

UiO : **Det juridiske fakultet**

Treaty shopping ved utenlandske investeringer

Kandidatnummer: 633

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17.791



Innholdsfortegnelse

FORORD	4
1 INTRODUKSJON	4
1.1 Tema	4
1.2 Problemstilling.....	5
1.2.1 Problemstillingen i et større perspektiv.....	6
1.2.2 Relevans	7
1.2.3 Struktur.....	8
1.3 Kort om investeringssystemet	9
1.4 Metodiske utfordringer	14
2 INVESTERINGSRETTENS SUBJEKTER, OG DERES INTERESSER.....	17
2.1 Investors motiv	17
2.1.1 Generelle betraktninger	17
2.1.2 Konkrete betraktninger.....	19
2.2 Staten som forhandlingspart	20
2.2.1 De ulike aktørenes interesser ivaretatt gjennom formuleringen av nasjonalitetskravet.....	21
2.2.2 Statenes balansering av de motstridende interesser	22
3 HVORDAN KVALIFISERE SOM INVESTOR I INVESTERINGSRETTSLIG HENSEENDE.....	23
3.1 Identifisering av selskapet basert på inkorporasjon og hovedsete.....	27
3.1.1 Inkorporasjon	27
3.1.2 Hovedsete	30
3.1.3 Felles betraktninger	33
3.2 Investor må ikke inneha vertslandets nasjonalitet	34

3.3	Unntak fra utgangspunktet: nasjonal investor under utenlandsk kontroll	35
3.4	Kontroll som nasjonalitetskriterium	38
3.5	Andre reguleringsmekanismer.....	40
3.5.1	Denial of benefit.....	40
3.5.2	Gjennomskjæring av oppnådd rettslig status	42
3.5.1	Innfortolkning av krav til kontroll i nasjonalitetskriteriet.....	44
3.6	Avsluttende betraktninger.....	45
4	SELSKAPETS ALTERNATIVER ETTER BAKGRUNNSRETTE	47
4.1	Innledning.....	47
4.2	Alternative rettsmidler	51
4.2.1	Diplomatisk beskyttelse	51
4.2.2	EMD.....	53
4.3	Delkonklusjon.....	56
5	TEORI OG PRAKSIS	56
5.1	Teori og praksis	56
5.2	Voldsprosess: siste utvei.....	57
5.3	Skatterettslige implikasjoner	59
5.4	Den europeiske kontekst.....	61
6	KOSTNAD-NYTTE	63
7	LITTERATURLISTE	65
7.1	Litteratur	65
7.1.1	Bøker	65
7.1.2	Festskrift.....	66
7.1.3	Artikler	66
7.2	Konvensjoner og traktater	67
7.3	Norsk Lovtidende	68
7.4	Norske forarbeider.....	68

7.4.1	Odelstingsproposisjoner	68
7.4.2	Stortingsdokumenter	68
7.5	Voldgifts- og rettspraksis.....	68
7.5.1	Høyesterett	68
7.5.2	Högsta Domstolen.....	69
7.5.3	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).....	69
7.5.4	EU-domstolen (ECJ)	69
7.5.5	Den internasjonale domstolen (ICJ).....	69
7.5.6	International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).....	70
7.5.7	Annen voldgift	71
7.6	Øvrige kilder.....	71
7.6.1	Rapporter	71
7.6.2	Blogger	71
7.6.3	Aviser	71
7.6.4	Ordbøker	72
7.6.5	Annet	72

FORORD

Problemstillingene som reises under internasjonal investeringsrett har røtter langt tilbake i tid.¹ Likevel er den internasjonale investeringsretten, slik denne fremstår i dag, et relativt ungt rettsområde hvor siste ord ikke er sagt. Reguleringen og praksisen knyttet til nasjonalitetskrav er et av områdene hvor store endringer er forventet i den videre utviklingen.²

1 INTRODUKSJON

1.1 Tema

Denne oppgaven tar for seg juridiske personers³ vurderinger knyttet til treaty shopping under det bilaterale investeringssystemet.

Treaty shopping innebærer at man tilrettelegger en virksomhet slik at denne omfattes av en internasjonal avtale som selskapet i utgangspunktet ikke ville være omfattet av. I denne oppgavens kontekst er formålet med fremgangsmåten å oppnå investorvern under en investeringstraktat.

For eksempel: selskap A i stat B ønsker å foreta en investering i stat C. Det foreligger ikke investeringstraktat mellom stat B og stat C. Slik traktat foreligger imidlertid mellom stat C

¹ Se Treaty on Friendship, Commerce and Navigation av 1796 mellom USA og Frankrike. Av nærere fortid vises til ekspropriasjonene av utenlandske investeringer i kjølvannet av den russiske revolusjonen i 1917. I 1970 uttrykte ICJ forundring over den trege utviklingen på området i Barcelona Traction saken.

² Vincuña (2000) avsnitt: (12)

³ Det avgrenses mot fysiske personer i denne oppgaven. Fysiske personers stilling under internasjonal investeringsrett vil likevel fremheves hvor dette er egnet til å belyse juridiske personers stilling.

og stat D. Selskap A undersøker hvordan det kan bli ansett å være et selskap tilordnet stat D, og slik benytte seg av traktaten mellom stat C og D.⁴

Bakgrunnen for denne fremgangsmåten kan enten skyldes manglende bilateral investeringsavtale mellom hjemstaten og landet det investeres i, eller at slik traktat foreligger, men denne fremstår som utilfredsstillende for investoren. Det er hovedsakelig det første tilfellet som behandles i denne oppgaven, men fremgangsmåten vil i enkelte henseender også være relevant for det andre tilfellets vedkommende⁵.

Fenomenet treaty shopping har tradisjonelt vært forbundet med skatteplanlegging, men private aktører har i økende grad blitt oppmerksomme på mulighetene for dette også med hensyn til investeringstraktater.

Det er alminnelig akseptert at man kan foreta planlegging ved å anvende det juridiske spillerom en har til disposisjon.⁶ Treaty shopping behøver derfor ikke foregå i det skjulte. En annen sak er imidlertid hvor stabil rettsposisjonen man på denne måten oppnår vil være.

1.2 Problemstilling

Det kan tenkes at det første spørsmålet selskap A ønsker besvart er hvorvidt tilordning under stat D, med sikte på å omfattes av traktaten mellom D og C, lar seg gjennomføre. Hva som konkret må til for å oppnå vern under den aktuelle traktat, følger primært av traktatens definisjon av investor. De ulike formuleringene av kravet til investor og dennes nasjonalitet, byr på et vidt spekter av faktisk tilknytning til hjemstaten. I den ene enden av skalaen

⁴ De bilaterale investeringsavtalene inngås, som det fremgår av betegnelsen, mellom suverene stater. Med hjemstaten refereres det til staten hvis nasjonalitet investoren påberoper seg. Landet hvor investeringen skal skje betegnes som vertslandet.

⁵ I tilfeller hvor man søker å oppnå vern etter et annet lands avtale, på grunnlag av det sistnevnte eksemplet, kan anvendelse av MFN-klausuler (most favorable nation), på nærmere bestemte vilkår, innebære en enklere fremgangsmåte.

⁶ Ikke desto mindre er dette moralsk kontroversielt. For et kritisk syn se Seierstad, Dag (2008)

innebærer ikke kravet til nasjonalitet stort mer enn at rene formelle vilkår må være oppfylt. I den andre enden av skalaen står man overfor såpass vidtrekkende tilknytningskrav, at man ved nasjonalitetstilpasning, per definisjon, ikke lenger kan omtale dette som treaty shopping.

Kombinasjonen av moderne selskapers struktur, de ulike traktatenes nasjonalitetsbestemmelser og voldgiftspraksis tilbakeholdenhet til selskapsrettslig gjennomskjæring, innebærer at juridiske personer, i de fleste tilfeller, har atskillelig spillerom hva angår tilpasning til de ulike nasjonalitetskravene. Ofte er ikke spørsmålet i så stor grad hvorvidt det er mulig å oppnå formålet om investorvern gjennom treaty shopping, men snarere hvordan man kan oppnå formålet på en praktisk og kostnadseffektiv måte.

Det at nasjonalitetskriteriene etter den relevante avtale er oppfylt, er likefullt grunnforutsetningen for å omfattes av avtalens materielle bestemmelser og for internasjonal voldgifts jurisdiksjon over en eventuell tvist. Oppgavens hovedproblemstilling omhandler derfor de formelle, juridiske kravene og hvordan disse kan oppfylles, for slik å foreta tilordning under en annen stats traktat.

1.2.1 Problemstillingen i et større perspektiv

Vellykkede forretningsstrategier påkrever en helhetlig angrepsvinkel. Denne oppgaven søker av den grunn å løfte perspektivet. Den vil gjennomgående belyse formkravene basert på de øvrige kommersielle og politiske vurderinger som gjør seg gjeldende ved en kartlegging av bedriftens muligheter. Dette for å vise hvordan treaty shopping inngår som en integrert del av en helhetlig risikovurdering, og hvordan treaty shopping figurerer som ett av flere alternativer for selskaper hvis formål er å redusere risiko knyttet til grenseoverskridende virksomhet.

En aktør som vurderer treaty shopping er i en særegen situasjon sammenlignet med aktører som direkte omfattes av en bilateral investeringstraktat. Dette aktualiserer visse, særegne hensyn. Mens sistnevnte gruppes hjemstat allerede har foretatt vurderinger knyttet til investorvernet, vil den treaty shoppende måtte foreta denne type vurderinger på selvstendig

grunnlag. Mens alminnelige aktører kommer til «dekket bord», må treaty shoppende aktører aktivt handle for å oppnå investorvern.

Selskap A vil således ha behov for å se hen til implikasjonene av en eventuell treaty shopping, og avveie disse mot formålet om investorvern. Vil man ved oppnåelse av investorvernet kunne få andre fordeler eller ulemper «på kjøpet»? Hvilke merkostnader vil selskapet bli konfrontert med direkte og indirekte, som følge av treaty shoppingen? Kan man basere seg på rettsposisjonen som er oppnådd i ethvert henseende? Hvilke alternative mekanismer kan selskapet støtte seg på for det tilfellet at treaty shoppingen ikke slår til, eller dersom det velger å forfølge investeringen uten å basere seg på en investeringstraktat? Vil behovet for investorvern under traktaten gjøre seg gjeldende i samme grad uavhengig av hvilken stat det investeres i? Kan vernet som oppnås forsvare merkostnadene selskapet, ved treaty shopping, pådrar seg, slik at arrangementet fremstår som lønnsomt, alle forhold tatt i betraktning? Disse spørsmålene kan sammenfattes under perspektivet kostnad-nytte knyttet til investorvernet.

Problemstillingen som tar for seg treaty shopping gjennom tilfredstillelse av nasjonalitets-kriteriene, vil på bakgrunn av det ovennevnte, bli belyst fra et større perspektiv. Ved behandlingen av de formelle krav i den enkelte traktat, som er forutsetningen for selskapets tilpasning, vil det således ses hen til de praktiske vurderingene som gjør seg gjeldende. Dette for å kunne besvare selskapets samlede kostnad-nytte-analyse ved treaty shopping.

1.2.2 Relevans

Problemstillingen er relevant fra et norsk perspektiv, ettersom norske aktører i stor grad er ekskludert fra investeringssystemet.⁷ Dette skyldes at norske myndigheter har ført en restriktiv politikk på området.⁸ Svært få avtaler har blitt inngått, og flere av disse er blitt gitt

⁷ Med dette menes det omfattende nettet av bilaterale investeringstraktater som foreligger på verdensbasis, og sentrale voldgiftsinstitusjoners håndheving av traktatens bestemmelser.

⁸ Dette skyldes sammensatte årsaker. Debatten i det norske sivile samfunn har vært preget av kontroversene knyttet til systemet, se Forum for Utvikling og Miljø (2008)

et begrenset nedslagsfelt. I tidsrommet 1967 til 1998 har Norge i alt inngått 16 bilaterale avtaler. Til sammenligning har Sverige og Danmark inngått henholdsvis 66 og 43 avtaler. Tyskland har 147 operasjonelle bilaterale investeringsavtaler, mens Frankrike har 103.⁹ Norges passive holdning til inngåelse av bilaterale investeringsavtaler, har vært gjenstand for sterk kritikk fra næringslivet¹⁰. Det har, i denne sammenheng, særlig blitt vist til innvirkningen dette har på norske bedrifters konkurransedyktighet i utlandet, sammenlignet med andre lands næringsdrivende som nyter utstrakt beskyttelse under investeringsavtalene. Situasjonen innebærer at norske aktører som befatter seg med aktivitet i utlandet gjennomgående er utsatt for høyere risiko sammenlignet med andre lands aktører, hvilket igjen bidrar til en konkurranseutsatt posisjon. I 2006 oppnevnte den norske regjeringen et statssekretærutvalg for blant annet å utarbeide en modellavtale for fremtidig bruk. Dette resulterte i et utkast til ny, norsk modellavtale. Avtalen har blitt kritisert¹¹ for i for liten grad å ta hensyn til næringslivets interesser, og har per dags dato ikke resultert i inngåelse av nye traktater. At en fremtidig norsk avtale faktisk skal benyttes forutsetter imidlertid at anvendelsen av avtalen fremstår som mer attraktivt enn treaty shopping. I høringsrunden i forbindelse med utkastet til Norges nye modellavtale gav blant annet Hydro uttrykk for at utkastet ikke innebar et tilstrekkelig sterkt investorvern.¹² Avhengig av hvor mye som kreves for å omfattes av den enkelte avtale, har norske myndigheter en del spillerom i så måte.

1.2.3 Struktur

I neste punkt vil rettsområdet for internasjonal investeringsrett belyses ytterligere. En potensiell treaty shoppers motiv vil så bli trukket frem. For å fremheve treaty shoppingens formål, og for å danne grunnlaget for et kostnad-nytte perspektiv, vil det søkes å besvare på hvilken måte investorvernet er et gode.

⁹ ICSID Database of Bilateral Investment Treaties

¹⁰ Se blant annet «Handelspolitikk i en ny verdensorden» s 10-11.

¹¹ Se blant annet høringsuttalelsene i forbindelse med modellavtalens høringsrunde i 2008 og brev til Nærings- og handelsdepartementet av 24.mai 2012.

¹² Hydros Høringsuttalelse 21.4.2008

I del 3 vil treaty shopping med investorvern for øyet belyses på bakgrunn av traktatenes samlede virkefelt. Deretter vil systemet i del 4 plasseres i folkerettslig kontekst hvor alternativer for beskyttelse etter investeringstraktatene fremheves. Dette for å danne et grunnlag for investors helhetlige vurdering av treaty shopping, basert på bakgrunnsretten og tilgjengelige alternativer. Samtidig danner dette grunnlag for en delkonklusjon for problemtillingen.

I del 5 vurderer jeg konklusjonen basert på del 3 og 4, med et kritisk blikk. Her fremheves enkelte momenter som bør tas i betraktning når teori settes ut i praksis. Primærmålet om investorvern relativiseres dermed mot de øvrige parametere som spiller inn i en kompleks juridisk, politisk og økonomisk realitet. I del 6 betraktes oppgavens ulike momenter, i et samlet perspektiv. Dette innebærer en oppsummering av oppgaven, samtidig som det representerer et forsøk på å trekke en praktisk konklusjon med hensyn til kostnad-nytte.

Opgavens betraktes hovedsakelig fra en investors ståsted, men vil ved enkelte anledninger belyses også fra det statlige perspektiv. Dette for å illustrere hvordan selskapets spillerom i forbindelse med treaty shopping, må betraktes på bakgrunn av statens evne og vilje til regulering. Til sammen utgjør dette et samspill, som er med på å forme internasjonal rett hvor private parter, som rettighetssubjekter, i stadig større grad vinner terreng på den internasjonale retts arena.

1.3 Kort om investeringssystemet

Den første bilaterale investeringstraktaten ble inngått mellom Tyskland og Pakistan i 1959.¹³ Ved utgangen av 2011 forelå det 3164¹⁴ investeringstraktater på verdensbasis.¹⁵ Det

¹³ Utviklingens tok av på begynnelsen av nittitallet. I 2004 meldte UNCTAD om at 85 % av alle traktatene som da forelå hadde blitt inngått etter 1990. UNCTADs rapport av 2012 meldte om en nedgang av inngåelser av investeringstraktater for forrige år.

¹⁴ UNCTAD (2012)

foreligger således et utbredt, globalt nett av bilaterale investeringstraktater. Traktatene har som formål å fremme utenlandske investeringer, ved å avhjelpe den ikke-kommersielle risiko og usikkerhet knyttet til utenlandske investeringer.

Det materielle grunnvilkåret for at avtalen skal komme til anvendelse er at det dreier seg om en investering. Dette vilkåret er for de fleste traktaters vedkommende bredt definert, og de fleste former for virksomhet og tjenesteytelser omfattes. Investeringene kjennetegnes av et visst tidsperspektiv¹⁶, risiko og bidrag til vertsstatens utvikling.¹⁷

Subjektene som omfattes av traktaten er utenlandske investorer. Den nærmere defineringen av hvem som kvalifiserer som investor i investeringsrettslig forstand, er angitt i den enkelte traktat.¹⁸ Tradisjonelt skilles det mellom fysiske og juridiske personer. Mens kravene til fysiske personer refererer seg til statsborgerskap eller bosettingstillatelse, varierer nasjonalitetskravene til juridiske personer i større grad. De mest fremtredende kategoriene synes å være krav til inkorporasjon, hovedsete og kontroll.

Dersom vilkårene *ratione materiae* og *ratione personae* ikke er oppfylt, omfattes ikke forholdet av investeringstraktaten og voldgiftsinstansen vil mangle jurisdiksjon. Dersom det på tross av dette foretas en avgjørelse i saken kan dette utgjøre en opphevelsesgrunn.¹⁹ Innfrielse av vilkårene vil derimot medføre at de materielle bestemmelsene kommer til anvendelse. Og at disse kan håndheves, ved at voldgiftsjurisdiksjon utløses.²⁰ Denne oppgaven

¹⁵ Herav er 2833 bilaterale investeringstraktater, mens de resterende er frihandelsavtaler med investeringsbestemmelser og regionale, multilaterale investeringstraktater.

¹⁶ I *Fedax v. Venezuela* ble det uttalt at investeringen i alle fall måtte strekke seg ut over det skatteår investeringen var foretatt i. I *Salini v. Morocco* ble det pekt på at grensen burde være fleksibel, men at to års aktivitet i vertslandet måtte kvalifisere som investering i avtalens (eller ICSID art 25? Forstand).

¹⁷ Av disse kjennetegnene er det antageligvis kun tidsaspektet som må forstås som et rettslig vilkår i følge Schreuer (OECD)

¹⁸ Gjennom nasjonalitetskriteriet, se del 3

¹⁹ ICSID-konvensjonen artikkel 52(1) jf. 25

²⁰ Del 3 for presisering

refererer seg til disse prejudisielle forholdene, nærmere bestemt det spillerommet juridiske personer har til å innfri de oppstilte krav *ratione personae*.

Avtalene inngås på statsnivå, og forhandlingene tar ofte utgangspunkt i den enkelte stats modellavtale. Avtalen oppstiller en rekke materielle regler som skal beskytte den ene parts juridiske og fysiske personer mot den annen stats vilkårlige myndighetsutøvelse. Disse bestemmelsene omhandler typisk myndighetsutøvelse i form av ekspropriasjon, diskriminering, tilbakekallelse av konsesjoner og endring i vilkår.

Tidsperspektivet er sentralt for å forstå systemets særegenheter, ettersom dette aspektet bidrar til behovet for å skape forutberegnelighet gjennom investeringstraktatene.²¹ Investeringene kan ta sikte på et tidsperspektiv på mer enn 50år. For både investor og stat er det vanskelig å forutse de politiske endringene landet vil undergå i løpet av denne tiden. Uavhengig av intensjonen på avtaletidspunktet, vil et land kunne undergå drastiske politiske og økonomiske endringer i løpet av en femtiårsperiode. Dette vil særlig være tilfellet for unge og uutviklede stater.²² Avhengig av investeringens art vil avkastningen kunne la vente på seg. For at investoren skal kunne kanalisere inn ressurser med en forventet avkastning langt frem i tid, vil denne ha behov for stabilitet og forutsigbarhet. Det at investoren opptrer i fremmed territorium og dermed kan anses som utsatt for den fremmede stats vilkårlige myndighetsutøvelse²³ aktualiserer en rekke tilleggsmomenter. Det er denne situasjonen investeringstraktatene tar sikte på å balansere.

Avtalene gir som regel²⁴ ikke i seg selv tilgang til økonomisk aktivitet på fremmed territorium, men setter en ramme for vertslandets myndighetsutøvelse, hvor investering forelig-

²¹ Se også; Principles of International Investment Law s. 3

²² Perioden fra postkolonisasjonen til i dag, på det afrikanske kontinent illustrerer dette.

²³ James and Others (63) (EMD)

²⁴ Pre-admission klausuler utgjør et unntak fra dette utgangspunktet. Disse klausulene er sjeldent underlagt voldgiftsjurisdiksjon, og må i hovedsak anses å gi uttrykk for politiskvilje fremfor håndhevbare rettigheter.

ger. Under nærmere forutsetninger kan selve kontrakten mellom investor og vertsstat omfattes av den internasjonale avtalen²⁵. Investeringen trenger imidlertid ikke reguleres av avtale med henvisning til traktaten for at den skal omfattes av vernet. Faktisk investering vil som oftest være tilstrekkelig.

Systemets særegenheter kommer særlig til syne gjennom traktatens prosessuelle bestemmelser. Mens alminnelige tilknytningsbetraktninger som regel vil medføre at investeringen anses underlagt vertsstatens domstolsjurisdiksjon²⁶, åpner de fleste bilaterale investeringsavtaler for direkte tilgang til internasjonal voldgift.²⁷ På dette punkt avviker investeringsretten ikke bare fra alminnelig nasjonal jurisdiksjon, men også fra andre internasjonale instansers subsidiære karakter.²⁸

International Centre for the Settlement of Investment Disputes²⁹ kom raskt på banen etter at de første investeringstraktatene var inngått. I dag er ICSID den dominerende voldgiftsinstans i internasjonal investeringsrett. Mens dens statutter ble vedtatt i 1965 gjennom ICSID-konvensjonen, forble instansen så å si ubrukt frem til det tidlige nittital. Etter dette har imidlertid voldgiftspraksisen tatt kraftig av.³⁰ ICSID er en selvstendig enhet under Verdensbanken og har over 140 medlemsstater.³¹ I tråd med voldgiftssystemet bygger tribunalets jurisdiksjon på samtykke. Etter at samtykke til voldgiftsjurisdiksjon er gitt, kan ikke dette tilbakekalles unilateralt.³²

²⁵ Dette gjøres utstrakt grad gjennom så kalte paraplyklausuler

²⁶ Staten oppgir jurisdiksjon til fordel for internasjonal voldgift.

²⁷ Artikkel 15(3) i Den norske modellavtalen avviker fra normen i så henseende.

²⁸ Ulfstein (2011) om subsidiaritetsprinsippets demokratiske funksjon i internasjonal tvisteløsning.

²⁹ Heretter ICSID

³⁰ Principles of International Investment Law s. 2.

³¹ <https://icsid.worldbank.org>

³² Jf. ICSID artikkel 25(1). Dette var ved utformingen av konvensjonen ansett som et viktig fremskritt etter Anglo-Iranian Oil Company saken i 1952.

Voldgiftsbehandlingen vil, dersom saksøker gis medhold, resultere i erstatning. De prosessuelle aspektene utfylles av utstrakt adgang til å håndheve og tvangsfullbyrde dommen i ethvert land som er tilsluttet ICSID-konvensjonen.³³

I saker med staten som den tapende part vil staten som sådan bli erstatningsansvarlig.³⁴ Hvor dette kravet skal håndheves i utlandet reises problemstillingen om tvangsfullbyrdelse av statseiendom, underlagt statsimmunitet.³⁵ Det relevante hovedskillet når fullbyrdelse søkes oppnådd i en stats aktiva i utlandet, er hvorvidt eiendelen er knyttet til suverene funksjoner eller kommersielle formål.³⁶ Kategoriseringen kan by på problemer, noe forretningsmannen Sedelmayers årelange prosesser for å få fullbyrdet erstatningskravet han gjennom voldgift³⁷ oppnådde mot Russland illustrerer. Mens Den europeiske menneskerettighetsdomstolen³⁸ fant at det ikke var dens oppgave å gå nærmere inn på bruksformålet til de enkelte russiskeide eiendommene det var begjært utlegg i, traff svenske Högsta domstolen³⁹ avgjørelse hvor den fremholdt at hvor man stod ovenfor økonomiske verdier som var knyttet til blandede formål, måtte det ses hen til hovedformålet for å avgjøre hvorvidt statsimmunitet kom til anvendelse. Sedelmayers krav ble etter denne vurderingen gitt medhold.⁴⁰

³³ Jf. ICSID konvensjonen artikkel 54

³⁴ Forpliktelsen til å respektere ilagt erstatning jf. ICSID artikkel 54 påvirker etter artikkel 55 ikke reglene om statsimmunitet.

³⁵ UN-Convention on Jurisdictional Immunities. Konvensjonen er i store deler, men ikke fullt ut, en kodifisering av gjeldende sedvanerett.

³⁶ Innføring i folkerett s. 178

³⁷ Sedelmayer (SCC)

³⁸ Sedelmayer (EMD)

³⁹ HD-Ö-170-10

⁴⁰ For de diplomatiske reaksjonene som ble utløst i forbindelse med Kronfogdens forberedelser av tvangssalg vises det til Klamberg, Mark (2012)

1.4 Metodiske utfordringer

Avtaletolkningens overordnede mål er å fastsette hva som er avtalt. Investeringsavtalene er traktater, som må tolkes i tråd med Wien-konvensjonens artikkel 31-33. Konvensjonens artikkel 31(1) foreskriver;

”A treaty shall be interpreted in good faith and in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

Utgangspunktet er altså en alminnelig, objektiv ordlydsfortolkning. Dette samsvarer også med demokratihensyn, ettersom det er ordlyden som gir uttrykk for partenes forhandlinger og vilje.⁴¹ Anvendelse av traktatens knappe, og ofte vage, ordlyd på konkrete forhold kan likevel resultere i et uklart tolkningsresultat. Det at de fleste traktatene er bilaterale kan anses å medføre at a partenes vilje fremgår klarere av ordlyden. Mens multilaterale traktater involverer en rekke parter og ofte påkrever kompromisser og en «gi og ta» holdning for å enes om den endelige teksten, involverer de bilaterale avtalene kun to parter. Avtaleteksten er like bindende uavhengig av hvorvidt traktaten involverer to eller flere parter.⁴² Ved vektingen av den rene ordlyden, på bekostning av formålsbetraktninger, kan dette imidlertid forsvares i dette momentet.

Det øvrige rettskildebildet bidrar imidlertid også til at ordlyden blir skjøvet i forgrunnen, i forhold til de øvrige faktorene Wien konvensjonen gir anvisning på. Som påpekt i flere voldgiftsribunal er ”forarbeidene” i form av forhandlingsdokumenter, sjeldent tilgjengelige.⁴³ Systemet med ad hoc oppnevnte voldgiftsribunaler⁴⁴ er ikke er uegnet til å skape ret-

⁴¹ Innføring i folkerett s. 92

⁴² Jf. Wien-konvensjonen artikkel 26.

⁴³ For eksempel Plama v Bulgaria (160) og Aguas Del Tunari v Bolivia (274)

⁴⁴ Det enkelte tribunal oppnevnes ad hoc for hver sak

ningsgivende presedenser.⁴⁵ Til dette tilkommer at store deler av voldgiftspraksisen er unntatt offentlighet. Traktatene inntar selv henvisning til tvisteløsningsmekanismer, hvilken instans som skal håndtere en eventuell tvist er altså en del av avtalen. Traktatene er således autonome også på dette punkt. Som oftest vil denne referere til en angitt voldgiftsinstans.⁴⁶ Ettersom voldgiftsjurisdiksjon bygger på samtykke, er partenes vilje forutsetningen her også.

Når det gjelder traktatenes formål, som ordlyden skal tolkes i lys av, kan dette spørsmålet angripes fra ulike vinkler. Det faktum at traktatene berettiger private parter er en del av en folkerettslig trend⁴⁷, likefullt representerer dette et særtrekk sammenlignet med de tradisjonelle traktater underlagt Wien-konvensjonen.⁴⁸ Dette kan tale for at formålet blir tillagt behørig vekt, ved tolkningen.

Det er alminnelig enighet knyttet til at traktatene tar sikte på å beskytte investorene fra vilkårlig myndighetsutøvelse. Utenlandske aktører og personer har blitt ansett som sårbare i møte med nasjonal lovgivning og reform.⁴⁹ Tidsaspektet i investeringsforhold bidrar til å aktualisere dette momentet, ved at forholdene kan endre seg fra forhandlingstidspunktet til tvist oppstår. Samtidig tar traktatene sikte på å legge til rette for kommersiell aktivitet, og til en viss grad; avhjelpe ustabile institusjonelle forhold i vertsstaten. Det at investeringstraktatene opptrer i et grensefelt mellom offentlig og privatrett kan således spille inn ved tolkningen av dem. På denne måte blir berettigede forventninger og forutsigbarhet tillegges behørig vekt ved traktatanvendelsen.

⁴⁵ UNCTAD (2006)

⁴⁶ Det finnes flere, alternative voldgiftsforum for investeringstvister. ICSID er imidlertid den mest sentrale, hvilket vil gjenspeiles i den videre behandlingen av voldgiftspraksis.

⁴⁷ Se UIOs høringsuttalelse, ved Fauchald 18.4.2008 i forbindelse med ny, norsk modell avtale.

⁴⁸ Se «The 1969 Vienna Convention on the law of Treaties: 40 years After» (2011)

⁴⁹ Se uttalelsene i James and Others (63) (EMD)

Oppgavens overordnede formål er å undersøke selskapers muligheter under det internasjonale investeringsregimet, når hjemstatens politikk medfører at det ikke umiddelbart nyter godt under en investeringstraktat. Metodisk er dette perspektivet antageligvis noe på siden av traktatens formål. Treaty shopping må, som utgangspunkt, betraktes som en konsekvens av ordlyden⁵⁰ og dennes rekkevidde, snarere enn et formål fra statenes side.

Når man trekker konklusjoner vedrørende traktatens krav til nasjonalitet må man ta hensyn til systemets særtrekk og utvikling. På tross av at det har gått 53 år siden den første bilaterale investeringsavtalen ble vedtatt, lot voldgiftspraksisen vente på seg. Praksisen knyttet til uenighet vedrørende de ulike nasjonalitetskravenes innhold kan tolkes som en klarlegging av rettstilstanden, hvor de ulike voldgiftsinstansene har etablert at dens oppgave, i utgangspunktet, ikke går lengre enn å dømme i tråd med den vedtatte ordlyden og relevant internasjonal rett. Antall saker som omhandler nasjonalitetskravet bevitner at det har vært knyttet uklarhet til spørsmålet. Det kan videre argumenteres for at utfallet i enkelte saker, relatert til nasjonalitetsspørsmålet, har vært uventet. I denne sammenheng er det også relevant å se hen til utviklingen hva angår globalisering av økonomien nedbygging av handel og valutarestriksjoner og grenseskridende virksomhet som har funnet sted fra flere av traktatens signeringstidspunkt, til voldgiftspraksisen eksploderte.

Dette er en analytisk oppgave. For å oppnå et praktisk og helhetlig bilde av selskapers vurdering av treaty shopping, og dets reelle handlingsalternativer, påkrever løsningen av denne oppgaven en juridisk, tverrfaglig tilnæringsmåte. Denne analysen må videre, for å oppnå et større perspektiv, kombineres med andre fag som økonomi og internasjonal politikk. Det at dette er en oppgave i rettsvitenskap setter av opplagte grunner begrensninger i så henseende. Denne oppgaven har ingen ambisjon om å avdekke et fullstendig bilde, men er nettopp en juridisk tilnærming til problemstillingen. Oppgavens tematiske vinklinger, kre-

⁵⁰ Som må forutsettes er fremforhandlet for å ivareta statens egne aktører, og tiltrekke/begrense fremmede aktører på eget territorium. Se for øvrig pkt. 2.2

ver at de ulike linjene knyttes opp mot investors posisjon for å demonstrere relevans. Sist, men kanskje viktigst må begrensningene i det juridiske perspektiv anerkjennes.

Grunnlaget for de ulike linjene er søkt oppnådd gjennom et bredt kildemateriale, linjene som er trukket for å besvare problemstillingene er imidlertid mine egne betraktninger truffet på grunnlag av kildene.

2 INVESTERINGSRETTENS SUBJEKTER, OG DERES INTERESSER

2.1 Investors motiv

Hvilket gode investorvernet kan anses å representere, vil være avgjørende for vurderingen av hvor store kostnader investoren kan pådra seg for å oppnå formålet. I det følgende vil det ses nærmere på hvilken måte investorvernet er et gode, ved å belyse enkelte særtrekk ved investorsystemet opp mot investors behov. De aspekter investorvernet ikke befatter seg med, vil i denne sammenheng også bli viet oppmerksomhet.

2.1.1 Generelle betraktninger

Investors hovedformål med å anvende en internasjonal investeringstraktat, må antas å være forutberegnelighet og stabilitet i forbindelse med den utenlandske aktiviteten. Tidsperspektivet medfører at investoren vil måtte regne med å forholde seg til politiske skiftninger i vertslandet.

Langsiktige investeringer assosieres gjerne med utnyttelse av naturressurser, og utenlandske investeringer av denne karakter foretas hyppig i land som er rike på naturressurser, men som mangler knowhow og økonomi til å utnytte disse ressursene. Denne situasjonen knyttes ofte opp til stater som er lite utviklet både hva gjelder infrastruktur og rettssystem, og hvor irregulært styresett er en utfordring. I disse tilfellene kan investeringsvernet bidra til økt grad av forutberegnelighet i et land hvor vilkårlig myndighetsutøvelse er en sentral bekymring for den investerende part. For stater som ønsker å tiltrekke seg utenlandske aktører

er det imidlertid et poeng å opprettholde et godt rykte som vertsstat, i konkurranse med andre mer investorvennlige destinasjoner.

De bilaterale avtalene har ikke ambisjoner om å avhjelpe annet enn den ikke-kommersielle risikoen som knytter seg til investeringen. Likesom forhandlingen av de konkrete vilkårene i en eventuell kontrakt mellom investor og vertsstat skjer på egen regning og risiko, bærer den private part selvstendig ansvar for hvorvidt investeringen representerer en god forretningsbeslutning. Ikke-kommersiell risiko har ofte nær sammenheng med de politiske forholdene i vertsstaten. Selv om vertsstaten kan skilte med gode utsikter for økonomisk avkastning, vil ikke-kommersiell risiko som materialiserer seg, være egnet til å redusere gevinsten betydelig, og inngår i den enkelte bedrifts avkastningsanalyse. De kommersielle interessene vil imidlertid kunne overskygge risikoelementer som politisk uro, for en ivrig investor, i en avveiningsammenheng.

Bestemmelsene i de bilaterale avtalene legger begrensninger for vertsstatens myndighetsutøvelse ovenfor den investerende part, gjennom de materielle standardene. En effektiv håndhevelse av disse rettighetene sikres, som påpekt i punkt 1.3, i utstrakt grad gjennom internasjonal voldgift.

Fra mange investorers ståsted anses disse prosessuelle trekkene som den dominerende fordel ved investorvernet. For det første fordi en eventuell tvist overlates til internasjonal voldgift, fremfor vertslandets rettsapparat. For det andre fordi det som regel åpnes for at tvisten kan rettes til voldgiftstribunalet direkte. Dette innebærer både spart tid og sparte kostnader sammenlignet med situasjonen hvor tvisten først må versere for de nasjonale rettsinstanser.⁵¹

⁵¹ Hva angår rettsomkostninger, understrekes det at voldgiftsprosess er langt fra kostnadsfritt, og at det her er snakk om en differansebetragtning.

Voldgiftsdomstolenes kompetanse hviler først og fremst på traktatens materielle bestemmelser. Men yttergrensen for jurisdiksjonen følger av tribunalets eget statutt.⁵² Til dette tilkommer at andre internasjonale regler⁵³ kan spille inn ved tribunalets avgjørelse av saken.⁵⁴ De alternative rettsmidlene, som drøftet nedenfor⁵⁵, vil videre i enkelte tilfeller kunne anvendes som et supplement.⁵⁶

2.1.2 Konkrete betraktninger

Disse generelle fordelene må videre analyseres opp mot mer konkrete parametere relatert til den enkelte investerings særtrekk. Dette vil også bidra til å definere investorens behov for investorvern i det enkelte tilfellet.

Her er forholdene i det aktuelle vertslandet av sentral betydning. Det at man må forholde seg til et fremmed rettssystem kan være belastende generelt. Saken er imidlertid en annen dersom rettssystemet man, i mangel av investorvern, må forholde seg til oppleves som uforutsigbart. Det at man oppnår direkte adgang til internasjonal voldgift vil for eksempel fremstå som særlig verdifullt dersom man risikerer å bli konfrontert med kvalifiserte uregelmessigheter i vertslandet.⁵⁷

Rettstradisjonene i de ulike stater som omfattes av investeringssystemet er nødvendigvis ulike. Andres rettssystemer kan oppfattes som problematiske, sett med utenlandske øyne. Det kan i denne sammenheng også nevnes at demokratihensyn og lojalitet til lovgiver ikke

⁵² Se ICSID artikkel 41 jf. 25

⁵³ Voldgiftstribunalet kan se hen til alminnelig folkerett hvor avtalen er taus. ICSIDs fortolkning av taushet har imidlertid blitt kritisert for å falle i investors favør. Se for eksempel: Treaty Interpretation in Investment Arbitration (2012) kap. 6 J.

⁵⁴ Se Wien-konvensjonen artikkel 31(3) c og ICSID artikkel 42 (1)

⁵⁵ Punkt 4.2

⁵⁶ Det vil imidlertid kunne foreligge begrensninger med hensyn til å anvende alternativene parallelt, se for eksempel ICSID-konvensjonen artikkel 27(1)

⁵⁷ Korrupsjon i rettssystemet har vært et fremtredende problem i blant annet Kongo, Nigeria og Russland. For Russlands del kan for eksempel Khodorkovsky-saken fremheves som et eksempel

nødvendigvis kan tillegges samme legitimitet på samme måte ovenfor utenlandske aktører som ikke deltar det parlamentariske valget.

Hva gjelder norske forhold kan det at man i liten grad har spesialdomstoler fremstå som lite betryggende.⁵⁸ Norske domstolars statslojalitet⁵⁹ er et annet aspekt som kan tenkes å møtes med skepsis av investorer som vurderer det norske systemet opp mot internasjonal voldgift.

Hvor like eller ulike rettssystemene i vertsstat og hjemstat er, vil kunne påvirke både investorenes og statenes syn på behovet for internasjonal voldgift. Det politiske klimaet som foreligger statene i mellom, vil likeledes kunne komme inn som en sentral faktor. For eksempel godtok USA Australias krav om at de australske domstoler måtte anses som tilstrekkelige ved forhandlingen av ny bilateral investeringstraktat.⁶⁰ Styrkeforholdet statene i mellom må også anses å spille en rolle i slike henseender; USA hadde neppe godtatt dette kravet dersom det var fremsatt av for eksempel India.

2.2 Staten som forhandlingspart

For denne oppgavens vedkommende, innebærer de ulike formuleringene av nasjonalitetskriteriet at man kan plassere mulighetene for treaty shopping på en skala fra praktisk til teoretisk. Dette er noe den enkelte stat, ved utformingen av klausulen, bevisst tar stilling til. Et vidtrekkende nasjonalitetskriterium kan innebære at staten åpner, og tilrettelegger for utenlandske aktørers aktivitet på eget territorium. Samtidig åpner dette for vidt definert eksport av kommersiell aktivitet på avtalepartens territorium ikke bare av hjemstatens næringsdrivende, men også gjennom hjemstatens potensielle stilling som mellomledd for tredjeparter. En snever formulering innebærer motsatte konsekvenser. For å forstå de ulike kriteriene, er det nødvendig å se hen til de avveininger og formål som ligger bak statenes valg som har kommet til uttrykk i formuleringene av nasjonalitetskravet.

⁵⁸ I Frankrike og Tyskland har man i tillegg til den vertikale inndelingen en rekke sideordnede spesialdomstoler som dømmer innenfor avgrensede rettsområder.

⁵⁹ St.meld. nr. 17 (2004-2005) s 37

⁶⁰ Trakman (2012)

Det følger implisitt⁶¹ av ICSIDS behandling av innvendinger angående jurisdiksjon på nasjonalitetsgrunnlag,⁶² at traktatens virkeområde og ICSIDS jurisdiksjon over dennes i stor grad er overlatt til den enkelte stat å regulere. Et moment er systembetraktninger, og hvor nyanserte bestemmelser, som tar sikte på å regulere et bredt spekter av selskapsformer og virksomheter, kan tillate seg å være. Et annet moment er statenes interesse bak utformingen av nasjonalitetskriteriet. En utilsiktet konsekvens av et vidtrekkende nasjonalitetskrav kan være interne aktørers anvendelse av dette.⁶³ Men det å åpne for en vid krets av investorer kan også være et ledd i vertsstatens strategi for å fremstå som et attraktivt investeringsland, også ovenfor aktører av land den ikke har lyktes å inngå traktat med.

2.2.1 De ulike aktørenes interesser ivaretatt gjennom formuleringen av nasjonalitetskravet

Formuleringene av nasjonalitetskravet har betydning for statene så vel som investorene. For det første har formuleringen betydning for de respektive staters næringsdrivende, med interesser i utlandet. I teorien refererer kriteriet seg som utgangspunkt til begge lands næringsdrivende på gjensidig måte.⁶⁴ Neste punkt vil dog vise at dette ikke nødvendigvis gir seg tilsvarende utslag i praksis.

Fra en investors perspektiv, er klart definerte kriterier egnet til å skape forutberegnelighet og stabilitet omkring investeringen. Slik vil en klar tilgang til økonomisk aktivitet i vertsstaten, uten for mange restriksjoner og reservasjoner være av betydning. Både for investorer som umiddelbart er omfattet av avtalen og investorer som aktivt må handle for å omfattes av denne, er det viktig at man kan basere seg på avtalens tekst og at man ikke blir presentert for overraskelser på veien.

⁶¹ Se også Saluka (241)

⁶² Se del 3

⁶³ Slik tilfellet var i Tokios Tokelés v Ukraine

⁶⁴ Det forekommer imidlertid at traktaten oppstiller ulike vilkår for hver stats aktører. Se den tyske modellavtalen artikkel 1(3) a. « The treaty defines company to include in respect of Germany... »

Hjemstaten vil først og fremst være opptatt av å tilrettelegge for nasjonale aktørers virksomhet i utlandet. Hjemstatens og dennes investorers interesser vil på dette punkt langt på vei sammenfalle. Videre kan det tenkes at en hjemstat kan innta en posisjon, hvor den anser det som attraktivt å operere som mellomstat for treaty shoppende investorer. Mens rene skjellselskaper kanskje verken representerer en fordel eller ulempe, for hjemstaten, kan selskaper av mer substans medføre begrenset beskatningsrett for hjemstaten, når investeringen kanaliseres gjennom denne. Avtalens gjensidighet medfører imidlertid at hjemstaten også må ta høyde for konsekvensene av dette når den selv får posisjon som vertsstat. Statene har også et ansvar for å regulere forvaltningen av eget territorium når posisjonene snus om, og hjemstaten blir vertsstat for avtalemotpartens aktører.

Dette reguleringsansvaret må således betraktes fra et vertsstatsperspektiv. Her vil det enkelte vertslands økonomi, forutsetninger og politikk skape store ulikheter i hvilken interesse staten har i å tiltrekke eller begrense fremmed virksomhet på eget territorium.

2.2.2 Statenes balansering av de motstridende interesser

Fordi investeringstraktatene i all hovedsak ikke er multilaterale, kan statene regulere de motstridende interessene mellom ønsket om å sikre sine kommersielle aktører tilgang til utenlandsk territorium, og ønsket om å begrense kretsen av aktører beskyttet av investorerne på eget territorium ved å tilpasse kriteriene i den enkelte traktat. Selv om traktatene er bilaterale, og regulerer forholdet på en gjensidig måte, innebærer ikke dette at den enkelte traktat anvendes av partene i samme grad. Dette er langt på vei mulig å forutse denne partskonstellasjonen på forhånd, ved å analysere avtalepartens forhold.⁶⁵ I enkelte tilfeller vil man imidlertid kunne forvente at avtalen anvendes av begge parter. Dette er for eksempel tilfellet for traktaten mellom Norge og Russland, hvor begge parter opererer innen den andres stats territorium. Ved forventet gjensidig anvendelse må nødvendigvis en

⁶⁵ For eksempel kan man tenke seg at en eventuell traktat mellom Norge og Angola i praksis hovedsakelig ville bli anvendt av norske næringsdrivende.

av interessene gå på bekostning av den andre. Ved statens balansering av dens egne aktørers interesser, og interessen i å begrense utenlandske aktørers tilgang og vern på eget territorium, kan det være nyttig å se hen til graden av behov⁶⁶ for investorvern i den annen stat og betenkelighetene knyttet til det å innrømme investorvern ovenfor den annen parts aktører.⁶⁷

Det endelige resultatet av denne type avveininger, foretatt på statsnivå, kommer til uttrykk gjennom de ulike formuleringene i traktatene. Denne type avveininger er konkrete per se, men det er likevel mulig å foreta visse kategoriseringer. For eksempel viser FNs analyse av globale investeringer i lys av den økonomiske krisen at internasjonale investeringer som sådan, og investeringspolitikken er konjunkturømfintlig.⁶⁸ De samme resonnementene kan tas til inntekt for argumentet om at det enkelte lands mer permanente økonomi er en viktig faktor for landets holdning til å åpne økonomien for utenlandske aktørers aktivitet. Mens stater som har behov for fremmede aktører for å utnytte naturressursene, utvikle infrastrukturen eller stimulere økonomien gjennomgående vil gjenspeile dette i avtalene som inngås, vil selvforsynte stater kunne tenkes å innta en mer restriktiv posisjon.⁶⁹ Samtidig er det globale styrkeforholdet, som har bestått under utviklingen av det internasjonale investeringsystemet i ferd med å endres.⁷⁰ Dette er egnet til å sette spor i den videre utvikling

3 HVORDAN KVALIFISERE SOM INVESTOR I INVESTERINGSRETTSLIG HENSEENDE

Investeringstraktatene regulerer et avgrenset virkeområde materiae og personae. For hjemstatens alminnelige investorer vil nasjonalitetskravet gjennomgående være uproblematisk.

⁶⁶ Se pkt. 2.1

⁶⁷ Dersom man betrakter det norske utkastet til ny modellavtale, kan det se ut til at hensynet til et restriktivt vern, materielt så vel som prosessuelt, med hensyn til utenlandske aktører som nyter vern under avtalen på norsk territorium har blitt prioritert fremfor norske aktørers vern utenlands.

⁶⁸ UNCTAD (2012)

⁶⁹ Norges posisjon kan betraktes fra sistnevnte perspektiv.

⁷⁰ UNCTAD (2011)

For en aktør som i utgangspunktet ikke er omfattet av traktaten er forståelsen av traktatens nasjonalitetskriterium grunnforutsetningen for en vellykket treaty shopping.

Videre vil de ulike nasjonalitetskravene indikere hvorvidt selskapet fortsatt ser seg tjent med å forfølge sitt formål om å oppnå investorvern under traktaten, ved å strukturere bedriften på en måte som tilfredsstiller nasjonalitetskriteriet. Slik vil undersøkelsen av den relevante formulering være egnet til å gi en anvisning på hva som må til for å tilordne seg den ønskede traktat og således bidra til selskapets kostnad-nytte-analyse på et tidlig tidspunkt.

Voldgiftstribunalets statutt vil også inneha bestemmelser som presiserer dens jurisdiksjon. For eksempel uttaler ICSID-konvensjonen artikkel 25(1) at dens kompetanse *ratio personae* begrenser seg til tvist mellom « *a Contracting State and a national of another Contracting State* ». Dette innebærer en positiv og en negativ angivelse av jurisdiksjonens rekkevidde.⁷¹

For å kunne håndheve traktatens materielle bestemmelser gjennom ICSIDs voldgiftsbehandling, må nasjonalitetskravet etter både traktaten og ICSID artikkel 25 være oppfylt. Hvem som kvalifiserer som «National» er imidlertid ikke definert i artikkel 25. Bestemmelsen er kun ment å oppstille en ytre grense for instansens virkefelt⁷², mot interne⁷³ aktører. Den videre definisjonen av investor er overlatt statene. På dette punkt har partene utstrakt avtalefrihet.⁷⁴ Innholdet i termen investor må dermed oppklares ved undersøkelse av den påberopte traktats definisjon av dette.

⁷¹ Altså; Investoren må inneha motpartens nasjonalitet (positiv) og må ikke inneha vertsstatens nasjonalitet (negativ)

⁷² Aron Broches «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States» (heretter: kommentarene til ICSID) s.361

⁷³ Jf. «...of another party»

⁷⁴ Dette var også forutsetningen ved utformingen av bestemmelsens jf. kommentarene til ICSID s 360

Perspektivet er altså at et selskap uten tilknytning til hjemstaten, ønsker å oppnå vern under dennes traktat med vertsstaten, hvor investeringen skal finne sted. Hjemstaten blir da en mellomstasjon for investeringen, og et sted som denne kanaliseres gjennom. Spørsmålet er dermed hva som kreves for at selskapet som subjekt skal anses omfattet av investerings-traktaten, og således nyte godt under traktatens materielle bestemmelser.

Svaret på dette må primært søkes oppnådd gjennom partenes vedtatte forutsetninger, slik dette har kommet til uttrykk i den relevante traktats nasjonalitetskrav.⁷⁵ Bestemmelsen definerer begrepet ”investor” for den enkelte traktats vedkommende, og regulerer på denne måten hvilke subjekter som omfattes av traktaten.

Tilfredstillelse av nasjonalitetskravet er et nødvendig, men ikke alltid tilstrekkelig vilkår for å omfattes av traktaten. Partene kan også ha inntatt andre klausuler som snevrer inn, eller mykner opp traktatens virkeområde. I tillegg kan det ved løsningen av en konkret tvist bli aktuelt å se hen til øvrige internasjonale regler som kommer til anvendelse på spørsmålet, også i forbindelse med prejudisielle avgjørelser. Av den grunn må den samlede reguleringen av disse momentene tas i betraktning for å oppnå en sikker posisjon som investor.

Traktaten er bindende.⁷⁶ Dersom partene⁷⁷ er uenig i en senere subsumsjon av bestemmelsen på de faktiske forhold, må de selv endre denne. Det er på denne måten voldgiftsribunale har forholdt seg til nasjonalitetskriteriet.

Som nevnt innledningsvis vil nasjonalitetskriteriene, som regulerer fysiske personers status, gjennomgående refererer til klare og gjensidig utelukkende karakteristika. Definisjonen av

⁷⁵ Jf. *Autopista v Venezuela* (119-120)

⁷⁶ Jf. Wien konvensjonen artikkel 26 “*Pacta sunt servanda*”

⁷⁷ Det er disse som har kompetanse til å vedta trakten, og til å endre den, med forbehold om retroaktiv virkning jf. Wien-konvensjonen artikkel 28.

juridiske personers nasjonalitet er derimot mer sammensatt⁷⁸. Linjene som er trukket opp for å avgjøre nasjonalitet i investeringshenseende gjenspeiler dette, og forsterkes av et stadig mer komplisert faktum, i form av en global økonomi med tilpasningsdyktige, multinasjonale aktører. Det at juridiske personer med begrenset ansvar eksisterer uavhengig av dets eiere, er et grunnleggende juridisk og samfunnsøkonomisk prinsipp.⁷⁹ Dette innebærer at selskapet, som selvstendig rettssubjekt, har krav på ikke å bli identifisert med sine eiere.⁸⁰ En av flere konsekvenser av dette er at eiernes⁸¹ nasjonalitet ikke er bestemmende for selskapets nasjonalitet.

Betegnelsen nasjonalkriterium er problematisk i forhold til juridiske personer⁸² av to årsaker. For det første er den misvisende fordi det, som den videre behandling vil vise, i realiteten er snakk om grader av formell og reell tilknytning til hjemstaten. For det andre er forståelsen av juridiske personers nasjonalitet i internasjonal privatrett og alminnelig folkerett sprikende, og under stadig utvikling. Selskaper som opererer internasjonalt vil, på ulikt grunnlag, ha tilknytning til en rekke stater. Selskapet kan for eksempel være stiftet i ett land, utøve styrefunksjonene i et annet og ha sin dominerende virksomhetsutøvelse i et tredje. I investeringsretten blir man konfrontert med de samme utfordringene som i de øvrige internasjonale rettsfelt hva angår nasjonalitet. Å referere til selskapers nasjonalitet blir fort en innholdsløs kategori, som bærer ulikt meningsinnhold avhengig av hvilke rettslige spørsmål man er opptatt av å klarlegge.⁸³ Hvilken stat det enkelte selskap skal tilskrives i

⁷⁸ Se for eksempel Soufraki (83), hvor kravene til fysisk nasjonalitet var ansett bortfalt, men hvor domstolen påpekte at jurisdiksjonshindringen kunne ha vært unngått dersom investeringen var foretatt gjennom en juridisk enhet inkorporert i Italia.

⁷⁹ Se for eksempel aksjeloven § 1-2(1)

⁸⁰ Dette er den avgjørende hovedregel, med få unntak

⁸¹ Fysiske som juridiske

⁸² Betegnelsen skyldes antageligvis at man har forsøkt å trekke analogier fra nasjonalitetsbegrepet relatert til fysiske personer sml. Sloane (2009) s. 26

⁸³ For eksempel kan det oppstilles ulike tilknytningskrav for å determinere beskatningsrett, utøvelse av diplomatisk beskyttelse og vern under investeringstraktatene. Basert på lovvalgsregler kan det videre oppstilles ulike krav for selskapsstatuttet og kontraktstatuttet.

nasjonalitetshenseende blir da et spørsmål om hvilke tilknytningsmomenter man ønsker å vektlegge.

Traktatene kontraktfester imidlertid hvilke momenter som skal være utslagsgivende *lex specialis*. Det er denne ”rettstilstanden” som åpner for selskapers tilpasning og fenomener som *treaty shopping*.

3.1 Identifisering av selskapet basert på inkorporasjon og hovedsete

På tross av at det foreligger et stort antall ulike bilaterale investeringsavtaler på verdensbasis, kan man fremheve enkelte nasjonalitetskriterier som går igjen. Disse vilkårene brukes hver for seg eller i kombinasjon. I tråd med de ulike tradisjoner innen internasjonal privatrett⁸⁴ er de mest anvendte identifikasjonsmomentene inkorporasjonssted og sted for hovedsete, mens kriteriet om kontroll som behandlet i punkt 3.4 også forekommer. Det er disse hovedkriteriene som vil være temaet i det følgende.

3.1.1 Inkorporasjon

Inkorporasjonssted er det mest utbredte identifikasjonsmoment for å knytte selskapet til staten.⁸⁵ Hvor traktaten refererer til selskaper som er inkorporert i hjemstaten, må betydningen av dette oppnås på grunnlag av alminnelig ordlydsfortolkning. Inkorporasjonssted er stedet hvor et selskap er registrert. Det kan også se ut som at termen «inkorporasjon» per definisjon forutsetter at det inkorporerte innehar juridisk personlighet.⁸⁶

Inkorporasjon i en fremmed stat innebærer at selskapet formelt stiftes under, og blir tilknyttet landets rettssystem. Dette kan skje gjennom primær eller sekundæretablering, ved at

⁸⁴ For oversikt over seteteorien og inkorporasjonsteorien i interlegal rett se Festskrift Andersen

⁸⁵ Antageligvis er dette også den alminnelige folkerettslige regel jf. Fortolkningen av Barcelona Traction

⁸⁶ Oxford dictionary of law s. 246 “Corporate personality”

selskapet registreres⁸⁷ i det aktuelle lands selskapsregister. I teorien har man omtalt dette som at selskapet skylder sin juridiske eksistens til inkorparasjonsstaten.⁸⁸ Det er også inkorparasjonsmomentet som har blitt ansett å knytte selskapet til den enkelte stat etter alminnelig folkerett.⁸⁹

Fordelen med å anvende inkorparasjon som nasjonalitetskriterium, og på denne måten knytte nasjonalitet til inkorparasjonssted, er at det er enkelt konstaterbart. Anvendelsen av kriteriet på de faktiske forhold påkrever således ingen grundig utredning av faktum. Videre er dette også egnet til å skape forutberegnelighet. Inkorparasjon er en relativt klar og entydig referanse, som har støtte på tvers av rettstradisjonene. Kriteriet kan anses bedre tilpasset den multinasjonale virkelighet, sammenlignet med et kriterium om hovedsete. Fra selskapers ståsted er inkorparasjon enkelt å forholde seg til, for statene kan det imidlertid anses som en ulempe idet kriteriet ikke stiller krav til substans eller virksomhet. Treaty shoppende eller postboksselskaper er således ikke avskåret fra å benytte seg av traktaten.

Hvor formålet med inkorparasjonen i hjemstaten utelukkende er å oppnå investorvern ved investering i vertsstaten, vil den enkleste og⁹⁰ rimeligste formen for inkorparasjon kunne fremstå som mest hensiktsmessig⁹¹. Spørsmålet er da hva som er den enkleste formen for registrering, som samtidig oppfyller traktatens krav. For eksempel kan det reises spørsmål om registrering av en filial vil anses tilstrekkelig.⁹²

⁸⁷ I mange land, herunder Norge, er de fleste selskaper registreringspliktige.

⁸⁸ Oppenheim's international law (9.utgave1996 s. 859-860)

⁸⁹ Jf. Barcelona Traction, som behandles i ytterligere detalj i del 3.

⁹⁰ Tilsynelatende

⁹¹ Valg av inkorparasjonssted vil imidlertid kunne innebære øvrige rettslige konsekvenser. Blant annet vil dette kunne ha konsekvenser for hvilket lands selskapslovgivning selskapet er underlagt, og det inkorporerte selskapets rettslige handleevne i inkorparasjonsstaten.

⁹² Etter EU-retten er medlemslandene forpliktet til å godta inkorporering av et selskaps filial innen det europeiske fellesskap, uavhengig av selskapets økonomiske realitet i hjemstaten jf. Centros-saken. (ECJ)

Etter norsk rett må en norsk filial av utenlandsk foretak⁹³, for å kunne drive virksomhet, registreres i foretaksregisteret.⁹⁴ En filial er imidlertid nettopp en del av et selskap, dette medfører at det er tvilsomt om filialen vil kvalifisere som «*et selskap inkorporert i hjemstaten*». Selskapet som sådan kan vanskelig sies å være inkorporert ved at filialen registreres, ettersom filialen ikke eksisterer på selvstendig grunnlag uavhengig av foretaket det er en del av.⁹⁵ Dette formuleres som at filialen ikke er et selvstendig rettssubjekt.⁹⁶ Etter norsk rett innebærer dette blant annet at filialen, som utgangspunkt, ikke har selvstendig, rettslig handleevne.⁹⁷ På bakgrunn av denne stillingen, bør en investor antageligvis ikke basere seg på inkorporasjon av en filial hvor traktaten foreskriver at *selskapet*, for å innfri nasjonalitetskriteriet, må være inkorporert i hjemstaten. Det tas forbehold for tilfellet hvor filialen etter det aktuelle lands internrett har en sterkere, selvstendig stilling. I mangel av klare holdpunkter, bør det imidlertid utvises forsiktighet på dette punkt. Merkostnadene knyttet til oppnåelsen av en sterkere posisjon kan være velanvendte, og forhindre at det knyttes risiko til selve rettsposisjonen. Til dette tilkommer at filialen heller ikke opererer adskilt fra selskapet i ansvarsbegrensende henseende. I forhold til risikobegrensning, vil ikke anvendelsen av filial være formålstjenlig.

Et datterselskap innehar, i motsetning til filialen, selvstendig rettslig status. Dette innebærer at datterselskapet opererer uavhengig av morselskapet og det øvrige konsernet. Når datterselskapet inkorporeres i hjemstaten vil dette dermed medføre at *selskapet* inkorporeres, og således tilfredsstillende inkorporasjonskravet. Transaksjonskostnadene knyttet til dette av-

⁹³ NUF

⁹⁴ jf. Foretaksregisterloven § 3-8 jf. § 2-1(2).

⁹⁵ Dersom man anlegger en substansiell vurdering kan dette derimot føre til at man finner et tomt utenlandsk foretak, og at selskapets virksomhet utelukkende drives gjennom filialen. Dette har i utstrakt grad vært tilfellet for «NUFene», hvor bruken av filial har vært anvendt for å omgå norske krav til innskutt aksjekapital. For mer om dette se: Bugge Reiersen og Sjøfjell (2010)

⁹⁶ I beskatningshenseende er situasjonen en annen, se bla. BFU 11/09

⁹⁷ For eksempel har ikke filialen selvstendig kontrakts evne, eller partsevne i en retts sak jf. Rt 2008.1730, men se også Rt 2005.451 angående filial av forsikringsselskaper.

henger av rettsreglene i det aktuelle inkorparasjonslandet. Opprettelse av selskap med begrenset ansvar innebærer som regel krav om innskutt egenkapital.⁹⁸ Kravet til fremgangsmåte beror også på det aktuelle lands selskapslovgivning og grad av byråkratisering, men vil som regel innebære at selskapet stiftes og registreres i tråd med landets selskapslovgivning.

Utover dette stiller referansen til inkorparasjon ingen form for krav til selskapets substansielle virksomhet i hjemstaten, kontrollerende interesser, utøvelse av styrefunksjoner, eller lignende. Kriteriet er generelt ikke egnet til å gi svar på selskapets forhold bortsett fra at det er inkorporert i hjemstaten. Således kan det sies at det eneste substansielle man kan utlede ved å se hen til dette kriteriet i investeringshenseende, er at selskapet driver virksomhet i vertsstaten.⁹⁹

3.1.2 Hovedsete

Et aksjeselskaps øverste funksjon anses utøvd av aksjeeierne gjennom styret. Dette har etter den internasjonale privatrett, ved siden av inkorparasjon, blitt ansett å gi uttrykk for selskapets nasjonale tilhørighet.¹⁰⁰ Dette gjenspeiles i en rekke investeringstraktaters nasjonalitetskriterier.¹⁰¹

Vedtagelsen av hvor administrasjonen av selskapet skal finne sted, vil ofte være presisert i selskapsstatuttene. Ved anvendelsen av kravet til sete kan man likevel ikke basere den juri-

⁹⁸ Krav til beløpets størrelse kan imidlertid variere. For eksempel kan det vises til forskjellene mellom engelsk og norsk rett på dette punkt, som har bidratt til engelske filialers popularitet i Norge.

⁹⁹ Dette er en forutsetning for det materielle kravet om at virksomheten utgjør en investering.

¹⁰⁰ Etter Tysk og Fransk rett har dette også vært et krav for å anerkjenne selskapet i de respektives rettssystem.

¹⁰¹ Hvor det blant annet omtales som main seat, effective management og siege social. De ulike uttrykkene antas å bære samme meningsinnhold. Etter norsk terminologi synes «hovedsete» å være den beste betegnelsen.

diske konklusjonen på dette. Ettersom krav til nasjonalitet basert på hovedsete er å anse som et kvalifisert krav, som innebærer at de reelle forhold må gå foran de formelle.¹⁰²

Hovedsete som tilknytningskrav har tradisjonelt stått sterkt i tysk rett, og har blitt brukt i flere selskapsrettslige henseender, herunder i en rekke av de bilaterale investeringstraktatene Tyskland er part til.¹⁰³ Den tyske føderaldomstol har formulert innholdet av setekriteriet som: *”Where the fundamental governance decisions are effectively transformed into ongoing managerial acts”*.¹⁰⁴

Hovedsete som kriterium krever en større grad av substansiell tilknytning til den aktuelle staten, i den forstand at det bygger på faktiske forhold. Hvorvidt styrefunksjonenes geografiske sted er egnet til å gi uttrykk for selskapets øvrige faktiske forhold kan imidlertid diskuteres. Kriteriet har vært ansett å ha en beskyttende funksjon¹⁰⁵, i det man har presumert at stedet hvor styret utøver sine funksjoner vil sammenfalle med stedet hvor interessehavere i selskapet opererer.¹⁰⁶ Kreditorer, minoritetseiere, ansatte og andre med potensielle krav mot selskapet vil da operere under samme rettssystem, og kunne forfølge sine krav mot selskapet under egen rett.

Rettsanvendelsen av kriteriet påkrever undersøkelse av faktum, og kan være vanskeligere å determinere sammenlignet med inkorporasjon. Dette forsterkes av at moderne teknologi åpner for at styrets myndighet ikke utøves på et geografisk avgrenset sted. Dette bidrar til at selskapets hovedsete blir et mindre permanent konsept. Det normative spørsmålet blir da

¹⁰² I forarbeidene til Foretaksregisterloven uttales det at hovedkontor er «det administrative senter for foretakets virksomhet», Ot.prp.nr 50 (1984.1985) s. 39

¹⁰³ Dette er imidlertid i ferd med å endres i det Tyskland har endret kurs med hensyn til seteteorien jf. Schreuer (2009) note 5.

¹⁰⁴ Baelz and Baldwin (2002)

¹⁰⁵ Dette synspunktet har kommet til uttrykk i forbindelse med lovvalgsreglene knyttet til selskapet. Innholdet i og de faktiske følgene av kravet til hovedsete er likevel de samme enten man vurderer kriteriet fra det ene eller det andre perspektivet. Det er de juridiske virkningene som er forskjellige.

¹⁰⁶ Se Cordero Moss (2010) pkt. 2.2

hvorvidt beskyttelseshensynet kan forsvare anvendelsen av et mer komplekst kriterium. Dersom kriteriets beskyttende funksjon skal kunne slå til, forutsetter dette at hovedsetes plassering er egnet til å gi uttrykk for selskapets økonomiske aktivitet.

Mens det kan reises spørsmål om hvorvidt filialer kan anvendes ved inkorporasjon, er det klart at nasjonalitet basert på styre utelukker dette. Selskapets styrefunksjoner utøves for selskapet som et hele, herunder ovenfor filialen som er en del av selskapet. At stedet hvor selskapet utøver sine styrefunksjoner, og stedet hvor filialen er registrert kan sammenfalle er en annen sak.

Et datterselskap har egne styrefunksjoner og kan dermed være egnet for innfrielsen av hovedsetekriteriet. Betyr dette at inkorporasjonssted og hovedsete alltid vil sammenfalle? Ikke nødvendigvis. Dette skyldes at selskapet, som utgangspunkt, har adgang til å vedta at selskapets styrefunksjoner skal utføres i en annen stat enn inkorporasjonsstedet. Hvorvidt referansen til hovedsete begrenser denne handlefriheten, ved at nasjonalitetskriterium basert på hovedsete også forutsetter inkorporasjon er uklart. Dersom nasjonalitetskriteriet refererer til hovedsete alene, tilsier ikke ordlyden at dette også innebærer inkorporasjon.¹⁰⁷ I så fall kan hovedsete plasseres strategisk i forhold til investeringstraktaten, også uavhengig av inkorporasjon. Dermed åpner også anvendelsen av setekriteriet for tilpasning. For investoren blir forskjellen da at man ved å forholde seg til inkorporasjonskriteriet kan velge plasseringen av hovedsete uavhengig av investeringstraktatens vilkår. En annen sak er tilfelle hvor nasjonalitetskriteriet kombinerer sete og hovedsete som kumulative vilkår for nasjonalitet.

¹⁰⁷ I intern norsk skatterett er hjemmehørende kriteriet knyttet opp mot utøvelse av styrefunksjoner. Dette er lagt til grunn i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt-2002-1144. Her var selskapet inkorporert på Kypros, men selskapet ble ansett hjemmehørende i Norge på grunn av at styret av selskapet ble utøvd der.

3.1.3 Felles betraktninger

Felles for tilknytning basert på både setemomentet og inkorporasjonsmomentet, er at disse ikke nødvendigvis gir uttrykk for reell økonomisk aktivitet eller kontrollerende interesser. Rasjonale bak kriteriene har tradisjonelt vært å gi uttrykk for nettopp dette. For samtidens globale konsern er det ingen enkel sak å determinere tilhørighet basert på denne type holdpunkter. Utviklingen av grenseoverskridende aktivitet kan også tenkes å ha bidratt til at de tradisjonelle vilkårene ikke lenger er egnet til å gi uttrykk for selskapets tilhørighet. Vekting av mer substansielle forhold vil, ved anvendelse på de reelle forhold, heller ikke nødvendigvis peke i en entydig retning, og føre til en klarere avgrensning av nasjonalitetsspørsmålet.¹⁰⁸

Ulike tradisjoner med hensyn til inkorporasjon og sete som identifikasjonsfaktor for selskapet har medført problemer i internasjonalt samarbeid. OECDs skatteavtaler har løst dette ved å la «effective management» være avgjørende når skatteavtalene anvendes.¹⁰⁹ Ringvirkningene av harmoniseringen innen EU gått i motsatt retning, ved at hovedsete teorien mister terreng til fordel for inkorporasjonsteorien.¹¹⁰

Som påpekt ovenfor er det imidlertid ikke bare den rent rettslige utviklingen som har medført at hovedsete som metode for å knytte selskapet til den enkelte stat anses som utdatert. De faktiske konsekvensene av økt mobilitet og teknologi medfører at styret ikke nødvendigvis opererer på et avgrenset geografisk sted lengre. Dersom vurderingen av de faktiske

¹⁰⁸ Dette vises ved avgjørelsen av selskapers direkte og indirekte kontroll, se for eksempel kartleggingen av dette i Aguas del Tunari figur 2 (218)

¹⁰⁹ Se Zimmer s. 133. Det finnes unntak, fiskal nasjonalitet bygger på inkorporasjon i amerikanske skatteavtaler.

¹¹⁰ Ulike kriterier for selskapsstatuttet har medført ulovlig restriksjon av (sekundær) etableringsfriheten jf. EF-traktaten artikkel43, innen Det europeiske fellesskap. Se Überseering-saken (ECJ) hvor selskapet, som var lovlig stiftet i Nederland i tråd med inkorporasjonsteorien, ikke ble anerkjent som selvstendig rettssubjekt i Tyskland da ikke imøtekom de tyske krav til registrering og sete.

forhold blir for komplisert å kartlegge, eller ikke lenger er egnet til entydig å besvare hvor styret utøver sine funksjoner gir det lite mening å basere et rettslig kriterium på disse forholdene.

3.2 Investor må ikke inneha vertslandets nasjonalitet

Internasjonal investeringsrett handler i stor grad om å avhjelpe utfordringer knyttet til situasjonen hvor en investor befinner seg på fremmed territorium, ved hjelp av både prosessuelle og materielle regler. En gjennomgående formålsbetraktning som kommer til uttrykk i de ulike traktatenes fortale er å fremme og beskytte transnasjonale investeringer. For eksempel lyder fortalen i Tysklands modellavtale som følger;

”The Federal Republic of Germany and _____ desiring to intensify economic cooperation between both States, intending to create favourable conditions for investments by investor of either State in the territory of the other State, recognizing that the encouragement and contractual protection of such investments are apt to stimulate private business initiative and to increase the prosperity of both nations”¹¹¹

Dersom den investerende part er av vertslandets nasjonalitet slår ikke disse formålene til, og man er utenfor internasjonal investeringsrett som sådan. Interne investeringer er utelukkende et nasjonalt anliggende, og det er et grunnleggende prinsipp at fysiske så vel som juridiske personer, som utgangspunkt, ikke kan opprettholde et krav mot sin egen stat, internasjonalt. Et naturlig utgangspunkt, når man behandler systemets anvendelsesområde *ratione personae*, er således å slå fast at investoren ikke er av vertslandets nasjonalitet. Det er også på denne bakgrunn ICSID-konvensjonens¹¹² jurisdiksjonsbestemmelse i artikkel 25(1) må leses; jf. ordlyden ”between a contracting state and a national of *another* contracting state”.¹¹³

¹¹¹ Draft agreement of the Federal Republic of Germany (2005)

¹¹² Convention on the Settlement of Investor Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention)(March 1965)

¹¹³ Se Vacuum Salt (37)

Nasjonalitetskriteriet i traktaten, er det fortsatt utgangspunktet for voldgiftsribunalets behandling av spørsmålet. Dette innebærer at en nasjonal investor, etter forholdene, kan tilordne seg traktatens definisjon av utenlandsk investor. De faktiske forhold kan da sies å samsvare dårlig med de formelle. Riktignok oppstiller ICSID artikkel 25(1), som påpekt innledningsvis, en ytre grense for sin jurisdiksjon, avgrenset mot interne investorer. Etter som den nærmere definisjonen av «investor» er overlatt til statene kan det se ut som om en tilfredstillelse av traktatens krav på dette punkt, ikke vil møte på hindringer etter artikkel 25. Dersom investoren oppfyller traktatens nasjonalitetskriterium, er investoren således per definisjon «national of another contracting state», hvilket vil innebære at nasjonalitetskravet i traktaten er oppfylt og at ICSID har jurisdiksjon over tvisten.

ICSIDs praksis underbygger dette resultatet ved at tribunalet også på dette punkt vil kunne forventes å avstå fra å oppstille krav utover den enkelte stats vedtatte nasjonalitetsvilkår¹¹⁴, på tross av den klare forståelsen av traktatens og ICSIDs-konvensjonens klare formål. Dette illustreres av resultatet i Tokios Tokelès v Ukraine¹¹⁵ hvor kravet til nasjonalitet ble ansett oppfylt ved at selskapet var stiftet under Litauens lovverk, på tross av at 99 % av aksjene var eiet av statsborgere av vertslandet, Ukraina. Formuleringen av nasjonalitetskravet er således også av betydning for adgangen til å tilordne en investering som ellers ville bli klassifisert som intern, under det bilaterale investeringssystemet.

3.3 Unntak fra utgangspunktet: nasjonal investor under utenlandsk kontroll

Innvilgelse av lisens eller konsesjon blir i utstrakt grad tildelt under forutsetning av at selskapet etablerer seg i vertstaten.¹¹⁶ Avhengig av den enkelte traktats formuleringer vil dette kunne innebære at selskapet anses å inneha vertslandets nasjonalitet. Dette vil da også med-

¹¹⁴ Saluka-saken (UNCITRAL) (241)

¹¹⁵ Tokios Tokelès v Ukraine hvor flertallet anså at jurisdiksjonskravet *rationae personae* var oppfylt på tross av at 99% av aksjene i det aktuelle selskapet var eid av ukrainske fysiske personer. For fysiske personer se *Champion Trading v Egypt*.

¹¹⁶ I mange land er dette en forutsetning som følger av den interne lovgivningen.

føre at investoren ikke er å anse som «national of another contracting state» etter ICSID-konvensjonen artikkel 25(1). Av denne grunn åpner ICSID-konvensjonen for unntak i artikkel 25(2) b. Bestemmelsen åpner for at partene, ved henvisning til artikkelen, kan avtale at et selskap som er inkorporert i vertsstaten skal innrømmes status som utenlandsk for ICSIDS-konvensjonens vedkommende, forutsatt at selskapet er underlagt utenlandsk kontroll.

Møte med bestemmelsen reiser spørsmålet om hva som ligger i kravet til utenlandsk kontroll. For en aktør som har sin alminnelige drift i hjemstaten må henvisningen primært anses som en presisering av at traktaten står seg, uavhengig av vertsstatens krav om at selskapet inkorporeres. For den treaty shoppinge aktør kan dette reise spørsmål om hvorvidt kravet til utenlandsk kontroll peker i en bestemt retning. Refererer kravet i retning hjemstaten, eller er kravet udefinert slik at det avgjørende er det negative; selskapet er ikke kontrollert internt. Som behandlingen i punkt 3.1 viser kan investoren i mange tilfeller basere seg på en tilknytning av relativt svak substansiell karakter, ved innfrielse av traktatens nasjonalitetskriterium. Hjemstaten er da en mellomstasjon, mens kontrollen over selskapet forblir i selskapets opprinnelsesland. Et krav om kontroll utøvd fra hjemstaten vil kunne velte arrangementet for et selskap som har basert seg på inkorporasjon som eneste krav i traktaten. Et tilfelle som Tokios Tokelès-saken omhandlet ville for eksempel da være utelukket, da selskapets kontroll ville ha blitt ansett utøvd av de ukrainske aksjonærene.¹¹⁷

Antageligvis er det det første alternativet som må legges til grunn. Kommentaren¹¹⁸ til konvensjonen indikerer at bestemmelsen er ment å mykne opp jurisdiksjonskravet, snarere enn å stramme det inn. Dette samsvarer også med en tolkning av bestemmelsen som et hele, og artikkel 25(1) som bestemmelsen oppstiller et unntak fra. Forståelsen av bestemmelsen, slik

¹¹⁷ I denne saken var 90 % av aksjene var eid av ukrainere.

¹¹⁸ «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States»

dette kom til uttrykk i *Wena v Egypt* støtter også dette resultatet.¹¹⁹ Behovet for bestemmelsen bygger på praktiske betraktninger, og søker å forhindre at ICSIDs ytre grense for jurisdiksjon forhindrer et tilfelle som er i tråd med konvensjonens forutsetninger og formål, avskjæres etter artikkel 25(1).¹²⁰

Derimot følger det av ICSIDs voldgiftspraksis at den utenlandske kontrollen må være reell og konstaterbar for at unntaket skal kunne legges til grunn, slik at ICSIDs' voldgiftsjurisdiksjon over tvisten utløses. I *Vacuum Salt v Ghana* uttales det en referanse til bestemmelsen, ikke i seg selv medfører at unntaket legges til grunn, med den virkning at jurisdiksjon utløses på tross av nasjonal inkorporasjon. Referansen må underbygges av objektive holdpunkter, i form av faktisk, utenlandsk kontroll dersom tribunalen skal kunne behandle en tvist mellom vertsstaten og et selskap inkorporert i denne staten. I motsatt fall ville tribunalen bedømme et internt forhold, hvilket ville være i strid med formålet for dens kompetanse. Slik kan artikkel 25(2) b anses å begrense partsautonomien sammenlignet med spillerommet den ellers har i forbindelse med artikkel 25(1).

Hva partene har avtalt gjennom henvisningen må fortsatt bestå som det sentrale. Grensen for partsautonomien under artikkel 25(2)b siste setning, går imidlertid altså ved selskaper som er kontrollert fra internt hold.¹²¹

Voldgiftspraksis har ved denne vurderingen anlagt en todelt behandling. Først har den undersøkt om avtale om å anvende bestemmelsen foreligger. Deretter har den foretatt en realitetsbehandling av selskapets kontroll.

I *Vacuum Salt*-saken ble avtale som henviste til artikkel 25(2) b konstatert, men tribunalen anså likevel ikke at den hadde jurisdiksjon, etter en nærmere, substansiell vurdering av den

¹¹⁹ I samme retning: se *Vacuum Salt v. Ghana* para. 35 forutsetningsvis.

¹²⁰ Kommentarene til ICSID s. 359

¹²¹ jf. *Vacuum Salt* (36)

faktiske kontrollen av selskapet. Kontrollen ble ansett utøvd av ghanesiske interesser, fremfor greske interesser slik selskapet hadde påberopt.

Kontrollkravets nærmere innhold består imidlertid som et komplekst konsept, hvor det sentrale er å kartlegge kontrollen av det aktuelle selskapet, uavhengig av hvilken forståelse man legger til grunn angående kontrollens retning eller referansens forankring.¹²² Dette forsterkes ytterligere ved at voldgiftspraksis avstår fra å oppstille en klar formel¹²³ for determinering av kontroll basert på vurderingstemaet eierskap.¹²⁴

3.4 Kontroll som nasjonalitetskriterium

Dersom henvisningen til kontroll inntas i nasjonalitetskravet i den enkelte traktat, må dette angripes på en annen måte. Skille mellom nasjonalitetskriteriet, jurisdiksjonskravet og samspillet mellom disse kommer da tydelig til syne.

Hvor kontroll fremgår som en integrert del av nasjonalitetskriteriet er ICSIDs perspektiv tilbake til utgangspunktet; hva kan utledes av partenes vedtatte ordlyd ved defineringen av utenlandsk investor. Denne anlegges som avgjørende ved instansens vurdering av egen jurisdiksjon. Jurisdiksjonsbegrensningen vurderes da etter 25 (1) alene.

En henvisning til artikkel 25(2) om unntak for utenlandsk kontroll vil i dette tilfellet være overflødig, av følgende grunn: Bestemmelsen representerer et unntak fra 25(1), når fortolkningen av nasjonalitetskravet leder til at investoren anses å inneha vertslandets nasjonalitet. Hvor nasjonalitetskriteriet bygger på kontrollbetraktninger vil ikke en fortolkning av dette kriteriet medføre at investoren er ansett å inneha intern nasjonalitet, når vertslandet krever at selskapet inkorporerer nasjonalt. Med andre ord er ikke inkorporasjon i vertsstaten, som

¹²² Dette innebærer at betraktningene knyttet til klarleggingen av selskapets kontroll også er relevante når kontrollkravet er inntatt i nasjonalitetskriteriet, slik dette behandles nedenfor.

¹²³ Til sammenligning vises det til de fastsatte vilkårene den norske skattelovens § 10-62 jf. § 10-60 for Norsk kontrollerte utenlandske selskap (NOKUS).

¹²⁴ Jf. Vacuum Salt

forutsetning for virksomhetsutøvelse, egnet til å rokke ved selskapets nasjonalitet, da nasjonalitetskriteriet bestemmes på grunnlag av et kvalitativt ulikt kriterium.

Kontroll som nasjonalitetskriterium påkrever større grad av substansielle vurderinger. Når dette er inntatt som tilknytningsmoment vil kontrollen som regel referere til hjemstaten. I motsetning til hva tilfellet antageligvis er etter artikkel 25(2) b, antar kontrollen da en bestemt retning. Traktatene kan videre presisere kontrollen etter direkte eller indirekte art. Et krav som sidestiller direkte eller indirekte kontroll er egnet til å vanskeliggjøre treaty shopping.¹²⁵

Ved å vektlegge substansielle forhold som kontroll blir selskapet mer bundet. Dersom det forutsettes at selskapet skal være kontrollert av fysiske eller juridiske personer av en bestemt nasjonalitet legger dette omfattende bånd på selskapet.

Mens investeringene per definisjon ofte er av langsiktig karakter, og det nettopp er dette aspektet som skaper behovet for særskilt regulering. Vil de kommersielle aktørene som foretar investeringene samtidig ha behov for fleksibilitet og handlefrihet innad i konsernet, for å kunne opprettholde økonomisk tilpasningsdyktighet. Disse ulike tidsperspektivene kan tenkes å komme i konflikt ved anvendelsen av kontrollkriteriet. Dersom kontrollen refererer til hjemstaten, vil dette innebære at omsetning av aksjene, fusjon og fisjoner må tilpasses slik at kontrollen opprettholdes i det opprinnelige landet.

Etter ICSIDs jurisdiksjongrense refererer kriteriet seg til tidspunktet partene samtykket til jurisdiksjon.¹²⁶ Spørsmålet er om dette også er tilfellet for nasjonalitetskriteriet etter trakta-

¹²⁵ Dette var tilfellet i *Aguas del Tunari* (217), regulert av investeringstraktaten mellom Nederland og Bolivia artikkel 1 (b). Se også argumentasjonen knyttet til faktisk og potensiell kontroll i (222)

¹²⁶ Jf. Artikkel 25 (2) b «Which had the nationality...on the date on which...» se også presiseringen av dette i Kommentarene til ICSID s 358, hvor det uttales at etterfølgende nasjonalitetsendring er irrelevant for artikkelens vedkommende.

ten, slik at vurderingstemaet er selskapets kvalifisering som investor på tidspunktet for samtykke til voldgiftsbehandling. Økonomiske- og systembetragtninger kan tale for dette.

3.5 Andre reguleringsmekanismer

3.5.1 Denial of benefit

Juridiske personers spillerom under nasjonalitetskriteriet kan etterlate et inntrykk av at det er en praktisk umulig å begrense traktatens anvendelsesområde *ratione personae* gjennom utformingen av dette kriteriet. På samme måte som nasjonalitetsplanlegging ikke er ulovlig, står statene imidlertid fritt til å ta i bruk metoder for å forhindre denne type anvendelse av investeringstraktatene. Anvendelsen av denial of benefit er, for den enkelte stat, et sentralt redskap for å oppnå dette.

Mens nasjonalitetskravet positivt angir hvilken personkrets traktaten refererer seg til, er denial of benefit klausulene negativt avgrensende og gir således eksplisitt uttrykk for hvilke personer som ikke er ansett omfattet. På denne måten åpner traktaten for å avskjære personer, som etter en fortolkning av nasjonalitetskravet kunne ha vært omfattet av traktaten.

For eksempel lyder klausulen inntatt I den bilaterale avtalen mellom Østerrike og Libya; « A contracting party may deny the benefits of this agreement to an investor of the other contracting party and to its investments, if investors of a Non-contracting own or control the first mentioned investor and that investor has no substantial business activity in the territory of the contracting party under whose law it is constituted or organized.”

Denne formuleringen, vil i likhet med andre denial of benefit klausuler¹²⁷ altså først og fremst ramme rene skjellselskaper.

¹²⁷ Sml. The Energy Charter Treaty artikkel 17

Måten og tidspunktet for innføringen av denne type klausuler må imidlertid også underlegges kontrakt betraktninger og aktørenes berettigede forventninger. Statene står i dette henseende ikke fritt til å anvende klausulen på vilkårlig vis. For eksempel kan man ikke introdusere en slik klausul med retroaktiv virkning.¹²⁸ Av denne grunn er undersøkelse av bruken av denne type klausuler viktig for en investor som søker å kartlegge tilpasningsmulighetene. Samtidig vil denne posisjonen være forutsigbar, ettersom klausulen er underlagt visse restriksjoner.

ICSIDs avgjørelse i Plama-saken indikerer at det ikke er tilstrekkelig at klausulen er inntatt i traktaten. I følge sakens premisser representerte klausulen en rett til å avskjære visse subjekters rettigheter, denne retten måtte aktivt utøves, for å bli tillagt virkning.¹²⁹ Saken ble behandlet på grunnlag av ECT artikkel 17. Det er usikkert om dette også er tilfellet hvor klausulen er inntatt i en bilateral investeringstraktat.¹³⁰

Anvendelsen av denial of benefit klausuler kan betraktes som en erkjennelse av at nasjonalitetskravene er utilstrekkelige, eller at disse har behov for presisering. Men det kan også være ønskelig å operere med klare nasjonalitetskrav for å harmonisere disse med nasjonalitetskriteriene på andre områder. Traktatenes anvendelsesområder kan da innsnevres ved hjelp av denial of benefit klausuler, fremfor en omstendelig formulering av nasjonalitetskravet. Ved å kombinere et enklere nasjonalitetskrav med en denial of benefit klausul kan man lettere definere traktatens anvendelsesområde, uten at det fører til uønskede virkninger som at en investor som er ment å være omfattet av traktaten etter tolkning av ordlyden blir ekskludert. Sist men ikke minst kan klausulen anvendes i traktater hvor begrensning er ønskelig i samsvar med statenes strategiske analyse, beskrevet i punkt 2.2.2

¹²⁸ Plama v Bulgaria (159-165) hvor det uttales at en retroaktiv anvendelse ville være i strid med ordlyden, så vel som traktatens formål

¹²⁹ Se Plama v Bulgaria, avsnitt (157) angående hvorvidt klausulen kom til anvendelse ipso jure

¹³⁰ Dette støttes av saken Generation Ukraine Inc. v Ukraine

3.5.2 Gjennomskjæring av oppnådd rettslig status

Resultatet av en streng ordlydsfortolkning, kombinert med ICSIDS vide jurisdiksjonsgrense kan, som det fremgår av behandlingen så langt, medføre at resultatet av «national» i investeringshenseende stemmer dårlig overens med de faktiske omstendighetene. For den aktør som planlegger treaty shopping innebærer dette at den oppnådde status som «national» står på trygg grunn, all den tid man baserer seg på en riktig forståelse av nasjonalitetskravet. Vil dette alltid være tilfellet? Mens jurisdiksjonen avgjøres pre judisielt slik dette fremgår ovenfor kan den materielle behandlingen, i enkelte tilfeller, medføre at partskonstellasjonen får et annet resultat.

Hvor selskapet har brukt ressurser på å oppnå rettslig status som investor, og basert sine handlinger på denne forutsetningen, er det avgjørende at selskapet kan legge posisjonen til grunn, og basere seg på at denne blir respektert. Dette kan formuleres som et spørsmål om statusen selskapet har oppnådd, ved hjelp av treaty shopping, står på trygg grunn eller om selskapet risikerer gjennomskjæring ved at det ses bort fra selskapets formelle form til fordel for de underliggende forhold.

Wien-konvensjonen artikkel 31(3) c åpner for å se hen til folkerettslige regler som kommer til anvendelse på forholdet mellom partene.¹³¹ ICSID artikkel 42(1) åpner for dette i mangel av annen avtale, altså når traktaten er taus på det aktuelle punkt.¹³² Det var på dette grunnlaget Ukraina ba voldgiftstribunalet om å skjære gjennom selskapsformen i Tokios Toklès v Ukraina.

¹³¹ Om betenkelighetene knyttet til anvendelsen av sedvanerettslige prinsipper på internasjonale investeringsforhold, vises det til Acconci(2005) s. 3 flg.

¹³² Antageligvis vil man oppnå samme resultat enten man hjemler anvendelsen av internasjonal rett i ICSID-konvensjonen, eller Wien-konvensjonen. Dette skyldes at denne tolkningsfaktoren er subsidiær i forhold til ordlyden også etter Wien-konvensjonen.

Den grunnleggende dom på dette feltet er ICJs avgjørelse i Barcelona Traction.¹³³ Saken omhandlet riktignok spørsmålet om hvilken stat som var berettiget til å utøve diplomatisk beskyttelse ovenfor selskapet. Videre var kravet at formen skulle gjennomskjæres. Den treaty shopper vil som regel være opptatt av motsatt resultat.¹³⁴ Det er viktig å merke seg at saken refererer seg til tilfellet hvor det ikke foreligger regulering i form av investerings-traktat, og den åpner for et annet resultat hvor avtale foreligger. Dommens premisser som likefult er ansett å gi uttrykk for internasjonal sedvanerett, har imidlertid blitt tillagt en bredere rekkevidde enn det opprinnelige spørsmålet som ble reist for ICJ.

Gjennomskjæring av selskapsformen ble heller ikke resultatet i Barcelona Traction, men det ble uttalt at selskapers selvstendige status ikke er absolutt og at gjennomskjæring kunne anses rettferdiggjort i enkelte, spesielle tilfeller. Dette ville imidlertid kun være tilfellet i de mer kvalifiserte former for omgåelse. For eksempel som ledd i å beskytte tredjeparter ved å forhindre *svindelaktig misbruk av rettslig status*.¹³⁵ Det er dette som er dommens relevans og vurderingstema, hvor krav om gjennomskjæring på folkerettslig grunnlag blir fremsatt ovenfor en treaty shopper.

Tokios Tokelès-tribunalets referanse til dommen viser at disse premissene kan komme til anvendelse i investeringsrettslig sammenheng. Barcelona Traction åpner imidlertid kun for gjennomskjæring i ekstraordinære tilfeller, hvilket må være grunnen til at ICSID fortsatt ikke har foretatt gjennomskjæring under henvisning til Barcelona Traction.¹³⁶

¹³³ Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgium v Spain), Judgement, 5 February 1970, ICJ Reports 1970, p. 44.

¹³⁴ Men se Sedelmayer-saken i neste punkt

¹³⁵ Barcelona Traction avsnitt 55-59

¹³⁶ ICSID er imidlertid ikke alltid eksplisitt i sin behandling av vurderingstemaet, se for eksempel Aguas del Tunari (330)

Vil også være vanskelig å etablere *svindelaktig misbruk* ettersom det er traktatens egne bestemmelser som langt på vei åpner for tilordningen.¹³⁷ Forhindringen av situasjonen kan således forebygges med andre midler enn gjennomskjæring av selskapsformen, hovedsakelig gjennom ordlyden.

Bevisbyrden for at slike kvalifiserte former for omgåelse og potensiell skade av tredjeparts interesser foreligger, ligger tilsynelatende på parten som anfører gjennomskjæring.¹³⁸

Hvor voldgiftstribunalet har blitt presentert for grensetilfeller har svake substansielle holdpunkter vært ansett tilstrekkelige for å avvise gjennomskjæring.¹³⁹

3.5.1 Innfortolkning av krav til kontroll i nasjonalitetskriteriet

Grunnlaget for voldgiftsinstansens jurisdiksjonsavgjørelse vil primært være ordlyden i traktaten. Denne linjen, kombinert med behovet for forutberegnelighet etterlater lite rom for innfortolkning av andre elementer enn de vedtatte, i avtalen. Vekting av de faktiske, underliggende forhold har i tråd med dette premisset i liten grad blitt ansett relevant,¹⁴⁰ med mindre ordlyden eksplisitt åpner for denne type betraktninger.¹⁴¹ Det finnes imidlertid eksempler på voldgiftstribunaler som på tross av manglende grunnlag i traktaten, har truffet beslutninger ved å vektlegge de underliggende forhold bak det formelle ytre.

Voldgiftsavgjørelsen i *Sedlmayer v. Russia*¹⁴² gir et eksempel på innfortolkning av krav til kontroll, dog til gunst for investoren. Den tyske statsborgeren Franz Sedlmayer, drev virksomhet i Russland, innenfor sikkerhetsutstyr. Sedlmayer var eneeier og konsernsjef i selskapet SGC International. Dette selskapet var inkorporert i USA, og virksomheten ble også drevet gjennom denne enheten. Da det oppstod tvist med russiske styresmakter påberopte

¹³⁷ Se uttalelsene i *Aguas del Tunari* (332)

¹³⁸ *Tokios Tokelès* (55)

¹³⁹ *Tokios Tokelès* (56)

¹⁴⁰ Se dog pkt. 3.5.2

¹⁴¹ Ved for eksempel å knytte nasjonalitet til kontroll

¹⁴² *Franz Sedlmayer v. The Russian Federation*, SCC Award, 7 July 1998 spes. s. 57-59

Sedelmayer seg den bilaterale avtalen mellom Tyskland og det tidligere Sovjet, av 1989.¹⁴³ Til tross for at den påberopte avtalens ordlyd ikke inneholdt krav til utenlandsk kontroll, men kun krav til inkorporasjon og siège social anså voldgiftsdomstolen at den hadde jurisdiksjon etter avtalen. Det ble vist til den økende tilslutningen til kravet om kontroll, og at Sedelmayer som fysisk person de facto var investoren. På grunnlag av investorens tyske statsborgerskap ble han således ansett omfattet av avtalens definisjon av fysisk person. Ordlyden i traktatens nasjonalitetsbestemmelse lød;

*« The term «investor» means a natural person that has the permanent residence, or a legal entity that has its seat in the respective territories to which this Treaty (the BIT) applies, and that has the right to make investments».*¹⁴⁴

Resultatet ble imidlertid kraftig kritisert allerede i dissensen, hvor det særlig ble vist til mangelen av eksplisitt krav om kontroll i avtalens ordlyd. Videre fremstår saken som enestående, og er av denne grunn antageligvis ikke retningsgivende.¹⁴⁵

3.6 Avsluttende betraktninger

Det fremgår at voldgiftspraksis anlegger en objektiv ordlydsfortolkning når den tar stilling til nasjonalitetskravet i traktatene. Et tvisteløsningsorgans overordnede mål og mandat er å avgjøre tvisten på grunnlag av det rettsmateriale som kommer til anvendelse i tvisten. ICSIDs jurisdiksjon springer ut av samme kompetanse som traktaten er vedtatt med, nemlig den enkelte stats suverene kompetanse til å inngå traktater. Dette kan bidra til at ICSID ikke anser seg legitimert til å innfortolke mer enn det som kan utledes av ordlyden¹⁴⁶. Det

¹⁴³ Denne var ansett å gi uttrykk for Russlands forpliktelser, ettersom russiske styresmakter hadde gitt tilsagn om etterlevelse av traktatens rettigheter og forpliktelser etter Sovjetunionens fall. Avtalen mellom Russland og USA var på dette tidspunktet ikke trådt i kraft.

¹⁴⁴ Bilateral agreement between the Federal Republic of Germany and the Soviet Union 1989, artikkel 1(1) c

¹⁴⁵ Ben Hamida (2005)

¹⁴⁶ Men se uttalelsene i Aguas del Tunari (331) vedrørende ICSID artikkel 41(2) hvor det uttales at domstolen vurderer sin kompetanse på selvstendig grunnlag.

kan argumenteres for at ICSID anlegger en annen tolkning hvor partene eksplisitt refererer til ICSID-konvensjonen.¹⁴⁷ I disse tilfellene endres ICSIDs' funksjon fra å være en ren tvisteløsnings mekanisme, og faren for å krenke statenes suverenitet ved rettsanvendelsen minskes.

For investorene innebærer dette at en vil befinne seg på trygg grunn hvor man forholder seg til traktatens ordlyd hva angår nasjonalitetskriteriet. Det kan se ut til at voldgiftspraksis på dette punkt er relativt konsekvent. Jo lengre man seg beveger inn i gråsonen, jo mer utsatt vil rettsposisjonen man ved treaty shopping har oppnådd, være. Hvor forholdet vil stå i fare for å rammes av de kvalifiserte former for omgåelse, bør selskapet skaffe seg mer substans. Som det fremgår av Tokios Tokelès, vil det være mulig å unngå dette ved hjelp av relativt beskjedne midler.

Voldgiftsribunalene har flere ganger understreket at det er opp til statene å regulere nasjonalitetskriteriet, gjennom den vedtatte ordlyden. Hvorvidt det gjennom utformingen av nasjonalitetsklausuler er mulig å helgardere seg mot tilpasningsarrangementer er imidlertid tvilsomt. Dette må besvares på bakgrunn av den rettslige stilling multinasjonale selskaper er tilkjent. Det er generell konsensus om at selskapenes selvstendige rettslige stilling er en nødvendig samfunnsøkonomisk forutsetning. Ved for mange og inngripende unntak fra dette utgangspunktet må man være forsiktig med hva man ønsker seg av samfunnsøkonomiske konsekvenser.¹⁴⁸

¹⁴⁷ For eksempel ved dens vurdering av artikkel 25(2)b som behandlet ovenfor og Vacuum Salt (37)

¹⁴⁸ Andre løsninger kan være mer hensiktsmessige.

4 SELSKAPETS ALTERNATIVER ETTER BAKGRUNNSRETTE

4.1 Innledning

I det foregående har investorvernet basert på selskapets nasjonalitet blitt vurdert *lex specialis*. Hva er så situasjonen dersom investeringen foretas uten investorvern etter traktatene, eller dersom *treaty-shopping* arrangementet ikke slår til? Dette er et spørsmål om selskapets utgangspunkt etter bakgrunnsretten.¹⁴⁹ Bakgrunnsretten kan inndeles i to nivå; nasjonalt og internasjonalt. Hvorav sistnevnte, alminnelig folkerett, vies oppmerksomhet det følgende.

Besvarelsen av dette spørsmålet belyser selskapenes alternativer, så vel som sammenligningsgrunnlaget for investorvernet etter investeringstraktatene. Dette kan bidra til å skape et bredere grunnlag for selskapenes vurdering av kostnad-nytte, knyttet til investorvernet.

Videre må det ses hen til det faktum at de ulike rettsfelt ikke opererer isolert fra hverandre. På internasjonalt plan snakker man om fragmentering av folkeretten. På denne bakgrunn er det ikke alltid snakk om enten eller, men også både og.¹⁵⁰ For å oppnå et mer fullstendig bilde av den *treaty shopping*es status og muligheter vil de alternative, tilgjengelige rettsmidlene i det følgende belyses ved deres konkurrerende, så vel som deres supplerende funksjon.

Både juridiske og fysiske personer er som det klare utgangspunkt underlagt rettssystemet i den stat de opererer i.¹⁵¹ Dette er også tilfellet hvor en investeringstraktat kommer til anvendelse på forholdet.¹⁵² Som fremhevet innledningsvis, setter imidlertid traktaten en gren-

¹⁴⁹ Behandlingen i dette kapittelet refererer seg altså til regulering som ikke påkrever aktiv handling fra selskapets side i form av *treaty shopping*.

¹⁵⁰ Dette skaper potensiale for motstrid mellom ulike internasjonale domstoler.

¹⁵¹ Jf. Kontraktstatuttet internasjonalt privatrett

¹⁵² Det at ICSID konvensjonen tar høyde for nasjonale krav i forbindelse med artikkel 25(2) b, som behandlet i punkt 3.3, kan tjene som et praktisk eksempel på dette.

se for vertsstatens myndighetsutøvelse. Etter folkerettslige betraktninger betraktes dette som et utslag av den enkelte stats suverene kompetanse innen eget territorium. Kompetansen til å gi avkall på, eller begrense denne gjennom avtale, springer ut av det samme suverenitetsprinsipp. Det er også mot dette utgangspunktet, traktatene må betraktes.

Bestemmelsene i investeringstraktatene springer ut av slik vedtatt avtale mellom stater, og medfører på visse punkter unntak sammenlignet med bakgrunnsretten. Hvor avtale ikke foreligger, vil bakteppet, i form av alminnelig folkerett tre frem.

En sentral problemstilling etter alminnelig folkerett er til hvilken stat det enkelte rettssubjekt skal tilskrives. Dette er et spørsmål om juridiske personers nasjonalitet, som har vist seg å være et svært komplekst spørsmål å løse, også hvor dette reguleres gjennom en traktat¹⁵³, etter den økende fremveksten av multinasjonaleselskaper med tilknytning til en rekke stater.

Dersom man sammenligner vurderingen av selskapets nasjonalitet etter investeringsretten og vurderingen etter alminnelig folkerett, som er den rettslige forankringen i forbindelse med diplomatisk beskyttelse, vil man kunne finne ulike resultat.¹⁵⁴

Som illustrert i del 3.5.2 vil premissene i Barcelona Traction kunne anvendes hvor et voldgiftstribunal må ta stilling til gjennomskjæring på folkerettslig grunnlag. Dette skyldes at dommen anses å gi uttrykk for internasjonal sedvane, også utenfor sitt opprinnelige felt. I dette avsnitt vises det til dommen med det formål å belyse dens opprinnelige felt, nemlig besvarelsen av hvilken stat som er berettiget til å utøve diplomatisk beskyttelse ovenfor selskapet. Dette ble i Barcelona Traction besvart ved å se hen til selskapets nasjonalitet.¹⁵⁵

¹⁵³ Se del 3

¹⁵⁴ International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, punkt 7.3

¹⁵⁵ I tråd med avgrensningen mot fysiske personer behandles ikke ICJs praksis relatert til diplomatisk beskyttelse av fysiske personer. Det bemerkes likevel at rasjonale bak

Dette er egnet til å belyse juridiske personers stilling etter alminnelig folkerett, og internasjonale organers stilling til selskaper som folkerettslige subjekter. Disse nasjonalitetsvurderingene er allmenngyldige i internasjonal rett, men kan fravikes ved avtale. Det er på denne bakgrunn traktatenes regulering av nasjonalitet, og de ulike funn av nasjonalitet etter investeringsretten som *lex specialis* sammenlignet med folkerett, bør betraktes.

Saken som var rettet mot Spania, ble brakt inn for domstolen av Belgia. Selskapet, Barcelona Lights and Power Co var inkorporert og hadde sitt sete i Canada. Mens aksjeeierne i all hovedsak var belgiske, fysiske og juridiske personer. På denne bakgrunn måtte domstolen ta stilling til hvorvidt Belgia hadde adgang til å utøve diplomatisk beskyttelse ovenfor selskapet, på grunnlag av aksjeeiernes belgiske statsborgerskap.

For å ta stilling til dette spørsmålet måtte det klarlegges hvorvidt Belgia i det hele tatt hadde et krav mot Spania, og på dette grunnlag, kunne forfølge kravet ved hjelp diplomatiske midler. Dette måtte avgjøres ved å undersøke om aksjeeierne var rette innehaver av kravet mot Spania. Domstolen viste til selskapsrettslige enheters økende globale karakter, og deres viktige og økende rolle i den internasjonale verdensorden. Mens disse enhetene stiftes under nasjonal lov, måtte selskapet anerkjennes under internasjonal lov på selvstendig grunnlag. Hvor spørsmålet om staters rettigheter reiste seg i forbindelse med forhold som rammet selskapet eller aksjeeierne i utlandet, og internasjonal rett ikke regulerte forholdet, måtte det ses hen til den nasjonale reguleringen av forholdet. Utviklingen i de respektive lands lovgivning gav selskaper selvstendig juridisk status som sådanne. Dette medførte at selskapet som subjekt hadde rettigheter og forpliktelser i kraft av å være et selvstendig rettssubjekt, uavhengig av dets eiere og uten å bli identifisert med disse. Det at eiernes interesser

diplomatisk beskyttelse er felles for fysiske og juridiske personer, men at kravet om tilknytning har utviklet seg i ulik retning for henholdsvis fysiske og juridiske personer, i ICJs praksis. Mens man for fysiske personers vedkommende, i tråd med Nottebohm-saken, har vektlagt «the genuine link», har utviklingen for juridiske personers vedkommende, basert på Barcelona Traction, gått i motsatt retning ved at man ved å respektere selskapets selvstendige rettslige status, har lagt de formelle forhold til grunn.

ble berørt ved tiltak rettet mot selskapet, var ikke ensbetydende med at deres rettigheter ble berørt som sådanne¹⁵⁶. Det faktum at belgiske statsborgere og selskaper var blitt påført tap kunne ikke uten videre utløse et diplomatisk krav¹⁵⁷. Belgias argument om at et selskap utelukkende måtte betraktes som et mellomledd for å oppnå eiernes økonomiske formål, ble ikke hørt.¹⁵⁸

Belgia argumenterte videre for at aksjeeierne, som følge av det tap de var påført, hadde et selvstendig krav på kompensasjon. Spørsmålet Domstolen måtte ta stilling til var følgelig hvorvidt det var holdepunkter for å identifisere, og således likestille, en krenkelse av selskapets rettigheter, med den følge at selskapets eiere led tap, med en krenkelse av eiernes rettigheter. Domstolen hadde ikke jurisdiksjon til å avgjøre dette spørsmålet, men uttalte at diplomatisk beskyttelse, basert på aksjeeierskap påkrevde uttrykkelig avtale mellom partene, for eksempel gjennom en bilateral investeringsavtale¹⁵⁹.

Domstolen drøftet de prinsipielle betenkelighetene ved å anerkjenne aksjeeiere rett til diplomatisk beskyttelse på generelt grunnlag¹⁶⁰. I motsetning til hva som er tilfellet for fysiske personer, ville rettigheter basert på aksjeeierskap potensielt utløse diplomatiske krav, basert på samme faktum, fra en rekke stater. Det at aksjeeieren således var avskåret fra diplomatisk beskyttelse for forhold angående selskapet, skyldtes ikke den utenlandske aktiviteten som sådan, men det faktum at aktiviteten ble kanalisert gjennom selskapet som var inkorporert i en tredje stat.

For den treaty shoppende innebærer dette at diplomatiske beskyttelse fra opprinnelsesstaten, som utgangspunkt, vil være avskåret til fordel for hjemstatens diplomatiske kompetan-

¹⁵⁶ Avsnitt 44

¹⁵⁷ Avsnitt 46

¹⁵⁸ Denne posisjonen, inntatt av domstolen, har senere blitt tatt til inntekt for en restriktiv holdning med hensyn til selskapsrettslig gjennomskjæring.

¹⁵⁹ Avsnitt 90

¹⁶⁰ Avsnitt 98

se. Dette vil likevel være av underordnet betydning ettersom man ved treaty shopping nettopp er opptatt av et traktatfestet vern, som på bakgrunn av valget om tilordning, har fremstått som mer attraktivt enn diplomatiske beskyttelse.¹⁶¹

Uttalelsene om at selskapsrettslig gjennomskjæring påkrever kvalifisert misbruk av juridisk status, medfører at en internasjonal instans, i mangel av annen avtale, ikke har hjemmel til å skjære gjennom selskapsformen med mindre omgåelsen er av slik kvalifisert art, slik dette er behandlet i ovenfor.

4.2 Alternative rettsmidler

4.2.1 Diplomatsk beskyttelse

Bruk av diplomatisk beskyttelse innebærer at en stat, som ledd i beskyttelsen av egne borgere, forfølger kravet i eget navn. Statene har rett, men ikke plikt til å utøve slik diplomatisk beskyttelse. Utøvelsen av slik diplomatisk beskyttelse er således underlagt statlig, diskresjonær kompetanse i sin helhet. Dette innebærer at selskapet er prisgitt at hjemstaten velger å anvende sine diplomatiske kanaler i det aktuelle spørsmålet. At staten forfølger kravet i eget navn innebærer at staten når som helst kan inngå forlik eller frafalle kravet¹⁶². På denne måten oppgir investoren kontrollen over kravet, til fordel for diplomatiske vurderinger. Et av formålene bak ICSID-konvensjonen, var å unnta håndhevingen av internasjonale krav fra den politiske sfære.¹⁶³

Til dette tilkommer at den næringsdrivende og statens interesser ikke nødvendigvis vil samsvare. Selv om staten kan ha en interesse i å ivareta investors interesser i utlandet, har staten nødvendigvis en bredere og mer sammensatt agenda sammenlignet med den kommersielle aktør. De kommersielle aspektene vil bare utgjøre en del av den enkelte stats

¹⁶¹ Det bemerkes at ICSIDs voldgiftsjurisdiksjon begrenser anvendelsen av diplomatisk beskyttelse jf. ICSID-konvensjonen artikkel 27(1)

¹⁶² Dette kommer også til uttrykk i Barcelona Traction

¹⁶³ For mer om dette se Martins Paparinkis

samlede utenrikspolitikk. Hvor de næringspolitiske interessene kommer i strid med statens øvrige interesser vil valg og prioriteringer, truffet på politisk plan, avgjøre hva som blir utslagsgivende og hvilke interesser som blir ivaretatt.¹⁶⁴

Etter internasjonal sedvanerett anses staten avskåret fra å utøve diplomatisk beskyttelse når selskapet har oppnådd vertsstatens nasjonalitet.¹⁶⁵

For statens vedkommende kan det å forfølge et krav på vegne av et selskap være ødeleggende for de opparbeidede diplomatiske relasjonene mellom hjemstat og vertstat. Innblanding i andre staters anliggende er sjeldent populært. Grunnlaget for diplomatisk beskyttelse er juridiske personers tilknytning til hjemstaten. Som allerede påpekt kan det være en kompleks affære å avgjøre multinasjonale selskapers nasjonalitet¹⁶⁶. Det er av denne grunn nærliggende å anta at diplomatisk beskyttelse på dette grunnlag kan anses å være i en legitim gråsoner. Anvendelse av en formell¹⁶⁷ diplomatisk beskyttelse, i disse tilfellene, kan anses som en unødvendig innblanding i vertstatens anliggende. Som det ble uttalt i Barcelona Traction-saken, er utøvelse av diplomatisk beskyttelse egnet til å forstyrre balansen mellom hjemstatens interesser i å beskytte sine borgere og vertsstatens territorielle suverenitet¹⁶⁸.

I tillegg til denne type avveining av om diplomatisk beskyttelse er hensiktsmessig sett fra den private aktørs, så vel som den staten som skal utøve beskyttelsens ståsted, tilkommer spørsmålet om hvilken stat selskapet skal tilordnes.

¹⁶⁴ Det kan diskuteres i hvilken grad tildelingen av Nobels fredspris kan anses som et utslag av norske, utenrikspolitiske målsetninger, men næringsdrivendes innvendinger med hensyn til tildelingens ringvirkninger er likevel egnet til å illustrere poenget.

¹⁶⁵ Se The International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection 2006, artikkel 10(2)

¹⁶⁶ For diplomatiske formåls vedkommende er det lang praksis å avgjøre dette ut i fra inkorporasjon og registrert sete. Denne trenden bekreftes i Barcelona-Tracktion avsnitt 70.

¹⁶⁷ Selv om staten rent rettslig kan være berettiget er ikke dette ensbetydende at dette er en god, utenrikspolitisk strategi. Statens diskresjonære kompetanse i dette spørsmålet vil kunne medføre at strategiske vurderingstema veier tyngst.

¹⁶⁸ Avsnitt (37)

ICSID-konvensjonen forbyr i artikkel 27(1) anvendelse av diplomatisk beskyttelse, og anvendelsen av traktaten utelukker dermed denne muligheten¹⁶⁹.

4.2.2 EMD

EMK er en del av den folkerettslige utviklingen¹⁷⁰ hvor det har skjedd en dreining av subjektstillingen, hvor statene ikke lenger er det eneste rettighetssubjektet. Konvensjonen er regionalt begrenset, men kan være relevant for personer som kan utlede rettigheter under den, herunder og i økende grad næringsdrivende.¹⁷¹

Hvor investeringen finner sted innen en medlemsstat til Europarådets territorium vil aktøren, uavhengig av nasjonalitet¹⁷², ha mulighet for å føre en sak¹⁷³ mot verstaten for EMD.¹⁷⁴ Forutsetningen er at forholdet faller innenfor konvensjonens virkeområde. Her er det altså, i motsetning til hva tilfellet er etter investeringstraktatene, det territorielle som er avgjørende for domstolens jurisdiksjon, *ratione materiae*. Undersøkelse av den juridiske eller fysiske persons nasjonalitet er unødvendig.

Etter dagens rettstilstand hvor økonomiske rettigheter også er vernet under menneskerettighetene, er mulighetene for å få behandlet materielle så vel som prosessuelle krav etter konvensjonens standarder en praktisk mulighet som bør vies oppmerksomhet. Konvensjonens brede nedslagsfelt, kombinert med EMDs dynamiske fortolkning av denne, innebærer at en rekke former for myndighetsutøvelse rettet mot utenlandske aktører kan falle inn under konvensjonens virkefelt.

¹⁶⁹ En rekke saker indikerer imidlertid at brudd på denne regelen ikke vil påvirke voldgifttribunalets jurisdiksjon. I motsatt fall ville dette kunne frata selskapets kontroll over egne krav.

¹⁷⁰ Ulfstein (2011) s. 38

¹⁷¹ Collins (2011) s. 425

¹⁷² Jf. EMK art 1 og EMDs fortolkning av det territorielle prinsipp

¹⁷³ Individklage

¹⁷⁴ Dette forutsettes i det følgende

For det første kan dette fremstå som et praktisk alternativ hvor en investor er misfornøyd med nasjonal rettergang. Artikkel 6 om "Fair Trial" kan være relevant i dette henseende.¹⁷⁵ Tilleggsprotokoll artikkel 1 som verner om eiendomsretten kan være av særlig betydning i investeringshenseende. «Possessions¹⁷⁶» er etter Den europeiske menneskerettighetsdomstolen praksis å forstå som et vidt begrep. Antageligvis favner den gjennomsnittlige definisjonen av «investment» i de ulike investeringstraktatene videre, uten at det i denne oppgaven tas endelig stilling til dette spørsmålet. På enkelte punkter vil de materielle rettighetene etter TP-1 kunne tenkes å rekke lengre enn ekspropriasjonsvernet etter investeringstraktatene. Dette skyldes særlig at bruksrestriksjoner¹⁷⁷ er omfattet av TP-1. Uforholdsmessige bruksrestriksjoner¹⁷⁸ vil etter omstendighetene kunne være i strid med artikkel 1, uten at ekspropriasjon vil foreligge etter investeringstraktaten. Balansering av motstridende interesser og formuleringen "dersom statlig inngrep medfører at klageren må bære en uforholdsmessig byrde knyttet til allmennhetens interesse"._Hvorvidt diskriminerende myndighetsutøvelse knyttet til eiendom vil fremstå som et bedre egnet krav for EMD enn en voldgiftsinstans, er imidlertid mer tvilsomt¹⁷⁹.

Bestemmelsen er videre aktuell etter at voldgiftsdom foreligger, i forbindelse med fullbyrdelse av erstatningskravet. EMD må i dette henseende betraktes som et supplement til voldgift, snarere enn et alternativ ved at man forfølger et allerede tilkjent krav. Et slikt håndhevbart krav utgjør «possession» i TP-1s forstand¹⁸⁰. Hvilken igjen innebærer at even-

¹⁷⁵ RRussland har en mørk statistikk under denne bestemmelsen se bla Kahn (2011)

¹⁷⁶ «Eiendom» etter den uautoriserte norske oversettelsen

¹⁷⁷ Det bemerkes at iindirekte ekspropriasjon også nyter utstrakt vern etter flere investeringstraktater. Se blant annet Eureka B.V v Poland (ICSID)

¹⁷⁸ Se bla. Sporrang Lönnroth v. Sverige (EMD)

¹⁷⁹ EMD har gjennom sin senere praksis anlagt en relativiserende linje hva angår diskriminering på grunnlag av eiendom, se EMD i Storkammer 4. oktober 2012 i saken *Affaire de Chabauty c. France* (57412/08)

¹⁸⁰ Dette ble bekreftet *Sedelmayer v. Germany* (EMD) «The court observes that the arbitral award had given rise to a debt in the applicant's favour that was sufficiently established

tuelle inngrep i rettigheten til å nyte sin eiendom i fred må være foreskrevet ved lov, forfølge et legitimt formål i den offentlige interesse.¹⁸¹ Videre kan det faktum at kravet er omfattet av bestemmelsen medføre visse positive forpliktelser for staten til å beskytte kravet. Domstolen vil likevel ikke kunne forventes å komme med, fra statenes synspunkt, kontroversielle avgjørelser i på dette punkt. Den vil trå forsiktig når spørsmålet om tvangsfullbyrdelse blir møtt av innvending om eiendom underlagt statsimmunitet.¹⁸² Praksis indikerer at den på slike suverenitetssensitive områder generelt vil velge å unngå motstrid gjennom tolkning fremfor å gi EMK forrang.¹⁸³

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen opererer imidlertid subsidiært¹⁸⁴ i forhold til de nasjonale domstoler, og påkrever at nasjonale rettsmidler er uttømt før saken kan prøves på overnasjonalt nivå.¹⁸⁵ I dette perspektivet er saksanlegg med sikte på EMD-prøving, sammenlignet med direkte adgang til internasjonal voldgift, uforholdsmessig hva angår både tid og kostnad¹⁸⁶. Dette hindrer likevel ikke anvendelse av presedenser fra EMD, hvor investoren søker hjelp ved vertslandets nasjonale instanser.

to be enforceable. Therefore, the applicant had a «possession» for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1»

¹⁸¹ Hva angår tvangsfullbyrdelse i eiendom underlagt diplomatisk immunitet, ser det ut til at denne avveiningen vil gå i statens favør.

¹⁸² Det vises i denne sammenheng til EMDs behandling av Sedelmayer-saken behandlet i punkt 1.3

¹⁸³ Med mindre det er snakk om potensielle krenkelser av rettigheter med status erga omnes, se blant annet Case of Hirsi Jamaa and Others v Italy Økonomiske rettigheter vil sjeldent anses å inneha slik status, dessuten kan det se ut til at EMD selv har begynt å anlegge en mer relativistisk linje hva angår økonomiske krav og rettigheter.

¹⁸⁴ Jf. Subsidiaritetssprinsippet

¹⁸⁵ Jf. EMK artikkel 35, bestemmelsens nye avsilingsregler vil videre kunne være egnet til å ramme slike økonomiske krav.

¹⁸⁶ Adgangen til internasjonal voldgift har blitt kritisert med dette perspektivet for øyet. For tilfeller der det foreligger et motkrav i forbindelse med investeringen med potensiale for EMD-prøving vil investoren med voldgift tilgang antageligvis ha mulighet for håndhevelse av sitt eget krav, mens motkravet fortsatt verserer for nasjonale domstoler.

4.3 Delkonklusjon

I punkt 1.6 ble det etablert at investorvernet representerer et ettertraktet gode i utenlandsk investeringssammenheng. I del 2 ble selve fremgangsmåten ved treaty shopping belyst, mens del 3 fremhever de alternative rettsmidlene. Dette besvarer langt på vei problemstillingen i 1.2. Treaty shopping lar seg i utstrakt grad gjennomføre, avhengig av den enkelte traktats krav til nasjonalitet. Denne posisjonen hviler på et relativt stabilt grunnlag, all den tid investoren forholder seg til traktaten på en aktsom måte og forholdet ikke rammes av den snevre folkerettslige regel om gjennomskjæring. Tilpasningen krever som regel etablering av aksjeselskap i hjemstaten. Kostnadene knyttet til dette vil avhenge av den enkelte stats selskapslovgivning.

Sammenlignet med de alternative rettsmidler er treaty shopping mer effektivt, og fri for politiske avveininger i form av statenes diskresjonære kompetanse. På den annen side representerer alternativene som er behandlet i del 3, rettsmidler som forutsettes å være tilgjengelige uten foregående tilpasning. EMD kan innenfor sitt kompetanseområde, materielt og geografisk, fremstå som et egnet alternativ for enkelte former for vilkårlig myndighetsutøvelse. Domstolens subsidiære karakter gjør den imidlertid uegnet. Til dette tilkommer momentet knyttet til håndhevelse av en dom fra EMD sammenlignet med ICSIDs system.¹⁸⁷ Fordelene knyttet til rettsposisjonen «investor» i traktatsammenheng, vil i de fleste tilfeller overstige kostnadene knyttet til innfrielse av nasjonalitetskriteriet. Investorvern basert på traktat, oppnådd gjennom treaty shopping, vil altså fremstå som det bedre alternativ, mål og middel tatt i betraktning.

5 TEORI OG PRAKSIS

5.1 Teori og praksis

Når teori settes ut i praksis, bør bildet som oppgaven opptegner nyanseres ytterligere. Kartlegging av bedrifters grenseoverskridende aktivitet indikerer at det faktisk at investerings-

¹⁸⁷ Pkt. 1.3

traktat foreligger ikke er av avgjørende betydning ved valget om å investere eller ikke å investere.¹⁸⁸ Gode grunner taler for at bildet er mer sammensatt en som så. Et eksempel som ofte fremheves i denne sammenheng er Brasil, som inntil nylig¹⁸⁹ har avstått fra å ta i bruk denne type traktater men samtidig har klart å være på verdenstoppen når det gjelder å tiltrekke seg utenlandske investorer¹⁹⁰.

På samme måte som det at investeringen omfattes av en investeringstraktat, har vist seg å spille en sekundær rolle sammenlignet med andre parametre ved risikovurderingen, vil ikke muligheten for å tilordne seg nasjonalitetskravet uten videre være av avgjørende betydning for faktisk å gjennomføre et slikt arrangement. En side av dette er de direkte transaksjonskostnadene knyttet til selve tilpasningen, tilgjengelige alternativer og forholdene i vertslandet slik dette er fremhevet i oppgaven så langt. En annen side, som representerer et større perspektiv, er de indirekte kostnadene knyttet til tilpasningen. Dersom de mer indirekte kostnadene man pådrar seg for å oppnå og håndheve vernet koster mer enn det smaker, vil man måtte revurdere konklusjonen slike denne fremgår på bakgrunn av det ovennevnte.

Dette kan kategoriseres som implikasjoner av rettsposisjonen, oppnådd gjennom treaty shopping, og rekkevidden av forutsetningene som legges til grunn ved en teoretisk tilnærming. I det følgende vil delkonklusjonen vurderes med et kritisk blikk, og relativiseres opp mot de vurderinger som gjør seg gjeldende i det praktiske liv.

5.2 Voldsprosess: siste utvei

Opgaven har vist at adgangen til voldgift spiller en sentral rolle ved vurderingen av investorvernet. For det første har håndhevelse av de materielle bestemmelsene bidratt til investeringsrettens utvikling fra soft law til hard law. For det andre er investeringssystemets sær-

¹⁸⁸ Se Contracting with Sovereignty (2011) s. 293 med videre referanser

¹⁸⁹ Brasil inngikk 15 investeringstraktater i tidsrommet 1994-99, disse er per dags dato ikke trådt i kraft

¹⁹⁰ Dette kan imidlertid nyanseres ved å fremheve brasiliansks næringspolitikk ovenfor utenlandske aktører, hvilket eksemplifiserer de utallige faktorene som spiller inn ved avgjørelsen om å investere. Se UNCTAD (2005)

trekk i forbindelse med tvisteløsning et av de viktigste momentene som bidrar til at anvendelsen av investeringsystemet fremstår som mer attraktivt sammenlignet med bakgrunnsretten, selv når oppnåelsen av investorvernet har en pris. Fremstillingen av systemet forutsetter i stor grad at partene kan bringe tvist for voldgift. Denne oppgaven er intet unntak.

Vissheten om at man kan støtte seg på en effektiv håndheving av de materielle bestemmelsene, når risikoen materialiserer seg, har en egenverdi. Samtidig er det viktig å erkjenne at perspektivet knyttet til voldgift relaterer seg til tilfellet hvor en konflikt faktisk blir brakt for voldgift. Dette innebærer en avveining i seg selv. Med kommersiellstrategi for øyet kan man lett tenke seg at dette er et alternativ som figurerer som siste utvei, og som man ikke kan gå til uten samtidig å brenne noen broer og undergrave opparbeidet good will på veien. Mange ville gå så langt som å si at «det å saksøke staten hvor man opererer er ensbetydende med å pakke sammen virksomheten og trekke seg ut av landet.»¹⁹¹ I enkelte tilfeller vil nok konflikten ha kommet til dette punktet allerede før den blir brakt for voldgift. Voldgiftsbehandlingen vil da figurere som en mekanisme som bidrar til at man redder siste rest av interessene i vertsstaten. I andre sammenhenger bør det foretas en veloverveid vurdering av hva man er forberedt på å tape, oppmålt mot hva en eventuell erstatning kan bidra til å dekke. Til dette tilkommer at voldgiftsprosessen, på tross av sitt effektivitetsselement, ikke er kostnadsfri. Selv om flere voldgiftsribunaler har gått langt i å tilkjenne erstatning også for mer indirekte former for tap¹⁹², vil tap i form av langsiktige planer og opparbeidet velvilje i vertsstaten antageligvis være for avledet.

¹⁹¹ Sitat Knut Sørli, NHO under Fellesrådet for Afrikas debatt; «Hvordan kan norsk handel med Afrika bidra til utvikling» Litteraturhuset 17.april 2012.

¹⁹² Amco v Indonesia (senere opphevet)

5.3 Skatterettslige implikasjoner

Ved en totalvurdering av fordeler og ulemper knyttet til treaty shopping, står de skatterettslige implikasjonene sentralt. Dette er et viktig, og potensielt dominerende, ledd i analysen av selskapers opptreden i praksis.¹⁹³

Det enkelte selskaps skatterettslige posisjon før og etter treaty shopping påkrever en konkret analyse av det enkelte tilfellets selskapsform, konsernstruktur og de eventuelle relevante skatteavtaler som kommer til anvendelse.¹⁹⁴ I dette avsnitt skal det vises til enkelte skatterettslige spørsmål som gjennomgående vil kunne oppstå i forbindelse med tilordning under en mellom stats traktat.¹⁹⁵

Utenlandsk virksomhet i form av investeringer medfører nødvendigvis endringer i skatteposisjoner, hvor vertsstatens skattepolitikk står sentralt. Dette er imidlertid forhold som både de alminnelige aktører og den treaty shoppende må forholde seg til i samme grad, og relaterer seg således ikke til treaty shopping som sådan.

Det relevante spørsmål for denne oppgavens analyse er hvorvidt implikasjonene av treaty shoppingen som sådan utløser ekstra skattekostnader. Det faktum at investeringen kanaliseres gjennom en tredje stat, utløser et ekstraelement i form av tilknytning til ytterligere en stat, med de konsekvenser det medfører, i form av potensiell (begrenset) beskatningsrett, beroende på selskapets skatterettslige tilknytning til den aktuelle staten.

¹⁹³ Ofte vil det nok også være slik at selskapets primær motivasjon er gunstig beskatning, mens investorvernet er sekundært. For statene kan dette tilsi at regulering ved hjelp av fiskale virkemidler er mer formålstjenlig enn regulering av nasjonalitetskriteriet, for å motvirke omgåelse av nasjonalitetskravet. På den andre side vil det alltid forekomme stater som er villige til å tilby de private aktører det de ønsker seg skattemessig, så vel som i investorenhenseende.

¹⁹⁴ Resultatet av dette kan gå i investorens favør eller ufavør. Det vil også være mulig å samordne treaty shopping og skatteshopping dersom selskapet anlegger et bevisst forhold til begge tilpasningsformer.

¹⁹⁵ Dette er altså et forsøk på å vise til relevante hovedlinjer, fremfor den uttømmende og nyanserte reguleringen

Den aktør som ønsker å vurdere de skatterettslige implikasjonene treaty shoppingen utløser, må undersøke dette spørsmålet i tre nivåer. For det første må det ses hen til vertsstatens interne skatteregulering. I fravær av skatteavtale er det dette regelsettet som regulerer skattesubjektenes skatteplikt til vertsstaten.¹⁹⁶ Videre vil type beskatningspliktig inntekt, og skattesatsen i all hovedsak følge av de interne skattereglene.¹⁹⁷ Hvor det foreligger skatteavtale mellom statene er det denne som fordeler beskatningsretten mellom statene.¹⁹⁸ Det avgjørende vurderingstema er etter OECDs mønsteravtale er hvorvidt virksomheten utgjør «permanent establishment» i den aktuelle stat.¹⁹⁹ Hvor den stat som etter denne vurdering er beskatningsberettiget er tilsluttet Det europeiske fellesskap, og den skattepliktige virksomhet skjer innen det europeiske området, må statens skatteregler ivareta det indre markeds formål.

Et selskap som på grunnlag av treaty shopping anses å inneha hjemstatens nasjonalitet i investeringsrettslig forstand trenger ikke nødvendigvis anses å være hjemmehørende i landet, skatterettslig. Dette skyldes at formuleringen av nasjonalitetskravet og kravet til fast driftssted ikke alltid vil sammenfalle. Dette vil ofte være tilfellet hvor investeringstraktaten kun opererer med formelle vilkår, da de fleste skatteavtaler som bygger på OECDs mønsteravtale vil knytte «permanent establishment» til mer substansielle forhold. Ettersom tilknytningskravene etter nasjonalitetskriteriet og skatteavtalen, eventuelt de interne skatteregler hvor spørsmålet ikke er løst i skatteavtale ikke nødvendigvis samsvarer vil hjemsta-

¹⁹⁶ For eksempel er det avgjørende utgangspunkt etter den norske skatteloven, hvorvidt selskapet er hjemmehørende i riket jf. Sktl. § 2-2 eller, subsidiært, om det kan oppstilles begrenset skatteplikt jf. § 2-3. Vurdering etter NOKUS-reglene bygger på annen vurdering.

¹⁹⁷ Hovedformålet til skatteavtalene, er å unngå dobbeltbeskatning. Staten kan ha oppgitt beskatningsrett ved skatteavtale, men skatteavtalene kan aldri skape beskatningshjemmel, hvor det ikke foreligger hjemmel i internretten. Se «Internasjonal inntektsskatterett» s. 20.

¹⁹⁸ Dette vil ofte endre resultatet man faller på etter en vurdering av de interne regler. Eventuell skatteavtale mellom selskapets opprinnelsesland og hjemstaten, så vel som skatteavtale mellom hjemstaten og vertsstaten kan her være relevant.

¹⁹⁹ Permanent establishment eller fast driftssted påkriver en omfattende vurdering. Innholdet i vilkåret kan variere i den enkelte skatteavtale.

ten bare ha beskatningsrett når nasjonalitetskravet minst krever tilsvarende krav til tilknytning som skatteavtalen.

Det må videre skilles mellom beskatningsrett som et potensiale for beskatning og faktisk beskatning. Her vil selskapets substansielle aktivitet være av avgjørende betydning, ettersom beskatning forutsetter at det er noe å beskatte. Dersom selskapet hverken driver virksomhet eller har andre aktiva i hjemstaten vil det på tross av beskatningsrett, som hovedregel²⁰⁰, ikke finne sted faktisk skattelegging.

Ofte vil imidlertid arrangementet være av større skala kanskje flytter selskapet ut, eller selskapet foretar grenseoverskridende fusjon til hjemstaten på grunnlag av en samlet vurdering hvor investeringstraktaten er et moment. I disse tilfellene dreier skattespørsmålene seg om andre aspekter enn hvorvidt det foreligger tilstrekkelig aktivitet til å fastslå at bedriften har fast driftssted i landet. Utflyttingskatt kan som det fremgår av neste punkt også ramme tilpasningstransaksjoner, ved flytting av hovedsete.

5.4 Den europeiske kontekst

Hensett til momentene knyttet til forholdene i investeringslandet, det politiske klimaet landlevende i mellom og tilgangen til alternative, overnasjonale rettsmidler forutsettes det at treaty shopping for å oppnå investorvern ved investeringer innen Det europeiske fellesskap, ikke fremstår som særlig praktisk.²⁰¹

²⁰⁰ Her kan det forekomme unntak for såkalte postboksselskap. NOKUS reglene representerer et eksempel på dette. Disse reglene påkrever imidlertid nyansering hvor de anvendes på forhold innen Det europeiske fellesskap, for ikke å utgjøre en forholdsmessig restriksjon etter EU-retten, og således gå klar også etter dette systemet. Jf. EU-domstolens dom «Cadbury Schweppes» (35-38) vil slik restriksjon kun aksepteres i de rene postkasseselskap tilfeller. Gjennomskjæringsadgangen på dette punkt er likevel, antageligvis bredere enn etter alminnelig folkerett jf. Barcelona Traction ved at selskapets faktiske, økonomiske aktivitet kommer i forgrunnen.

²⁰¹ Det kan tenkes at et utstrakt investorvern ved investering internt i EU kan komme i konflikt med konkurransereglene, dette forfølges ikke videre.

Derimot kan reguleringen innen EU, særlig de fire friheter²⁰², herunder særlig etableringsfriheten i TEUF²⁰³ artikkel 49, bidra til at kostnadene knyttet til treaty shopping reduseres, når tilordningen skjer mellom europeiske hjemstater. Dette gjelder for eksempel adgangen til å foreta sekundæretablering²⁰⁴ i annen EU-stat og større rom for skattemessig kontinuitet ved utflytting. Et selskap som flytter selskapet i sin helhet må anses å være utenfor denne oppgavens vurderingstema. Selv om flyttingen av selskapet skulle være motivert av tilpasning til en investeringstraktat, må dette antageligvis være en for omfattende tilpasning til at man kan omtale forholdet som treaty shopping. Exit-skatt²⁰⁵ har imidlertid fått anvendelse på tilfeller hvor selskapet har flyttet hovedsete, men har ment å beholde inkorporasjonsstedet i opprinnelseslandet. Dette var bakgrunnen for National Grid-saken i EU-domstolen²⁰⁶, hvor det ble avgjort at skatteplikten som ble utløst som følge av flyttingen, representerte en uforholdsmessig restriksjon i etableringsfriheten.

Til sammen dekker medlemslandenes bilaterale investeringstraktater hele verdensmarkedet. Dette innebærer at aktører innen EU har utstrakt adgang til å shoppe etter traktater innen det indre marked, med reduserte transaksjonskostnader takket være det indre marked²⁰⁷, og på denne måten få tilgang til et verdensomspennende nett av traktater.

²⁰² EUs mål om fri flyt av personer, varer, tjenester og kapital i det indre markedet.

²⁰³ Treaty on the Functioning of the European Union

²⁰⁴ Jf. Centros-saken

²⁰⁵ Hvor det foreligger hjemmel for exit-skatt innebærer dette som regel at selskapet, ved utflytting, beskattes som om aksjen var realisert. Hvor aksjen har steget i verdi representerer dette en skattepliktig gevinst, mens tilfellet hvor aksjen har mistet verdi representerer et fradragsberettiget tap. Realisasjon medfører videre at aksjen får en ny inngangsverdi som grunnlag for verdi/tapsberegning ved senere omsetning.

²⁰⁶ Jf. EU-domstolens avgjørelse 29.november.2011, sak C-371/10 «National Grid». Saken refererte seg til exit-skatt tilsvarende realisasjon, på grunnlag av at selskapets hovedsete ble flyttet, mens selskapet ble opprettholdt i Nederland og er således relevant for treaty shopping tilfellene.

²⁰⁷ Og EU-domstolens håndheving av restriksjoner i etableringsretten.

6 KOSTNAD-NYTTE

Ovenfor ble det foretatt en delkonklusjon med hensyn til investorens muligheter for treaty shopping, ved en avveining mot de direkte kostnadene knyttet til tilfredsstillelsen av nasjonalitetskriteriet og alternativene etter folkeretten. Resultatet av en overordnet kostnad-nytte-analyse består imidlertid ubesvart. Dette kan ikke besvares på en enkelt og generell måte, men må oppnås på grunnlag av en sammensatt og konkret analyse i det enkelte tilfellet. I det følgende vil det vises til vurderingsmomentene som bør inngå i en slik formel, basert på spørsmålene som er behandlet i denne oppgaven.

Utenlandske investorers overordnede formål er avkastning av investeringen. Formålet med en kostnad-nytte-analyse knyttet til treaty shopping er å avgjøre hvorvidt kostnadene som aktualiseres ved treaty shoppingen som konsekvens av selskapets tilpasning til nasjonalitetskriteriet, kan forsvares i nytten kvalifiseringen som investor byr på. Disse betraktningene gjør seg gjeldende for den treaty shoppende aktør, som aktivt må handle for å oppnå investorvern. De kommersielle betraktningene utenlandske investorer deler, enten aktøren har oppnådd investorvern via treaty shopping eller ikke, er således ikke av relevans for analysen.

Forutsetningen for at treaty shopping skal fremstå som lønnsomt er at transaksjonskostnadene knyttet til oppnåelsen av investorstatus, ikke overstiger godet som oppnås. Kostnadene knyttet til treaty shoppingen kan deles inn i direkte og indirekte kostnader. Som det fremgår av henholdsvis del 3 og del 5, vil disse kostnadspostene måtte klarlegges på bakgrunn av de konkrete forhold i den enkelte sak. Hvor transaksjonskostnadene pådras innenfor EU-området må disse nyanseres på bakgrunn av reguleringen av det indre marked. Slik vil det være mulig å tallfeste kostnadene i kroner og øre.

Det å tallfeste investorvernets nytteverdi er imidlertid en større utfordring. Den ikke-kommersielle risikobegrensningen, investorvernet representerer, er av abstrakt størrelse. I motsetning til skatteplanlegging kan ikke dette godet, ved å sammenligne selskapets posisjon før og etter gjennomført treaty shopping, tallfestes i kroner og øre. En vurdering av

investorvernet påkrever en risikoberegning relatert til sannsynligheten for at en situasjon som kan avhjelpest av traktatens reguleringer vil oppstå. Denne risikoberegningen må videre ta de konkrete forhold ved den aktuelle investeringen i betraktning. Landanalyse av vertsstaten vil da kunne være sentral. Videre vil de prosessuelle fordelene, slik dette er fremhevet i 2.1 være et sentralt moment.

Resultat ved avveiningen må videre måles opp mot de alternative tilgjengelige rettsmidler investoren har til disposisjon. Som fremhevet i del 4 vil fordelene ved disse være at transaksjonskostnadene ikke aktualiseres. Begrensningene vil imidlertid komme til syne i form av et svakere materielt vern, og manglende effektivitet knyttet til håndheving av vernet. Alternativenes begrensninger er således relative i forhold til investorvernets gode, fratrukket kostnadene knyttet til oppnåelsen av vernet.

Videre må andre fordeler og ulemper som oppstår ved en konkret vurdering allokere på kostnads og nytte siden. Disse kan for eksempel oppstå i form av hjemstatens grad av byråkratisering, eller hjemstatens fordelaktige skattesats som kommer til anvendelse ved flytting av bedriftens hovedsete, som ledd i innfrielsen av nasjonalitetskriteriet. Sist, men ikke minst må forutsetningene i analysen nyanseres på bakgrunn av kommersielt strategiske vurderinger, som fremhevet i punkt 5.3.

På denne bakgrunn kan det konkluderes med at oppnåelse av investorvern gjennom treaty shopping i utstrakt grad lar seg gjennomføre. En praktisk vurdering av denne fremgangsmåten, forutsetter imidlertid at treaty shoppingen underlegges en grundig kostnads-nytte analyse. Resultatet av en slik analyse kan endre en konklusjon truffet på bakgrunn av teoretiske betraktninger, betraktelig. Det er således denne analysen som er egnet til å besvare hvorvidt treaty shoppingen, alle forhold tatt i betraktning, fremstår som en lønnsom og praktisk mulighet.

7 LITTERATURLISTE

7.1 Litteratur

7.1.1 Bøker

Alvik, Ivar *Contracting with Sovereignty*. Oxford, Hart Publishing, 2011.

Broches, Aron *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Recueil des Cours, Martinus Nijhoff, 1972.

Dolzer, Rudolf and Christoph Schreuer *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

OECD *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations: companion volume to international investment perspectives*. Paris, OECD, 2008.

Oppenheim, Lassa F.L., Robert Jennings and Arthur Watts *Oppenheim's international law*. 9.utgave, Harlow, Longman, 1992.

Paparinskis, Martins *Limits of Depolitication in Contemporary Investor-State Arbitration in Select Proceedings of the European Society of International Law*, Vol. 3 (2010) Hart Publishing Oxford.

Szabó, Marcel (ed.) *State responsibility and the law of treaties*. The Hague, Eleven International Publishing, 2010.

Ulfstein, Geir og Morten Ruud *Innføring i Folkerett*. 3.utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2006.

Villiger, Mark *The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties :40 Years After*, Hague Academy of International Law (2011)

Weeramantry, J.R. *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, London, Oxford University Press, 2012.

Woxholth, Geir *Selskapsrett*. 2.utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2007.

Zimmer, Frederik *Internasjonal inntektsskatterett*. 4.utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2009.

7.1.2 Festskrift

Moss, Giuditta C. *Norsk internasjonal selskapsrett: noen bemerkninger i lys av europeisk rett*. I selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år, Gyldendal akademisk (2010) s. 221-231.

7.1.3 Artikler

Acconci, Pia *Is There Room for Customary Law in International Investment Law? (The requirement of Continuous Corporate Nationality in the Loewen Case)* Transnational Dispute Management, Vol. 2, Issue 3 (2005).

Baelz, Kilian and Teresa Baldwin *The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law* The German Law Journal, Vol. 3, Issue 12 (2002).

Ben Hamida, Walid *La notion d'investisseur dans les Cahiers de l'arbitrage*. Transnational Dispute Management, Vol. 3, Issue 5 (2006).

Collins, Hugh *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe* European Business Law Review, Vol. 22, Issue 4 (2011) pp. 425-436.

Reiersen, Hedvig B. og Beate Sjøfjell *NUF-kaoset i norsk rett – et bidrag til oppklaring*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, Vol. 123, 3/2010, s. 423–462.

Schreuer, Christoph *Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests*. ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol. 24, Issue 2 (2009).

Sloane, Robert D. *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*. Harvard International Law Journal, Vol. 50, Issue 1 (2009).

Ulfstein, Geir *Internasjonale domstoler i konstitusjonelt perspektiv*. Oslo, Nytt norsk tidskrift 1/2011, Universitetsforlaget 2011.

Vicuña, Francisco O. *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*, ICSID Review, Vol. 15, Issue 2, (2000) p. 340-361.

7.2 Konvensjoner og traktater

Agreement Between the Kingdom of Norway and for the Promotion and Protection of Investments (draft version 191207):

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026>

Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Bolivia, 1.11.1994.

Bilateral agreement between the Federal Republic of Germany and the Soviet Union, 1989.

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), 18.3.1965.

Energy Charter Treaty (ECT) 17.12.1994.

First Protocol to the Convention for the Protection on Human Rights and Fundamental Freedoms (PT-1), 20.3.1952

German modell BIT, 2005.

New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention), 10.6.1958.

OECD Articles of the Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR/EMK).

Treaty on the Functioning of the European Union, 30.3.2010.

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property New York, 2.12.2004.

United States – France Treaty on Friendship, Commerce and Navigation, 1796.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23.5.1969.

The International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection 2006.

7.3 Norsk Lovtidende

1985 Lov om registrering av foretak (foretaksregisterloven) av 21. juni 1985 nr. 78.

1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44.

1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.

7.4 Norske forarbeider

7.4.1 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. 1984-1985:50 Foretaksregisterloven

7.4.2 Stortingsdokumenter

St.meld. 2004-2005:17 Makt og demokrati

7.5 Voldgifts- og rettspraksis

7.5.1 Høyesterett

Rt. 2002 s. 1144 (Panamasaken)

Rt. 2008 s. 1730 (NUF)

Rt. 2005 s. 451 (NUF)

7.5.2 Högsta Domstolen

Högsta Domstolen 1. juli 2011, saksnr. ö-170-10

7.5.3 Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

SEDELMAYER v. GERMANY The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 10.11.2009
(no. 30190/06; 30216/06).

CHABAUTY c. FRANCE The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 4.10.2012, Grand Chamber
(no. 57412/08).

SPORRONG and LÖNNROTH
v. SWEDEN The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 23.9.1982
(no. 7151/75; 7152/75).

JAMES and OTHERS v. UK The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 21.2.1986 (no. 8793/79).

HIRSI JAMAA AND OTHERS
v. ITALY The European Court of Human Rights,
Strasbourg, Grand Chamber, 23.2.2012
(no. 27765/09).

7.5.4 EU-domstolen (ECJ)

National Grid Indus BV v.
Inspecteur van de Belastingdienst
Rijnmond/kantoor Rotterdam. European Court of Justice,
C-371/10, 29.11.2011.

Cadbury Schweppes plc and
Cadbury Schweppes Overseas Ltd v.
Commissioners of Inland Revenue. European Court of Justice, Grand Chamber,
C-196/04, 12.9.2006.

Centros Ltd v Erhvervs- og
Selskabsstyrelsen European Court of Justice,
C-212/97, 9.3.1999.

Überseering Überseering BV
v. Nordic Construction Company
Baumanagement GmbH (NCC) European Court of Justice, C-208/00,
5.11.2002.

7.5.5 Den internasjonale domstolen (ICJ)

Barcelona Traction,
Light and Power Company, Limited, International Court of Justice, Judgment,
Second phase, 5.2.1970.

Judgment, ICJ Reports 1970 p. 3.

Anglo-Iranian Oil Co. Case
(jurisdiction) Judgment of July 22nd,
1952, ICJ Reports 1952, p. 93.

International Court of Justice, Judgment,
Preliminary Objections, 22.7.1952.

Nottebohm Case (second phase)
Judgment of April 6th, 1955, p. 4.

International Court of Justice,
Judgment, 6.4.1955.

7.5.6 International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

Aguas Del Tunari, S.A v.
Bolivia

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, ARB/02/3, Decision
on Respondent's Objections to Jurisdiction,
21.10.2005.

Amco v. Indonesia

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, Award 20.11.1984.

Champion Trading v. Egypt

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, ARB/02/9, Decision
on Jurisdiction, 21.10.2003.

Fedax v. Venezuela

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, ARB/96/3,
Decision on Jurisdiction, 11.7.1997.

Plama v. Bulgaria

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, ARB/03/24, Decision
on Jurisdiction, 8.2.2005.

Salini v. Morocco

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, ARB/00/4, Decision
on Jurisdiction, 23.7.2001.

Soufraki v. UAE

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, ARB/02/7, Award,
7.7.2004

Tokios Tokelés v. Ukraine

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, ARB/02/18, Decision
on Jurisdiction, 29.4.2004.

Vacuum Salt Products Limited
v. Ghana

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, ARB/92/1, Award,
16.2.1994.

Wena Hotels Ltd v.
Arab Republic of Egypt

International Centre for Settlement
of Investment Disputes, ARB/98/4, Summary
Minutes of the Session of the Tribunal held in
Paris 25.5.1999.

7.5.7 Annen voldgift

Mr. Franz Sedelmayer vs.
The Russian Federation

Stockholm Chamber of Commerce,
Arbitration Award, 7.7.1998.

Saluka v Czech Republic

Permanent Court of Arbitration, UNCITRAL,
Partial Award, 17.3.2006.

Eureko B.V v Poland

Ad Hoc Arbitration, Partial Award, 19.8.2005.

7.6 Øvrige kilder

7.6.1 Rapporter

UNCTAD²⁰⁸ World Investment Report 2004.

UNCTAD World Investment Report 2011.

UNCTAD World Investment Report 2012.

UNCTAD Investment Policy Review of Brazil 2005.

7.6.2 Blogger

Klamberg, Mark *Sedelmayer och forsaljning av Ryska federationens fastighet* (09.08.2012)

<http://klamberg.blogspot.no/2012/08/sedelmayer-och-forsaljning-av-ryska.html>

7.6.3 Aviser

Seierstad, Dag *En postboks med makt bak* i Nationen (23.02.2008)

<http://www.nationen.no/meninger/Kronikk/article3368164.ece>

²⁰⁸ United Nations Conference on Trade and Development

7.6.4 Ordbøker

Oxford Dictionary of Law, Fifth Edition 2002, Oxford University Press

7.6.5 Annet

Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet. BFU 11/09 (27.4.2009).

Høringsuttalelser i forbindelse med utkast til ny, norsk modellavtale for fremtidige investeringsavtaler:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/horingsuttalelser.html?id=496023>

Kahn, Jefferey *Report Prepared for the Presidential Council of the Russian Federation for the Development of Civil Society and Human Rights Regarding the Verdict of the Khamovnichesky District Court of the City of Moscow Against M.B. Khodorkovsky and P.L. Lebedev, Criminal Case N 1-23/10, 27 December 2010* (October 2011):
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1977855

Kommentarer til modell for fremtidige investeringsavtaler (19.12.2007):
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026>

NHO Handelspolitikk i en ny verdensorden (november 2011).

Norsk klimanettverk *Innføringshefte om bilaterale investeringsavtaler* (juli 2008):
<http://www.forumfor.no/noop/file.php?id=4753>