

U.2009B.277

International ret 1 og 9- Retspleje 28.4

Om retlig beskyttelse af investeringer i udlandet - en introduktion

Reglerne om beskyttelse af udenlandske investeringer er genstand for stor bevågenhed i udlandet, og antallet af voldgiftssager mod stater for overtrædelse af disse regler er steget voldsomt inden for det seneste årti. Emnet er dog stadig relativt ubeskrevet i Danmark. I artiklen foretager forfatteren en introduktion til de væsentligste folkeretlige regler på området.

Af advokat Niels Schiersing, NORDIA Advokatfirma

Indledning

Virksomheders økonomiske aktiviteter i udlandet kan groft opdeles i international handel med varer og tjenesteydelser og egentlige investeringer i udlandet. Sidstnævnte betegnes traditionelt »*Foreign Direct Investments*« (FDI).

Ifølge UNCTAD[1] udgjorde FDI foretaget i 2007 på verdensplan ca. 1.830 milliarder USD mod ca. 1.300 milliarder USD i 2006 og 900 milliarder USD i 2005. Omtrent 2/3 af FDI i 2007 blev foretaget i I-lande.

Der er givetvis flere grunde til denne udvikling; typisk enten outsourcing af produktion til et land med lavere omkostninger eller til et land med en større kompetence inden for et givet virksomhedsområde m.v. Endvidere sker FDI som et led i kapløbet for at sikre sig adgang til naturens ressourcer, det vil sige udvinding af energi og råstoffer, og endelig som led i en generel M&A-aktivitet hen over landegrænserne.

Sådanne investeringer har ofte stor økonomisk værdi, og der udvises som regel rettidig omhu i relation til at vurdere de umiddelbare økonomiske, juridiske og skattemæssige aspekter af en påtænkt investering i et andet land.

Derimod anvendes sjældent nævneværdig energi på at vurdere og forholde sig til omfanget og karakteren af den retlige beskyttelse af de foretagne investeringer, som kan opnås i de forskellige lande, endsi­ge om en ændret strukturering af investeringen kan forbedre denne beskyttelse.

For advokater og andre, der rådgiver om investeringer i udlandet, bør et vist kendskab til reglerne om beskyttelse af sådanne investeringer imidlertid være en selvfølge, og denne artikel tilsigter at tilvejebringe en kort introduktion af dette regelsæt.

Af pladsmæssige grunde har jeg begrænset mig til en introduktion til visse af de folkeretlige regler, men hertil kommer en række andre regelsæt omfattende eksempelvis aftaleretlige muligheder for beskyttelse, beskyttelse i henhold til intern lovgivning, risikoforsikring m.v.[2]

Investeringsbeskyttelse i historisk perspektiv

For at forstå de nugældende regler om investeringsbeskyttelse er det relevant at have et vist kendskab til de historiske regler herom.

Forud for eksistensen af de mange investeringsbeskyttelsestraktater var investeringer foretaget af udlændinge stort set udelukkende beskyttet mod uacceptabel adfærd fra den stat, hvori investeringen var foretaget (»værtsstaten«) i henhold til almindelige folkeretlige regler/principper, hvilket imidlertid indebar en række problemer for investor:

For det første er det i den klassiske folkeretlige dogmatik antaget, at alene stater, men ikke individer, er retssubjekter inden for folkeretten, således at et individ ikke selv kan sagsøge en stat for brud på statens folkeretlige forpligtelser ved en international domstol eller lignende. Derfor skulle investor forsøge at formå den stat, hvori den pågældende

fysiske eller juridiske person var statsborger respektive folkeretligt hjemmehørende (»hjemstaten«), til at yde sig såkaldt diplomatisk beskyttelse, således at hjemstaten kunne forhandle med værtsstaten om en kompensation for overtrædelsen af de folkeretlige forpligtelser og - ifald enighed ikke kunne

278

opnås - eventuelt føre sag mod værtsstaten herom. Der er imidlertid alene tale om en ret - men ikke en pligt - for hjemstaten til at yde diplomatisk beskyttelse, og hjemstaten kan meget vel have en række andre væsentlige hensyn at varetage, herunder de generelle politiske relationer til værtsstaten.[3]

Dernæst stilles der i folkeretten krav om, at investor normalt skal have udtømt de retsmidler (»*Exhaustion of Local Remedies*«),[4] som investor har i værtsstaten i henhold værtsstatens interne lovgivning, idet der i modsat fald ikke kan påvises et folkeretligt ansvar for værtsstaten.[5]

For det tredje er der traditionelt i folkeretten stillet ganske strenge krav til nationalitetsbedømmelsen for at opnå diplomatisk beskyttelse.[6]

Generelt om moderne investeringsbeskyttelse

Beskyttelsen af udenlandske investeringer er inden for de seneste 50 år forbedret væsentligt gennem folkeretlige traktater, hvorved den beskyttelse, der følger af den almindelige folkeret, er trådt i baggrunden.[7]

Moderne folkeretlige aftaler om investeringsbeskyttelse kan overordnet deles op i multilaterale traktater og bilaterale trakter.

De multilaterale traktater omfatter for det første traktater, der regulerer investeringer i et bestemt geografisk område, såsom NAFTA (North American Free Trade Agreement), der omfatter USA, Canada og Mexico.[8]

Dernæst omfatter multilaterale traktater bestemte typer af investeringer, hvor her kan nævnes The Energy Charter Treaty, der omhandler investeringer i energisektoren.

Endelig kan blandt multilaterale traktater fremhæves, at den Europæiske Menneskerettighedskonvention i sin 1. protokol indeholder bestemmelser om beskyttelse af den private ejendomsret.[9]

Af bilaterale traktater omhandlende investeringsbeskyttelse (Bilateral Investment Treaties, BITs) findes i dag mere end 2.500. Udviklingen har været eksplosiv, idet den første BIT blev indgået i 1959 mellem Tyskland og Pakistan. I 1970 var der 72 BITs, i 1980 eksisterede 185 BITs, og i 1990 var tallet 385 BITs. Med den politiske udvikling i 1990'erne eksploderede antallet af BITs til det nuværende niveau.

Danmark har i skrivende stund underskrevet 53 BITs, hvoraf 46 er i kraft.

Mange lande har udarbejdet såkaldte model-BITs, som det pågældende land tager - eller søger at tage - udgangspunkt i ved forhandlinger om indgåelse af en BIT.

At der er tale om traktater i folkeretlig forstand, indebærer blandt andet, at en fortolkning af traktaterne naturligvis vil følge de folkeretlige regler herom.[10]

De fleste traktater om investeringsbeskyttelse har en toleddet beskyttelse.

Første led omfatter en række materielle påbud og forbud i forhold til behandlingen af de udenlandske investorer og deres investeringer (nedenfor punkt 3.1.), mens det andet led indeholder bestemmelser, der sikrer den udenlandske investor adgang til at føre sag direkte mod værtsstaten ved et neutralt forum i form af voldgift (nedenfor punkt 3.2). De processuelle regler indebærer for det første, at investor selv er herre over processen og altså ikke er henvist til at anmode hjemstaten om diplomatisk beskyttelse, jf. ovenfor, og for det andet, at investor ikke skal anlægge sagen ved værtsstatens domstole i henhold til almindelige værnetingsregler.

Om fortolkning og retsanvendelse kan videre nævnes, at der ikke inden for folkeretten eksisterer et princip om *stare decisis*, det vil sige for den senere retsanvendelse bindende præjudikater. Der kan da også konstateres betydelige forskelle i fortolkningen af indholdet af investeringsbeskyttelsen mellem forskellige tribunaler, ligesom kendelserne ganske ofte afsiges med dissens. Derimod kan der vedrørende en række nøglebegreber konstateres en ikke ubetydelig grad af bevægelse i retning af *jurisprudence constante*, hvorved forstås, at retsanvendelsen har en tendens til over tid at blive mere ensartet, hvilket af hensyn til forenelighed,

279

generel retssikkerhed og tillid til voldgiftsafgørelser selvsagt er ønskværdigt. Dog er der stadig mange områder, hvor der ikke kan påvises nogen form for entydighed.[11]

Herefter vender jeg mig mod en nærmere introduktion til de centrale spørgsmål i relation til investeringsbeskyttelse, nemlig

1. Hvem kan opnå investeringsbeskyttelse?
2. Hvilke investeringer beskyttes?
3. Hvordan beskyttes investeringerne?
4. Hvornår beskyttes investeringerne?
5. Hvorledes løses tvister om investeringsbeskyttelse?

1. Hvem kan opnå investeringsbeskyttelse?

1.1 Generelt

Det er et generelt karakteristikum for investeringsbeskyttelsestraktater, at de alene vedrører investeringer i værtsstaten foretaget af »udlændinge«, det være sig i form af fysiske og juridiske personer, der ikke anses for at være af samme nationalitet som værtsstaten.[12]

Ud over kravet om, at investor ikke må være fra værtsstaten, har investeringsbeskyttelsestraktater i nogle tilfælde det yderligere kvalificerende led, at investoren skal være »kompetent« til at foretage investeringer, jf. således f.eks. den dansk-russiske BIT, Art. 1(3)(b).

Et vigtigt generelt spørgsmål er den nærmere fastlæggelse af princippet om såkaldt »*continuous nationality*«. Der er enighed om, at nationalitetskravet skal være opfyldt på tidspunktet for traktatkrænkelsen (*dies a quo*). Derimod er der ikke enighed om, hvor længe denne nationalitet skal opretholdes (*dies ad quem*).[13]

1.2. Fysiske personer

For fysiske personer er kriteriet som regel personens nationalitet; men kriteriet kan også være personens (permanente) bopæl. I visse investeringsbeskyttelsestraktater er nationalitet og bopæl opregnet som alternative kriterier, mens de i andre traktater er kumulative.

Nogle BITs anvender en ensartet definition af nationalitetskravet, mens andre lader det være op til hjemstatens lovgivning at fastlægge nationalitetskravet. Atter andre anvender specielle og forskellige definitioner for hvert af de involverede lande.

Den svenske model-BIT, Art. 1, opererer alene med nationalitet som kriterium og lader hjemstatens lovgivning afgøre spørgsmålet:

»The term »investor« of a Contracting Party shall mean:

- a) *any natural person who is a national of that Contracting Party in accordance with its law; . . .*«

Den danske model-BIT, Art. 1, har nationalitet og bopæl opstillet som alternative betingelser:

»The term »investor« means with respect to each Contracting Party:

- a) *natural persons having the citizenship or nationality of, or who are permanently residing in each Contracting Party in accordance with its laws.*«

Nogenlunde samme formulering findes i Energy Charter Treaty, Art. 1(7).

Et tilfælde af forskellige definitioner kan findes i den mellem Danmark og Hong Kong indgåede BIT, Art. 1(2)(b):

»investors« means:

- a) *in respect of Hong Kong:*
 - (i) *physical persons who have the right of abode in its area;*
 - . . .
- b) *in respect of Denmark:*
 - (i) *physical persons who are its nationals;*«

1.3. Juridiske personer

For juridiske personer kan forskellige parametre for bedømmelsen af kvalificerende nationalitet komme på tale, særligt registrering, kontrol eller ledelse (sæde) m.v. eller en kombination af disse kriterier.

Den danske model-BIT, Art. 1, opererer her med en generel henvisning til hjemlandets lovgivning:

- a) *any entity established in accordance with, and recognised as a legal person by the law of that Contracting Party, such as companies, firms, associations, development finance institutions, foundations or similar entities irrespective of whether their liabilities are limited and whether or not their activities are directed at profit.*

Her er der tale om et ganske fleksibelt kriterium, nemlig »anerkendelse« uden hensyntagen til det kriterium, der begrundet anerkendelsen.

Et stort set enslydende princip anvendes i de amerikanske, svenske og engelske model-BITs.

Den tyske model-BIT, Art. 1(3)(a), anvender »sæde« som betingelse for at anse en juridisk person for tysk:

280

- (ii) *any juridical person as well as any commercial or other company or association with or without legal personality having its seat in the territory of the Federal Republic of Germany, irrespective of whether or not their activities are directed at profit.*

I visse investeringsbeskyttelsestraktater stilles der yderligere krav om, at selskabet skal have en vis kvalificeret økonomisk aktivitet i det pågældende land, jf. således f.eks. den schweiziske model-BIT, Art. 1(b):

- (b) *legal entities, . . . which are constituted or otherwise duly organised under the law of that Contracting Party and have their seat, together with real economic activities, in the territory of that same Contracting Party.*

Her er der således tale om 3 kumulative betingelser, nemlig registrering, sæde og økonomisk aktivitet.

I praksis har voldgiftsretterne vist sig relativt åbne over for at anerkende selskabsstrukturer, hvorved indlændinge opnår investeringsbeskyttelse efter en BIT ved at foretage investeringerne gennem et udenlandsk selskab,[14] eller hvor det omhandlede selskab er et SPV (Special Purpose Vehicle) med det ene formål (ofte skattemæssigt begrundet) at eje investeringen i form af en aktiebesiddelse.[15]

Ved helt åbenbare forsøg på såkaldt Treaty Shopping, f.eks. ved overdragelse af investeringer fra en juridisk person til en anden for at få beskyttelse i henhold til en for investor gunstig traktat, kan der dog spores en vis modvilje mod at acceptere strukturen.[16]

2. Hvilke investeringer beskyttes?

Det, der beskyttes, er, sagt i korthed, investeringer, hvilket begreb skal forstås bredt.

De fleste europæiske BITs er på dette punkt skåret over den samme læst, idet de indeholder en kasuistisk opregning af typisk 5 eksempler på, hvad der kvalificerer som en »investering«.

Den danske model-BIT, Art. 1(1), er et typisk eksempel herpå:

1. *The term »investment« means every kind of assets invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter and shall include in particular, but not exclusively:*
 - a) *tangible and intangible, movable and immovable property, as well as any other rights such as leases, mortgages, liens, pledges, privileges, guarantees and any other similar property rights,*
 - b) *a company, shares, stocks or other forms of participation in a company, bonds and claims of a company,*
 - c) *returns reinvested, claims to money and claims to performance pursuant to contracts having an economic value,*
 - d) *industrial and intellectual property rights, including copyrights, patents, trade names, technology, trademarks, goodwill, know-how and any other similar rights,*
 - e) *concessions or other rights conferred by law or under contract, including concessions to search for, extract or exploit natural resources.*

Samme struktur haves f.eks. i den hollandske, tyske, franske, svenske og schweiziske model-BIT.

Som man vil se, er det ganske mange former for økonomisk aktivitet i forhold til værtsstaten, der kan kvalificeres som en investering i henseende til investeringsbeskyttelse, herunder også aktiebesiddelse i selskaber domicileret i værtsstaten,[17] og den foreliggende voldgiftspraksis støtter en lempelig fortolkning af begrebet.

I *Fedax-sagen*[18] gav tribunalet følgende mere generiske beskrivelse af begrebet »investering«, som siden har vundet tilslutning blandt flere senere tribunaler:

»The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development«.[19]

Denne udtalelse har således blandt andet fundet udtryk i indledningen til den amerikanske model-BIT, Art. 1, om »Definitions«.

I visse tilfælde er investeringsbeskyttelse afhængig af, at investeringen er godkendt i værtsstaten. Baggrunden for sådanne bestemmelser er, at værtsstaten så vidt muligt kan holde uønskede investeringer (investeringer, der ikke anses for at fremme værtsstatens økonomiske udvikling m.v.) borte.

Såfremt betingelsen i sådanne tilfælde ikke er opfyldt, har investor ikke krav på beskyttelse i henhold til investeringsbeskyttelsestraktaten og er derfor alene beskyttet i henhold til de almindelige folkeretlige regler. Denne omstændighed viser, at en investeringsbeskyttelsestraktat har karakter af *lex specialis*.

3. Hvordan beskyttes investeringerne?

3.1 Materielle regler

Den materielle beskyttelse vedrører helt overordnet beskyttelse mod såkaldte politiske risici, det vil typisk sige risikoen for, at den af værtsstatens organer førte politik/administration m.v. påvirker investeringens eksistens og/eller investors ejendomsret hertil, påvirker investeringens løbende drift, påvirker muligheden for overførsel af løbende afkast fra investeringen eller påvirker investors hjemtagelse af surrogater for investeringen, såsom afståelsessummer, likvidationsprovenu m.v. Videre er det risikoen for civile uroligheder i værtsstaten.

Der er som regel i investeringsbeskyttelsestraktaterne indeholdt et specifikt afsnit om undtagelse fra den beskyttelse, som indrømmes. I moderne danske BITs er således de privilegier, der via EU-traktaten er indrømmet andre EU-lande, specifikt undtaget fra investeringsbeskyttelsen ved en såkaldt REIO-klausul (*Regional Economic Integration Organisations*). Herudover er det et karakteristiskum, at skattespørgsmål undtages fra investeringsbeskyttelsen.

De materielle regler kan inddeles i dels absolutte, dels relative standarder. Forskellen på disse typer af standarder er, at beskyttelsen ved absolutte standarder ikke afledes af behandlingen af andre investorer fra enten værtsstaten eller tredjelande, mens dette er tilfældet for de relative standarder.

De vigtigste absolutte standarder behandles nedenfor under 3.1.1. - 3.1.5, mens de relative standarder behandles under 3.1.6.

3.1.1. »Fair and Equitable Treatment« (»FET«)

Den helt grundlæggende og overordnede investeringsbeskyttelse består i et krav til værtsstaten om at behandle investor og investeringen »fair and equitable«.

FET er en retlig standard, der til enhver tid skal udfyldes af tribunalerne i investeringsvoldgifter, og en lang række tribunaler har haft anledning til at tage stilling til overtrædelse af kravet om FET i en lang række forskelligartede tilfælde.

Bestemmelsen er ofte formuleret som eksempelvis den dansk-tyrkiske BIT, Art. 3(1):

»Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment . . .«

Andre formuleringer og ordvalg findes; i den dansk-kinesiske BIT er ordet »fair« således erstattet af »reasonable«, hvilket næppe gør nogen forskel i fortolkningen af den relevante standard for beskyttelse.

I den schweiziske model-BIT, Art. 4(1), er valgt følgende ordlyd:

»Investments of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way by unreasonable or discriminatory measures management, maintenance, use, enjoyment extension or disposal of such investments«.

Om den generelle begrebsfastlæggelse kan blandt andet henvises til en ofte citeret udtalelse fra tribunalet i *Tecmed-sagen*: [20]

»The Arbitral Tribunal considers that this provision . . . in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor; so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations.«[21]

Dette fokus på investors berettigede forventninger er et vigtigt - og ofte anvendt - argument i sager om investeringsbeskyttelse.

Kravet om FET gælder såvel for værtsstatens egne forvaltningsenheder som for regionale og kommunale enheder samt for domstolene i værtsstaten, således at FET-standarden stiller krav om *due process*, og at *denial of justice* ved domstolene konstituerer en overtrædelse af traktaten.[22]

I relation til blandt andet sidstnævnte kan her henvises til tribunalet i *Waste Management-sagen*: [23]

«. . . the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety - as might be the case with a manifest failure of natural

282

justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. . . .« [24]

En af de for tiden mest fremtrædende diskussioner vedrører spørgsmålet, om der i FET-standarden ligger en beskyttelse, ud over hvad der følger af »minimumsreglen« i henhold de almindelige folkeretlige regler om staters ansvar, herunder hvad »minimumsreglen« egentlig indebærer overført på moderne regler om investeringsbeskyttelse.

Det har her særligt været diskuteret, om de almindelige folkeretlige regler skal følge den restriktive praksis for staters ansvar, som blev etableret med ikke mindst den såkaldte *Neer-sag* [25] fra 20'erne, eller om der i lyset af formålet med BITs og retsudviklingen i det hele taget er tale om en anden standard, der lægger større forpligtelser på værtsstaten.

I NAFTA, Art. 1105, om »Minimum Standard of Treatment« er anført, at behandlingen af udenlandske investeringer skal være ». . . in accordance with international law including fair and equitable treatment . . .« [26]

Om spørgsmålet kan henvises til følgende udtalelse fra tribunalet i *ADF-sagen*: [27]

«. . . it is important to bear in mind that . . . the customary international law referred to in Article 1105(1) is not »frozen in time« and that the minimum standard of treatment does evolve. . . . Put in slightly different terms, what customary international law projects is not a static photograph of the minimum standard of treatment of aliens as it stood in 1927 when the Award in the *Neer* case was rendered. For both customary international law and the minimum standard of treatment of aliens it incorporates, are constantly in a process of development.« [28]

Der eksisterer ikke *jurisprudence constante* vedrørende denne problemstilling.

3.1.2. Full Protection and Security

Denne bestemmelse tilsigter at beskytte mod typisk fysisk skade på investeringen, at sikre politimæssig beskyttelse af denne, men visse tribunaler har herudover inddraget at andre typer af beskyttelse kan komme på tale, bl.a. såkaldt »legal protection« [29]

Ofte findes bestemmelsen sammenkoblet med FET-bestemmelsen, jf. ovenfor.

Der er tale om en bestemmelse med en lang historisk tradition som et værn for investorer fra kapital-eksporterende stater mod skade på person og ejendom i værtsstaten.

En klassisk udformning af bestemmelsen kan f.eks. findes i den danske model-BIT, Art. 2(2), 1. punktum, der er sålydende:

»Investments of investors of each country shall at all times enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party.«

Det er vigtigt at holde sig for øje, at der ikke er tale om en garanti mod, at investeringen påføres skade, men bestemmelsen indebærer, at værtsstaten skal udfolde rimelige bestræbelser på at beskytte herimod. Ansvarsbedømmelsen tager således i højere grad udgangspunkt i

værtsstatens undladelse af at foretage de adækvate skridt til at forebygge (en forventet) skade og/eller efterforske/retsfølge skadevolderne. En bestemmelse af et indhold som ovenfor beskrevet svarer - antageligvis - nogenlunde til indholdet af almindelige folkeretlige regler om staters ansvar, således at der ikke materielt er opnået andet og mere, end hvad der følger heraf.

Betydningen af, at bestemmelsen er medtaget i en investeringstraktat, er, at de processuelle regler om tvisteløsning i form af voldgift mellem investor og værtsstaten finder anvendelse på spørgsmålet om krænkelse af normen.[30]

3.1.3 Umbrella Clause (»UC«)

En af de i den senere tid mest omdiskuterede klausuler i investerings-traktater er de såkaldte Umbrella Clauses (»UC«).

En UC udtrykker typisk - om end med et ganske varierende ordvalg - at værtsstaten påtager sig at overholde de forpligtelser, som værtsstaten måtte have påtaget

283

sig over for investorer fra de andre traktatlande i relation til investeringer i værtsstaten. Investeringsbeskyttelsestraktaten kommer herved til at fungere som en slags paraply over de enkelte kontrakter, som værtsstaten har indgået.

En klassisk formulering af en UC findes blandt andet i den danske model-BIT, Art. 2(3), som har følgende indhold:

»Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.«

En stort set enslydende formulering findes i den engelske model-BIT, Art. 2(2), og den tyske model-BIT, Art. 8(2).

Et spørgsmål, der har optaget en række tribunaler, er, om et kontraktbrud fra værtsstatens side i kraft af UC bliver »ophøjet« (»elevated«) til et traktatbrud med mulighed for investor for at indlede voldgiftssag i henhold til en investeringsbeskyttelsestraktat og betingelserne herfor.

Nogle tribunaler har taget bestemmelsen »på ordet« og udtalt, at en fortolkning af en sådan klausul i henhold til principperne i VCLT, Art. 31, nødvendigvis må føre til en anerkendelse af, at værtsstatens misligholdelse af sine kontraktlige forpligtelser konstituerer et brud på værtsstatens folkeretlige forpligtelser i henhold til investeringsbeskyttelsestraktater. Andre tribunaler har indfortolket forskellige kvalificerende led i anvendelsen af en UC. Dette har af disse tribunaler bl.a. været begrundet i overvejelser om den forventelige sagsmængde, dersom en begrænsning ikke blev anvendt, overvejelser om, hvorvidt investeringsbeskyttelsestraktaternes øvrige bestemmelser skulle blive mere eller mindre meningsløse og overvejelser om en vis væsentlighed i misligholdelsen, før UC træder i kraft m.v.[31]

Et hertil knyttet spørgsmål er samspillet mellem forumklausulen i den foreliggende investeringsbeskyttelsestraktat og den forumklausul, der er indeholdt i den enkelte kontrakt.

En tredje spørgsmål vedrører sondringen mellem kontraktkrav og traktatkrav, altså om et krav kan siges at være støttet på investeringsbeskyttelsestraktaten, eller om kravet vedrører et rent kontraktligt krav, hvilket kvalificerende led ikke er ganske ukompliceret at anvende.

På ingen af de beskrevne områder kan der p.t. siges at eksistere *jurisprudence constante*.

3.1.4. Overførsel af midler (Transfer of Funds)

Den udenlandske investor har naturligvis en klar interesse i at kunne overføre midler til værtsstaten i forbindelse med investeringens etablering, udvidelse eller vedligeholdelse. Tilsvarende har den udenlandske investor en oplagt interesse i at kunne overføre til hjemstaten i form af det løbende afkast af sin investering, surrogater for investeringen i form af provenu indvundet ved helt eller delvist salg af investeringen eller i forbindelse med dennes ophør på anden måde (likvidation og

lignende). Heroverfor står i et vist omfang værtsstatens interesse i generelt at kontrollere pengemængden, kontrollere mængden af udenlandsk valuta i landet og lignende.

Der er i regelsættet for The International Monetary Fund (IMF Articles) fastsat visse regler for staternes adgang til at gennemføre restriktioner i henseende til visse internationale betalinger og pengeoverførsler.

Der er endvidere i de fleste moderne BITs indeholdt specifikke regler om den udenlandske investors adgang til at overføre midler fra - og eventuelt også til - værtsstaten.

Den foreliggende voldgiftspraksis på dette område er endog meget sparsom.

3.1.5. Ekspropriation

Den økonomiske beskyttelse af den private ejendomsret er et helt centralt tema i investeringsbeskyttelsestraktater.

Her kan nævnes den danske model-BIT, Art. 5(1):

»Investments of investors of each Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as »expropriation«) in the territory of the other Contracting Party except for expropriations made in the public interest, on a basis of non-discrimination, carried out under due process of law and against prompt, adequate and effective compensation.«

I NAFTA, Art. 1110(1), er indeholdt en anden variation over samme tema.

Man vil således se, at investeringsbeskyttelsen ikke sker ved at forbyde ekspropriation, som jo kan være baseret på rationelle overvejelser til gunst for almenvellet, men ved at beskrive betingelserne herfor og konsekvenserne heraf.

Man vil videre se, at selve begrebet »ekspropriation« ikke er defineret nærmere i investeringsbeskyttelsestraktaterne. I sin kerne har ekspropriation groft sagt det indhold, at det vedrører en stats overtagelse af ejendomsretten til aktiver tilhørende private personer uden samtykke fra den pågældende, jf. i blandt *SD Myers-sagen*.^[32] hvor tribunalen anførte

284

»In general, the term »expropriation« carries with it the connotation of »taking« by a governmental-type authority of a person's »Property« with a view to transferring ownership of that property to another person, usually the authority that exercised its de jure or de facto power to do the taking.«^[33]

Som det vil ses af de fremhævede eksempler fra investeringsbeskyttelsestraktater, vedrører beskyttelsen også handlinger, der »indirectly« konstituerer ekspropriation, har »effect equivalent to« ekspropriation, er »tantamount to« ekspropriation eller vedrører »indirect expropriation«.

Disse tilfælde kaldes ofte indirekte ekspropriation (»indirect expropriation«), idet også vendingen snigende/krybende ekspropriation (»creeping expropriation«) anvendes i de tilfælde, hvor der kan påvises en række af på hinanden følgende handlinger/tiltag over tid, som funktionelt svarer til ekspropriation eller fratagelse af den (berettigede) forventede og forventelige rådighed over aktivet.

For at en ekspropriation skal være tilladelig i henhold til investeringsbeskyttelsestraktaten, skal den således i sin kerne være baseret på offentlige interesser, være proportional, og ekspropriationen må ikke diskriminere (altså være baseret på ikke-rationelle sondringer), og endelig kun foretages mod kompensation.

Det kriterium, der i voldgiftspraksis har den største vægt, er den virkning, som statens handlinger har haft på investeringen og investors rådighed herover snarere end værtsstatens antagelige hensigt med de foretagne handlinger.

Det er principielt uden betydning for den folkeretlige bedømmelse af ekspropriationen, hvorvidt den er tilladt ifølge det pågældende lands interne lovgivning m.v.

Forskellen på en tilladelig og en ikke-tilladelig ekspropriation er ikke berørt i investeringsbeskyttelsestraktaterne; men man kan her fremføre, at en ikke-tilladelig ekspropriation - uanset om denne er direkte eller indirekte - som udgangspunkt udløser mulighed for investor til at kræve restitution i overensstemmelse med almindelige regler om staters ansvar for folkeretskrænkelser, jf. således ILC Draft Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (»ILC/SR«), Art 35.

Her kan videre henvises til den generelle udtalelse i den klassiske *Chorzow Factory-sag* (Tyskland mod Polen, PCIJ 1928), hvor PCIJ sondrede mellem en ulovlig ekspropriation, hvor erstatningen skulle retablere situationen umiddelbart forud for ekspropriationen, og lovlige ekspropriationer, hvor der skulle ske en fair kompensation baseret på »the value of the undertaking at the moment of dispossession«)

I voldgiftspraksis er der dog en entydig tendens til at udmåle en erstatning i stedet for restitution, og investeringsbeskyttelsestraktaterne nævner ikke restitution. Det er diskutabelt (og diskuteret), om der består en forskel i erstatningsudmålingen, herunder de erstatningsretligt værnede poster, og tidspunktet for erstatningsudmålingen mellem lovlige respektive ulovlige ekspropriation.^[34]

Ved udmålingen af erstatningen kan flere forskellige fremgangsmåder anvendes. Vendingerne i investeringsbeskyttelsestraktaterne kan typisk dække over flere forskellige principper.

Udgangspunktet herfor vil dog alt andet lige nok være den såkaldte »Hull-formel«, som foreskriver, at erstatningen skal være »prompt, adequate and effective«.^[35]

Om beregning af tab kan i henhold til investeringsbeskyttelsestraktater videre henvises til World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investments (WBG), som i Guideline 4(6) opregner følgende modeller for en »adequate« kompensation:

- »discounted cash flow value« . . .
- »liquidation value« . . .
- »replacement value« . . .
- »book value« . . .

Om valget mellem disse principper anføres det i WBG, at DCF-modellen kan anvendes, hvor der er tale om en virksomhed, der som going concern har dokumenteret sin profitabilitet. Likvidationsværdien bør ifølge WBG anvendes, hvor der er tale om en virksomhed, der ikke har været i drift længe nok til at dokumentere sin

285

profitabilitet eller netop har dokumenteret sin manglende profitabilitet. For øvrige aktiver anbefales genanskaffelsesværdien, idet der dog i tilfælde, hvor aktiverne er anskaffet for nylig, eller der har fundet en vurdering sted på ekspropriationstidspunktet, kan anvendes bogført værdi som et udtryk for genanskaffelsesværdien.

I den foreliggende voldgiftspraksis er WBG i vidt omfang fulgt, men der har dog også været anvendt andre modeller baseret på indtjening (såkaldte Price/Earnings-modeller) snarere end likviditet, modeller baseret på »comparable transactions« o.lign.^[36]

Tribunalerne har ikke sjældent udøvet ganske brede skøn uden i detaljer at lægge sig fast på et vurderingsprincip, og nogen generel enighed om principper kan ikke påvises.^[37]

Den danske model-BIT, Art. 5(2)-(3), tager udgangspunkt i Hull-formlen:

»Such compensation shall amount to the fair market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or impending expropriation became known in such a way as to affect the value of the investment (hereinafter referred to as the »valuation date«).

Such fair market value shall be calculated in a freely convertible currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the

valuation date. Compensation shall be paid promptly and include interest at a commercial rate established on a market basis from the date of expropriation until the date of payment and shall be freely transferable.

...«

Begrebet »fair market value« er af det såkaldte Iran-US Claims Tribunal i *Starrett Housing Corp mod Iran* (16 Iran-US CTR, kendelse 1987) beskrevet således:

»... the price that a willing buyer would pay to a willing seller in circumstances in which each had good information, each desired to maximize his financial gain, and neither was under duress or threat, the willing buyer being a reasonable businessperson.«[38]

3.1.6 Relative standarder

Her er tale om to standarder, nemlig National Treatment (»NT«) og Most Favoured Nation Treatment (»MFNT«).

At der er tale om »relative standarder«, skyldes som nævnt, at beskyttelsens nærmere indhold, omfang og karakter afhænger af den investeringsbeskyttelse, der indrømmes andre. Således er NT koblet til behandlingen af investorer fra værtsstaten selv, og MFNT relaterer sig til behandlingen af investorer fra tredjelande.

Begge bestemmelser har til hensigt at forhindre diskrimination ved at sikre effektive og lige konkurrencevilkår - enten i forhold til værtsstatens egne investorer eller i forhold til investorer/investeringer fra tredjelande. Bestemmelserne sikrer, at de lige konkurrencevilkår opretholdes på en dynamisk måde, og uden at det er nødvendigt at genforhandle eksisterende traktater, i takt med at nye traktater eventuelt indeholder bestemmelser, der sikrer investor yderligere beskyttelse.

Den danske model-BIT har i Art. 3(1), 1. led, følgende indhold:

»Each Contracting Party shall in its territory accord to investments made by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment which in no case shall be less favourable than that accorded to its own investors or to investors of any third state, whichever is more favourable from the point of view of the investor.«

Den danske model-BIT er karakteristisk ved, at den kombinerer FET, NFT og MFNT i én og samme bestemmelse.

En mere traditionel opbygning kan findes i den engelske model-BIT, Art. 3:

»Neither Each Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to a treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third state.

...

For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 - 11 of this Agreement.«

En af de interessante problemkredse ved NT og MFNT er spørgsmålet, om den beskyttelse, der kan opnås, alene gælder de materielle regler om beskyttelse, eller om beskyttelsen også omfatter de processuelle regler, det vil sige adgangen til behandling af tvister.

Med en formulering som i den engelske model-BIT ovenfor kan der ikke herske tvivl om, at MFNT/NT også omfatter processuelle regler.

286

Spørgsmålet er, hvad der i øvrigt gælder på området, og her hersker der ganske betydelig uenighed mellem tribunalerne.[39]

Med henblik på at notere, om der overhovedet foreligger relevant diskrimination i forhold til værtsstatens egne investorer eller investorer/investeringer fra tredjelande, vil en vis sammenlignelighed mellem virksomhederne ofte være påkrævet for at konstatere, om der foreligger en overtrædelse af de nævnte bestemmelser, i hvert fald hvor der er tale om materielle beskyttelsesregler.

Dette er udtrykkeligt anført i bl.a. den amerikanske model-BIT og i øvrigt også i NAFTA, Art. 1105, ved anvendelse af begrebet »in like circumstances«. Der har efterhånden fæstnet sig den fælles forståelse af begrebet »in like circumstances«, at der, baseret på en investors placering i værdikæden, må foretages en analyse af den behandling, der af værtsstaten ydes en anden virksomhed/andre virksomheder med samme placering i værdikæden, for at se, om der er sket en forskelsbehandling, og i bekræftende fald om der kan påvises en valid begrundelse for denne forskelsbehandling.

Det er næppe afklaret, hvad der gælder i relation til de investeringsbeskyttelsestraktater, som ikke indeholder begrebet »in like circumstances« eller lignende.[40]

4. Hvornår beskyttes investeringerne?

Et ganske komplekst spørgsmål vedrører den tidsmæssige udstrækning af investeringsbeskyttelsen (*ratione temporis*).

Spørgsmålet er her dels, om beskyttelsen kun omfatter investeringer foretaget efter traktatens ikrafttræden, dels om den kun omfatter værtsstatens handlinger/undladelser efter traktatens ikrafttræden.

Det første spørgsmål er ofte løst direkte i investeringsbeskyttelsestraktaterne, jf. eksempelvis den mellem Danmark og Sydkorea indgåede BIT, Art. 1(b):

»The term investment covers all investments made in the territory of a Contracting Party by nationals or companies of the other Contracting Party before or after the entry into force of this Agreement.«

Her er det altså direkte fastslået, at investeringsbeskyttelsen også gælder for investeringer foretaget før traktatens ikrafttræden. Dermed er der imidlertid ikke taget stilling til spørgsmålet, om beskyttelsen omfatter krænkelse før traktatens ikrafttræden, hvilket som udgangspunkt ikke vil være tilfældet, jf. også VCLT, Art. 28.[41]

Dette rejser så videre spørgsmålet om vedvarende krænkelse, f.eks. manglende betaling af et skyldigt beløb og sådanne krænkelse beskyttelse.

Mange BITS begrænser videre staternes voldgiftssamtykke til tvister opstået efter traktatens ikrafttræden, hvilket i sig selv kan give anledning til vanskelige afgrænsningsspørgsmål.

5. Hvordan løses tvister om investeringsbeskyttelse?

Et af de helt centrale elementer i moderne investeringsbeskyttelse er adgangen for investor til at indbringe værtsstatens traktatkrænkelser for en neutral voldgiftsret.[42] Dette sker, uden at der stilles krav om, at der består et kontaktforhold mellem investor og værtsstaten.

Investeringsbeskyttelsestraktaten er som altovervejende hovedregel formuleret i såkaldt »Cafeteria-Style«, således at den udenlandske investor kan vælge mellem forskellige fora.

Den danske model-BIT, Art. 9, er et eksempel herpå, idet den anvender følgende model:

1. Any dispute concerning an investment between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party shall, if possible, be settled amicably.

2. If any such dispute cannot be settled within six months following the date on which the dispute has been raised by the investor through written notification to the Contracting Party, each Contracting Party hereby consents to the submission of the dispute, at the investor's choice, for resolution by international arbitration to one of the following fora:

- The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) for settlement by arbitration under the Washington Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States provided both Contracting Parties are parties to the said Convention; or
- the Additional Facility of the Centre, if the Centre is not available under the Convention; or

- c) *an ad hoc tribunal set up under Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). The appointing authority under the said rules shall be the Secretary General of ICSID; or*
- d) *by arbitration in accordance with the Rules of Arbitration of The International Chamber of Commerce (ICC)*

3 - 7 . . . «

287

Det mest anvendte forum for løsning af investeringstvister er ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes). ICSID er en del af Verdensbanken og etableret i medfør af den såkaldte Washington Konvention («WK») fra 1965, som indeholder et detaljeret regelsæt for at føre voldgift ved ICSID.

ICSID-reglerne kan anvendes, såfremt såvel værtsstaten som investors hjemstat har ratificeret WK. ICSID har dog også en såkaldt Additional Facility, der tillader anvendelse af ICSID-reglerne, uanset betingelserne herfor ikke er opfyldt, jf. også den danske model-BIT ovenfor.

Inden for rammerne af denne artikel skal alene fremdrages følgende karakteristika vedrørende ICSID-voldgift:

ICSID træffer ikke selv afgørelse i investeringstvisterne, men forestår administration af voldgiftssagen og bistår efter omstændighederne med udpegning af tribunalerne.

Lovvalget skal i henhold til WK Art. 42(1) ske efter følgende regler:

»The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed between the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State part to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.«

Dette rejser selvsagt spørgsmålet om, hvilke folkeretlige regler der er anvendelige. Her skal alene nævnes, at det ikke er et krav, at de pågældende folkeretlige regler er en del af værtsstatens retssystem.

Dernæst bør som et karakteristikum ved ICSID fremhæves, at voldgiftskendelser afsagt af ICSID-tribunaler ikke kan anfægtes ved nogen ordinær domstol, jf. Art. 53(1). I stedet gælder der en særlig Annulment Procedure, som er nærmere beskrevet i Art. 52(1), hvorefter en såkaldt *ad hoc Committee* kan omgøre en tidligere voldgiftskendelse, såfremt en eller flere af 5 specifikke grunde foreligger.

Sker der annulment, kan et nyt tribunal (og altså ikke den pågældende *ad hoc Committee*) tage stilling til sagen. I tilfælde af delvis annullation er det alene de annullerede spørgsmål, som et nyt tribunal kan tage stilling til, hvorimod den ikke-annullerede del af kendelsen har retskraft (*res judicata*).

Princippet om annullation i stedet for anfægtelse gælder ikke, såfremt den såkaldte Additional Facility er anvendt. I disse tilfælde skal anfægtelse af voldgiftsafgørelsen - i overensstemmelse med de almindelige regler herom - ske ved de nationale domstole enten i det land, hvor voldgiftsretten havde sit sæde, eller i det land, hvor voldgiftskendelsen søges fuldbyrdet.[43]

I henhold til Art. 53 underkaster de deltagende stater sig at opfylde kendelserne og tåle fuldbyrdelse, dersom dette ikke sker.

Der gælder et princip om betinget offentlighed, jf. Art. 48(5), og som følge heraf er en lang række kendelser offentliggjort, og disse danner nu den overvejende majoritet af den praksis, der er tilgængelig på området, jf. også henvisningerne i denne artikel.

Såfremt der ikke vælges ICSID-voldgift, sker behandling af voldgiftssagen oftest ved *ad hoc*-tribunaler i henhold til UNCITRAL-reglerne.

Af andre voldgiftsinstitutioner, der behandler sager om investeringsbeskyttelse, kan blandt andre nævnes: International Chamber of Commerce, Stockholm Chamber of Commerce og London Court of International Arbitration.

6. Afslutning

Mængden af voldgiftssager om investeringsbeskyttelse er steget voldsomt inden for det seneste decennium, og de tilkendte erstatninger har i nogle tilfælde været endog meget betydelige. På den baggrund er visse stater ved at genoverveje deres praksis i relation til at indgå investeringsbeskyttelsestraktater. Uanset der måske på baggrund af denne skepsis kan forventes visse ændringer i investeringsbeskyttelsen, kan der ikke herske tvivl om, at en omfattende investeringsbeskyttelse er kommet for at blive, og at kendskabet til reglerne herom vil være af stor betydning også i fremtiden.

1. United Nations Conference for Trade and Development, World Investment Report 2008.
2. Om forsikringsspørgsmålene kan blandt andet henvises til Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) oprettet af Verdensbanken (World Bank), Eksportkreditfonden (EKF), der er en dansk selvstændig statslig forvaltningsenhed, og en række private forsikringsselskaber, der i varierende omfang yder sådanne forsikringer på forskellige vilkår.
3. Se om den folkeretlige forankring af diplomatisk beskyttelse eksempelvis Mavrommatis-sagen (Grækenland mod England, 1924) og de af den af FN nedsatte International Law Commission («ILC») i 2006 udarbejdede såkaldte Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries («ILC/DP»).
4. Se ILC/DP Art.14(2).
5. Se Interhandel-sagen (Schweiz mod USA, ICJ 1959), hvorefter »the State where the violation occurred should have the opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic system«.
6. Se f.eks. Barcelona Traction-sagen (Belgien mod Spanien, ICJ 1970), og Nottebohm-sagen (Liechtenstein mod Guatemala, ICJ 1953).
7. Se ILC/DP Art. 17.
8. Denne traktat er - som navnet siger - en egentlig frihandelsaftale, der regulerer en række andre forhold end investeringer, men i NAFTA Kapitel 11 (Art. 1101-1139) er indeholdt regler om investeringsbeskyttelse. Herudover kan bl.a. nævnes CAFTA, der omfatter en række mellemamerikanske lande, samt den aftale, som de såkaldte ASEAN-lande vedtog i 1987 om »Promotion and Protection of Investments«.
9. Et forsøg på at opnå enighed inden for OECD om en fælles aftale om investeringsbeskyttelse, Multilateral Agreement on Investment («MAI»), slog fejl og måtte skrinlægges i slutningen af 90'erne.
10. Den grundlæggende regel er her Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) Artikel 31, hvor det i stk. 1 hedder: »A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose«.
11. Om sondringen mellem *stare decisis* og *jurisprudence constante* kan her henvises til udtalelsen fra tribunalet i SGS mod Filippinerne (ICSID ARB/02/6, jurisdiktion 2004), para 97.
12. Jf. dog nedenfor om investeringsbeskyttelse på grundlag af bopæl/hjemsted uden for værtsstaten.
13. En restriktiv fortolkning af princippet om »continuous nationality« findes i *Loewen mod USA* (ICSID, AF/98/3, kendelse 2003), hvor det antoges, at princippet efter den almindelige folkeret indebærer, at *dies ad quem* er dagen for voldgiftssagens afgørelse, jf. særligt para 225. Dette synspunkt er siden meget omdiskuteret og kritiseret, jf. eksempelvis ILC/DP Art. 5 og 10 og kommentaren hertil.
14. Se således *Tokios Tokelos mod Ukraine* (ICSID ARB/02/18, jurisdiktion 2004), hvor 99 % af kapitalandelen i et i Litauen indregistreret selskab var ejet af statsborgere fra Ukraine, der også udgjorde hovedparten af ledelsen i selskabet. I den relevante BIT mellem Ukraine og Litauen var alene opregnet »establishment« som kriterium, hvilket fik flertallet i tribunalet til at resolve, at der ikke kunne stilles supplerende betingelser i så henseende.
15. Se her f.eks. *Saluka mod Tjekkiet* (ad hoc UNCITRAL, delkendelse 2006), para 239 *et seq.*
16. Se *Banro mod Congo* (ICSID ARB/98/7, kendelse 2000), men dog også *Aguas del Tunari mod Bolivia* (ICSID Case ARB/02/03, jurisdiktion 2005).

17. Jf. *Tokios Tokelés mod Ukraine* (supra note 14).
18. *Fedax mod Venezuela* (ICSID ARB/96/3, jurisdiktion 1997).
19. Para 43.
20. *Tecmed mod Mexico* (ICSID ARB (AF)/00/02, kendelse 2003).
21. Ibid. para 154.
22. Se f.eks. *Loewen mod USA* (supra, note 13), hvor tribunalen para 119 bl.a. udtalte, at »(b) *any standard of measurement, the trial . . . was a disgrace. . . . By any standard of evaluation, the trial judge failed to afford Loewen the process that was due*«. Se også *Mondev mod USA* (ICSID ARB (AF)/99/02, kendelse 2002).
23. *Waste Management mod Mexico* (ICSID ARB (AF)/00/3, kendelse 2004).
24. Ibid. para 98.
25. Se *USA mod Mexico* (US-Mexico General Claims Commission, 1927). Neersagen var anlagt af USA mod Mexico og vedrørte ikke en investering, men Mexicos eventuelle folkeretlige ansvar i relation til efterforskning af mordet på en amerikansk statsborger. Her udtalte den Claims Commission, der bedømte sagen, at » . . . *the treatment of an alien, in order to constitute international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.*«
26. Den såkaldte NAFTA Free Trade Commission, der er nedsat af USA, Canada og Mexico med henblik på med bindende virkning at fortolke og administrere NAFTA, har i en udtalelse af 31. juli 2001 fortolket bestemmelsen således, at der ikke fra investor kan stilles krav om behandling, ud over hvad der følger af minimumsreglen i henhold til almindelige folkeretlige regler. Denne formulering går nu igen i USA's model-BIT, Artikel 5(1).
27. *ADF Group mod USA* (ICSID AF/00/1, kendelse 2003).
28. Ibid. para 179
29. Se således *Siemens mod Argentina* (ICSID ARB/02/8, kendelse 2007), para 302-303, men se også *Saluka mod Tjekkiet* (supra note 15) para 483 *et seq.*
30. Fra praksis kan f.eks. henvises til *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) mod Sri Lanka* (ICSID/ARB/87/3, kendelse 1997), og *WENA Hotels mod Egypten* (ICSID ARB/98/4, kendelse 2000), hvor ansvar blev statueret, samt *Tecmed mod Mexico* (supra note 20), hvor overtrædelse ikke antoges at have fundet sted.
31. Se således f.eks. *SGS mod Filippinerne* (supra, note 11) *Noble Ventures mod Rumænien* (ICSID/ARB/01/11, kendelse 2005), *SGS mod Pakistan* (ICSID/ARB/01/13, jurisdiktion 2003), *Joy Mining mod Egypten* (ICSID/ARB/03/11, jurisdiktion 2004).
32. *S.D. Myers mod Canada* (UNCITRAL, første delkendelse 2000).
33. Ibid. para 280.
34. *Siemens mod Argentina* (supra note 29), hvor det i para 352 anføres: »The key difference between the compensation under the Draft Articles (of State Responsibility, min tilføjelse) and Factory at Chorzow case formula, and Article 4(2) of the Treaty is that under the former, compensation must take into account »all financially assessable damage« or »wipe out the consequences of the illegal act« as opposed to compensation »equivalent to the value of the expropriated investment« under the Treaty. Under customary international law, Siemens is entitled not just to the value of its enterprise as of . . . , the date of expropriation, but also to any greater value that enterprise has gained up to the date of this Award, plus any consequential damages«. Her anvendte tribunalen således almindelige folkeretlige regler på en ikke-tilladelig ekspropriation.
35. Navngivet efter den amerikanske udenrigsminister Cordell Hull, der i en note til Mexicos regering i 1938 blandt andet anførte: »Under every rule and equity no government is entitled to expropriate private property for whatever purpose without provision for prompt, adequate and effective payment therefor«. Dette svarer formentlig til de i dag almindeligt anerkendte principper i tilfælde af staters ansvar for folkeretskrænkelser i den almindelige folkeret, hvorefter der skal betales fuld erstatning for det økonomiske tab, jf. også de ILC/SR Art. 36. Heroverfor står den såkaldte Calvo-doktrin, der efter omstændighederne alene vil tilkende en mindre kompensation.
36. Som et eksempel på kompleksiteten i sådanne sager kan henvises til *CME mod Tjekkiet* (ad hoc UNCITRAL, kendelse 2003), hvor investor forelagde tribunalen en række forskellige modeller for værdiansættelse af den omhandlede virksomhed og tilkendte investor omtrent halvdelen heraf på baggrund af 2 af modellerne. Erstatningen var på ca. MUSD 270.
37. Som et eksempel på anvendelse af et bestemt princip kan henvises til *Amco Asia mod Indonesien* (ICSID ARB/81/1, kendelse 1984), hvor tribunalen valgte DCF-princippet. Som et andet eksempel kan henvises til *Metalclad mod Mexico* (ICSID AF/97/1, kendelse 2000), hvor investeringen bestod i et anlæg, der - som følge af traktatbruddet - aldrig var kommet i drift. Her var der ifølge tribunalen ikke grundlag for at anvende en DCF-model. Her blev erstatningen fastsat på grundlag af investors »sunk costs«.
38. Para 278.
39. Se herom bl.a. *Maffezini mod Spanien* (ICSID ARB/97/7, jurisdiktion 2000), *Siemens mod Argentina* (supra note 29), *Telenor mod Ungarn* (ICSID ARB/04/15, kendelse 2006) og *Gas Natural mod Argentina* (ICSID ARB/03/15, jurisdiktion 2005).
40. Se dog *Parkerings-Compagniet mod Litauen* (ICSID ARB/05/8, kendelse 2007).
41. Se eksempelvis *SGS mod Filippinerne* (supra note 11) og *Tecmed mod Mexico* (supra, note 20) samt om vanskeligheder i forhold til de generelle vendinger i VCLT Art. 28 *Tradex Hellas mod Albanien* (ICSID ARB/94/2, kendelse 1996).
42. En fin oversigt på dansk over de processuelle regler er givet af Ole Spiermann i *Juristen* 2003, s. 325 ff.
43. Således f.eks. anfægtelse af kendelsen i *Metalclad mod Mexico* (supra note 37) ved Højesteret i British Columbia, Canada, i afgørelse af 2. maj 2001 med senere supplement af 31. oktober 2001.