

**Mest gynnad nationsbehandling
i investeringskyddsavtal:
Trojansk häst eller garant för
enhetliga avtal?**



Kommerskollegium är den myndighet i Sverige som ansvarar för frågor som rör utrikeshandel, EU:s inre marknad och handelspolitik. Vår främsta uppgift är att främja frihandel och klara spelregler för den internationella handeln. Vi arbetar också för en effektiv inre marknad och ett öppet, starkt multilateralt handelsystem med fortsatta handelspolitiska liberaliseringar. I vårt uppdrag strävar vi efter goda handelsmöjligheter på tre nivåer: på EU:s inre marknad, mellan EU och omvärlden samt globalt, framförallt inom ramen för världshandelsorganisationen WTO.

Som expertmyndighet förser vi regeringen med besluts- och förhandlingsunderlag inom handelsområdet. Det handlar såväl om löpande underlag för aktuella handelsförhandlingar som långsiktiga strukturella analyser. Våra utredningar och rapporter

syftar till att öka kunskapen om handelns betydelse för samhällsekonomin och för en global hållbar utveckling.

Kommerskollegium har också verksamhet som riktar sig mot företag. Exempelvis finns på kollegiet Solvitcenter som hjälper företag och privatpersoner som stöter på handelshinder på EU:s inre marknad. Kansliet för Sveriges råd för handelsprocedurer, SWEPRO, finns också under vårt paraply.

I vår roll som handelsmyndighet ingår dessutom att ge stöd till utvecklingsländer genom handelsrelaterat utvecklings-samarbete. På kollegiet finns också kontaktpunkten Open Trade Gate Sweden som bistår exportörer från utvecklingsländerna i deras handel med Sverige och EU.

www.kommers.se

Innehåll

Sammanfattning.....	2
1 Inledning och bakgrund	4
2 Syfte och struktur	7
3 Vad är en investering och utformningen av artikeln ”mest gynnad nationsbehandling”	7
3.1 MGN och ”in like”	11
4 Wienkonventionen	12
5 Har staten gett medgivande att tvista i skiljenämnd?.....	14
5.1 Skillnaden mellan jurisdiktion och tillåtlighet.....	15
5.2 Jurisdiktion, tillåtlighet och MGN	16
6 Import av materiellt skydd	21
7 Vad avgör om det går att importera processuella artiklar ur andra avtal?	23
7.1 Undantag från MGN	23
7.2 Ingår MGN i samma kategori som ISDS?	24
8 Sveriges investeringsskyddsavtal.....	27
8.1 Utformningen av MGN i svenska BIT:s.....	27
8.2 Innehållet i svenska BIT:s i övrigt.....	30
9 Hur regleras MGN i CETA, TTIP och TPP?	32
10 Vad kan Sverige göra för att undanröja osäkerheten MGN medför?.....	33
11 Slutord	35
Bilaga 1 – Fem exempel som visar olika tolkningar	36
Bilaga 2 – Begrepp	40

Sammanfattning

Syftet med investeringskyddsavtal är att de ska leda till en trygg miljö för direktinvesteringar över nationsgränser, vilket ska gynna investeraren och utveckla ekonomin i mottagarlandet.

Artikeln mest gynnad nationsbehandling (MGN) finns i de flesta investeringskyddsavtal och syftar till att förhindra diskriminering grundad på nationalitet. Artikeln innebär i korthet att ett land som ingått investeringskyddsavtal lovar att ge minst lika bra behandling som ges till investerare från andra länder med vilka det finns investeringskyddsavtal.

Utredningen är uppdelad i två huvudavsnitt. Det första avsnittet handlar om huruvida MGN-artikeln kan användas för att importera artiklar från andra avtal. Det andra avsnittet handlar om hur MGN-artikeln ser ut i svenska avtal samt hur det materiella skyddet i de svenska avtalen ser ut i övrigt.

Utredningens första avsnitt bygger på analys av skiljedomar och doktrin. Vid analysen utgås från Wienkonventionen om traktaträtten (VCLT) som bl.a. reglerar att hänsyn ska tas till avtalstextens text, kontext, ändamål och syfte och om det inte räcker ska även beaktas om avsikten var att förmånen skulle komma en tredje part till del. Avsnittet visar att det finns ett antal faktorer en skiljenämnd beaktar vid avgörandet av om en MGN-artikel i ett investeringskyddsavtal kan importera artiklar eller delar av artiklar ur andra avtal.

Om en MGN-artikel kan medföra import av artiklar från andra avtal beror bland annat på själva utformningen av MGN-artikeln. Är artikeln brett utformad på så sätt att den uttryckligen omfattar ”all behandling” i avtalet, eller är artikeln på något sätt begränsad? Med vad ska jämföras?

Det finns även olika tolkningstraditioner huruvida MGN tillåter import av artiklar ur andra avtal, vilka påverkar bedömningen av om en skiljenämnd anses behörig att pröva tvisten. Av betydelse är här om importen av en artikel på något sätt ändrar bedömningen av om skiljenämnden har jurisdiktion att pröva tvisten eller inte.

Om MGN-artikeln är begränsad genom vissa undantag kan få betydelse vid bedömningen av om MGN artikeln tillåter import av artiklar ur andra

avtal enligt principen *expressio unius est exclusio alterius*¹. Principen medför att i de fall det finns undantag uppräknade gäller MGN-artikeln för allt som inte räknats upp.

Är ett investeringsskyddsavtal att betrakta som en kategori i enlighet med principen *eiusdem generis*² eller är avtalen uppdelade i kategorierna processuella och materiella artiklar? MGN är en materiell artikel och vissa anser att *eiusdem generis* innebär att den endast kan leda till import av materiella artiklar medan det finns de som anser att avtalet i sig är den relevanta kategorin innebärande att MGN även kan leda till import av processuella artiklar.

Utredningen visar i avsnitt två att det är oklart vilka faktiska åtaganden Sverige gjort i sina investeringsskyddsavtal. Anledning är att de svenska avtalen har olik utformning samt att det råder delade meningar om i vilken utsträckning en MGN-artikel tillåter import av så väl materiella som processuella artiklar ur andra investeringsskyddsavtal.

¹ Principen om *expressio unius est exclusio alterius* innebär att om det finns uppräknade undantag i ett avtal så är huvudregeln att allt som inte räknas upp bland undantagen omfattas av avtalet.

² Principen om *eiusdem generis* medför att avtalet endast kan utvidgas till vad som tillhör *samma kategori* som MGN självt.

1 Inledning och bakgrund

Syftet med investeringskyddsavtal är att de ska leda till en trygg miljö för direktinvesteringar över nationsgränser, vilket ska gynna investeraren och utveckla ekonomin i mottagarlandet.

Ett klassiskt investeringskyddsavtal består av en inledning (preamble) som främst handlar om syftet med avtalet och vad avtalet täcker. Därefter följer ett antal materiella artiklar som syftar till att skydda investeraren mot A) diskriminering, B) expropriation utan ersättning och C) oskälig behandling. Vidare garanteras rätten att föra över pengar till investerarens hemland. Avtalet avslutas med processuella artiklar som reglerar tillgången till tvistlösningsmekanismen (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) som kan användas om investerare och stat inte kommer överens.³ Tvistlösningen sker i de allra flesta fall i form av ett skiljedomsförfarande där tre skiljemän fattar beslut.⁴

I investeringskyddsavtal är artikeln ”mest gynnad nationsbehandling” (MGN) antingen en egen artikel eller sammanvävd med artikeln ”nationell behandling”. Syftet med MGN liksom artikeln ”nationell behandling” är att förhindra diskriminering grundad på nationalitet. Artikeln MGN är liksom ”nationell behandling” till sin natur jämförande. Det görs en relativ jämförelse mellan behandlingen en investerare/ investering får av värdlandet och ett jämförelseobjekt som är en annan investering/investerare.⁵ Investeraren är garanterad minst lika bra behandling av värdlandet som den behandling investerare från tredje land garanteras via deras hemstats bilaterala investeringskyddsavtal (BIT) med värdlandet. För att utgöra en överträdelse mot avtalets MGN-artikel måste behandlingen vara sämre än vad som ges investerare från tredje land och även leda till att investeringens värde minskar. Därigenom uppnås en hög säkerhet för investeraren samtidigt som avtalen blir mer enhetliga. MGN ger på så vis ett relativt och inte ett absolut skydd. MGN

³ Med processuella artiklar avses här (lite slarvigt) samtliga artiklar i ett avtal som tar upp på vilket sätt och under vilka villkor en investerare ges rätt till att slita en tvist i skiljenämnd. De artiklar som reglerar vilket skydd investeraren faktiskt ges refereras här till som materiella artiklar. Begreppet processuella artiklar ska således inte förväxlas med hur begreppet används vid uppdelningen mellan artiklar som reglerar jurisdiktion, tillåtlighet och processuella bestämmelser. För enkelhets skull kommer tillåtlighet och processuella bestämmelser fortsättningsvis att gemensamt benämnas tillåtlighet.

⁴ I EU:s avtal med Kanada är skiljemekanismen annorlunda utformad och kallas Investment Court System (ICS).

⁵ Det räcker att jämförelseobjektet teoretiskt sett (*de jure*) kan få en bättre behandling. Av jurisprudence framgår att det jämförda måste vara "...same business or economic sector, same economic sector and activity, less like but available comparators and direct comparators." Se UNCTAD. (2010). *Most-Favoured-Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Utgångspunkten är emellertid att det måste vara fråga om en liknande situation.

handlar således inte om att någon ska få en mer gynnsam behandling än någon annan, utan att alla ska erhålla samma nivå av behandling genom ett utökande av vissas rättigheter. Artikeln utgör även en garanti för att kunna åka snålskjuts om motparten sluter ett mer förmånligt avtal med någon annan i framtiden.

MGN har funnits i internationella handelsavtal sedan åtminstone 1100-talet och har därefter exporterats till bland annat investeringsskyddsavtal och WTO.⁶ MGN finns med i samtliga av Sveriges BIT:s och betraktas tillsammans med artikeln ”nationell behandling” som en grundpelare till de avtal vari artikeln finns.⁷ När en investering väl är gjord omfattas den av MGN under hela sin livstid eller fram tills dess att avtalet avslutats och eventuell ”sunset clause” löpt ut.⁸ Trots att MGN funnits i internationella avtal under väldigt lång tid är artikeln inte en del av internationell sedvanerätt utan måste särregleras i varje enskilt avtal.

Frågan hur MGN ska tolkas i investeringsskyddsavtal aktualiserades redan i den allra första investeringsskyddstvisten med grund i en BIT. I denna tvist försökte investeraren att med hänvisning till MGN importera ett materiell skydd från en annan BIT som mottagande stat ingått med tredje land. Detta misslyckades eftersom skiljenämnden fann att investeraren inte visat att skyddsnivån i BIT nr 2 var högre än i den ursprunglig BIT:en.⁹ Eftersom import av skyddet misslyckades fick artikeln MGN ingen större uppmärksamhet när investeringsskyddsavtalen började tillämpas under 1990-talet. Det var först i samband med tvisten *Maffezini mot Spanien*¹⁰ som artikeln uppmärksammades på allvar eftersom detta var första gången en investerare tilläts att importera en processuell rättighet¹¹ ur ett avtal som

⁶ Ex GATT artikel I, GATS artikel II och TRIPS artikel IV.

⁷ Nationell behandling innebär i detta sammanhang att staten lovar att investerare från den andra avtalsparten ska behandlas minst lika bra som inhemska investerare. Definitionen av behandling utvecklas nedan.

⁸ ”Sunset clause”, även kallad ”survival clause”, innebär att från det att avtalet har sagts upp så fortsätter skyddet att gälla för de investeringar som gjorts innan avtalets uppsägning under en förutbestämd tidsperiod. I svenska BIT:s är denna period vanligtvis 20 år. Som exempel på investeringsaktiviteter som skyddas av avtal nämns ofta ”management, maintenance, conduct, operation, use, enjoyment, sell, disposal or disposition of investments”.

⁹ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) mot Sri Lanka ICSID*, CASE No. ARB/87/3, beslut den 27 juni 1990. Det första beslutet i en investeringstvist fattades emellertid om jurisdiktion den 14 april 1988 i tvisten *Southern Pacific Properties (middle East) Limited mot Egypten*, ICSID Case No. ARB/84/3. *Southern Pacific* var dock kontraktbaserad och inte baserad på ett investeringsskyddsavtal.

¹⁰ *Emilio Agustín Maffezini mot Spanien*, ICSID Case, No. ARB/97/7, beslut om jurisdiktion den 25 januari 2000.

¹¹ Vilket i detta fall är detsamma som regler vilka bestämmer om en skiljenämnd har rätt att slita en tvist eller inte. När begreppet processuell artikel eller rättighet diskuteras

svarande stat ingått med tredje land, vilket i förlängningen innebar en rätt för skiljenämnden att avgöra tvisten. Vissa hävdar att skiljenämnden därmed tillät import av jurisdiktion.¹²

Vissa skiljenämnder har kommit till slutsatsen att investerare genom MGN har rätt att välja det för dem mest förmånliga ur olika avtal. Först kan investerare ägna sig åt ”treaty shopping” och väljer då vilket avtal som passar dem bäst och ur dessa avtal ägnar de sig sedan åt ”cherry picking”, d.v.s. väljer de artiklar som passar bäst. Detta gäller både materiella skyddsartiklar och de processuella artiklar som reglerar skiljeförfarandet. Som skäl för att kunna plocka godbitarna ur olika avtal har skiljenämnder bl.a. anfört att själva anledningen till artikeln MGN är att de ska leda till en ökad harmonisering av olika BIT:s. Andra skiljenämnder har tvärtom kommit fram till att detta leder till en kaotisk situation som skulle vara kontraproduktiv för harmonisering samt att en konsekvens av att kunna plocka ”godbitar” ur ett avtal är att de motviker som kan finnas i ett avtal sätts ur spel.¹³ Den behandling som en investerare kan garanteras via MGN blir därmed inte bara lika bra som vad som garanteras av ett annat avtal utan bättre än vad båda avtalen garanterar var för sig. Dessa två motstridiga inställningar och spannet däremellan utgör grunden för denna utredning. Oavsett vilken tolkningstradition uttolkaren bekänner sig till så handlar bedömningen om tolkningen av ett avtal (traktat) och som bekant ska avtal hållas. Om avtalet hållits avgörs genom att betydelsen av avtalet tolkas med hjälp av Wienkonventionen om traktaträtten. Det går alltså inte att bortse från det faktiska innehållet i en artikel även om den kan tolkas på ett sätt som parterna inte avsåg när avtalet ingick.

Skiljenämnder är normalt sett inte bundna av domstolars eller andra skiljenämnders bedömningar av olika rättsfrågor. Vid hänvisning till utgången i tvister används därför det engelska begreppet ”jurisprudence” såsom det används inom investeringsrätt och inte begreppet ”rättspraxis”, eftersom det senare implicerar en bindande hierarkisk ordning.¹⁴ Begreppet ”jurisprudence” i denna text ska därför inte förväxlas med hur det används i svensk juridik.

nedan är det ett samlingsbegrepp för samtliga artiklar i ett investeringsskyddsavtal som reglerar tvisteförfarandet, inklusive tillgång till detsamma.

¹² Exempelvis Birgitte Stern i skiljaktig mening i *Impregilo S.p.A. mot Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/17, beslut den 21 juni 2011.

¹³ Fietta, Stephen. (2005). ”*Most favoured nation treatment and dispute resolution under bilateral investment treaties: a turning point?*”, *International Arbitration Law Review*.

¹⁴ Dock förhåller sig skiljenämnder till varandra och har en närmast dialogisk relation till tidigare utgångar genom att det i besluten förklaras vad som skiljer aktuell tvist mot tidigare tvister som rör liknande frågor.

2 Syfte och struktur

Målet med denna utredning är att bringa ökad klarhet i vilka faktiska åtaganden Sverige gjort genom att ingå investeringskyddsavtal vari MGN är en del. Utredningen består av två huvudavsnitt.

I det första avsnittet görs en jämförande analys av relevanta skiljedomar, rättslitteratur och artiklar, d.v.s. det tillämpas en rättsdogmatisk metod. Avsnittet inleds med en definition av MGN och en analys görs av vad skiljemän beaktar när de avgör vilka artiklar och delar av artiklar som kan importeras med hjälp av en MGN-artikel. En jämförande analys såsom denna kompliceras av att de flesta avtal är mer eller mindre olik utformade. För att trots detta bringa klarhet i vad som styr hur en MGN-artikel kan tolkas, så analyseras vad skiljenämnder beaktat och deras bakomliggande resonemang. Förhoppningen är att svenska staten och investerare genom att applicera analysen på enskilda avtal kan få en bild av vilket faktiskt skydd de olika svenska avtalen kan ge.

I det andra avsnittet görs en granskning av hur artikeln MGN är utformad i de svenska avtalen, vilket sedan följs av en genomgång av hur de svenska avtalen i övrigt skiljer sig åt gällande övriga materiella skyddsartiklar. Utformningen av svenska BIT:s ses i ljuset av analysen i det inledande avsnittet.

Därefter redovisas hur MGN begränsats i Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) och vad Sverige har för alternativ för att skapa ökad förutsägbarhet kring hur landets BIT:s ska tolkas.

För att visa hur skiljenämnder kan resonera och vad de har betonat ges i bilaga 1 en kort summering av fem tvister där MGN spelade en central roll för utgången. Slutligen finns det i bilaga 2 förklaringar till utredningens mest centrala begrepp.

3 Vad är en investering och utformningen av artikeln ”mest gynnad nationsbehandling”

I detta avsnitt går man igenom olika sätt att utforma en MGN-artikel och vilka konsekvenser utformningen kan få för möjligheten att importera artiklar ur andra avtal.

För att göra det möjligt för parterna till olika avtal (staterna) att själva bestämma vad som ska omfattas av respektive avtal definierar ICSID-konventionen inte vad som utgör en ”investering”. Trots det anges i artikel 25.1 att föremålet för tvisten måste vara en legal tvistefråga som emanerar ur en investering. Att investeringar uppfyller artikel 25.1 brukar

anses vara ett objektiva villkor. Därtill måste skiljenämnder förhålla sig till definitionen av ”investering” i själva investeringsskyddsavtalet. Som hjälp för att avgöra om det är fråga om en investering som täcks av ett investeringsskyddsavtal utgås ofta från ”Salini-testet”, vilket innebär beaktande av “significant undertaking, duration, risk, regularity of profits” och “contribution to development of host State”.¹⁵ Därtill måste kriterierna i själva investeringsskyddsavtalet vara uppfyllda. Detta kallas för objektiva kriterier för att avgöra om det är fråga om en investering. I Salini-testet ses kriterierna som en investerings karaktäristika. Ett annat sätt att avgöra om det är fråga om en investering är att tillämpa medgivandekriterierna (instrument of consent) i själva investeringsskyddsavtalet som absoluta villkor som måste uppfyllas, vilket kallas för ett subjektivt test. Kriterierna i CETA för vad som utgör en investering påminner mycket om Salini-testet: “Every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.”

Vanligt är att staterna genom MGN utlovar:

“...(all) treatment no less favourable than the treatment provided investors (and investments) of any third nationality...”.

För att avgöra vad som kan importeras ifråga om både processuella och materiella bestämmelser från andra investeringsskyddsavtal är det många gånger avgörande hur begreppet ”behandling” (på engelska ”treatment”) tolkas. Längre ned analyseras närmare huruvida tillgång till processuella regler ur andra avtal är att anse som ”behandling” eller inte.

Det finns i huvudsak fem olika utformningar/kategorier av artikeln MGN:

- (1) Innehåller en bred definition av ”behandling” där det inte förekommer någon referens till om MGN omfattar processuella artiklar.
- (2) Innehåller en bred definition av behandling, finns inte någon referens till processuella artiklar och därtill avgränsas definitionen av behandling genom en uttömmande eller icke uttömmande lista över vad/ vilka som ges rätt till MGN.

¹⁵ Salini-testet kommer från tvisten *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrad e S.p.A. mot Jordanien*, ICSID Case No. ARB/02/13, beslut om jurisdiktion den 29 november 2004.

(3) Det finns en uppdelning mellan MGN som gäller för ”investeringar” och MGN som gäller för ”investeringar och investerare”. Därtill finns det avtal som explicit antingen,

(4) tillåter eller¹⁶,

(5) inte tillåter att MGN omfattar processuella rättigheter¹⁷.

I samtliga alternativ ovan kan det finnas explicita undantag till MGN angivna. Tolkningssvårigheterna infaller vid alternativ (1), (2) och (3).

Exemplet ovan utgör en bred definition av MGN bland annat genom att det i artikeln refereras till ”all treatment”. Nyckelordet är här ”all” och i många tvister har detta ord varit avgörande för att import av processuella regler har tillåtits, såsom ex i *Maffezini mot Spanien*.¹⁸ I andra tvister har import inte tillåtits trots att MGN innehållit en skrivning om ”all treatment”.¹⁹ Vilka krav som bör ställas på att investeraren visar att ett annat avtal är mer förmånligt än grundavtalet kan i sig utgöra ett viktigt element i en tvist, men då det inte står i fokus för denna utredning lämnas vidare analys därhän.

Ytterligare en faktor som kan spela in vid bedömningen av om MGN tillåter import av artiklar ur andra avtal är om det i MGN-artikeln nämns ”investering” och/eller ”investerare”. Som nämnts ovan anges ofta vad som utgör en ”investering” genom en illustrativ lista med exempel på vad

¹⁶ Exempelvis flera brittiska avtal.

¹⁷ Exempelvis CETA.

¹⁸ I *Siemens A.G. mot Argentina* ICSID Case No. ARB/02/08, beslut om jurisdiktion den 3 augusti 2004 fann skiljenämnden att MGN-artikeln var så bred att den omfattade processuella artiklar trots att det inte rörde sig om en MEN-artikel med ”all treatment” eller ”all matters”.

¹⁹ För fördjupning se skiljaktiga meningen i *Impregilo SpA mot Argentina*, ICSID Case No ARB/07/17, beslut om jurisdiktion den 13 juli 2011.

som kan utgöra en investering.²⁰ UNCTAD²¹ uppger att det råder en faktisk skillnad gällande möjligheten till import av processuella artiklar mellan avtal som anger ”investerare och investering” och de avtal som endast hänvisar till ”investering”. Skillnaden skulle bestå av att MGN som endast anger ”behandling av investering” inte kan innebära överföring av processuella rättigheter till en investerare.²² Detta eftersom en investering inte kan ha några rättigheter, men väl investerare.

Eftersom MGN-artikeln till sin natur är jämförande är det av vikt med vad som kan jämföras och hur denna jämförelse ska gå till. Inte i något av Sveriges egna avtal ges det i utformningen av artikeln någon hjälp till skiljemän hur jämförelsen praktiskt ska gå till. I nyare avtal såsom NAFTA och avtalet mellan EU och Kanada, (CETA), anges i artiklarna ”nationell behandling” och MGN att de gäller för ”liknande situationer” (”in like situations”). Jurisprudence är motstridig²³ gällande betydelsen av ”in like situations” och de liknande begreppen ”similar situations” och ”same circumstances”²⁴ Syftet med begreppen är desamma som med ”in

²⁰ För att göra det möjligt för parterna till olika avtal (staterna) att själva bestämma vad som ska omfattas av respektive avtal definierar ICSID-konventionen inte vad som utgör en ”investering”. Trots det anges i artikel 25.1 att föremålet för tvisten måste vara en legal tvistefråga som emanerar ur en investering. Att investeringar uppfyller artikel 25.1 brukar anses vara ett objektiva villkor. Därtill måste skiljenämnder förhålla sig till definitionen av ”investering” i själva investeringsskyddsavtalet. Som hjälp för att avgöra om det är fråga om en investering som täcks av ett investeringsskyddsavtal utgås ofta från ”Salini-testet”, vilket innebär beaktande av ”significant undertaking, duration, risk, regularity of profits” och ”contribution to development of host State”. Salini-testet kommer från tvisten *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrad e S.p.A. mot Jordanien*, ICSID Case No. ARB/02/13, beslut om jurisdiktion den 29 november 2004. I Salini-testet ses kriterierna som en investerings karaktäristika. Ett annat sätt att avgöra om det är fråga om en investering är att tillämpa medgivande kriterierna (instrument of consent) i själva investeringsskyddsavtalet som absoluta villkor som måste uppfyllas, vilket kallas för ett subjektivt test. Kriterierna i CETA för vad som utgör en investering påminner mycket om Salini-testet: ”Every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.”

²¹ United Nations Conference on Trade and Development, d.v.s. FN:s handels och utvecklingsorgan.

²² UNCTAD. (2010). *Most-Favoured-Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II., s 45 och för utvecklande av resonemanget se ex. *RosInvestCo UK Ltd. mot Ryssland*, ICC, Case No. Arb V079/2005, beslut om jurisdiktion oktober 2007 och *Siemens A.G. mot Argentina* ICSID Case No. ARB/02/08, beslut om jurisdiktion den 3 augusti 2004

²³ Professorerna Andrew Newcombe och Lluís Paradell anser att frånvaron av ”in like” inte har någon legal betydelse eftersom artiklarna ”nationell behandling” och MGN till sin natur kräver att händelsen som uppges vara diskriminerande jämförs med en annan liknande händelse. Newcombe, Andrew och Paradell, Lluís. (2009). *Law and practice of investment treaties – standards of treatment*, Kluwer Law International, s 160f.

²⁴ I *Methanex Corporation mot USA*, UNCITRAL, beslut om jurisdiktion och tillåtlighet den 5 augusti 2002, fann skiljenämnden att det var ett medvetet val av de kontraktbundna staterna att använda sig av olika begrepp, d.v.s. ”like products” och ”like circumstances”. Därför skulle tolkningen av begreppet ”like circumstances” ske skilt

like”, d.v.s. att föra in ett begrepp som synliggör att artikeln kräver att den aktuella händelsen som lett till diskriminering ska jämföras med en annan ”liknande” händelse.

3.1 MGN och ”in like”

I tvisten *Occidental mot Ecuador*²⁵ anförde investeraren att frånvaron av ”in like” i en BIT innebar en mindre restriktiv skydds nivå, d.v.s. referenshändelsen behöver inte vara riktigt så lik den diskriminerande händelsen som den skulle ha behövt vara under ett avtal med ”in like”. Skiljenämnden kommenterade tyvärr inte påståendet.²⁶ I tvisten *Içkale mot Turkmenistan*²⁷ visade det sig emellertid spela en avgörande roll för utgången. I BIT mellan Turkiet och Turkmenistan finns det angivet att för att MGN ska kunna användas måste jämförelseobjektet vara ”in similar situations”. Detta tolkade skiljenämnden som att det krävdes ett faktiskt jämförelseobjekt som var i en liknande situation som investeraren. Eftersom investeraren, enligt skiljenämnden, inte kunde presentera detta kunde investeraren inte heller importera materiella artiklar ur andra avtal. Lika gynnade var inte Pakistan och Jordanien i tvisterna *Bayindir mot Pakistan*²⁸ och *ATA mot Jordanien*²⁹. Även i dessa avtal fanns det en skrivning om ”in similar situations”, vilken skiljenämnden inte lade någon vikt vid. Genom detta tilläts import av artikeln ”rättvis och skälig behandling” ur andra avtal.³⁰

Ovanstående kan exemplifieras med artikel 4 i USA:s modellavtal för investeringskyddsavtal:

4.1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of

från ”trade law considerations”. Frågan om betydelsen av jämförelseobjekt var central även i tvisterna *Occidental Exploration and Production Company mot Ecuador*, LCIA Case No UN3467, beslut den 1 juli 2004, *Içkale İnşaat Limited Şirketi mot Turkmenistan* ICSID Case No. ARB/10/24, beslut den 8 mars 2016, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. mot Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, beslut den 15 oktober 2015 och *ATA Construction, Industrial and Trading Company mot Jordanien*, ICSID Case No. ARB/08/2, beslut den 21 oktober 2015.

²⁵ *Occidental Exploration and Production Company mot Ecuador*, LCIA Case No UN 3467, beslut den 1 juli 2004

²⁶ Newcombe, Andrew och Paradell, Lluís. (2009). ”Law and practice of investment treaties – standards of treatment”, s 160

²⁷ *Içkale İnşaat Limited Şirketi mot Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB/10/24, beslut den 8 mars 2016

²⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. mot Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, beslut den 15 oktober 2015

²⁹ *ATA Construction, Industrial and Trading Company mot Jordanien*, ICSID Case No. ARB/08/2, beslut den 21 oktober 2015

³⁰ Hepburn Jarrod: <https://www.iareporter.com/articles/analysis-in-a-recent-mfn-clause-interpretation-arbitrators-diverge-from-more-generous-approach-taken-by-certain-earlier-tribunals/> senast besökt den 28 juni 2016

any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

4.2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

Som synes har MGN delats upp i artikel 4.1 som rör investerare och artikel 4.2 som rör investeringar. Med täckta ("covered") investeringar avses att för att omfattas av artikeln måste investeringen uppfylla de krav som i ett tidigare avsnitt i avtalet uppställs på vad som utgör en investering. Det fastslås sedan att med vad som jämförs med måste vara "in like circumstances" och slutligen finns det en uttömmande lista över vilka områden som MGN kan tillämpas på, vilket kan tolkas som att MGN inte omfattar tillgång till processuella artiklar. Artikeln saknar dessutom referens till att artikeln omfattar allt ("all matters") i avtalet.

Ovanstående visar hur viktig utformningen av MGN-artikeln är för hur den kan användas. Genomgången visar emellertid även att det finns ett betydande skön för hur skiljenämnder sedan kan välja att tolka artikeln.

4 Wienkonventionen

En analys av vilka materiella och processuella artiklar som kan importeras med hjälp av MGN tar avstamp i Wienkonventionen om traktaträtten antagen 1969 (VCLT) och då särskilt artikel 31. Att en tolkning görs med utgångspunkt i VCLT är inte någon garanti för enhetliga tolkningar, vilket tydliggörs i mer detalj i följande avsnitt.

Artikel 31- Allmän regel om tolkning

1. En traktat skall tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte.

2. I sammanhanget ingår vid tolkningen av en traktat, förutom texten inklusive dess preambel och bilagor, a) överenskommelser rörande traktaten

som träffats mellan alla parter i samband med traktatens ingående;

b) dokument som upprättats av en eller flera parter i samband med traktatens ingående och godtagits av de andra parterna som dokument sammanhörande med traktaten.

3. Utöver sammanhanget skall hänsyn tagas till a) efterföljande överenskommelser mellan parterna rörande traktatens tolkning eller tillämpningen av dess bestämmelser; b) efterföljande praxis vid traktatens tillämpning, som ådagalägger enighet mellan parterna om

traktatens tolkning; c) relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna.

3. Ett uttryck skall tilläggas en speciell mening, om det fastställs att detta var parternas avsikt.

Tolkningen av en artikel i ett investeringsskyddsavtal med hjälp av Wienkonventionens artikel 31 ska ske genom att samtidigt beakta text, kontext, ändamål och syfte.³¹ En fråga för en skiljenämnd att ta ställning till är således vad som är den gängse meningen av begreppet ”behandling”. Men det räcker alltså inte att endast beakta texten i sig. För det fall behov föreligger ska tolkning även ske med hjälp av artikel 32 som reglerar tolkning med supplementära tolkningsmedel.³²

Artikel 32 Supplementära tolkningsmedel, inbegripet förarbetena till traktaten och omständigheterna vid dess ingående, kan anlitas för att få bekräftelse på den mening som framkommer vid tillämpningen av artikel 31 eller för att fastställa meningen, när en tolkning enligt artikel 31 a) icke undanröjer dess tvetydighet eller oklarhet; eller b) leder till ett resultat som uppenbarligen är orimligt eller oförnuftigt.

Det är ovanligt att skiljenämnder har tillgång till förarbeten eller olika förhandlingsversioner av avtal.³³ Av denna anledning är det särskilt viktigt att beakta parternas avsikt med avtalet, vilken ofta framgår av preambeln. Här ska dock understrykas att avsikten med avtalet inte nödvändigtvis är exakt densamma som avsikten med MGN-artikeln. För tolkningen av MGN-artiklar är det därför ofta av vikt att beakta artikel 36:

”36.1. En rättighet för en tredje stat uppstår genom en bestämmelse i en traktat, om traktatparternas avsikt med bestämmelsen är att denna rättighet skall tillerkännas antingen den tredje staten...”

Med detta avses enligt jurisprudence att rättigheter som kommer från ett avtal med en tredje stat endast kan härledas från en klar avsikt från de avtalsbundna parterna. En överenskommelse om att tvista i skiljenämnd måste därför enligt flera skiljenämnder vara ”klar och otvetydig”.³⁴ Konsekvensen av detta – anser vissa uttolkare – är att om parterna till

³¹ Att analysen ska göras som en helhet har även klargjorts av ILC. International Law Commission, “*Reports of the Commission to the General Assembly 1966*”

³² Vid användningen av artikel 31 och 32 för att tolka ett avtal argumenterar vissa för att artiklarna tillämpas kumulativt.

³³ Effektivitetsprincipen beaktas ibland av skiljenämnder och är erkänd av ICJ. Principen anses implicit rymmas i artikel 32.

³⁴ McClure, Mike. och Smith, Herbert. (2011). “*Most Favoured Nation Clauses – No favoured view on how they should be interpreted*”
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/07/25/most-favoured-nation-clauses-%E2%80%93-no-favoured-view-on-how-they-should-be-interpreted/>

avtalet inte klart har uttryckt att ISDS ska omfattas av MGN så omfattas det inte. Det räcker enligt dem alltså inte med att uttryckligen hänvisa till ”all treatment” eller ”treatment” för att MGN ska medge rätt till processuellt skydd i annan BIT.³⁵ För det fall avtalstexten är tydlig finns det ingen anledning att begagna sig av artikel 36 VCLT vid tolkningen av MGN.³⁶

Centralt vid brukandet av en MGN-artikel är således att med hjälp av VCLT tolka artikeln och då särskilt betydelsen av ”behandling” samt avtalet i övrigt.

5 Har staten gett medgivande att tvista i skiljenämnd?

I investeringsskyddsavtal finns ofta villkor knutna till statens medgivande att slita en tvist i skiljenämnd. I detta avsnitt går igenom vad som utgör ”medgivande” i ett investeringsskyddsavtal. Därefter går igenom skillnaden mellan ”jurisdiktion” och ”tillåtlighet”. I analysen som följer visas att en skiljenämnds beslut, att med hjälp av en MGN-artikel, tillåta eller inte tillåta import av en processuella artikel, kan bero på om importen av artikeln bedöms påverka skiljenämndens jurisdiktion eller om importen istället bedöms påverka skiljenämndens tillåtlighet att slita tvisten.

I ett investeringsskyddsavtal medger staten skriftligen alla investerare från motparten en möjlighet att få en framtida tvist prövad av en skiljenämnd, under förutsättning att investeraren uppfyller de krav som uppställs i avtalet. Om investeraren uppfyller kraven och därtill skriftligen meddelar att de önskar tvista i skiljenämnd så har skiljenämnden behörighet att avgöra tvisten eftersom båda parter då lämnat medgivande. Investeraren måste visa att kraven för jurisdiktion

³⁵ Exempelvis gjorde skiljenämnden denna bedömning i *Wintershall Aktiengesellschaft mot Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/14, beslut den 8 december 2008. Utgången var särskilt överraskande eftersom den gick direkt emot utgången i en annan tvist som rörde en tolkning av samma artikel i samma BIT, nämligen *Siemens A.G. mot Argentina* ICSID Case No. ARB/02/08, beslut om jurisdiktion den 3 augusti 2004. Det finns BIT:s som tvärtom explicit uttrycker att ISDS omfattas av MGN, ex. har Storbritannien flera sådana avtal, vilket bygger på artikel 3(3) i dess modellavtal. Tolkningen av dessa avtal ställer naturligtvis inte till med några problem ur detta perspektiv.

³⁶ Det finns olika tolkningstraditioner gällande VCLT såsom ”textualism”, ”intentionalism” och ”teleologisk tolkning”. Det ligger emellertid utanför denna studies syfte att ytterligare problematisera hur VCLT bör användas.

och tillåtlighet ("admissibility") uppfyllts för att skiljenämnden ska kunna slita tvisten.³⁷

Medgivande till tvisteförfarande (*ratione voluntatis*) från en stat kan ges på olika sätt, men oftast klargörs det i respektive investeringsskyddsavtal under vilka förutsättningar medgivande ges till tvisteförfarande. För tvisteförfarande under ICSID-konventionen finns det ett uttryckligt krav att medgivandet görs skriftligt.³⁸ I samma artikel tydliggörs länken mellan medgivande och jurisdiktion. Liknande krav på skriftligt medgivande från staten finns även i andra tvisteregler.

Medgivandets räckvidd kan vara begränsat i investeringsskyddsavtal genom tidsgränser eller andra typer av nekande av rättigheter ("denial of benefits"). Med detta avses att staten endast går med på tvisteförfarande om vissa villkor är uppfyllda. Detta nekande av rättigheter kan ske både i form krav rörande jurisdiktion och tillåtlighet. Vilket det är av dessa båda kan få konsekvenser om MGN tillåts att användas eller inte för att importera artiklar ur andra avtal. När ett medgivande väl har getts och investeraren har accepterat detta så kan staten inte återkalla medgivandet.

De villkor en investerare måste uppfylla för att en skiljenämnd ska ha jurisdiktion att pröva en tvist är bland annat att denne måste uppfylla villkoren för att anses vara en investerare (*ratione personae*).³⁹

Exempelvis måste investeraren vara från den andra kontraktbundna staten. Investeraren måste även visa att tvisten härrör från en investering som omfattas av avtalet (*ratione materiae*) och avtalet måste vara tillämpligt vid tidpunkten för själva händelsen samt när tvisten initieras (*ratione temporis*).⁴⁰

5.1 Skillnaden mellan jurisdiktion och tillåtlighet

Tillåtlighet kan här ses som en tröskel som investeraren måste ta sig över när det väl är etablerat att skiljenämnden har jurisdiktion att avgöra tvisten i sak. Det kan exempelvis vara så att skiljenämnden finner sig ha

³⁷ För att inte tynga analysen mer än nödvändighet ingår under beteckningen "tillåtlighet" även rent processuella regler, eftersom båda grupperna står i kontrast till vad som utgör jurisdiktion.

³⁸ Artikel 25.1 i ICSID-konventionen.

³⁹ Waibel, Michael. (2014). "Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility", Legal Studies research paper, paper no. 9/2014. Enligt Waibel är "*jurisdiction*": 'the power of a court or judge to entertain an action, petition or other proceeding'.

⁴⁰ Det finns processuella rättigheter som går utöver jurisdiktion, men i denna utredning likställs processuella rättigheter med de regler som styr huruvida en skiljenämnd har rätten att pröva en tvist (ISDS) eller inte samt de villkor som en investerare måste uppfylla.

jurisdiktion, men av vissa anledningar kan nämnden inte avgöra tvisten vid aktuellt tillfälle.⁴¹

Skiljenämnder i investeringskyddstvister har kompetens att avgöra om de har jurisdiktion att avgöra en tvist (kompetens kompetens).⁴² För att avgöra vad som är jurisdiktion och vad som är tillåtlighet kan följande tumregel beaktas. Om en skiljenämnd gör bedömningen att tvisten inte borde slitas av en skiljenämnd så är det antagligen fråga om jurisdiktion och beslutet går därmed att klandra och frågan om jurisdiktion går att få prövad i sak av *ad hoc committé sui generis* (vid ICSID:s skiljeregler) utsedd av ICSID:s sekretariat eller av en nationell domstol i det land där skiljenämnden har sitt säte (vid alla andra skiljeregler). Om skälet istället är att tvisten inte kan slitas av en skiljenämnd vid detta tillfälle, är det antagligen en fråga om tillåtlighet och beslutet är slutgiltigt och går att klandra endast i den begränsade utsträckning som följer av skiljereglerna eller av nationell lagstiftning rörande klandertalan.⁴³ Därmed kan inte frågan om tillåtlighet prövas i sak. Enligt denna klassificering tillhör *litispens*⁴⁴ och *res judicata*⁴⁵ kategorin tillåtlighet.

Om en processuell artikel är möjlig att importera eller inte kan bero på om den anses leda till att skiljenämnden ges jurisdiktion eller tillåtlighet att slita tvisten. Vissa anser att vad gäller statens medgivande så saknar det betydelse om vad som ska importeras via MGN tillhör kategorin jurisdiktion eller tillåtlighet. Som redovisas nedan är det för andra en helt avgörande skillnad.

5.2 Jurisdiktion, tillåtlighet och MGN

Utan medgivande från staten har skiljenämnden inte behörighet att pröva tvisten. Centralt för skiljenämnden vid bedömningen av om staten har gett medgivande att tvista i skiljenämnd kan vara om investeraren ges rätt

⁴¹ Enligt Michael Waibel kan tillåtlighet förstås enligt följande: "... admissibility concerns the power of a tribunal to decide a case at a particular point in time in view of possible temporary or permanent defects of the claim." ur "*Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*", Legal Studies research paper, paper no. 9/2014.

⁴² Ex. ICSID-konventionens artikel 41.

⁴³ Paulsson, Jan (2010). "*Jurisdiction and Admissibility*", Miami Law Research Paper Series s. 617.

⁴⁴ *Litispens* är en processrättslig princip som säger att om samma sak redan håller på att prövas i ett annat mål får det inte upptas till ny prövning. Talan ska därmed avvisas.

⁴⁵ *Res judicata* avser förhållandet att en rättsak är avdömd, dvs. att ett visst materiellt rättsförhållande (saken) har blivit prövat genom dom, som äger laga kraft. Vid *res judicata* kan samma sak inte tas upp igen i en ny process.

att importera jurisdiktion inklusive medgivande via MGN, eller om medgivande måste finnas från början.

En stat kan i BIT 1 tydligt ha begränsat investerares rätt till prövning av en tvist i skiljenämnd, medan den i BIT 2 varit mer generös. Frågan uppstår då om staten medgivit rätt till investerare som omfattas av BIT 1 att importera de mer generösa reglerna som finns i BIT 2? Svaret kan vara helt avgörande för en skiljenämnd som ska avgöra om de via MGN har jurisdiktion att pröva en tvist.

I många tvister beslutar skiljenämnden efter yrkande från någondera part att dela upp tvisten i två delar, vilket kallas *bifurcation*. I praktiken innebär det att innan skiljenämnden prövar själva sakfrågan så ska först frågan om jurisdiktion avgöras, alltså om skiljenämnden har rätt att besluta över den tvistiga frågan. Anledningen till *bifurcation* är att kostnaden för tvisten kan bli lägre eftersom tid och pengar eventuellt inte behöver läggas ned på sakfrågan. För det fall skiljenämnden finner att de har jurisdiktion kan frågan om tillåtlighet avgöras tillsammans med sakfrågan. Åberopande av bristande jurisdiktion och tillåtlighet går gemensamt under rubriken ”preliminary objections”.⁴⁶ Enligt ICSID:s skiljedomsregler⁴⁷ är det upp till skiljenämnden att avgöra om frågan om tillåtlighet ska avgöras tillsammans med frågan om jurisdiktion eller tillsammans med den materiella prövningen.⁴⁸

För att en skiljenämnd ska ha jurisdiktion att avgöra en tvist krävs bland annat att föremålet för tvisten täcks av avtalet (*ratione materiae*). Det innebär bland annat att föremålet för tvisten uppfyller definitionen som ställs i avtalet på ”investerare” och/eller ”investering”. De flesta synes eniga om att det inte går att importera jurisdiktion gällande *ratione materiae*.⁴⁹ Ytterligare exempel på fråga om jurisdiktion är om investeringsskyddsavtalet var giltigt vid tidpunkten när tvisten uppstod (*ratione temporis*).⁵⁰

⁴⁶ Waibel, Michael. (2014). “*Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*”, Legal Studies research paper, paper no. 9/2014

⁴⁷ Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings

⁴⁸ Vilket följer av artikel 41.2 ICSID:s skiljedomsregler. Dock nämner varken ICSID-reglerna eller UNCITRAL-reglerna explicit begreppet ”tillåtlighet”.

⁴⁹ Exempelvis skiljenämnden i tvisten *Société Générale mot Dominikanska Republiken*, UNCITRAL LCIA Case No. UN 7927, beslut om jurisdiktion den 19 september 2008. fann att det inte går att importera *ratione materiae*. Detsamma gjorde skiljenämnden i *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. mot Myanmar*, ASEAN ICSID Case No. ARB/01/1, beslut den 31 mars 2003. Liksom i *Metal-Tech Ltd. mot Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, beslut den 21 oktober 2015. Eftersom parterna till tvisten *Rafat Ali Rizvi mot Indonesien*, ICSID Case No. ARB/11/13, beslut om jurisdiktion den 16 juli 2013, var överens om denna tolkning tog skiljenämnden det som sin utgångspunkt.

⁵⁰ I tvisten *MCI Power Group LC and New Turbine Inc, mot Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, beslut den 31 juli 2007, försökte investeraren utan framgång att via MGN

Exempel på aspekter som kan vara avgörande för att en skiljenämnd ska ha *tillåtlighet eller jurisdiktion* att avgöra en tvist är tidsgränser (exempelvis att en tvist måste ha initierats inom en viss tid), villkor som ska ha uppfyllts innan tvisteförfarandet (exempelvis att kravet på att investeraren ska ha samarbetat under förhandlingsfasen har uppfyllts).⁵¹ Krav som följer av investeringsskyddsavtalet att gå till nationell domstol innan rätt till skiljenämnd föreligger, har bedömts olika huruvida det är en fråga om tillåtlighet eller jurisdiktion.⁵² Kravet synes därmed röra sig i gränslandet mellan jurisdiktion och tillåtlighet, eller är kanske att se som ett exempel på ett krav som är både och. Detsamma kan sägas om kravet att investeringen ska ha gjorts i enlighet med mottagarlandets lagar och regler. Jurisprudence talar för att brott mot landets lagar påverkar skiljenämndens jurisdiktion endast i de fall brottet är av allvarigare art.⁵³ Möjligheten att inleda en tvist under en ”cooling-of period”⁵⁴ är omtvistat och utgången beror på bedömningen av om kravet är att anse som en förutsättning för jurisdiktion eller om det är en fråga om tillåtlighet⁵⁵.

Vid bedömningen av om skiljenämnden har jurisdiktion är således avgörande om kraven i avtalen på investerare och investering utgör en förutsättning för jurisdiktion, såsom exempelvis definitionen av en investerare eller en investerares nationalitet.⁵⁶ Detta kan vara avgörande

importera en tidigare giltighetstid av avtalet. Samma bedömning gjorde skiljenämnden i *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. mot Mexiko*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, beslut den 29 maj 2003.

⁵¹ Paulsson, Jan. (2010). ”*Jurisdiction and Admissibility*”, Miami Law Research Paper Series s. 609 och 616.

⁵² Krav att gå till nationell domstol först är ett exempel på vad som på engelska språket kallas för ”exhaustion of local remedies”. I ex tvisten *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi mot Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, beslut den 7 maj 2012, fann skiljenämnden att detta var en fråga om jurisdiktion. I beslutet hänvisades bland annat till tvisten mellan *Western NIS Enterprise Fund mot Ukraina*, ICSID Case No. ARB/04/2, där Jan Paulsson var en av skiljemännen. Även skiljenämnden i *Wintershall mot Argentina* gjorde bedömningen att det var fråga om ett villkor Argentina satt för medgivande till att tvista i skiljenämnd. I *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. mot Argentina*, ICSID Case No. ARB/09/1, beslut den 24 december 2012 gjorde bedömningen istället att det var en fråga om jurisdiktion och det hänvisades till praxis från International Court of Justice. Sedan finns det ett flertal skiljenämnder som ansett att det är en fråga om tillåtlighet, såsom ex *Telefónica S.A. mot The Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/20, beslut om jurisdiktion den 25 maj 2006 och *Hochtief AG mot Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/31, beslut om jurisdiktion den 22 oktober 2015.

⁵³ För utvecklande av jurisprudence rörandet denna fråga se *Metal-Tech Ltd. mot Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, beslut den 21 oktober 2015, paragraf 165

⁵⁴ Med cooling-of period” avses att det i avtalet anges att parterna måste vänta en viss period innan de får gå till skiljenämnd. Vanligen är denna period 6 månader.

⁵⁵ Alltså en rent processuell fråga som skiljenämnden har att förhålla sig till enligt eget skön.

⁵⁶ I *Vanessa Ventures Ltd mot Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, beslut den 16 januari 2013, fann skiljenämnden att varje avtal definierar vad som utgör en

eftersom vissa anser att innan MGN kan användas måste investeringen/ investeraren ha kvalificerat sig för att få del av det skydd avtalet ger. Det måste alltså finnas jurisdiktion för skiljenämnden att avgöra tvisten innan skiljenämnden kan medge import av artiklar ur andra avtal. Denna bedömning gjordes bl.a. av skiljenämnden i tvisten *Société Générale mot Dominikanska Republiken*⁵⁷, där investeraren inte tilläts importera en mer gynnsam definition av ”investering”, från en annan BIT via MGN. Investeraren bedömdes inte ha kvalificerat sig för basavtalet och eftersom skiljenämnden inte hade jurisdiktion att slita tvisten kunde inte heller import med hjälp av MGN tillåtas. Jurisdiktion måste således föregå import.

Även i tvisten *Garanti Koza mot Turkmenistan*⁵⁸ behandlade skiljenämnden frågan om det med hjälp av MGN gick att importera medgivande till att tvista under ICSID:s skiljeregler (det aktuella avtalet medgav endast tvistande under UNCITRAL-reglerna⁵⁹). Majoriteten av skiljemännen ansåg att eftersom staten gett medgivande till skiljedomsförfarande och eftersom MGN-artikeln omfattade tvisteförfarandet så innebar tvistande enligt ICSID inte import av medgivande utan endast tillgång till annan typ av tvisteförfarande.⁶⁰ Det synes som att skiljenämnden ansåg att om det finns en form av medgivande till tvist så kan detta medgivande utökas genom MGN. Den skiljaktiga meningen ansåg att det var fråga om just import av medgivande genom import av jurisdiktion, vilket i sin tur innebar otillåten ”forumshopping”. Var gränsen går för import av jurisdiktion är således oklart. Skiljemannen Charles N. Brower ansåg i den skiljaktiga meningen i *Renta 4 mot Ryssland* att eftersom Ryssland gett medgivande till investerare från Danmark till tvisteförfarande gällande expropriation

investering och vem som har rätt till skydd. Detta kan variera från avtal till avtal och det går inte att använda sig av MGN i denna del eftersom artikeln endast kan användas gällande den behandling (treatment) som en investering får och inte till själva definitionen av investerare – det gick alltså inte att importera jurisdiktion.

⁵⁷ *Société Générale mot Dominikanska Republiken*, UNCITRAL LCIA Case No. UN 7927, beslut om jurisdiktion den 19 september 2008. Samma bedömning gjordes i *Rafat Ali Rizvi mot Indonesien*, ICSID Case No. ARB/11/13, beslut om jurisdiktion den 16 juli 2013.

⁵⁸ *Garanti Koza LLP mot Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, beslut om jurisdiktion den 3 juli 2013.

⁵⁹ Med UNCITRAL-reglerna avses de tvisteregler som fastställts av FN:s handelsorgan UNCITRAL.

⁶⁰ Majoriteten av skiljenämnden i *Venezuela US S.R.L mot Venezuela*, PCA Case No. 2013-34, beslut om jurisdiktion den 26 juli 2016 kom fram till samma slutsats. Dock var det utskrivet i avtalet att MGN omfattade de processuella artiklarna.

så kunde detta medgivande importeras till investerare från Spanien med hjälp av MGN. Majoriteten höll inte med Brower.⁶¹

Det skulle kunna argumenteras för att det alltid är tillåtet att importera krav ur andra BIT:s rörande tillåtlighet, medan det tvärtom är otillåtet gällande krav för jurisdiktion (ex. definition av ”investering” eller ”investerare” ur annat avtal). Skiljelinjen mellan vad som är en fråga för jurisdiktion och för tillåtlighet kan därmed få stora konsekvenser för hur en MGN kan användas. Problemet är att var denna linje ska dras är inte helt enkelt att bestämma. Eller som det uttrycktes i tvisten *Methanex mot USA*:

”...it is perhaps not easy to define the exact dividing line, just as it is not easy in twilight to see the divide between night and day. Nonetheless, whilst the exact line remain undrawn, it should still be possible to determine on which side of the divide a particular claim must lie.”⁶²

Skiljemannen och tillika professor emeritus Birgitte Stern synes inte hålla med om denna uppdelning utan konstaterar att om man anser att en ”all matters” innebär att MGN omfattar processuella regler så borde i konsekvensens namn en ”all matters” även omfatta definitionen av investering, vilket är en fråga om jurisdiktion.⁶³

Rättspraxis från International Court of Justice (ICJ) talar för att vad gäller frågan om villkor uppställda för medgivande till tvist är dessa enligt folkrätten att anse som villkor rörande jurisdiktion och inte rörande tillåtlighet. Resonemanget från ICJ har sedan kommit att influera utgångarna i flera investeringstvister.⁶⁴ Skiljenämnder har i enlighet med jurisprudence från folkrätten gjort bedömningen att om staterna inte gett ett klart och tydligt samtycke så har konfliktlösning inte accepterats. Ovanstående talar starkt för att en tolkning av MGN som enbart utgår från traditionell folkrätt skulle innebära en restriktiv tolkning och därmed skulle artikeln inte kunna leda till varken jurisdiktion eller tillåtlighet där sådan saknas i grundavtalet.⁶⁵

⁶¹ *Renta 4S.V.S.A., m.fl. mot Ryssland*, ICC, Case. No. 024/2007, beslut den 20 mars 2009.

⁶² *Methanex Corporation mot USA*, beslut om jurisdiktion och tillåtlighet, den 7 augusti 2002, ICSID Reports 239 s 271 (punkten 139).

⁶³ Birgitte Stern anser alltså att det inte är möjligt att göra en sådan uppdelning och därför är det inte möjligt att använda MGN för import av processuella artiklar. Se skiljaktiga meningarna i *Impregilo SpA mot Argentina* (ICSID Case No ARB/07/17), beslut om jurisdiktion den 13 juli 2011

⁶⁴ Kinnear, Meg. et al (2016). ”*Building International Investment Law The First 50 Years of ICSID*”, Wolters Kluwer. s. 227ff

⁶⁵ Exempelvis ”*Case on certain Norwegian Loans*”, ICJ, den 6 juli 1957.

Var linjen mellan jurisdiktion och tillåtlighet dras får praktiska effekter eftersom vid klander har en domstol (eller ICSID:s *ad hoc committee*) rätt att i sak pröva frågan om jurisdiktion, men inte rätt att pröva frågan om tillåtlighet. Dessutom kan frågan få betydelse vid erkännande av skiljedomslut enligt New York-konventionen.⁶⁶

Av ovanstående kan dras slutsatsen att de processuella artiklar som är tillåtna och inte tillåtna att importera ur andra avtal med hjälp av MGN kan bero på om skiljenämnden bedömer att de är relaterade till jurisdiktion eller tillåtlighet.

6 Import av materiellt skydd

Olika investeringskyddsavtal ger olika starkt materiellt skydd. I vissa avtal ges exempelvis enbart skydd mot expropriation utan ersättning och mot diskriminering. I andra garanteras även investeraren ”rättvis och skälig behandling” osv. Eftersom skyddsnivån kan skilja sig åt kan det finnas incitament för investerare att importera det skydd från andra avtal som är mest gynnsamt.⁶⁷ Frågan här är om det går att med hjälp av MGN importera en materiell artikel eller delar av en materiell artikel ur ett annat investeringskyddsavtal.

Import av materiellt skydd kan med hjälp av MGN ske på i huvudsak tre sätt⁶⁸: (1) Utöka eller lägga till innehåll i grundläggande avtal genom import av mer förmånliga artiklar ur andra avtal. (2) Lägga till artiklar om helt saknas i grundläggande BIT. (3) Undgå för investeraren oförmånliga krav i grundavtalet.

Med materiellt skydd i investeringskyddsavtal avses alltså skydd mot expropriation utan ersättning, rätten till ”rättvis och skälig behandling”, paraplyartikel⁶⁹, rätt att överföra pengar, osv.⁷⁰

Jurisprudence visar att det i vissa fall har varit möjligt att importera materiella artiklar eller delar av sådana artiklar rörande ”rättvis och

⁶⁶ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Enligt denna konvention ska stater erkänna utgångar i skiljenämnder i andra länder såsom vore de beslutade av landets egen domstol. I samband med erkännande kan frågan om jurisdiktion prövas av landets ansvariga myndighet eller domstol. Denna prövning kan inte göras gällande tillåtlighet.

⁶⁷ MGN-artikeln kan i sig själv utgöra ett materiellt skydd då den garanterar att staten ger samma faktiska behandling till investerare från hemlandet och från tredje land.

⁶⁸ Kategoriseringen är hämtad från Kinnear, Meg. et al (2016). ”*Building International Investment Law The First 50 Years of ICSID*”, Wolters Kluwer. s. 405ff

⁶⁹ Med paraplyartikel avses att ett brott mot ett kommersiellt avtal även kan utgöra ett brott mot ett investeringskyddsavtal.

⁷⁰ Exempelvis Newcombe, Andrew och Paradell, Lluís. (2009). ”*Law and practice of investment treaties – standards of treatment*”, Kluwer Law International, s 446

skälig behandling”⁷¹, ”full säkerhet och skydd”⁷² och paraplyartikel⁷³. Jurisprudence är emellertid inte enhetlig. Exempelvis fanns i grundavtalet till tvisten *CME mot Tjeckien*⁷⁴ reglerat att ersättningsnivån vid expropriation skulle vara ”just compensation”. Skiljenämnden fann bl.a. att genom MGN kunde den för investeraren mer gynnsamma ordalydelsen ”fair market value” importeras, eftersom denna definition fanns i andra tjeckiska BIT:s.

Det är vanligare att lyckas importera en mer förmånlig utformning av en materiell artikel än det är att lyckas importera en artikel som helt saknas i grundläggande avtal. I de tvister där investerare sökt importera materiellt skydd ur andra BIT:s som inte alls funnits i grundläggande BIT har detta skett framgångsrikt i endast sju av tolv tvister.⁷⁵ I vissa fall har nekandet motiverats med att skyddsgrunden inte finns med i grundläggande BIT och att MGN därför endast kan modifiera rättigheter som finns i grundläggande BIT.⁷⁶ I andra fall har gjorts bedömningen att skyddsgrunden i annan BIT inte är att anse som mer fördelaktig.⁷⁷

Antagligen kan import ske inte bara från BIT:s utan även från multilaterala avtal, såsom exempelvis Energistadgefördraget.⁷⁸ För att identifiera vilket skydd en investerare kan ha rätt till räcker det därför

⁷¹ Detta beviljades ex. i tvisterna: *Pope & Talbot Inc. mot Kanada*, UNCITRAL, den 26 juni 2000, *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. mot Chile*, ICSID Case No. ARB/01/07, slutligt beslut den 24 maj 2004, *ADF Group Inc mot USA* ICSID Case No ARB/(AF)/00/1, beslut den 9 januari 2003, *ATA Construction Industrial and Trading Co mot Jordanien* ICSID Case No ARB/08/2, beslut den 18 maj 2010, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company mot Mongoliet*, UNCITRAL, beslut den 28 april 2011, *Hesham T. M. Al Warraq mot Indonesien*, UNCITRAL, beslut den 15 december 2015, o.s.v.

⁷² Detta beviljades ex. *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS mot Kazakstan*, ICSID Case No ARB/05/16, beslut den 29 juli 2008.

⁷³ Detta beviljades ex. i tvisterna: *EDF International SA, Saur International SA and Leon Participaciones Argentinas SA mot Argentina* ICSID Case No ARB/03/23, beslut den 11 juni 2012 samt *Franck Charles Arif mot Moldavien* ICSID Case No ARB/11/23, beslut den 8 april 2013. Paraplyartikel innebär att ett kommersiellt kontraktsbrott under vissa förutsättningar kan innebära ett brott även mot investeringskyddsavtalet.

⁷⁴ *CME Czech Republic B.V. mot Tjeckien*, UNCITRAL, slutligt beslut den 14 mars 2003. Läs även UNCTAD. (2010). *Most –Favoured-Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.

⁷⁵ Kinnear, Meg. et al (2016). ”*Building International Investment Law The First 50 Years of ICSID*”, Wolters Kluwer. s. 405

⁷⁶ *İçkale İnşaat Limited Şirketi mot Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB/10/24, beslut den 8 mars 2016 och *CMS Gas Transmission Co mot Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, beslut om jurisdiktion den 17 juli 2003.

⁷⁷ *Ex Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) mot Sri Lanka* ICSID, CASE No. ARB/87/3, beslut den 27 juni 1990.

⁷⁸ Vilka avtal som kan komma ifråga begränsas av principen *ejusdem generis*, vilket utvecklas nedan. Det finns även en diskussion om att import av artiklar endast kan ske mellan avtal som är ”compatible in principle”. Dock gäller även där principen om *ejusdem generis*. Se Dolzer, R och Schreuer C (2012.) ”*Principles of International Investment Law*” s.211f

inte att endast analysera den BIT som är aktuell för investerarens hemland och mottagande-land, utan investeraren måste även beakta alla relevanta avtal som det mottagande landet har ingått.

Nedan går igenom principen om *ejusdem generis* mer noggrant, men redan här bör betonas att de flesta skiljemän anser att MGN är en materiell skyddsartikel och därför ingår MGN och övriga materiella artiklar i ett avtal i en och samma kategori. Dock anser vissa att det finns en begränsning för vilken typ av materiella artiklar som kan importeras. Enligt denna tolkningstradition kan inte artiklar importeras som utökar det grundläggande avtalets omfattning ("scope") om det leder till ett skydd som inte finns i det grundläggande avtalet.⁷⁹

7 Vad avgör om det går att importera processuella artiklar ur andra avtal?

Med processuella artiklar avses här samtliga artiklar i ett avtal som tar upp på vilket sätt och under vilka villkor en investerare ges rätt till att slita en tvist i skiljenämnd.

Som nämnts ovan var det först genom skiljedomen i tvisten *Maffezini mot Spanien* som det klargjordes för alla att det kan gå att importera processuella artiklar ur avtal med tredje land, vilket investeraren normalt sett inte omfattas av, trots att grundavtalet inte explicit medger det. Det är också kring denna fråga som doktrinen om tillämpningen av MGN koncentreras. En tolkningstradition anser att MGN är till för att ge investerare ett materiellt skydd och inte för att ge tillgång till processuellt skydd (med vilket här avses tillgång till tvisteförfarande). För att MGN ska omfatta det processuella skyddet så krävs det enligt vissa en explicit referens i avtalet (alltså ingå i kategori 4, se avsnitt 3 ovan). Andra anser tvärtom att MGN omfattar en möjlighet att inkorporera ISDS även om detta inte framgår av grundavtalet. Det senare innebär alltså att MGN ger tillgång till ISDS via annat lands investeringskyddsavtal.

7.1 Undantag från MGN

Många MGN artiklar listar undantag till MGN-artikeln. Vanligast är att dubbelbeskattningsavtal inte omfattas av MGN-artikeln.⁸⁰ Vidare leder deltagande av endera part i en "Regional ekonomisk integrations-

⁷⁹Birgitte Sterns skiljaktiga mening i *Impregilo S.p.A. mot Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/17, beslut den 21 juni 2011. Samma slutsats kom även skiljenämnden fram till i *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. mot Jordanien*, ICSID Case No. ARB/02/13, beslut den 31 januari 2006

⁸⁰Denna typ av undantag finns i 1 282 avtal av de av UNCTAD kartlagda 1 456 avtalen.

organisation” (REIO) inte till att den andre parten får del av de förmåner som följer av medlemskapet i sådan organisation.⁸¹ (REIO betyder i Sveriges fall i praktiken EU.) Det finns även avtal som undantar statliga subventioner och offentlig upphandling⁸² samt sektorer såsom fiske. För de avtal som anger undantag till MGN kan det argumenteras för att avtalet gäller alla andra områden som inte explicit undantas, enligt principen *expressio unius est exclusio alterius*. Denna princip talar för att om det finns uppräknade undantag i ett avtal och om processuella regler inte nämns bland dessa, så gäller MGN även för de processuella reglerna.⁸³ Det finns dock skiljenämnder som anser att principen om *expressio unius* endast handlar om undantag som tillhör samma kategori som angivet undantag.⁸⁴ Diskussionen om vad som är samma kategori utvecklas nedan.

Det finns även en form av begränsning av MGN där det anges att MGN endast omfattar en eller flera paragrafer i avtalet. Exempelvis är BIT mellan Spanien och Ryssland utformad så att MGN endast gäller för artikeln ”rättvis och skälig behandling”.⁸⁵

7.2 Ingår MGN i samma kategori som ISDS?

I doktrinen refereras ofta till skiljedomen kallad *Anglo-Iranian Oil Company*⁸⁶, där det konstaterades att ett avtal med en tredje part som är

⁸¹ Så är även det svenska modellavtalet från år 2003 formulerat. Det är enligt UNTACD i sällskap med 1 375 andra avtal av kartlagda 1 456 avtal.

⁸² Ex. artikel 1108 i NAFTA.

⁸³ Skiljenämnderna använde sig av detta resonemang när de tillät import av en materiell artikel eller en del av en artikel i tvisterna *MTD mot Chile*, *Bayindir mot Pakistan* och *CME mot Tjeckien*. Detsamma gjorde skiljenämnden i *National Grid mot Argentina*, UNCITRAL, beslut om jurisdiktion den 20 juni 2006. Den senare tvisten rörde import av processuell artikel.

⁸⁴ Exempelvis skiljenämnden i tvisten *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi mot Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, beslut den 7 maj 2012

⁸⁵ Tvisterna *Renta 4S.V.S.A., m.fl. mot Ryssland*, SCC, Case. No. 024/2007, beslut den 20 mars 2009 (*Renta 4*) och *RosInvestCo UK Ltd. mot Ryssland*, ICC, Case No. 079/2005, beslut oktober 2007 hade grund i BIT:s mellan Ryssland och Spanien respektive Ryssland och Storbritannien. I avtal som skrev på Sovjetunionens tid – och detta var sådana avtal – begränsades tvistemöjligheten till att omfatta nivån på ersättningen vid en expropriation. Tvisterna mot Ryssland gällde huruvida expropriation ägt rum eller inte. I båda tvisterna yrkade investerarna tillgång till BIT mellan Ryssland och Danmark, vars avtal inte var avgränsat till belopp. I *Renta 4* fann skiljenämnden att det inte gick att importera processuella artiklar via MGN eftersom artikeln begränsats till att endast omfatta ”rättvis och skälig behandling”. Emellertid ansåg nämnden att MGN inte behövdes eftersom en prövning av en värdering förutsätter en prövning av expropriation. En utgång som kom att ändras av Svea hovrätts dom den 18 januari 2016 i mål nr 9128-14. Domen är överklagad till Högsta domstolen. I *RosInvest* gavs tillgång till import från BIT mellan Ryssland och Danmark med hänvisning till MGN och därmed gavs skiljenämnden jurisdiktion att avgöra om det förekommit en expropriation eller inte.

⁸⁶ *Anglo-Iranian Oil Company, (Storbritannien mot Iran)*, 1952, ICJ 93

oberoende och isolerat från grundavtalet inte kan producera legala effekter.⁸⁷ Tolkningen begränsar möjligheten att begagna sig av MGN på så vis att det måste finnas en länk mellan avtalen som kan leda till en utvidgning av det grundläggande investeringsskyddsavtalet.

I doktrinen går en analytisk skiljelinje mellan de som anser att en MGN-artikel i ett investeringsskyddsavtal kan ge tillgång till ISDS, via investeringsskyddsavtal med annat land, och de som motsätter sig en sådan tolkning. Vilken tolkning som görs beror bl.a. på hur de ser på uppbyggnaden av själva investeringsskyddsavtalet. Enligt inledningen (preambeln) till nästan alla avtal är syftet med avtalen att främja investeringar. Detta leder till att vissa anser att avtalen och samtliga artiklar däri är att betrakta som en helhet.

Vid bedömningen av om MGN kan leda till import av processuella rättigheter är det centralt vilka *rättigheter* avtalet ger och rätten till skydd för investeringen/investeraren. Grunden för resonemanget är att tillgång till tvisteförfarande och omkringliggande regelverk är en del av ”behandlingen” som ett land ger en investerare. Vid bedömningen av om så är fallet kan det vara av vikt om ordet ”all” står innan ”behandling”, (jämför kapitel 3 ovan). För det fall bedömningen görs att både de materiella och de processuella artiklarna utgör ”behandling” betraktas samtliga dessa artiklar som att tillhöra samma kategori. Principen om *ejusdem generis* medför att avtalet endast kan utvidgas till vad som tillhör *samma kategori* som MGN självt, vilket International Law Commission (ILC) konstaterade i sitt slutliga förslag till hur MGN kan utformas.⁸⁸ Utgångspunkten bör enligt denna analystradition vara att – om inte annat stadgas – MGN medger import av processuella artiklar (tillgång till ISDS).⁸⁹

Motståndarlaget anser istället att investeringsskyddsavtal består av ett antal materiella skyddsartiklar och en möjlighet till prövning av dessa skyddsartiklar genom ISDS. Materiella och processuella artiklar anses alltså inte tillhöra samma ämnesområde/kategori (”subject-matter”⁹⁰). Tillgång till ISDS utgör inte materiella skyddsartiklar utan processuella artiklar och eftersom MGN tillhör kategorin materiell skyddsartikel så kan MGN inte ge tillgång till de processuella artiklarna. Konsekvensen

⁸⁷ Exempelvis Voss, Jan Ole. (2010). “*The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*”, s 224.

⁸⁸ Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol II Part Two.

⁸⁹ I bilagan till denna utredning går igenom hur skiljenämnderna resonerat i fem tvister och det ges där exempel på båda analystraditionerna.

⁹⁰ Begreppet är i sammanhanget svåröversatt.

enligt denna analystradition blir således att på grund av *ejusdem generis* kan en materiell artikel (MGN) inte utvidga en processuell artikel.

Gällande tolkningen av en MGN-artikel konstaterade ILC i kommentaren till utkastet till artikel 9 och 10, att vad som utgör ämnesområde/kategori ("subject-matter") inte begränsas till innehållet i samma avtal eftersom det allvarligt skulle underminera poängen med artikeln, även om sammanhanget spelar roll för tolkningen av artikeln.

En komplikation utgörs av att ILC gjorde bedömningen att den som använder sig av MGN-artikeln (i detta fall en investerare eller en investering) måste vara i samma situation i relation till staten som det som jämförs med (i detta fall investerare eller investering som skyddas av annat avtal). Jämför avsnitt 3 ovan och diskussionen om betydelsen av att avtalen innehåller begreppet "in like".

En av frågorna är alltså om hela avtalet är att se som en kategori eller om de relevanta kategorierna är materiella skyddsartiklar och processuella artiklar.⁹¹ ILC:s förslag till utkastet till artikel 9 var att MGN skulle tolkas med utgångspunkt i *ejusdem generis*.⁹² Denna tolkning har fått stort genomslag⁹³ men eftersom ILC inte gick närmare in på hur analysen av MGN ska ske praktiskt ges det tyvärr ingen ledning till om de materiella artiklarna tillhör samma kategori som de processuella.⁹⁴ UNCTAD konstaterade i sin analys från år 2010 att det i jurisprudence är fastslaget att MGN styrs av *ejusdem generis* principen, men inte heller där diskuteras hur principen praktiskt kan användas.

Hur en skiljeman ser på *ejusdem generis* och vad som utgör en kategori kan påverka hur skiljemannen ser på rätten att importera en processuella artikel.⁹⁵ För att i avtal förtydliga hur *ejusdem generis* ska tillämpas är det enklast att explicit skriva ut om MGN gäller eller inte gäller för materiella och processuella artiklar.

⁹¹ Yannick Radi. (2007). "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse', EJIL (2007). Vol. 18 No. 4, 757-774.

⁹² Yearbook of the International Law Commission, 1978, Volume II, part two. s. 21ff

⁹³ Till Skillnad från distinktionen mellan "primära" och "sekundära" regler.

⁹⁴ OECD. (2004). *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*.

⁹⁵ Se ex. *Hesham Talaat M. Al-Warraq mot Indonesien*, beslut den 15 december 2014, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. och InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. mot Argentina*, Case No. ARB/03/17, beslut om jurisdiktion den 16 maj 2006.

8 Sveriges investeringskyddsavtal

Sverige har 66 bilaterala investeringskyddsavtal i kraft.⁹⁶ Därtill har Sverige tre bilaterala avtal som är undertecknade men som inte har ratificerats.⁹⁷ Dessutom är Sverige medlem i Energistadgefördraget (ECT) i vilket ingår världens enda multilaterala investeringskyddsavtal.⁹⁸ Avtalet är av klassisk utformning med samtliga materiella skyddsartiklar som finns i svenska BIT:s, men avtalet gäller enbart för investeringar företagna inom energisektorn. Sverige kommer via EU sannolikt snart att även vara en del av plurilaterala frihandelsavtal, såsom avtalen mellan EU och Kanada (CETA) och EU och Singapore, vari investeringskydd ingår.

I detta avsnitt görs en genomgång av utformningen av MGN och övriga materiella skyddsartiklar i de svenska avtalen. Syftet med genomgången är att visa hur skyddet skiljer sig åt mellan de olika svenska avtalen vilket i sin tur kan leda till en osäkerhet för Sverige och Sveriges investerare om vilket faktiskt skydd avtalen ger.

8.1 Utformningen av MGN i svenska BIT:s

I samtliga svenska avtal ingår artikeln MGN. Artikeln är dock begränsad i flera av avtalen vilket utvecklas nedan. Ofta är artikeln sammansatt med nationell behandling (punkten 1 nedan). Därtill finns i nästan samtliga svenska avtal undantag från MGN gällande deltagande i ekonomisk samarbetsorganisation, REIO, (punkten 2 nedan) och beskattning (punkten 3 nedan).

Artiklarna national behandling och MGN i det svenska modellavtalet

Nationell behandling och mest gynnad nations-behandling av investeringar

1. Vardera avtalsparten skall ge investeringar gjorda inom dess territorium av investerare från den andra avtalsparten en behandling som inte är mindre förmånlig än den som den ger investeringar gjorda av sina egna investerare eller av investerare från tredje land, beroende på vilken behandling som är den mest förmånliga.

2. Utan hinder av bestämmelserna i punkt 1 ovan skall en avtalspart, som har ingått eller kan komma att ingå avtal om upprättande av en tullunion, en gemensam marknad eller ett frihandelsområde vara fri att med stöd av sådana avtal bevilja mer förmånlig behandling till

⁹⁶ Därtill ger det uppsagda avtalet med Bolivia skydd för investeringar företagna före den 4 juli 2013. Skyddet för dessa investeringar varar till den 4 juli 2033.

⁹⁷ De tre avtalen är med Nicaragua, Filipinerna och Zimbabwe Visserligen har dessa avtal inte ratificerats, men de har trots det viss rättsverkan. Artikel 18(a) i VCLT leder till att staten måste avhålla sig (refrain) från att göra något i strid mot (defeat) avtalets ändamål och syfte (object and purpose). En grövre överträdelse i ond tro skulle därmed kunna leda till ett avtalsbrott, för det fall någon av staterna inte har lämnat någon avsiktsförklaring om att de inte avser att ratificera dessa avtal. Det har inte kommit till kollegiets kännedom att någon sådan förklaring lämnats.

⁹⁸ Mot bakgrund av att ECT är ett multilateralt avtal ingår det inte i analysen nedan.

investeringar av investerare från den eller de stater som också ingår i nämnda avtal eller till investerare från vissa av dessa stater.

3. Bestämmelserna i punkt 1 ovan skall inte tolkas så att de ålägger den ena avtalsparten att till investerare från den andra avtalsparten utsträcka förmånen av behandling, fördelar eller privilegier som följer av ett nu befintligt eller framtida internationellt avtal eller arrangemang som fullständigt eller till övervägande del hänför sig till beskattning.

Utformningen av ett investeringskyddsavtal är alltid en kompromiss mellan avtalsparterna och utformningen av MGN-artikeln utgör inget undantag, vilket förklarar varför artikeln skiljer sig åt mellan Sveriges olika avtal. Nedan görs ett försök att se mönster i de svenska avtalen och vad som sticker ut.

Den svenska modellversionen av MGN är bred men saknar referens till ”all behandling”. Istället anges endast ”behandling”. Svenska BIT:s tillhör kategori (1) i avsnitt 3 ovan. Slående är att själva MGN-artikeln och de två undantagen gällande skatter och deltagande i REIO nästan genomgående finns med i Sveriges BIT:s. Principen om *expressio unius est exclusio alterius*⁹⁹ är därmed i princip tillämpbar på de svenska avtalen, vilket enligt en analystradition talar för att processuella artiklar kan importeras. Därtill kan noteras att det i modellavtalet och i många av Sveriges avtal stadgas att MGN gäller för investeringar gjorda av investerare. Det uttalas alltså inte klart att MGN gäller för investerare, vilket enligt en analystradition talar för att MGN inte omfattar processuella artiklar.

I 24 av Sveriges avtal är MGN-artikeln mer eller mindre en kopia av ovanstående artikel varav det äldsta avtalet är från år 1993 (Chile) och det senaste från år 2008 (Georgien).¹⁰⁰ De flesta av dessa avtal är tecknade strax innan eller strax efter år 2000. I sju andra avtal har MGN fått i stort sett samma utformning, men i dessa har artikeln ”nationell behandling” utgått, får man förmoda på önskemål från motparterna.¹⁰¹ I ytterligare sex avtal har MGN utformats såsom i modellavtalet men

⁹⁹ Principen om *expressio unius est exclusio alterius* innebär att om det finns uppräknade undantag i ett avtal så är huvudregeln att allt som inte räknas upp bland undantagen omfattas av avtalet.

¹⁰⁰ Avtalen är med följande stater: Albanien, Algeriet, Armenien, Chile, Ecuador, Etiopien, Georgien, Guatemala, Iran, Kazakstan, Laos (dock FET som egen paragraf i artikeln), Libanon (undantagen är något annorlunda formulerade), Makedonien, Mauritius, Mexiko, Mongoliet, (Nicaragua), Nigeria, Rumänien, Sydafrika, Tanzania, Turkiet, Uzbekistan, Venezuela och (Zimbabwe). MGN-artikeln i avtalet med Tanzania innehåller undantag för subsidier i Tanzania. I avtalet med Sydafrika och Zimbabwe finns FET instoppad och i det förra finns även ett undantag för bistånd.

¹⁰¹ Argentina, Bolivia, Filipinerna, Saudiarabien, Tjeckien, Ungern och Vietnam. I avtalet med Tjeckien har MGN-artikeln utökats med en del som normalt ingår i artikeln rörande expropriation. I avtalen med Ungern och Vietnam har REIO fått en annorlunda utformning.

dessutom begränsats på så sätt att avtalen med Elfenbenskusten (från 1965), Madagaskar (från 1966) och Senegal (från 1967) inte får åberopas som grund för MGN. Fyra av de sex avtal som har denna begränsning är från år 1992 och två från år 1990.¹⁰² Avtalen med Elfenbenskusten, Madagaskar och Senegal täcker fler områden (exempelvis tullar) än vad som täcks av Sveriges övriga BIT:s, vilket kan vara anledning till undantagen. Avtalet med Argentina slöts år 1991, dock utan att få motsvarande begränsning. Inte heller i andra avtal finns detta undantag med. Vad än skälet var till undantaget synes det inte ha fått återverkningar i senare ingångna avtal.

I tolv avtal finns ett tillägg om att investerare omfattas av MGN¹⁰³. I sju avtal har MGN-artikeln försetts med en ”grand fathering” innebärande att staterna inte behöver ge MGN-behandling till investerare som omfattas av BIT:s som har ingåtts före avtalets ikraftträdande.¹⁰⁴ Sex av dessa avtal saknar artikeln ”nationell behandling”¹⁰⁵ och fyra av dessa avtal saknar dessutom undantaget gällande skatter (se punkten 3 i modellavtalet).¹⁰⁶ Orsaken till detta är oklar. Tre av dessa äldre avtal är från runt år 1980 och det fjärde är från år 1997. De legala konsekvenserna är oklara och utanför denna utrednings omfattning.

Utöver dessa olikheter har genomgången av de svenska avtalen visat på flera specialvarianter. Exempelvis förefaller MGN i avtalet med Malaysia begränsad till ”rättvis och skälig behandling”. Så förefaller även vara fallet med MGN i avtalet med Ryssland. I det senare avtalet finns dessutom tilläggsundantag såsom t ex nationell säkerhet. Avtalet med Peru är det enda svenska avtal som explicit stadgar att MGN även gäller för processuella artiklar.

I flera avtal har MGN en utformning som är olik vad som får betecknas som den svenska standardutformningen.¹⁰⁷ Bland annat har undantagen till MGN i vissa fall lagts i en separat artikel.¹⁰⁸ I avtalet med Thailand är

¹⁰² Avtalen är med Bolivia, Estland, Lettland, Litauen, Indonesien och Polen. I avtalet med Indonesien har MGN fått en något annorlunda utformning än i modellavtalet.

¹⁰³ Det rör sig om avtalen med Bosnien & Hercegovina, Bulgarien, Förenade Arabemiraten, Hongkong, Indien, Kroatien, Malta, Oman, Panama, Peru, Saudiarabien, Slovakien, Ukraina och Uruguay. I avtalen med Hongkong och Peru har undantagen placerats i en annan artikel, liksom i avtalet med Kroatien och i detta avtal har MGN även fått en annan utformning.

¹⁰⁴ Avtalen är med Egypten, Kina, Malaysia, Marocko, Pakistan, Serbien & Montenegro och Tunisien.

¹⁰⁵ Avtalet med Egypten innehåller artikeln ”nationell behandling”.

¹⁰⁶ Avtalen som saknar undantaget är med Kina, Malaysia, Serbien & Montenegro samt Tunisien.

¹⁰⁷ Utformningen av MGN är olik i ex. avtalen med Korea, Kuwait, Pakistan, Sri Lanka och Yemen.

¹⁰⁸ Ex. i avtalen med Korea och Srilanka.

artikeln MGN otydlig och det förefaller som att MGN för investeringar begränsats till rättvis och skälig behandling. Samtidigt synes MGN explicit gälla även för de facto behandling av investerare. I avtalet med Kirgizistan finns tillägg om att statliga företag ska ge MGN och nationell behandling. Därtill anges att MGN inte omfattar WIPO (avtal om immateriella rättigheter). Den senare begränsningen finns även i avtalet med Mocambique, dock utan att explicit nämna WIPO.

Sammantaget kan konstateras att utformningen av MGN i svenska BIT:s spretar ordentligt och det går därför inte att kategoriskt uttala sig om i vilken utsträckning MGN i svenska avtal kan eller inte kan leda till import av olika artiklar. För att avgöra detta måste det enskilda avtalet analyseras på det sätt som redovisats ovan i kapitel 1-7.

8.2 Innehållet i svenska BIT:s i övrigt

För att skapa en övergripande förståelse över vad Sverige har ingått för avtal följer nedan en grov indelning av innehållet i Sveriges BIT:s. Indelningen gör inte anspråk på att vara uttömmande eller ens på att i alla delar vara fullständigt korrekt då det ibland ges utrymme för tolkning. Genomgången visar att de svenska avtalen inbördes har relativt stora olikheter och att det skydd som ges investerare kan skilja sig åt markant. Det kan därför finnas incitament för investerare att snegla på andra avtal för att se om det där ges ett skydd som är mer heltäckande.

En analys av samtliga svenska avtal visar på följande innehåll:

Ej ISDS Antal 3	Elfenbenskusten, Madagaskar, Senegal
Begränsad ISDS Antal 1	Egypten
Ej ”nationell behandling” Antal 22 (23)	Argentina, Bolivia, (Filipinerna) Egypten, Estland, Indonesien, Kina, Lettland, Litauen, Malaysia, Marocko, Pakistan, Polen, Saudiarabien, Serbien och Montenegro, Slovakien, Sri Lanka, Tjeckien, Tunisien, Turkiet, Ungern, Vietnam och Yemen.
Begränsad ”nationell behandling” Antal 5	Bulgarien och Egypten grand fathering. Ryssland grand fathering och säkerhetsundantag mm, Tanzania begränsar NT gällande subsidier om de inte är betydliga. Sydafrika begränsar med hänvisning till bistånd.
Ej ”rättvis och skälig behandling” Antal 1	Bulgarien

Begränsad ”rättvis och skälig behandling” Antal 3	Elfenbenskusten och Senegal (genom hänvisning till folkrätten). Mexiko med hänvisning till tillämplig internationell praxis och internationell rätt.
Innehåller "paraply artikel" Antal 23	Algeriet, Armenien, Bosnien-Hercegovina, Ecuador, Etiopien, Georgien, Guatemala, Hongkong, Kazakstan, Kirgizistan, Libanon, Malta, Mauritius, Moçambique, Mongoliet, Nigeria, Panama, Rumänien, Tanzania, Thailand, Uzbekistan, Venezuela, Yemen
Innehåller ”full säkerhet och skydd” Antal 7	Indien, Kirgizistan, Korea, Mocambique, Saudiarabien, Thailand och Ukraina.
Begränsad MGN Antal 16	<i>Egypten, Kina, Malaysia, Pakistan, Serbien & Montenegro och Tunisien</i> (grand fathering ¹⁰⁹). I avtalen med <i>Bolivia, Estland, Lettland, Litauen, Indonesien och Polen</i> exkluderas MGN explicit att omfatta avtalen med Elfenbenskusten, Madagaskar och Senegal. ¹¹⁰ I avtalet med <i>Kuwait</i> begränsas MGN genom uppräknig av vad som utgör behandling, <i>Ryssland</i> begränsas MGN till FET, grand fathering plus säkerhetsundantag. <i>Malaysia</i> begränsad till FET, <i>Thailand</i> har grand fathering plus lista om vad som omfattas och ev. begränsning till FET.
Utökad MGN Antal 1	Peru (MGN omfattar explicit processuella artiklar).
Skatteundantaget saknas i MGN Antal 4	Kina, Malaysia, Serbien & Montenegro samt Tunisien
Sammanföring av tvister Antal 1	Mexiko

Som synes saknar tre av Sveriges avtal en skiljemekanism för tvister mellan investerare och stat. 23 av avtalen innehåller paraplyartikel¹¹¹ och så få som sju av avtalen innehåller artikeln ”fullständig säkerhet och skydd”. Artikeln ”rättvis och skälig behandling” ingår inte i avtalet med Bulgarien och är begränsad i tre andra avtal. MGN är på olika sätt

¹⁰⁹ Grand fathering betyder att artikeln inte gäller för behandling som skett före det att avtalet började gälla.

¹¹⁰ Dessa tre avtal är inte enbart investeringsskyddsavtal utan bredare handelsavtal som bland annat omfattar tullar. Det kan vara detta som ligger bakom önskan att exkludera dessa avtal. Dock får det anses anmärkningsvärt att det inte gjorts i fler avtal, om det nu var syftet med begränsningen.

¹¹¹ Inklusive de tre avtal som inte ratificerats. Med paraplyartikel avses alltså att ett brott mot ett kommersiellt avtal även kan utgöra ett brott mot ett investeringsskyddsavtal.

begränsad i 16 avtal och endast i ett avtal är MGN explicit med att tillåta import av processuella artiklar.

Som illustration av behovet av import av materiella artiklar kan utgå från ett exempel där en svensk investerare är i behov av det skydd som följer av en BIT mellan Sverige och Bulgarien. Investeraren finner att avtalet saknar de materiella skydden ”rättvis och skälig behandling”, paraplyartikel och ”full säkerhet och skydd”. Innebär då detta att investeraren står utan dessa skydd? Investeraren skulle kunna yrka att dessa skyddsartiklar ska importeras ur BIT mellan exempelvis Bulgarien och Nederländerna, vari samtliga av de saknade skyddsartiklarna finns. Om ett sådant yrkande är framgångsrikt beror på de överväganden som redovisats i kapitel 1-7.

Trots de många olikheterna av utformningen av MGN i svenska BIT:s kan alltså göras några generella observationer. Svenska MGN-artiklar saknar hänvisning till ”all behandling” och istället anges endast ”behandling” eller liknande. Som framgår av exemplen ovan kan detta få en avgörande betydelse för om import av processuella artiklar är framgångsrikt eller inte. Svenska BIT:s är ofta formulerade som att en behandling ska ges som ”inte är mindre förmånlig än...”. Betydelsen av detta är omtvistad. Det finns inte någon hänvisning till ”in-like”, vilket kan påverka möjligheten till import via MGN. Sammanfattningsvis finns det en stor mängd olikheter i Sveriges BIT:s vilket i sig kan utgöra skäl för en utländsk investerare att försöka importera skydd ur andra svenska BIT:s. Motsvarande gäller för svenska investerare på motparternas territorium.

9 Hur regleras MGN i CETA, TTIP och TPP?

För att inte hamna i den situation som redovisats ovan med oklarheter över vilka artiklar som kan och inte kan importeras via MGN har EU beslutat sig för att helt stänga möjligheten till import från andra avtal genom att begränsa MGN så att varken materiella eller processuella artiklar kan importeras, vilket nedan exemplifieras med ett förtydligande ur CETA:

For greater certainty, the “treatment” referred to in paragraphs 1 and 2 does not include procedures for the resolution of investment disputes between investors and states provided for in other international investment treaties and other trade Agreements. Substantive obligations in other international investment treaties and other trade agreements do not in themselves constitute “treatment”, and

thus cannot give rise to a breach of this Article, absent measures adopted or maintained by a Party pursuant to those obligations.¹¹²

Denna typ av begränsning är också vad EU föreslår i förhandlingarna med USA, Trans Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). Det är däremot inte självklart att detta även är USA:s inställning. I Trans Pacific Partnership (TPP) har parterna nöjt sig med att förhindra import av processuella artiklar:

For greater certainty, the treatment referred to in this Article does not encompass international dispute resolution procedures or mechanisms, such as those included in Section B (Investor-State Dispute Settlement).¹¹³

10 Vad kan Sverige göra för att undanröja osäkerheten MGN medför?

Som refererats till ovan kan MGN leda till en ökad harmonisering av investeringsskyddsavtal och en minskad diskriminering av investerare grundad på nationalitet. Samtidigt riskerar artikeln även leda till en ökad osäkerhet om vilket faktiskt skydd de enskilda avtalen ger investerare och investeringar.

För det fall Sverige önskar tydliggöra hur MGN ska tolkas i egna BIT:s – och i förlängningen vilket faktiskt skydd som respektive avtal ger – finns det olika alternativ. Sverige kan unilateralt deklarerat hur alla eller enskilda avtal ska tolkas. Om motparten svarar att de är eniga i tolkningen kan, beroende på situationen, detta antingen tolkas som en efterföljande överenskommelse i enlighet med VCLT 31.3.a eller att parterna är eniga om tolkningen i enlighet med VCLT 31.3.b.

I de fall motparterna till avtalen inte gör en motsvarande deklARATION om hur MGN ska tolkas eller till och med ger en deklARATION i strid därmed blir Sveriges uttalande endast en inlaga för skiljenämnden att ta hänsyn till, vilket gör tolkningen fortsatt osäker, men uttalandet saknar inte värde.¹¹⁴ Att föredra är därför i första hand tillägg till avtalet där det skrivs ut hur MGN kan användas. Exempelvis har Kanada och Peru gjort ett tillägg till artikeln MGN där det klargörs att den inte omfattar processuella artiklar.¹¹⁵ Att öppna upp för förhandling kan emellertid vara riskabelt eftersom utfallet är osäkert. Till exempel kan det leda till att avtalet sägs upp eller till icke önskvärda förändringar av avtalen.

¹¹² Artikel 8.7(4) CETA

¹¹³ Artikel 9.5(3) TPP.

¹¹⁴ Staters uttalande vilja är inte utan värde vid tolkning av ett internationellt avtal. Ex tar Europadomstolen detta i beaktande.

¹¹⁵ Schweiz och Colombia har istället tydliggjort detta genom ett förklarande annex till deras avtal.

Ett alternativ är gemensamma deklARATIONER vilket kräver att staterna har samma inställning i frågan och dessutom anser att frågan är av sådan vikt att de vill lägga ned tid och energi på den. Dock är förfarandet sannolikt mindre betungande än att omförhandla avtalet. Argentina och Panama har gjort detta genom utväxlande av noter där de slår fast att MGN inte avsågs omfatta processuella artiklar.

Oavsett vilket av dessa alternativ som väljs är det EU-kommissionens inställning att klargörande av innehåll i EU-medlemsstaternas BIT:s liksom omförhandling av avtal ska godkännas av EU-kommissionens Committee for Investment Agreements.

Vilken möjlighet svenska investerare har att importera materiella och processuella artiklar ur andra avtal med hjälp av MGN beror till största delen på utformningen av det enskilda grundavtalet. Därtill är det avgörande för utgången vilken analystradition majoriteten av skiljenämnden ansluter sig till.

11 Slutord

Analysen visar att det inte går att ge ett entydigt svar på vad som kan importeras ur andra avtal med hjälp av MGN. Svaret beror både på specifik avtalstext och analystraditioner hos skiljemännen. Eftersom skiljemännen måste göra flera vägval vid bedömningen av om MGN tillåter import av artiklar ur andra avtal ges ett utrymme för vad som kan uppfattas som skönsmässiga bedömningar. Därmed är det oklart vilka faktiska åtaganden Sverige gjort i sina investeringsskyddsavtal och samma oklara skydd ges svenska investerare i utlandet.

Rekommendationen är att Sverige av denna anledning beslutar sig för hur avtalen ska tolkas för att sedan anamma något av de alternativ som räknas upp i avsnittet ovan.

Utredningen har kvalitetgranskats externt av doktoranden i investeringsrätt vid Uppsala universitet Joel Dahlquist Cullborg.

Ärendet har avgjorts av generaldirektören Anna Stellingar i närvaro av enhetschefen Tanja Rasmusson, chefsjuristen Anna Renman utredaren Sara Sandelius, föredragande Jonas Hallberg. I den slutliga handläggningen har även deltagit utredarna Sara Sandelius, Camilla Östlund och Fredrik Woods.

Anna Stellingar

Jonas Hallberg

Bilaga 1 – Fem exempel som visar olika tolkningar

Skiljedomen i tvisten *Emilio Augustín Maffezini mot Spanien* år 2000 var den första i en investeringstvist att tillåta import av en processuell artikel från ett annat lands BIT. Den argentinske investeraren Maffezini önskade tillgång till en artikel i investeringsskyddsavtalet mellan Spanien och Chile. Detta eftersom i avtalet med Chile krävdes det inte att han först måste vänta i 18 månader för att under denna period vända sig till nationell domstol innan han kunde ta tvisten vidare till skiljeförfarande, vilket var ett villkor i avtalet mellan Spanien och Argentina. Med andra ord rörde tvisten om det var möjligt att importera medgivande till skiljeförfarande från Spanien till att tvista i skiljenämnd från ett annat avtal. (Eftersom det rörde sig om en tidsgräns är det enligt professor Jan Paulssons analysapparat fråga om tillåtlighet och inte jurisdiktion.) Skiljenämnden betonade att eftersom det i BIT mellan Spanien och Argentina angavs att artikeln MGN gällde ”all matters” (vilket i stort sett är detsamma som ”all treatment”) inkluderade MGN även de processuella artiklarna i avtalet.¹¹⁶ Härvid beaktades även att skiljeförfarandet var en invävd del i skyddet för investeraren. Även principen om *ejusdem generis* förde skiljenämnden till slutsatsen att MGN omfattar processuella rättigheter. Trots att skiljenämnden ansåg att det var berättigat att kunna importera processuella artiklar ur andra avtal betonade de att det måste göras en åtskillnad mellan legitima förlängningar av rättigheter och förmåner och ”treaty-shopping”. Enligt skiljenämnden drogs gränsen vid statens fundamentala villkor för att ingå avtalet. Som exempel angavs att det inte skulle kunna gå att runda en ”fork-in-the road” artikel.¹¹⁷ Det har av många argumenterats för att denna tolkning saknar grund i VCLT.¹¹⁸

I *Telenor mot Ungern*¹¹⁹ önskade investeraren importera en bredare rätt till skydd, inklusive artikeln FET, eftersom ursprunglig BIT endast gav rätt till skiljenämnd för brott mot artikeln rörande expropriation. MGN-artikeln var inte en ”all treatment” och skiljenämnden tvivlade på att det hade varit parternas intention att det via MGN skulle vara möjligt att

¹¹⁶ I *Siemens A.G. mot Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/08, beslut om jurisdiktion den 3 augusti 2004 drog skiljenämnden tolkningen ett steg längre eftersom i den tvisten var utformningen av MGN inte lika bred.

¹¹⁷ Fork-in-the-road innebär förenklat att investeraren inte kan driva processen i nationell domstol och i skiljenämnd samtidigt.

¹¹⁸ Parker, Stephanie L. (2012). ”A BIT at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties.” American University Washington College of Law.

¹¹⁹ *Telenor Mobile Communications A.S mot Ungern*, ICSID Case No. ARB/04/15, beslut den 13 september 2006.

importera processuella artiklar (jmf artikel 36 VCLT). Skiljenämnden uppgav vidare att normalt sett ska ”treatment” uppfattas som att investeraren har rätt till samma materiella skydd som en investerare från ett tredje land, men MGN ska tolkas utifrån dess ”ordinary meaning” (jämför artikel 31 VCLT) och då MGN enligt jurisprudence (enligt skiljenämnden) endast omfattade materiellt skydd så fanns det ingen anledning att tillåta import av processuella rättigheter.

Även i tvisten *Tecmed mot Mexiko*¹²⁰ gick utgången emot *Maffezini*. Grundläggande BIT innehöll en så kallad *grand fathering* artikel, innebärande att avtalet bara gällde investeringar som tillkommit efter det att avtalet ingåtts. Investeraren åberopade via MGN en annan BIT, vilken saknade *grand fathering*. I grundläggande BIT angavs att investerings-skyddet gavs till ”all treatment” av investeringar och Tecmed hävdade att de via MGN därför hade rätt att använda sig av en annan BIT som saknade *grand fathering*. Skiljenämnden fann att eftersom *grand fathering* var en processuell fråga rörande skiljenämndens behörighet att pröva tvisten (*ratione materiae* eller *ratione temporis*) så omfattades den inte av MGN.¹²¹ Detta eftersom processuella frågor och jurisdiktion (i praktiken ”medgivande till tvist”) tillhör kärnfrågor som har förhandlats särskilt mellan parterna.¹²² Avgörande för utgången var således att skiljenämnden fann att begärd import skulle påverka frågan om jurisdiktion. Genom denna distinktion skulle det kunna argumenteras för att utgången i *Tecmed* egentligen inte strider mot utgången i *Maffezini*.

Som återgivits ovan skrev skiljemannen Birgitte Stern en uppmärksammas skiljaktig mening i *Impregilo mot Argentina*.¹²³ Stern uppgav att vid tiden för skiljedomen var det visserligen sant att antalet tvister som beviljat MGN vid ”all matters” eller ”all rights” var klart fler än de som inte gjort det, men om antalet skiljemän som intagit skilda ståndpunkter beaktades var det snarare 50-50. Orsaken till utfallet var att samma skiljemän suttit i många av tvisterna. Stern vände sig även mot att investeraren genom MGN inte gavs samma behandling som investerare som täcktes av det andra avtalet, utan denne gavs en behandling som ingetdera avtal tillät, vilket skedde genom att plocka godbitarna ur båda

¹²⁰ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A mot Mexiko* ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, beslut den 23 oktober 2015.

¹²¹ Andre Newcombe and Lluís Paradell. (2009). ”*Law and practise if investment treaties - Standards of treatment*”. s 223

¹²² *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, beslut den 29 maj 2003, § 69. Jämför nedan med *Plama Consortium Limited mot Bulgarien*, ICSID Case No. ARB/03/24, beslut om jurisdiktion den 8 februari 2005 som för samma resonemang.

¹²³ *Impregilo SpA mot Argentina*, ICSID Case No ARB/07/17, beslut om jurisdiktion den 13 juli 2011.

avtalen. Med beaktande av artikel 31 i Wienkonventionen anförde Stern att med "behandling" avsågs enligt *den gängse meningen* fram till Maffezini-beslutet skydd av materiella rättigheter – och inte den processuella tillgången till dessa. Därtill ansåg Stern att materiella och processuella rättigheter tillhör skilda kategorier i enlighet med *ejusdem generis*. Därmed likställde Stern processuella rättigheter med regler rörande jurisdiktion. Trots att materiellt skydd och processuell rätt till detta skydd båda utgör "behandling" så ansåg Stern att det i legal mening var fråga om olika typer av "behandling" eftersom behandlingen inte är "of the same nature". Därtill gjorde Stern en distinktion mellan "rättigheter" och de grundläggande villkoren för att begagna sig av dessa rättigheter. Det finns enligt Stern artiklar som reglerar rättigheter och artiklar som reglerar rätten att begagna sig av dessa rättigheter och det senare handlar om jurisdiktion. Stern hävdade att MGN endast omfattar "rättigheter" och artikeln kan inte ändra de grundläggande villkoren för att begagna sig av sådana rättigheter.

I tvisten *Plama Consortium Limited mot Bulgarien* fann skiljenämnden att MGN inte kunde leda till import av processuella regler.¹²⁴ Tvisten grundades bl.a. på en BIT mellan Bulgarien och Cypern där MGN-artikeln inte var en "all matters".¹²⁵ I denna BIT angavs att det enda investerare och stat kunde tvista om var nivån på kompensation. Men via MGN-artikeln i avtalet fann *Plama* vägen till en BIT mellan Bulgarien och Finland, där det angavs att avtalet rörde alla aspekter av behandling (all treatment). *Plama* anförde att skiljeregler var en form av behandling. Bulgarien argumenterade istället för att utgången i *Maffezini* var felaktig. Den centrala frågan var således om processuella regler skulle omfattas av MGN. Slutsatsen blev att "behandling" inte omfattade processuella artiklar eftersom det inte gjorts klart och otvetydigt att så var parternas avsikt ("clear and unambiguously"), jämför artikel 36 i Wienkonventionen).¹²⁶ Tvärtemot ansåg skiljenämnden att utgångspunkten var att MGN inte omfattade processuella artiklar och en "all matters" skulle inte ändra på denna utgångspunkt. Vidare skulle ett system med "pick and choose" leda till en kaotisk situation som löpte tvärse mot harmonisering. Därmed bedömdes Bulgarien inte ha gett medgivande till tvisteförfarande och utgången gick tvärse mot *Maffezini*.

¹²⁴ *Plama Consortium Limited mot Bulgarien*, ICSID Case No. ARB/03/24, beslut om jurisdiktion den 8 februari 2005.

¹²⁵ Därtill grundades tvisten på Energistadgefördraget och med detta som grund ansåg sig skiljenämnden ha jurisdiktion.

¹²⁶ Denna relativt strikta tolkning har kritiserats i andra skiljedomar såsom ex. *Bershader mot Ryssland*, SCC Case No. 080/2004, beslut den 21 april 2006. I den skiljaktiga meningen i *Renta 4 mot Ryssland* anför Charles N. Brower att rättspraxis från ICJ gällande "clear and unambiguously" är obsolet eftersom den strider mot artikel 31 och 32 VCLT. Han förefaller härvid att inte beakta artikel 36 VCLT.

Därtill fördes ett resonemang om att de processuella artiklarna förhandlades särskilt (“specifically negotiated”) och därför inte omfattades av MGN.¹²⁷ Skiljenämnden i *Tza Yap Shum mot Peru* resonerade i stort sett på samma sätt gällande ”särskilt förhandlat”.¹²⁸

¹²⁷ *Plama Consortium Limited mot Bulgarien*, ICSID Case No. ARB/03/24, beslut om jurisdiktion den 8 februari 2005, § 209.

¹²⁸ *Tza Yap Shum mot Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, beslut om jurisdiktion den 19 juni 2009.

Bilaga 2 – Begrepp

BIT (Bilateral Investment Treaty): Bilateralt investeringskyddsavtal

Ejusdem generis: innebär att avtalet endast kan utvidgas till vad som tillhör samma kategori som avtalet.

Expressio unius est exclusio alteritus: innebär att om det finns uppräknade undantag i ett avtal så är huvudregeln att allt som inte räknas upp bland undantagen omfattas av avtalet.

Full säkerhet och skydd (full protection and security): är beroende på tolkning antingen ett skydd som ingår i ”rättvis och skälig behandling, eller en självständig skyddsartikel som åtminstone garanterar investering och investerare fysisk säkerhet.

Grand fathering: innebär här att artikeln inte gäller för behandling som skett före det att avtalet började gälla.

ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes):
Världsbankens tvisteforum

ISDS (Investor-State Dispute Settlement): Tvisteförfarande mellan stat och investerare.

Jurisdiktion: innebär här skiljenämndens rätt att slita en tvist.

Jurisprudence: används såsom de engelska begreppet inom investeringsrätt, d.v.s. praxis, men utan en hierarkisk ordning.

MGN (Most Favored Nation): Innebär här rätten att bli behandlad minst lika bra som investerare från tredje land.

Nationell behandling: innebär här att en investerare har rätt till lika bra behandling som en investerare från mottagalandet.

Paraplyartikel (umbrella clause): En artikel som leder till att ett kontraktsbrott även utgör ett brott mot investeringskyddsavtalet.

Rättvis och skälig behandling: en artikel i investeringskyddsavtal som garanterar en minsta nivå av behandling inom vissa områden såsom rätten till en rättvis rättegång, rätten till en objektiv myndighetsprövning osv.

UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law):
Ett FN-organ som bland annat skapat skiljeregler som kan användas av stater och investerare.

UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development): Ett FN-organ som bland annat ansvarar för frågor rörande investeringar.

VCLT (Vienna Convention on the Law of Treaties): Wienkonventionen om traktaträtten är en samling folkrättsprinciper om hur avtal ska tolkas.

Tillåtlighet: är här ett samlingsnamn för frågor om tillåtlighet och process där skiljenämnden har att avgöra om det finns hinder för dem att slita processen vid aktuellt tillfälle.