

מאי 2018



בוררות בינלאומית כשיקול בניית עסקה ואמצעי ניהול סיכונים בהשקעות זרות – תמורות אחרונות

זמן קריאה: 2 דקות

לצד שיקולי מבנה ואמצעים מוכרים לניהול סיכונים השקעה במדינה זרה חשוב להוסיף למערכת השיקולים את היכולת ליהנות מהגנות המוענקות למשקיעים זרים תחת אמנות בינלאומיות. שינויים מן הזמן האחרון מצריכים חשיבה נוספת.

מה הן אמנות השקעה בילטרליות?

- אמנות השקעה בילטרליות (BIT - Bilateral Investment Treaties) הן הסכמים בין-לאומיים, הקובעים את התנאים, ההגבלות וההגנות על השקעות של משקיעים ממדינה אחת בטריטוריה של המדינה השנייה.
- בדרך כלל תכלול האמנה התחייבות ליחס הוגן ושוויוני כלפי המשקיע, הגנה מפני הפקעה ללא פיצוי הולם, מנגנונים להעברה חופשית של אמצעים למימוש ההשקעה ומגוון כלים נוספים שתכליתם להבטיח את בטחון ההשקעה והמשקיע.
- אחד המאפיינים החשובים של אותן האמנות הוא שהן, ככלל, מאפשרות למשקיע פנייה לבוררות בינלאומית בתביעה ישירה כנגד המדינה אשר הפרה את זכויותיו כמשקיע זר. מנגנון זה מאפשר למשקיע הזר לעמוד על זכויותיו מחוץ לערכאות השיפוטיות של המדינה בה השקיע (מדינת היעד). זוהי הגנה משמעותית וחשובה ביותר בהתחשב בכך שערכאות שיפוטיות של מדינת היעד עשויות להיות מוטות לטובת המדינה ולהוות פרום לא ידידותי, לא הוגן ולא שוויוני כלפי משקיע זר.

בחינה מחודשת

בפסק דין תקדימי שניתן לאחרונה בהליך שהתנהל בין הרפובליקה הסלובקית לבין חברת ביטוח הולנדית (הלכה הידועה בשם Achmea), קבע בית הדין לצדק של האיחוד האירופי, כי בוררות בינלאומית מכוח אמנת ההשקעות הבילטרלית (BIT - Bilateral Investment Treaty) בין הולנד וסלובקיה אינה עולה בקנה אחד עם דיני האיחוד האירופי. משמעות הדבר היא שנשללה מהמשקיעה הזרה (במקרה זה, חברת הביטוח ההולנדית) הזכות לפנות לבוררות לשם מימוש ההגנות אותן מעניקה אמנת ההשקעה.

בית הדין לצדק של האיחוד האירופי (Court of Justice of the European Union) הוא הערכאה השיפוטית העליונה של האיחוד. בידי מסורה הסמכות לפרש את אמנות האיחוד וחקיקת המשנה של האיחוד והחלטותיו מחייבות את כלל החברות באיחוד. לאור זאת, פסק דינו הנ"ל מערער את מעמדן של כמעט 200 אמנות השקעה בילטרליות עליהן חתומות מדינות האיחוד האירופי בינן לבין עצמן, ובפרט את האפשרות לעשות שימוש בסעיפי הבוררות הכלולים בהן לצורך אכיפת זכויות המשקיע.

עבור המשקיע הישראלי באירופה מדובר בשינוי משמעותי - הן ביחס להשקעות קיימות והן באשר לאופן תכנון ובנייתן של השקעות עתידיות. כידוע, השקעות אלו מבוצעות פעמים רבות דרך חברות בת המוקמות במדינה המצויה בתוך האיחוד, דוגמת הולנד או קפריסין. על כן, הפסיקה מערערת את ההגנות אשר יתכן שהיו נתונות למשקיע הישראלי באמצעות החברה הבת האירופית, מכוח אותן אמנות.

עתה, יש מקום שהמשקיע הישראלי יבחן מחדש את ההגנות הנתונות לו מכוח האמנות הפנים-אירופאיות, ובתוך כך לבחון את האפשרות לתכנן את ההשקעה או לשנות את המבנה שלה כך שתזכה להגנות של אמנת השקעה; וכן - לקחת בגדרי ניהול סיכונים, את השינוי ואת הפגיעה במידת בטחונו של המשקיע.

הזוית הישראלית

- נכון למועד עדכון זה, לישראל יש כ-37 אמנות השקעה בילטריות בתוקף, בין היתר עם אוקראינה, פולין, אסטוניה, קרואטיה, קפריסין, הולנד, רומניה ועוד.
- יש לציין, שהמשקיע הישראלי יכול גם ליהנות מהגנתן של אמנות נוספות, שישראל אינה צד להן. למעשה, חלק מתכנון נכון של עסקת השקעה בינלאומית הוא בחינה של האמנות הרלוונטיות של **מדינת היעד של ההשקעה**, ושקילת הצורך לתכנן את ההשקעה באופן שתיהנה מן ההגנות הנתונות מכוח האמנות שאותה מדינה צד להן.
- כך, ונכון עד מועד מתן פסק הדין בענין Achmea, משקיע ישראלי יכול היה לבנות עסקת השקעה במדינה חברה באיחוד האירופי, תוך שהוא מקים ישות משפטית במדינה חברה אחרת ונהנה מההגנות שאמנת השקעה בילטרלית בין שתי המדינות החברות הקנתה לו.
- עתה כאמור, נדרשים משקיעים ישראלים לבחון מחדש את מעמדם של סעיפי הבוררות באמנות עליהן התבססו ולבחון את הצורך לשנות את מבנה העסקה כך שתהנה מהגנתן של אמנות חלופיות.

לשאלות נוספות או למידע נוסף הנוגע לעדכון זה ניתן ליצור קשר עם:



עו"ד צחי (יצחק) ו. חסדאי

isack@gornitzky.com 



עו"ד ניר קירר,
שותף

nirke@gornitzky.com 



עו"ד אלי כהן,
שותף

elic@gornitzky.com 