence constante*” fanns vis a vis Salini-testet. Tillämpningen av testet har varierat genom olika skiljedomstolars avgöranden, och enighet om vad testet innebär kan, enligt skiljedomstolen, inte sägas finnas.¹⁷⁹ Skiljedomstolen ansåg att testet kan användas på så sätt att kriterierna utgör ”typical features of investments under the ICSID Convention”, men innebär inte några ”mandatory legal requirements”. Faktum att inte samtliga kriterier är uppfyllda innebär därmed inte att definitionen av investering inte kan vara uppfylld.¹⁸⁰

Bidrag till statens ekonomiska utveckling, ansåg de vara det mest kontroversiella kriteriet i Salini-testet. Bedömningen av ett sådant kriterium problematiseras av att skiljedomstolen skulle behöva en efterhandsbedömning av investeringens åsyftade effekter vid tidpunkten när den gjordes.¹⁸¹

Skiljedomstolen ansåg att investeringens långsiktiga och betydande aktiviteter i Uruguay räcker för att kravet på investering ska vara uppfyllt. Då de inte ansåg att samtliga kriterier i Salini-testet måste uppfyllas, ansågs det inte göra någon skillnad huruvida dessa aktiviteter bidrog till statens utveckling eller inte, och lämnade därmed den bedömningen därhän.¹⁸²

¹⁷⁷ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 201.

¹⁷⁸ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 202.

¹⁷⁹ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 206.

¹⁸⁰ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 206.

¹⁸¹ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 207.

¹⁸² Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 209.

Skiljedomstolen fann därmed att en investering hade gjorts i enlighet med ICSID-konventionen.¹⁸³

7.3 Fråga om expropriation skett

Skiljedomstolen behandlade först frågan om expropriation, och sedan frågan om FET.

Skiljedomstolen fann att regleringarna inte hade inneburit att den legala titeln till egendomen, bestående av de immateriella rättigheterna, hade fråntagits käreande. Därmed kunde det endast vara en fråga om indirekt expropriation.¹⁸⁴ I investeringsavtalet definieras indirekt expropriation såsom “*any other measure having the same nature or the same effect*”.¹⁸⁵ För att finna att en åtgärd inneburit indirekt expropriation måste åtgärden inneburit en “*major adverse impact on the Claimants’ investments*”, såsom “*substantial deprivation of its value use or enjoyment*”.¹⁸⁶

Skiljedomstolen fann att 80/80 regleringen inte innebar expropriation av rätten att använda varumärket, då cigarettpaketet även efter regleringarna tydligt syntes på paketet.¹⁸⁷

I sin vidare bedömning fann skiljedomstolen att käreandes verksamhet har haft en ökande vinst trots regleringarna. Käreande hävdade dock att vinsten hade varit ännu bättre utan dessa. Skiljedomstolen fann dock att den fortsatta vinsten innebar att det kvarstätt tillräckligt värde i verksamheten efter regleringarna, varför ingen expropriation ansågs ha skett.¹⁸⁸

¹⁸³ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para 236.

¹⁸⁴ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 191.

¹⁸⁵ Switzerland-Uruguay BIT Article 5(1).

¹⁸⁶ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 234.

¹⁸⁷ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 276.

¹⁸⁸ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 286.

Skiljedomstolen gick vidare i sin bedömning, för att besvara hur frågan om att skydda ”*public health*”, kunde inverka på frågan om expropriation. De ansåg att sagda syfte länge erkänts som en grundläggande del i staters suveränitet.¹⁸⁹ Utövandet av suveränitet i frågor såsom ”*public order*” och ”*health or morality*”, genom expropriativa åtgärder, ansåg de inte ska leda till kompensation.¹⁹⁰ Ytterligare krav för att detta ska gälla är, enligt skiljedomstolen, att åtgärden vidtagits i ”*good faith*”, varit icke diskriminerande och proportionerlig.¹⁹¹

Uruguays åtgärder i syfte att värna om folkhälsan, uppfyllde nämnda krav. Även på denna grund kunde de inte anses utgöra expropriation enligt investeringsavtalet.¹⁹²

Skiljedomstolen gick vidare och bedömde ifall åtgärderna inneburit brott mot *fair and equitable treatment*. Hur bedömningen görs ansåg de bero på omständigheterna i det aktuella fallet. De identifierade följande kriterier som tidigare använts i bedömningen: ”*transparency and the protection of the investor’s legitimate expectations; freedom from coercion and harassment; procedural propriety and due process, and good faith*”.¹⁹³

I detta fall ansåg de att huruvida åtgärderna var ”*arbitrary*” och ifall de brutit mot de ”*legitimate expectations*” kärke haft, var de centrala kriterier för att avgöra frågan.¹⁹⁴

Definitionen av ”*arbitrary*” som fått genomslag i praxis fann de vara uttryckt i fallet *ELSI*, och innebar ”*a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety*”.¹⁹⁵ Uruguays åtgärder fann de inte vara av sådan karaktär.

¹⁸⁹ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 291.

¹⁹⁰ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 295.

¹⁹¹ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 305.

¹⁹² Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 306-307.

¹⁹³ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 320.

¹⁹⁴ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 324.

¹⁹⁵ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 390.

Åtgärderna antogs för att skydda allmän hälsa, i enlighet med rekommendationer av bland annat WHO.¹⁹⁶ Skiljedomstolen fann att svarande inte behövde bevisa att åtgärderna faktiskt uppfyllde det mål de var åsyftade att göra, utan att det räcker att de var rimliga åtgärder för att göra detta när de antogs.¹⁹⁷ Skiljedomstolen fann därmed att inget pekade på att regleringarna skulle vara ”*arbitrary, grossly unfair, unjust, discriminatory or a disproportionate measure*”.¹⁹⁸

För att det ska ha funnits ”*legitimate expectations*”, ansåg skiljedomstolen att sådan måste specifikt ha gjorts av staten för att attrahera investerare. Endast faktum att lagstiftningen vid tiden för investeringen innebar ett visst rättsläge, kan inte anses innebära en förväntning att den inte kommer att förändras i framtiden.¹⁹⁹ Inga sådana specifika garantier kunde kärende visa att Uruguay skulle ha lämnat. Investerare verksamma inom branscher av skadliga varor, såsom cigaretter, borde, enligt skiljedomstolen, snarare ha en förväntning om att regleringar i framtiden mycket väl kan förändras till det strängare.²⁰⁰ Därmed fanns inga ”*legitimate expectations*” för Uruguay att bryta mot.²⁰¹

Sammantaget ansåg skiljedomstolen detta innebära att Uruguays åtgärder inte innebar brott mot fair and equitable treatment.

7.4 Analys

Rättsfallet är, enligt min mening, intressant främst utifrån fyra aspekter som belyses i fallet. Dessa är skiljedomstolens jurisdiktion och tillämpningen av Salini-testet, bedömningen av ifall berättigade åtgärder kan anses innebära expropriation, och vad *legitimate expectations* innebär inom standarden fair and equitable treatment.

¹⁹⁶ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 391.

¹⁹⁷ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 409.

¹⁹⁸ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 410 och 420.

¹⁹⁹ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 426.

²⁰⁰ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 429-430.

²⁰¹ Philip Morris v Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, para 434.

Salini-testet är enligt flera det avgörande testet som ska tillämpas för att definiera investering, särskilt inom ICSID-konventionen. Skiljedomstolen ansåg dock att testet hade lägre ställning inom praxis än vad vissa hävdar, och använde det snarare såsom kriterier som kan vägleda en bedömning av vad en investering är. På grund av detta, ansåg de inte det vara problematiskt att försäljningen av cigaretter kan anses ha ett motsatt syfte till det fjärde Salini-kriteriet, vilket är att bidra till statens utveckling. Därmed ansåg de en investering ändå vara gjord, även om det hade kunnat påvisas att den har negativ påverkan på staters utveckling.

Vid bedömning av expropriation, tolkade skiljedomstolen in undantag som inte uttryckligen framgår av investeringsavtalet. Med vägledning av The Vienna Convention on the Law of Treaties och internationell sedvanerätt ansåg de att åtgärder inte bör anses expropriativa då de gjorts av godtagbara anledningar. Exempel på godtagbara anledningar gav de, såsom "*public health*", och "*public order*". De fann dock inte att en godtagbar lista på godtagbara undantag fanns, utan lämnade därmed läget rätt öppet för framtida skiljedomstolar att finna vad som kan rymmas inom detta. Tre krav de ställde var dock att åtgärden ska vara vidtagen i "*good faith*", vara icke diskriminerande, och ingripandet proportionerlig gentemot dess syfte.

Till slut redogjorde skiljedomstolen för vad "*legitimate expectations*" innebar inom FET-klausulen. De fann att förväntningarna måste grundas i ett konkret yttrande från statens håll. Detta sker vanligtvis genom någon form av garanti till utländska investerare. I brist på något sådant yttrande, kan investeraren inte hävda att den hade rimliga förväntningar att rättsläget inte skulle kunna komma att ändras. Detta gäller särskilt skadliga områden såsom cigarettförsäljning. Inom dessa områden kan investeraren inte ha rimliga förväntningar att rättsläget inte kan komma att ändras drastiskt.

Enligt min mening är skiljedomstolens domskäl väl underbyggda och utgången i fallet logisk. Som visats i detta arbete är många av reglerna i de

bilaterala investeringsavtalen vagt utformade och stor diskretion ges skiljedomstolarna, vilket även tydliggörs i detta fall. Den vaga utformningen leder onekligen till viss osäkerhet. Osäkerheten är negativ för både investerare och stater. För stater då det kan vara osäkert huruvida det är möjligt att införa ny lagstiftning utan att bryta mot ingångna avtal och för investerare då det blir svårt att bedöma styrkan av skydden. Fallet belyser dock hur stater via tolkningsregler och tydligt formulerade syften kan styra utgången trots vagt formulerade klausuler.

8 För- och nackdelar med bilaterala investeringsavtal

8.1 Inledning

I detta arbete har redogjorts för delar av investeringsrättens utveckling, hur starka nyliberala strömningar influerat stora delar av den globala ekonomiska utvecklingen. Ett urval av några vanligt förekommande typer av klausuler har redogjorts för och dess betydelse klargjorts. I detta kapitel kommer, i några viktiga hänseenden, för- och nackdelar med dessa redogöras för utifrån främst ett juridiskt perspektiv.

8.2 Regulatory chill

Stater är suveräna och kan utan inblandning av andra stater styra inom sina territorier. Stater är fria att bestämma över politiska, sociala och ekonomiska prioriteringar så länge inget brott görs mot internationella regler. Stater är även fria att avtala bort denna suveränitet vilket de alltid i viss mån gör när de ingår internationella avtal. Genom att ingå investeringsavtal begränsar stater sin lagstiftningsförmåga då de riskerar att bli stämnda om ny lagstiftning bedöms strida mot avtalen. Detta problem brukar gå under benämningen regulatory chill och innebär att stater avhåller sig från att lagstifta på grund av risken att bli stämd.

Bredden på problemet beror helt på hur stater valt att utforma investeringsavtalen. Stater kan till exempel begränsa avtalen tillämpningsområde i syfte att behålla större lagstiftningsförmåga. Detta kan till exempel göras genom särskilda carve out-klausuler, där hela områden undantas från avtalen. Ett annat alternativ är att endast i utvalda klausuler undanta specifika områden.

Ett problem med många investeringsavtal är att skydden i dem är vagt formulerade vilket ger skiljedomstolarna brett tolkningsutrymme. Svårigheterna att definiera innebörden av till exempel en FET-klausul leder till viss oförutsägbarhet vilket kan antas inverka negativt på staters benägenhet att anta ny viktig lagstiftning. Detta eftersom stater kan antas avhålla sig från att anta en viss lag om det finns risk att den bryter mot ett investeringsavtal. Ett sätt att öka förutsägbarheten är att tydligare definiera innebörden av specifika skydd i avtalen. Världshandeln är dock dynamisk och att förutspå möjliga framtida situationer är svårt. Genom vagare formuleringar ges större möjlighet till tolkning i enligt med avtalens syfte och avtalen kan på så sätt bättre anpassa sig till tiden.

Som ovan tydliggjorts finns flera sätt på vilka stater kan undvika att deras lagstiftningsförmåga begränsas i för stor grad. Skulle stater i syfte att skydda sig mot alla möjliga tänkbara scenarier undanta ett stort antal sektorer och garantera att lagstiftning för särskilda intressen alltid får göras urholkas skyddet i investeringsavtalen och dess syfte kan då ifrågasättas.

Fallet *Foresight et. al. v Spain*, som tidigare redogjorts för, belyser en del av denna problematik. I fallet hade Spanien utfäst vissa garantier till investerarna i syfte att attrahera investeringar till den delen av ekonomin. På grund av förändrade ekonomiska förhållanden i landet beslutade Spanien att vidta åtgärder med följden att dessa garantier inte längre uppfylldes. Åtgärden ansågs strida mot FET-klausulen i åberopat avtal och Spanien tvingades betala käranden €39 miljoner. Trots att åtgärden ansågs nödvändig för landets ekonomi stred den mot investeringsavtalet och ledde till ersättningskyldighet. För investerarens del var det troligen av stor vikt att kunna lita på de löften Spanien utfärdat och dessa ”legitimate expectations” skyddas av FET-klausuler. Hade Spanien inte givit detta skydd hade de kunnat undgå ansvar. En avvägning måste därför alltid göras.

I detta arbete har flera fall redogjorts för där stater blivit ersättningskyldiga på grund av att åtgärder vidtagna av staten bedömts strida mot investeringsavtal. Enligt min mening ligger det dock i investeringsavtalens natur att staters lagstiftningsförmåga inskränks. Det är en nackdel med avtalen men en naturlig följd om investeringsavtal av denna typ fortsätter att tillämpas.

8.3 Rättssäkerhet

8.3.1 Prövning av beslut

Det har tidigare i arbetet redogjorts för möjligheterna att få ett skiljedomstolsavgörande av en investeringstvist prövad. Dessa möjligheter är begränsade, särskilt vad gäller avgöranden från ICSID. Som bekräftas i fallet *Mobil v Venezuela* kan inom ICSID till exempel ingen prövning av skiljedomstolens materiella tillämpning göras. Som ofta i skiljedomstolsförfaranden ligger stort fokus på effektivitet till skillnad från nationella domstolar där, genom flera överprövningsinstanser, större fokus följaktligen ligger på korrekthet. I demokratiska samhällen gäller the rule of law och överprövningsinstanser garanterar att beslut fattats i laga ordning och att lagar tillämpats korrekt. Inom investeringstvister finns som sagt sällan denna möjlighet, vilket enligt min mening kan anses problematiskt då dessa tvister ofta berör de allmännas intressen och vikt därför borde läggas på att garantera korrekt rättstillämpning. Att driva en process dock mycket kostsamt och skulle möjlighet finnas för överprövning skulle processer riskeras bli ännu dyrare. Risken för felaktig rättstillämpning måste vägas mot bland annat fördelen av effektivitet.

8.3.2 Transparens

Tvister grundade i investeringsavtal berör ofta åtgärder vidtagna av stater och besluten i tvisterna kan ha stor betydelse för ett land. Det kan av den anledningen anses viktigt att allmänheten har insyn i processen. Vad gäller

de allmännas insyn i internationella investeringstvister har mycket gjorts och det går inte att idag, som förr påstods, beskriva skiljedomstolar som hemliga och obskyra.²⁰² Som visats i tidigare kapitel har ICSID sedan 2006 infört regler som syftar till att öka transparensen. Problemet med dessa regler är dock att väldigt få är tvingande och stort utrymme ges parterna att hålla information konfidentiell. Ett liknande arbete har även gjorts genom antaganden av United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. Dessa är tvingande och tillfredsställer i min mening de krav på transparens som är rimliga att ställa från allmänhetens sida. Reglerna gäller dock bara för tvister grundade i investeringsavtal mellan länder som har skrivit under konventionen och som ingåtts efter 2014. Den nackdel med denna typ av investeringsavtal är således inte lika aktuell idag då många stater signerat nämnda konvention.

En anledning till varför investerare i kommersiella tvister väljer skiljedomstolsförfarande är möjligheten att hålla information konfidentiell. En ökad möjlighet till att hålla processer konfidentiella skulle minska risken för investeraren och därmed rimligtvis inverka positivt på inflödet av utländska direktinvesteringar. Även här måste stater göra en noga avvägning mellan möjligheten för allmänhetens granskning och investerares önskan om att potentiella tvister hålls konfidentiella.

8.4 Oförutsägbarhet

8.4.1 Vaga formuleringar

I arbetet har dels jurisdiktionen inom investeringsavtal redogjorts för men också tre vanligt förekommande skydd. Gemensamt för dessa klausuler är

²⁰² Se till exempel, New York Times, *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say*, (2001), <https://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obs-cure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html>, (hämtad 2018-12-06).

att de är vagt formulerade och stort tolkningsutrymme har givits till skiljemännen. Även om klausulernas betydelse i vissa fall tydligare definierats genom praxis finns situationer där dess tillämplighet kan antas vara osäker. Som skiljedomstolen till exempel uttryckte angående tolkningen av FET-klausulen i fallet *UAB v. Latvia* ska en samlad bedömning göras i ljuset av bland annat avtalets syfte. En bedömning av en viss fråga kan därför inte göras generellt utan beror på omständigheterna i det specifika fallet och avtalet.

I fallet *Tokio Mokeles*, som redogjorts för tidigare, hade skiljedomstolen att tolka definitionen av investerare enligt investeringsavtalet. Investerare var definierat som en juridisk person etablerad i endera stat. Detta krav uppfyllde företaget Tokio Mokeles. I praktiken blev det dock ägarna av Tokio Mokeles, de två ukrainska medborgarna, som fick lov att föra ett internationellt skiljeförfarande mot just Ukraina. I syftet uttrycktes inte mycket mer än att avtalet syftade till att främja internationella investeringar. Skiljedomstolen hade därför inget att använda sig av för att finna att investeraren inte skulle omfattas av investeringsavtalet, med som följd att en väldigt bred krets investerare ansågs omfattas.

Som nämnts är anledningen till klausulernas vaga formulering troligen åsyftad och ämnad att bättre anpassa avtalen till den dynamiska marknaden. De två ovan nämnda fallen visar dock på viss problematik med klausulerna utformning. Enligt min mening kan de negativa effekterna begränsas genom att tydligare definiera syftet med specifik investeringsavtal och där det är möjligt tydligare definiera klausulerna.

8.4.2 Bristande prejudikatverkan

Inom ISDS finns ingen skyldighet för skiljedomstolar att följa tidigare avgöranden vilket bidrar till ökad oförutsägbarhet. Hur stort problem det egentligen är kan dock diskuteras. Investeringsrätten består av närmre 3000

bilateral avtal vilka har blivit förhandlade av olika parter med varierande syften och formuleringar. En skiljeman måste tolka de subjektiva reglerna i varje avtal främst i dess allmänna ordalydelse men också i ljuset av det specifika avtalets mål och syfte.²⁰³ Eftersom att investeringsrätten inte är ett multilateralt system är det betydligt svårare att etablera rättspraxis och skillnader i tolkning av liknande klausuler är en naturlig konsekvens av systemet och inte en direkt brist i själva tvistelösningsmekanismen.

8.5 Verkställighet

En stor fördel med ett avgörande från skiljedomstol jämfört med en dom från nationell domstol har tidigare varit möjligheten att enkelt få domen verkställd i andra länder. En väldigt stor del av världens länder är medlemmar av New York konventionen och har därmed åtagit sig att erkänna skiljedomar från andra medlemsländer. En käre kunde därför få domen verkställd i alla länder där svarande hade tillgångar. I och med Achmea har dock denna fördel förtagits och systemet med ISDS har på ett stort område i världsekonomin blivit helt meningslöst.

8.6 Konkurrensen mellan nationella och utländska investerare

Bilaterala investeringsavtal och systemet med ISDS kan i vissa fall skapa en obalans och orättvisa mellan inhemska och utländska investerare. Detta genom att utländska investerare ges större skydd än inhemska och tillgång till annan tvistelösningsmekanism. Det finns dock, enligt min mening, vissa skäl till denna särbehandling. Som visats tidigare kan utländska direktinvesteringar vara viktiga utifrån många aspekter, majoriteten av de

²⁰³ VCLT, Art 31(1) stadgar: ”A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.

positiva effekterna uppkommer dock redan i samband med den initiala investeringen. Det är vid den initiala investeringen som bland annat majoriteten av allt kapital förs in i landet. Av den anledningen kan det finnas en risk att stater inte kommer ta hänsyn till redan etablerade utländska investerares resultat på samma sätt som för nationella företags vid införandet av ny lagstiftning. Vidare har inhemska investerare ofta möjlighet att påverka politiska beslut, något utländska investerare inte har i samma utsträckning. Det finns därför en ökad risk för utländska investerare, vilken kan leda till att färre och mindre investeringar görs än optimalt om inte stater minskar denna risk genom en positiv särreglering för utländska investerare. Dessutom är bilaterala investeringsavtal reciproka och samma fördel som till exempel en europeisk investerare har i USA, har den amerikanska investeraren i samma EU-land.

8.7 Bilaterala investeringsavtals antalet och storleken av utländska direktinvesteringar

Ett skäl för att ingå olika investeringsavtal är att de kan antas leda till en ökning av inflödet av utländska direktinvesteringar, vilket i sin tur kan leda till ekonomiska fördelar för länderna. Nedan kommer detta påstående närmre redogöras för med utgångspunkt i ekonomisk teori.

Vad gäller investeringsavtals faktiska inverkan på antalet och storleken av utländska direktinvesteringarna har flera studier gjorts. Resultaten är varierande, vissa studier har inte kunnat visa några empiriska bevis på att investeringsavtal skulle leda till en ökning av direktinvesteringar medan andra kommit till motsatt resultat. Enligt UNCTAD visar majoriteten av studierna dock att investeringsavtal har en positiv effekt. Den stora skillnaden i dessa studier menar de bero på att de som visat positiva effekter har tagit hänsyn inte bara till antalet bilaterala investeringsavtal i förhållande

till utländska direktinvesteringar utan även kvaliteten på de avtal som ingått i studien.²⁰⁴

Att empiriskt visa att antalet utländska direktinvesteringar ökat som följd av specifika investeringsavtal är, enligt min mening, oerhört svårt eftersom flera faktorer kan antas påverka en investerares benägenhet att investera. Om man antar att investeraren är rationella borde dock benägenheten att vilja göra en investering öka i takt med att risken med samma investering minskar. Visserligen är risken oftast kopplad till den potentiella vinsten vilken också inverkar på investerarens beslut. Det är dock stora multinationella företag som står för majoriteten av utländska direktinvesteringar.²⁰⁵ Med antagandet att dessa är riskaversiva borde en minskad risk därför vara positivt för inflödet av utländska direktinvesteringar.²⁰⁶

Ytterligare en faktor som kan bidra till ökat inflöde av utländska direktinvesteringar är systemet med ISDS. Bilateral investeringsavtal skapar ett visst skydd som en investerare kan förlita sig på under ett antal år. Genom skyddet minskar risken med de flesta av de orosfaktorer som typiskt kan associeras med investeringar i ett annat land. Genom tillgång till ISDS ges investeraren kontroll över potentiella brott mot investeringsavtal och kan själv inleda process utan att behöva förlita sig på till exempel diplomatiskt skydd. Enligt samma resonemang som i föregående stycke kan ISDS inverka positivt på utländska direktinvesteringar.

Investeringsavtal skyddar ofta mot godtyckligt och diskriminerande handlande genom till exempel FET-klausuler. Dessa sätter generellt krav på stater att bland annat garantera självständiga domstolar och effektiva myndigheter för administration. Detta kan enligt min mening stärka the rule of law och kvaliteten av nationella institutioner. För att attrahera utländskt

²⁰⁴ UNCTAD, *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment*, s. 1-10.

²⁰⁵ Bruce A. Blonigen, *Foreign Direct Investment Behavior of Multinational Corporations*.

²⁰⁶ Rättsekonomi en introduktion, s. 206-207.

kapital har det visats att det är avgörande med bland annat starka välfungerande institutioner, politisk stabilitet och att ”the rule of law” gäller i landet.²⁰⁷ Genom investeringsavtal finns en ökad möjlighet att stabilare rättssystem skapas runt om i världen med som följd att utländska direktinvesteringar ökar, vilket i sin tur kan leda till global ekonomisk tillväxt.

²⁰⁷ ICSID Review, Vol. 33, No.1 (2018), s. 39.

9 Slutsats

Någon klar definition av de olika delarna av investeringsavtal som redogjorts för i detta arbete verkar inte kunna ges. Detta beror dels på att stater verkar ha åsyftat en vag formulering i syfte att bättre anpassa avtalen för framtida förhållanden men också på grund av att någon enhetlig praxis inte går att skapa. Att någon enhetlig praxis inte går att skapa beror dels på att varje avtal i viss mån är unikt då det är förhandlat under olika omständigheter med olika parter, men också på grund av att inte endast ett skiljedomstolsinstitut avgör frågorna. Även inom ett och samma skiljedomstolsinstitut saknas skyldighet att följa tidigare avgöranden.

Det finns både för- och nackdelar med investeringsavtalen och systemet med ISDS. Mycket kan dock göras för att begränsa nackdelarna. De nackdelar som redogjorts för i tidigare kapitel och löpande i detta arbete grundas i stora delar på oförutsägbarheten i avtalens tillämpning. Som visats kan stater genom att tydligare formulera syftet med avtalet och i de delar det är möjligt tydligare definiera betydelsen av enskilda klausuler minska oförutsägbarheten och ändå behålla nödvändig flexibilitet.

Andra nackdelar såsom bristande transparens har med tiden minskat i och med införandet av ny lagstiftning på området. För avtal ingångna efter 2014 mellan stater medlemmar av United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration gäller idag så pass stora krav på transparens att det, enligt min mening, inte kan sägas utgöra en nackdel att använda ISDS jämfört med nationell domstol i den frågan. Även i nationella domstolar finns regler som garanterar viss sekretess.²⁰⁸

Så länge för stora undantag inte görs eller att klausuler definieras för snävt ger investeringsavtalen ett viktigt skydd för investerare. Skyddet mot bland annat ”legitimate expectations” i FET-klausulen garanterar investerare att

²⁰⁸ Se till exempel, Lag (2018:558) om företagshemligheter.

förutsättningar som investeringsbeslut kanske grundats på kommer gälla även efter etablering i landet. Att ge ett starkare skydd för utländska investerare är enligt min mening sunt och borde kunna leda till både fler och större utländska direktinvesteringar. Dessutom kan investeringsavtalen med påtryckningsmedlen antas kunna leda till att starkare rättsystem skapas runt om i världen.

Ett stort problem som någorlunda nyligen uppstått är effekten av beslutet från Europadomstolen att investeringsavtal med ISDS-klausuler inte är förenliga med EU-rätten. Att så stor del av världshandeln nu inte kan vara en del av systemet är mycket negativt och försvagar kraftigt systemets genomslagskraft. Vilken exakt påverkan beslutet har på investeringsrätten återstår att se. Skiljeklausuler i bilaterala investeringsavtal mellan EU-länder är dock idag helt verkningslösa. Mellan övriga länder bör stater noga väga olika intressen vid fråga om formulering av nya investeringsavtal och noga formulera syftet med avtalen samt där det är möjligt tydligt definiera de enskilda klausulerna.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

C. Bergström P. Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, Nerenius & Santérus, Angered, 1997.

C. Dahlman. M. Glader, D. Reidhav, *Rättsekonomi En introduktion, 2:a upplagan*, Studentlitteratur, Lund, 2004.

C. Dixon, D. Drakakis-Smith, *Multinational Corporations & Third World*, (1986), Taylor & Francis Books Ltd; New Ed edition (June 26, 1986).

R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of international investment law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

Hobér, Kaj, *Selected writings on investment treaty arbitration*, 1. ed., Studentlitteratur, Lund, 2013

Lane Wandahl Mouyal, *International Investment Law and the Right to Regulate*, Routledge 2016.

Linderfalk Ulf, *Folkrätten i ett nötskal*, Studentlitteratur AB, lund upplaga 2:1. 2012.

M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 4.edt, Cambridge University Press, 2017.

Van Harten, *Investment Treaty Arbitration an Public Law*, Oxford University Press Inc, New York, 2007.

Internationella legala instrument

Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA).

Canadian Model Foreign Investment Agreement (2004).

Energy Charter Treaty.

EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

ICSID Convention

ICSID Arbitration Rules

The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency.

The Paris Agreement (2015).

The Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (1997).

The New York Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards.

UNCITRAL Arbitration Rules.

UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration.

United Nations Resolution 3281 (XXIX) Charter of Economic Rights and Duties of States.

United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration.

Vienna Convention on the law of treaties.

Bilaterala investeringsavtal

Brazil-Guyana BIT (2018)

Cyprus-Hungary BIT

Hong Kong-Australia BIT

Israel – Tjeckien BIT

Italy-Morocco BIT

Netherlands – Venezuela BIT

Netherlands-Bolivia BIT

Switzerland-Uruguay BIT

Ukraine-Lithuania BIT

US-Georgia BIT

Artiklar

Australian Government Productivity Commission, *Bilateral and Regional Trade Agreements*, (November 2010).

David W. Pearce, *MIT Dictionary Of Modern Economics*.

David W. Robertson, Introduction to the Bhopal Symposium, 20 Tex. Int'l L. J. 269 (1985).

European Parliament, Resolution of 6 April 2011 on the Future European Investment Policy.

Katia Fach-Gomez, Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest, 35 Fordham Int'l L.J. 510.

Kommerskollegium, Tvistlösning i ett ev. framtida bilateralt investeringsavtal mellan EU och USA – en kort bakgrund samt frågor och svar, Dnr 3.2.4-2013/01078-12.

ICSID Review, Vol. 33, No.1 (2018), Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law.

J. Ohnesorge, Developing Development Theory: LAW and Development Orthodoxies and the Northeast Asian Experience (2007), 28 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 219.

OECD (2002) Foreign direct investment development – maximising benefits, minimising costs.

Pelc K. Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation? (2016).

Raphael Lenucucha, Is It Time to Say Farewell to the ISDS System? (2016).

Tietje & Baetens, The impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, 2014.

The Bhopal Tragedy: Social and Legal Issues, 20 Tex. Int'l L. J. 267 (1985).

UNCTAD (2004) International investment agreements: key issue, Volume 1.

UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, FAIR AND EQUITABLE TREATMENT.

UNCTAD World Investment Report 2018.

Van Harten, Why Arbitrators not Judges? Comments on the European Commission's approach to investor-state arbitration in TTIP and CETA, 2014.

Wilhelm Kohler, Frank Stähler, The Economics of Investor Protection: ISDS versus National Treatment (2018).

Elektroniska källor

Australian Government Productivity Commission

<https://www.pc.gov.au/inquiries/completed/trade-agreements/report/trade-agreements-report.pdf>

Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States

<https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>.

International Centre for Settlement of Investment Disputes,

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/services/Cost-of-Proceedings.aspx>

Nya Zeelands officiella hemsida,

<https://www.beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products>

New York Times,

<https://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html>

UNCTAD Investment Policy Hub,

<https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry>

UNCTAD Investment Policy Hub,

<https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1>

United Nations Commission on International Trade Law.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

United Nations Commission on International Trade Law,

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html

Wolters Kluwer,

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/01/slovak-republic-v-achmeapolitics-came-play> (hämtad: 2019-01-25).

Rättsfallsförteckning

ADC v Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16.

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

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22.

Case Concerning the Factory at Chorzow, Merits, 1928, PCIJ, Series A, No 17.

Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9.

Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1.

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7.

Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3.

Fedax v Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3.

Feldman v. Mexico, Case No. ARB(AF)/99/1.

Foresight et. al. v Spain, SCC ARBITRATION V (2015/150).

Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7.

Impregilo S.P.A. v Argentine Republic, Annulment Proceeding, ICSID Case No. ARB/07/17 , 24 januari, 2014.

James and others v. United Kingdom, European Court of Human Rights, Judgement, 21 February 1986.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1.

Mobil v. Venezuela, ICSID CASE NO. ARB/07/27.

Nations Energy v Panama, ICSID Case No. ARB/06/19

Phoenix v Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5,

Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No ARB/10/7.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4.

SGS v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Award, 29 January 2004.

SGS v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, 2004 ICSID Rev 307.

Soufraki v United Arab Emirates, (Award 7 July 2004).

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18.

Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary, ICSID
Case No. ARB/04/15.

UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia, ICSID Case No.
ARB/12/33.

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, ICSID
Case No. UNCT/02/1.

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

Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany, ICSID Case No
ARB/12/12.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No.
ARB(AF)/98/2.