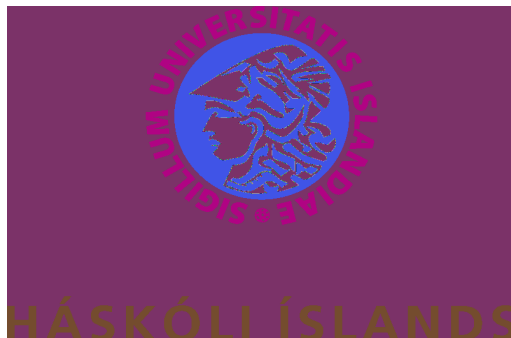


Eggert Ólafsson

Alþjóðareglur um erlendar fjárfestingar og eignarnám

- Meistararitgerð í lögfræði -



**Umsjónarkennari: Pétur Leifsson lektor
Lagadeild Háskóla Íslands**

Júní 2009

Efnisyfirlit

1	Inngangur	4
2	Erlendar fjárfestingar.....	7
2.1	Almennt.....	7
2.2	Efnahagsleg áhrif erlendra fjárfestinga	9
2.2.1	<i>Klassíska kenningin</i>	9
2.2.2	<i>Skilbindingarkenningin</i>	10
2.2.3	<i>Millileiðin</i>	11
2.3	Saga erlendra fjárfestinga.....	11
2.3.1	<i>Fram að fyrri heimsstyrjöld</i>	11
2.3.2	<i>Rússneska byltingin, tvær heimsstyrjaldir og árin þar á eftir.</i>	12
2.3.3	<i>Frá tíunda áratug 20. aldar</i>	16
2.4	Ísland og erlendar fjárfestingar	17
3	Alþjóðasamningar á sviði erlendra fjárfestinga	19
3.1	Almennt.....	19
3.2	Marghliða samningar.....	19
3.2.1	<i>Samningur um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja</i>	19
3.2.2	<i>Stofnsamningur fjölþjóðlegu fjárfestingarábyrgðarstofnunarinnar</i>	20
3.2.3	<i>Samningurinn um Alþjóðaviðskiptastofnunina</i>	21
3.2.4	<i>Mannréttindasáttmáli Evrópu</i>	21
3.3	Tvíhliða samningar.....	22
3.3.1	<i>Tvíhliða fjárfestingarsamningar milli ríkja</i>	22
3.3.1.1	<i>Almennt</i>	22
3.3.1.3	<i>Innbyggð mismunun tvíhliða fjárfestingarsamninga</i>	26
3.3.1.4	<i>Eru tvíhliða fjárfestingarsamningar að skapa nýjan venjurétt?</i>	26
3.3.2	<i>Fjárfestingarsamningar ríkja við einstaka fjárfesta</i>	28
4	Úrlausn alþjóðlegra fjárfestingardeilna.....	30
4.1	Almennt.....	30
4.2	Alþjóðlegir gerðardómar af þjóðréttarlegum toga.....	30
4.3	Alþjóðastofnunin um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja	30
4.3.1	<i>Almennt</i>	30
4.3.2	<i>Uppbygging stofnunarinnar</i>	31
4.3.3	<i>Lögsaga stofnunarinnar</i>	32
4.3.3.1	<i>Lagaleg deila</i>	32
4.3.3.2	<i>Fjárfestingar</i>	32
4.3.3.3	<i>Fjárfestar</i>	35
4.3.3.4	<i>Skriflegt samþykki</i>	38
4.3.5	<i>Sáttanefndar- og gerðardómsmenn</i>	38
4.3.6	<i>Mál fyrir ICSID</i>	39
4.4	Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn í Haag.....	39
4.5	Þjóðnýtingar Líbýu og mál Aminoil gegn Kúveit.....	41
4.6	Deilur tveggja ríkja.....	42
4.7	Lyktir deilna	42

5	Beint eignarnám	44
5.1	Almennt	44
5.2	Eignarnám og þjóðnýting	44
5.3	Um lögmæti eignarnáms	44
5.4	Skilyrði fyrir lögmætu eignarnámi	46
5.4.1	Í þágu almannahagsmuna	46
5.4.2	Bann við mismunun	47
5.4.3	Tilhlýðileg lagaleg meðferð	48
5.4.4	Bætur	49
6	Óbeint eignarnám	53
6.1	Almennt	53
6.2	Ákvæði samninga um óbeint eignarnám	55
6.3	Vandinn við að leiða í ljós skýrar reglur	55
6.4	Óbeint eignarnám og aðrar reglur um meðferð fjárfestinga	56
6.5	Dómar um óbeint eignarnám	56
6.5.1	Fasti alþjóðadómstóllinn í Haag	56
6.5.2	Íran-Bandaríkja-Gerðardómurinn	57
6.5.3	Tveir NAFTA dómar	58
6.5.5	Mannréttindadómstóll Evrópu	60
6.6	Viðmið við mat á óbeinu eignarnámi	61
6.6.1	Hversu mikil afskipti af eignarétti?	62
6.6.1.1	Alvarlegar efnahagslegar afleiðingar	62
6.6.1.2	Hversu lengi vara aðgerðirnar?	63
6.6.1.3	Eingöngu efnahagslegar afleiðingar	64
6.6.2	Eðli ríkisaðgerðanna - tilgangur og samhengi	65
6.6.3	Lögregluvald ríkisins	66
6.6.4	Lögmætar væntingar fjárfestis	69
6.7	Hægfara eignarnám	70
7	Samantekt	72
	Heimildaskrá	75
	Dómaskrá	78

1 Inngangur

Óhætt er að segja að fá svið innan þjóðaréttar séu jafn umdeild meðal ríkja og reglur um erlendar fjárfestingar. Raunar er það svo að þær hafa verið umdeildar um langa hríð. Hefur þetta meðal annars leitt til þess að fjölgun mála fyrir gerðardómum vegna fjárfestingardeilna er orðin svo mikil að nú eru slík mál einna fyrirferðamest á sviði úrlausna ágreiningsmála á alþjóðavettvangi.¹

Nokkur álitamál um erlendar fjárfestingar hafa einkum verið áberandi og mikið verið rætt og skrifað um síðastliðin ár og áratugi. Fullyrða má að eignarnám ríkja á erlendum fjárfestingum sé það svið sem hvað umdeildast hefur verið. Á síðustu 60 árum virðast deilur hafa verið viðvarandi um hinar ýmsu hliðar umfjöllunarefnisins. Má jafnframt segja að þegar eitt álitamál hefur verið útkljáð, með eins góðu móti og hægt er í þjóðarétti, þá hafi annað tekið við. Spurningar um rétt ríkja til að framkvæma eignarnám, skilyrði fyrir því að það teljist löglegt og spurningin hversu miklar bætur beri að greiða fyrir eignir hafa allar verið áberandi á einhverjum tímapunkti.

Á síðastliðnum árum hafa fræðimenn einkum fjallað um hugtakið óbeint eignarnám. Í stuttu máli er þá átt við þær aðgerðir ríkja, sem hafa slík áhrif á erlendar fjárfestingar, að þær eru taldar hafa það í för með sér að eignin hafi í raun og veru verið tekin af fjárfesti með óbeinum hætti. Rudolf Dolzer, einn helsti fræðimaður á sviði erlendra fjárfestinga, skrifaði árið 2002 að um ókomin ár myndi skilgreiningin á eignarnámi gnæfa yfir aðrar lagalegar spurningar á sviði erlendra fjárfestinga.² Það er óhætt að segja að þessi spá hans hafi ræst og að enn sé mörgum spurningum ósvarað.

Ritgerð þessi er á sviði þjóðaréttar sem þýðir að einblínt verður á reglur þess sviðs lögfræðinnar og úrlausnir alþjóðlegra dómstóla en ekki horft til landsréttar Íslands eða annarra ríkja. Sama er að segja um reglur Evrópusambandsins og evrópska efnahagssvæðisins (EES), enda væri það efni annarra ritgerða á öðru sviði lögfræðinnar. Hins vegar er íslenska ríkið bundið af þeim reglum sem hér verður gerð grein fyrir.

Efni ritgerðarinnar getur fallið bæði undir hinn almenna þjóðarétt sem og alþjóðlegan viðskiptarétt. Annars vegar er hér um að ræða efni þar sem fjallað er um skyldur ríkja til viðeigandi meðferðar á útlendingum, þjóðréttarbrot þeirra og ábyrgð, en það umfjöllunarefni

¹ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 43.

² Rudolf Dolzer, „Indirect Expropriations: New Developments?“ bls. 66.

fellur undir hinn almenna hluta þjóðaréttar. Hins vegar er um að ræða alþjóðareglur um erlendar fjárfestingar og reglur alþjóðastofnunarinnar um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja, jafnan skammstafað ICSID.³ Þessi tvö efni hafa jafnan verið felld undir alþjóðlegan viðskiptarétt (e. *International Economic Law*). Önnur efni, sem falla einnig þar undir, eru til dæmis lög Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar (e. *The World Trade Organization*) og Alþjóðagjaldeyrissjóðsins (e. *The International Monetary Fund*).

Í ritgerð þessari verða tveir þættir einkum til umfjöllunar. Í fyrsta lagi reglur um úrlausnir fjárfestingardeilna, þar sem áhersla verður lögð á alþjóðastofnunina um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja (ICSID). Í öðru lagi verður áhersla lögð á hugtakið eignarnám. Farið verður yfir reglur þjóðaréttar sem gilda um eignarnám, hvenær slíkt hefur átt sér stað og hvernig löglega er að því staðið. Það er von höfundar að eftir lestur þessarar ritgerðar hafi lesandi öðlast góða yfirsýn yfir þetta svið þjóðaréttar og öðlast skilning á lögfræðilegum álitamálum því tengdum.

Í næsta hluta ritgerðarinnar, það er 2. kafla, verður gerð almenn grein fyrir erlendum fjárfestingum. Farið verður yfir helstu kenningar um kosti þeirra auk skoðana um hið gagnstæða. Jafnframt verður farið yfir þróun erlendra fjárfestinga og hvernig barátta iðnríkja og þeirra ríkja sem aðhylltust sósíalisma þróaðist á síðustu öld. Loks verður fjallað stuttlega um fjárfestingar Íslendinga erlendis og erlendar fjárfestingar hér á landi.

Í þriðja kafla verður fjallað um þá alþjóðasamninga sem tengjast erlendum fjárfestingum. Skiptast þessir samningar í tvíhliða samninga og marghliða. Þeir marghliða samningar sem fjallað verður um eru samningurinn um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja, stofnsamning fjölþjóðlegu fjárfestingarábyrgðarstofnunarinnar, samninginn um alþjóðaviðskiptaráðið og loks mannréttindasáttmála Evrópu. Tvíhliða samningarnir sem gerð verður grein fyrir eru annars vegar tvíhliða fjárfestingarsamningar á milli ríkja, sem jafnan eru grundvöllur erlendra fjárfestinga, og hins vegar fjárfestingarsamningar ríkja við einstaka fjárfesta, sem eru jafnan gerðir þegar viðskipti eru af þeirri stærðargráðu að hagsmunir aðila krefjast þess að útbúinn sé sérsamningur.

Í fjórða kafla verður fjallað um úrlausn fjárfestingardeilna. Farið verður yfir öll helstu svið þar sem mál af þessu tagi hafa komið til skoðunar. Verður byrjað á deilum ríkja innbyrðis og þeim möguleikum sem hugsanlegir eru til að leysa slíkar deilur og þeir alþjóðlegu dómstólar

³ Í ritgerðinni verður jafnt notast við heitin ICSID, ICSID-gerðardómurinn og ICSID-dómstóllinn.

og gerðardómar sem geta tekið slík mál fyrir. Því næst verður fjallað um mögulegar leiðir við úrlausn deilna þegar ríki á í beinum deildum við erlenda fjárfestinn. Slík mál eru mun algengari þegar fjárfestingardeilur eru annars vegar. Umfjöllun um reglur alþjóðastofnunarinnar um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja verður þar áberandi en einnig verður fjallað um Íran-Bandaríkja-gerðardómnum sem komið var á fót eftir byltinguna í Íran 1979.

Loks verður í síðustu tveimur köflum ritgerðarinnar fjallað um hugtakið eignarnám. Í fimmta kafla verður fjallað um beint eignarnám, það er að segja þegar ríki tekur meðvitaða ákvörðun um að færa eignarráð frá erlendum fjárfesti yfir til sín. Beint eignarnám er einnig stundum kallað þjóðnýting. Farið verður yfir skilyrði þess að ríki geti gert þetta svo löglegt sé.

Í sjötta kafla verður síðan fjallað um óbeint eignarnám. Það hefur færst í vöxt að ríki setji reglur eða beiti aðgerðum sem hafa áhrif á erlendar fjárfestingar. Slíkt hreyfir ekki við formlegum yfirráðum fjárfestisins en skerðir möguleika hans á að nýta fjárfestinguna með eðlilegum hætti. Getur slík háttsemi leitt til þess að ríki verður talið hafa tekið eignina með óbeinum hætti, það er framkvæmt óbeint eignarnám. Í kaflanum verður gerð verður grein fyrir þeim tilvikum þar sem slíkt hefur verið talið hafa átt sér stað og fjallað um þau óljósu mörk sem skilja á milli eðlilegrar háttsemi ríkis og ólögætrar íhlutunar í erlenda fjárfestingu.

Um íslenska hugtakanotkun er það að segja að höfundur hefur notast við þau hugtök sem er að finna í ritunum „Ágrip af þjóðarétti“ eftir Gunnar G. Schram og „Kafla úr þjóðarétti“ eftir Björgu Thorarensen og Pétur Leifsson. Hafi hugtak ekki verið þar að finna var leitað í orðabanka þýðingarmiðstöðvar utanríkisráðuneytisins og ef ekki var þar að finna heppilega þýðingu tók höfundur að sér þýðingu. Sömuleiðis sá hann um þýðingar á dómum og ákvæðum samninga þegar þær voru ekki til á íslensku.

2 Erlendar fjárfestingar

2.1 Almennt

Alþjóðleg verslun og viðskipti eru staðreynd nú á tímum. Skiptar skoðanir eru þó um ágæti þeirra. Ríki heims hafa gert með sér samninga og stofnað bandalög til að liðka fyrir verslun og brjóta niður múra landamæra og tolla. Má í þessu sambandi nefna Alþjóðaviðskiptaráðið og Fríverslunarbandalag Evrópu, en Ísland er aðili að þeim báðum.

Ein af helstu röksemdum fyrir alþjóðlegum viðskiptum eru kenningarnar um algjöra yfirburði annars vegar og hins vegar um hlutfallslega yfirburði. Samkvæmt kenningunni um algjöra yfirburði, sem Adam Smith kom fram með á síðari hluta 18. aldar, á ríki að stunda framleiðslu á þeim sviðum þar sem það hefur yfirburði umfram önnur ríki og einnig að flytja inn vörur sem það getur ekki framleitt sjálf með góðu móti. David Ricardo byggði á kenningu Smith þegar hann setti fram kenninguna um hlutfallslega yfirburði. Segir hún að í tilvikum þegar ríki hefur ekki algjöra yfirburði á einhverju sviði eigi það að einbeita sér að framleiðslu þess sem það er best til fallið til. Hafi ríkið síðan burði til að stunda annars konar framleiðslu en þó ekki með jafn hagkvæmum hætti er, samkvæmt kenningunni, best fyrir ríkið að einbeita sér ekki að þeirri framleiðslu. Frekar eigi að einblína á framleiðsluna sem er hagkvæmust en flytja inn aðrar vörur, sem ríkið getur framleitt en ekki með jafn hagkvæmum hætti.⁴ Vinsælt dæmi til að útskýra kenningarnar fyrir lögfræðingum er að þó þeir geti vissulega skrifað bréf og svarað í síma þá sé hagkvæmara fyrir þá að sinna lögfræðistörfum og ráða ritara til að sinna hinum störfunum.

Öll ríki, jafnvel þau fátækustu, hafa yfir að ráða gæðum sem þau geta nýtt til að framleiða vörur eða veita þjónustu.⁵ Algengt vandamál hinna fátækari ríkja er oft á tíðum ekki skortur á gæðum eða möguleikum heldur skortur á fjármagni eða þekkingu til að geta nýtt sér gæði landsins. Þetta getur til dæmis átt við í orkuiðnaði þar sem ríki hafa yfir að ráða miklum auðlindum, svo sem vatns- eða olíuauðlindum. Í slíkum tilfellum er oft ráðið að laða að erlenda fjárfesta með þekkingu á viðkomandi sviði. Vandamál hefur verið að þessir sömu fjárfestar hafa verið sakaðir um að flytja hagnað af fjárfestingunni úr landi. Þetta leiði til þess að þjóðfélagslegur ávinningur af fjárfestingunum sé lítill. Af ótta við fjármagnsflutninga af þessu tagi hefur komið fyrir að ríki leggi þungar byrðar á fjárfesta í formi hárra skattgreiðslna eða gangi jafnvel svo langt að framkvæma eignarnám, það er þjóðnýta fyrirtæki.

⁴ Jan Wouters og Bart De Meester: *The World Trade Organization*, bls. 2

⁵ Jan Wouters og Bart De Meester: *The World Trade Organization*, bls. 3

Erlendum fjárfestingum má skipta í tvo flokka, annars vegar beinar fjárfestingar (foreign direct investment) og fjárfestingar í erlendum verðbréfum hins vegar. Með beinni fjárfestingu er átt við fjárfestingu í 10% eignarhlutar eða meira þannig að stjórnunarleg áhrif á rekstur fáiast. Í flokk fjárfestinga í erlendum verðbréfum falla aðrar fjárfestingar, það er þær sem eru undir 10% eignarhlutar og ekki fylgja stjórnunarleg áhrif.⁶ Fjárfestingar erlendra aðila byggjast oftast á samningum fjárfestisins við ríki, þar sem fjárfestingin á sér stað. Í samningaviðræðum fyrir fjárfestingar hefur fjárfestirinn alla jafna sterka stöðu, enda vilja ríki, einkum þriðjaheimsríki (þróunarlönd), fá fjárfestingar inn í land sitt til að efla efnahag landsins.⁷

Öll fullvalda ríki hafa stjórn á sínu yfirráðasvæði. Samkvæmt venjuréttarreglu ber ríki aldrei skylda til að samþykkja að erlendur aðili fái að fjárfesta á sínu svæði.⁸ Þegar ríki hefur hins vegar ákveðið að leyfa fjárfestingu á sínu landssvæði þarf ríkið að virða venjuréttarreglur þjóðaréttar um lágmarksskilyrði um meðferð á erlendum fjárfestingum. Í framkvæmd eru skilyrði um meðferð ríkisins þó oftast strangari vegna fjárfestingarsamninga sem veita erlendum fjárfestum ríkari vernd en venjuréttarreglur kveða á um.

Rökin fyrir því að útlendingar eigi að fá sérstaka vernd þjóðaréttar í stað þess að lúta einfaldlega landsrétti ríkja eru ýmsar. Mannréttindadómstóll Evrópu sagði í dómi sínum í máli *James & Others gegn Bretlandi*:

Einkum í tengslum við töku eignar til að stuðla að samfélagsbreytingum þá geta verið góð rök fyrir því að gera mun á ríkisborgara og útlendingi þegar kemur að bótum. Í fyrsta lagi þá eru útlendingar varnarlauseari gagnvart löggjöf ríkisins. Þeir hafa hvorki áhrif á hverjir það eru sem semja lögin og samþykkja, né er leitað til þeirra um álit á efni laganna. Í öðru lagi, þó að taka eignar verði alltaf að vera gerð vegna almannahagsmuna, þá er íhugunarefni hvort ekki sé lögmæt ástæða að láta ríkisborgara bera meiri ábyrgð en útlendinga á almannahagsmunum ríkis.⁹

Alþjóðareglur um erlendar fjárfestingar hafa lengi verið umdeildar eins og lýst verður hér að neðan. Ástæða þess að ríki hafa ekki verið sammála um hvaða reglur skuli gilda eru í grundvallaratriðum spurningar um fullveldi ríkja.

Segja má að í alþjóðlegum fjárfestingarrétti komi þrenns konar tegundir reglna og laga til skoðunar. Í fyrsta lagi hinar almennu reglur þjóðaréttar, í öðru lagi reglur alþjóðlegs viðskiptaréttar (international economic law) og í þriðja lagi reglur ríkjanna þar sem

⁶ Snjólfur Ólafsson. „Útrás íslenskra fyrirtækja og erlendar fjárfestingar“, bls..2.

⁷ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 4.

⁸ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 7

⁹ *MDE James & Others v. UK frá 21. febrúar 1986*, 63. mgr.

fjárfestingar eiga sér stað. Einkenni fjárfestinga gerir það óhjákvæmilega að verkum að eðli, uppbygging og tilgangur laga um erlendar fjárfestingar er annars konar en á tengdum sviðum lögfræðinnar, sér í lagi reglur um alþjóðaverslun og alþjóðaviðskiptaráðið. Ber því að varast að túlka reglur þessara sviða eins, t.d. með því að heimfæra lausn á þessu sviði yfir á annað.¹⁰

2.2 Efnahagsleg áhrif erlendra fjárfestinga

Mismunandi kenningar eru um það hvers konar efnahagsleg áhrif það hefur á ríki að leyfa erlendar fjárfestingar. Skoðanir manna um hvers konar reglur eigi að gilda á þessu sviði eru skiptar og vísa fylgismenn ólíkra stefna til þessara kenninga. M. Sornarajah segir þó að í skrifum um þessar kenningar hafi ekki verið rannsakað nægilega hvort efnahagsleg áhrif fjárfestinga útlendinga séu í samræmi við þessar kenningar. Kenningarnar séu sjaldnast grundvöllur fyrir afstöðu manna heldur sé hún yfirleitt ákveðin fyrirfram og kenningarnar settar fram eftir á henni til stuðnings.¹¹ Engu að síður er full ástæða til að fjalla nánar um þessar kenningar.

2.2.1 Klassíska kenningin

Hin klassíska kenning, sem segja má að sé jafnframt hin viðtekna, er á þá leið að fjárfestingar útlendinga innan tiltekins ríkis séu efnahag þess til hagsbóta. Með því að fá erlent fjármagn inn í efnahagskerfi ríkisins dafni það betur, auk þess sem innlent fjármagn, sem annars hefði verið varið í sams konar fjárfestingu, geti verið nýtt í aðrar framkvæmdir sem komi almenningi til góða. Hinn erlendi fjárfestir þurfi í mörgum tilvikum að koma með tækni sem fyrir sé ekki til staðar. Jafnframt verði ný störf til og verkþekking á nýjum sviðum. Oft þurfi að bæta húsnæði og samgöngur, sjá um heilbrigðismál starfsfólks og starfsmenntun, auk annarra atriða öll koma í hlut fjárfestisins.

Fylgismenn þessarar kenningar halda því fram að vernda beri erlendar fjárfestingar til að liðka fyrir þeim og gera þær fýsilegri í augum mögulegra fjárfesta og þannig stuðla að aukinni og hraðari þróun fátækustu ríkja heims. Hugmyndir vestrænna ríkja um hinn frjálsa markað, hnattvæðing og tilkoma fjölþjóðlegra fyrirtækja hefur allt lagst á eitt um að gera þetta að hinni ráðandi kenningu. Er nú svo komið að alþjóðastofnanir svo sem alþjóðabankinn og alþjóðagjaldeyrissjóðurinn lána ekki nema lánþegi fylgi reglum sem samræmast kenningunni.

¹⁰ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 5

¹¹ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 51.

Hefur þetta verið nefnt „Washington sammælið.“ Jafnframt segir í leiðbeiningum alþjóðabankans um meðferð beinna erlendra fjárfestinga¹²:

...aukið flæði erlendra fjárfestinga er mikilvægur ávinningur fyrir efnahag heimsins, sér í lagi þróunarríkja, með því að bæta langtímaskilvirkni ríkisins með bættri samkeppni, færslu fjármagns, tækni og stjórnunarkunnáttu og auknu markaðsaðgengi og með útvíkkun alþjóðaverslunar.¹³

2.2.2 Skilbindingarkenningin

Skilbindingarkenningin (e. *The Dependency Theory*) er andstæðan við hina klassísku kenningu og er komin frá hagfræðingum og stjórnmálafræðingum í Mið-Ameríku. Er hún á þá leið að erlendar fjárfestingar stuðli ekki að nokkru leyti að þróun efnahags ríkja. Er þá horft til þess að erlendar fjárfestingar séu einkum gerðar af fjölþjóðlegum fyrirtækjum sem hafa höfuðstöðvar í þróuðum ríkjum en með dótturfyrirtæki þess í þróunarríkjum. Ákvarðanataka fyrirtækja miði þar af leiðandi að því að þjóna hagsmunum móðurfélagsins og hluthafa þess í hinu þróaða landi og að hagsmunir ríkisins, þar sem fjárfest hefur verið, þurfi því oft á tíðum að víkja. Með þessu móti verði til í þróunarríkjum það sem kalla mætti jaðarefnahagskerfi. Erfitt sé fyrir ríkin að komast úr þessari stöðu nema þau losni undan því að vera bundin efnahag annarra ríkja í gegnum fjárfestingar útlendinga. Engin þróun eigi sér stað heldur séu ríkin gerð háð efnahagskerfum þróaðra ríkja.

Fylgismenn þessarar stefnu gagnrýna hina klassísku kenningu. Segja þeir meðal annars að þó að fjármagn komi inn í efnahagskerfi lands þá séu þekkt dæmi um að allt að tvöfalt meira fjármagn en upphaflega kom inn í landið fari út úr efnahagskerfinu vegna heimsendingar hagnaðar. Einnig að öll rök um uppbyggingu í kringum nýjar fjárfestingar, jafnt mannvirkja, menntastofnana og heilbrigðisstofnana, gagnist ekki þorra fólks. Það sé einungis elíta efnaðra manna sem hafi efni á því. Jafnframt hefur verið bent á að samband þessarar elítu, sem ræður ríkjum í landi, við starfsfólk stórfyrirtækja hafi óeðlileg áhrif á stjórnmálastöðu ríkis, meðal annars þegar kemur að því að setja reglur sem koma sama fyrirtæki við. Þetta leiði síðan til mannréttindabrota gagnvart öðrum en þessari elítu.

Fylgismenn skilbindingarkenningarinnar halda því fram að þróun efnahags eigi ekki að mæla í stöðu ríkissjóðs heldur eigi að horfa til stöðu allrar þjóðarinnar og hvernig auður deilist niður á borgarana. Sé horft til hnattvæðingar síðustu ára megi skýrt sjá aukna misskiptingu

¹² The World Bank's Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment.

¹³ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 51 – 57.

milli ríkra og fátækra. Því sé ekki um eiginlega þróun að ræða í fátækustu ríkjum, þar sem þróun eigi að vera réttur fólks en ekki ríkisins.¹⁴

2.2.3 Millileiðin

Mörg ríki hafa reynt að koma sér hjá því að fara fullkomlega eftir ákveðnum kennisetningum þegar kemur að erlendum fjárfestingum. Frekar hafa þau reynt að nálgast efnið með hagssýnissjónarmið að leiðarljósi. Í seinni tíð er viðmót ríkja gagnvart fjölþjóðafyrirtækjum ekki jafn fjandsamlegt og oft áður. Greind hafa verið þau jákvæðu og neikvæðu áhrif sem leiða af fjárfestingum útlendinga í þróunarríkjum, en þau eru að miklu leyti í samræmi við gagnrýnina sem minnst var á hér að ofan.

Flestir viðurkenna að fjölþjóðlafyrirtæki geti haft bæði góð og slæm áhrif á efnahagsþróun ríkja. Nýta beri erlendar fjárfestingar til að stuðla að aukinni efnahagsþróun en gæta verði þess að vanda til reglusetningar í kringum þessi fyrirtæki. Mörg þróunarríki vilja til dæmis byggja hratt upp iðnað innanlands, sem hins vegar vegar er aðeins mögulegt með aðkomu stórfyrirtækja. Samdar hafa verið reglur um hegðun fyrirtækja sem fjárfesta í erlendum ríkjum. Jafnframt hafa ríki sett lög sem tryggja að fjárfestir geti ekki sett ósanngjarnar takmarkanir á nýtingu tækninýjunga sem hann hefur flutt inn í landið. Þessar reglur teljast ekki til alþjóðalaga en geta haft áhrif á hugsanlega seinni tíma lagasetningu.

Ríkisstjórnir vilja að lönd sín séu opin og fæli ekki hugsanlega fjárfesta frá, enda er samkeppni um að laða að sér stór alþjóðafyrirtæki. Á sama tíma er reynt að koma í veg fyrir að fyrirtæki misnoti þá aðstöðu sem þeim er búin. Áhrif þessarar stefnu, sem (eins og heitið bendir til) fer millivegin milli kenninganna tveggja sem nefndar voru að ofan, hafa verið mikil.¹⁵

2.3 Saga erlendra fjárfestinga

2.3.1 Fram að fyrri heimsstyrjöld

Skipta má sögu erlendra fjárfestinga í þrjú tímabil, þar sem viðhorf ríkja gagnvart fjárfestingum útlendinga hafa breyst svo um munar. Á því fyrsta, milli 1870 og 1914, varð aukning á fjármagnsflæði á milli landa sem leiddi til aukinna fjárfestinga erlendra aðila. Svo virðist sem helstu ríki heims hafi verið samþykkt því að ef ríki tók eign útlendinga þá var það skuldbundið til að greiða tafarlaugar og fullnægjandi skaðabætur. Afar sjaldgæft var að

¹⁴ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 57 – 59.

¹⁵ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 59 – 65.

eignarnám færi fram á þessu tímabili.¹⁶ Gert var ráð fyrir því að landslög ríkja myndu vernda eignayfirráð erlendra fjárfesta og byggðist það einkum af á því, að þeim ríkjum sem tóku við erlendum fjárfestum var almennt treyst.¹⁷ Þetta var því lengst af ekki mikið áhyggjuefni í þjóðarétti. Til dæmis skrifaði John Adams, annar forseti Bandaríkjanna, árið 1796 að engin regla milli þjóða væri eins traust og sú að eignir útlendinga innan lögsögu ríkis nytu friðhelgi á við eignir innfæddra og verndar ríkisins.¹⁸

2.3.2 Rússneska byltingin, tvær heimsstyrjaldir og árin þar á eftir.

Milli heimsstyrjaldanna var ekki mikið um fjárfestingar erlendra aðila í öðrum löndum. Eftir síðari heimsstyrjöldina varð síðan hægfara þróun fyrst í stað, enda þjóðir heims að endurreisa efnahagskerfi sín. Með tímanum jukust þó fjárfestingar, en mestu máli skipta á þessu tímabili þær viðhorfsbreytingar sem urðu gagnvart eignum erlendra aðila.

Eftir rússnesku byltinguna í október 1917 tók kommúnistastjórnin við og Sovétríkin voru stofnuð. Með yfirlýsingu þann 26. október sama ár var því lýst yfir að einkaeign á landi væri afnumin og engar bætur skyldu greiddar fyrir. Á næstu mánuðum var tilkynnt um þjóðnýtingu allra banka (ásamt öllum eignum þeirra) og allrar helstu iðnaðarframleiðslu í landinu, þar með talið á námum, verksmiðjum og olíuframleiðslu. Enginn greinarmunur var gerður á eignum innlendra og erlendra aðila. Þann 13. febrúar 1918 sendu Bandaríkin mótmæli til ríkisstjórnar Sovétríkjanna þar sem sagði að öll erlend ríki, sem ættu fulltrúa í Sovétríkjunum, litu svo á að upptaka eigna landa sinna væri ógild. Vestræn ríki samþykktu því aldrei þessar aðgerðir. Engin niðurstaða fékkst þó varðandi kröfur þessara ríkja gegn Rússlandi.¹⁹

Hugmyndir þær, sem byltingarmenn í Rússlandi byggðu á, voru fyrst kynntar af argentínska lögspekingnum Carlos Calvo árið 1868. Hann hélt því fram að alþjóðareglur leyfðu að heimaríki mætti minnka þá vernd, sem erlend fjárfesting nyti í landi, ef vernd innlendra fjárfesta minnkaði að sama skapi. Jafnframt taldi hann að útlendingar yrðu að sækja rétt sinn fyrir dómstólum heimaríkisins en gætu ekki nýtt sér diplómátíska vernd síns eigin ríkis eða farið fyrir alþjóðadómstól með málið. Sígilt ákvæði milli ríkis og fjárfestis, byggt á þessari kenningu, lítur svona út:

Viðsemjandinn og allir aðilar, hvort sem það eru starfsmenn eða aðrir, sem taka þátt í framkvæmd verks samkvæmt samningi þessum beint eða óbeint, skulu þegar kemur að framkvæmd, vinnu og fullnustu þessa samnings, teljast mexíkanskir að öllu leyti innan

¹⁶ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 391 – 392.

¹⁷ Isi Foighel: *Nationalization*, bls. 12.

¹⁸ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 11

¹⁹ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 393.

Mexíkóríkis. Þeir skulu ekki krefjast og skulu ekki njóta, þegar kemur að framkvæmd þessa samnings, annarra réttinda eða úrræða til að ná fram réttindum, en þeirra sem veitt eru samkvæmt lögum Mexíkóríkis. Þeir skulu ekki heldur njóta annarra réttinda en þeirra sem tryggð eru mexíkönunum. Þeir eru þar af leiðandi sviptir réttindum sem útlendingar. Undir engum kringumstæðum skal íhlutun erlendra diplómátskra aðila vera leyfð þegar kemur að málefnum tengdum þessum samningi.²⁰

Kenning þessi, Calvo-kenningin, fékk fyrst í stað lítinn hljómgrunn. Hún fékk þó endurreisn svo um munaði við tilkomu Sovétríkjanna. Kenningin var jafnframt kveikjan að ferli sem átti sér stað í Mexíkó þegar bandarískar eignir í landbúnaði og olíuvinnslu voru þjóðnýttar. Árið 1917 var gerð breyting á stjórnarskrá landsins, þar sem því var lýst yfir að eignayfirráð yfir landi og auðlindum væru í höndum ríkisins sem gæti síðan leyft einkaaðilum að fara með þessi eignayfirráð. Hæstiréttur Mexíkó úrskurðaði að ákvæði stjórnarskrárinnar miðuðu að því að eyða hinni viðteknu hugmynd um eignarétt sem algjörlega takmarkalausum rétti. Í staðinn var sett fram sú hugmynd að einkaeign væri tilkomin og sköpuð af samfélaginu. Einkaeign gæti því ekki verið réttur einstaklings heldur réttur leiddur af almannahagsmunum. Jafnframt sagði í einu ákvæði stjórnarskrárinnar að eignarnám mætti einungis framkvæma vegna nýtingar í þágu almennings og gegn bótum. Geta ríkisins til að greiða bætur væri mikilvægur þáttur í að ákvarða hversu miklar bætur væru greiddar.²¹

Þetta leiddi til diplómátskra deilna milli Bandaríkjanna og Mexíkó. Utanríkisráðherra Bandaríkjanna, Cornell Hull, lýsti þeirri afstöðu Bandaríkjanna, sem raunar varð skoðun flestra vestrænna ríkja, að samkvæmt alþjóðalögum mætti ekki þjóðnýta eignir útlendinga nema gegn tafarlausum, hæfilegum og skilvirkum bótum.²² Þessi skilyrði hafa jafnan verið nefnd Hull-formúlan, en nánar verður vikið að henni síðar í ritgerðinni. Hann útskýrði þetta nánar með því að segja að Bandaríkin hefðu skilning á því að ríkisstjórn Mexíkó stefndi að umbótum sem væru borgurum þeirra til hagsbóta. Ekki væri þó hægt að fallast á að þessar áætlanir færu fram á kostnað bandarískra ríkisborgara frekar en Mexíkó myndi fallast á það ef Bandaríkin létu aðgerðir sínar til að bæta samfélagið bitna á mexíkönskum borgurum. Samskiptum ríkjanna tveggja lyktaði með því að nefnd var stofnuð til að fara yfir kröfur vegna eignarnáms og sætta aðila. Útkoman var margþætt en meðal annars sú að Mexíkó greiddi bætur vegna eignarnámsins.²³

Segja má að í hnotskurn hafi hér verið kominn grunnurinn að ágreiningi vestrænna þjóða annars vegar og sósíalískra ríkja Austur-Evrópur, Mið-Ameríkúríkja og þróunarríkjanna hins

²⁰ Á samningsákvæði þessu var byggt í málinu „North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) gegn United Mexican States, (1926) 4 R.I.A.A. 26. Sjá nánar: , bls. 50.

²¹ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 393 – 394.

²² Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls.

²³ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 398 - 403.

vegar næstu áratugi þar á eftir. Á árunum frá 1945 til 1970 var þessi ágreiningur í hámarki. Ríki stunduðu það jafnan að þjóðnýta eða taka eignir útlendra fjárfesta (og vitaskuld einnig eignir borgara sinna) og fylgdu síðan því eftir með samningaviðræðum. Oftast var niðurstaðan úr slíkum viðræðum á þá leið að bætur skyldi greiða en upphæðin var sjaldnast í samræmi við Hull-formúluna og raunar oftast langt frá henni.²⁴ Í Sabbatino-dómnum²⁵ frá 1964 taldi Hæstiréttur Bandaríkjanna að eignarnám Kúbu á bandarískum fjárfestingum þar í landi væri ekki brot á þjóðarétti og að reglan um aðgerðir fullvalda ríkis (act of state doctrine) ætti við í slíku tilviki. Um stöðu þessa efnis í þjóðarétti sagði dómurinn:

Á fáum sem engum sviðum þjóðaréttar eru skoðanir jafn skiptar og um takmarkanir á rétti ríkja til að framkvæma eignarnám á eigum útlendinga. (...) Ósamkomulagið endurspeglar enn dýpri grundvallarmun á hagsmunum ríkja, sem taka við fé inn í land sitt og ríkja sem flytja það út. Jafnframt endurspeglar þetta muninn á samfélagsviðhorfum þeirra ríkja sem eru hlynnt því að ríkið stýri stórum hluta framleiðslunnar og hinna sem eru fylgjandi frelsi einkafyrirtækja.

Calvo-kenningin er síður en svo eingöngu réttarsögulegt fyrirbæri. Enn þann dag í dag má sjá samningsákvæði sem byggja á þessari hugmyndafræði. Fyrir Íran-Bandaríkja-gerðardómnum í Haag byggði málatilbúnaður Írana á slíkum röksemdum. Sú röksemdafærsla hefur að vísu ekki skilað miklum árangri á þeim vettvangi.²⁶

Samningar um vináttu, viðskipti og siglingar eða FCN-samningar (e. Friendship, Commerce and Navigation) komu fyrst fram átjándu öld og voru við lýði fram á fyrri hluta tuttugustu aldar. Slíkir samningar höfðu jafnan að geyma ákvæði um verndun erlendra fjárfestinga, sem voru þó ólík þeim sem tíðkast í þeim samningum sem gerðir eru á síðari árum.²⁷

Tilrauna til að setja svipaðar reglur í fjölþjóðasamninga fór að gæta við stofnun Sameinuðu þjóðanna. Þá var reynt að koma á fót alþjóðastofnun, sem væri hliðstæð Alþjóðabankanum og Alþjóðagjaldeyrissjóðnum, sem sæi um allar hliðar hins alþjóðlega viðskiptaréttar og hétu Alþjóðaviðskiptastofnunin (e. *The International Trade Organization*).²⁸ Stofnsamningurinn, Havana-sáttmálinn, hafði meðal annars að geyma kafla þar sem var að finna reglur um verndun erlendra fjárfestinga. Þó að samningurinn hafi ekki tekið gildi var

²⁴ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 405-406.

²⁵ Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964).

²⁶ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 51.

²⁷ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 209.

²⁸ Ekkert varð hins vegar úr stofnun Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar, einkum vegna þess að bandaríska þingið neitaði að samþykka samninginn. Jan Wouters og Baart De Meester: *The World Trade Organization*, bls. 9

hann merkilegur fyrir þær sakir að í honum var að finna fyrstu tilraunina til að gera fjölþjóðlegan samning um erlendar fjárfestingar.

Árið 1961 voru sett fram svokölluð samningsdrög um alþjóðlegar skyldur ríkja fyrir brot á útlendingum (e. *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*). Voru það tveir prófessorar við Harvard háskóla, Louis Sohn og Richard Baxter, sem áttu heiðurinn af þessu verki og eru drögin kennd við skólann. Drög þessi höfðu mikil áhrif á þróun reglna um alþjóðlegar fjárfestingar.²⁹

Árið 1962 var samþykkt ályktun allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna nr. 1803 um varanlegt fullveldi ríkja yfir náttúruauðlindum.³⁰ Má segja að hún hafi verið nokkurs konar málamiðlun milli tveggja fylkinga, það er þeirra sem aðhylltust Calvo-kenninguna og þeirra sem fylgdu Hull formúlunni. Með árunum má þó segja að þróunin hafi orðið sú að iðnríkin hafi haft betur. Í lykilmálgreininni, 4. mgr., er nefnilega kveðið á um að eignarnám geti aðeins átt sér stað að því tilskildu að það sé í þágu almannahagsmuna, feli ekki í sér mismunun og fyrir það skuli koma viðeigandi skaðabætur sem byggji á reglum landsréttar í viðkomandi ríki og samrýmist þjóðréttarreglum. Þetta ákvæði, og þar með Hull formúlan, er eins og nánar verður fjallað um varðandi eignarnám í 5. kafla, talin vera skrásett þjóðréttarvenja.³¹ Sovétríkin lögðu fram þá tillögu að ályktunin skyldi kveða á um að ákvarðanir um bætur skyldu fara eftir lögum þess lands þar sem eignarnám ætti sér stað, en þessu var hafnað.

Þróunarríkin héldu þó áfram baráttu sinni fyrir auknu vægi fullveldisréttar. Í skjóli aukins atkvæðafjölda á allsherjarþinginu gátu þau komið því til leiðar árið 1972 að samþykkt var þar ályktun allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna um sáttmála um efnahagsleg réttindi og skyldur ríkja.³² Ályktunin hafði að geyma ákvæði sem voru í samræmi við stefnu Sovétríkjanna og þróunarríkja, það er sams konar ákvæði og hafnað hafði verið árið 1962, um að bætur færu eftir lögum lands, þar sem eignarnám færi fram, og eftir öðrum atriðum sem ríkið taldi skipta máli.³³ Þessi ályktun hefur hins vegar aldrei verið talin endurspegla venjurétt, bæði þar sem vestræn ríki greiddu atkvæði gegn henni og að allsherjarþingið samþykkti einungis að sáttmálinn endurspeglaði skoðun ríkja um æskilegan rétt en ekki gildandi rétt.³⁴

²⁹ Raymond Doak Bishop, James Crawford, Michael Reisman: *Foreign Investment Disputes*, bls. 5.

³⁰ Ályktun 1803 (XVII) frá 14. desember 1962.

³¹ Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 103.

³² Charter of Economic Rights and Duties of States. GA Res. 3281 (XXIX), U.N. GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31 (1974) 50. U.N. Doc. A/RES/29/3281, 12 December 1974

³³ Sbr. c-lið 2. mgr. 2. gr. sáttmálans

³⁴ Peter Malanczuk: *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, bls. 236.

Árið 1967 gerði Efnahags- og framfarastofnunin (OECD)³⁵ drög að samningi, sem nefndist OECD samningurinn um verndun erlendra eigna.³⁶ Texti samningsins vék frá ákvæðum eldri samninga, þar á meðal FCN-samninga, hvað varðar leiðir til að útkljá deilur vegna fjárfestinga.

Eldri ákvæði höfðu gert ráð fyrir því að þegar upp kæmu deilur um meðferð fjárfestinga væri það á forræði ríkjanna tveggja að leysa málin, fyrst með samningum en síðan með því að samþykka að bera málið undir alþjóðadómstólinn í Haag eða undir gerðardóm. Vandamálið við þessa útfærslu á lausn deilna er sú að fjárfestir þarf að leita til síns eigin ríkis og sannfæra það um að brotið hafi verið á sér. Vandamál tengd þessu eru að taki ríki að sér mál verður deila fjárfestis og ríkis að deilu tveggja ríkja. Í slíkri stöðu geta aðrir þættir skipt meira máli en eingöngu hin sanngjarna niðurstaða í því tiltekna máli.

Í OECD samningnum var fjárfestum veittur réttur til að fara með mál sín fyrir alþjóðlegan gerðardóm, sem stofna átti með samningnum, án þess að leita þyrfti til heimaríkis fjárfestisins. Þótt OECD samningurinn hafi aldrei haft bindandi áhrif varð hann hvati að mörgum tvíhliða fjárfestingarsamningum á sjöunda áratug tuttugustu aldar. Í tvíhliða fjárfestingarsamningum sem tíðkast í dag er fjárfestum jafnan gert auðveldara að leiða deilur til lykta á eigin spýtur án atbeina síns heimaríkis.³⁷

2.3.3 Frá tíunda áratug 20. aldar

Eftir nokkurt skrið var hápunkti síðan náð á tíunda áratug síðustu aldar þegar erlendar fjárfestingar fjórfölduðust frá því sem áður hafði verið.³⁸

Ástandið, sem upp var komið vegna hinna andstæðu sjónarmiða um meðferð á erlendra fjárfestinga sem lýst var að ofan, varði um það bil til ársins 1990. Þá liðuðust Sovétríkin í sundur og ýmis Mið-Ameríkuríki fóru að finna fyrir neikvæðum efnahagslegum áhrifum af því að vera fylgjandi stefnu fyrri ára. Þau tóku því að gera tvíhliða fjárfestingarsamninga við önnur ríki. Alþjóðasamfélagið fór jafnframt að líta svo á leggja bæri áherslu á einkageirann til að stuðla að þróun í fátækum ríkjum. Má nefna að Alþjóðabankinn setti fram leiðbeiningar um meðferð á beinum erlendum fjárfestinum árið 1992. Í formála þeirra sagði að aukið flæði beinna erlendra fjárfestinga væri mikið hagsmunamál alþjóðasamfélagsins en einkum efnahags þróunarríkjanna. Það væri best gert með því að bæta langtímaskilvirkni heimaríkis

³⁵ Efnahags- og framfarastofnunin hóf starfsemi árið 1961 og markmið hennar er að stuðla að lýðræði og markaðshagkerfi. 30 ríki, þar á meðal Ísland, eiga aðild að stofnuninni.

³⁶ The OECD Convention on the Protection of Foreign Property. 7 ILM (1968); OECD Publications 23081.

³⁷ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 14-15.

³⁸ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 1.

með bættri samkeppni, flutningi fjármagns, tækni og stjórnunargetu og stækka markaðsaðgengi og víkka út alþjóðaviðskipti.

Með þessari breytingu varð baráttan gegn venjurétti í raun úrelt. Nú var mikilvægt að vernda erlendar fjárfestingar umfram það sem venjuréttur kvað á um. Hull-formúlan var þannig orðin viðmiðið fyrir fjölda tvíhliða samninga sem og fjölþjóðasamninga. Þróunarríki gerðu jafnframt samninga af þessu tagi sín á milli.

Eftir þessi tímamót í alþjóðlegu lagaumhverfi erlendra fjárfestinga hefur áherslan færst frá því að greina lágmarksviðmið um meðferð erlendra fjárfestinga yfir í túlkun tvíhliða fjárfestingarsamninga. Í framhaldi af þessu hefur spurning vaknað um vísanir samninga í venjuréttarreglur, en hefur fram til þessa ekki verið fullkomlega útkljáð.³⁹

2.4 Ísland og erlendar fjárfestingar

Á 20. öld stunduðu Íslendingar ekki fjárfestingar erlendis í sama mæli og nágrannaríkin. Hlutfall þeirra miðað við landsframleiðslu var 0,6% á árunum 1995-1997 á meðan hún var 1,4% að meðaltali í öðrum ríkjum OECD.⁴⁰ Einna helst voru það fyrirtæki sem seldu og markaðssettu sjávarafurðir sem náðu árangri í fjárfestingum. Með þeim gátu fyrirtæki bætt aðgang sinn að mörkuðum og dregið úr sammingsóvissu. Önnur íslensk fyrirtæki lentu í vandræðum, til dæmis við rekstur útgerðarfyrirtækja í Rússlandi og lakkrísframleiðslu í Kína.⁴¹ Á árunum þar á eftir varð umfangsmikil aukning á erlendum fjárfestingum. Í lok ársins 2006 var fjármunaeign Íslendinga erlendis rúmlega 952 milljarðar íslenskra króna, sem samsvarar 83% af þjóðarframleiðslu.⁴² Þessi aukning varð á mörgum sviðum. Erlendar fjárfestingar í sjávarútvegi héldust stöðugar en langmest aukning varð í fjárfestingum í fasteignum og viðskiptum en einnig varð mikil aukning á sviði bankastarfsemi og iðnaðar.⁴³

Fjárfestingar erlendra aðila hér á landi hafa að mestu leyti verið bundnar við stóriðju. Lagalegar takmarkanir eru á eignarhaldi útlendinga í sjávarútvegi. Ýmis vandamál eru til staðar þegar kemur að því að laða erlenda fjárfesta hingað til lands, einkum smæð markaðarins, sem veldur því að fyrirtæki ná ekki að nýta stærðarhagkvæmni sína.⁴⁴

Þó að tvíhliða fjárfestingarsamningar kveði á um verndun gegn eignarnámi, hefur það ekki dregið úr þörfinni fyrir verndun eigna á ríkari hátt en áður. Í samningunum er til að mynda

³⁹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 11 – 17.

⁴⁰ *Alþjóðavæðing, Alþjóðleg umgjörð efnahags- og atvinnulífs - Hugsanleg þróun til 2010.*, bls. 29

⁴¹ *Alþjóðavæðing, Alþjóðleg umgjörð efnahags- og atvinnulífs - Hugsanleg þróun til 2010.*, bls 27-29

⁴² Snjólfur Jónsson, „Útrás íslenskra fyrirtækja og erlendar fjárfestingar“, bls. 4.

⁴³ Auður Hermannsdóttir, Anný Berglind Thorstensen og Snjólfur Ólafsson: *Overview of foreign investment from Iceland 1998 to 2005*, bls. 15.

⁴⁴ *Alþjóðavæðing, Alþjóðleg umgjörð efnahags- og atvinnulífs - Hugsanleg þróun til 2010.*, bls. 30.

jafnan ákvæði, *lex specialis*, sem kveður á um með hvaða hætti mál skuli útkljáð, það er að segja fyrir hvaða dómi.

Íslenska ríkið hefur skrifað undir sjö tvíhliða fjárfestingarsamninga, við Kína (1994), Lettland (1998), Litháen (2002), Víetnam (2002), Chile (2003), Líbanon (2004) og Mexíkó (2005). Þá hefur íslenska ríkið fullgilt og lögfest samninginn um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja, sbr. lög nr. 74/1966.

3 Alþjóðasamningar á sviði erlendra fjárfestinga

3.1 Almennt

Í umfjöllun um alþjóðalög um eignarnám þarf að skoða tvennt, annars vegar alþjóðasamninga og hins vegar þær venjuréttarreglur sem í gildi eru um efnið. Hér að neðan verður gerð grein fyrir þeim samningum er hafa áhrif á erlendar fjárfestingar, það er að segja marghliða (réttarskapandi) og tvíhliða (réttarskipandi) alþjóðasamningum um erlendar fjárfestingar.

3.2 Marghliða samningar

3.2.1 Samningur um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja

Alþjóðastofnunin um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja, eða ICSID eins og hún verður jafnan nefnd að neðan (e. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*),⁴⁵ er ein fimm stofnana sem eru starfræktar undir heildarnafninu alþjóðabankastofnunin (e. *World Bank Group*).

Stofnunin var sett á laggirnar með það að markmiði að ýta undir beinar erlendar fjárfestingar. Þetta gerir hún með því að vera aðsetur sem erlendir fjárfestar geta leitað til í þeim tilgangi að fá skorið úr um, með endanlegum hætti, deilur sínar við ríki þar sem þeir hafa fjárfest. ICSID er þannig ekki eftirlitsaðili með erlendum fjárfestingum og stofnunin sjálf hefur ekki heldur það hlutverk að leysa fjárfestingardeilur milli aðila. Hún veitir stuðning með því að hafa aðstöðu og regluverk sem gerðardómur, sem deiluaðilar síðan velja samkvæmt ákveðnum reglum, fylgir við að leiða mál til lykta.

Samkvæmt reglum ICSID-samningsins er mögulegt að leiða mál til lykta annars vegar með dómi eða með sáttum. Sáttameðferðin hefur þó sjaldan verið nýtt. Dugi sú leið ekki til að leysa deilu er vitaskuld mögulegt að fara með mál fyrir gerðardóm. Ýmsir kostir eru við að fara með mál til ICSID. Þar eru skýrar reglur um málsmeðferð gerðardómsins, dómara eru valdir af málsaðilum og hjá stofnuninni starfar fólk með reynslu og kunnáttu á þessu sviði alþjóðalaga. Mjög þröngar heimildir eru til að fá dómi hnekk, auk þess sem kveðið er á um það í ICSID samningnum að dómur fyrir gerðardómi á hans vegum skuli hafa sama vægi og hann hefði í innanlandsdómstól aðildarríkja. Því eru niðurstöður mála frá ICSID tryggar og þeim jafnan hlítt að öllu leyti.⁴⁶

⁴⁵ Samningur um lausn fjárfestingar deilna milli ríkja og þegna annarra ríkja (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States), fullgiltur 25. júlí 1966, öðlaðist gildi 14. október 1966, C 13/1966. Hér eftir í ritgerðinni verður stofnunin kölluð ICSID.

⁴⁶ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 31.

143 ríki hafa fullgilt ICSID samninginn og 12 önnur hafa skrifað undir hann. Þau ríki sem hafa ekki skrifað undir samninginn eiga þó kost á að nýta sér aðstöðu ICSID. Á upphafsárum stofnunarinnar, þegar færri mál komu til kasta ICSID, kom hún á svokallaðri viðbótaraðstöðu (e. *Additional Facility*) árið 1978 til að laða að viðbótarverkefni. Það er þó nauðsynlegt að annað hvort ríki, þar sem fjárfest er, eða ríki fjárfestis, sé aðili að ICSID samningnum. Viðbótaraðstaða ICSID er í dag afar virk. Þar enda fjárfestingardeilur innan Fríverslunarsamtaka Norður-Ameríku (e. *The North American Free Trade Agreement - NAFTA*) þar sem Kanada og Mexíkó hafa ekki undirgengist ICSID samninginn.⁴⁷

Nánar er fjallað um reglur ICSID, lögsögu og málsmeðferð, í 5. kafla um úrlausnir fjárfestingardeilna.

3.2.2 Stofnsamningur fjölþjóðlegu fjárfestingarábyrgðarstofnunarinnar

Seoul samningurinn, stofnsamningur fjölþjóðlegu fjárfestingarábyrgðarstofnunarinnar eða MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency), tók gildi árið 1988.⁴⁸ Stofnunin er, eins og ICSID, ein hinna fimm stofnana sem mynda Alþjóðabankahópinn. Tilgangur með stofnun MIGA var að stuðla að erlendum fjárfestingum og með því þróun á alþjóðavettvangi. Til að ná þessu markmiði hefur stofnunin þrjú meginhlutverk, sem eru nefnd í 2. gr. samningsins. Hið fyrsta er að veita tryggingar gegn stjórn málaáhættu í ríkjum þar sem fjárfest er, þar á meðal gagnvart stríðsáhættu, eignarnámi, takmörkunum á flutningi fjármagns og vegna vangreiðslu ríkja á bótum sem það hefur verið dæmt til að greiða fyrir brot eða höfnun á samningi. Þessa tryggingu geta fjárfestar fengið séu þeir frá aðilarríkjum MIGA og ætla að fjárfesta í þróunarríki sem jafnframt er meðlimur MIGA.

Annað meginhlutverk MIGA er að veita þróunarríkjum tækniástoð og ráðgjöf til að stuðla að fjárfestingum erlendis frá. Þriðja hlutverk stofnunarinnar er loks að vera sáttasemjari þegar upp koma fjárfestingardeilur. Þannig er hlutverk stofnunarinnar tengt ICSID að nokkru leyti, enda eru þetta þær alþjóðastofnanir sem starfa að verndun fjárfestinga.

Stofnunin hefur vaxið talsvert síðan hún hóf starfsemi. Hún hefur veitt tryggingar fyrir næstum 900 verkefnum í 96 þróunarríkjum að andvirði 17 milljarða dollara.⁴⁹

⁴⁷ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 30.

⁴⁸ Stofnsamningur Fjölþjóðlegu fjárfestingarábyrgðastofnunarinnar (e. *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*), fullgiltur 24. júlí 1998, öðlaðist gildi sama dag, C 18/1998.

⁴⁹ MIGA, About MIGA (http://www.miga.org/about/index_sv.cfm?stid=1588)

3.2.3 Samningurinn um Alþjóðaviðskiptastofnunina

Líta má á Alþjóðaviðskiptastofnunina (World Trade Organization, WTO) sem regnhlífarsamtök utan um ýmsa samninga sem gilda um alþjóðaviðskipti og hafa það að markmiði að stuðla að frjálsri verslun í heiminum og minnka tolla ríkja á milli. GATT (e. *General Agreement on Tariffs in Trade*) samningurinn frá 1948 er upprunalegi samningurinn á þessu sviði. Síðar var gerður nýr GATT samningur árið 1994 sem kvað meðal annars á um stofnun Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar. Aðrir samningar hafa jafnframt verið gerðir sem falla undir stofnunina en eru þó ekki um verslun. Þetta er GATS (e. *General Agreement on Tariffs on Services*) sem er um þjónustustörf og TRIPS (e. *The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

GATS er mikilvægastur þessara samninga hvað erlendar fjárfestingar varðar. Fjallar hann um flutning á þjónustu milli landa. Er þar til dæmis átt við bankastarfsemi, skipamiðlun og hvers konar ráðgjafarþjónustu. Þjónustustörfum af þessu tagi fylgja yfirleitt einhverjar bækistöðvar í landinu þar sem þjónustan er boðin. Það að kaupa eða leigja húsnæði, ráða starfsfólk og fleira þvíumlíkt er því bein fjárfesting eða ígildi fjárfestingar. Aðgengi að markaði og ákvæði um vernd slíkra fjárfestinga eru einmitt af sama tagi og kveðið er á um í tvíhliða fjárfestingarsamningum. Þannig má sjá hve nán tengsl geta verið á milli fjárfestingarsamninga og atriða er tengjast Alþjóðaviðskiptastofnuninni.⁵⁰

Alþjóðaviðskiptastofnunin er sérstakt alþjóðasamband. Uppbyggingin er flókin og regluverkið til að leysa úr deilum er margþætt og ekki byggt á hugmyndum um klassískan dómstól. Ekki verður fjallað nánar um Alþjóðaviðskiptastofnunina í þessari ritgerð þótt hún tengist vissulega fjárfestingum. Umfjöllun og kynning á stofnuninni sjálfri væri efni í aðra ritgerð auk þess sem framlag hennar til þróunar reglna um eignarnám í þjóðarétti er lítið eða ekkert.⁵¹

3.2.4 Mannréttindasáttmáli Evrópu

Samningur um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sem jafnan er nefndur Mannréttindasáttmáli Evrópu, er alþjóðlegur mannréttindasamningur frá árinu 1950. Í honum er kveðið á um mannréttindi, sem samningsaðilar skuldbinda sig til að tryggja öllum á sínu

⁵⁰ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 28-29.

⁵¹ M. Sornarajah: *The International Law of Foreign Investment*, bls. 297 og áfram.

yfirráðasvæði, sbr. 1. gr. samningsins.⁵² Með samningnum var jafnframt komið á fót Mannréttindadómstól Evrópu, sem dæmir í málum sem upp koma þegar aðilar telja að ríki hafi brotið á þeim réttindi.⁵³

Ástæða þess að fjallað er um samning þennan í þessari ritgerð er að í 1. gr. 1. samningsviðauka við samninginn er kveðið á um friðhelgi eignaréttarins. Þar segir í 1. mgr. að öllum mönnum og lögaðilum beri réttur til að njóta eigna sinna í friði. Skuli engan svipta eign sinni, nema hagur almennings bjóði og gætt sé ákvæða í lögum og almennra meginreglna þjóðaréttar. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur kveðið upp marga dóma, þar sem þessi grein var til skoðunar. Nokkrir þykja afar mikilvægir þegar kemur að eignarnámi á erlendum fjárfestingum, eins og sjá má í 6. kafla þessarar ritgerðar.

3.3 Tvíhliða samningar

3.3.1 Tvíhliða fjárfestingarsamningar milli ríkja

3.3.1.1 Almenn

Ríki gera jafnan samninga sín á milli um erlendar fjárfestingar þannig að ríkisborgarar og aðilar innan ríkjanna geti fjárfest í hinu samningsríkinu. Tilgangur þessara samninga er að ýta undir og vernda fjárfestingar borgara sinna í landi viðsemjanda. Þeir hafa tíðkast lengi en á tíunda áratug síðustu aldar varð mikil aukning í gerð þeirra og hefur sú þróun haldist fram til dagsins í dag. Eitt mikilvægasta skrefið, sem stuðlaði að þessari aukningu, var að Asíuríki hófu að gera slíka samninga í auknum mæli, einkum Kína, Indland og Japan. Sama er jafnframt að segja um ýmis þróunarríki, sem fóru að semja sín á milli um fjárfestingar borgara sinna.⁵⁴

Ríki hafa í sífellt auknum mæli gert tvíhliða fjárfestingarsamninga. Í samantekt frá árinu 2006 voru eittþúsund og áttahundrað tvíhliða samningar á skrá. Flest ríki heims höfðu gert slíka samninga og árið 2004 höfðu níu ríki gert fleiri en níutíu slíka. Í dag eru þeir orðnir fleiri en tvöþúsund.⁵⁵ Þó að erfitt sé að sannreyna með óyggjandi hætti um áhrif tvíhliða fjárfestingarsamninga, virðast nýlegar kannanir sýna að samningar af þessu tagi hafi jákvæð áhrif á flæði erlends fjármagns inn í land í formi fjárfestinga. Fleira þarf þó að koma til en eingöngu að til staðar sé samningur af þessu tagi vilji ríki laða að erlenda fjárfesta. Ríki þarf

⁵² Ísland fullgilti samninginn árið 1950. Samningurinn var síðan lögfestur árið 1994, sbr. lög nr. 62/1994 um Mannréttindasáttmála Evrópu.

⁵³ Sjá nánar umfjöllun í: Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginatriði, skýring og beiting.“

⁵⁴ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 21.

⁵⁵ Samantektin var unnin af UNCTAD (e. *United Nations Conference on Trade and Development*). Sjá nánar í: Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 16.

að sýna með víðtækari hætti að það vilji erlenda fjárfesta inn í land sitt. Þetta gerir það með því að skapa tryggt umhverfi þar sem meðferð eigna er sanngjörn og að til staðar sé stöðugt og traust réttarkerfi.⁵⁶

Tvíhliða fjárfestingasamningar setja skorður aðgerðum ríkja varðandi erlendar fjárfestingar sem undir þá falla. Ríki geta til dæmis ekki þjóðnýtt eignir erlendra aðila án þess að greiða bætur í samræmi við samninginn. Ef skipt er um ríkisstjórn og nýja stjórnin vill snúa við stefnu gagnvart erlendum fjárfestingum er hún bundin af samningum fyrri stjórnar og verður að virða ákvæði um sanngjarna og réttláta málsmeðferð. Þannig mætti halda áfram upptalningu ýmissa tilvika.

3.3.1.2 Uppbygging tvíhliða fjárfestingarsamninga

Tvíhliða fjárfestingarsamningar eru síður en svo allir eins. Það er skiljanlegt í ljósi þess að sérhver samningur er saminn sérstaklega milli aðila, sem hafa fullt forræði á efni hans. Sem dæmi má nefna að gildissvið þeirra getur verið misjafnt eða þeir haft að geyma mismunandi reglur við að leysa úr ágreiningi.⁵⁷ Þó eru þeir líkir að mörgu leyti. Þannig hafa þeir flestir að geyma margar tegundir ákvæða í texta sínum, þó efnislega geti þeir verið margbreytilegir. Verður nú gerð grein fyrir þessari uppbyggingu og þeim atriðum sem sjá má í flestum samningum af þessu tagi.

Skilgreiningar

Í samningum af þessu tagi er jafnan byrjað á að skilgreina ákveðin lykilhugtök, eins og venja er með flesta aðra samninga. Í tvíhliða samningi Íslands og Kína eru skilgreiningar á hugtökunum fjárfestingu, fjárfesti, arði og landsvæði. Í bandaríska samningslíkaninu (e. *US Model BIT*) er að finna mun fleiri skilgreiningar, svo sem fyrirtæki, kröfuhafi, fjárfestingarsamkomulag, landsvæði og fleira.

Yfirlýstur tilgangur samnings

Allir tvíhliða fjárfestingarsamningar hafa að geyma ákvæði þar sem lýst er yfir tilgangi samnings. Sígilda yfirskrift slíks ákvæðis má sjá í 2. gr. samnings Íslands og Kína: „Hvatning til fjárfestinga og vernd þeirra.” Inntak þessara ákvæða getur verið breytilegt. Eitt af því sem jafnan er kveðið á um er að með samningi sé fjárfestum veitt aðgengi að ríkjum

⁵⁶ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 40.

⁵⁷ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 24.

samningsaðila. Oftast nær er raunveruleikinn þó sá að flæði fjármagns með samningnum er í eina átt, frá öðrum samningsaðila til hins.⁵⁸

Meðferð fjárfestingar

Í nær öllum tvíhliða fjárfestingarsamningum er að finna ákvæði þar sem lágmarksreglur um meðferð fjárfestinga er að finna. Jafnan innihalda slík ákvæði fleiri en eina reglu. Algengastu reglurnar um meðferð fjárfestinga eru um innlenda meðferð, bestukjaramedferð, sanngjarna og tilhlýðilega meðferð og loks um fulla vernd og öryggi.

Í reglunni um innlenda meðferð (e. *National treatment*) felst sú krafa að fjárfestir fái ekki síðri meðferð en þá sem ríkisborgarar landsins eða aðilar frá þriðja ríki fá. Stundum er þó áskilið að sum svið fái veittar undanþágur, til dæmis á sviði flugsamgangna, fjarskipta eða fjármála.⁵⁹

Einnig er jafnan að finna regluna um bestukjaramedferð (e. *Most-Favoured-Nation provision - MFN*). Má segja að hún og reglan um innlenda meðferð séu tvær hliðar á sama peningi. Með bestukjaramedferð er átt við að erlendir fjárfestar hagnast ef ríki, sem þeir hafa fjárfest í, veitir aðila frá þriðja ríki betri meðferð en hann nýtur sjálfur. Honum ber þá að fá sömu kjör og þriðji aðilinn samkvæmt þessari reglu.⁶⁰ Hér er ekki eingöngu verið að vísa til efnahagslegra réttinda heldur allra réttinda sem að öðrum fjárfestum kann að hlotnast. Í máli *Maffezini gegn Spáni*⁶¹ komst gerðardómur til að mynda að þeirri niðurstöðu að samningsákvæði, sem veitti fjárfesti frá þriðja ríki ríkari réttindi við úrlausn deilumála, ætti samkvæmt reglunni um bestukjaramedferð einnig að ná til stefnanda.

Óhætt er að segja að reglan um að fjárfestir skuli fá sanngjarna og tilhlýðilega meðferð (e. *fair and equitable treatment*), ásamt reglum um eignarnám, sé sú regla sem mest sé skrifað um á sviði alþjóðlegra fjárfestinga. Lágmarksinntak þessarar reglu er að hún bannar mismunun eftir þjóðerni eða uppruna þegar kemur að atriðum eins og aðgengi að dómstólum og öðrum stofnunum ríkisins. Allt þetta getur hins vegar fallið undir kröfuna um innlenda meðferð. Ástæðan fyrir þessari reglu er til að tryggja þessi lágmarksréttindi óháð því hvort mismunun hafi átt sér stað eða ekki.⁶²

Til viðbótar þessari reglu er jafnan einnig gerð krafa um að fjárfestingar njóti fullrar verndar og öryggis (e. *full protection and security*). Með þessu er kveðið á um að ríkið megi

⁵⁸ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 218.

⁵⁹ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 474.

⁶⁰ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 236.

⁶¹ *ICSID, Maffezini gegn Spáni, 2000, 5 ICSID Reports*, bls. 396.

⁶² Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 475.

ekki gera árás á starfsstöðvar fyrirtækis eða starfsfólk þess. Auk þess ber ríkinu að vernda fjárfestinn og fjárfestingarnar frá öðrum hættum, til dæmis uppreisnarmönnum eða skæruliðum. Í einu ICSID máli, *Asian Agricultural Products Ltd gegn Sri Lanka*,⁶³ komst gerðardómurinn að þeirri niðurstöðu að brotið hafi verið gegn þessari reglu þar sem ríkið hafði ekki gert nægilegar varúðarráðstafanir til að vernda eignir stefnanda, áður en hún hóf árás á uppreisnarmenn. Hefði það leitt til þess að rækjuverksmiðja hefði eyðilagst.⁶⁴

Eignarnám og bætur

Ákvæði um eignarnám (e. *expropriation*) er að finna í öllum tvíhliða fjárfestingarsamningum. Orðalag ákvæða er sömuleiðis ávallt af svipuðum toga. Ákvæði þessi banna ekki eignarnám enda er eignarnám löglegt að þjóðarétti svo frammarlega sem ákveðin skilyrði séu uppfyllt. Flest ákvæði um eignarnám hafa að geyma kröfu um bætur (e. *compensation*). Þó eru oft sérákvæði sem fylgja í kjölfarið. Í flestum tilvikum fylgja fjárfestingarsamningar Hullformúlunni, sem minnst var á í að ofan, það er að bætur skuli vera tafarlausar, hæfilegar og skilvirkar. Fjallað er nánar um eignarnám og skilyrðið um bætur í 6. kafla þessarar rígerðar.

Yfirfærsla og aðilaskipti

Ríkjum ber jafnan að tryggja að fjárfestir geti yfirfært (e. *repatriation*) fjárfestingar. Meðal þess, sem þetta tekur til, er stofnfé og söluhagnaður, ágóði, arður af hlutafé og aðrar greiðslur svo sem bótagreiðslur. Þannig gera samningsaðilar ekki aðeins fjárfestum annarra ríkja kleift að koma með fjármagn inn í land sitt, heldur gera þeim einnig kleift að yfirgefa landið fáist kaupandi að fjárfestingu þeirra.

Það hefur lengi tíðkast að ríkisstjórnir veiti tryggingar fyrirtækjum frá sínu eigin landi, sem fjárfesta í öðrum löndum eða stunda útflutningsviðskipti. Stundum eru þessar tryggingar veittar í gegnum stofnanir í eigu ríkisins. Tryggingin er veitt gegn hættu á hugsanlegu tapi vegna stjórnáttengdra atburða svo sem eignarnámi, stríði, byltingu, höftum hvers konar og svo framvegis. Með reglum um aðilaskipti (e. *subrogation*) er kveðið á um að samningsaðilar samþykki að ríki, eða umboðsaðili sem veitir tryggingu fyrir hönd þess, geti yfirtekið rétt fjárfestans og kröfu samkvæmt fjárfestingarsamningnum.⁶⁵

⁶³ ICSID, *Aisan Agricultural Products Ltd. gegn Sri Lanka*, 27. júní 1990, 4 ICSID Reports 246.

⁶⁴ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 476.

⁶⁵ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 21.

Ákvæði um úrlausn deilna

Í tvíhliða fjárfestingarsamningum eru jafnan tvö ítarleg ákvæði um hvernig skuli fara með deilur sem upp kunna að koma við túlkun og beitingu fjárfestingarsamningsins, annars vegar þegar deila stendur á milli samningsaðila og hins vegar þegar deilan er á milli fjárfesta og samningsaðila. Í báðum tilvikum er venja að kveða á um að fram skuli fara samningaviðræður til að reyna að leysa deilu. Finnist ekki lausn á málinu fer það eftir eðli deilunnar, hvert næsta skref er. Í báðum tilvikum er venjan að kveðið sé á um að hægt sé að fara með mál fyrir gerðardóm. Raunveruleikinn er hins vegar sá að ríki, sem deila innbyrðis, vilja ekki fara með deilur vegna tvíhliða fjárfestingarsamninga fyrir gerðardóm.⁶⁶ Þegar fjárfestir og ríki deila er mun algengara að málum lykti á þá leið að gerðardómur, til dæmis á vegum ICSID, leysi úr málinu.

3.3.1.3 Innbyggð mismunun tvíhliða fjárfestingarsamninga

Þegar ríki fallast á verndun erlendra fjárfestinga með samningum gangast þau alla jafna undir reglur um bann við mismunun. Í því felst að ríkið verður að veita hinum erlenda fjárfesti sömu meðferð og þegn síns eigin lands hefur fengið. Þess ber þó að geta að með slíkum ákvæðum er í raun innifalin mismunun með öðrum hætti.

Í tvíhliða fjárfestingarsamningum er lagaleg vernd veitt umfram það sem veitt er samkvæmt landslögum. Þannig getur fjárfestir, sem telur sig verða fyrir tjóni vegna einhvers konar lagasetningar, byggt rétt á ákvæðum um sanngjarna og réttláta meðferð og reglum um eignarnám, óháð því hvort aðgerðir ríkisins teljist lagalegar að landslögum þess. Erlendi fjárfestirinn getur skotið sinni kröfu til alþjóðlegs gerðardóms sem beitir reglum þjóðaréttar við að leysa úr sinni deilu.

Þegnar ríkisins og lögaðilar innan þess búa ekki við sömu tækifæri. Þeir geta einungis byggt mál á landslögum. Svo framarlega sem löggjöf eða stjórnvaldsaðgerðir ríkisins teljast gildar að landsrétti geta aðilar þess lands, ólíkt hinum erlendu, ekki fengið bætur. Í því felst mismunun. Calvo-kenningin, sem rætt var um í kafla 2.3.2 stefndi einmitt að því að slíkt misræmi tíðkaðist ekki, að erlendir aðilar gætu ekki notið ríkari réttar en innlendir.⁶⁷

3.3.1.4 Eru tvíhliða fjárfestingarsamningar að skapa nýjan venjurétt?

Hin mikla fjölgun tvíhliða fjárfestingarsamninga hefur leitt til þróunar í þá átt að veita fjárfestum mikla vernd. Enn sem komið er eru þó samningar af þessu tagi tvíhliða.

⁶⁶ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 21.

⁶⁷ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 48-49.

Fjölþjóðlegur samningur þessa eðlis hefur enn ekki litið dagsins ljós og hugmyndir um að færa fjárfestingar undir hatt Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar hafa verið umdeildar.⁶⁸

Skiptar skoðanir eru um hvort sú tíða og útbreidda notkun samninga af þessu tagi sé að hafa mótandi áhrif á venjurétt um meðferð á erlendum fjárfestingum. Eins og komið hefur verið að í kaflanum hér á undan og nánar verður skýrt hvað varðar eignarnám í næstu köflum, eru gildandi venjuréttarreglur ekki eins víðtækar og flestir tvíhliða fjárfestingasamningar. En þrátt fyrir þann mikla fjölda samninga sem gerðir hafa verið hefur ekki tekist að gera fjölþjóðasamning um fjárfestingar útlendinga, hvorki á vegum Sameinuðu þjóðanna né hjá Efnahags- og framfarastofnuninni (OECD). Stephen M. Schwebel heldur því fram að venjuréttarreglur um meðferð erlendra fjárfestinga hafi breyst til að ná utan um meginreglur sem finnast í þeim rúmlega tvöþúsund tvíhliða fjárfestingarsamningum sem til eru. Nefnir hann, máli sínu til stuðnings, ICSID-dóm frá 2002⁶⁹ þar sem sagði um ákvæði um sanngjarna og réttláta meðferð:

Hinn mikli fjöldi tvíhliða og svæðisbundinna fjárfestingarsamninga (yfir 2000) er nánast einróma um að meðferð á erlendum fjárfestingum skuli vera sanngjörn og tilhlýðileg. Jafnframt tryggja þeir og vernda fjárfestingar að mestu leyti. (...) Á merkilega breiðum grundvelli hafa ríki endurtekið skuldbundið sig til að veita erlendum fjárfestingum slíka meðferð. Það er skoðun dómsins að sú tíða framfylgni mun óhjákvæmilega hafa áhrif á inntak reglna um meðferð á erlendum fjárfestingum í þjóðarétti nútímans.

Schwebel telur því, að þegar tvíhliða fjárfestingarsamningur segi að um meðferð á fjárfestingu gildi venjuréttarreglur, þá skuli túlka það þannig að vísað sé til þess viðmiðs sem sett sé í meira en tvöþúsund sams konar samningum. Í þeim sé nú að finna þær lágmarksreglur sem gildi um meðferð fjárfestinga.⁷⁰

Þessi kenning er síður en svo samþykkt af öllum fræðimönnum. Margir fræðimenn halda því fram að tvíhliða fjárfestingarsamningar séu samningar *lex specialis* milli aðila.⁷¹ Andrew T. Guzman styður þá skoðun og skrifar :

...ef þjóðir hafa undirritað tvíhliða fjárfestingarsamninga af efnahagshvötum, þá ættu þeir ekki að vera túlkaðir á þá leið að þeir endurspegli þjóðréttarvenju. Það er jafn líklegt að tvíhliða fjárfestingarsamningar endurspegli leyfilegt frávik frá gildandi venjuréttarreglum þjóðaréttar og að ríki hafi sóst eftir slíkum samningum vegna þess að það sé efnahag þeirra í hag að gera það. Þetta þýðir að tvíhliða

⁶⁸ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 36.

⁶⁹ *ICSID, Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID case No. ARB(AF) 99/2 (11. okt. 2002), 117. mgr.*

⁷⁰ Stephen M. Schwebel: „Investor – State Disputes and the Development of International Law“, bls. 27 – 30.

⁷¹ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 486.

fjárfestingarsamningar veita enga sönnun um þjóðréttarvenjur sem gilda um bætur fyrir tókur.⁷²

3.3.2 Fjárfestingarsamningar ríkja við einstaka fjárfesta

Sumar erlendar fjárfestingar eru svo stórar að hagsmunir ríkja eru samofnir hagsmunum fjárfestanna. Geta þær og tengd starfsemi varað í mörg ár eða jafnvel áratugi samfelld. Þegar þannig stendur á gera ríki og fjárfestir oft sérstaka fjárfestingarsamninga. Ástæður fyrir nauðsyn þeirra er til að skýra þær lagareglur sem gilda eiga um framkvæmdina. Oft er hið almenna lagaumhverfi ríkja ekki sniðið að stórum framkvæmdum og þarf jafnan einhvers konar útfærslu í samningsformi þannig að báðir aðilar geti verið sáttir.

Það fyrsta sem koma þarf á hreint er það, hvaða lög eigi að gilda um fjárfestinguna, það er hvert efni lagavalsreglunnar eigi að vera (e. *choice of law rule*). Ríkin vilja oftast vernda fullveldi sitt og láta landslög gilda um fjárfestinguna á meðan að erlendir fjárfestar reyna að koma alþjóðalögum að eins og kostur er. Vilja fjárfestar með því tryggja að lagalegt umhverfi í kringum fjárfestinguna sé stöðugt og hlutlaust. Miklu máli getur skipt hvort ríki, þar sem fjárfesta á, aðhyllist eineðlis- eða tvíeðliskenninguna.⁷³ Ef eineðliskenningin er við lýði mun fjárfestir mun frekar sætta sig við að landsréttur ráði för. Algengast er að aðilar mætist einhvers staðar á miðri leið. Vitaskuld skiptir samningsstaða aðila miklu máli í þeim efnum.

Sérstök tegund ákvæða er oft að finna í fjárfestingarsamningum af þessu tagi. Nefnast þau stöðugleikaákvæði (e. *stabilization clauses*). Eru þau jafnan í samningum að ósk fjárfesta. Samkvæmt þeim er ákveðið að reglur, sem gilda um fjárfestinguna, miðist við landslög á ákveðnum tímamarki þannig að þær breytast ekki meðan samningur varir. Annar möguleiki þegar kemur að ákvæðum þessum er að semja um að ef lagabreyting verður, sem hefur neikvæð áhrif á fjárfestinguna, þá gildi hún ekki gagnvart henni.

Stöðugleikaákvæði eru ekki jafn áberandi og áður. Ákvæði sem heimila nýjar samningaviðræður (e. *renegotiation clause*) hafa komið í þeirra stað, svo að segja. Í staðinn fyrir að einbeita sér að stöðugleika laganna eru þessi ákvæði gerð með það í huga að ná

⁷² Andrew T. Guzman, „Why LDC’s Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties“, bls. 686-7.

⁷³ Kenningar þessar varða samspil þjóðaréttar og landsréttar. Þau ríki, sem aðhyllast eineðliskenninguna, líta á þjóðarétt og landsrétt sem hluta eins og sama réttarkerfis. Getur það þá þýtt að alþjóðlegar skuldbindingar ríkisins öðlist sjálfkrafa stjórnskipulegt gildi sem réttarheimild að landsrétti. Ríki sem aðhyllast hins vegar tvíeðliskenningu telja þjóðarétt og landsrétt aðgreind réttarkerfi. Alþjóðlegar skuldbindingar hafa því ekki stöðu réttarheimilda að landsrétti nema þau séu sérstaklega veitt lagagildi. Sjá nánar í: Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 12-14.

efnahagslegu jafnvægi. Við notkun slíkra ákvæða er gríðarlega mikilvægt að skýrt sé kveðið á um þau tilvik þegar fjárfestir getur sett af stað ferli nýrra viðræðna.⁷⁴

Augljóslega eru fjárfestingarsamningar af þessu tagi mun fjölbreyttari að efni en tvíhliða fjárfestingarsamningar ríkja. Leiðir þetta til þess að erfitt er að draga fram einhver megininkenni samninganna eða almennar reglur um erlendar fjárfestingar, byggðar á þeim. Verður því hér látið staðar numið í umfjöllun um þessa tegund fjárfestingarsamninga.

⁷⁴ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 72-78.

4 Úrlausn alþjóðlegra fjárfestingardeilna

4.1 Almennt

Á síðasta áratug hefur orðið gríðarleg fjölgun mála sem, í samræmi við ákvæði fjárfestingarsamninga, hafa endað fyrir gerðardómi. Raunar er það svo að þetta svið er orðið eitt hið stærsta þegar kemur að því að útkljá deilumál á alþjóðavettvangi. Mál af þessu tagi geta verið tvenns konar, annað hvort mál milli tveggja ríkja eða mál fjárfestis gegn öðru ríki en hans eigin.

Í fyrra tilvikinu, þegar mál er á milli tveggja ríkja hefur ríkið, sem fjárfestirinn kemur frá, beitt svokallaðri diplómátskri vernd. Hefur það þá tekið upp málið fyrir hans hönd og ætlað að leiða það til lykta. Í síðara tilfellinu hefur fjárfestirinn kost á því að fara með málið sjálfur fyrir einhvern dóm. Slíkt er mun algengara en að tvö ríki fari með mál fyrir dóm. Á árunum 1996 til 2005 höfðu 219 mál farið í gerð og einungis í einu þeirra voru ríki báðir aðilar máls.⁷⁵

4.2 Alþjóðlegir gerðardómar af þjóðréttarlegum toga

Þegar rætt er um alþjóðlega gerðardóma er átt við formlega málsmeðferð fyrir dómi sem aðilar samþykkja að leita til og lyktar almennt með bindandi úrskurði. Dómurinn sem kveður upp þennan úrskurð er jafnan skipaður af aðilum málsins, sem hafa fullt forræði á því. Í niðurstöðu sinni byggir hann jafnframt á þeim reglum sem teljast gilda á milli aðila um úrlausn ágreiningsins. Í milliríkjavíðskiptum er algengt að tveir einkaaðilar deili og leiti til sammingsbundinna gerðardóma. Slíkar deilur falla undir fræðasviðið alþjóðlegs einkamálaréttar.⁷⁶

4.3 Alþjóðastofnunin um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja

4.3.1 Almennt

Samningur um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja (e. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*) var unninn á vegum Alþjóðabankans. Var hann samþykktur í Washington þann 18. mars 1965. Samningurinn tók gildi þann 14. október 1966. Hann er stundum nefndur Washington-samningurinn en algengara er þó að kalla hann ICSID-samninginn.⁷⁷

⁷⁵ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 43.

⁷⁶ Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 121.

⁷⁷ Ísland fullgilti samninginn 25. júlí 1966, sbr. C-deild Stjórnartíðinda 1966, bls. 93. Hann hefur síðan verið lögfestur, sbr. lög nr. 74/1966.

Innan Alþjóðabankans var það háttsettur embættismaður, Aron Broches, sem kom af stað umræðu um hvers konar samhljóm í alþjóðasamfélaginu unnt væri að ná. Þar sem skiptar skoðanir voru innan Sameinuðu þjóðanna um efnislegar hliðar reglna um erlendar fjárfestingar, eins og lýst var í öðrum kafla, varð niðurstaðan sú að heillavænlegasta framlag Alþjóðabankans væri að mynda hlutlausan vettvang til að leysa deilur. Þetta reyndist grunnurinn að samningnum um lausn fjárfestingardeilna milli ríkja og þegna annarra ríkja sem kvað á um stofnun alþjóðastofnunarinnar um lausn fjárfestingardeilna.

Hugmyndin að baki stofnuninni var margþætt. Talið var að með tilkomu þessa kerfis myndu fjárfestar vera öruggari um að þeim væri óhætt að fjárfesta í öðrum löndum og jafnframt að ríki myndu láta af áætlunum um eignarnám, væru þær til staðar. Þó var grunnhugmyndin sú að með þessu myndu þróunarríki, sem vildu gjarnan laða til sín erlenda fjárfesta samykkja að deilur vegna slíkra fjárfestinga færu fyrir gerðardóm á meðan ríkisstjórnir landa, sem fjárfestar kæmu frá, myndu láta af diplómátskri vernd.⁷⁸

Dolzer og Schreuer telja að stofnun ICSID sé eitt djarfasta og nýstárlegasta skrefið í nútímasögu alþjóðasamvinnu um hlutverk og verndun erlendra fjárfestinga. Bendir þeir á fimm meginþætti sem þar skipti máli: 1) Að erlend fyrirtæki og einstaklingar geti farið með kröfu gegn heimaríkinu. 2) Friðhelgi ríkja sé takmörkuð að miklu leyti. 3) Að alþjóðalög megi leggja til grundvallar í sambandi heimaríkis og fjárfestis. 4) Meginreglan er að ekki þurfi að fara í gegnum dómstólakerfi heimaríkis og 5) ákvarðanir ICSID eru aðfararhæfar á landssvæðum allra ríkja sem eru aðilar að stofnuninni.⁷⁹

Ljóst er að umfang starfsemi ICSID hefur aukist á síðastliðnum áratug. Árið 1997 lágu 48 mál fyrir dóminum en árið 2007 var sú tala komin upp í 119.⁸⁰ Sífelld fleiri samningar, jafnt tvíhliða og fjölþjóðlegir, vísa til ICSID um lausn deilna. Stór kostur fyrir aðildarríki stofnunarinnar er að á þessu sviði eru stjórnsmálalegir þættir ekki áberandi. Ríki sleppa við að þurfa að semja og leysa úr málum við heimaríki fjárfestisins, sem getur oft verið vandasamt.⁸¹

4.3.2 Uppbygging stofnunarinnar

ICSID hefur aðsetur í höfuðstöðvum Alþjóðabankans í Washington. Stofnunin er byggð upp þannig að yfir henni situr stjórn en skrifstofan skipuð öðru starfsfólki.

⁷⁸ Raymond Doak Bishop, James Crawford, Michael Reisman: *Foreign Investment Disputes*, bls. 318.

⁷⁹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 20.

⁸⁰ Yas Banifatemi: „Unresolved Issues in Investment Arbitration“, bls. 1.

⁸¹ Rudolph Dolzer og Christof Schreuer: *Principles of International Investment Law*, bls. 20.

Í stjórn ICSID situr einn fulltrúi frá hverju samningsríki. Stjórnarformaður er aðalbankastjóri Alþjóðabankans, en hann hefur þó ekki atkvæðisrétt á fundum. Starf stjórnar er margþætt en helst má nefna að hún sér um að setja reglur um það hvernig haga skuli flutningi mála sem fara fyrir sáttanefnd eða gerðardóm, sem og reglur um meðferð mála sem lögð er í sátt eða gerð. Auk þessa hefur stjórnin hefðbundið rekstrarhlutverk á sinni könnu svo sem að setja reglur um störf og fjármál stofnunarinnar, að samþykkja fjárhagsáætlun hvers árs og jafnframt að samþykkja árlega skýrslu um rekstur ICSID. Stjórnin hittist að minnsta kosti árlega. Stjórn ICSID kýs aðalforstjóra yfir stofnuninni til hámark sex ára í senn, en þó er hægt að endurkjósa.

4.3.3 Lögsaga stofnunarinnar

Í 1. mgr. 25. gr. um lögsögu stofnunarinnar segir:

Lögsaga stofnunarinnar tekur til sérhverrar *lagalegrar deilu*, sem upp kemur í beinu sambandi við fjárfestingu, milli aðildarríkis (eða einhvers stjórnlagalegs hluta eða stofnunar aðildarríkis, sem það kann að tilnefna af sinni hálfu gagnvart stofnuninni) og þegna annars aðildarríkis, sem deiluaðilar samþykkja skriflega að vísað sé til stofnunarinnar. Þegar málsaðilar hafa veitt samþykki sitt til slíkrar málsmeðferðar, getur hvorugur þeirra tekið samþykki sitt aftur einhliða.

4.3.3.1 Lagaleg deila

Með þessu ákvæði er lagður grundvöllur að starfsemi stofnunarinnar. Til „lagalegrar deilu“ hafa fræðimenn jafnan talið upp ýmis tilvik sem gear fallið undir skilyrðið. Sem dæmi má nefna eignarnám, brot á eða slit samnings eða beiting skattaákvæða eða tollalaga. Schreuer telur þó að ekki þurfi að einskorða þetta svona þröngt. Staðreyndin sé sú að hvaða deilur sem er geti í raun og veru talist lagalegar. Deila verði talin gild sem „lagaleg“ ef krafist er lagalegra úrræða svo sem skaðabóta. Einnig verður málatilbúnaður að byggja á lögmætum kröfum svo sem hugsanlegu brot á samningi eða löggjöf. Þar af leiði að það sé að stórum hluta undir stefnanda komið að leggja málið fram í lagalegum búningi, í samræmi við skilyrði ákvæðisins.⁸²

4.3.3.2 Fjárfestingar

Í 1. mgr. 25. gr. er kveðið á um að deila eigi að vera í „sambandi við fjárfestingu“. Spurningin sem svara þarf er þá, hvað flokkist sem fjárfesting í alþjóðlegum fjárfestingarrétti.

⁸² Úr „Cristoph Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary“, sjá Raymond Doak Bishop, James Crawford, Michael Reisman: *Foreign Investment Disputes*, bls. 319.

Fjárfestingar hafa ákveðin einkenni. Í fyrsta lagi er þeim ætlað að vara í ákveðinn tíma en snúast ekki um eina sölu. Í öðru lagi er fjárhagsleg skuldbinding fjárfesta umtalsverð. Í þriðja lagi eru væntingar um hagnað og í fjórða lagi tekur fjárfestir áhættu og í sumum tilvikum gerir ríki það einnig. Loks er það einnig einkenni að oft stuðla erlendar fjárfestingar að þróun ríkis með því að bæta hagkerfi þess.⁸³ Í hagfræði er jafnan talað um að beinar erlendar fjárfestingar (foreign direct investment) feli í sér vissa þætti, þ.e. (a) flutning fjármagns, (b) langtímaáætlun, (c) ætlun um að fá reglulegar tekjur af fjárfestingu, (d) einhvers konar þátttöka einstaklingsins, sem fjármagnið flytur, í stjórnun verkefnisins og (e) viðskiptaáhættu.⁸⁴

Enga eina lögfræðilega skilgreiningu er hins vegar að finna á hugtakinu fjárfestingu í þjóðarétti. ICSID-samningurinn skýrir ekki nánar hvað eigi að falla undir hugtakið. Í fjárfestingarsamningum ríkja er vanalega að finna ítarlegar skilgreiningar á því hvað teljist vera fjárfestingar án þess að vísað sé í ICSID-samninginn hvað það atriði varðar.⁸⁵ Skilgreiningar þessar eru jafnan hafðar eins rúmar og mögulegt er.⁸⁶

Ef litið er á skilgreiningu á fjárfestingu í 1. mgr. 1. gr. tvíhliða fjárfestingarsamnings Íslands og Lettlands, segir að í samningnum merki:

„Fjárfesting“ hverja þá eign sem tilheyrir fjárfesti annars samningsaðila á landsvæði hins samningsaðilans í samræmi við lög og reglur hins síðarnefnda og tekur hugtakið einkum en þó ekki eingöngu til:

- a) fyrirtækis án tillits til lögákveðins rekstrarforms þess,
- b) lausafjár og fasteigna, þar á meðal landareigna og annarra eignarréttinda svo sem fasteignaveðs, veðbanda, tryggingaréttinda, einkaréttar, ábyrgða og líkra réttinda,
- c) eignarhluta, hlutafjár og hvers kyns annarrar þátttöku í fyrirtæki í formi eigin fjár,
- d) endurfjárfests ágóða, krafna til fjárgreiðslna og krafna til annarra efnda eða annarra réttinda á sviði þjónustu sem fjárhagslegt gildi hafa,
- e) hugverkaréttinda, meðal annars á sviði iðnaðar, þar á meðal og einkum höfundarréttinda og réttinda á sviði einkaleyfa, iðnhönnunar, vörumerkja, viðskiptaheita, tæknilegra framleiðsluferla, verkþekkingar og viðskiptavildar,
- f) sérleyfa til atvinnurekstrar sem eru veitt samkvæmt lögum eða lögumætum samningi, þar á meðal sérleyfa til að leita að náttúruauðlindum eða rækta þær, nema eða nýta,
- g) réttinda samkvæmt samningum, þar á meðal samningum um alverktöku, mannvirki, umsýslu, framleiðslu eða hagnaðarhlutdeild.

Ýmis vandamál eru samhliða því að skilgreina fjárfestingar í tvíhliða fjárfestingarsamningum. Þegar þeir eru skoðaðir sést að þær eru síður en svo einsleitar. Skilgreiningin hér að ofan er til að mynda ekki eins og þær sem finna má í öðrum tvíhliða fjárfestingarsamningum Íslands.

⁸³ Bishop, Raymond Doak; Crawford, James og Reisman, Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials And Commentary*, bls. 9.

⁸⁴ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 60.

⁸⁵ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 61.

⁸⁶ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 221.

Spurning hlýtur þá að vakna hvað það merki ef ákveðinn lið er ekki að finna í skilgreiningu. V. Lowe segir að það sé nánast ómögulegt að komast hjá einhverjum spurningum við samningu ákvæða af þessu tagi sem geti valdið erfiðleikum við beitingu ákvæðanna.⁸⁷

Gerðardómar hafa í framkvæmd oft túlkað hugtakið fjárfestingu í 25. gr. ICSID-samningsins sjálfstætt og án tillits til skilgreininga í tvíhliða fjárfestingarsamningum. Þetta hefur leitt til þess að beitt er tvöfaldri könnun, sem er stundum er kölluð „tvöfalda skráargatsprófið“ (e. *double keyhole approach*).⁸⁸ Aðferðin var útskýrð á þessa leið í dómi CSOB gegn Slóvakíu.⁸⁹

Tvöföldu prófi verður að vera beitt til að ákvarða hvort gerðardómur þessi sé bær til að taka málið upp efnislega, hvort deilan sé í sambandi við fjárfestingu í skilningi ICSID-samningsins og ef svo er, hvort deilan tengist fjárfestingu eins og hún er skýrð í samþykki málsaðila fyrir ICSID gerð, með vísun samþykkisins til tvíhliða fjárfestingarsamningsins og viðeigandi skilgreiningar í 1. gr. tvíhliða fjárfestingarsamningsins.

Til að skýra aðferðafræðina betur þá er fyrsta skref að athuga hvort deilan uppfylli hefðbundna túlkun á hugtakinu fjárfestingu í skilningi ICSID samningsins. Sé það skilyrði uppfyllt sé annað skráargatið ólæst. Eftir það þarf að kanna hvort deilan tengist fjárfestingu í skilningi hins tvíhliða fjárfestingarsamnings, sem deila byggir á. Ef svo er einnig þá er síðari skráin ólæst og hægt er að fjalla efnislega um deiluna fyrir gerðardómi.

Í dómi *Fedax gegn Venezuela* lagði dómurinn fram þau einkenni sem talið var að fjárfestingar búi yfir. Eftir að hafa lokið tvöfalda skráargatsprófinu kannaði gerðardómurinn hvort andlag deilunnar félli undir það sem kallast mætti „hefðbundna viðskiptafærslu“ (e. *ordinary commercial transaction*) en hann gerði greinarmun á slíkum viðskiptum annars vegar og fjárfestingum hins vegar. Útskýrði hann einkenni fjárfestinga á þessa leið:

Grundvallareinkennum fjárfestinga hefur verið lýst á þá leið að þau búi yfir ákveðnum líftíma, reglulegum tekjum eða gróða, feli í sér áhættutöku, umtalsverðri skuldbindingu og sé mikilvæg fyrir þróun þess ríkis, sem hún á sér stað í.⁹⁰

Þessu næst skoðaði gerðardómurinn andlag deilunnar, það er hina hugsanlegu fjárfestingu. Taldi dómurinn að öll ofangreind einkenni ættu við í þessu tilviki og að um fjárfestingu væri að ræða.

⁸⁷ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 61.

⁸⁸ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 62.

⁸⁹ *ICSID, CSOB gegn Slóvakíu, 14. maí 1999, 14 ICSID Rev.-FILJ (1999) 251.*

⁹⁰ *ICSID, Fedax gegn Venezúela, 11. júlí 1997, 37 ILM (1998) 1378, 43. mgr.*

Eftir að þessi dómur féll hafa ICSID dómur tekið upp þá starfshætti að leggja þetta próf fyrir þegar ákvarðað er hvort um fjárfestingu sé að ræða, það er hvort til staðar sé:

1. Framlag frá fjárfesti,
2. Að verkefninu sé ætlað að vara í einhvern tíma,
3. Að í starfseminni sé einhver áhætta (þá er átt við að hugsanlega gæti fjármagn glatast),
4. Framlag til þróunar ríkisins, þar sem verkefni fer fram.

Með orðinu „framlag“ er átt við einhverja umfangsmikla tilfærslu fjármagns, kunnáttu, tæknibúnaðar og starfsfólks.⁹¹ Dæmi um mál þar sem niðurstaðan var sú að andlagið hefði ekki talist fjárfesting er *Joy Mining gegn Egyptalandi*,⁹² þar sem spurningin var hvort bankatrygging gæti talist fjárfesting. Stefnandi krafðist þess að fá hana lausa en hún hafði verið gefin til tryggingar því að ákveðinn búnaður væri fullnægjandi. Gerðardómurinn komst að þeirri niðurstöðu að með því að telja þetta til fjárfestinga væri verið að víkka út hugtakið um of. Áréttaði dómurinn að mörk væru á því hversu rúm lögsöga stofnunarinnar væri.⁹³

4.3.3.3 Fjárfestar

2. mgr. 25. gr. hljóðar þannig:

„Þegn annars aðildarríkis“ skal teljast:

- a) sérhver sá, sem naut ríkisfangs annars aðildarríkis en þess, sem er deiluaðili þann dag, er aðilar samþykktu að vísa deilu til sáttar eða leggja hana í gerð, og auk þess þann dag, er beiðni um slíkan málflutning var skrásett í samræmi við ákvæði 28. gr. 3. tölulið eða 36. gr. 3. tölulið. Þetta tekur hins vegar ekki til neins þess manns, sem annan hvorn þennan dag hefur einnig notið ríkisfangs þess aðildarríkis, sem á hlut að deiljumálinu; og
- b) sérhver lögaðili, sem naut ríkisfangs annars aðildarríkis en þess, sem er deiluaðili, þann dag, er aðilar samþykktu að vísa deilu til sáttar eða leggja hana í gerð, og sérhver lögaðili, sem naut ríkisfangs aðildarríkis, sem á hlut að deilumáli, þann sama dag, og sem málsaðilar hafa sökum erlendra yfirráða komið sér saman um, að talinn skuli þegn annars aðildarríkis, að því er varðar framkvæmd þessa samnings.

Hér er að finna ákvæði um það hverjir teljist fjárfestar í skilningi ICSID-samningsins. Með alþjóðlegum fjárfestum er átt við einkaaðila, annað hvort einstaklinga eða fyrirtæki.

Alþjóðavæðing heimsins hefur haft áhrif á þróun erlendra fjárfestinga þannig að í stað þess að fjárfestar séu einstakir fjárfestar, sem fjárfestu með skammtímamarkmið í huga, eru alþjóðleg

⁹¹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 68.

⁹² *ICSID, Joy Mining gegn Egyptalandi*, 6. ágúst 2004, 19 *ICSID Review-FILJ* (2004) 486.

⁹³ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 70.

fyrirtæki ráðandi í fjárfestingum af þessu tagi og eru þær frekar gerðar með langtímamarkmið í huga.⁹⁴

Til að fjárfestir í ákveðnu landi geti notið verndar annarra reglna en reglna landsréttar verða þeir að vera erlendir. Það, hvort einstaklingur eða fyrirtæki er erlendir aðili, ræðst af þjóðerni fjárfestisins. Þjóðerni skiptir þar að auki máli til að geta séð hvaða samninga þeir geta borið fyrir sig. Getu þeir vitaskuld ekki borið fyrir sig aðra samninga en þá, sem þeirra eigið ríki hefur gengist undir, hvort sem það eru fjárfestingarsamningar eða samningar um alþjóðlega dómstóla eins og ICSID-dómstólinn. Loks skiptir það máli vilji heimaríki fjárfestisins beita diplómátskri vernd. Um þjóðerni einstaklinga fer eftir landslögum þess lands, sem einstaklingur segist tilheyrja. Í máli *Soufraki gegn Sameinuðu arabísku furstadæmunum*⁹⁵ hélt Soufraki því fram að hann væri ítalskur ríkisborgari. Því til staðfestingar lagði hann fram skilríki. Dómurinn komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að ítalska þjóðernið hefði fallið niður þegar hann fékk kanadískt ríkisfang. Gat hann því ekki byggt á tvíhliða fjárfestingarsamningi Ítalíu og Sameinuðu arabísku furstadæmanna. Af niðurstöðu máls *Olguin gegn Paragvæ*⁹⁶ má ráða að einstaklingar með tvöfaldan ríkisborgararétt geti byggt rétt á samningum beggja ríkja. Í málinu var Olguin bæði með perúskan ríkisborgararétt og bandarískan. Paragvæ hélt því fram að þar sem hann byggi í Bandaríkjunum gæti hann ekki byggt á tvíhliða fjárfestingarsamningi Perú og Paragvæ. ICSID dómstóllinn taldi hins vegar að hann gæti það.

Í a-lið 2. mgr. 25. gr. ICSID-samningsins segir að tvöfaldur ríkisborgararéttur hafi ekki gildi, sé annað ríkisfangið frá heimaríkinu, þ.e. landinu þar sem fjárfest er. Í máli *Champion Trading gegn Egyptalandi*⁹⁷ gátu þrír af aðilum málsins ekki farið í mál á grundvelli ICSID samningsins þar sem þeir höfðu egypskan ríkisborgararétt auk bandarísku.⁹⁸

Þjóðerni fyrirtækja og félaga er í mörgum tilvikum erfiðara að greina. Í alþjóðlegum samningum er ýmsar viðmiðanir notaðar. Helsta viðmiðið, sem margir alþjóðasamningar miða við, er félagaskráningin, þ.e. staðurinn þar sem fyrirtæki er með höfuðstöðvar sínar (siège local). Í sumum alþjóðasamningum og tvíhliða fjárfestingarsamningum eru ákvæði um

⁹⁴ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, bls. 65.

⁹⁵ *ICSID: Soufraki gegn Sameinuðu arabísku furstadæmunum frá 7. júlí 2004. 12 ICSID Reports 158.*

⁹⁶ *ICSID: Olguin gegn Paragvæ frá 26. júlí 2001. 6 ICSID Reports 164.*

⁹⁷ *ICSID: Champion Trading gegn Egyptalandi frá 21. október 2003. 19 ICSID Review-FILJ 275 (2004).*

⁹⁸ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 47-48.

að til félaga og fyrirtækja teljist þeir aðilar, sem samkvæmt lögum síns lands geti átt réttindi og borið skyldur.⁹⁹

Í tilvikum þar sem samningur gerir einungis kröfu um að fyrirtæki eða félag sé skráð í tilteknu landi, án þess að gera skilyrði um þjóðerni eigenda þeirra, hafa dómstólar alla jafna talið þjóðerni eigendanna ekki breyta niðurstöðu um þjóðerni fyrirtækis. Í máli *Tokios Tokelés gegn Úkraínu*¹⁰⁰ féllst ICSID-dómurinn á að stefnandinn í málinu væri frá Litháen þar sem fyrirtækið var skráð samkvæmt lögum landsins. Skipti ekki máli þó að 99% hlutafjár félagsins væri í eigu úkraínskra ríkisborgara. Tvíhliða samningur Litháen og Úkraínu, sem Tokios Tokelés byggði á, skilgreindi fjárfesti sem „hverja einingu sem mynduð er á landsvæði Litháen og í samræmi við lög og reglur landsins.“¹⁰¹

Þegar aðilar fjárfesta í erlendu ríki er það oft skilyrði að fjárfestingin fari fram í gegnum félag sem er skráð í ríkinu sjálfu. Í b-lið 2. mgr. 25. gr. ICSID-samningsins um lögsögu segir:

Sérhver lögaðili, sem naut ríkisfangs annars aðildarríkis en þess, sem er deiluaðili, þann dag, er aðilar samþykktu að vísa deilu til sáttar eða leggja hana í gerð, og sérhver lögaðili, sem naut ríkisfangs aðildarríkis sem á hlut að deilumáli, þann sama dag, og sem málsaðilar hafa sökum erlendra yfirráða komið sér saman um, að talinn skuli þegn annars aðildarríkis, að því er varðar framkvæmd þessa samnings.

Í lok ákvæðisins er gert ráð fyrir möguleikanum á að samið sé um að félag, sem er skráð samkvæmt lögum ríkisins þar sem fjárfest er, sé talið erlent og njóti þannig verndar ICSID-samningsins. Alþjóðadómstólar hafa verið sveigjanlegir þegar kemur að formi samkomulags af þessu tagi.¹⁰²

Fjárfestingar geta farið fram þannig að aðili eignist hlutafé í fyrirtæki frá öðru landi en því sem hann sjálfur er frá. Við slíkar aðstæður geta vaknað spurningar um hvort sá einstaklingur geti haft uppi kröfur fyrir alþjóðlegum dómstóli á grundvelli ríkisfangs síns þó að fyrirtækið uppfylli ekki skilyrðið um annað þjóðerni.

Alþjóðadómstóllinn í Haag komst að þeirri niðurstöðu í Barcelona Traction málinu¹⁰³ að Belgía gæti ekki haft uppi kröfur fyrir hönd þegna sinna, sem voru meirihlutaeigendur í félagi sem var skráð í Kanada og varð fyrir tjóni. Sú ákvörðun var byggð á venjuréttarreglu

⁹⁹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 49.

¹⁰⁰ *ICSID: Tokios Tokelés gegn Úkraínu frá 29. apríl 2004. 11 ICSID Reports 313.*

¹⁰¹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 50.

¹⁰² Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 53.

¹⁰³ *AD: Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgía gegn Spáni) frá 5. febrúar 1970. ICJ Reports, 1970, bls. 4.*

þjóðaréttar og sagði dómstóllinn að í samningum mætti kveða á um annað fyrirkomulag. Í Diallo málinu¹⁰⁴ sagði dómstóllinn að alþjóðareglur um verndun hluthafa væri að finna í fjölþjóðasamningum og í samningnum ríkja og fjárfesta. Það væri ekki í samræmi við venjurétt að skipta út þeirri vernd sem fyrirtæki nýtur og færa yfir til hluthafa.

Flestir fjárfestingarsamningar hafa að geyma ákvæði sem veita hluthöfum sjálfstæða stöðu með því að telja hlutabréfakaup og skylda þátttöku til skilgreiningarliða í fjárfestingu.¹⁰⁵ Í tvíhliða fjárfestingarsamningi Íslands og Kína segir til dæmis í b-lið 1. mgr. 1. gr., þar sem fjárfesting er skilgreind, að hugtakið taki meðal annars til eignarhluta, hlutafjár og hvers kyns annarra þátttökuréttinda í félögum. Ef Íslendingar ættu hlut í félagi, sem er skráð í Kína, og teldu kínverska ríkið brjóta gegn vernduðum hagsmunum sínum, gæti félagið sjálft ekki gripið til aðgerða á sviði þjóðaréttar. Hinir íslensku hluthafar gætu hins vegar haft uppi kröfur í sínu eigin nafni. Þannig má segja að þátttaka þeirra í félaginu sé fjárfestingin¹⁰⁶ en ekki félagið sjálft.

Vernd af þessu tagi nær jafnt til meirihlutaeigenda í félögum sem og minnihlutaeigenda. Í máli *CMS gegn Argentínu*¹⁰⁷ átti fjárfestir 29,42% í skráðu félagi í Argentínu. Í fjárfestingarsamningi Bandaríkjanna og Argentínu var fjárfesting skilgreind sem „félög eða hlutafé eða önnur réttindi í félögum.“ Argentína hélt því fram að fjárfestarnir gætu ekki haft uppi kröfur vegna óbeins tjóns vegna þátttöku þeirra í þessu félagi. Dómstóllinn hafnaði þessu með þeim rökum að hvergi væri að finna í alþjóðalögum skilyrði um að fjárfestar verði að stýra félagi eða eiga meirihluta hlutafjár til að geta haft uppi kröfur vegna meðferðar ríkis á því félagi, sem þeir eru hluthafar í.

4.3.3.4 Skriflegt samþykki

Til að hægt sé að nýta úrræði samningsins þarf ríki að hafa gengist við því í samningi að fara skuli með deilur til ICSID. Þetta má gera með samkomulagi í fjárfestingarsamningi eða með samkomulagi eftir að deila hefur komið upp. Þegar báðir aðilar hafa fallist á þetta úrræði er ekki hægt að draga það samþykki til baka.

4.3.5 Sáttanefndar- og gerðardómsmenn

Á skrifstofu ICSID er haldin skrá yfir sáttanefndarmenn og önnur skrá yfir gerðardómsmenn. Hvert samningsríki getu tilnefnt fjóra einstaklinga í hvora skrá um sig og er ekki nauðsynlegt

¹⁰⁴ AD: Diallo mál (*Guinea gegn Austur-Kongó (DR Congo)*) frá 24. maí 2007.

¹⁰⁵ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 57.

¹⁰⁶ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 57.

¹⁰⁷ ICSID: *CMS gegn Argentínu. Ákvörðun um lögsögu frá 17. júlí 2003. 42 ILM 2003, bls. 788.*

að þeir séu ríkisborgarar þess lands. Það er leyfilegt fyrir einn mann að vera á báðum listum. Formaður stjórnar getur tilnefnt tíu manns í hvora skrána. Verður hann þó að gæta þess að engir tveir mega vera þegnar sama ríkis. Hann þarf líka að taka tillit til þess, eins og segir í 2. mgr. 14. gr. sammingsins „að mikilvægt er, að helztu lagakerfi heims svo og helztu efnahagskerfi heimsins eigi sína fulltrúa meðal þeirra, sem eru á skrám stofnunarinnar yfir sáttanefndar- og gerðardómsmenn.“ Í 1. mgr. 14. gr. sammingsins er svo að finna hæfisskilyrði fyrir því að vera á þessum lista:

Þeir, sem tilnefndir eru og settir eru á skrá stofnunarinnar yfir sáttanefndar- og gerðardómsmenn, skulu vera flekklausir og ráðvandarir menn og hafa til að bera viðurkennda hæfni á sviði lögfræði, viðskipta, iðnaðar eða fjármála, og sem treysta má til þess að kveða upp óháða dóma. Hæfni á sviði lögfræði skal teljast einkar mikilvæg, þegar um er að ræða menn, sem taka eiga sæti í gerðardómi

Gerðardóms- og sáttanefndarmenn eru á skrá í sex ár í senn en hægt er að endurnýja starfstímabil þeirra.

4.3.6 Mál fyrir ICSID

ICSID getur tekið að sér þrenns konar mál, mál til að fá staðreyndir, sáttamiðlun og loks bindandi gerðardóm. Samningurinn kveður á um að þegar ICSID sé beitt við úrlausn mála sé það eini vettvangurinn sem sú deila má fara fyrir.

Eina leiðin til að fá endurskoðun á niðurstöðu gerðardóms er að fara með málið í ógildingarmeðferð. Slík mál fara fyrir ad hoc nefnd. Ekki er hægt að leita til dómstóla í landsrétti ríkja til að reyna að fá endurskoðun niðurstöðunnar.

Niðurstaða ICSID dóms er aðfararhæf í aðildarríkjum ICSID-sammingsins rétt eins og um uppkveðinn dóm væri að ræða innan landsréttar ríkja, sem ekki væri hægt að áfrýja. Leiðir þetta til þess að dómstólar ríkja hafa litla sem enga aðkomu að málum ICSID gerðardóma.

4.4 Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn í Haag

Í næstu köflum verða teknar til skoðunar reglur um eignarnám í þjóðarétti. Við það er óhjákvæmilegt að líta til dómstóls Írans og Bandaríkjanna, sem hefur átt drjúgan þátt í þróun þessara reglna á síðastliðnum áratugum, einkum þegar horft er til skilyrða um lögmati eignarnáms.

Árið 1979 var gerð bylting í Íran undir forystu Ayatollah Ruholla Khomeini. Stefnu fyrri stjórnar um samskipti og samvinnu við vestræn ríki á sviði olúframléiðslu var snúið við. Fjölmörg fyrirtæki þurftu að þola afskipti, eignarnám eða einfaldlega hótanir. Jafnframt var starfsfólk sendiráðsins í Tehran haldið gíslingu í 14 mánuði. Bandaríkjamenn brugðust við þessum aðgerðum Írana með því að frysta fjármagn sem íranska ríkið átti í bandarískum bönkum. Deilum þessum lauk loks árið 1980 með Alsírs samkomulaginu. Í því var meðal annars kveðið á um lausn gíslanna, að Íranar fengju aðgang að stórum hluti síns fjármagns og að stofnaður yrði gerðardómur í Haag. Einn milljarður dollara af fé Írans var tekinn til hliðar og hafði gerðardómurinn leyfi til að ráðstafa fénu. Íran átti að sjá til þess að innistæða þessi færi aldrei undir fimmhundrað milljónir dollara. Gilti það þangað til að dómurinn teldi að öllum kröfum vegna þessara atburða hefði verið fullnægt.¹⁰⁸

Gerðardómurinn hóf starfsemi sína 1983. Hafði hann það hlutverk að leysa úr kröfum sem Bandaríkjamenn gerðu á hendur íranska ríkinu og einnig þeim sem íranskir borgarar eða ríkið gerðu á hendur Bandaríkjunum. Í yfirlýsingunni um stofnun dómsins er kveðið á um að þegar krafa er gerð fyrir honum sé lögsaga annarra dómstóla, jafnt íranskra, bandarískra og annarra, ekki lengur til staðar. Fyrir dómnum voru flutt mörghundrað mál á fimmtán ára tímabili og fjallaði stór hluti þeirra um eignarnám.¹⁰⁹

Í dóminum eru níu dómarar hverju sinni. Hvort ríki um sig skipar þrjá og þessir sex dómarar skipa hina þrjá dómarana. Geti þeir ekki komist að niðurstöðu er gert ráð fyrir sérvaldi (Appointing Authority) sem sér um það. Dómstólnum er skipt í þrjá þriggja manna dóma og í hverjum þeirra situr einn dómari úr hverjum hópi. Flest mál eru leyst í slíkum dómum.

Í V. gr. yfirlýsingarinnar um stofnun dómsins segir:

Gerðardómurinn skal leysa úr öllum málum með virðingu fyrir lögunum, og beita því vali á lagareglum og grundvallarreglum laga á sviði viðskiptaréttar og þjóðaréttar, eftir því sem dómurinn telur eiga við, með í huga viðeigandi notkun á samningsskilmálum og breyttum aðstæðum.

Gerðardómurinn byggir niðurstöður í dómum sínum nær alltaf á venjuréttarreglum þjóðaréttar. Dómar hans hafa því haft hagnýtt gildi þegar kemur að reglum um eignarnám og hvernig eigi að komast að niðurstöðu í bótamálum. Þar sem dómurinn hefur fengist við mikinn fjölda eignarnámsmála hefur hann haft gott tækifæri til að taka afstöðu til fjölda mismunandi aðgerða ríkja, sem fjárfestar hafa viljað meina að jafngilti eignarnámi. Áhrif

¹⁰⁸ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 462.

¹⁰⁹ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 461.

dóma hans má sjá víða, til að mynda í ákvörðunum í málum Fríverslunarbandalags Norður-Ameríku (NAFTA).¹¹⁰

Lowenfeld telur að ljóst að í ljósi þeirra fjárhæða sem greiddar hafa verið í bætur, áframhaldandi starfsemi gerðardómsins og mikillar hæfni dómenda, að með Íran-Bandaríkja-gerðardómnum hafi verið mörkuð þáttaskil, bæði á sviði erlendra fjárfestinga og um úrlausnir þjóðréttardeilna.¹¹¹

4.5 Þjóðnýtingar Líbýu og mál Aminoil gegn Kúveit

Árið 1959 fannst olía í Líbýu sem leiddi til þess að vestræn fyrirtæki hófu þar starfsemi. Árið 1969 var gerð bylting í landinu. Í framhaldi af henni þjóðnýtti ríkisstjórnin allar eignir vestrænna olúfyrirtækja. Engar bætur voru greiddar fyrir eignirnar. Fyrirtækin, British Petroleum (BP), Texaco, Standard Oil of California og Atlantic Ridgefield (Liamco), nýttu sér þá ákvæði samninga sinna við Líbýu og fóru með mál sín í gerðardóm. Var skipað í dóminn þannig að hvor aðili átti að velja einn dómara og saman áttu dómarnir að velja hinn þriðja. Ef annar hvor aðilinn skipaði ekki í dóm átti einn maður að dæma í málinu og kom það í hlut forseta Alþjóðadómstólsins í Haag að tilnefna þann dómara. Líbýa tilnefndi aldrei dómara í þessum málum.

Í meginatriðum var niðurstaða þessara mála á sama veg, að Líbýa hefði brotið gegn ákvæðum samninga sinna. Til þeirra er stundum horft þegar fjallað er um grundvallarreglur þjóðaréttar á þessu sviði.¹¹²

Rétt eins og með Líbýumálin voru olíusamningar grundvöllur deilna í máli *Aminoil gegn Kúveit*.¹¹³ Árið 1948 hafði þjóðarleiðtogi Kúveit gert 60 ára samning við fyrirtækið American Independent Oil Company (Aminoil) um að það mætti rannsaka og hagnýta olíu og gas á ákveðnu hlutleysissvæði á milli Kúveit og Sádi-Arabíu. Kvað samningurinn á um helmingaskiptingu hagnaðar. Síðar meir, eftir að völd OPEC (e. *Organization of the Petroleum Exporting Countries*) tóku að aukast á þessu svæði var Aminoil nauðbeygt til að samþykkja aukna þátttöku ríkisins í starfseminni auk þess sem fyrirtækið þufi að greiða hærri skatta. Féllst fyrirtækið á þetta í ljósi þess mikla hagnaðar sem það naut vegna hækkandi olíuverðs.

¹¹⁰ Maurizio Brunetti: „The United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation“, bls. 205-206.

¹¹¹ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 471.

¹¹² Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 417-418.

¹¹³ *Kúveit gegn American Independent Oil Co. 21 ILM (1982), 976.*

Á árunum 1975 til 1977 gerðu aðilar tilraunir til að semja á ný um skiptingu tekna. Ekki tókst að ná niðurstöðu og í september 1977 lýsti Kúveit því yfir að gildandi samningi væri slitið og að allar eignir skyldu færast til ríkisins. Kúveit viðurkenndi að það þyrfti að greiða bætur og féllust aðilar á gerðardóm í París þar sem einungis skyldi fjallað um upphæð bóta sem greiða bæri.

4.6 Deilur tveggja ríkja

Alþjóðadómstóllinn í Haag er ólíkur hinum alþjóðlegu gerðardómum að því leyti að hann hefur eingöngu lögsögu í deilum ríkja. Því byggist aðkoma hans að málum, er varða fjárfestingardeilur, á því að ríki taki upp mál ríkisborgara sinna eða innlendra fyrirtækja, þ.e. beiti diplómátskri vernd. Ríki hafa verið treg til þessa þar sem, eins og áður sagði, fleiri þættir koma til skoðunar þegar ríki deila sín á milli heldur en þegar fjárfestir deilir beint við ríkið. Má því segja að gerðardómarnir, sem upp spruttu vegna olíudeilna, og ICSID hafi verið nokkurs konar viðbrögð við þessu vandamáli.¹¹⁴

Annað vandamál þessu tengt er að lögsaga er bundin við samþykki beggja aðila. Fáar þjóðir eru tilbúnar til að leyfa alþjóðlegum dómi að kveða upp úr um mikilvæg efnahagsleg atriði. Hvað erlendar fjárfestingar varðar hafa þrjár dómur komið frá Alþjóðadómstólnum, sem máli skipta. Þetta dómur í *Anglo-Iranian málinu*,¹¹⁵ málið um *Barcelona Traction*¹¹⁶ og *Elsi málið*.¹¹⁷

4.7. Lyktir deilna

Þegar upp hefur risið fjárfestingardeila getur máli lyktað á ýmsan hátt. Deilan getur endað með sátt áður en hún fer fyrir gerðardóm eða jafnvel eftir að leitað hefur verið þangað en áður en dómur hefur verið kveðinn upp. Þegar slíkt á sér stað veita aðilar máls jafnan litlar upplýsingar um hvaða niðurstöðu var komist að. Ríki kjósa það af ótta við að einhvers konar bótagreiðsla geti orðið að fyrirmynd eða fordæmi næst þegar upp kemur deila við annan fjárfesti. Jafnframt gætu slíkar upplýsingar leitt til fjölgunar mála á hendur ríki. Fjárfestir sem fær bætur greiddar getur jafnframt haft hag af því að halda leyndum upplýsingum til að ekki komi fram hvers konar bætur hann er tilbúinn til að fallast á.¹¹⁸

¹¹⁴ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 431.

¹¹⁵ *AD, Anglo-Iranian Oil Co. case (Bretland gegn Íran) (1952) I.C.J. Rep. 93.*

¹¹⁶ *AD, Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgía gegn Spáni) Second Phase, (1970) I.C.J. Rep. 3*

¹¹⁷ *AD, Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (Elsi) (Bandaríkin gegn Ítalíu), 1989 I.C.J. Rep. 15.*

¹¹⁸ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 46-47.

Í öðru lagi getur máli lyktað með dómi, annað hvort á þá leið að aðgerðir ríkis séu ekki taldar brjóta gegn samningi eða reglum þjóðaréttar, eða að ríki er talið hafa brotið gegn fjárfesti og að því beri skylda til að greiða bætur. Þegar kemur að bótum, sem dæmdar eru aðila, hafa ríki alla jafnan greitt þær upphæðir. Þessar bætur geta numið það háum upphæðum að ríkjum er þvert um geð að sætta sig við þær. Með því að neita að greiða bæturnar á ríki þó á hættu á að verða fyrir enn meira tjóni en því, sem bótafjárhæðinni nemur. Gæti slíkt leitt til þess að fjárfestar horfðu síður til þess lands í framtíðinni vegna þeirrar vitneskju að hugsanlegt brot á fjárfestingarsamningi fengist ekki bætt.¹¹⁹

Samningar geta loks jafnframt átt sér stað eftir að dómur hefur verið kveðinn upp. Hafi ríki verið dæmt til að greiða bætur er hugsanlegt að það semji við fjárfesta um að það greiði hluta þeirrar fjárhæðar sem gerðardómur ákvað að veita þeim. Í stað þeirrar fjárhæðar sem fjárfestir gefur eftir getur ríki þá boðið skattaívilnun og endursamningu á samningum aðila á milli.

¹¹⁹ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 45-46.

5 Beint eignarnám

5.1 Almennt

Eignarnám er alvarlegasta form inngríps í eignarétt sem að ríki getur framkvæmt. Þá eru eign eða formleg yfirráð yfir henni tekin af eigendum og færð til ríkisins. Í þjóðarétti er réttur ríkja til að beins eignarnáms viðurkenndur. Eins og rakið hefur verið í kafla 2.3 voru langar deilur uppi á milli Sovétríkjanna, Suður- og Mið-Ameríkuríkja og þróunarlanda annars vegar og hins vegar iðnríkjanna um þær reglur er giltu um meðferð erlendra fjárfestinga, þar á meðal reglur um eignarnám. Í dag hefur þessi deila verið leidd til lykta að stærstum hluta. Á meðan ríki uppfyllir kröfur þjóðaréttar, svokallaðar alþjóðlegar lágmarkskröfur (e. *international minimum standard*), telst beint eignarnám ríkis á erlendri fjárfestingu löglegt.¹²⁰

5.2 Eignarnám og þjóðnýting

Beint eignarnám og þjóðnýting eru náskyld hugtök. Þegar rætt er um þjóðnýtingu er jafnan átt við umfangsmikið eignarnám, einkum þegar ríki ætlar að ná aftur yfirráðum yfir ákveðnum náttúruauðlindum. Sumir nálgast þessi tvö hugtök á mismunandi hátt þar sem eðli aðgerðanna sé svo ólíkt. Í *Amoco dómi Íran-Bandaríkja-gerðardómsins*¹²¹ segir til að mynda.:

...þjóðnýting er jafnan skilgreind sem flutningur efnahagsstarfsemi frá einkageiranum og yfir í hinn opinbera. Nútímaþjóðnýting færir jafnan margar eignir með sams konar starfsemi á tilteknu sviði undir hatt ríkisins. Getur þetta jafnvel átt við alla starfsemi í tilteknum iðnaði. Það getur því leitt til töku einkaeigna á mun umfangsmeiri hátt en hefðbundið eignarnám af almannaástandum. Auk þess er eðli þjóðnýtingar alltaf annað þar sem það er alltaf tengt ákveðnum pólitískum ákvörðunum.

Aðrir fræðimenn, eins og DJ Harris, halda því fram að þjóðnýting sé í raun ein tegund af eignarnámi. Rökstyður hann skoðun sína þannig að reglur um eignarnám eigi við jafnt um einstaka tilvik sem og um þjóðnýtingu.¹²²

5.3 Um lögmæti eignarnáms

Í dag er almennt viðurkennt að lögmæti eignarnáms byggist á þremur (eða fjórum) skilyrðum. Tvö þessara skilyrða er að finna í 4. gr. ályktunar Allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna um fullveldisrétt ríkja yfir náttúruauðlindum frá árinu 1962.¹²³

¹²⁰ Peter Malanczuk: *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, bls. 235; Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles of International Investment Law*, bls. 89.

¹²¹ Íran-Bandaríkja-gerðardómur. Amoco International Finance Corp. gegn Íran. Sjá Harris, bls. 586.

¹²² DJ Harris: *Cases and Materials in International Law*, bls. 577.

Þjóðnýting, eignarnám eða krafa um afhendingu skal vera byggð á notkun í þágu almennings, öryggis eða vegna hagsmuna ríkisins sem viðurkennt er að vegi þyngra en hagsmunir einstaklinga og einkaaðila, jafnt erlendra sem innlendra. Í slíkum tilvikum skal greiða viðeigandi bætur, í samræmi við gildandi reglur ríkisins sem framkvæmir eignarnámið í skjóli fullveldis sins og í samræmi við alþjóðalög. Í tilvikum þar sem deilt er um bætur skal tæma allar kæruleiðir innan lögsögu ríkisins. Hins vegar má, með samkomulegi fullvalda ríkja og annarra aðila sem hafa hagsmuna að gæta, leysa úr deilu hjá gerðardómi eða alþjóðlegum dómstóli.

Í þessu ákvæði má sjá að gert er skilyrði um bætur og almannahagsmuna þegar eignarnám fer fram. Þessi tvö skilyrði eru, eins og ákvæðið sjálft, talin skráning á þeirri þjóðréttarvenju að eignarnám sé löglegt.¹²⁴ Þessar reglur eru lágmarksreglur en í samningum milli ríkja er vitaskuld mögulegt að gerðar séu frekari kröfur. Af starfsvenjum ríkja og tvíhliða fjárfestingarsamningum hefur þó verið dregin sú ályktun að þessi regla, ásamt skilyrðunum um tilhlýðilega meðferð og bann við mismunun, séu taldar vera meginreglan um þetta efni.¹²⁵ Líkt og lýst var í kafla 3.3.1.2 innihalda nær allir tvíhliða fjárfestingarsamningar ákvæði um eignarnám. Ef litið er á ýmsa samninga á sviði erlendra fjárfestinga má sjá að þeir kveða í meginatriðum á um það sama, þó vissulega séu þeir misítarlegir:

Þegar tvíhliða fjárfestingarsamnings-líkan Bandaríkjanna¹²⁶ er skoðað má til að mynda sjá þessi skilyrði talin upp í 1. mgr. 6. gr.:

1. Hvorugur samningsaðila skal gera eignarnám eða þjóðnýta fjárfestingu, sem fellur undir þennan samning, með beinum eða óbeinum hætti, með aðgerðum sem jafngilda eignarnámi eða þjóðnýtingu, nema:
 - (a) í almannaðágu;
 - (b) án mismununar
 - (c) með greiðslu skilagóðra, nægilegra og skilvirkra bóta; og
 - (d) í samræmi við tilhlýðilega lagalega meðferð og 5. gr. samningsins (reglur um lágmarksmeðferð) liðir (1) til (3).

Ákvæðið hér að ofan er næstum orðrétt eins og 1. mgr. 1110. gr. samningsins um fríverslunarsvæði Norður-Ameríku (NAFTA). Í tvíhliða fjárfestingarsamningi Íslands og Víetnam frá árinu 2003 má sjá skilyrði þessi 1. másl. 1. mgr. 5. gr.:

Hvorugur samningsaðili skal gera beinar eða óbeinar ráðstafanir sem lúta að eignarnámi eða þjóðnýtingu eða gera nokkrar aðrar ráðstafanir af því tagi eða sem hafa sömu áhrif á fjárfestingar fjárfesta hins samningsaðilans, nema umræddar ráðstafanir séu gerðar í

¹²³ Permanent Sovereignty over Natural Resources, G.A. res. 1803 (XVII), 17 U.N. GAOR Supp. (No.17) at 15, U.N. Doc. A/5217 (1962).

¹²⁴ DJ Harris: *Cases and Materials in International Law*, bls. 578..

¹²⁵ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 89.

¹²⁶ US Model BIT. *Heimasíða Skrifstofu bandaríska viðskiptafulltrúans*

almannabágu, án mismununar og samkvæmt tilhlýðilegri framkvæmd laga og að því tilskildu að gerðar séu ráðstafanir til þess að greiða skilvirkar og hæfilegar bætur.

Jafnvel stöðugleikaákvæði í fjárfestingarsamningum ríkja við staka fjárfesta myndu hugsanlega ekki geta komið í veg fyrir löglegt eignarnám, nema skýrt bann við því væri í ákvæðinu. Væri slíku ákvæði til að dreifa telja Dolzer og Schreuer að alþjóðlegur gerðardómur myndi túlka ákvæðið í samræmi við orðanna hljóðan.¹²⁷

5.4 Skilyrði fyrir lögmætu eignarnámi

5.4.1 Í þágu almannahagsmuna

Fyrsta skilyrði sem kveðið er á um í ályktun Allsherjarþings SP nr. 1803 um varanlegt fullveldi er að aðgerðin verði að vera í þágu almannahagsmuna. Hugtakið almannahagsmunir hefur afar víða merkingu. Erfitt er fyrir fjárfesti að halda því fram fyrir dómi að aðgerð ríkis, þar sem hann hefur fjárfest, hafi ekki verið gerð í almannabágu. Slíkt er einfaldlega of erfitt að hrekja. Hafi fjárfestar reynt að halda slíku fram sem málsástæðu hefur það aldrei verið aðalmálsástæða þeirra fyrir því að eignarnám hafi verið ólöglegt. Reynslan er og sú að í dómum um þetta efni er sjaldnast dregið í efa að þessu skilyrði sé fullnægt.¹²⁸

Í *Liamco dómi* Íran-Bandaríkja-gerðardómsins¹²⁹ sagði að hvatir skiptu ekki máli í þjóðarétti og að ríki væri frjálst að meta á sínar eigin spýtur hvað það teldi gagnlegt og nauðsynlegt til almannaheilla. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur jafnframt kveðið upp úr um að það virði dómgreind löggjafans á því hvað sé í þágu almannahagsmuna nema augljóslega skorti grundvöll fyrir ákvörðun hans.¹³⁰

Ríki getur þó ekki gert eignarnám af hvaða hvötum sem er og stuðst við almannahagsmuni. Þannig getur það ekki beitt eignarnámi sem refsiaðgerð gagnvart fjárfestinum eða heimaríki hans. Slíkt færi gegn skilyrði þessu, sbr. dóm í máli *BP gegn Líbýu*,¹³¹ en í því máli höfðu eignir BP verið teknar eignarnámi í refsiskyni fyrir að hafa selt olíu til Suður-Afríku, sem fór gegn stefnu ríkisins. Í sumum tvíhliða fjárfestingarsamningum er að finna texta sem leggur bann við aðgerðum af þessu tagi.¹³² Jafnframt teldist það ekki löglegt ef tilgangurinn með eignarnáminu væri eingöngu fjárhagslegur eða ef hann væri að koma sér undan samningsbundnum skuldbindingum ríkisins. Í máli *Santa Elena gegn Kosta*

¹²⁷ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 90.

¹²⁸ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, p. 394 - 395.

¹²⁹ *Libyan American Oil Co. (Liamco) v. Libya (1981) 20 ILM 1.*

¹³⁰ *MDE, James v. UK (1986) 8 EHRR 123*

¹³¹ *BP gegn Líbýu, 1973, 53 ILR 297.*

¹³² Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 54.

Ríka sagði dómurinn að innan hugtaksins almannahagsmunir féllu aðgerðir af umhverfisástæðum.¹³³

Í *Amoco dómnum*¹³⁴ var einnig fjallað um skilyrðið um almannahagsmuni. Í málinu hafði stefnandinn, svissneskt fyrirtæki, gert samning við íranskt ríkisfyrirtæki um að stofna sameiginlegt fyrirtæki sem átti að vinna og selja íranskt eldsneyti. Báðir aðilar áttu 50% hlut í fyrirtækinu. Samningurinn var ógiltur eftir byltinguna í Íran árið 1979 og löggjöf var sett sem þjóðnýtti olíuðnað Írans. Dómurinn sagði:

Það getur ekki verið deilt um það að (löggjöfin) var sett með skýra almannahagsmuni að leiðarljósi, það er að ljúka við þjóðnýtingu olíuðnaðarins (...) með það að markmiði að innlima helstu efnahagslegu og stjórnmalalegu stefnu hinnar nýju íslamísku ríkisstjórnar. (...) Jafnvel þó að fjárhagsleg atriði hafi verið höfð í huga við töku slíkrar ákvörðunar – sem hefði verið eðlilegt, en hefur ekki verið sannað – þá væri sú staðreynd ekki fullnægjandi, í augum gerðardómsins, til að sanna að ákvörðunin hafi ekki verið tekin í þágu almannahagsmuna.

5.4.2 Bann við mismunun

Eignarnám má ekki vera gert þannig að það feli í sér mismunun. Styðst sú regla við fjölda dóma sem og við starfsvenjur ríkja. Með hugtakinu mismunun er átt við hinn almenna skilning á hugtakinu. Löggjöf sem mismunar beinist þannig gegn ákveðnum mönnum eða sérstökum kynþætti eða þjóðerni. Brownlie bendir þó á að „sú staðreynd að einungis útlendingar verða fyrir áhrifum löggjafar getur verið tilviljun og ef löggjöfin var ákveðin með hagfræðilega og félagsfræðilega stefnu í huga þá er henni ekki í raun beint gegn ákveðnum hópum þó þeir eigi eignir sem verða fyrir áhrifum.”¹³⁵

Til að uppfylla skilyrði þetta þurfa jafningjar að fá sams konar meðferð frá ríkinu. Ef einstaklingar eru ekki í sömu lagalegu stöðu þá er heimilt að beita þá mismunandi meðferð.¹³⁶ Erfitt er fyrir fjárfesta að sýna fram á að mismunun hafi verið fólgin í aðgerðum ríkja.¹³⁷ Í *Amoco dómnum*, sem fjallað var um að ofan, hélt stefnandi því fram að þar sem eignarnám hafði ekki farið fram á hlut japanskra fjárfesta í öðru fyrirtæki þá hefði Íran brotið gegn skilyrðinu um bann við mismunun þegar það tók hluta sinn í olúfyrirtækinu. Dómurinn féllst ekki á þessa kröfu og sagði:

Gerðardómnum þykir erfitt, þar sem ekki eru frekari sönnunargögn, að komast að þeirri niðurstöðu að í eignarnámi á hagsmunum stefnanda hefði verið fólgin mismunun á þeirri

¹³³ *Santa Elena gegn Kosta Ríka*, 39 ILM, 2000, sjá Shaw, bls. 743.

¹³⁴ *Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn, Amoco International Finance Group gegn Íran frá 14. júlí 1987*, 15 Iran-US CTR 189 (hér eftir *Amoco*)

¹³⁵ Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, bls 515.

¹³⁶ M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, p. 398.

¹³⁷ Shaw, *International Law*, bls. 751.

forsendu að aðrir hagsmunir á sama viðskiptasviði hefðu ekki verið teknir eignarnámi. Ástæður kunna að vera að baki, sem eiga bara við fyrirtækið sem var ekki tekið eða sem eiga bara við hið eignarnumda, sem réttlæta þessa mismunandi meðferð...¹³⁸

Skiptar skoðanir sem uppi eru um hversu langt þetta skilyrði á að ná. Halda sumir því fram að undantekningar séu frá þessari reglu, að ríki geti löglega mismunað. Væri það í tilvikum þegar ætlun ríkisins er að koma vissum sviðum iðnaðar eða atvinnu aftur í hendur sinna eigin ríkisborgara, til dæmis á sviði búskapar. Felst mismununin þá í því að ríkið er einungis að taka eignir erlendra fjárfesta en ekki eignir ríkisborgara sinna. Þetta er því ekki það sama og þjóðnýting þar sem allar eignir á einu sviði fara undir stjórn ríkisins.

Sumir ganga enn lengra og halda því fram að ríki, sem hyggjast taka eignir erlendra aðila með þessum hætti en hafa ekki efni á því að greiða bætur fyrir allar erlendar eignir á einu bretti, geti gert það í áföngum. Það sé þá mögulegt að byrja á því að taka eignir af ríkisborgurum einhvers tiltekins lands í hverjum áfanga fyrir sig.¹³⁹

5.4.3 Tilhlýðileg lagaleg meðferð

Sumir samningar gera skýra kröfu um tilhlýðilega lagalega málsmeðferð. Ber ríkjum þá að fylgja lögum síns lands við ákvörðun um eignarnám. Þetta skilyrði vísar jafnframt til þjóðréttarvenju um lágmarksskilyrði um meðferð útlendinga og skilyrði um sanngjarna og tilhlýðilega meðferð sem jafnan er kveðið á um í tvíhliða fjárfestingarsamningum. Þá er þetta skilyrði að finna í leiðbeiningum Alþjóðabankans um meðferð erlendra fjárfestinga.¹⁴⁰ Dolzer og Schreuer segja óljóst hvort ákvæði, sem innihalda þessa kröfu, bæti við sjálfstæða kröfu um lögmæti eignarnáms. Sé brotið gegn þessu sé í raun og veru verið að brjóta aðrar reglur, það er lágmarksreglur um meðferð á erlendum fjárfestingum en ekki endilega reglur um eignarnám. Séu skilyrði lögmæts eignarnáms því í raun einungis þrjár.¹⁴¹

Í Amoco dómnum sagði Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn raunar að hann efaðist um að þetta skilyrði hefði nokkurn tímann verið viðurkennt eða sést í réttarheimildum þjóðaréttar.¹⁴² Taldi hann raunar að í þeim tilvikum þegar borið væri við að ekki hefði verið tilhlýðileg

¹³⁸ *Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn, Amoco, 113. mgr.*

¹³⁹ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 54.

¹⁴⁰ The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Investment

¹⁴¹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: Principles of International Investment Law, bls. 91.

¹⁴² Réttarheimildir þjóðaréttar eru taldar upp í 38. gr. Samþykktar Alþjóðadómstólsins í Haag, sem kveður á um þær réttarheimildir sem dómstóllinn fer eftir við úrlausn mála. Sjá nánar í: Björg Thorarensen og Pétur Leifsson, *Kaflar úr þjóðarétti*, bls. 15-25.

lagaleg meðferð þá væri það notað til sönnunar því að skortur væri á að önnur skilyrði þjóðaréttar, svo sem kröfur um almannahagsmuni, væru uppfyllt.¹⁴³

5.4.4 Bætur

Eins og fjallað var um hér að ofan segir í ályktun allsherjarþingsins um varanlegt fullveldi ríkja yfir náttúruauðlindum að fyrir eignir skuli koma „viðeigandi bætur“. Í flestum tvíhliða fjárfestingarsamningum er algengt að þessi krafa um viðeigandi bætur sé útlistuð nánar og sagt að bætur fari eftir Hull formúlunni,¹⁴⁴ sem fjallað var um í kafla 2.3.2. Var hún á þá leið að fyrir eign skyldu koma „skilagóðar, nægilegar og skilvirkar bætur.“¹⁴⁵ Í 2. málsl. 1. mgr. 5. gr. tvíhliða fjárfestingarsamnings Íslands og Víetnam má til að mynda sjá nánari útlistun á kröfunni um bætur:

Fyrirnefndar bætur skulu nema markaðsvirði fjárfestingarinnar rétt áður en eignarnám er framkvæmt eða almennt verður kunnugt um fyrirhugað eignarnám og skulu þar með taldir vextir reiknaðir á grundvelli LIBOR (London Interband Offer Rate) frá þeim degi sem eignarnám er framkvæmt fram til greiðsludags. Fyrirnefndar bætur skal greiða réttthafa í gjaldmiðli sem er skiptanlegur án takmarkana og án tafar.

Krafan um „skilagóðar bætur“ gerir ekki að skilyrði að bætur komi samstundis. Í tvíhliða fjárfestingarsamningum er gert ráð fyrir þeim möguleika að upp komi deilur um upphæð bóta, sem greiða ber fyrir eign. Hins vegar er með skilyrðinu gert ráð fyrir að vextir reiknist á upphæðina, sem fengin er að lokum. Í ákvæðum eru jafnan nákvæmari útlistanir á þessu skilyrði. Jafnan er gert ráð fyrir því að gjaldmiðillinn, sem notaður er við greiðslu, sé reiknaður á sanngjörnu gengi. Aðrir samningar vísa beint til LIBOR gengis.¹⁴⁶

Annað skilyrðið tengt bótum er að þær séu „skilvirkar.“ Með því er átt við að fjárfestir geti nýtt sér þær. Gjaldmiðillinn, sem greitt er í, verður að vera nothæfur og skiptanlegur. Í tvíhliða fjárfestingarsamningum er sjaldnast kveðið af eða á um það hvort ríki geti greitt með ríkisskuldabréfum. Fræðimenn telja að ef þau uppfylla skilyrði um að vera söluhæf og beri vexti sem eru í samræmi við sambærileg bréf, þá sé skilyrðum Hull formúlunnar fullnægt.¹⁴⁷

¹⁴³ *Iran-Bandaríkja-gerðardómurinn, Amoco, 120. mgr.* Sjá: Sayyed Khalil Khalilian, *The Law of International Arbitration*, bls. 656.

¹⁴⁴ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 480.

¹⁴⁵ Stundum má sjá þetta orðað þannig að fyrir eign skuli koma „tafarlause, hæfilegar og skilvirkar bætur.“

¹⁴⁶ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 481.

¹⁴⁷ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 482.

Þriðja og síðasta krafan, um „nægilegar bætur“, er flóknasti liðurinn þegar kemur að bótaskilyrðum eignarnámsreglna. Spurningin sem svara þarf er hversu háar bæturnar eiga að vera. Gerðardómar hafa jafnan notað þá aðferð, þegar þeir komast að niðurstöðu í málum af þessu tagi, að spyrja tveggja spurninga: Í fyrsta lagi við hvað eigi að miða til að finna nægilegar bætur og í öðru lagi hvernig eigi að ákvarða þá fjárhæð.¹⁴⁸

Deilur stóðu lengi um hvernig bætur væru taldar „viðeigandi“ eða „nægilegar“, það er hvað væri hið rétta viðmið. Þessum deilum er nú að mestu lokið. Lowe segir að greina megi þó skýra stefnu í að miða bætur við fullt markaðsvirði eignar.¹⁴⁹ Þannig var niðurstaðan til dæmis í *Aminoil málinu* og hefur jafnframt verið í dómum Íran-Bandaríkja-gerðardómsins og ICSID.¹⁵⁰ Þannig sagði í *Tippets dómnum* að stefnandi ætti, samkvæmt þjóðarétti og almennum grundvallarreglum laga, rétt á fullu andvirði þeirrar eignar sem hann var sviptur.¹⁵¹ Þá sagði dómurinn í *Sola Tiles dómnum*:

Ekki er hægt að hunsa samninginn, sem kveður á um að bætur „skuli samsvara jafnvirði eignarinnar sem er tekin.“ Hann verður að mynda einhvern hluta þess lagalega baksviðs sem gerðardómurinn byggir á við ákvörðun. Niðurstaða dómsins, að sama viðmið hefði verið notað samkvæmt venjurétti og með beinni tilvísun til samningsins sjálfs, kemur í veg fyrir nauðsyn þess að ákveða hvort á hvernig samningurinn á við í þessu tilviki.¹⁵²

Rétt er að taka fram að þegar rætt er um þetta viðmið eru heitin „markaðsvirði“, „fullt markaðsvirði“, „sanngjarnt markaðsvirði“ og „raunverulegt virði“ notuð jöfnum höndum. Samkvæmt þessu viðmiði eiga bætur að koma fjárfesti aftur í þá stöðu sem hann hefði verið í, hefði eignarnámið aldrei átt sér stað.¹⁵³

Því hefur verið haldið fram að með tilkomu tvíhliða fjárfestingarsamninga hafi verið gerðar tilraunir til að breyta reglum um bætur. Þrátt fyrir þetta og alla þá athygli sem fræðimenn hafa sýnt þessu þá er „fullt markaðsvirði“, sem leiddi af Hull formúlunni og kröfunni um „tafarlausar, hæfilegar og skilvirkar bætur“, ennþá staðallinn sem miðað er við.¹⁵⁴

¹⁴⁸ John A. Westberg: „Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation“, bls. 15,

¹⁴⁹ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 56.

¹⁵⁰ John A. Westberg: „Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation“, bls. 15.

¹⁵¹ *Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn, Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton gegn TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 6 *Iran-US Claims Tribunal Reports (1984)*, 219(hér eftir Tibbets).

¹⁵² *Íran-Bandaríkin-gerðardómurinn, Sola Tiles Inc. gegn Íran*, 22. apríl 1987, Award No. 298-317-1, 14 *Íran-US C.T.R.* 223 (hér eftir *Sola Tiles*)

¹⁵³ Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, bls. 484.

¹⁵⁴ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls. 20.

Eftir að fyrri spurningunni hefur verið svarað, það er hvert viðmiðið eigi að vera, þurfa dómstólar að ákveða hvernig eigi að ákvarða bætur þannig að fullt markaðsvirði fáiast. Ríki kann að þykja það hljóma yfirþyrmandi þegar það heyrir hvert viðmiðið er. Reynslan hefur hins vegar verið sú, þegar kemur að ákvörðun bótafjárhæðar, að upphæðirnar hafa þótt sanngjarnar fyrir ríki.¹⁵⁵

Upphæð bóta er ekki alltaf auðvelt að ákvarða, einkum í málum þar sem erlend fyrirtæki starfa eftir flóknum samningnum. Þarf jafnan nána samvinnu lögfræðinga annars vegar og hins vegar sérfræðinga í verðmati. Ýmsum aðferðum er hægt að beita við að ákvarða markaðsvirði og er ekki hægt að segja að dómstólar hafi komist að einni réttari aðferð við að finna bótaupphæð. Það sem skiptir höfuðmáli við mat á því hvort fyrirtækið eða eignin, sem tekið var eignarnámi, teljist vera „áframhaldandi rekstrarhæft“ (e. *going concern*). Með því er átt við, hvort fyrirtækið hefði getað haldið áfram starfsemi sinni ef ekki hefði komið til eignarnáms.

Við mat á eignarnámi koma ýmis atriði til skoðunar, til dæmis hvort að óáþreifanleg verðmæti eins og viðskiptavild (e. *goodwill*) og glataður framtíðarhagnaður (e. *lost future profits*) eigi að teljast með í útreikningum. Einnig þarf að meta hvort horft verður til mælinga á minnkuðu fjárstreymi (e. *discounted cash flow*) við ákvörðun bótafjárhæðar. Reynslan hefur sýnt að Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn og ICSID gerðardómar taka þessa þætti til skoðunar þegar nægileg sönnun hefur fengist fyrir því að þeir hafi raunverulega verið til staðar. Til þess þarf þó áframhaldandi rekstrarhæfi að vera til staðar.¹⁵⁶

Í *Phelps Dodge dómi* Íran-Bandaríkja-gerðardómsins hafði stefnandi fjárfest í fyrirtæki sem var í smíðum þegar byltingin var gerð í Íran. Í bótakröfu fyrir eignarnám var meðal annars farið fram á að bætt yrði fyrir glataðan hagnað og viðskiptavild. Dómurinn hafnaði þeirri kröfu þar sem starfsemi fyrirtækisins hefði ekki náð því marki að teljast áfram rekstrarhæft.¹⁵⁷ Í *Sola Tiles dómnum* komst dómurinn að þeirri niðurstöðu að þó að flísafyrirtæki hefði verið starfandi þegar byltingin skall á væri eðli starfseminnar með þeim hætti að ólíklegt væri að það hefði haldið áframhaldandi rekstrarhæfi sínu eftir byltinguna:

Viðskipti Simat (fyrirtækið) samanstóðu aðallega af því að selja sérstakar hágæðaflísar og byggðist eftirspurnin á þeim að stórum hluta á áframhaldandi byggingu lúxus-húsa og –íbúða. Spurningin er því – þó að hvorugur málsaðila

¹⁵⁵ John A. Westberg: „Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation“, bls. 18.

¹⁵⁶ John A. Westberg: „Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation“, bls. 19.

¹⁵⁷ *Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn, Phelps Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp. gegn Íran, 19. mars 1986, Award No. 217-99-2, 10 Iran-U.S. C.T.R. 121*

hafi lagt fram sannanir með eða á móti – hvort Simat hefði getið búist við áframhaldandi stórinflutningi á flísunum án þess að lenda í vandræðum. (...) Það er skoðun dómsins, að miðað við útlit mála þá voru möguleikar Simat á áframhaldandi viðskiptum eftir byltinguna ekki slíkir að réttlætun sé að telja að það hafi verið áframhaldandi rekstrarhæft, þannig að meta ætti viðskiptavild. Sú ákvörðun, að meta ekki viðskiptavild til fjár, leiðir til svipaðrar niðurstöðu varðandi glataðan hagnað, sem byggist einnig á því að fyrirtæki sé áframhaldandi rekstrarhæft.¹⁵⁸

Í tilvikum þegar fyrirtæki er ekki talið áfram rekstrarhæft er venjan að horfa eingöngu á verðmæti upprunalegu fjárfestingarinnar, sem er þá nærtækari mælikvarði á bótaupphæð.¹⁵⁹ Þannig sagði í *AAPL dóminum*, eftir að hafa hafnað áframhaldandi rekstrarhæfi, að „næsti þáttur væri að útbúa nákvæman efnahagsreikning sem sýndi útkomu eftir mat á heildareignum Serendib (fyrirtækið) samanborið við allar útistandandi skuldir á viðeigandi tímapunkti.“¹⁶⁰

¹⁵⁸ Íran-Bandaríkin-gerðardómurinn, Sola Tiles, 63.-64. mgr.

¹⁵⁹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 271.

¹⁶⁰ *ICSID, AAPL gegn Sri Lanka*, 27. júní 1990, 4 *ICSID Reports* 250, bls. 526.

6 Óbeint eignarnám.

6.1 Almennt

Eins og vikið hefur verið að áður hefur óbeint eignarnám orðið æ meira áberandi í umræðu fræðimanna um erlendar fjárfestingar. Þetta vandamál er þó síður en svo nýtilkomið. Við skýringu á hugtakingu er til að mynda algengt að vísað sé til eftirfarandi málgreinar úr *Starrett Housing dómnum* frá 1983:

Í þjóðarétti er viðurkennt að aðgerðir ríkis geti takmarkað eignarétt að því marki að réttindin séu gerð svo gagnslaus að líta verði svo á að þau hafi verið tekin eignarnámi, jafnvel þó að ríkið þykist ekki hafa gert eignarnám og lögleg eignarráð séu formlega hjá hinum upprunalega eiganda.¹⁶¹

Leita má enn lengra aftur í tímann, til dóma Fasta alþjóðadómstólsins í Haag, sem fjallað verður um hér að neðan, en einnig til skrifa G.C. Christie árið 1962 um þetta efni, þar sem hann segir: „Þó að flest afskipti af eignum, einkum þau sem eru almenns eðlis, geti verið hulin undir einhvers konar samfélagslegum tilgangi, þá hafa dómar gefið skýrt til kynna að einföld neitun ríkis á því að ætlunin hafi verið að gera eignarnám, sé ekki það atriði sem hafi úrslitaáhrif.“¹⁶²

Beint eignarnám er ekki algengt nú á dögum. Ríki vilja ekki vera þekkt fyrir að notfæra sér þennan rétt sinn því slíkt þykir ekki vænlegt í augum erlendra fjárfesta. Hefur það því færst í vöxt að ríki setji reglur eða beiti aðgerðum sem hafa áhrif á hinar erlendu eignir. Slíkt hreyfir ekki við formlegum yfirráðum fjárfestisins en skerðir möguleika hans á að nýta fjárfestinguna með eðlilegum hætti.

Samkvæmt *Starrett Housing dómnum* felst munurinn á beinu eignarnámi og óbeinu í því, að þegar óbeint eignarnám fer fram hefur engin formleg „upptaka“ á fjárfestingu átt sér stað. Sú staðreynd að fjárfestirinn getur verið eigandi að fjárfestingunni að nafninu til og eignin á sama tíma verið tekin eignarnámi óbeint, er fastur liður þegar kemur að þessu lagalegu vandamáli. Ekki er hreyft við formlegum yfirráðum fjárfestisins en möguleikar hans á að nýta fjárfestingu sína með eðlilegum hætti eru skertir. Í tilvikum sem þessum er algengt að ríki neiti því að um eignarnám sé að ræða og hafnar því að því beri að greiða bætur. Er oft ómögulegt að vita hvort ásetningur til að hafa áhrif á eignir stjórnari aðgerðum ríkis. Í máli *SD*

¹⁶¹ Íran-Bandaríkja-Gerðardómur, *Starrett Housing* gegn Íran (1983), 4 Iran-US Claims Tribunal 122, bls. 154 (hér eftir *Starrett Housing*).

¹⁶² G. Christie, „What Constitutes a Taking of Property under International Law?“ Tekið úr: Raymond Doak Bishop, James Crawford, Michael Reisman: *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* bls. 893.

Myers gegn Kanada segir að þegar því sé haldið fram að eignarnám hafi átt sér stað dugi dómurum ekki að líta eingöngu til formsatriða. Þeir verði að ganga lengra og horfa til hinna raunverulegu hagsmuna í málinu, tilgangs aðgerða ríkisins og þeirra áhrifa sem þau hafa.¹⁶³

Þetta umfjöllunarefni er því afar mikilvægt, bæði fyrir erlenda fjárfesta og ríki. Augljóst er að það er fjárfestum mikilvægt að vita í hvaða tilfellum ríki hefur gengið of langt með reglum og aðgerðum sínum. Sömuleiðis þurfa ríki að geta vitað hversu langt þau geta gengið í lagasetningu eða annars konar aðgerðum án þess að eiga á hættu á að hafa gert eignarnám.

Þegar hugsað er um hugtakið óbeint eignarnám má ímynda sér að á því séu tvenns konar mörk: efri og neðri. Efri mörkin, það er skilin á milli beins og óbeins eignarnáms eru nokkuð skýr. Vandamálið liggur hins vegar í að skýra neðri mörkin, en engar skýrar reglur eru til um þau. Fjölmarginir dómur hafa gengið hjá alþjóðlegum dómstólum og gerðardómum um þetta efni. Þó vantar enn að skýrar línur séu á milli óbeins eignarnáms og löglegrar reglusetningar, sem er ekki bótaskyld. Þetta er síður en svo einfalt verk eins og skýrt var frá í dómi í máli *Feldman gegn Mexíkó*¹⁶⁴:

Það að þekkja beint eignarnám er tiltölulega auðvelt: Ríki yfirtekur námu eða verksmiðju og svipta fjárfestinn öllum gagnlegum þáttum eignaryfirráða og sjónunar. Það er hins vegar óskýrara hvenær aðgerðir ríkja, sem hafa áhrif á hinn víðtækt skilgreinda eignarétt (...), fara frá því að vera gild reglusetning yfir í að vera bótaskyld eignarnám. Það er óhætt að segja að enginn hefur fundið fullkomlega ásættanlega leið við að draga þessa línu.¹⁶⁵

Fræðimenn hafa þó við skoðun dóma myndað ákveðin viðmið til að ákvarða hvort óbeint eignarnám hefur átt sér stað eða ekki. Verður farið yfir þessi viðmið síðar í kaflanum.

Ýmis mismunandi heiti eru notuð yfir óbeint eignarnám. Það má sjá hugtök eins og „hægfara eignarnám“ (e. *creeping*), „de facto eignarnám“, „afleitt eignarnám“ (e. *consequential*), „falið eignarnám“ (e. *disguised*) eða aðgerðir sem „leggja má að jöfnu við eignarnám“ (e. *tantamount to expropriation*) eins og það er oft orðað í tvíhliða fjárfestingasamningnum. Hafa öll þessi hugtök svipaða merkingu og virðast fræðimenn ekki hafa komið á föstum reglum um notkun hvers hugtaks fyrir sig. Þetta á þó ekki við um hugtakið hægfara eignarnám, sem skýrt verður sérstaklega í kafla 6.7.

¹⁶³ NAFTA, *SD Myers gegn Kanada*, 285. mgr.

¹⁶⁴ ICSID, *Marvin Roy Feldman Karpa gegn Mexíkó*, ICSID (ARB(AF)/99/1), 16. desember 2002, ICSID Reports 2005, bls. 178 (hér eftir: *Feldman gegn Mexíkó*).

¹⁶⁵ ICSID, *Feldman gegn Mexíkó*, 100. mgr.

6.2 Ákvæði samninga um óbeint eignarnám

Eins og sjá má í kafla 5.3 segir í 1. másl. 1. mgr. 5. gr. tvíhliða fjárfestingarsamnings Íslands og Víetnam að: „Hvorugur samningsaðili skal gera beinar eða *óbeinar* ráðstafanir sem lúta að eignarnámi...“

Í 4. gr. samnings Íslands og Kína segir að ekki megi „...gera ráðstafanir gagnvart þeim (fjárfestingum) er hafa sömu áhrif og eignarnám eða þjóðnýting (e. *measures having effect equivalent to expropriation or nationalization*)...“ Sama orðalag má er að finna í samningi Íslands og Lettlands.

Þessi ákvæði íslensku samninganna um óbeint eignarnám eru mjög svipuð þeim sem finna má í samningum stærri aðila á alþjóðavettvangi. Þannig segir í 1. másl. 1. mgr. 1110. gr. NAFTA-samningsins: „Enginn samningsaðila má beint eða óbeint þjóðnýta eða taka eignarnámi...“ Nákvæmlega eins orðalag er notað í 1. mgr. 6. gr. tvíhliða fjárfestingarsamnings-líkans Bandaríkjanna.

6.3 Vandinn við að leiða í ljós skýrar reglur

Eins og áður segir er ákvörðun um það hvort óbeint eignarnám hefur átt sér stað ekki auðvelt verk og krefst þess að skoða hvert tilfelli fyrir sig. G.C. Christie skrifaði árið 1962 að ljóst væri að spurningunni yrði best svarað með þeim hætti, þannig að rétturinn þróist mál frá máli. Sennilega væri þetta í raun eina aðferðin við þróun reglnanna.¹⁶⁶ Nú, tæplega hálfri öld síðar, eru þessi mörk enn tiltölulega óskýr. Hvað veldur?

Hvað dóma ICSID-gerðardómsins varðar þá hefur þeim verið lýst sem mótsagnakenndum og ruglingslegum. Margar ástæður eru fyrir þessu. Að hluta til leiðir þetta af fjölda og misleitni þeirra samninga og reglna sem mál byggja á. Þessi rök eiga þó ekki eins vel við hvað varðar óbeint eignarnám því eins og sjá má hér að ofan eru ákvæði um þau vanalega einföld. Veigameira atriði er margbreytileg skipan dómara í gerðardóma stofnunarinnar sem leiðir óhjákvæmilega til breytilegra niðurstaðna í málum á þessu sviði sem öðrum. Þetta ásamt ákvæði 1. mgr. 53. gr. ICSID samningsins um að dómur skuli einungis binda aðilanna sjálfa, leiðir til þess að dómar geta verið mótsagnakenndir og erfitt að greina skýrar línur í dómafrákvæmd. C. Schreuer hefur fjallað um þetta vandamál og er þeirrar skoðunar að

¹⁶⁶ G. Christie, „What Constitutes a Taking of Property under International Law?“ Tekið úr: Raymond Doak Bishop, James Crawford, Michael Reisman: *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* bls. 893.

mikilvægt sé að koma á fót áfrýjunardómstól innan ICSID, sem hann telur að myndi fara langt með að leysa þetta vandamál.¹⁶⁷

6.4 Óbeint eignarnám og aðrar reglur um meðferð fjárfestinga

Höfundur vill taka fram að við lestur þessa kafla er mikilvægt að átta sig á því að umfjöllunin er einskorðuð við óbeint eignarnám. Í reifuðum dómum, þar sem niðurstaða er á þá leið að óbeint eignarnám hafi ekki átt sér stað, er ekki þar með sagt að ríki hafi ekki brotið gegn þjóðréttarlegum skuldbindingum sínum með öðrum hætti. Gera má ráð fyrir að í flestum málum, sem fjallað er um hér að neðan, hafi stefnendur haldið fram fleiri málsástæðum en einungis að óbeint eignarnám hafi átt sér stað.

Er þá til að mynda hugsanlegt að reglur tvíhliða fjárfestingarsamninga um sanngjarna og tilhlýðilega meðferð, sem lýst var í kafla 3.3.1.2 komi til skoðunar eða hafi verið brotnar. Raunar er það svo að í nýlegum ICSID dómum hefur hugtakið óbeint eignarnám verið skýrt þröngt og tilhneigingin frekar að komast að þeirri niðurstöðu að um brot gegn reglum um sanngjarna og tilhlýðilega meðferð sé að ræða.¹⁶⁸

6.5 Dómar um óbeint eignarnám

Í þessum hluta verður fjallað um nokkra dóma, sem hafa haft áhrif við mótun hugtaksins óbeint eignarnám. Verður umfjölluninni skipt upp eftir því fyrir hvaða alþjóðlegu dómstólum eða gerðardómum málin voru flutt.

6.5.1 Fasti alþjóðadómstóllinn í Haag

Fasti Alþjóðadómstóllinn í Haag var fyrsti vettvangur mála, þar sem deilt var um hvort óbeint eignarnám hefði átt sér stað. Eins og gefur að skilja voru þessi mál uppi á þriðja og fjórða áratug síðustu aldar.¹⁶⁹ Þessi mál voru ólík flestum dómum, sem fjallað er um í þessari ritgerð, að því leyti að fjárfestir var ekki eiginlegur aðili að málinu heldur heimaríki hans.

Í *Oscar Chinn málinu (Bretland gegn Belgíu)*¹⁷⁰ hafði breskt skipaflutningafyrirtæki í eigu Oscar Chinn hafið skipaflutninga um Kongófljót (Kongó var undir yfirráðum Belga) og var í samkeppni við annað fyrirtæki, „*Union nationale des Transpots fluviaux*” eða UNATRA, sem var að hluta til í eigu belgíska ríkisins. Eftir að kreppan, sem skók heiminn á árunum 1930-31,

¹⁶⁷ Christoph Schreuer: „Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road“, bls. 256.

¹⁶⁸ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 93.

¹⁶⁹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 93.

¹⁷⁰ *FAD, Oscar Chinn málið (Bretland gegn Belgíu), 12. desember 1934, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A/B, no. 63 (1934) 4 (Hér eftir Oscar Chinn)*

tók að hafa áhrif á skiptaflutninga, óskaði UNATRA eftir aðstoð belgíska ríkisins. Árið 1931 lækkaði ríkið verð hjá fyrirtækinu auk þess að veita fyrirtækinu styrki. Bretland, fyrir hönd Oscar Chinn, hélt því fram að aðgerðir Belgíu hefðu með óbeinum hætti svipt Chinn möguleika á að reka fyrirtækið með arðbærum hætti. Með þessu hefði upptaka átt sér stað. Dómstóllinn féllst ekki á þetta og sagði:

Dómurinn sér að breytingar hafa orðið á fjárhagsstöðu Hr. Chinn, sem eiga að hafa valdið því að flutningastarfssemi hans lagðist af. Dómurinn getur hins vegar ekki séð að upphafleg aðstaða hans – sem einkenndist af því að hafa viðskiptavini og möguleika á að skila hagnaði – sé einhvers konar réttur hans. Jákvæðar viðskiptaaðstæður og viðskiptavild geta breyst fyrirvaralaust: hagsmunir tengdir flutningum kunna að hafa liðið fyrir almenna niðursveiflu í viðskiptum og aðgerðir, sem ráðist var í til að svara þeim.

Ekkert fyrirtæki – síst af öllu farþegaflutninga- eða vöruflutningafyrirtæki, sem byggja velgengni sína á breytilegu verði og gjöldum – getur komist hjá hættu sem leiðir af almennum efnahagsskilyrðum. Á sumum sviðum viðskipta er hægt að skila miklum hagnaði á góðæristímum, eða með því að notfæra sér alþjóðlega viðskiptasamninga eða breytingar á tollum; en þau eru einnig opin fyrir þeirri hættu að verða gjaldþrota þegar aðstæður breytast. Í aðstæðum sem þessum hefur ríki ekki brotið gegn réttindum fyrirtækja.¹⁷¹

6.5.2 Íran-Bandaríkja-Gerðardómurinn

Í upphafi þessa kafla er þekkt tilvitnun úr *Starrett Housing dómnum*. Ágætt er að skoða hann nánar þar sem að í honum er að finna dæmigert tilvik óbeins eignarnáms. Málavextir voru þeir að amerískt fyrirtæki, Starrett Housing, hafði gert samning í gegnum íranskt dótturfyrirtæki um að kaupa land og byggja á því húsnæði þar í landi. Í byltingunni 1979 neyddust flestir starfsmenn fyrirtækisins af erlendum uppruna til að flýja landið. Auk þess voru bankareikningar dótturfyrirtækisins frystir sem leiddi til fjárhagslegra erfiðleika þess. Árið 1980 setti íranska ríkisstjórnin bráðabirgðaframkvæmdastjóra yfir fyrirtækinu. Gerðardómurinn komst að þeirri niðurstöðu að „upptaka“ hefði átt sér stað og sagði að lítill vafi væri á því, að í lok janúar 1980 hefðu stefnendur verið sviptir öllum notum, stjórn og ábata af eignarrétti sínum í fyrirtækinu. Í dóminum sagði um afskipti ríkis af eignum og þær áhættur í þjóðarétti sem fjárfestar verða að sætta sig við:

En íranskir fjárfestar, rétt eins og fjárfestar frá öðrum ríkjum, verða að reikna með hættunni á að í landinu geti orðið verkföll, útilokanir (e. *lock-outs*), truflanir, breytingar á efnahags- og stjórnsmálakerfi og jafnvel byltingar. Þó að einhverjar af þessum hættum hafi orðið að veruleika þýðir það ekki endilega að eignarréttindi, sem urðu fyrir áhrifum, geti talist hafa verið „tekin.“¹⁷²

¹⁷¹ FAD, Oscar Chinn, bls. 27.

¹⁷² Íran,-Bandaríkja-gerðardómurinn, *Starrett Housing*, sjá DJ Harris, bls. 583.

Hér er áréttað að gerðardómur þessi beitir almennum reglum þjóðaréttar. Í tvíhliða fjárfestingarsamningum er oft að finna ákvæði sem tryggja fjárfesta gegn atburðum þeim, sem lýst er í dóminum.

6.5.3 Tveir NAFTA dómar

Nú verða tvær niðurstöður dómar frá gerðardómum skoðaðar. Eru þetta dómar í málunum *Metalclad gegn Mexíkó* (frá ICSID) og *Pope & Talbot gegn Kanada*. Þessir dómar eru vegna deilna á sviði NAFTA og er verið að beita 1110. gr. NAFTA samningsins, sem fjallar um skilyrði fyrir lögmætu eignarnámi.¹⁷³

Metalclad gegn Mexíkó

Í máli *Metalclad gegn Mexíkó*¹⁷⁴ hafði mexíkanska ríkisstjórnin veitt samnefndu bandarísku fyrirtæki leyfi til að byggja losunarstöð fyrir hættuleg efni og stunda vinnu þar. Eftir að stöðin hafði verið byggð neitaði sveitastjórn á svæðinu að veita nauðsynleg starfsleyfi og lýsti því yfir að landið væri orðið að opinberu verndarsvæði fyrir gróðurlíf. Gerðardómurinn komst að þeirri niðurstöðu að meðal annars hefði verið brotið gegn 1110. gr. NAFTA samningsins. Um eignarnámsákvæðið segir í dómnum:

Þar af leiðir að eignarnám samkvæmt NAFTA felur ekki aðeins í sér opinbera, meðvitaða og viðurkennda töku eignar, svo sem beina töku eða formlega eða skyldubundna færslu eignaréttar til ríkis, heldur falla undir hugtakið leynd eða tilfallandi afskipti af notkun eignar, sem hefur þau áhrif að svipta eigandann, í heild eða að mikilvægum hluta, möguleikanum á nýtingu eignar eða hagnaði, sem með sanngirni mætti búast við. Skiptir þá ekki máli þótt enginn augljós ávinningur sé fyrir ríkið.¹⁷⁵

Dómurinn komst að þeirri niðurstöðu að þessi synjun, meðal annars með vísan til loforða ríkisstjórnar Mexíkó sem *Metalclad* treysti á, teldist valda óbeinu eignarnámi á eignum *Metalclad* í Mexíkó.

¹⁷³ 1. mgr. 1110. gr.: 1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:

(a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.

¹⁷⁴ ICSID, *Metalclad Corp. gegn Mexíkó*, 30. ágúst 2000. 5 ICSID Reports (2002) 209 (hér eftir *Metalclad*).

¹⁷⁵ ICSID, *Metalclad*, 103. mgr.

Pope & Talbot gegn Kanada

Í máli Pope & Talbot gegn Kanada¹⁷⁶ hélt bandarískur fjárfestir því fram að stjórn Kanada hefði með setningu reglna sem stýrðu útflutningi fyrirtækja (e. *Export Control Regime*), haft áhrif á hagnað fyrirtækis síns með ósanngjörnum hætti. Hélt hann því fram að um brot á 1110. gr. NAFTA samningsins hefði verið að ræða. Dómurinn sagði að hagsmunir væru fölgirnir í réttinum til aðgengis og að þeir hagsmunir nytu verndar 1110. gr. NAFTA samningsins. Ákvæðið verndaði fjárfesta gegn hvers kyns reglusetningu, sem fæli í sér mismunun, og félli undir hugtakið „lögregluvöld ríkisins.“ Hins vegar taldi dómurinn að í þessu máli hefðu reglurnar ekki haft slík áhrif á rekstur fjárfestisins, að það gæti verið skilgreint sem eignarnám samkvæmt þjóðarétti.

Við skoðun á því hvort reglurnar leiddu til þess að eignarnám hefði átt sér stað sagði dómurinn að með notkun hins hefðbundna skilnings á því hugtaki væri svarið neikvætt. Fjárfestirinn hefði fulla stjórn á daglegum rekstri án aðkomu kanadíska ríkisins. Ríkið tæki engan hagnað frá fyrirtækinu (fyrir utan skatta), skipti sér ekki af framkvæmdarstjórn eða hluthöfum og kæmi ekki í veg fyrir að arðgreiðslur væru greiddar út til hluthafa. Ekki væri að finna nein tilvik þar sem fjárfestirinn hefði misst einhvern hluta af yfirráðum yfir fjárfestingunni.¹⁷⁷

Með vísan til hins glataða hagnaðar fjárfesta sagði dómurinn að afskiptin af starfsemi fjárfestingarinnar hefðu ekki verið á því stigi að um eignarnám væri að ræða í skilningi 1110. gr. NAFTA samningsins. Þó það kunnist að vera óljóst hvort tiltekin íhlutun í starfsemi fyrirtækja jafngildi eignarnámi þá sé prófsteinninn hvort íhlutunin sé nægilega hindrandi til að styðja þá niðurstöðu að eignin hafi verið „tekin“ af eigandanum. Vísaði dómurinn einnig til ýmissa annarra viðmiða svo sem hvort eigandinn geti notað, haft gagn af, eða selt eignina.

Dómurinn sagði jafnframt að hann teldi ekki að með orðunum „aðgerðir sem leggja má að jöfnu við þjóðnýtingu eða eignarnám,“ væri verið að víkka út hugtakið eignarnám í þjóðarétti þannig, að bætur skuli koma fyrir allar aðgerðir ríkja, sem hafa áhrif á eignarréttarlega hagsmuni, óháð því hversu miklir eða alvarlegir þessir hagsmunir eru.¹⁷⁸

Um þá staðhæfingu fjárfestisins, að 1110. gr. samningsins veitti ríkari vernd en hinar almennu reglur þjóðaréttar og að túlka bæri orðin „leggja að jöfnu“ þannig að verið væri að bæta við skilyrðum til greiðslu bóta, sagði dómurinn loks:

¹⁷⁶ NAFTA, *Pope & Talbot Inc. gegn Kanada, Interim Award*, 26. júní, 2000 (hér eftir Pope & Talbot).

¹⁷⁷ NAFTA, *Pope & Talbot*, 102. mgr.

¹⁷⁸ NAFTA, *Pope & Talbot*, 99. mgr.

Gerðardómurinn getur ekki samþykkt túlkun fjárfestisins á 1110. gr. NAFTA sammingsins. „Að leggja að jöfnu“ þýðir ekkert meira en jafngildi. Eitthvað sem er jafngilt einhverju öðru getur ekki, svo rökrétt sé, falið í sér eitthvað meira. Enginn af þeim sérfræðingum, sem fjárfestir hefur vísað til, hefur komist að gagnstæðri ályktun.¹⁷⁹

6.5.5 Mannréttindadómstóll Evrópu

Mál *Sporrong & Lönnroth gegn Svíþjóð*¹⁸⁰ fyrir Mannréttindadómstól Evrópu er helsti dómur þess dómstóls um verndun eignaréttarins. Hafa gerðardómar oft horft til niðurstöðu og röksemda hans í þessu máli, til dæmis Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn.¹⁸¹

Í málinu áttu kærendur tvær fasteignir í miðborg Stokkhólms. Ýmsar takmarkanir giltu um þessar eignir, meðal annars leyfi til handa borgarstjórn Stokkhólms til að gera eignarnám ef þurfa þætti. Þessi leyfi voru vegna fyrirhugaðra skipulagsbreytinga og giltu til 23 ára fyrir aðra eignina og 12 ára fyrir hina. Aldrei varð úr því að leyfin væru nýtt og beint eignarnám gert en eigendum voru hins vegar settar skorður þegar kom að byggingu og umbótum á eigninni á þessum tíma. Þegar leyfin runnu út árið 1979 hætti borgin við áætlanir sínar og framlengdi ekki leyfin til eignarnáms vegna þessara tveggja eigna.

Eigendurnir vildu meina að þessar aðgerðir sænska ríkisins hefðu brotið gegn 1. gr. 1. viðauka Mannréttindasáttmálans sem segir:

1. Öllum mönnum og lögaðilum ber réttur til að njóta eigna sinna í friði. Skal engan svipta eign sinni nema hagur almennings þjóði og gætt sé ákvæða í lögum og almennum meginreglum þjóðaréttar.
2. Eigi skulu þó ákvæði undanfarandi málsgreinar á nokkurn hátt rýra réttindi ríkis til þess að fullnægja þeim lögum sem það telur nauðsynleg til þess að geta haft hönd í bagga um notkun eigna í samræmi við hag almennings eða til þess að tryggja greiðslu skatta eða annarra opinberra gjalda eða viðurlaga.

Vildu þeir meina að aðgerðirnar hefðu komið í veg fyrir að þeir gætu selt eignirnar á ásættanlegu verði og sömuleiðis komið í veg fyrir að hægt væri að ráðast í nauðsynlegar viðgerðir á meðan leyfin voru í gildi. Dómstóllinn sagði að í tilviki sem þessu, þar sem engin eigendaskipti hefðu orðið, þyrfti að kafa dýpra og meta hver hin raunverlega staða væri og sjá hvort í raun og veru væri um eignarnám að ræða (e. *de facto expropriation*). Í þessu tilviki taldi hann svo ekki vera og sagði að áhrif aðgerðanna í þessu máli hefðu ekki verið slík að þau gætu verið álitin jafngilda takmörkun eignaréttinda. Dómurinn nefndi í því sambandi að

¹⁷⁹ NAFTA, *Pope & Talbot*, 104. mgr.

¹⁸⁰ MDE, *Sporrong og Lönnroth gegn Svíþjóð frá 23. september 1982. Series A, 52 (hér eftir Sporrong og Lönnroth)*.

¹⁸¹ Sayyed Khalil Khalilian: *The Law of International Arbitration*, bls. 656.

kærendur gætu enn nýtt sér eignirnar og að möguleikinn á að selja þær væri enn til staðar, þó að það hefði verið erfiðara í þeirri stöðu sem var uppi þegar leyfi borgarinnar voru í gildi.¹⁸²

Mannréttindadómstóllinn komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn ákvæðinu vegna skilyrðis um meðalhóf sem hefði ekki verið uppfyllt. Ovey & White segja í riti sínu um sáttmálann, að lítill munur sé á sviptingu eigna og afskiptum af eignum. Þessi dómur sýni hins vegar að til þess að *de facto* eignarnám verði talið hafa átt sér stað, verði eignaréttindin að hafa verið í raun og veru þurrkuð út.¹⁸³

6.6 Viðmið við mat á óbeinu eignarnámi

Til að meta núverandi stöðu reglna um óbeint eignarnám er gagnlegt að horfa ekki eingöngu á hin víðu hugtök, svo sem „aðgerðir sem hafa sömu áhrif og eignarnám” eða „aðgerðir sem svipta eiganda raunverulegum yfirráðum eignar.” Til að öðlast betri skilning á hugtakinu „óbeint eignarnám” verður að skoða aðgerðir ríkja nánar og skipulegar eftir því hvernig þau hafa áhrif á eignir. Fræðimenn hafa flokkað þau einkenni, sem mikilvægust eru við að meta hvort um óbeint eignarnám sé að ræða, á ýmsa vegu. Árið 2004 lét OECD gera vinnuskjal um efnið. Verður hér stuðst flokkun þess á þeim þáttum, sem máli skipta.¹⁸⁴

Viðmiðunum verður skipt í fernt. Fyrstu viðmið eru um það, hversu mikil afskipti aðgerðin hefur af eigninni og hvernig þeir þættir hafa áhrif á mat dómara. Eru þar þrjú stig, það er þau tilvik þegar aðgerðir koma alvarlega niður á fjárfesti, síðan viðmið um hversu lengi aðgerðir eiga að vara og loks þau tilvik þegar fjárfestir hefur enn fulla stjórn á eign sinni en hefur beðið eitthvert fjárhagslegt tjón. Næsta viðmið sem skoðað verður eru hvers konar aðgerðir það eru sem eru líklegar til að valda óbeinu eignarnámi og hvort tilgangur laganna hefur einhverja þýðingu við mat á aðgerðum ríkja. Nátengt þessu viðmiði er ein tegund reglusetningar, sem nefnast lögregluaðgerðir, sem er þriðja umfjöllunarefnið. Loks verður fjallað um það, hvort væntingar fjárfestis hafi eitthvert vægi þegar mögulegt eignarnám er á ferðinni.

¹⁸² MDE, *Sporrong og Lönnroth gegn Svíþjóð*, 63. mgr.

¹⁸³ Clare Ovey og Robin C.A.White, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, 359. Sjá nánari umfjöllun um 1. gr. 1. viðauka MSE í: Guðrún Gauksdóttir, Friðhelgi eignaréttar. Í: *Mannréttindasáttmáli Evrópu: Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, bls. 474-509.

¹⁸⁴ OECD. „Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law.“

6.6.1 Hversu mikil afskipti af eignarétti?

6.6.1.1 Alvarlegar efnahagslegar afleiðingar

Fyrsta viðmið sem er til skoðunar eru þau tilvik þegar aðgerðir ríkja hafa veruleg áhrif á hina erlendu fjárfestingu. Í slíkum málum eins og í öllum öðrum málum hefur fjárfestirinn formleg umráð yfir eign. Aðgerðir ríkja gera það hins vegar að verkum að fjárfestir getur ekki notað eign á þann hátt sem ætlast var til. Í málum þar sem ákvarðað er hvort ríkisafskipti hafi verið svo mikil að þau teljist ná því að vera óbeint eignarnám hefur þetta verið mikilvægt viðmið. Gott dæmi um tilvik af þessu tagi er að finna í máli *Middle East Cement gegn Egyptalandi*.¹⁸⁵

Í því máli var talið að afturköllun innflutningsleyfis á ákveðinni tegund sements hefði haft þau áhrif á eign fjárfestis að um óbeint eignarnám væri að ræða. Þó eigandinn hefði formlega öll yfirráð á fyrirtækinu hefði afturköllunin haft lamandi áhrif á viðskipti hans sem byggðust á innflutningi, geymslu og sölu sements í Egyptalandi.

Þegar ríki ákveður aðgerðir sem hafa það að markmiði að svipta fjárfesti möguleika á nýtingu eða gagnsemi eignar, jafnvel þótt hann sé enn að nafninu til eigandi, er jafnan vísað til aðgerðanna sem „hægfara“ eða „óbeins“ eignarnám eða, eins og það er orðað í tvíhliða fjárfestingarsamningnum, aðgerðir sem „leggja má að jöfnu við eignarnám.“ Það er staðreynd að slíkar aðgerðir svipta fjárfestinn hluta af fjárfestingu sinni. Um slíkt er að ræða í máli þessu og þar af leiðandi er það skoðun gerðardómsins að slík taka teljist vera eignarnám í skilningi 4. gr. tvíhliða fjárfestingarsamningsins og að stefnda beri því að greiða bætur fyrir.¹⁸⁶

Í dómnum kemur jafnframt fram að nægilegt sé að einn þáttur yfirráða sé skertur með ríkisvaldsaðgerð til að um hugsanlega upptöku sé að ræða. Í máli *Goetz gegn Búrúndí*¹⁸⁷ hafði svokölluðu frísvæðisleyfi erlends fjárfestis verið afturkallað. Dómurinn komst að þeirri niðurstöðu að um óbeint eignarnám hefði verið að ræða þar sem aðgerðir ríkisins höfðu sams konar áhrif og eignarnám:

Þar sem (...) afturköllun iðnaðarráðherra og viðskiptaráðherra á frísvæðisskírteininu neyddi þá til að hætta allri starfsemi (...) sem gerði fjárfestingu þeirra ónothæfa og svipti fjárfestinn þeim hag sem hann hefði getað vænst af fjárfestingunni, getur hin umdeilda ákvörðun verið skoðuð þannig að hún sé aðgerð með sams konar áhrif og sú, sem sviptir eða hindrar eignarétt innan 4. gr. fjárfestingarsamningsins.¹⁸⁸

Algengast er þó að alþjóðlegir gerðardómar hafni bótaskyldu nema aðgerðir ríkisvaldsins hafi afmáð allt eða nánast allt verðmæti eignarinnar. Hafa þeir þá komist að þeirri niðurstöðu að

¹⁸⁵ ICSID, *Middle East Cement Shipping gegn Egyptalandi*, 12 apríl 2002, ICSID Reports 178

¹⁸⁶ ICSID, *Middle East Cement Shipping gegn Egyptalandi* 107. mgr.

¹⁸⁷ ICSID, *Goetz gegn Búrúndí*, 10. febrúar 1999, 15 ICSID Review-FILJ (2000) 457, 124. mgr.

¹⁸⁸ ICSID, *Goetz gegn Búrúndí* 124. mgr.

reglur kunni að vera jafngildi eignarnáms þegar það hindrar verulega efnahagsleg réttindi fjárfestisins, það er eignarhald, afnot og stjórnun reksturs.¹⁸⁹

Gerðardómar hafa byggt ákvarðanir á efnahagslegum atriðum. Óbeint eignarnám hefur í gegnum tíðina verið talið hafa átt sér stað ef aðgerð felur í sér sviptingu á fjárhagslegum afnotum eða nýtingu.¹⁹⁰ Skilyrði er þó jafnan gert um algjöra eða umtalsverða sviptingu. Þannig má líta til *Pope & Talbot dómsins*, sem reifaður er að ofan. Í þeim dómi sagði að aðgerðir ríkis hafi ekki haft slík áhrif á rekstur fjárfestisins, að það gæti verið skilgreint sem eignarnám samkvæmt þjóðarétti. Í *Sporrong & Lönnroth* miðaði Mannréttindadómstóll Evrópu við afar stöng skilyrði þegar hann hafnaði því að óbeint eignarnám hefði átt sér stað. Í *Starrett Housing dómnum* var þessu skilyrði fullnægt. Var talið að um upptöku væri að ræða. Hefðu eigendur verið sviptir stjórn sem og öllum raunverulegum notum og ábata af eign sinni.

Dolzer og Schreuer telja áhrif aðgerða ríkisins á mögulegan ábata af fjárfestingunni vera lykilatriði við mat á því hvort um óbeint eignarnám sé að ræða, þegar áhrifin eru veruleg og vara í tilfinnanlegan tíma má gera ráð fyrir að upptaka á eigninni hafi átt sér stað.¹⁹¹

6.6.1.2 Hversu lengi vara aðgerðirnar?

Tímabil það, sem aðgerð er ætlað að vara og þannig hafa áhrif á fjárfestingu, getur einnig verið notað sem viðmið um það, hversu alvarleg áhrif eru fólgin í aðgerðum ríkis. Umfjöllun um þetta skilyrði má finna í dómi *SD Myers gegn Kanada* þar sem ekki var talið að eignarnám hefði átt sér stað. Er þó ekki lokað á þann möguleika að slíkt gæti leitt til óbeins eignarnáms:

Eignarnám nær venjulega því marki að fela í sér varanlega sviptingu á getu eiganda til að nýta sér efnahagsleg réttindi. Þrátt fyrir það má vera að í sumum kringumstæðum sé viðeigandi að líta svo á að svipting teljist jafngilda eignarnámi, jafnvel þó það sé bara að hluta eða tímabundið.¹⁹²

Í máli *LG&E gegn Argentínu* hafði ríkið brotið gegn skuldbindingum sínum, sem fólust í samningsákvæði um að veita fjárfesti eftirgjöf gjalda. Þessi brot voru hins vegar ekki talin fela í sér eignarnám. Í dómi segir að taka verði tillit til þess tíma sem aðgerð á að vara. Ekki sé sjálfkrafa um eignarnám að ræða, ef áhrifin eru aðeins tímabundin:

Jafnframt verður að skoða hversu langan tíma aðgerðir munu vara og hvernig það hefur áhrif á eignaréttindi fjárfestisins. Almennt séð mun eignarnámið þurfa að vera varanlegt,

¹⁸⁹ OECD. „Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law.“

¹⁹⁰ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 101.

¹⁹¹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 101.

¹⁹² *NAFTA, SD Myers gegn Kanada, First Partial Award, 13. nóvember 2000, 40 ILM (2001), 1408, 283. mgr.*

það er að segja, skilyrði fyrir því geta ekki eingöngu verið tímabundin.¹⁹³ Í slíkum tilvikum teljast aðgerðir ríkja ekki vera eignarnám, nema ef árangur fjárfestingarinnar velti á ákveðnum atvikum á ákveðnum tímapunktum, sem ekki er hægt að breyta.¹⁹⁴

Þar af leiðir að aðgerðir argentínsku ríkisstjórnarinnar hafa ekki haft varanleg áhrif á hlutabréf stefnanda og fjárfesting hans er enn til staðar. Án varanlegrar, alvarlegrar sviptingar á réttindum LG&E hvað fjárfestinguna varðar, eða nánast algjerri sviptingu á virði hennar, þá kemst gerðardómurinn að þeirri niðurstöðu að þessar aðstæður feli ekki í sér eignarnám.¹⁹⁵

Af þessum dómum má draga þá ályktun að tímabundin skerðing réttinda, ein og sér, mun ekki verða til þess að um óbeint eignarnám sé að ræða. Virðist frekar að þetta viðmið sé notað í samhengi við efnahagsleg áhrif. Séu þau ekki þannig að um alvarleg efnahagsleg áhrif sé að ræða, til dæmis þegar aðgerðir ríkis bitna einungis á einum þætti yfirráða (það er yfirstjórn eða nýting eignar eða ábati af henni) þá getur það skipt máli við mat, hvort áhrifin eru ótímabundin. Fær þessi ályktun stoð í niðurstöðum Íran-Bandaríkja-gerðardómsins, sbr. niðurstöður í *Tippets dómi* þar sem sagði að skipan „tímabundinnar“ yfirstjórnar myndi teljast upptaka eignar, þegar sviptingin er í raun og veru ekki skammvinn.¹⁹⁶

6.6.1.3 Eingöngu efnahagslegar afleiðingar

Ríki geta haft í frammi aðgerðir sem hafa eingöngu áhrif á rekstur fyrirtækis en hreyfa ekki við stjórnunarlegum áhrifum fjárfesta eða getu hans til að hafa afnot af eign sinni. Í slíkum tilvikum er algengt að fjárfestar saki ríki um óbeint eignarnám á þeim grundvelli að fjárfestingin hafi glatað hagkvæmni sinni. Þó að aðgerðir ríkisins hafi ekki gengið af fjárfestingunni dauðri þá hafi mikilvæg réttindi, sem ráða hagkvæmni hennar, verið afmáð.

Í máli *LG&E gegn Argentínu*¹⁹⁷ sagði í dómi að eignarhald eða nýting eignar geti horfið í tilvikum þegar fjárfestir hefur ekki lengur stjórn á eign eða þegar hann getur ekki stýrt hinum hversdagslegu þáttum fyrirtækis. Talið var, að þótt hagnaður minnkaði, væri það ekki eignarnám ef fyrirtækið héldi áfram starfsemi.

Í *Revere Copper málinu*¹⁹⁸ var deilt um hvort skattar og gjöld, sem Jamaíka hafði lagt á fjárfestingu og þannig brotið í bága við skuldbindingar sínar gagnvart Revere Copper, hefðu þau áhrif á eign að það jafngilti eignarnámi. Niðurstaða gerðardóms var sú að fyrirtækið hefði verið tekið eignarnámi jafnvel þó að afskipti hefðu ekki verið höfð af stjórnun fyrirtækisins.

¹⁹³ *LG&E gegn Argentínu, Decision on Liability, 3. október 2006, 46 ILM (2007) 36 (hér eftir LG&E gegn Argentínu).*

¹⁹⁴ *LG&E gegn Argentínu, 193. mgr.*

¹⁹⁵ *LG&E gegn Argentínu, 200. mgr.*

¹⁹⁶ *Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn, Tippets, bls. 225.*

¹⁹⁷ *LG&E gegn Argentínu,*

¹⁹⁸ *Revere Copper gegn OPIC, 24. ágúst 1978, 56 ILR (1980) 258.*

Þær einföldu breytingar á lagaumhverfi ríkisins hefðu haft þau áhrif að svipta eignina öllu verðmæti.

Dolzer og Schreuer draga þá ályktun í riti sínu að haldi fjárfestir áfram stjórn á eign sinni leiði það þó alla jafnan til þess að ekki sé um eignarnám að ræða. Skilyrðið um algjöra eða umtalsverða sviptingu hafi leitt til þess að gerðardómar hafna því að eignarnám hafi átt sér stað, þótt sum réttindi hafi verið skert, ef fjárfestir hefur enn stjórn yfir allri fjárfestingunni.¹⁹⁹

6.6.2 Eðli ríkisaðgerðanna - tilgangur og samhengi

Hvaða gildi hafa markmið og tilgangur þeirra aðgerða sem búa að baki aðgerðum ríkja? Hafi þau áhrif á erlenda fjárfestingu að því marki að það jafngildi eignarnámi, getur tilgangurinn aldrei helgað meðalið? Meginreglan er að þetta viðmið hafi ekki mikið vægi þegar kemur að því að meta aðgerðir ríkja.²⁰⁰ Þó eru ICSID dómar ekki einróma hvað varðar þessa nálgun.²⁰¹

Í *Tecmed dominum* fjallaði gerðardómurinn um þetta viðmið:

...auk hinna neikvæðu fjárhagslegu áhrifa sem fylgja aðgerðunum þá mun gerðardómurinn líta til þess, við að komast að niðurstöðu um hvort aðgerðirnar jafngildi eignarnámi, hvort þær sýni meðalhóf við samþættingu almannahagsmuna og hinna lögvörðu hagsmuna tengdum fjárfestingunni...(…) Það verður að vera sanngjarnt samband, byggt á meðalhófi, á milli þess sem lagt er á fjárfesti og þess markmiðs sem stefnt er að með aðgerðinni, sem mögulega veldur eignarnámi.²⁰²

Hér gefur gerðardómurinn í skyn að líta megi til markmiða ríkis í sumum tilvikum, svo framarlega sem að aðgerðir þeirra einkennist af meðalhófi. Þó var niðurstaða málsins sú að um óbeint eignarnám hefði verið að ræða. Sagði í dómi að tilgangur ríkisins með aðgerðum sínum í þessu tilviki skipti minna máli en áhrif þau, sem aðgerðin hafði á fjárfestinguna eða ábatann sem fylgja átti henni.

Stundum er litið til markmiða eða tilgangs ríkis með aðgerðum sínum. Má þar nefna tvo eldri og áhrifamikla dóma, það er *Sporrong og Lönnroth gegn Svíþjóð* og *Oscar Chinn málið*, sem reifaðir hafa verið. Í þeim var tekið tillit til aðstæðna þegar aðgerðir ríkisins áttu sér stað.

Í máli *CMS gegn Argentínu*²⁰³ komst dómur að þeirri niðurstöðu að ekki væri um óbeint eignarnám að ræða. Argentína hafði einhliða stöðvað áætlun um tollabreytingar fyrir bensínflutninga, sem samið hafði verið um. Var þetta gert vegna efnahags- og

¹⁹⁹ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 107.

²⁰⁰ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 101.

²⁰¹ Bjorn Kunoy: „Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration“, bls. 469.

²⁰² *ICSID, Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. gegn Mexíkó*, 29. maí 2003 122. mgr.

²⁰³ *CMS gegn Argentínu*, 1. september 2006.

fjármagnskreppu í landinu. Bandaríska fyrirtækið CMS hélt því fram að með þessu hefði óbeint eignarnám átt sér stað. Þrátt fyrir að dómurinn viðurkenndi að aðgerðin hefði haft alvarleg áhrif á viðskipti stefnanda sagði dómurinn:

Mikilvægasta spurningin er hvort nýting eignarinnar hafi í raun og veru verið gerð ómöguleg (neutralized). Viðmiðið sem margir gerðardómar hafa notað í nýlegum málum, þar sem því var haldið fram að óbeint eignarnám hefði átt sér stað, er um umtalsverða sviptingu. (...) fjárfestirinn stjórnar enn fjárfestingu sinni; og ríkisstjórnin stýrir ekki hversdagslegum aðgerðum fyrirtækisins; og fjárfestirinn hefur full eignarráð og stjórn á fjárfestingunni.²⁰⁴

L. Fortier og Drymer segja um þetta atriði að það sé víða viðurkennt að ekki séu allar aðgerðir ríkis, sem valda skerðingu á virði fjárfestinga eða möguleika til að afla hagnaðar, slíkar að geta talist valda eignarnámi. Áhrif aðgerðanna verða að vera af ákveðnum toga og ná ákveðnum áhrifum. Ríki hafi réttinn, og í raun skyldu, til að setja reglur, og að almenn stjórnun ríkis væri ómöguleg ef ríki væru bótaskyld fyrir hverja aðgerð sem minnkaði virði erlendra fjárfestinga.²⁰⁵

6.6.3 Lögregluvald ríkisins

Þessi flokkur ætti í raun að falla undir viðmiðið hér á undan um tilgang reglna, því að hér skiptir eðli aðgerðanna máli. Verður þó fjallað um það í sérkafla til að gera skýran greinarmun á þessum sérstöku reglum. Það er jafnframt gert af þeirri ástæðu að sumir fræðimenn telja að aðgerðir þessar séu í raun og veru ekki flokkur sem metinn sé á sama hátt og þau viðmið sem hér er fjallað um. Þessi flokkur standi einfaldlega utan við slíkt þar sem ríki þarf ekki að greiða bætur fyrir aðgerðir af þessum toga.²⁰⁶

Það hefur verið viðurkennt í þjóðarétti að beiting ríkisins á „lögregluvaldi“ veiti fjárfestum ekki rétt til bóta.²⁰⁷ Með hugtakinu lögregluaðgerðum eða lögregluvald dettur mönnum sjálfsagt í hug að átt sé við beinar lögregluaðgerðir. Hugtakið í þessu samhengi er víðara, þar sem átt er við aðgerðir sem réttlæta afskipti ríkis, afskipti af því tagi sem myndu ella valda bótaskyldu vegna sviptingar eða töku eigna. Með þeim hefur ríkið færi á að vernda mikilvæga almannahagsmuni frá því að verða fyrir skaða.²⁰⁸

²⁰⁴ CMS gegn Argentínu, 262.-263. mgr.

²⁰⁵ L. Yves Fortier og Stephen L. Drymer: „Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor“, bls. 301.

²⁰⁶ OECD. „Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law.“, bls. 18.

²⁰⁷ OECD. „Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law.“, bls. 18.

²⁰⁸ Andrew Newcombe: „The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law“, bls. 20.

Aðgerðir af þessum toga geta verið aðgerðir af umhverfisástæðum, öryggisástæðum, vegna heilsuverndar og svo mætti lengi telja. Í umfjöllun stofnunar á vegum bandaríska ríkisins, þar sem reynt var að greina á milli óbeins eignarnáms og gildra reglna ríkisstjórnar sagði að „...ríki ber ekki ábyrgð á missi eigna eða öðrum efnahagslegum þrengingum sem eru afleiðingar reglna, sem settar voru í góðri trú, svo sem almennar skattaálögur, reglusetningar, uppgjöf saka eða aðrar aðgerðir sem víða er sátt um að falli undir verksvið ríkisins, svo framarlega sem þær mismuni ekki...“²⁰⁹

Langflestir fræðimenn styðja þá kenningu að reglur um fjárfestingar þurfi ekki að leiða til bóta. Það er einnig svo að flestar reglur sem ríki setja fela ekki í sér eignarnám svo framarlega sem að þær eru almennar og mismuna ekki.²¹⁰ R. Higgins fjallar um erfiðleikana við að gera greinarmun á lögregluvaldi annars vegar og hins vegar aðgerðum, sem bætur þurfa að koma fyrir. Bendir hún á að þegar reglusetningu eigi ekki að fylgja bætur sé gerð krafa um að reglurnar séu settar í þágu almennings. Hins vegar sé sama krafa gerð þegar ríki ákveður að gera eignarnám, ríkinu sé skylt að gera það vegna almannahagsmuna. Það sé því allsendis óljóst hvaða munur sé á þessum tveimur tilvikum og hvað aðgreini annars vegar reglur sem ríki getur sett án þess að greiða bætur og hins vegar þær sem leiða til kröfu um bætur.

Er ríki ekki í báðum tilvikum (það er annað hvort með upptöku í almenningsþágu eða með reglusetningu) að framkvæma í almannaðágu? Og hefur eigandi ekki orðið fyrir tjóni í báðum tilvikum?²¹¹

Svipaðra hugleiðinga gætti í *Santa Elena dómi*²¹² sem sagði að óháð því hversu lofsamlegar eða gagnlegar umhverfisaðgerðir eru fyrir samfélagið í heild þá þurfi, í tilvikum þegar eignarnám fer fram, að greiða bætur. Það er því ljóst að það er ekki einfalt að greina þessi mörk.

Newcombe setur í grein sinni um efnið fram þrjá flokka þar sem kenningin um lögregluvald ríkisins geti átt við. Eru þeir í fyrsta lagi flokkur allsherjarreglu og siðferði, í öðru lagi reglur um heilsu- og umhverfisvernd og í þriðja lagi reglur um skattlagningu.

Til að vernda allsherjarreglu getur ríki þurft að taka eignir einstaklinga eða lögaðila án þess að greiða bætur. Er hér átt við tilvik þar sem kyrrsetning á sér stað til að framfylgja

²⁰⁹ The American Law Institute, „Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States“, Section 712. Sjá OECD. „Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law.“, bls. 18.

²¹⁰ Andrew Newcombe: „The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law“, bls. 22.

²¹¹ Rosalind Higgins, „The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law“, bls. 331.

²¹² *Santa Elena gegn Kosta Ríka*, 17. febrúar 2000, 39 ILM (2000) 317.

landslögum viðkomandi ríkis sem og upptaka eigna svo sem við innheimtu skatta.. Jafnframt eru vissar tegundir eigna ólöglegar í sumum löndum. Geta það til dæmis verið hlutir sem bannaðir eru, einkum með vísan til siðgæðis og allsherjarreglu, svo sem vopn og eiturlyf. Séu munir af því tagi gerðir upptækir er ríki alla jafna ekki bótaskyldt gagnvart eigendunum, sé skýrt kveðið á um ólögmæti hlutanna.

Reglur ríkis, sem ætlaðar eru til að vernda heilsu manna og umhverfi, hafa ekki oft komið til skoðunar hjá dómurum. Réttur ríkja til að banna eða setja strangan lagaramma utan um ákveðnar eignir með heilsu- og umhverfisvernd að leiðarljósi er viðurkenndur.²¹³ Spurning er hversu langt ríki getur gengið áður en greiða þarf bætur, jafnast aðgerðirnar á við töku eigna. Við mat á lögmæti aðgerðanna hefur tíðkast að gera greinarmun á áhættumati og áhættustýringu. Við hið fyrrnefnda þarf að meta hvort um sé að ræða lömætt markmið ríkis. Veltur það á því hvort fjárfesting hefur eiginleika sem getur ógnað heilsu eða umhverfi manna og hversu mikil hún er. Það er skoðun fræðimanna að ef gerðardómur hefur umhverfisreglur til skoðunar, sem hafa áhrif á fjárfestingar erlendra aðila, þurfi hann að meta hvort ákvörðun hefur verið byggð á eða leidd af vísindalegum niðurstöðum. Ef dómur hefur komist að þeirri niðurstöðu að svo sé á hann að taka markmið ríkisins um umhverfisvernd gild.²¹⁴ Má gefa sér að dómur ætti því einnig að nota sömu aðferðafræði þegar kemur að málum er varða áhættumat á heilsufarsógn.

Reglur sem falla í þriðja flokkinn, það er að segja skattlagningarreglur, eru ávallt taldar réttlætanager og þurfi ekki til að koma bætur vegna þeirra. Þó eru takmörk fyrir því hversu íþyngjandi þessar reglur geti verið. Í sumum löndum geta skattar náð því að vera 50% eða jafnvel 60%. Til þess að skattlagning ein og sér, sem mismunar ekki, geti valdið því að eignarnám hafi átt sér stað þyrfti ríki að gera umfangsmiklar breytingar, eftir að fjárfestir hefur komið inn í land og þangað til að hann telur að eignarnám hafi átt sér stað. Mun líklegra er að óbeint eignarnám eigi sér stað í tilvikum þar sem skattlagning er einungis einn margra þátta sem valda því að eigandi telur sig hafa misst umráð á eign.²¹⁵ Í máli *Too gegen Greater Modesto Insurance Associates* sagði að „...ríki er ekki ábyrgt fyrir missi eignar eða annarra efnahagsörðugleikasem leiða má af löglegri skattlagningu eða öðrum aðgerðum sem viðurkennt er að falli innan lögregluvalds ríkisins, á meðan að engin mismunun á sér stað og

²¹³ Andrew Newcombe: „The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law“, bls. 25.

²¹⁴ J.M. Wagner, „International Investment, Expropriation and Environmental Protection“, bls. 39-40.

²¹⁵ Andrew Newcombe: „The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law“, bls. 27.

að henni er ekki ætlað að valda því að útlendingurinn gefist upp á eigninni eða selji á afsláttarverði...“²¹⁶

6.6.4 Lögmætar væntingar fjárfestis

Lögmætar væntingar geta myndast með ýmsum hætti. Ríki getur gefið skýr skilaboð um vilja sinn með ákvæðum í samningum. Einnig geta skapast lögmætar væntingar þó enginn samningur sé til staðar. Almennari aðgerðir geta einnig skapað sams konar væntingar hjá fjárfestum. Í Metalclad dómnum hafði mexíkanska ríkið í raun og veru óskað eftir því að fjárfestir byggði urðunarstöð. Þjóst fjárfestirinn því við að öll tilskilin leyfi til að reisa urðunarstöð yrðu veitt. Þegar sveitarstjórn synjaði honum um leyfin voru allar áætlanir brostnar. Gerðardómurinn lagði mikla áherslu á þetta og sagði að sú fullvissa sem mexíkóska ríkisstjórnin gaf, ásamt þeirri fyrirvaralausum, óreglulegu og efnislega röngu synjun sveitastjórnar, legðist allt saman til að mynda aðstæður óbeins eignarnáms.²¹⁷

Í dómi í máli *Tecmed gegn Mexíkó* voru lögmætar væntingar skilgreindar þannig:

...hugtakið „lögmætar væntingar“, í skilningi NAFTA, vísar til stöðu þar sem hegðun samningsríkis myndar sanngjarnar og réttlætanager væntingar af hálfu fjárfestisins (eða fjárfestingarinnar) til að hann geti athafnað sig byggt á þessari hegðun ríkisins, þannig að ef NAFTA-ríkið virðir ekki þessar væntingar geti það leitt til þess að fjárfestirinn eða (fjárfestingin) verði fyrir tjóni.

Lagalegt umhverfi ríkis, þar sem fjárfest er, getur verið mikilvægt. Skiptir í þeim efnum máli hvernig staðan var á þeim tímapunkti sem fjárfesting átti sér stað.²¹⁸ Einhvers konar fullvissa fjárfestis getur líka komið frá ríki beint eða óbeint, til dæmis fullyrðingar ríkja, sem teknar hafa verið með í reikninginn þegar ákvörðun um fjárfestingu átti sér stað, sbr. dóm *Azuriz gegn Argentínu*.²¹⁹

Það er þó ekki þannig að allar breytingar á reglum ríkis muni leiða til óbeins eignarnáms, þótt þær séu ekki í samræmi við væntingar. Ekkert slíkt á sér stað ef breytingar teljast vera, eins og Dolzer og Schreuer orða það „innan marka venjulegra lagfæringa sem hefðbundið er hjá ríkjum og önnur ríki viðurkenna.“²²⁰

Í *Middle East Cement Shipping, Metalclad, CME* og *Tecmed* dómunum höfðu ríki veitt fjárfestunum leyfi til tiltekinna viðskipta. Í *Middle East Cement* var hrein ógilding á

²¹⁶ *Iran-Bandaríkja-gerðardómurinn, Too gegn Greater Modesto Insurance Associates*, 29. desember 1989, 23 *Iran-United States Claims Tribunal Rep.* 378.

²¹⁷ *ICSID, Metalclad Corp. gegn Mexíkó*, 107. mgr.

²¹⁸ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 104.

²¹⁹ *Azuriz gegn Argentínu*, frá 14. júlí 2006.

²²⁰ Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 105.

ákvörðuninni en í hinum þremur dómunum höfðu aðgerðir ríkja ekki verið í samræmi við væntingar fjárfesta, sem leiddi til umtalsverðrar rýrnunar á fjárfestingunni.²²¹

Hvað eignarnám varðar virðist því staðan vera þannig að væntingar geti haft áhrif. Þó er í þeim dómum sem hér hafa verið reifaðir ávallt um að ræða aðgerðir sem höfðu jafnframt slæm áhrifa á efnahag fyrirtækja. Dolzer heldur því til að mynda fram að væntingar gegn ekki miklu hlutverki þegar kemur að mati á óbeinu eignarnámi. Hins vegar geri þær það þegar kemur að skilyrðum fjárfestingarsamninga um sanngjarna og tilhlýðilega meðferð.²²²

6.7 Hægfara eignarnám

Hægfara eignarnám (e. *creeping expropriation*) er sérstakt tilfelli óbeins eignarnáms. Reisman og Sloane telja raunar þessa tegund eignarnáms vera sérstaklega mikilvæga á tímum tvíhliða fjárfestingasamninga þegar kemur að mati á bótum fyrir eignarnámið.²²³ Í máli *Generation Ukraine gegn Úkraínu* var þessu hugtaki lýst á þessa leið:

Hægfara eignarnám er tegund óbeins eignarnáms með sérstaka eiginlega, sem lýsa sér þannig að það nær utan um aðstöðuna þar sem röð atvika, sem ríki ber ábyrgð á, leggjast á eitt á ákveðnu tímabili í að verða að jafngildi upptöku eigna, það er óbeinu eignarnámi. (...) Með því að halda fram að hægfara eignarnám hafi átt sér stað þarf að sýna að fjárfestingin var til á einhverjum tímupunkti en atburðir sem komu síðar hafi orði til þess að ríkið hafi takmarkað réttindi fjárfestis á fjárfestingu sinni svo mikið að það fari gegn lágmarksreglum um vernd gegn eignarnámi.²²⁴

Fortier og Drymer lýsa hægfara eignarnámi á þá leið, að í sumum tilvikum hafi ríkisaðgerð ekki samstundis þau áhrif á eignina, að hún nýtist ekki hinum erlenda fjárfesti sem skyldi. Áhrifa af aðgerðum ríkisins fara að gæta smám saman á þann hátt að svipta fjárfestinn eignarétti sínum.²²⁵ Í sératkvæði í dómi *Waste Mgmt., Inc. gegn Bandaríkjunum* var hægfara eignarnámi lýst þannig: „...hægfara eignarnám samanstendur af fjölda þátta, þar sem ekkert þeirra – eitt og sér – getur talist valda sama broti. Þessir samverkandi þættir geta verið greiðsluskortur, afturköllun, synjun um aðgang að dómstólum, óeðlilegar lagalegar hindranir og svo framvegis.“²²⁶

Það er þó ekki þannig að öll tilvik óbeins eignarnáms falli undir það að vera hægfara eignarnám. Samfara hægfara eignarnámi eru vandamál sem jafnframt fyrirfinnast ekki í

²²¹ Andrew Newcombe, „The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law“, bls. 11.

²²² Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*, bls. 104.

²²³ W. Michael Reisman og Robert D. Sloane: „Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation“, bls. 122.

²²⁴ *Generation Ukraine gegn Úkraínu*, 16. september 2003, 44 ILM (2005) 404.

²²⁵ L. Yves Fortier og Stephen L. Drymer: „Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor“, bls. 294-295.

²²⁶ *Waste Mgmt gegn Bandaríkjunum*, 20. apríl, 2004, 43 ILM 967

öðrum tilvikum eignarnáms. Má þar nefna vandamál við að ákvarða bótaskyldu. Þá er spurningin, ef óbeint eignarnám hefur átt sér stað á annað borð, hvenær það hófst? Hvenær fóru aðgerðir ríkisins að fela í sér eignarnám? Annað atriði sem skoða þarf er ákvörðun bóta og við hvaða dagsetningu eigi að miða þegar virði þeirra eigna, er teknar voru, er metið.²²⁷

Í máli *Siemens gegn Argentínu* hafði ríkið staðið fyrir röð aðgerða sem sköðuðu hagsmuni fjárfestisins, svo sem frestanir, árangurslausar samningaviðræður sem enduðu loks með því að hætt var við fyrirhugað verkefni. Gerðardómur komst að þeirri niðurstöðu að þetta hefði allt jafngilt eignarnámi og sagði:

Hægfara eignarnám vísar til þess að að tekin hafi verið skref sem muni á endanum hafa jafngild áhrif eignarnáms. Ef þetta ferli stöðvast áður en það nær þessum tímapunkti, hefur eignarnám ekki átt sér stað. Augljóslega hefur hvert skref slæm áhrif en það eitt og sér myndi ekki vera skoðað sem ólögleg aðgerð. Síðasta skrefinu í hægfara eignarnámi sem færir aðgerðirnar yfir í að vera eignarnám má líkja við kornið sem fyllir mælinn. Kornin sem á undan komu höfðu ekki sýnileg áhrif en með áframhaldandi ferli hlaut mælirinn að lokum að fyllast.²²⁸

²²⁷ W. Michael Reisman og Robert D. Sloane, bls. 123.

²²⁸ Siemens gegn Argentínu, frá 6. febrúar 2007.

7 Samantekt

Ljóst má vera að erlendar fjárfestingar njóta ríkrar verndar í þjóðarétti nútímans. Hvað sem líður skoðunum manna um gagnsemi þeirra má ljóst vera að iðnríkin hafa fengið flestu sínu framgengt, á kostnað þróunarríkja, þegar kemur að alþjóðlegum reglum og samningum um verndun erlendra fjárfestinga. Hvað varðar lagalega stöðu þróunarríkja, og annarra ríkja sem sækjast eftir erlendu fjármagni í formi fjárfestinga, má þó ljóst vera að fullveldisréttur þeirra stendur óhreyfður. Engar reglur eru til sem skylda þau til að leyfa fjárfestingar innanlands. Það er því ennþá sjálfstæð ákvörðun ríkja að gera fjárfestingarsamninga við önnur ríki og erlend fyrirtæki. Við gerð slíkra samninga er ekki við öðru að búast en að þeir fjárfestar, sem sýna landinu áhuga, vilji tryggja sig fyrir hvers konar mögulegum aðgerðum ríkis. Að öðrum kosti verður áhættan í flestum tilvikum of mikil til að fjárfestingar af þessum toga borgi sig.

Í ritgerð sinni veltir Vaughan Lowe því fyrir sér hver staðan væri ef þessara reglna nyti ekki við. Vissulega gætu ríki sett í landsrétt sinn reglur sem ættu að tryggja erlendum fjárfestingum sömu vernd og alþjóðareglur. Slíkum reglum er hins vegar hægt að breyta með litlum fyrirvara og veita þær fjárfestum því ekki sama öryggi og hinar alþjóðlegu reglur. Ríki í þannig stöðu þyrftu því að vinna lengi að því að byggja upp góðan orðstír á alþjóðavettvangi ætluðu þau sér að laða að erlent fjármagn í einhverju mæli. Er því ekki að vænta stórkostlegra breytinga á núgildandi reglum um erlendar fjárfestingar, því eins og Lowe segir: „Það tekur mörg ár að skapa sér góðan orðstír. Tvíhliða fjárfestingarsamning má hins vegar skrifa undir með einu pennastriki.“²²⁹

Í þessari ritgerð hafa verið teknar til skoðunar reglur um eignarnám ríkja á fjárfestingum erlendra aðila. Með aukinni hnattvæðingu hafa reglur þjóðaréttar um eignarnám þróast á þá leið að fjárfestirinn nýtur nú mikillar verndar. Strangar kröfur eru gerðar til ríkja, eigi beint eignarnám af þeirra hálfu að teljast löglegt. Þá var fjallað um hugtakið óbeint eignarnám, sem hefur verið sífellt meira áberandi í lögfræðilegri umræðu á þessu sviði þjóðaréttarins. Fjallað var um helstu dóma sem fallið hafa um efnið og þau viðmið sem myndast hafa þegar dómara meta hvort að aðgerðir ríkja teljist óbeint eignarnám.

Ákvæði sem vernda fjárfesta fyrir ólöglegu eignarnámi má jafnan finna í tvíhliða fjárfestingarsamningum ríkja. Eins og sjá má í 5. kafla innihalda tvíhliða fjárfestingarsamningar íslenska ríkisins sambærileg ákvæði um vernd gegn ólögmatu

²²⁹ Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“, bls 51-52.

eignarnámi og hliðstæðir samningar stærstu ríkja heims. Það má því draga þá ályktun að þær reglur um beint og óbeint eignarnám, sem fjallað hefur verið um í þessari ritgerð, eigi við hvað varðar íslenska fjárfesta. Sömuleiðis þarf íslenska ríkið að virða sömu reglur í samskiptum við erlenda fjárfesta, sem fjárfest hafa hér á landi með heimild í þessum samningum.

Telji íslenskur aðili, sem fjárfest hefur með heimild í tvíhliða fjárfestingarsamningi, að brotið hafi verið á sér getur hann því nýtt sér leiðir til úrlausnar mála sinna, sem lýst var í 4. kafla. Kemur ICSID gerðardómurinn þar til greina sem góður möguleiki við úrlausn deilna af þessu tagi. Íslenska ríkið hefur fullgilt ICSID-samninginn og til hans er vísað í tvíhliða fjárfestingum ríkisins. Enn sem komið er hefur enginn íslenskur aðili leitað til stofnunarinnar um úrlausn fjárfestingardeilna. Sömu sögu er að segja um íslenska ríkið sem hefur ekki átt aðild að máli fyrir gerðardómi á vegum ICSID.

Þá ber að áréttta að í þessari ritgerð hefur að mestu leyti verið fjallað um reglur um eignarnám og úrræði, þegar deilur rísa vegna þeirra. Í þeim tilvikum þar sem ekki er um óbeint eignarnám að ræða hafa afskipti ríkja ekki verið talin slík, að eigandi hafi ekki lengur yfirráð, afnot eða ábata af eign sinni. Sé staðan þannig er þó ekki útilokað að annars konar réttur sé brotinn á fjárfesti, til dæmis á rétti hans til réttlátrar og tilhlýðilegrar meðferðar. Umfjöllun um brot á þeim reglum er hins vegar efni í nýja ritgerð.

Af gefnu tilefni skal bent á að í þessari ritgerð hefur ekki verið fjallað sérstaklega um þá aðstöðu, sem upp er komin á Íslandi eftir „hrunið“ svokallaða á árinu 2008. Ljóst er að deila stendur yfir milli íslenska ríkisins og þess breska vegna ákvörðunar þess síðarnefnda að beita hryðjuverkalogum til að tryggja hagsmuni þarlendra aðila. Lausn þessarar deilu er skammt á veg komin og ekki ljóst á hvaða hátt unnið verður að henni. Ekki er heldur komið í ljós hvort og þá með hvaða hætti íslenskir fjárfestar hyggjast leita réttar síns án aðkomu íslenska ríkisins. Er þá átt við að einhver bankanna leiti hugsanlega til alþjóðlegs gerðardóms vegna skaða, sem fjárfestingar þeirra hafa orðið fyrir vegna aðgerða breska ríkisins, sem er til að mynda samningsaðili að ICSID-samningnum.

Allar reglur, sem fjallað hefur verið um í þessari ritgerð, geta þó hugsanlega átt við. Ljóst er að ekki hefur verið um beint eignarnám að ræða. Ekki verður hins vegar tekin afstaða til þess hér hvort óbeint eignarnám hafi átt sér stað. Aðrar reglur gætu einnig hugsanlega átt við, svo sem reglan um sanngjarna og tilhlýðilega meðferð. Þetta eru þó einungis vangaveltur höfundar. Má jafnframt vera að um fjárfestingar gildi aðrar reglur, *lex specialis*, sem leiði umræðuna í annan farveg.

Aðgerðir Breta eru hins vegar sígilt dæmi um aðgerðir ríkis sem stendur frammi fyrir erfiðri efnahagsstöðu. Líklegt má telja að fleiri þjóðir muni beita svipuðum aðgerðum í því skyni að vernda ríkisborgara lands síns á kostnað erlendra aðila. Verði sú raunin er ljóst að umræðan um reglur þjóðaréttar á sviði erlendra fjárfestinga mun ekki dvína á komandi árum nema síður sé.

Heimildaskrá

Alþjóðavæðing, Alþjóðleg umgjörð efnahags- og atvinnulífs - Hugsanleg þróun til 2010. <http://www.utanrikisraduneyti.is/media/Skyrslur/Althjodavaeding2.pdf> (skoðað 5. desember 2008).

Andreas F. Lowenfeld: *International Economic Law*, New York, 2002.

Andrew T. Guzman, „Why LDC’s Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties“, *Virginia Journal of International Law*, bls. 639.

Andrew Newcombe: „The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law“, *ICSID Review*, 2005, bls. 1-50.

Auður Hermannsdóttir, Anný Berglind Thorstensen og Snjólfur Ólafsson. *Overview of foreign investment from Iceland 1998 to 2005*. Institute of Business Research Working Paper no. W07:04. 2007

Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti*, 2. útg., Reykjavík 2005.

Bjorn Kunoy: „Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration“, *Journal of World Investment & Trade*, 3. tbl. 2005, bls. 467- 491.

Clare Ovey og Robin C.A.White, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, 4. útg., New York 2006.

Christoph Schreuer: „Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road“, *The Journal of World Investment and Trade*, 5. tbl. 2004, bls. 256.

Davíð Þór Björgvinsson: „Mannréttindasáttmáli Evrópu, Meginatriði, skýring og beiting“, *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Reykjavík 2005, bls. 29-88.

DJ Harris: *Cases and Materials on International Law*, 6. útg., London 2004.

G. Christie: „What Constitutes a Taking of Property under International Law?“, *British Yearbook of International Law*, 1962, bls. 307-338

Guðrún Gauksdóttir: „Friðhelgi eignaréttar“, *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Reykjavík 2005, bls.474-509.

Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, New York 2003.

Isi Foighel: *Nationalization: A Study in the Protection of Alien Property in International Law*, Greenwood Press Reprint, 1982.

Heimasíða Skrifstofu bandaríska viðskiptafultrúans (e. Office of the United States Trade Representative)

<http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf> (skoðað 14. apríl 2009).

Heimasíða MIGA, About MIGA, http://www.miga.org/about/index_sv.cfm?stid=1588 (skoðað 18. janúar, 2009).

Indirect Expropriation and the right to regulate in international investment law, working paper of the OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, number 2004/4, September 2004

Jan Wouters og Bart De Meester: *The World Trade Organization: A Legal and Institutional Analysis*. Antwerpen, 2007.

John A. Westberg: „Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation; ICSID and Iran-United States Claims Tribunal Compared“, *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, 8. tbl. 1993, bls. 1-28.

L. Yves Fortier og Stephen L. Drymer: „Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor“, *ICSID Review*, 2. tbl. 2004, bls. 293-327.

M. Sornarajah: *The International Law on Foreign Investment*, 2. útg. New York, 2004

Maurizio Brunetti, „The United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation“, *Chicago Journal of International Law*, 2. tbl. 2001, bls. 203-212.

Peter Malanczuk: *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. útg., London, 1997.

Rudolf Dolzer, „Indirect Expropriations: New Developments?“ *N.Y.U. Environmental Law Journal*. 11. tbl. 2002, bls. 64-93.

Raymond Doak Bishop, James Crawford, Michael Reisman: *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Haag, 2005.

Rudolf Dolzer og Christoph Schreuer: *Principles Of International Investment Law*. New York 2008.

Sayed Khalil Khalilian: *The Law of International Arbitration*, Kanada 2003.

Snjólfur Ólafsson. „Útrás íslenskra fyrirtækja og erlendar fjárfestingar“, *Vísbending*, 31. tbl. 2007.

Stephen M. Schwebel: „Investor – State Disputes and the Development of International Law“, *American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting* , 2004, bls. 27 – 30

Stjórnartíðindi

The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. Alþjóðabankinn, 1992, ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf (skoðað 1. febrúar, 2009)

Vaughan Lowe: „Changing Dimensions of International Law“. *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series – Working Paper No. 4/2007*, mars 2007.

Yas Banifatemi: „Unresolved Issues in Investment Arbitration“, *Modern Law for Global Commerce: Congress to celebrate the fortieth annual session of UNICITRAL Vienna, 9-12 July 2007*, <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Banifatemi.pdf> (sótt janúar 2009).

W. Michael Reisman og Robert D. Sloane: „Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation“, *The British Yearbook of International Law*, 74. árg. (2004), bls. 115-150

Dómaskrá

Alþjóðadómstóllinn í Haag

Anglo-Iranian Oil Co. case (Bretland gegn Íran) (1952) I.C.J. Rep. 93

Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgía gegn Spáni) Second Phase, (1970) I.C.J. Rep. 3

Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (Elsi) (Bandaríkin gegn Ítalíu), 1989 I.C.J. Rep. 15

Diallo mál (Guinea gegn Austur-Kongó (DR Congo)) frá 24. maí 2007

Fasti Alþjóðadómstóllinn í Haag

Oscar Chinn málið (Bretland gegn Belgíu), 12. desember 1934, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A/B, no. 63 (1934) 4

Gerðardómur vegna þjóðnýtingar Líbýu

BP gegn Líbýu, 1973, 53 ILR 297

Libyan American Oil Co. (Liamco) v. Libya (1981) 20 ILM 1

ICSID

AAPL gegn Sri Lanka, 27. júní 1990, 4 ICSID Reports 250

Aisan Agricultural Products Ltd. gegn Sri Lanka, 27. júní 1990, 4 ICSID Reports 246

Champion Trading gegn Egyptalandi frá 21. október 2003. 19 ICSID Review-FILJ 275 (2004)

CMS gegn Argentínu. Ákvörðun um lögsögu frá 17. júlí 2003. 42 ILM 2003, bls. 788

CSOB gegn Slóvakíu, 14. maí 1999, 14 ICSID Rev.-FILJ (1999) 251

Fedax gegn Venezúela, 11. júlí 1997, 37 ILM (1998) 1378

Goetz gegn Búrúndí, 10. febrúar 1999, 15 ICSID Review-FILJ (2000) 457

Joy Mining gegn Egyptalandi, 6. ágúst 2004, 19 ICSID Review-FILJ (2004) 486

Maffezini gegn Spáni, 2000, 5 ICSID Reports, 396.

Marvin Roy Feldman Karpa gegn Mexíkó, ICSID (ARB(AF)/99/1), 16. desember 2002, ICSID Reports 2005, 178

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID case No. ARB(AF) 99/2 (11. okt. 2002)

Metalclad Corp. gegn Mexíkó, 30. ágúst 2000. 5 ICSID Reports (2002) 209

Middle East Cement Shipping gegn Egyptalandi, 12 apríl 2002, ICSID Reports 178

Olguin gegn Paragvæ frá 26. júlí 2001. 6 ICSID Reports 164

Soufraki gegn Sameinuðu arabísku furstadæmunum frá 7. júlí 2004. 12 ICSID Reports 158

Tokios Tokelés gegn Úkraínu frá 29. apríl 2004. 11 ICSID Reports 313

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. gegn Mexíkó, 29. maí 2003

Íran-Bandaríkja-gerðardómurinn

Amoco International Finance Group Corp. gegn Íran frá 14. júlí 1987, 15 Iran-US CTR 189

Phelps Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp. gegn Íran, 19. mars 1986, Award No. 217-99-2, 10 Iran-U.S. C.T.R. 121

Sola Tiles Inc. gegn Íran, 22. apríl 1987, Award No. 298-317-1, 14 Íran-US C.T.R. 223

Starrett Housing gegn Íran (1983), 4 Iran-US Claims Tribunal 122

Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton gegn TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Iran-US Claims Tribunal Reports (1984), 219

Too gegn Greater Modesto Insurance Associates, 29. desember 1989, 23 Iran-United States Claims Tribunal Rep. 378

Mannréttindadómstóll Evrópu

James v. UK (1986) 8 EHRR 123

Sporrong og Lonnröth gegn Svíþjóð frá 23. september 1982. Series A, 52

Aðrir gerðardómar

Azuriz gegn Argentínu, frá 14. júlí 2006

Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964)

CMS gegn Argentínu, 1. september 2006

Generation Ukraine gegn Úkraínu, 16. september 2003, 44 ILM (2005) 404

Kúveit gegn American Independent Oil Co. 21 ILM (1982), 976

LG&E gegn Argentínu, Decision on Liability, 3. október 2006, 46 ILM (2007) 36

Pope & Talbot Inc. gegn Kanada, Interim Award, 26. júní, 2000

Revere Copper gegn OPIC, 24. ágúst 1978, 56 ILR (1980) 258

Santa Elena gegn Kosta Ríka, 17. febrúar 2000, 39 ILM (2000) 317

SD Myers gegn Kanada, First Partial Award, 13. nóvember 2000, 40 ILM (2001), 1408

Siemens gegn Argentínu, frá 6. febrúar 2007

Waste Mgmt gegn Bandaríkjunum, 20. apríl, 2004, 43 ILM 967