

MIKILVÆGI OG ÞÝÐING GERÐARDÓMSÁKVÆÐA Í FJÁRFESTINGASAMNINGUM

Garðar Víðir Gunnarsson LL.M.,
lögmaður á LEX lögmannsstofu

LEX

LÖGMANNSTOFA

INVESTOR – STATE ARBITRATION

DEILUR FJÁRFESTA OG RÍKIS FYRIR GERÐARDÓMI

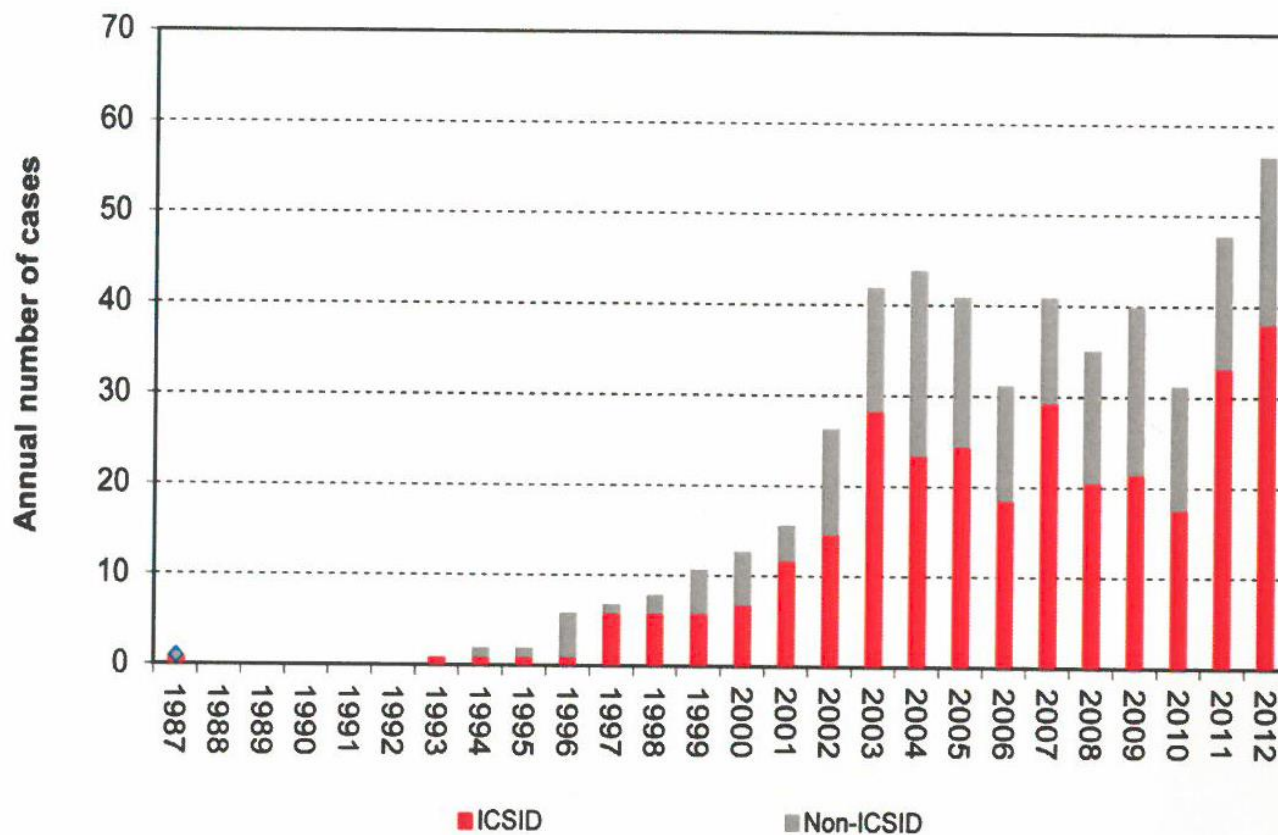
- Hverjir eru það sem ættu að láta sig þetta réttarsvið varða?
- Lögmenn
 - Fjárfestingadeilur sem varða íslenskra fjárfesta erlendis
 - Fjárfestingadeilur sem varða erlendar fjárfestingar á Íslandi
 - Ráðgjöf vegna væntanlegra fjárfestinga á Íslandi
- Embættismenn
 - Samningagerð um vernd fjárfestinga á Íslandi
 - Samningagerð um vernd íslenskra fjárfesta erlendis
 - Vitund og skilningur hvenær hugsanlegar kröfur geta komið upp á hendur Íslandi á grundvelli þeirra samninga sem þegar hafa verið gerðir.

ÚRLAUSN ÁGREININGSMÁLA

- Skilvirkt fyrirkomulag við úrlausn ágreiningsmála sem upp kunna að koma í tengslum við fjárfestingasamninga er hinn raunverulegi mælikvarði á hvort og þá að hve miklu marki fjárfestar og fjárfestingar þeirra njóta verndar.
- Efnisreglur um vernd fjárfestinga í fjárfestingasamningum eru svo gott sem þýðingarlausar ef fjárfestar eiga þess ekki kost að byggja á þeim rétt með skilvirkum og árangursríkum hætti.
- Úrlausn fjárfestingadeilna fyrir alþjóðlegum gerðardómum er það fyrirkomulag sem mestrar hylli hefur notið á undanfórnum árum og áratugum.

SÍAUKINN FJÖLDI FJÁRFESTINGADEILNA KEMUR TIL ÚRLAUSNAR ALÞJÓÐLEGRA GERÐARDÓMA

Figure 1. Known ISDS cases



Source: UNCTAD

KOSTIR GERÐARMEÐFERÐAR

- Í alþjóðlegum viðskiptum þar sem aðilar koma frá mismunandi ríkjum er í meirihluta tilvika mælt fyrir um að úr ágreiningi skuli leyst fyrir gerðardómi.
 - Í slíkum tilvikum eru kostir gerðarmeðferðar yfirleitt taldir vega þyngra en ókostir.
- Þegar fullvalda ríki er öðru megin samningsborðsins hefur því verið haldið fram að kostir þess að leggja mál í gerð margfaldist til muna og vegi mun þyngra en mögulegir ókostir við slíka málsmeðferð.
 - Það er meðal annars þess vegna sem alþjóðleg gerðarmeðferð er ráðandi úrlausnarform þegar kemur að fjárfestingadeilum

SÉRSTAÐA GERÐARMEÐFERÐAR Í TENGLUM VIÐ FJÁRFESTINGASAMNINGA

- Gerðardómsákvæði efla traust og trúverðugleika í samskiptum erlendra fjárfesta og viðtökuríkis fjárfestingar
- Investor – State Arbitration
 - Krafa fjárfestis á hendur viðtökuríki fjárfestingar
 - Staðan áður fyrr: Krafan sótt eftir „diplómáskum leiðum“ með aðstoð heimaríkis fjárfestis, eða látið reyna á landsdómstóla í viðtökuríki fjárfestingarinnar
 - Staðan nú: Almennt geta fjárfestar gert kröfur á hendur viðtökuríki fjárfestingarinnar beint fyrir alþjóðlegum gerðardómi – ef samþykki viðtökuríkis fjárfestingarinnar liggur fyrir

SÉRSTAÐA GERÐARMEÐFERÐAR Í TENGLUM VIÐ FJÁRFESTINGASAMNINGA

- Gerðardómsákvæði efla traust og trúverðugleika í samskiptum erlendra fjárfesta og viðtökuríkis fjárfestingar
- Erlendir fjárfestar eru oft óviljugir til þess að eftirláta landsdómstólum í viðtökuríki fjárfestingarinnar eftir að leysa úr ágreiningi sem upp kann að koma.
 - Ótti við að dómstólar í viðtökuríki fjárfestingar séu ekki óháðir og /eða að réttarkerfi viðtökuríkis fjárfestingarinnar komi ekki til með að tryggja fjárfestinum réttláta málsmeðferð.
 - Óhæði og sjálfstæði í ásýnd.
- Alþjóðleg gerðarmeðferð í hlutlausu þriðja ríki skapar jafnframt ákveðið jafnvægi með ágreiningsaðilum.

HVAÐ ER UNNIÐ MEÐ ALÞJÓÐLEGGRI GERÐARMEÐFERÐ?

- Leyst er úr ágreiningi á hlutlausum vettvangi
 - Erlendir fjárfestar óttast heimadómara („home-court advantage“).
 - Málsmeðferð við úrlausn ágreiningsmála þarf að skapa traust.
 - Óhæði úrlausnaraðilans er mikilvægt bæði í reynd og ásýnd.
 - Gerðarmeðferð í þriðja ríki tryggir hlutlausan vettvang og skapar ákveðið jafnvægi á milli aðila.
 - Til að tryggja fullkomið hlutleysi gerðarmeðferðar verður sæti gerðardómsins að vera í þriðja ríki.
 - Annars eiga dómstólar þess ríkis þar sem gerðardómurinn á sæti lokaorðið um hvort víkja eigi úrlausn gerðardómsins til hliðar eða ógilda hana.

TVÍÞÆTT HLUTVERK RÍKISINS VIÐ GERÐ FJÁRFESTINGASAMNINGA

- Annars vegar hlutverk ríkisins að þjóðarétti
 - Tvíhliða samningar um gagnkvæma vernd fjárfestinga
 - Fríverslunarsamningar á vettvangi EFTA
- Hins vegar hlutverk ríkisins sem viðsemjanda gagnvart fjárfestum í tengslum við einstök verkefni.
 - Samningar á grundvelli sérlega, t.a.m:
 - Lög nr. 51/2009 um heimild til samninga um álver í Helguvík
 - Lög nr. 57/2010 um heimild til samninga um gagnaver í Reykjanesbæ
 - Lög nr. 52/2013 um heimild til samninga um kísilver í landi Bakka í Norðurþingi
 - Samningar á grundvelli laga nr. 99/2010 um ívilnanir vegna nýfjárfestinga á Íslandi

TVÍHLIÐA SAMNINGAR UM GAGNKVÆMA VERND FJÁRFESTINGA

- Helstu markmið slíkra samninga eru annars vegar að efla beina erlenda fjárfestingu í viðkomandi ríki og hins vegar að tryggja fjárfestingum þegna þess ríkis vernd erlendis.
- Það að ríki hafi gert marga fjárfestingasamninga við önnur ríki, hvort sem um er að ræða tvíhliða eða marghliða fjárfestingasamninga sendir ákveðin skilaboð til alþjóðasamfélagsins um að viðkomandi ríki leggi mikið upp úr því að erlendum fjárfestingum sé tryggð fullnægjandi vernd.
- Gerð tvíhliða samninga um gagnkvæma vernd fjárfestinga hefur verið liður í áætlun ríkja um að efla traust og auka trúverðugleika.

TVÍHLIÐA SAMNINGAR UM GAGNKVÆMA VERND FJÁRFESTINGA

- Með tilkomu hins svokallaða Washington sáttmála varð til vettvangur sem var ætlað að tryggja skilvirka úrlausn fjárfestingadeilna fyrir alþjóðlegum gerðardómum.
 - „This Convention was aimed primarily at creating a new arbitral forum for the resolution of disputes between investors and states through the inclusion of arbitration clauses in state contracts.“
 - Alan Redfern & Martin Hunter Law and Practice of International Commercial Arbitration, bls. 564
- Fyrir tilkomu Washington sáttmálans áttu fjárfestar takmarkaða möguleika á að hafa uppi kröfur gegn viðtökuríki fjárfestingar vegna brota á fjárfestingasamningum sem gerðir höfðu verið við heimaríki viðkomandi fjárfesta.
- Helsta réttarbótin sem leiddi af Washington sáttmálanum fólst í því að ef viðtökuríki fjárfestingar var brotlegt gegn ákvæðum fjárfestingasamnings sem gerður hafði verið við heimaríki fjárfestis að þá átti fjárfestirinn þess kost að sækja rétt sinn milliliðalaust gagnvart viðtökuríki fjárfestingarinnar fyrir alþjóðlegum gerðardómi.
 - Beinn málssóknarréttur fjárfesta

WASHINGTON SÁTTMÁLINN

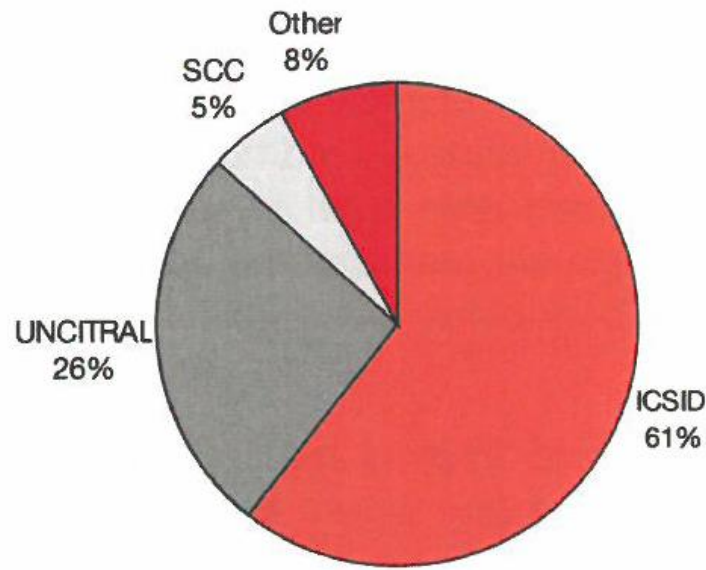
ICSID SÁTTMÁLINN

- Ísland er aðili að Washington sáttmálanum (ICSID sáttmálinn).
 - Var meðal fyrstu þjóða til þess að fullgilda sáttmálann.
 - Sáttmálinn hefur lagagildi á Íslandi, sbr. lög nr. 74/1966.
- 1. nóvember 2013 voru aðildarríkin 158
- Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 74/1966 segir:
 - Samkvæmt samningnum er gert ráð fyrir því, að aðilar að samningnum geti leitað til alþjóðastofnunar, sem þeir setja sameiginlega á stofn, þar sem sáttanefnd og gerðardómur starfa að lausn deilumála, sem rísa kynnu í sambandi við erlenda fjárfestingu í aðildarríki.

HVAR ER LEYST ÚR FJÁRFESTINGAÐEILUM?

- Á heimasíðu UNCTAD má finna tölfræði um með hvaða hætti er helst leyst úr fjárfestingaþeildum (sjá nánar www.unctad.org/diea)

**Figure 3. Distribution of known cases among
arbitral institutions/rules**
(total as of end 2012)



SAMÞYKKI VIÐTÖKURÍKIS FJÁRFESTINGAR

- Washington sáttmálinn skyldar ekki ríki til þess að taka þátt í gerðarmeðferð heldur er það grundvallar forsenda að fyrir liggji samþykki viðtökuríkis fjárfestingarinnar.
- Að öllu jöfnu getur viðtökuríki fjárfestingar veitt samþykki fyrir gerðarmeðferð og þ.a.l. beinum málsóknarrétti fjárfestis með eftirfarandi hætti:
 - Sérstökum samningi við viðkomandi fjárfesti
 - Með ákvæði í landsrétti viðkomandi ríkis
 - Með ákvæði í fjárfestingasamningi sem viðtökuríki fjárfestingarinnar hefur gert við heimaríki viðkomandi fjárfestis

SAMÞYKKI VIÐTÖKURÍKIS FJÁRFESTINGAR

- Dæmi um samþykki í tvíhliða samningi um gagnkvæma vernd fjárfestinga: Ísland – Víetnam – 7. gr.
- Ef ekki er unnt að leysa slíka deilu milli fjárfestis annars samningsaðila og hins samningsaðilans með þeim hætti innan sex mánaða frá dagsetningu skriflegrar tilkynningar á fjárfestirinn rétt á að leggja málið til lausnar, að eigin vali:
 - a) hjá bærum dómstóli eða stjórnarsýsludómstóli þess samningsaðila sem er aðili að deilunni; eða
 - b) hjá Alþjóðastofnuninni til lausnar fjárfestingadeilum (ICSID), að teknu tilliti til gildandi ákvæða samnings um lausn fjárfestingadeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja sem lagður var fram til undirritunar í Washington D.C. 18. mars 1965, hafi báðir samningsaðilar gerst aðilar að þeim samningi; eða
 - c) samkvæmt sérlausnarúrræðum Alþjóðastofnunarinnar til lausnar fjárfestingardeilum, að því tilskildu að annaðhvort samningsaðilinn sem á í deilu eða samningsaðili fjárfestisins, en ekki báðir, sé aðili að samningnum um hana; eða
 - d) hjá gerðardómsmanni eða sérstökum alþjóðlegum gerðardómi sem komið er á fót samkvæmt gerðardómsreglum nefndar Sameinuðu þjóðanna um alþjóðlegan verslunarrétt (UNCITRAL). Deiluaðilum er heimilt að gera skriflegt samkomulag um breytingar á reglum þessum.
- Niðurstaða gerðardóms skal vera endanleg og bindandi fyrir báða deiluaðila og henni skal fullnægt samkvæmt landslögum þess samningsaðila sem er aðili að deilunni.

LÖGSAGA GERÐARDÓMS

Forsendur fyrir lögsögu gerðardóms samkvæmt samningi um gagnkvæma vernd fjárfestinga:

1. Er til staðar tvíhliða samningur um gagnkvæma vernd fjárfestinga á milli heimaríkis fjárfestis og viðtökuríkis fjárfestingar?
2. Nýtur viðkomandi fjárfestir verndar samkvæmt samningnum?
3. Nýtur viðkomandi fjárfesting verndar samkvæmt samningnum?

HVERJIR NJÓTA VERNDAR?

- Fjárfestar sem gert hafa fjárfestingasamning við viðtökuríki fjárfestingarinnar.
- Fjárfestar þar sem heimaríki fjárfestis hefur gert tvíhliða samning um gagnkvæma vernd fjárfestinga við viðtökuríki fjárfestingarinnar.
- Innlend fyrirtæki geta einnig notið verndar, sbr. a. lið 1. mgr. 5. gr. laga nr. 99/2010
- Skilgreining á hugtakinu „fjárfestir“ – samningur á milli Íslands og Víetnams
 - „Fjárfestir“ merkir, hvað snertir hvorn samningsaðila:
 - a) Einstakling sem telst hafa ríkisfang hjá öðrum samningsaðila í samræmi við lög hans;
 - b) lögaðila, til dæmis hlutafélag, fyrirtæki, samtök eða stofnun, sem hefur verið skráður eða stofnaður eða skipulagður með öðrum viðurkenndum hætti í samræmi við lög viðkomandi samningsaðila og stundar raunverulega atvinnustarfsemi í landi hans.

HVAÐA FJÁRFESTINGAR NJÓTA VERNDAR?

- Hugtakið fjárfesting er yfirleitt skilgreint nokkuð vítt í flestum tvíhliða samningum um gagnkvæma vernd fjárfestinga.
- Dæmi samningur á milli Ísland og Víetnam:
 - „Fjárfesting“ merkir hvers konar eign og skal einkum, en þó ekki eingöngu, ná yfir:
 - a) lausafé og fasteignir og hvers kyns önnur eignarréttindi, eins og veðréttindi, veðbönd, leigumála eða tryggingar;
 - b) hlutafé, lán, skuldabréf og hvers kyns aðra viðlíka þátttöku í félagi;
 - c) fjárkröfur eða kröfur um efndir sem hafa fjárhagslegt gildi;
 - d) hugverkaréttindi, meðal annars höfundarrétt, einkaleyfi, iðnhönnun eða fyrirmyndir, vöru- eða þjónustumerki, viðskiptaheiti, tækniþekkingu, viðskiptavild, upprunamerki og önnur þess háttar réttindi;
 - e) sérleyfi á sviði iðnaðar samkvæmt lögum eða samningi eða ákvörðun viðkomandi yfirvalda lögum samkvæmt, meðal annars sérleyfi til að leita að náttúruauðlindum, nema þær eða nýta.

AÐ LOKUM ER ÍSLAND AÐ GERA NÓG?

- Gerðardómsákvæði í fjárfestingasamningum hafa mikla þýðingu og eru gríðarlega mikilvæg.
- Ísland á ekki að vera hrætt við að nýta sér kosti gerðarmeðferðar á þessu sviði í auknu mæli.
- Aftur á móti skiptir miklu máli að vandað sé til verka við gerð þessara ákvæða.
 - Annars getur sú staða komið upp á að ágreiningur verði um með hvaða hætti skuli leyst úr ágreiningi sem upp er kominn.
- Ríkið ætti að móta sér stefnu á þessu sviði
 - Fyrirfram ákveðin sjónarmið sem hægt er að styðjast við þegar kemur að gerð fjárfestingasamninga

MIKILVÆGI OG ÞÝÐING GERÐARDÓMSÁKVÆÐA Í FJÁRFESTINGASAMNINGUM

Garðar Víðir Gunnarsson LL.M.,
lögmaður á LEX lögmannsstofu

LEX

LÖGMANNSTOFA