



ΔΗΜΟΚΡΙΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΘΡΑΚΗΣ
ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΔΙΕΘΝΕΣ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ

Το Νομικό Πλαίσιο Επίλυσης Διαφορών στην Energy Charter Treaty

Διπλωματική Εργασία της Μεταπτυχιακής Φοιτήτριας
Ιωαννίδου Ελένης

Επιβλέπων Καθηγητής: Τσαβδαρίδης Αντώνιος, Λέκτορας

Δεκέμβριος 2016

Στον Χρήστο

Ευχαριστίες

Θα ήθελα να ευχαριστήσω θερμά τον καθηγητή κ. Αντώνη Τσαβδαρίδη για την δυνατότητα που μου έδωσε να ασχοληθώ με ένα τόσο ενδιαφέρον θέμα, καθώς και για την στήριξη και υπομονή που επέδειξε κατά το διάστημα της εκπόνησης αυτής της διπλωματικής.

Θα ήθελα να απευθύνω τις ευχαριστίες μου στους γονείς μου, για την αμέριστη συμπαράσταση τους σε κάθε απόφαση μου. Ευχαριστίες αξίζουν και στους πολύτιμους φίλους μου, νέους και παλιούς για την βεβαιότητα τους ότι πάντα τα καταφέρνω. Δεν θα μπορούσα να μην αναφερθώ στον σύντροφο μου, που με ενθάρρυνε και με στήριξε σε κάθε στάδιο της διαδικασίας και στον οποίο αφιερώνεται αυτή η διπλωματική εργασία .

Abstract

The boom of investment relations under bilateral and multilateral investment treaties came with an increasing number of disputes between investor and host state related to actions and omissions of state in respect of protection of investors and their investments. These instruments played an important part in and improved the access of investors to dispute resolution mechanisms and in particular to arbitration for the protection of their investments. In this legal framework of treaties and agreements which offer promotion and protection for investors and their investment, the Energy Charter Treaty stands out as a unique multilateral treaty aimed to protect and promote investments in the energy field. The innovation in the ECT reflects on the provisions for the differences arise under the Treaty between an investor and a host state, for any reason regarding the investment. The Treaty also provides a separate legal framework for the disputes arise between contracting states. The ECT provides also different methods, such as negotiation and compromise before admission to international arbitration bodies, and lack of funding required to refer the dispute to the civil authorities of the host country.

The propose of this Thesis is to provide an overview of the investment relations between an investor and a state in general and also particularly under the Energy Charter Treaty. The first part provides an overview of the investment arbitration under bilateral and multilateral investment treaties. The second part of the Thesis introduces the history and legal framework of the ECT and the treaty's dispute settlement mechanism for differences between investor and a contracting state.

Keywords: Energy Charter Treaty, resolve disputes, international arbitration.

Περιεχόμενα

Εισαγωγή.....	1
Μέρος Πρώτο	3
Κεφάλαιο 1 ^ο Οι Διεθνείς Επενδύσεις.....	3
1.1. Η Επενδυτική Σχέση και η Επενδυτική Διαφορά.....	3
1.2. Διμερείς Επενδυτικές Συνθήκες.....	7
1.3. Πολυμερείς Διεθνείς Συνθήκες	9
1.4. Ρήτρες Διαιτησίας	10
Μέρος Δεύτερο	13
Κεφάλαιο 1 ^ο Ο Ευρωπαϊκός Χάρτης Ενέργειας και η Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας (Energy Charter Treaty).....	13
1.1. Η ανάγκη για θέσπιση στενής συνεργασίας στον τομέα της ενέργειας.....	13
1.2. Συμβαλλόμενα μέρη στην Energy Charter Treaty	17
Κεφάλαιο 2 ^ο Οι Ξένες Επενδύσεις στον Τομέα της Ενέργειας υπό το ρυθμιστικό πλαίσιο της Συνθήκης για τον Χάρτη της Ενέργειας	18
2.1. Γενικά	18
2.2. Σκοπός της Συνθήκης Energy Charter Treaty	19
2.3. Η έννοια του Επενδυτή στην Energy Charter Treaty	21
2.4. Η έννοια της Επένδυσης στην Energy Charter Treat.....	23
Κεφάλαιο 3 ^ο Μηχανισμοί Επίλυσης Διαφορών Υπό την Energy Charter Treaty.....	25
3.1. Γενικά	25
3.2. Η Συναίνεση των Μερών για την Υπαγωγή της Διαφοράς στην Διαιτησία	27
3.3. Η Διαιτητική Διαδικασία του ICSID	29
3.4. Η Ad Hoc Διαιτησία.....	34
3.5. Το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο της Στοκχόλμης	35
Επίλογος.....	38
Βιβλιογραφία.....	40

Εισαγωγή

Η επικράτηση της διεθνούς επενδυτικής διαιτησία, τα τελευταία χρόνια, ως ο σημαντικότερος μηχανισμός επίλυσης διαφορών που προκύπτουν από διεθνείς επενδύσεις, είναι εύκολο να αιτιολογηθεί αν αναλογιστεί κανείς τον ορισμό της. Πρόκειται για μία κοινά αποδεκτή μέθοδο επίλυσης διαφορών, οι οποίες προκύπτουν μεταξύ κρατών και ιδιωτών, από την υλοποίηση ξένων επενδύσεων στο έδαφος αναπτυσσόμενων κατά κύριο λόγο χωρών. Η διεθνής επενδυτική διαιτησία, συνιστά μια εναλλακτική μέθοδο επίλυσης διαφορών σε διεθνές επίπεδο, στη βάση ουσιαστικών κανόνων του δημόσιου και ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, με την εφαρμογή δικονομικών κανόνων μεγάλων διαιτητικών κέντρων.

Η καινοτομία που προσέφερε η διεθνής επενδυτική διαιτησία είναι η δυνατότητα του ξένου επενδυτή να παρακάμψει τα εθνικά δικαστήρια του κράτους επένδυσης και να προσφύγει σε ένα διεθνές διαιτητικό δικαστήριο, αποφεύγοντας κατά αυτόν τον τρόπο τυχόν χρονοβόρες διαδικασίες καθώς και έλλειψη αντικειμενικότητας εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων.¹ Πάντως η δυνατότητα προσφυγής του ξένου επενδυτή σε ένα διεθνές διαιτητικό δικαστήριο δεν απαλείφει την δυνατότητα προσφυγής του στα εθνικά δικαστήρια του κράτους της επένδυσης, καθώς κάθε πρόσωπο του οποίου τα συμφέροντα πλήττονται στο πλαίσιο ενός κράτους πρέπει να μπορεί να διεκδικήσει τις αξιώσεις του στα εθνικά δικαστήρια του κράτους αυτού.

Το καθοριστικό αίτιο ενεργοποίησης των συζητήσεων γύρω από ένα μηχανισμό επίλυσης διαφορών που θα χαρακτηρίζεται από ταχύτητα και ανεξαρτησία πρέπει να αναζητηθεί στην εξέλιξη των σχέσεων μεταξύ αναπτυσσόμενων και αναπτυσσόμενων χωρών. Η αδυναμία των λιγότερο ανεπτυγμένων χωρών, λόγω έλλειψης κεφαλαίων, να επενδύσουν στην οικονομία τους και παράλληλα η ροή ξένων κεφαλαίων από τις ανεπτυγμένες χώρες, οδήγησε στην ανάγκη προστασίας των τελευταίων έναντι των πρώτων. Δεν είναι λίγες οι φορές που κατά την διάρκεια των αποαποικιοποιήσεων και των εθνικοαπελευθερωτικών κινημάτων που συνεπάγονταν, οι ξένες επενδύσεις εθνικοποιήθηκαν ή ακόμα και καταστράφηκαν κατά την διάρκεια συγκρούσεων χωρίς να μπορούν να προστατευθούν ή ακόμα και να αποζημιωθούν. Η πεποίθηση ότι οι επενδύσεις στα πλαίσια ενός κράτους αποτελούν έκφανση της εθνικής κυριαρχίας και ανεξαρτησίας και συνεπώς δεν τίθεται θέμα αποζημίωσης ή προστασίας, οδήγησε ιδίως στις χώρες της Λατινικής Αμερικής στο δόγμα Calvo, το οποίο ανέκοπτε για αρκετά χρόνια την εξάπλωση του θεσμού της διαιτησίας.²

1 Caron David, "ICSID in the Twenty-First Century: An Interview with Meg Kinnear: Introductory Remarks", Berkeley Law, 2010, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=facpubs>, date accessed 1/10/2016

2 Με βάση το δόγμα Calvo, το κάθε κράτος, μπορεί στα πλαίσια της αυτοπροστασίας του και της ελεύθερης πραγμάτωσης της εθνικής του κυριαρχίας να απαλλοτριώσει ή να εθνικοποιήσει, αλλοδαπές ιδιωτικές επενδύσεις στην εδαφική του επικράτεια με κύριο και βασικό σκοπό την διασφάλιση και προστασία της εθνικής του κυριαρχίας και του δημοσίου συμφέροντός του, με ή χωρίς αποζημίωση των ξένων επενδυτών.

Στον αντίποδα οι ξένοι επενδυτές προκειμένου να προστατευθούν έναντι του εθνικού παρεμβατισμού, κατέφευγαν στην διπλωματική προστασία των χωρών προέλευσής τους, κι έτσι η διαμάχη τους με τα κράτη υποδοχής, εξελισσόταν σε διακρατική διαμάχη, μεταξύ κρατών προέλευσης και κρατών υποδοχής των επενδύσεων.

Λύση στο πρόβλημα προσπάθησε να δώσει ο θεσμός της διαιτησίας, ο οποίος όμως δεν μπορούσε να αποδώσει καθώς προκειμένου να μπορέσει κάποιος να προσφύγει σε αυτόν θα έπρεπε πρώτα να εξαντλήσει τις δυνατότητες που του προσέφερε το εκάστοτε εθνικό δικαιοδοτικό σύστημα. Αποτέλεσμα ήταν χρονοβόρες και δυσκίνητες διαδικασίες που απομάκρυναν το θιγμένο μέρος από την επιλογή αυτή. Ενίοτε δε η διαδικασία εγκαταλείπονταν κατά την διάρκεια μη μπορώντας να συμβαδίσει με τις ανάγκες του αιτούντος.

Παρόλα αυτά η αυξανόμενη ανάγκη των αναπτυσσόμενων χωρών για επενδύσεις ιδιαίτερα στον τομέα της ενέργειας αλλά και η παύση σε μεγάλο βαθμό των εθνικών συρράξεων και των εθνικοαπελευθερωτικών κινημάτων επανέφερε το ζήτημα της προστασίας των ξένων επενδύσεων και συνακόλουθα τον τρόπο προστασίας τους έναντι της κρατικής αυθαιρεσίας. Το νομικό πλαίσιο που επιλέχθηκε ήταν η υπογραφή Διμερών Επενδυτικών Συνθηκών (Bilateral Investment Treaties-BITs) και αργότερα Πολυμερών Διεθνών Συνθηκών (Multilateral Investment Treaties) οι οποίες αποτελούν μέχρι σήμερα την κύρια νομιμοποιητική βάση του θεσμού της διεθνούς επενδυτικής διαιτησίας.

Η πρώτη επενδυτική συνθήκη η οποία υιοθέτησε την επενδυτική διαιτησία ήταν η NAFTA (North American Free Trade Agreement)³, κατά την συνομολόγηση της οποίας τα κράτη-μέρη συμφώνησαν στην υπαγωγή των διαφορών, που τυχόν ανέκυπταν μεταξύ των μερών, σε διαιτητική επίλυση.

Η παραπομπή σε διεθνή διαιτησία, εκτός από τις Διμερείς Επενδυτικές Συνθήκες (BITs) και Πολυμερείς Συνθήκες, βασίστηκε επιπλέον και στην υπογραφή Διεθνών Επενδυτικών Συμβάσεων μεταξύ του ξένου επενδυτή και του κράτους υποδοχής. Τα αντισυμβαλλόμενα μέρη εν προκειμένω, όταν προέκυπτε μια διαφορά μεταξύ τους συνομολογούσαν από κοινού μια Επενδυτική Σύμβαση στην οποία υπήγαγαν την μεταξύ τους διαφορά είτε στη ρήτρα διαιτησίας, η οποία ήταν ενσωματωμένη στο κείμενο της επενδυτικής σύμβασης, είτε στο συνυποσχητικό διαιτησίας το οποίο κατήρτιζαν από κοινού μετά την εμφάνιση της μεταξύ τους διαφοράς.

³ NAFTA: Πρόκειται για την Συμφωνία Ελεύθερου Εμπορίου Βόρειας Αμερικής, η οποία είναι μια εμπορική συμφωνία μεταξύ ΗΠΑ, Μεξικό και Καναδά η οποία υπογράφηκε τον Ιανουάριο του 1994 και προέβλεπε την αφαίρεση των φόρων στα εμπορεύματα μεταξύ των κρατών αυτών (https://el.wikipedia.org/wiki/Συμφωνία_Ελεύθερου_Εμπορίου_Βόρειας_Αμερικής)

Στην παρούσα εργασία θα ασχοληθούμε με την επενδυτική διαιτησία, όπως αυτή προβλέπεται στην Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας. Η ECT αποτελεί μια από τις πιο γνωστές Πολυμερείς Συνθήκες και η πρώτη που ορίζει αποκλειστικά και μόνο τον τομέα των επενδύσεων στην ενέργεια. Στο πρώτο μέρος της εργασίας θα γίνει μια γενική επισκόπηση των επενδυτικών σχέσεων όπως αναπτύσσονται στο πλαίσιο Διμερών ή Πολυμερών Επενδυτικών Συνθηκών καθώς και των τρόπων επίλυσης διαφορών που ενσωματώνουν αυτές. Ιδιαίτερη αναφορά θα γίνει στις ρήτρες διαιτησίας, που συναντώνται συχνότερα στις επενδυτικές συνθήκες. Στο δεύτερο μέρος της εργασίας θα μελετήσουμε τους μηχανισμούς επίλυσης διαφορών που προβλέπει η Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας. Στο πρώτο κεφάλαιο θα αναφερθούν οι ιστορικοί λόγοι που οδήγησαν στην υπογραφή της Συνθήκης καθώς και το ποια κράτη υπέγραψαν την Συνθήκη. Στο δεύτερο κεφάλαιο θα δούμε την διάρθρωση της Συνθήκης και τους στόχους που τέθηκαν κατά την συνομολόγηση της. Θα προσπαθήσουμε επίσης να προσεγγίσουμε τον ορισμό της έννοιας του επενδυτή και της επένδυσης, όπως προβλέπεται για της ανάγκες της ECT. Στο τελευταίο κεφάλαιο της εργασίας θα παρουσιαστούν οι επιλογές που προβλέπει η Συνθήκη για την επίλυση διαφορών που προκύπτουν μεταξύ επενδυτών και κράτους επένδυσης και κυρίως η διαιτητική επίλυση διαφορών, με εκτενή αναφορά στην διαιτησία του ICSID. Σε όλη την έκταση της εργασίας γίνονται αναφορές στις ομοιότητες και τις διαφορές μεταξύ της Συνθήκης και των Διμερών Επενδυτικών Συνθηκών, καθώς και στην νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων.

Μέρος Πρώτο

Κεφάλαιο 1^ο Οι Διεθνείς Επενδύσεις

1.1. Η Επενδυτική Σχέση και η Επενδυτική Διαφορά

Προκειμένου να μπορέσουμε να προσεγγίσουμε το ζήτημα της επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν μεταξύ ενός ξένου επενδυτή και του κράτους επένδυσης είναι σημαντικό να κατανοήσουμε την σχέση που συνδέει τα δύο μέρη. Η επενδυτική σχέση αντιμετωπίζεται από το Διεθνές Δίκαιο ως μια σχέση που χρήζει ιδιαίτερης προσοχής, συνεπώς τα κριτήρια που χαρακτηρίζουν μια σχέση επενδυτική απασχόλησαν συστηματικά την θεωρία των διεθνών σχέσεων, σε αυτό συνέτεινε και η έλλειψη συγκεκριμένου ορισμού. Η διάκριση μιας επενδυτικής από μια

εμπορική σχέση είναι ιδιαίτερα σημαντική καθώς παρέχει στα μέρη την δυνατότητα επιλογής του μηχανισμού ICSID, ο οποίος δημιουργήθηκε αποκλειστικά για την επίλυση επενδυτικών διαφορών.

Ένας γενικός ορισμός της ξένης επένδυσης περιλαμβάνει την διασυνοριακή μεταφορά κεφαλαίων, αγαθών, υπηρεσιών, συμφερόντων και δικαιωμάτων, από ένα κράτος που ονομάζεται κράτος προέλευσης της επένδυσης προς ένα άλλο κράτος που ονομάζεται κράτος υποδοχής της επένδυσης (host state) προκειμένου να χρησιμοποιηθούν στην επικράτεια του τελευταίου για την παραγωγή πλούτου. Φορέας της ξένη επένδυσης μπορεί να είναι είτε φυσικό είτε νομικό πρόσωπο με μόνη προϋπόθεση την διαφορετική ιθαγένεια από το κράτος υποδοχής της επένδυσης.⁴ Η επένδυση μπορεί να λάβει την μορφή επενδύσεως χαρτοφυλακίου (portfolio investment) είτε την μορφή ξένης άμεσης επένδυσης (foreign investment).⁵

Η έλλειψη σαφώς διατυπωμένου ορισμού για την έννοια της ξένης επένδυσης και κυρίως της άμεσης ξένης επένδυσης που φαίνεται να κυριαρχεί τα τελευταία χρόνια, οφείλεται αφενός στο ταχύτατα μεταβαλλόμενο οικονομικό πεδίο και αφετέρου στην διάθεση της διεθνούς κοινότητας να υπερτονίσει την αυτονομία των συμβαλλομένων μερών στον χαρακτηρισμό μιας σχέσης ως επενδυτικής. Η σημασία της οριοθέτησης της έννοιας είναι μεγάλη, καθώς συνιστά κρίσιμο στοιχείο για τον καθορισμό της δικαιοδοσίας των διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων.⁶

Περαιτέρω, στις διεθνείς επενδυτικές συμφωνίες, η συνηθέστερη μορφή των οποίων είναι οι Διμερείς Επενδυτικές Συνθήκες (BITs), περιλαμβάνονται ρήτρες διαιτησίας, με τις οποίες τα συμβαλλόμενα μέρη συμφωνούν ότι οι διαφορές που ανακύπτουν μεταξύ τους θα υποβάλλονται σε διαιτησία.⁷ Η διαιτησία αυτή μπορεί να είναι θεσμική ή ad hoc. Στην περίπτωση που τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν στραφεί προς την διαιτησία και η διαφορά υποβάλλεται στο κέντρο ICC (International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce) ή του SCC (Stockholm Chamber of Commerce) ή σε μια ad hoc διαιτησία υπό τους κανόνες της UNCITRAL Arbitration Rules, ο έλεγχος για το κατά πόσο η διαφορά που καλούνται να επιληφθούν αποτελεί προϊόν επενδυτικής σχέσης, στηρίζεται κυρίως στον ορισμό που βρίσκεται στην ίδια την επενδυτική συμφωνία. Ελλείπει αντικειμενικών κριτηρίων χαρακτηρισμού μιας διαφοράς επενδυτικής, εκλείπει συνακόλουθα και η δυνατότητα αντικειμενικού ελέγχου του παραδεκτού της καθ' ύλην αρμοδιότητας των δικαστηρίων αυτών.

4 M.Sornarajah, "The International Law on Foreign Investment" ed. Cambridge University Press, 1994, p.4

5 Π. Γκλαβίνης, Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2009, σελ.350

6 Ασπασία Αρχοντάκη, "Η έννοια της ξένης επένδυσης στην νομολογία του ICSID", Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 3/2013, τόμος 33, Ιούλιος- Σεπτέμβριος

7 Ασπασία Αρχοντάκη, "Η έννοια της ξένης επένδυσης στην νομολογία του ICSID", Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 3/2013, τόμος 33, Ιούλιος- Σεπτέμβριος, σελ.282

Εξάιρεση αποτελεί η πρόβλεψη για την υπαγωγή της διαφοράς στον ICSID, εν προκειμένω δεν αρκεί ο χαρακτηρισμός που δίνουν τα μέρη κατά την σύναψη της επενδυτικής συμφωνίας. Η έννοια της επένδυσης θα διερευνηθεί στην βάση των όσων προβλέπονται στο άρθρο 25 της Σύμβασης ICSID. Ωστόσο και εδώ η έννοια της επένδυσης και ο χαρακτηρισμός μιας σχέσης επενδυτικής, δεν βρίσκει ξεκάθαρο ορισμό. Παρότι η καθ' ύλην αρμοδιότητα του κέντρου “[...]εκτίνεται σε οποιαδήποτε νομική διαφορά απορρέει άμεσα από μια επένδυση μεταξύ ενός Συμβαλλόμενου κράτους [...] και ενός υπηκόου άλλου Συμβαλλόμενου Κράτους”, παραλείπεται σκοπίμως ο ορισμός της έννοιας της επένδυσης.⁸ Η σκοπιμότητα αυτή έγκειται κυρίως την σημασία που δίνει το Κέντρο στην συμφωνία των μερών ότι πρόκειται για επενδυτική σχέση από την οποία εκπορεύεται η εκάστοτε διαφορά, αλλά και στη βούληση των μερών να απευθύνουν για αυτή την διαφορά στο διαιτητικό κέντρο του ICSID.

Κατά καιρούς το Κέντρο υιοθέτησε διάφορα κριτήρια προκειμένου να χαρακτηρίσει μια διαφορά επενδυτική. Στην προσπάθεια ορισμού της έννοιας της επένδυσης κυριάρχησαν δύο νομολογιακά ρεύματα, αυτό της αντικειμενικής προσέγγισης με των εκ των προτέρων γνωστά και συγκεκριμένα κριτήρια και αυτή της υποκειμενικής προσέγγισης όπου η έννοια της επένδυσης θα πρέπει να αναζητείται στα πλαίσια που έχουν τεθεί από την διμερή ή πολυμερή σύμβαση.⁹

Η αντικειμενική προσέγγιση της έννοιας της επένδυσης βρήκε την θεωρητική της θεμελίωση στην πρώτη έκδοση του βιβλίου του Christoph Schreuer για την κατ' άρθρον ερμηνεία της Σύμβασης του ICSID. Για τον συγγραφέα προκειμένου μια δραστηριότητα να θεωρηθεί επένδυση θα πρέπει να πληρεί πέντε τυπικά κριτήρια. Τα στοιχεία αυτά είναι : α) το ορισμένο της διάρκειας της επιχείρησης (a certain duration of the enterprise) , β) η ορισμένη τακτικότητα του κέρδους και της απόδοσης (a certain regularity of profit and return), γ) η ανάληψη κινδύνου (an assumption of risk) δ) η ουσιώδης δέσμευση του επενδυτή (a substantial commitment by the investor) και ε) η συμβολή στην οικονομική ανάπτυξη της χώρας (some significance for the host state's development)¹⁰. Τα παραπάνω στοιχεία βρήκαν έρεισμα στην απόφαση Fedax NV v. Republic of Venezuela¹¹, όπου για πρώτη φορά το δικαστήριο τα χρησιμοποίησε προκειμένου να χαρακτηρίσει την δραστηριότητα αυτή επένδυση. Γνωστότερη όμως είναι η απόφαση στην υπόθεση Salini Costruttori S.p.A. v. Kingdom of Marocco, όπου το δικαστήριο ρητά αυτή την φορά αναγνώρισε την υποχρέωση πλήρωσης αντικειμενικών κριτηρίων για τον χαρακτηρισμό ενός περιουσιακού στοιχείου ως επένδυσης.¹² Από την απόφαση αυτή προέκυψε και το test Salini το οποίο προβλέπει τέσσερα

8 Π. Γκλαβίνης, ο.π. σελ. 356

9 Ασπασία Αρχοντάκη, “Η έννοια της ξένης επένδυσης στην νομολογία του ICSID”, Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 3/2013. τόμος 33, Ιούλιος- Σεπτέμβριος, σελ.282

10 C. Schreuer, the ICSID Convention: A commentary, Cambridge, 2001, σελ. 122

11 Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No.ARB/96/3

12 Ασπασία Αρχοντάκη, “Η έννοια της ξένης επένδυσης στην νομολογία του ICSID”, Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 3/2013. τόμος 33, Ιούλιος- Σεπτέμβριος, σελ.283

κριτήρια έναντι των πέντε που υποστήριξε ο Schreuer, εξέλειπε η περιοδικότητα του κέρδους. Σε άλλες αποφάσεις το δικαστήριο εξαίρεσε και το κριτήριο της σημαίνουσας συμβολής στην οικονομική ανάπτυξη της χώρας, καθώς θεώρησε αυτό ως συνέπεια της επένδυσης και όχι θεμελιωτικό στοιχείο της έννοιας.¹³

Οι διαφοροποιήσεις μεταξύ των διαιτητικών πάνελ που χρειάστηκε να ορίσουν την έννοια της επένδυσης δεν εξαντλούνται μόνο στα κριτήρια και τον αριθμό τους, αλλά και στο εύρος των κριτηρίων αυτών. Γίνεται εύκολα αντιληπτό ότι η σωρευτική ύπαρξη των κριτηρίων αυτών δεν είναι πάντα εφικτή παρότι η δραστηριότητα είναι επενδυτική, όμως ακόμα και στην περίπτωση που τα κριτήρια αυτά ενυπάρχουν στην δραστηριότητα δεν είναι απαραίτητο ότι υφίστανται στον ίδιο βαθμό και με την ίδια ένταση σε κάθε υπόθεση. Συνακόλουθα η απόρριψη των υποθέσεων που δεν πληρούν με την ίδια ένταση και στον ίδιο βαθμό τα κριτήρια αυτά θα περιόριζε αισθητά την καθ' ύλην αρμοδιότητα του δικαστηρίου καθιστώντας το πρόσφορο για ελάχιστες μόνο περιπτώσεις. Εξίσου θα μείωνε αισθητά και την σημασία της βούλησης των μερών να υπάγουν την διαφορά ενώπιον του δικαστηρίου και άρα την σημασία της συναίνεσης. Στην τελευταία το διαιτητικό δικαστήριο στηρίζει ένα μεγάλο μέρος της δικαιοδοσίας του.

Στον αντίποδα της αντικειμενικής προσέγγισης βρίσκουμε την υποκειμενική (subjective approach), όπου για τον έλεγχο της επένδυσης βαρύνουσα σημασία έχει η συγκεκριμένη επενδυτική συμφωνία στην βάση της οποίας προέκυψε η διαφορά. Το εκάστοτε δικαστήριο δηλαδή εκκινεί από τον ορισμό της έννοιας της επένδυσης όπως αυτή συμφωνήθηκε από τα μέρη κατά την σύναψη της επενδυτικής συμφωνίας.¹⁴ Η προσέγγιση αυτή βρίσκει έρεισμα και στο άρθρο 31 της Σύμβασης της Βιέννης για το δίκαιο των συνθηκών, όπου ο όρος επένδυση στο άρθρο 25 της Σύμβασης για τον ICSID θα πρέπει να ερμηνεύεται σύμφωνα με την καλή πίστη και σε συμφωνία με το αρχικό νόημα, που δόθηκε στον όρο στα πλαίσια εφαρμογής και υπό το φως του αντικειμένου σκοπού της Σύμβασης του ICSID. Θα πρέπει, επιπλέον για την ερμηνεία του όρου αυτού να λαμβάνεται υπόψη, *inter alia*, «κάθε σχετικός κανόνας του διεθνούς δικαίου που είναι εφαρμοστέος μεταξύ των μερών».¹⁵ Η εκπεφρασμένη επιθυμία των μερών μέσω της υπογραφής της επενδυτικής σύμβασης για την ενεργοποίηση της δικαιοδοσίας του ICSID, αποτελεί έμμεση παραδοχή ότι το κράτος υποδοχής της επένδυσης αντιμετωπίζει την δραστηριότητα του επενδυτή ως επένδυση. Μια λοιπόν αντίθετη θεώρηση του ICSID θα περιόριζε αισθητά την βούληση των μερών. Αρκετές είναι οι υποθέσεις που ήχθησαν ενώπιον του ICSID και οι οποίες δεν πληρούσαν απόλυτα τα

13 Άλλες αποφάσεις που μείωσαν τα κριτήρια σε τρία έναντι των πέντε κριτηρίων που πρόκρινε ο Schreuer: *Saba fakes v. Republic of Turkey*, *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA and Allan Fosk Kaplum v. Plurinational State of Bolivia*, *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka*

14 Ασπασία Αρχοντάκη, "Η έννοια της ξένης επένδυσης στην νομολογία του ICSID", Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 3/2013. τόμος 33, Ιούλιος- Σεπτέμβριος, σελ.286

15 Ασπασία Αρχοντάκη, "Η έννοια της ξένης επένδυσης στην νομολογία του ICSID", Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 3/2013. τόμος 33, Ιούλιος- Σεπτέμβριος:Βλ. Υποσημειώσεις 57 και 58

αντικειμενικά κριτήρια που αναφέραμε παραπάνω, παρόλα αυτά το δικαστήριο αποφάσισε ότι πρόκειται για επενδύσεις.¹⁶

Η έννοια λοιπόν της επένδυσης εξακολουθεί να απασχολεί και να θεμελιώνεται κυρίως νομολογιακά. Είναι όμως προφανής η τάση για εξέταση της εκάστοτε υπόθεσης ανά περίπτωση και υπό το πρίσμα της βούλησης των μερών. Η αντιφατικότητα της νομολογίας του Κέντρου γίνεται πιο εμφανής σε σύγκριση με τις αποφάσεις των αντίστοιχων διαιτητικών δικαστηρίων που περιορίζονται στον έλεγχο της έννοιας της επένδυσης υπό το πρίσμα της εκάστοτε ΔΕΣ.¹⁷

1.2. Διμερείς Επενδυτικές Συνθήκες

Οι Διμερείς Επενδυτικές Συνθήκες (Bilateral Investment Treaties) στο εξής ΔΕΣ, είναι διεθνείς συμφωνίες μεταξύ δύο κρατών δυνάμει των οποίων διαμορφώνεται το νομικό πλαίσιο, οι όροι και οι προϋποθέσεις, πραγματοποίησης μιας ξένης επένδυσης. Όπως προκύπτει και από τον ορισμό πρόκειται για συμφωνίες μεταξύ κρατών οι οποίες όμως συμπεριλαμβάνουν στο ρυθμιστικό τους πλαίσιο την νομική προστασία και τα δικαιώματα ιδιωτών επενδυτών, είτε φυσικών είτε νομικών προσώπων, που πραγματοποιούν επενδύσεις στο έδαφος του αντισυμβαλλόμενου κράτους. Γίνεται λοιπόν εύκολα αντιληπτό ότι οι ΔΕΣ πρωταρχικό σκοπό έχουν την δημιουργία κλίματος εμπιστοσύνης και σταθερότητας μεταξύ των συμβαλλόμενων κρατών, προκειμένου να προωθηθούν οι επενδυτικές δραστηριότητες. Η απήχηση τους είναι τέτοια που σήμερα ο συνολικός τους αριθμός ξεπερνά τις 3.000.

Όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω η πρώτη φορά που συναντάμε ξεκάθαρη πρόβλεψη για την παραπομπή επενδυτικών διαφορών σε διαιτητικούς μηχανισμούς είναι στις Διμερείς Επενδυτικές Συνθήκες. Οι ΔΕΣ αποτελούν σημαντικό κομμάτι της διεθνούς επενδυτικής διαιτησίας καθώς η πλειονότητα των διαφορών που καταλήγουν σε διαιτησία προέρχονται από τις ρήτρες διαιτησίας που αυτές προβλέπουν. Η συμβολή τους όμως δεν σταματά εκεί, ο οποιοσδήποτε διαιτητικός μηχανισμός προβλέπεται από τις ΔΕΣ λαμβάνει σοβαρά υπόψιν του τις πρόνοιες που συμπεριλαμβάνονται σε αυτές προκειμένου να ερευνήσει και να διευθετήσει την επίδικη διαφορά. Άλλες ρήτρες που συνήθως προβλέπονται είναι η ρήτρα προστασίας της περιουσίας του επενδυτή από κρατικές ενέργειες απαλλοτρίωσης και η ρήτρα της δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης.¹⁸ Η τελευταία αφορά την διατήρηση του επενδυτικού περιβάλλοντος σταθερού και προβλέψιμου

16 Τέτοιες υποθέσεις ασχολήθηκαν με τελωνεία, συμβάσεις κατασκευής και λειτουργίας ξενοδοχείου, συμβάσεις ανάπτυξης και λειτουργίας τοπικών λιμανιών κ.ο.κ. Μία από αυτές τις υποθέσεις είναι και η υπόθεση SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines

17 Ασπασία Αρχοντάκη, "Η έννοια της ξένης επένδυσης στην νομολογία του ICSID", Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 3/2013, τόμος 33, Ιούλιος- Σεπτέμβριος, σελ.287

18 Christoph Schreuer "Investment Arbitration: A voyage of discovery" 71 Arbitration, 2005, pg.74

αντιστοίχου με τις προσδοκίες του επενδυτή. Άλλες ρήτρες που χρησιμοποιούνται στις ΔΕΣ είναι η ρήτρα εθνικής μεταχείρισης (National Treatment) και του μάλλον ευνοούμενου κράτους (Most Favored Nation -MFN), δηλαδή η απαγόρευση διαφορετικής μεταχείρισης αλλοδαπών και ημεδαπών επενδυτών και η ισότιμη μεταχείριση των αλλοδαπών φυσικών και νομικών προσώπων στο forum πραγματοποίησης της επένδυσης. Με βάση τις δύο παραπάνω ρήτρες ο ξένος επενδυτής δικαιούται να συμμετάσχει ισότιμα με τους ημεδαπούς στον εγχώριο ανταγωνισμό, ενώ το κράτος υποδοχής δεν μπορεί να θεσπίσει κανέναν κανονισμό ή νόμο που να μεροληπτεί εις βάρος του. Μία επιπλέον ρήτρα είναι αυτή της ελευθερίας μεταφοράς μέσων και κεφαλαίων, δηλαδή το δικαίωμα του επενδυτή να μεταφέρει τα κέρδη ή κεφάλαια της επένδυσής του ελεύθερα και ανεμπόδιστα είτε εντός είτε εκτός της επικράτειας. Στις ΔΕΣ συναντάται επίσης, τη ρήτρα της πλήρους προστασίας και ασφάλειας, ήτοι της υποχρέωσης του κράτους να λαμβάνει ενεργητικά μέτρα για την προστασία της επένδυσης από τις δυσμενείς επιπτώσεις που μπορεί να έχουν σε αυτήν ενέργειες είτε του ίδιου του κράτους, είτε των οργάνων του, είτε ακόμη και τρίτων¹⁹. Τέλος, σε αρκετές Διμερείς Επενδυτικές Συνθήκες εμπεριέχονται ρήτρες αποζημίωσης σε περίπτωση απαλλοτρίωσης της περιουσίας του ξένου επενδυτή.²⁰ Οι παραπάνω ρήτρες συνεπάγονται αυτόματα τον περιορισμό της εδαφικής κυριαρχίας του κράτους υποδοχής, τον οποίο το τελευταίο συνειδητά αποδέχεται κατά την υπογραφή της ΔΕΣ.

Παρότι σε μεγάλο βαθμό οι ρήτρες που απαντώνται στις ΔΕΣ είναι κοινές δεν μπορούμε να πούμε ότι είναι πανομοιότυπες μεταξύ του. Ακόμα και όταν ορίζουν ότι οι διαφορές οι οποίες τυχόν προκύψουν θα παραπεμφθούν σε διαιτησία δεν συνεπάγεται ότι το εύρος των διαφορών που καλύπτουν ή ακόμα και ο μηχανισμός που θα απευθυνθεί ο ζημιωθείς, προκειμένου να επιληφθεί των επίδικων διαφορών, είναι ίδιος.

Η διεθνής επενδυτική διαιτησία διακρίνεται, όπως άλλωστε και η εμπορική διαιτησία, σε θεσμική και ad hoc. Η πλειοψηφία των ΔΕΣ που χρησιμοποιούν τις ρήτρες διαιτησίας παραπέμπουν τις αναφερόμενες διαφορές σε θεσμική διαιτησία και συγκεκριμένα στον διαιτητικό μηχανισμό επίλυσης διαφορών που προβλέπει η Σύμβαση της Ουασιγκτον τον ICSID (International Center for the Settlement of Investment Disputes), ενώ διαδεδομένη είναι και η χρήση των διαφόρων εμπορικών επιμελητηρίων που διαθέτουν τέτοιους μηχανισμούς όπως το ICC (International Chamber of Commerce) και το SCC (Stockholm Chamber of Commerce) . Η θεσμική διαιτησία θεωρείται πιο ελκυστική και συνεπώς πιο διαδεδομένη, καθότι προσφέρει ένα ασφαλές και εκ των προτέρων ορισμένο πλαίσιο με το οποίο θα εξελιχθεί η διαδικασία της διαιτησίας.

19 Άρθρα 3,4,5 της ΔΕΣ Ελλάδα-Χιλή “Για την προώθηση και την αμοιβαία προστασία των επενδύσεων” (1996) και άρθρα 3,4,5 της ΔΕΣ Ελλάδα-Γερμανίας “ Για την προαγωγή και την αμοιβαία προστασία των υπενδύμενων κεφαλαίων ” (1961)

20 ΔΕΣ Ελλάδα-Χιλή (1996), Ελλάδα-Κίνας (1992), Ελλάδα-Ρωσίας (1993)

Στην περίπτωση της ad hoc διαιτησίας τα πράγματα είναι πιο περίπλοκα, η δυνατότητα των συμβαλλομένων να επιλέξουν και ουσιαστικά να συστήσουν ένα διαιτητικό δικαστήριο απαιτεί εξαντλητική παράθεση κανόνων που πρέπει να ακολουθηθούν, καθιστώντας την επιλογή αυτή λιγότερο διαδομένη. Συγκεκριμένα είτε στην ρήτρα διαιτησίας η οποία συνυπογράφεται κατά την σύναψη της επενδυτικής συνθήκης και καλύπτει όλες τις διαφορές που μπορεί να προκύψουν μεταξύ των μερών, είτε με διαιτητικό συνυποσχετικό μετά την γέννηση της διαφοράς, πρέπει να προβλέπεται ο τρόπος συγκρότησης του διαιτητικού δικαστηρίου, ο τρόπος διεξαγωγής της διαιτησίας και ο τόπος όπου θα λάβει χώρα η διαδικασία. Στην περίπτωση του τρόπου διεξαγωγής της διαιτησίας μπορεί να αυτός να προβλέπεται από τα μέλη στην συμφωνία ή να παραπέμπει σε έναν προϋπάρχοντα κανονισμό διαιτησίας, όπως τους κανόνες της UNCITRAL, οι οποίοι είναι και οι περισσότερο διαδεδομένοι. Σε κάθε περίπτωση εφαρμοστέο είναι το διεθνές δίκαιο και ως εκ τούτου ο τόπος διεξαγωγής της διαιτησίας δεν επηρεάζει την διαδικασία.

1.3. Πολυμερείς Διεθνείς Συνθήκες

Οι πολυμερείς διεθνείς συνθήκες ρυθμίζουν επενδυτικές σχέσεις πάσης φύσεως σε οποιονδήποτε τομέα επιχειρηματικής δραστηριότητας και αν συνάπτονται, διακρίνονται σε παγκόσμιες και περιφερειακές.²¹ Στην διεθνή πρακτική συναντάμε κυρίως μια προσπάθεια ρύθμισης ειδικών και συγκεκριμένων επενδυτικών δραστηριοτήτων, οι οποίες χρήζουν είτε ιδιαίτερης μεταχείρισης είτε ιδιαίτερης προστασίας έναντι της συνήθους επενδυτικής δραστηριότητας. Με τις συμβάσεις αυτές ρυθμίζονται σε πολυμερές επίπεδο ορισμένες μόνο πτυχές της διεθνούς επενδυτικής δραστηριότητας.²² Στις πλείστες των περιπτώσεων οι Συνθήκες αυτές ρυθμίζουν μεν έναν τομέα μιας επενδυτικής δραστηριότητας αλλά σε συνδυασμό με άλλες δραστηριότητες εμπορικού χαρακτήρα που προκύπτουν κατά την άσκηση της επενδυτικής δραστηριότητας.

Οι πολυμερείς συνθήκες διακρίνονται σε γενικές, με περαιτέρω κατηγοριοποίηση την διαφοροποίηση σε παγκόσμιες και περιφερειακές, καθώς και σε κλαδικές. Παράδειγμα παγκόσμιας γενικής διεθνούς σύμβασης για το δίκαιο των διεθνών επενδύσεων συνιστά η Πολυμερής Συμφωνία Επενδύσεων (Multilateral Agreement on Investments – γνωστότερη με το ακρωνύμιο MAI), ενώ ως ειδικές συμβάσεις παγκόσμιας εμβέλειας στον τομέα των επενδύσεων είναι η σύμβαση της Ουάσιγκτον του 1965 για την ίδρυση του Διεθνούς Κέντρου Επίλυσης των Διαφορών από Επενδύσεις (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) και η

21 Παναγιώτης Γκλαβίνης, Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο: Γενικές Αρχές διεθνές εμπόριο και ξένες επενδύσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2009 σελ.452

22 Παναγιώτης Γκλαβίνης, Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο: Γενικές Αρχές διεθνές εμπόριο και ξένες επενδύσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2009 σελ.455, υποσημείωση 128

Σύμβαση της Σεούλ του 1985 για την ίδρυση του Πολυμερούς Οργανισμού για την Εγγύηση των Επενδύσεων (Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA).²³

Την σπουδαιότερη κλαδική διεθνή σύμβαση των ξένων επενδύσεων συνιστά η Συμφωνία για το Χάρτη της Ενέργειας (Energy Charter Treaty - ECT), που υπογράφηκε την 17.12.1994 στη Λισαβόνα, στα πλαίσια της European Energy Charter Treaty Conference. Η Ελλάδα έχει επικυρώσει την εν λόγω σύμβαση με τον Ν. 2476/1997, με έναρξη εφαρμογής του από 04.09.1997. Στην παρούσα εργασία θα ασχοληθούμε με μία από τις πιο ολοκληρωμένες πολυμερείς συμφωνίες παγκοσμίως, την Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας.

1.4. Ρήτρες Διαιτησίας

Όπως αναφέρθηκε, η υπαγωγή σε διαιτησία, μιας διαφοράς που προκύπτει από μια επενδυτική σύμβαση προϋποθέτει την συναίνεση των μερών. Πρόκειται ουσιαστικά για μια δήλωση βουλήσεως ότι η διαφορά που θα προκύψει από την κύρια σχέση θα υπαχθεί σε διαιτητικό δικαστήριο. Η συμφωνία αυτή ονομάζεται ρήτρα διαιτησίας και ενσωματώνεται στο κυρίως κείμενο της Διεθνούς Συνθήκης ή της Επενδυτικής Σύμβασης.

Το φαινόμενο των ρητρών διαιτησίας είναι το πλέον σύνθητες κατά την υπογραφή των Συμφωνιών, τούτο όμως δεν συνεπάγεται ότι οι ρήτρες αυτές είναι πανομοιότυπες. Κάθε ρήτρα διαιτησίας μπορεί να ορίζει τις προϋποθέσεις προκειμένου να παραπεμφθεί μια διαφορά σε διαιτησία, να περιορίζει τις διαφορές που μπορούν να λυθούν διαιτητικά ακόμα και αν προκύπτουν από την βάση της ίδιας απαίτησης και στις πλείστες των περιπτώσεων να προβλέπει πέραν του ενός forum διαιτησίας που μπορεί να απευθυνθεί ο ζημιωθείς.

Πολλές Διμερείς Επενδυτικές Συνθήκες, αν όχι η πλειονότητα, προβλέπουν ότι η δυνατότητα του επενδυτή να προσφύγει σε διαιτητικό δικαστήριο μπορεί να πραγματοποιηθεί μόνο μετά το πέρας μιας συγκεκριμένης χρονικής περιόδου, κατά την οποία τα μέρη θα προσπαθήσουν να διευθετήσουν φιλικά και με διαπραγματεύσεις την μεταξύ τους διαφορά. Αντιπροσωπευτικό παράδειγμα είναι το άρθρο 11 του γερμανικού μοντέλου ΔΕΣ που προβλέπει : «[...] διαφορές από την επενδυτική συμφωνία [...] θα πρέπει όσο αυτό είναι δυνατό να λύνονται φιλικά» .²⁴

Ζήτημα ανακύπτει στο κατά πόσο η πρόβλεψη για συγκεκριμένη περίοδο προσπαθειών φιλικής επίλυσης των διαφορών μεταξύ των συμβαλλομένων μπορεί να παρακαμφθεί και η διαφορά να

23 Α. Φυλακτός, Σημειώσεις στο μάθημα του πρώτου εξαμήνου “Διεθνής Διαιτησίας”, στο ΠΙΜΣ της Νομικής Κομοτηνής “Διεθνές και Ευρωπαϊκό Δίκαιο της Ενέργειας”, 2016

24 C. SCHREUER, Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, The Journal of World Investment & Trade, Vol.5 No2, April 2004, pg.232

κατατεθεί ενώπιον του διαιτητικού δικαστηρίου προκειμένου να εκδικαστεί. Στην υπόθεση AMT v. Zaire,²⁵ που προέκυψε από την ΔΕΣ μεταξύ ΗΠΑ και Ζαΐρ, το ICSID αποφάσισε ότι το Ζαΐρ είχε προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για φιλικό διακανονισμό κάτι που δεν κατέστη δυνατό και άρα το δικαστήριο είναι αρμόδιο να προχωρήσει στην εκδίκαση της υπόθεσης. Άλλες τέτοιες υποθέσεις, όπου το δικαστήριο αποφάσισε μετά από έλεγχο ότι είχαν διενεργηθεί προσπάθειες φιλικού διακανονισμού της διαφοράς είναι οι Azurix v. Argentina²⁶ και η ευρέως γνωστή υπόθεση Salini v. Marocco που προέκυψε από την ΔΕΣ μεταξύ Ιταλίας -Μαρόκου²⁷. Στην υπόθεση CMS v. Argentina, το δικαστήριο αποφάσισε ότι τυχόν επιπλέον αιτήματα αποζημίωσης πέραν του αρχικού δεν επαναφέρουν εκ νέου την προθεσμία των έξι μηνών, όπως αυτή ορίστηκε στην ΔΕΣ Αργεντινής-ΗΠΑ αλλά μπορούν να κατατεθούν αμέσως.²⁸

Αρκετές όμως είναι οι περιπτώσεις όπου το δικαστήριο αποφάσισε ότι η προκαθορισμένη προθεσμία για φιλικό διακανονισμό μπορεί να καμφθεί εάν αποδεικνύεται ότι παρέλευση της δεν θα είχε τα επιθυμητά αποτελέσματα. Συγκεκριμένα στην υπόθεση Wena Hotels v. Egypt, το δικαστήριο αποφάσισε ότι η παρέλευση της προθεσμίας «[...]μικρό πρακτικό αντίκτυπο θα είχε πέραν του να καθυστερήσει την διαδικασία[...]. Τελικά το κατά πόσο η υποχρεωτική περίοδος αναμονής είναι ζήτημα δικαιοδοσίας ή διαδικαστικό ζήτημα έχει περιορισμένη πρακτική σημασία²⁹, καθώς τα δικαστήρια τείνουν να αποφασίζουν, ακόμα και στις περιπτώσεις πρόωρης προσφυγής, στηριζόμενα στο κατά πόσο μια τέτοια διαδικασία θα μπορούσε να φέρει τα επιθυμητά αποτελέσματα ή απλώς καθυστερεί την προσφυγή κοστίζοντας χρόνο και χρήμα στους διαδίκους.

Πέραν της προϋπόθεσης για προσπάθεια φιλικής διευθέτησης της διαφοράς, δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις όπου η δυνατότητα της προσφυγής σε διαιτησία ακόμα και όταν προβλέπεται δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί εάν πρώτα δεν εξαντληθούν τα εθνικά ένδικα μέσα που προσφέρει το κράτος υποδοχής της επένδυσης (host state). Παρότι στο άρθρο 26 παρ.1 της Σύμβασης της Ουάσινγκτον ορίζει ότι η παραπομπή στη διαιτησία αποκλείει οποιοδήποτε άλλο ένδικο μέσο, στην δεύτερη παράγραφο του ίδιου άρθρου δίνεται η δυνατότητα στο συμβαλλόμενο κράτος να απαιτήσει την εξάντληση όλων των εθνικών ενδίκων μέσων προκειμένου να δώσει την συναίνεση του για προσφυγή στην διαιτησία. Ρήτρα προηγούμενης εξάντλησης των εθνικών ενδίκων μέσων έχουμε στην περίπτωση της ΔΕΣ Ghana-Romania³⁰. Συνηθέστερα όμως έχει παγιωθεί τα μέρη να

25 AMT v. Zaire, Award, 21 February 1997, 36 I.L.M. 1531, at 1545 (1997)

26 Υπόθεση που προέκυψε από την ΔΕΣ μεταξύ Αργεντινής και ΗΠΑ

27 Στην Υπόθεση Salini η ρήτρα διαιτησίας ενεργοποιούνταν μόνο στην περίπτωση κατά την οποία υπήρχε προσπάθεια φιλικού διακανονισμού σε μια περίοδο 6 μηνών η οποία θα μπορούσε να αποδειχθεί εγγράφως. Το δικαστήριο έλεγξε τα στοιχεία και κατέληξε ότι ορθώς είχαν γίνει προσπάθειες φιλικής επίλυσης οι οποίες απέβησαν άκαρπες .

28 CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003

29 C. SCHREUER, Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, The Journal of World Investment & Trade, Vol.5 No2, April 2004,pg.239

30 C. SCHREUER, Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, The Journal of World Investment & Trade, Vol.5 No2, April 2004,pg.239

συμπεριλαμβάνουν στην μεταξύ τους συμφωνία για διαιτησία την ρήτρα “fork in the road” η οποία εκφράστηκε στα λατινικά ως *una via electa non datur recursus ad alternam*.³¹ Πρόκειται για την ρήτρα που ορίζει ότι τα συμβαλλόμενα μέρη συμφωνούν, οι διαφορές που θα προκύψουν από την μεταξύ τους σχέση να επιλυθούν είτε με την χρήση των εθνικών ενδίκων μέσων, είτε με την συμβολή της διαιτησίας. Η επιλογή όμως της μίας ή της άλλης οδού αποκλείει αυτόματα την δεύτερη επιλογή. Στην υπόθεση *Maffezini v. Spain*³² το δικαστήριο έκανε ξεκάθαρο ότι μια τέτοια πρόβλεψη δεν μπορεί να παρακαμφθεί από το την ρήτρα του μάλλον ευνοούμενου κράτους (MFN clause), καθώς αποτελεί μια επιλογή εθνικής πολιτικής ή οποία δεν δύναται να αμφισβητηθεί. Την ρήτρα αυτή την συναντούμε και στην Συνθήκη μεταξύ Ελλάδας-Χιλής στο άρθρο 9 παρ.3.³³ Τα διαιτητικά δικαστήρια όμως στην προσπάθειά τους να προστατέψουν τον επενδυτή από την μεροληψία και τις τυχόν χρονοβόρες διαδικασίες των εθνικών δικαστηρίων του κράτους υποδοχής, αποφάσισαν ότι εάν η ουσία του ζητήματος για το οποίο ο επενδυτής κατέφυγε στα εθνικά δικαστήρια είναι διαφορετικό μπορεί να στραφεί στην διαιτησία, ακόμα και αν το αίτημα του θεμελιώνεται στα ίδια πραγματικά περιστατικά. Κατά αυτόν τον τρόπο η προσφυγή του επενδυτή δεν θα απορριφθεί από το διαιτητικό δικαστήριο λόγω δεδικασμένου. Υπάρχουν όμως και ελάχιστες περιπτώσεις όπου η προσφυγή του επενδυτή στα εθνικά δικαστήρια για ζητήματα που πηγάζουν από την επενδυτική συνθήκη δεν θεωρήθηκε αμετάκλητη επιλογή των εθνικών δικαστηρίων έναντι της διεθνούς διαιτησίας. Στην υπόθεση *Olguin v. Paraguay*³⁴ το δικαστήριο θεώρησε ότι η προσφυγή επί συγκεκριμένου ζητήματος σχετικού με την Συνθήκη δεν αποδεικνύει την επιλογή του προσφεύγοντος στην μία ή στην άλλη οδό και συνεπώς το δικαστήριο έχει δικαιοδοσία επί της διαφοράς.

Το σημαντικότερο ζήτημα όμως που προκύπτει κατά την εξέταση των ρητρών διαιτησίας ανακύπτει όταν η επενδυτική σχέση μεταξύ επενδυτή και κράτους υποδοχής καλύπτεται τόσο από την Επενδυτική Σύμβαση την οποία έχουν υπογράψει μεταξύ τους τα μέρη όσο και από μία Διμερή (ή πολυμερή) Επενδυτική Συνθήκη. Σε αυτή την περίπτωση συχνά βρισκόμαστε αντιμέτωποι με το ερώτημα αν ο μηχανισμός διαιτησίας που επιλέγει ο επενδυτής έχει την καθ’ ύλην αρμοδιότητα να επιληφθεί της διαφοράς, το ερώτημα τίθεται καθώς η επενδυτική σύμβαση μπορεί να ορίζει ως αρμόδια τα εθνικά δικαστήρια ενώ η ΔΕΣ την επενδυτική διαιτησία. Όσες ενστάσεις προέκυψαν κατά της επιλογής του επενδυτή να προσφύγει στην διαιτησία κάμφθηκαν υπό την σκέψη ότι η ύπαρξη μιας επενδυτικής σύμβασης δεν συνεπάγεται την αφαίρεση της δικαιοδοσίας των διαιτητικών δικαστηρίων η οποία κατοχυρώνεται στην Διεθνή Συνθήκη. Πολλώ δε μάλλον αν κατά την εξέταση της υπόθεσης εντοπιστεί παραβίαση της Διεθνούς Συνθήκης. Στην περίπτωση όμως

31 C. SCHREUER, *οπ.π.*, pg.240

32 *Emilio Agustin Maffezini v. The kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/97/7

33 Διμερής Επενδυτική Συνθήκη μεταξύ Ελλάδας-Χιλής τέθηκε σε ισχύ στις 27/10/2002

34 *Eudoro A. Olguin v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983

κατά την οποία εντοπιστεί και παραβίαση της επενδυτικής σύμβασης τότε ο επενδυτής μπορεί να καταστεί διάδικος και στα εθνικά δικαστήρια του κράτους υποδοχής .

Η προσπάθεια να αντιμετωπιστεί το παραπάνω πρόβλημα οδήγησε στις λεγόμενες umbrella clauses, σύμφωνα με τις οποίες τα κράτη που συμβάλλονται με ΔΕΣ υποχρεούνται να τηρούν όλες τις δεσμεύσεις που απορρέουν από αυτές σε σχέση με τους επενδυτές, είτε προέρχονται από την ίδια την ΔΕΣ είτε από την σύναψη μιας επενδυτικής σύμβασης μεταξύ του ιδιώτη επενδυτή και του κράτους επένδυσης. Τις umbrella clauses τις συναντούμε στις Διεθνείς Συνθήκες μεταξύ κρατών και προβλέπουν ότι οποιαδήποτε σύμβαση προκύψει εκ των υστέρων θα υπάγεται στις πρόνοιες της Συνθήκης. Συνεπώς κάθε παραβίαση της σύμβασης αντιμετωπίζεται άμεσα και ως παραβίαση της ΔΕΣ που έχει υπογραφεί μεταξύ των κρατών.³⁵

Σε αυτή την ανασκόπηση των συνηθέστερων ρητρών διαιτησίας που απαντώνται στην πλειονότητα των ΔΕΣ, διαφαίνεται ότι η κυρίαρχη τάση είναι η αποφυγή των εθνικών ενδίκων μέσων του κράτους υποδοχής. Πρόκειται για την πάλη των κρατών να διατηρούν όσο το δυνατόν μεγαλύτερο μέρος της εθνικής τους κυριαρχίας όταν παίζουν τον ρόλο του κράτους υποδοχής και παράλληλα να διαφυλάξουν τους επενδυτές τους όταν συνάπτουν διεθνείς επενδυτικές συμφωνίες. Η δυσκολότερη ίσως αποστολή είναι να βρεθεί η απαιτούμενη ισορροπία μεταξύ αυτών των δύο αντίρροπων δυνάμεων.

Μέρος Δεύτερο

Κεφάλαιο 1ο Ο Ευρωπαϊκός Χάρτης Ενέργειας και η Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας (Energy Charter Treaty)

1.1. Η ανάγκη για θέσπιση στενής συνεργασίας στον τομέα της ενέργειας

Στις αρχές της δεκαετίας του 1990 ξεκίνησαν οι πρώτες συζητήσεις γύρω από την το πως θα μπορούσε να προωθηθεί μια συνεργασία στον τομέα της ενέργειας μεταξύ Δυτικής και Ανατολικής Ευρώπης. Το έναυσμα της συζήτησης δεν ήταν άλλο από την πτώση του τείχους του Βερολίνου το 1989 και την όλο και αυξανόμενη ζήτηση των δυτικών ευρωπαϊκών αγορών στον τομέα της ενέργειας. Η Ρωσία όπως και πολλές από τις γείτονες χώρες της ήταν μεν πλούσιες σε ενεργειακές

³⁵ C. SCHREUER, Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, The Journal of World Investment & Trade, Vol.5 No2, April 2004,pg.251

πηγές, όπως πετρέλαιο και το φυσικό αέριο, αλλά βρίσκονταν σε ιδιαίτερα δύσκολη οικονομική θέση, γεγονός που τις καθιστούσε αδύναμες να εκμεταλλευτούν τις πλουτοπαραγωγικές τους πηγές.

Από την άλλη η Δυτική Ευρώπη είχε να αντιμετωπίσει την όλο και αυξανόμενη ζήτηση σε ενέργεια, καθώς και την ανάγκη να απεγκλωβιστεί από τις παραδοσιακές παραγωγούς χώρες όπως το Ιράν και το Ιράκ προκειμένου να εξασφαλίσει τον ενεργειακό της εφοδιασμό. Οι πετρελαϊκές κρίσεις που ήδη είχε αντιμετωπίσει η Ευρώπη και των οποίων τα αποτελέσματα ήταν δραματικά για την οικονομία οδήγησαν σε μια στροφή στην πολιτική της, με αποτέλεσμα να ξεκινήσουν οι πρώτες συζητήσεις για μια κοινώς αποδεκτή συμφωνία για ενεργειακή συνεργασία μεταξύ των κρατών της Ευρασίας, από την οποία προέκυψε ο Ευρωπαϊκός Χάρτης για την ενέργεια.

Η αρχή έγινε στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο του Δουβλίνου, τον Ιούνιο του 1991, με πρωτοβουλία του τότε προεδρεύοντος Ολλανδού Πρωθυπουργού Ruud Lubbers, ο οποίος πρότεινε την θέσπιση συνεργασίας στον τομέα της ενέργειας μεταξύ της Ευρωπαϊκής Κοινότητας και των κρατών της πρώην Σοβιετικής Ένωσης.³⁶ Επρόκειτο για μια κατάσταση αμοιβαίου κέρδους εφόσον οι τελευταίες δεν μπορούσαν λόγω οικονομικών δυσχερειών να εκμεταλλευτούν τις πηγές του ενώ η Ευρωπαϊκή Κοινότητα θα βελτιώνει την ασφάλεια εφοδιασμού της. Έτσι μετά τις μεγάλες αλλαγές οι οποίες έλαβαν χώρα στο πρώην ανατολικό μπλοκ μετά το τέλος του ψυχρού πολέμου, τα κράτη προσανατολίστηκαν στο να επιδιώξουν αμοιβαία συνεργασία στον τομέα της ενέργειας. Ο Ολλανδός Πρωθυπουργός, πρότεινε τη θέσπιση μιας στενότερης συνεργασίας στον τομέα της ενέργειας, της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, με τις χώρες της Ανατολικής Ευρώπης αλλά και την πρώην Σοβιετική Ένωση, προκειμένου να επιτευχθεί η επιζητούμενη ανόρθωση τους σε οικονομικό επίπεδο ενώ παράλληλα να βελτιωθεί και η ασφάλεια εφοδιασμού της Ευρωπαϊκής Κοινότητας.

Η Επιτροπή το 1991, αντιλαμβανόμενη επίσης την αναγκαιότητα υλοποίησης μιας τέτοιας συνεργασίας, υπέβαλλε σχετικές προτάσεις για την υιοθέτηση ενός «Ευρωπαϊκού Χάρτη Ενέργειας» στις επιταγές του οποίου θα δεσμεύονταν τα κράτη ώστε να εδραιώσουν την συνεργασία τους στο πλαίσιο μιας νομικά δεσμευτικής συμφωνίας βάσης. Παράλληλα, η Ευρωπαϊκή Κοινότητα, απηύθυνε πρόσκληση προς τις υπόλοιπες χώρες της Δυτικής αλλά και της Ανατολικής Ευρώπης, αλλά και τις χώρες της πρώην Σοβιετικής Ένωσης όπως και τις μη Ευρωπαϊκές χώρες του ΟΟΣΑ, να συμμετάσχουν σε διαπραγματεύσεις.

Πράγματι, οι σχετικές διαπραγματεύσεις ξεκίνησαν στις Βρυξέλλες το 1991, και οδήγησαν τον Δεκέμβριο του ίδιου έτους στην υπογραφή του καταληκτικού εγγράφου της Διασκέψεως της Χάγης,

36 Απόφαση 98/181/ΕΚ, ΕΚΑΧ και Ευρατόμ του Συμβουλίου και της Επιτροπής, της 23^{ης} Σεπτεμβρίου 1997, σχετικά με τη σύναψη από τις Ευρωπαϊκές κοινότητες, της συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας και του πρωτοκόλλου του Χάρτη Ενέργειας για την ενεργειακή απόδοση και τα σχετικά περιβαλλοντικά ζητήματα.

σχετικά με τον Ευρωπαϊκό Χάρτη Ενέργειας (Concluding Document of the Hague Conference on the European Energy Charter).

Τον Ευρωπαϊκό Χάρτη Ενέργειας, υπέγραψαν όλα σχεδόν τα κράτη της Ευρώπης, μεταξύ αυτών η Ελλάδα και οι τρεις Ευρωπαϊκές Κοινότητες (ΕΟΚ, ΕΚΑΧ ΕΚΑΕ), αλλά και οι ΗΠΑ, η Ιαπωνία, η Αυστραλία και η Μογγολία. Μέχρι σήμερα έχουν προσχωρήσει στο Χάρτη, συνολικά πενήντα μια χώρες όπως επίσης και οι Ευρωπαϊκές Κοινότητες.³⁷

Ο Ευρωπαϊκός Χάρτης Ενέργειας δομείται στη βάση τεσσάρων τίτλων. Στον πρώτο (“objectives”) ορίζονται οι βασικοί στόχοι και οι αρχές για την επίτευξη συνεργασίας στον τομέα της ενέργειας, στο δεύτερο καθορίζονται τα μέσα για την επίτευξη αυτού του στόχου (“implementation”) στον τρίτο εισάγονται μια σειρά ειδικών ρυθμίσεων για να διευκολυνθούν τα πρώην κομμουνιστικά κράτη τα οποία διαθέτουν μεταβατικού τύπου οικονομίες (“specific agreements”), ενώ στον τρίτο περιέχονται τελικές διατάξεις (“final provisions”).

Τα συμβαλλόμενα μέρη υλοποιώντας τις πολιτικές αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Χάρτη Ενέργειας, άρχισαν το 1992 σειρά διαπραγματευτικών επαφών, προκειμένου να επιτύχουν την δημιουργία ενός δεσμευτικού, νομικού πλαισίου σε διεθνές επίπεδο, για την συνεργασία τους στον τομέα της ενέργειας. Οι διαπραγματεύσεις αυτές ευοδώθηκαν και κατέληξαν στην υπογραφή στις 17 Δεκεμβρίου 1994 στη Λισσαβόνα, της “Τελικής Πράξης της Διάσκεψης του Ευρωπαϊκού Χάρτη Ενέργειας”. Στην Τελική Πράξη της Διάσκεψης (Final Act of the European Energy Charter Conference) συνημμένα έγγραφα είναι: (α) Η “Συνθήκη του Χάρτη Ενέργειας” (“The Energy Charter Treaty”) στο Παράρτημα 1, Οι “Αποφάσεις της Διασκεψης, στο Παράρτημα 2, καθώς επίσης και το “Πρωτόκολλο του Χάρτη Ενέργειας, αναφορικά με την Ενεργειακή αποδοτικότητα και σχετικά περιβαλλοντικά ζητήματα” (The Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects (PEEREA) στο Παράρτημα 3.

Από την ημερομηνία της υπογραφής της (17 Δεκεμβρίου 1994) η Τελική Πράξη της Διάσκεψης, παρέμεινε ανοιχτή έως και 16 Ιουνίου 1995, προς υπογραφή. Στην καταληκτική ημερομηνία, είχε υπογραφεί από σαράντα εννέα (49) κράτη καθώς και από τις τρεις Ευρωπαϊκές Κοινότητες, ήτοι την Ευρωπαϊκή Κοινότητα (ΕΚ), την Ευρωπαϊκή Κοινότητα Άνθρακα και Χάλυβα (ΕΚΑΧ) και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα Ατομικής Ενέργειας (ΕΚΑΕ EURATOM), ενώ τέθηκε σε ισχύ μαζί με τα υπόλοιπα κείμενα την 16η Απριλίου 1998.

37 Απόφαση 98/181/ΕΚ, ο.π.π.

Η ECT δεν άργησε να έρθει, μόλις τρία χρόνια μετά, τον Δεκέμβριο 1994 στην Λισσαβόνα υπογράφηκε η Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας (ECT) και τέθηκε σε ισχύ το Απρίλιο του 1998. Μέχρι σήμερα την Συνθήκη έχουν υπογράψει 51 χώρες και η Ευρωπαϊκή Ένωση. Αξίζει να σημειωθεί ότι μόνο οι 45 χώρες έχουν κυρώσει την συνθήκη ενώ η Ρωσία έχει υπογράψει αλλά δεν έχει κυρώσει την συμφωνία.³⁸ Η Ελλάδα κύρωσε την Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας με τον Ν.2476/1997, που δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ 58/Α/18-04-1997³⁹.

Η ECT συνιστά το σημαντικότερο πολυμερές εγχειρίδιο της διεθνούς κοινότητας που αφορά τον τομέα της ενέργειας, και σκοπό έχει την προαγωγή της συνεργασίας στον τομέα αυτό καθώς και την δημιουργία μιας ανοικτής χωρίς διακρίσεις στο πρόσωπο των επενδυτών αγοράς.

Όπως αναφέρεται ήδη στο άρθρο 2 της Συνθήκης, σκοπός της είναι «... να προωθήσει την μακροχρόνια συνεργασία στον τομέα της ενέργειας, στηριζόμενη στην αλληλοβοήθεια και τα αμοιβαία οφέλη, σύμφωνα με τους στόχους και τις αρχές του Χάρτη της Ενέργειας».⁴⁰ Ο σκοπός λοιπόν της ECT δεν είναι να ρυθμίσει διεξοδικά όλα τα θέματα που αφορούν τον ενεργειακό τομέα αλλά να παράσχει ένα πλαίσιο με βάση το οποίο τα συμβαλλόμενα μέρη θα μπορούν να διαπραγματευτούν περαιτέρω, ενώ ταυτόχρονα θέτει τους κατάλληλους κανόνες για την ενέργεια, όπως αναφέρει και το άρθρο 2 «... ένα νομικό πλαίσιο προκειμένου να προωθηθεί η μακροχρόνια συνεργασία.....».

Η Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας αναφέρεται αποκλειστικά και μόνο στον ενεργειακό τομέα και δομείται πάνω σε τρεις βασικούς πυλώνες : εμπόριο, μεταφορά και επενδύσεις. Συμπεριλαμβάνονται όμως και πρόνοιες για τον ανταγωνισμό, την τεχνολογία, τα κεφάλαια, την προστασία του περιβάλλοντος, την ενεργειακή αποτελεσματικότητα και την φορολογία του ενεργειακού τομέα.

Εξίσου σημαντικό ζήτημα αν όχι και το σημαντικότερο αποτελεί η δυνατότητα που δίνεται στο V Μέρος και στα άρθρα 26 και επόμενα, για την επίλυση των διαφορών που προκύπτουν από τις επενδύσεις στον τομέα της ενέργειας. Ο ρόλος της ECT είναι να προστατέψει τις επενδύσεις στον τομέα της ενέργειας από πολιτικές ή άλλες παρεμβολές, ώστε να μπορούν να εξελιχθούν και να αποδώσουν. Είναι σημαντικό να τονίσουμε εδώ ότι το διαρκές δικαίωμα των κρατών επί των πλουτοπαραγωγικών τους πηγών και άρα και επί των πηγών ενέργειας, δημιουργούσε κατά το

38 Energy Charter Treaty 2015 Annual Report, Common rules for global energy security

39 Επίσημο site Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας, Κύρωση Διεθνών Συμβάσεων & Πρωτοκόλλων.

40 Επίσημο site Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας, δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης του Νόμου για τον Χάρτη της Ενέργειας.

παρελθόν υπέρμετρο ρίσκο στις επενδύσεις στον τομέα της ενέργειας, η ECT προσπάθησε να δημιουργήσει εκείνο το πλαίσιο όπου μεν θα προστατεύονται οι επενδύσεις αλλά θα υπάρχει και συγκεκριμένος τρόπος επίλυσης των διαφορών σε περίπτωση που προκύψουν.

Στο ΙΙΙ Μέρος της Συνθήκης με τον τίτλο “ Investments promotion and protection” προσφέρεται η απαραίτητη προστασία η οποία ομοιάζει σε πολλά σημεία με την αντίστοιχη των περισσότερων Bits και η οποία συμπεριλαμβάνει δικαιώματα όπως η δίκαιη και ισότιμη μεταχείριση.⁴¹

Τελικά η Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας αποτελεί το πρώτο νομικά δεσμευτικό κείμενο που αφορά τις επενδύσεις στον τομέα της ενέργειας. Τα τελευταία χρόνια και υπό την παγκόσμια οικονομική συγκυρία, οι εξαιρετικά κοστοβόρες ενεργειακές επενδύσεις βρίσκονται στο επίκεντρο της διεθνούς οικονομικής δραστηριότητας με αποτέλεσμα την αυξανόμενη τάση για διακρατικές επενδύσεις. Ανάλογη με την αύξηση των δραστηριοτήτων είναι και η αύξηση των διαφορών που ανακύπτουν μεταξύ των επενδυτών και των κρατών υποδοχής των επενδύσεων. Παρακάτω θα δούμε τους τρόπους επίλυσης των διαφορών που προκύπτουν από τις παραβιάσεις του κράτους υποδοχής, όπως συμπεριλαμβάνονται στην Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας.

1.2. Συμβαλλόμενα μέρη στην Energy Charter Treaty

Σήμερα στη Συνθήκη (The Energy Charter Treaty) έχουν προσχωρήσει πενήντα δύο κράτη καθώς και οι Ευρωπαϊκές Κοινότητες/Ευρωπαϊκή Ένωση και η ΕΚΑΕ (Η Συνθήκη ΕΚΑΧ έληξε τον Ιούνιο του 2002). Εκτός από τα κράτη τα οποία υπέγραψαν και κύρωσαν τη Συνθήκη, υπάρχουν και “κράτη παρατηρητές” της Συνθήκης (observers). Πρόκειται για κράτη, τα οποία δεν έχουν υπογράψει τη Συνθήκη, ωστόσο δικαιούνται να λαμβάνουν μέρος στις εργασίες των διασκέψεων οι οποίες πραγματοποιούνται στα πλαίσια του “Ευρωπαϊκού Χάρτη Ενέργειας”, που αποτελεί ένα φόρουμ πολιτικού διαλόγου, χωρίς όμως δικαίωμα ψήφου. Τα κράτη αυτά είναι οι ΗΠΑ, Ινδονησία, Ιορδανία, Καναδάς, Σερβία, Πακιστάν, Αίγυπτος, Ηνωμένα Αραβικά Εμιράτα, Βενεζουέλα, Αλγερία, Κατάρ, Ιράν, Κίνα, Κουβέιτ, Κορέα, Μπαχρέιν, Μαρόκο, Παλαιστίνη, Ομάν, Νιγηρία, Τυνησία και Σαουδική Αραβία.

Με καθεστώς παρατηρητή, εκτός από τα παραπάνω κράτη, συμμετέχουν στη Συνθήκη και Διεθνείς Οργανισμοί, όπως η Παγκόσμια Τράπεζα, ο Παγκόσμιος Οργανισμός Εμπορίου (ΠΟΕ), ο

⁴¹ Emmanuel Gaillard, Investment Arbitration And The Energy Charter Treaty, Investment and Investors Covered By the Energy Charter Treaty, JurisNet, LLC, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, pg. 55

Οργανισμός Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ) καθώς και η Διεθνής Υπηρεσία Ενέργειας.

Είναι συνεπώς σαφές ότι αν και η Συνθήκη του Χάρτη Ενέργειας, εκκίνησε ως μια πρωτοβουλία σε ευρωπαϊκό επίπεδο, στηριζόμενη στον Ευρωπαϊκό Χάρτη ενέργειας του 1991, σύντομα εξελίχθηκε και συνεχίζει να εξελίσσεται σε ένα εξέχοντος σημαντικό περιφερειακό όργανο για την επίτευξη συνεργασίας στον τομέα της ενέργειας, πέρα από τα σύνορα της Ευρώπης. Στη Συνθήκη εξάλλου συμμετέχουν, η πλειοψηφία των κρατών τα οποία παράγουν και εξάγουν ενέργεια (πετρέλαιο, άνθρακα και φυσικό αέριο) αλλά και η πλειοψηφία των κρατών που εισάγουν τις μεγαλύτερες ποσότητες ενέργειας.

Η νομική δεσμευτικότητα της Συνθήκης, όπως επίσης και η δημιουργία ενός διαρκούς φόρουμ μεταξύ των κρατών παραγωγών και των κρατών καταναλωτών ενέργειας, αποτελούν τα δυο μεγάλης κλίμακας επιτεύγματα σε πολιτικό επίπεδο της κοινής βούλησης των συμβεβλημένων μελών της Συνθήκης και δεν αποκλείεται στο μέλλον η Συνθήκη να αποτελέσει τη βάση για την δημιουργία μιας συναφούς Συνθήκης σε παγκόσμιο επίπεδο, η οποία θα αποτελεί το διεθνές, καταστατικό, νομικό κείμενο για την ρύθμιση των σχετικών με την ενέργεια ζητημάτων.

Κεφάλαιο 2ο Οι Ξένες Επενδύσεις στον Τομέα της Ενέργειας υπό το ρυθμιστικό πλαίσιο της Συνθήκης για τον Χάρτη της Ενέργειας

2.1. Γενικά

Η Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας (Energy Charter Treaty) στο εξής ECT, είναι η πιο σημαντική πολυμερής επενδυτική συνθήκη που υπογράφηκε και στόχο έχει να προσφέρει ένα νομικό πλαίσιο για την δημιουργία μίας ανοιχτής και χωρίς διακρίσεις αγοράς ενέργειας.⁴² Το κεφάλαιο για την προστασία των επενδύσεων στον τομέα της Ενέργειας, αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο της Energy Charter Treaty. Οι σχετικές διατάξεις στοχεύουν στην προώθηση και την προστασία των ξένων επενδύσεων στις χώρες μέλη. Για το σκοπό αυτό, η Συνθήκη παρέχει μια σειρά, θεμελιωδών δικαιωμάτων σε ξένους επενδυτές όσον αφορά τις επενδύσεις τους στη χώρα υποδοχής, με τις οποίες εξασφαλίζεται ένα ελάχιστο πρότυπο μεταχείρισης των επενδύσεων τους.

Στα πλαίσια αυτά, οι ξένοι επενδυτές προστατεύονται, σε σχέση με τους πιο σοβαρούς ενδεχόμενους κινδύνους στη χώρα υποδοχής, όπως οι διακρίσεις, οι απαλλοτριώσεις και οι εθνικοποιήσεις, η παραβίαση ή η μη τήρηση των επενδυτικών συμβάσεων, οι ζημιές λόγω του

⁴² Emmanuel Gaillard, Investment Arbitration And The Energy Charter Treaty, Investment and Investors Covered By the Energy Charter Treaty, JurisNet, LLC, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, pg. 54

πολέμου και παρόμοιων γεγονότων, καθώς και οι αδικαιολόγητοι περιορισμοί στη μεταφορά κεφαλαίων.⁴³

Ο βαθμός των κινδύνων στη χώρα υποδοχής επηρεάζει σημαντικά την απόφαση των ξένων επενδυτών, για το αν τελικά θα προβούν σε μια επένδυση ή όχι. Όσο υψηλότερη είναι η αντίληψη του κινδύνου, τόσο μεγαλύτερες είναι οι απαιτήσεις τις οποίες έχουν οι ξένοι επενδυτές από την χώρα υποδοχής. Αντίστροφα, όσο χαμηλότερη είναι η αντίληψη του κινδύνου, περισσότερα κεφάλαια είναι πιθανό να επενδυθούν και περισσότερα πιθανά έσοδα θα υπάρξουν για την χώρα υποδοχής.

Οι επενδυτικές διατάξεις της Energy Charter Treaty, αναπτύχθηκαν πάνω στο περιεχόμενο των διμερών επενδυτικών συμβάσεων, όπως είχαν διαμορφωθεί κατά τη διάρκεια του τελευταίου μισού αιώνα.⁴⁴ Οι διαπραγματευτές και συμβαλλόμενοι της Energy Charter Treaty, αισθάνθηκαν ότι δεν υπήρχε ανάγκη να εφεύρουν εκ νέου αρχές και κανόνες οι οποίοι ούτως ή άλλως, περιλαμβάνονταν στις συμφωνίες αυτές, οι οποίες αναγνωρίζονταν διεθνώς. Παρ' όλα αυτά, η Energy Charter Treaty, διαθέτει κάποια προστιθέμενη αξία συγκριτικά με τις διμερείς επενδυτικές συμφωνίες.

Ειδικότερα η Energy Charter Treaty είναι η πρώτη πολυμερής συνθήκη σχετικά με την προώθηση και την προστασία των ξένων επενδύσεων, η οποία καλύπτει όλο το εύρος των σημαντικών θεμάτων των επενδύσεων στον τομέα της ενέργειας. Επιπλέον αντικατοπτρίζει τη στενή σχέση μεταξύ των επενδύσεων, του εμπορίου και της διαμετακόμισης στον τομέα της ενέργειας.

2.2. Σκοπός της Συνθήκης Energy Charter Treaty

Σύμφωνα με το άρθρο 2 της Energy Charter Treaty⁴⁵, ο σκοπός της Συνθήκης είναι η δημιουργία ενός νομικού πλαισίου, για την προώθηση της μακροπρόθεσμης συνεργασίας στον τομέα της ενέργειας, με βάση την συμπληρωματικότητα και τα αμοιβαία οφέλη, σύμφωνα με τους στόχους και τις αρχές του Χάρτη Ενέργειας.⁴⁶

Με την δημιουργία μιας σταθερής, πλήρους και δίχως διακρίσεις νομικής βάσης για τις διασυνοριακές ενεργειακές σχέσεις, η Energy Charter Treaty, μειώνει τους κινδύνους που συνδέονται με την ανάπτυξη οικονομικών δραστηριοτήτων στις μεταβατικές οικονομίες των υπό ανάπτυξη κρατών. Δημιουργεί μια οικονομική συμμαχία μεταξύ των χωρών οι οποίες

43 ENERGY CHARTER SECRETARIAT, The Energy Charter Treaty and Related Documents: A Legal Framework for International Energy Cooperation

44 Emmanuel Gaillard, Investment Arbitration And The Energy Charter Treaty, Investment and Investors Covered By the Energy Charter Treaty, JurisNet, LLC, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, pg. 56

45 THE INTERNATIONAL ENERGY CHARTER CONSOLIDATED ENERGY CHARTER TREATY, with Related Documents, pg.44

46 Επίσημο site Energy Charter, <http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>

διαθέτουν διαφορετικό πολιτιστικό, οικονομικό και νομικό υπόβαθρο, αλλά είναι όλες ενωμένες στη βάση της δέσμευσης για την επίτευξη των ακόλουθων κοινών στόχων:

- Να παρέχει και να διασφαλίζει το άνοιγμα των αγορών ενέργειας, καθώς και τη διασφάλιση του ενεργειακού εφοδιασμού
- Να προωθεί τις διασυνοριακές επενδύσεις και το εμπόριο στον τομέα της ενέργειας
- Να βοηθά τις χώρες στην οικονομική τους μετάβαση και στην ανάπτυξη της ενεργειακής τους στρατηγικής καθώς και στην ανάπτυξη ενός κατάλληλου θεσμικού και νομικού πλαισίου για την ενέργεια, τη βελτίωση και τον εκσυγχρονισμό των ενεργειακών βιομηχανιών τους.

Η προσέλκυση ξένων επενδύσεων για την προώθηση της παραγωγής ενέργειας με βιώσιμο τρόπο, καθώς και η ανάπτυξη ασφαλών και διαφοροποιημένων πηγών για τις εισαγωγές ενέργειας αποτελούν μείζονος σημασίας ζητήματα για τις συμβαλλόμενες χώρες. Η ECT προσφέρει ένα σημαντικό μηχανισμό για την προώθηση αυτών των ζητημάτων, δημιουργώντας ένα ασφαλές πλαίσιο συνεργασίας

Η συμμετοχή στη διαδικασία του Χάρτη Ενέργειας αποτελεί έναν σημαντικό παράγοντα για την προώθηση της ανάπτυξης του ενεργειακού τομέα κάθε χώρας. Με αυτόν τον τρόπο τα κράτη δεσμεύονται να τηρούν τις αρχές της διαφάνειας και της μη διάκρισης στην αγορά ενέργειας. Η συμμετοχή στη διαδικασία του Χάρτη Ενέργειας προσφέρει αμοιβαία οφέλη για τις χώρες οι οποίες αναπτύσσουν τις δικές τους εξωτερικές επενδυτικές στρατηγικές

Σε πολλές χώρες οι οποίες συμμετέχουν στην Συνθήκη, η σημαντική αύξηση στην κατά κεφαλήν κατανάλωση ενέργειας επιφέρει ορισμένες κρίσιμες συνέπειες όσον αφορά την εξισορρόπηση της κατανάλωσης με την ενεργειακή απόδοση και τις περιβαλλοντικές ανησυχίες. Η συμμετοχή στη διαδικασία του Χάρτη προσφέρει στα κράτη τη δυνατότητα να αναπτύξουν ικανοποιητικές λύσεις για αυτά τα σημαντικά ζητήματα.

Η Energy Charter Treaty έχει έναν πρωτοποριακό ρόλο για τις συμφωνίες που συνάπτονται στην διεθνή ενεργειακή αγορά. Είναι η μοναδική Συνθήκη, η οποία καλύπτει ταυτόχρονα ένα ευρύ ρυθμιστικό πεδίο, όλων των μορφών της διεθνούς ενεργειακής συνεργασίας, δηλαδή των επενδύσεων, του εμπορίου, της διαμετακόμισης και της ενεργειακής απόδοσης. Αποτελεί την πρώτη δεσμευτική πολυμερή συμφωνία για την προώθηση και την προστασία των ξένων επενδύσεων, οι οποίες καλύπτουν όλα τα σημαντικά θέματα των επενδύσεων και την παροχή

υψηλών προτύπων προστασίας, συμπεριλαμβανομένου ενός πλήρως ανεπτυγμένου μηχανισμού επίλυσης διαφορών

Η Energy Charter Treaty, στο άρθρο 18, επιβεβαιώνει την αρχή της εθνικής κυριαρχίας των κρατών, επί των ενεργειακών πόρων . Οι χώρες μέλη παραμένουν ελεύθερες να διεξάγουν τις εθνικές ενεργειακές πολιτικές τους και να εκμεταλλεύονται τους φυσικούς τους πόρους, υπό την προϋπόθεση ότι ασκούν τα κυριαρχικά τους δικαιώματα σύμφωνα με τις υποχρεώσεις τους, όπως αυτές απορρέουν από την Συνθήκη. Επιπλέον η Energy Charter Treaty, δεν θίγει ζητήματα όπως τη δομή των εγχώριων ενεργειακών αγορών, τη νομική μορφή των εταιρειών ενέργειας, ή την πρόσβαση τρίτων. Η Συνθήκη σέβεται επίσης ότι τα κράτη μέλη της, έχουν το δικαίωμα να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για την προστασία της εθνικής τους ασφάλειας⁴⁷ .

Η διαδικασία του Χάρτη Ενέργειας είναι δυναμική και ανοιχτή προς τον έξω κόσμο. Όπως ήδη προαναφέρθηκε στην ιστορική διαδρομή, αν και αρχικά η Συνθήκη, είχε σχεδιαστεί ως μια ευρωπαϊκή πρωτοβουλία, που είχε τις ρίζες της στην Ευρωπαϊκό Χάρτη Ενέργειας του 1991, η διαδικασία της Energy Charter Treaty αναπτύχθηκε σταδιακά, σε ένα παγκόσμιο φόρουμ, για την ενεργειακή συνεργασία.

2.3. Η έννοια του Επενδυτή στην Energy Charter Treaty

Η έννοια του επενδυτή είναι βαρύνουσα σημασίας τόσο για την ουσιαστική όσο και για την δικονομική προστασία που προβλέπει η ECT. Μόνο οι επενδυτές, όπως αυτοί ορίζονται στο πλαίσιο της Συνθήκης μπορούν να ζητήσουν και να λάβουν την προστασία των επενδύσεων τους όπως αυτή περιγράφεται στο ΙΙΙ Μέρος της Συνθήκης. Συνεπώς είναι αυτονόητη η σημασία που δίνεται τόσο από την νομολογία των δικαστηρίων όσο και από τους θεωρητικούς στην όσο το δυνατόν πληρέστερη ερμηνεία του όρου.

Στο άρθρο 1 παρ. 7 της ECT βρίσκουμε τον ορισμό που δίνει η Συνθήκη στον όρο του Επενδυτή, επενδυτής θεωρείται: *«[...] α) το φυσικό πρόσωπο που έχει την ιθαγένεια ή την υπηκοότητα ή την μόνιμη κατοικία του σε ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη της Συνθήκης, β) η εταιρεία ή άλλος οργανισμός που λειτουργεί σύμφωνα με το εφαρμοστέο δίκαιο του συμβαλλόμενου μέρους».*

Από τον παραπάνω ορισμό γίνεται σαφές ότι η Συνθήκη θέλησε να συμπεριλάβει τόσο τα φυσικά όσο και τα νομικά πρόσωπα που τυχόν αναλάβουν επενδυτική δραστηριότητα στον τομέα της ενέργειας εντός των συνόρων κάποιου εκ των συμβαλλομένων μερών. Ωστόσο πρόνοια υπάρχει

47 Άρθρο 24 της Συνθήκης για τον Χάρτη της Ενέργειας

και για οργανισμούς που θα επιλέξει να δραστηριοποιηθεί. Είναι όμως εύκολα κατανοητό ότι οι πιθανότητες να αναλάβει ένα φυσικό πρόσωπο το βάρος μιας τόσο κοστοβόρας επένδυσης πρακτικά είναι μειωμένη⁴⁸, ιδιαίτερα αν αναλογιστεί κανείς ότι μόνο δύο υποθέσεις για παραβιάσεις της Συνθήκης είχαν ως αντίδικο φυσικό πρόσωπο.⁴⁹

Σημαντικό ζήτημα που απασχόλησε την νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων στο πλαίσιο του ελέγχου της δικαιοδοσίας τους, αποτελεί και η εθνικότητα του φυσικού ή νομικού προσώπου. Όπως γίνεται εμφανές και από τον ορισμό του επενδυτή η υπηκοότητα του ή σε ορισμένες περιπτώσεις ακόμα και η μόνιμη διαμονή του θα πρέπει να είναι σε κάποιο από τα συμβαλλόμενα μέρη της Συνθήκης και σε κάθε περίπτωση όχι του τόπου όπου θα πραγματοποιηθεί η επένδυση. Αυταπόδεικτο είναι ότι στην παγκοσμιοποιημένη κοινωνία και οικονομία στην οποία διαμορφώθηκε η Συνθήκη δεν θα μπορούσε να παρακαμφθεί το γεγονός ότι τα φυσικά πρόσωπα μπορούν και συνήθως διαθέτουν παραπάνω από μια υπηκοότητες, συνεπώς θα έπρεπε να προβλεφθεί ένας ευρύτερος τρόπος προσδιορισμού της εθνικότητας του επενδυτή. Αποτέλεσμα ήταν να συμπεριληφθεί και η μόνιμη κατοικία ως τρόπος προσδιορισμού της αλλοδαπότητας του επενδυτή, ώστε να είναι δυνατή η προστασία του στα πλαίσια της Συνθήκης. Η εθνικότητα των φυσικών προσώπων που καλύπτονται από την Energy Charter Treaty καθορίζονται με αναφορά στην εσωτερική νομοθεσία κάθε κράτους που αφορά τον καθορισμό της ιθαγένειας ή της εθνικότητας. Πρόκειται για μια εδραιωμένη αρχή του διεθνούς δικαίου ότι η εθνικότητα ορίζεται από την εσωτερική νομοθεσία κάθε κράτους.

Η Συνθήκη διευρύνει την έννοια του επενδυτή και ως προς τις νομικές οντότητες, οι οποίες ορίζονται σε σχέση με την εσωτερική νομοθεσία του κάθε Συμβαλλόμενου Κράτους. Σύμφωνα με την τελευταία ορίζονται τα σχετικά με την οργάνωση, τη μορφή και την νομική φύση των νομικών προσώπων. Από την άποψη αυτή, η Energy Charter Treaty διαφέρει από ορισμένες άλλες πολυμερείς επενδυτικές συνθήκες οι οποίες περιορίζουν την κάλυψή τους όσον αφορά τους επενδυτές, θέτοντας μια σειρά πρόσθετων απαιτήσεων όπως για παράδειγμα την πραγματική έδρα όπου ασκείται η διοίκηση της εταιρείας, ή τον τόπο όπου βρίσκονται τα κεντρικά γραφεία της εταιρείας.

Η Energy Charter Treaty, προσφέρει μια ευρύτερη κάλυψη όσον αφορά τους επενδυτές, απαιτώντας απλώς ένα νομικό πρόσωπο να είναι «οργανωμένο», σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία ενός συμβαλλόμενου κράτους. Αντίθετα, άλλες Συνθήκες επεκτείνουν ρητά το προστατευτικό τους πεδίο όσον αφορά τους επενδυτές, με ρητή αναφορά σε εταιρείες οι οποίες

48 Ioannis Kardassopoulos v. Georgia και Al-Bahloul v. Tajikistan

49 Ο SCHREUER τόνισε ότι «[...] η συντριπτική πλειοψηφία των επενδυτών είναι εταιρικά σχήματα. Παρόλο που συχνά αναφερόμαστε στην προστασία του προσώπου στο διεθνές δίκαιο, στις διεθνές επενδυτικές υποθέσεις τα αντίδικα μέρη συνήθως είναι νομικές οντότητες[...].»

έχουν εγκατασταθεί σε τρίτες χώρες, με την προϋπόθεση, ότι ο έλεγχος των κεφαλαίων ή η ιδιοκτησία ασκείται από τους επενδυτές οι οποίοι βρίσκονται στο κράτος στο οποίο πραγματοποιείται η επένδυση.

Παρά όλα αυτά, ανάλογα με τις περιστάσεις, το ίδιο αποτέλεσμα μπορεί να επιτευχθεί και στο πλαίσιο της Energy Charter Treaty, σε περιπτώσεις όπου, σύμφωνα με το άρθρο 1 (6) της Συνθήκης, ένας επενδυτής ο οποίος καλύπτεται, έχει τον έμμεσο έλεγχο σε μια επένδυση που βρίσκεται σε χώρα μέλος της Συνθήκης.⁵⁰

2.4. Η έννοια της Επένδυσης στην Energy Charter Treaty

Η σημασία του καθορισμού της έννοιας του προστατευόμενου επενδυτή και της προστατευόμενης επένδυσης υπό την ECT έγκειται στην δυνατότητα που προσφέρει η Συνθήκη για την επίλυση των διαφορών όπως αυτή αποτυπώνεται στο άρθρο 26 παρ.1 .

Η ECT περιλαμβάνει έναν ευρύ ορισμό του όρου επένδυση, σε αντίθεση με την Σύμβαση του ICSID όπου ο ορισμός της επένδυσης προκύπτει κυρίως νομολογιακά. Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ.6 του III Μέρους της Συνθήκης επένδυση είναι : *«Κάθε είδους κεφάλαιο που συνδέεται με οικονομική δραστηριότητα στον τομέα της ενέργειας και που ανήκει ή ελέγχεται άμεσα ή έμμεσα από έναν επενδυτή και περιλαμβάνει: α) υλική και άυλη , κινητή και ακίνητη περιουσία και κάθε περιουσιακό δικαίωμα από μισθώσεις, υποθήκες, εμπράγματα ασφάλειες, β) μια εταιρεία ή επιχείρηση ή μετοχές, stock ή άλλες μορφές συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας ή της επιχείρησης, καθώς και ομόλογα και χρέος άλλης εταιρείας ή επιχείρησης, γ) χρηματικές απαιτήσεις και αξιώσεις από σύμβαση με οικονομική αξία που σχετίζεται με επένδυση, δ) πνευματική ιδιοκτησία, ε) οι επιστροφές, στ) κάθε δικαίωμα που απορρέει από τον νόμο ή από σύμβαση ή από οποιαδήποτε άδεια ή έγκριση αρχής».*⁵¹

Υπό αυτή την έννοια, «επένδυση» σημαίνει κάθε είδους περιουσιακό στοιχείο, που ανήκει ή ελέγχεται άμεσα ή έμμεσα από έναν επενδυτή. Ο ορισμός της επένδυσης περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων:

- Εμπράγματα και άυλα, κινητά και ακίνητα
- Μετοχές, αποθέματα ή άλλες μορφές συμμετοχής στο κεφάλαιο μιας εταιρείας
- Ομόλογα της επιχείρησης

⁵⁰ Υπόθεση Palma v. Bulgaria οπ. π.

⁵¹ The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty, with Related Documents, Last Update:15 January 2016, pg.41

- Απαιτήσεις για ποσά και απαιτήσεις για επιδόσεις, σύμφωνα με το συμβόλαιο που έχει συναφθεί και συνδέεται μια μια επένδυση
- Δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας
- Επιστροφές
- Κάθε δικαίωμα που παρέχεται από το νόμο, ή σύμβαση

Όπως γίνεται εμφανές κύριο χαρακτηριστικό της επένδυσης είναι η άμεση σύνδεση της με τον τομέα της ενέργειας καθ' οποιονδήποτε τρόπο. Συνεπώς η επένδυση αυτή πρέπει να ελέγχεται άμεσα ή έμμεσα από τον επενδυτή, όπως αυτός ορίζεται στο άρθρο 1 παρ. 6 της Συνθήκης και να αφορά τον τομέα της ενέργειας. Η επένδυση μπορεί να περιλαμβάνει οποιαδήποτε δραστηριότητα, ενδεικτικά : εμπορία, μεταφορά, αποθήκευση, διαμετακόμιση, προστασία, διανομή, παραγωγή και πώληση ενεργειακών προϊόντων.⁵²

Η Energy Charter Treaty, περιέχει επίσης στο άρθρο 3, έναν ορισμό σχετικά με την ερμηνεία του «ελέγχου», ο οποίος καλύπτει καταρχάς τα συμφέροντα των ιδίων κεφαλαίων του επενδυτή. Επιπλέον, ο ορισμός επεκτείνεται σε οποιαδήποτε επένδυση, η οποία συνδέεται με οικονομική δραστηριότητα στον τομέα της ενέργειας⁵³. Ο όρος «συνδεδεμένη με» υπονοεί ότι περιλαμβάνει όχι μόνο τη δημιουργία μιας ενεργειακής εταιρείας ως τέτοια (π.χ., διυλιστήριο), αλλά και επενδύσεις οι οποίες συνδέονται έμμεσα με την οικονομική δραστηριότητα στον τομέα της ενέργειας όπως για παράδειγμα οι χώροι γραφείων.

Τέλος είναι σημαντικό να αναφέρουμε ότι η σημασία των όρων επένδυση και επενδυτής δεν είναι ένα καθαρά θεωρητικό ζήτημα που απασχόλησε τους εκάστοτε συγγραφείς. Είναι εξέχουσας σημασία προϋπόθεση για την εφαρμογή των άρθρων της Συνθήκης. Είναι δηλαδή τόσο ουσιαστική όσο και δικονομική προϋπόθεση, που εξασφαλίζει την προστασία των δραστηριοτήτων των προσώπων που αναλαμβάνουν επενδυτική δραστηριότητα στον τομέα της ενέργειας. Όπως θα δούμε στην συνέχεια η προστασία αυτή συμπεριλαμβάνει και την επίλυση των διαφορών που προκύπτουν ανάμεσα στα κράτη.

52 Baltag C. The Energy Charter Treaty : The Notion of Investor, International Arbitration Law Library, Volume 25, Kluwer Law International, 2012, pg.111

53 Στην υπόθεση Palma v. Bulgaria, το Δικαστήριο δεν έκανε δεκτό τον ισχυρισμό της Βουλγαρίας ότι η εταιρείας Palma με έδρα την Κύπρο ήταν εταιρεία χωρίς οικονομική δραστηριότητα (“mailbox company”).

Κεφάλαιο 3^ο Μηχανισμοί Επίλυσης Διαφορών Υπό την Energy Charter Treaty

3.1.Γενικά

Όπως αναφέρθηκε και νωρίτερα η Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας, σύμφωνα με το άρθρο 2, έχει σαν στόχο να δημιουργήσει ένα νομικό πλαίσιο το οποίο θα προωθεί την μακροχρόνια συνεργασία μεταξύ των χωρών στον τομέα της ενέργειας. Στην προσπάθεια αυτή συμπεριέλαβε πρόνοιες τόσο για την προώθηση των επενδύσεων όσο και για την προστασία του ξένου επενδυτή και της επένδυσης του. Συνακόλουθο της κατεύθυνσης αυτής είναι και η πρόβλεψη μηχανισμού επίλυσης διαφορών που προκύπτουν κατά την εφαρμογή της Συνθήκης. Πρόκειται για τα άρθρα 26 και 27 που ορίζουν την διευθέτηση των διαφορών μεταξύ κράτους υποδοχής (host state)-ιδιώτη επενδυτή και κράτους επένδυσης-κράτους υποδοχής

Με το άρθρο 26 της Συνθήκης ορίζονται οι δυνατότητες που παρέχονται στον ιδιώτη επενδυτή να προσφύγει εναντίον του κράτους επένδυσης, για παραβιάσεις που προκύπτουν από το ΙΙΙ Μέρος της Συνθήκης. Είναι σημαντικό να τονίσουμε ότι οι παραβιάσεις εκ μέρους του κράτους πρέπει να στηρίζονται στις υποχρεώσεις που προβλέπονται στο ΙΙΙ Μέρος⁵⁴ της Συνθήκης, σε κάθε άλλη περίπτωση οι διαιτητικοί μηχανισμοί δεν μπορούν να επιληφθούν της διαφοράς ελλείψει δικαιοδοσίας⁵⁵. Το μέρος αυτό της Συνθήκης διαμορφώθηκε σύμφωνα με το πρότυπο των ΔΕΣ όπως αυτές ίσχυαν κατά το διάστημα διαμόρφωσης της ECT.⁵⁶

Η πρώτη προϋπόθεση για να μπορέσει ο επενδυτής να καταφύγει στον μηχανισμό διαιτησίας, είναι η προσπάθεια φιλικής επίλυσης της διαφοράς.⁵⁷ Με τον όρο φιλική επίλυση νοείται μια περίοδος τριών μηνών (cooling off period)⁵⁸ κατά την οποία το δύο μέρη πρέπει να προσπαθήσουν να λύσουν την μεταξύ τους διαφορά χωρίς να προσφύγουν σε κάποιο μηχανισμό επίλυσης διαφορών.⁵⁹ Εάν η προθεσμία αυτή περάσει δίχως την επίτευξη του επιθυμητού αποτελέσματος, τα μέρη είναι ελεύθερα να επιλέξουν μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων του κράτους υποδοχής της επένδυσης και των προβλεπόμενων διαιτητικών μηχανισμών επίλυσης ώστε να προσφύγουν για την διαφορά τους.

Είναι σημαντικό να τονίσουμε ότι η Συνθήκη δίνει δύο βασικές επιλογές στον επενδυτή, την επιλογή της προσφυγής στα εθνικά δικαστήρια του κράτους υποδοχής της επένδυσης και την

54 Άρθρα 10-17

55 Πρόκειται για το Ratio Materiae, που αφορά την αιτία της διαφοράς. Για περισσότερες πληροφορίες: The energy Charter Treaty An Overview, Lucy Reed and Lucy Martinez

56 Thomas Roe and Matthew Happold, consultant Editor James Dingemans QC, Settlements of Investments Disputes under Energy Charter Treaty, Cambridge, 2011

57 Άρθρο 26 παρ.1

58 Άρθρο 26 παρ.2

59 Υποθέσεις που επιλύθηκαν με φιλικό διακανονισμό: AES και Alstom

προσφυγή σε κάποιον από τους μηχανισμούς διαιτητικής επίλυσης διαφορών που προβλέπει.⁶⁰ Στο πλαίσιο της διαιτητικής επίλυσης διαφορών τα μέρη μπορεί να προσέλθουν ενώπιον forum που θα επιλέξουν τα ίδια, δυνάμει προγενέστερης συμφωνίας. Η επιλογή μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του διαιτητικού μηχανισμού είναι καθοριστική καθώς αποκλείει την εναπομείνασα.

Με το άρθρο 26 τα κράτη που συμμετέχουν στην Συνθήκη παρέχουν ανεπιφύλακτα την συναίνεση τους για παραπομπή στην διαιτησία, με εξαίρεση τα κράτη που συμπεριλαμβάνονται στο παράρτημα ID.⁶¹ Τα τελευταία έχουν δηλώσει ότι δεν θα επιτρέψουν στον επενδυτή να υποβάλει την ίδια διαφορά σε διεθνή διαιτησία εφόσον έχει ήδη υποβληθεί στους εθνικούς δικαιοδοτικούς μηχανισμούς του κράτους υποδοχής. Η στάση αυτή υιοθετήθηκε από πολλά κράτη εκ των οποίων και η χώρα μας, βασιζόμενη στο σκεπτικό της αρχής του δεδικασμένου *res judica*.⁶² Σύμφωνα με το διεθνές δίκαιο οι προϋποθέσεις ύπαρξης δεδικασμένου είναι τρεις: α) οι διάδικοι να είναι τα ίδια πρόσωπα, β) το αίτημα της δικαστικής προστασίας να είναι το ίδιο και γ) η αιτία της προσφυγής να είναι η ίδια. Στην γνωστή υπόθεση *Yukos*⁶³, η Ρωσία⁶⁴ ισχυρίστηκε ότι ο επενδυτής είχε προηγουμένως προσέλθει στα εθνικά δικαστήρια της χώρας και στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και άρα δεν είχε το δικαίωμα να προσφύγει για την ίδια διαφορά. Υποστήριξε δε ότι επειδή ο όρος “διαφορά” δεν έχει οριστεί από την Συνθήκη θα πρέπει να θεωρηθεί ότι η διαφορά μεταξύ των ίδιων μερών που συνδέεται με τα ίδια πραγματικά περιστατικά ή ζημίες στην βάση της οποίας το μέρος έχει εγείρει αξιώσεις, δεν μπορεί να οδηγηθεί και σε διαιτησία καθώς ήδη έχει παραπεμφθεί στα εθνικά δικαστήρια. Το δικαστήριο αντιμετώπισε το Παράρτημα ID ως μια ρήτρα *fork in the road* και αποφάσισε ότι έχει δικαιοδοσία επί του αντικειμένου της διαφοράς θεωρώντας ότι η προστασία ζητείται για παραβιάσεις που προέκυψαν μεν από τα ίδια πραγματικά περιστατικά αλλά όχι για την ίδια διαφορά.

Στην περίπτωση κατά την οποία ο επενδυτής επιλέξει την λύση της διαιτησίας, η Συνθήκη του δίνει την δυνατότητα να επιλέξει ανάμεσα σε τέσσερις διαιτητικούς μηχανισμούς: α) την διαιτησία του ICSID υπό την προϋπόθεση ότι τόσο το κράτος υποδοχής όσο και το κράτος επένδυσης έχουν επικυρώσει την Σύμβαση της Ουάσιγκτον, β) τη διαιτησία των Πρόσθετων Κανόνων Διευκόλυνσης του ICSID στην περίπτωση κατά την οποία ένα μόνο από τα δύο μέρη έχει κυρώσει την Σύμβαση, γ)

60 Άρθρο 26 παρ.4

61 Τα κράτη που περιέχονται στο Παράρτημα ID: Αυστραλία, Αζερμπαϊτζάν, Βουλγαρία, Καναδάς, Κύπρος, Τσεχία, Ευρωπαϊκή Κοινότητα, Φιλανδία, Ελλάδα, Ουγγαρία, Ιρλανδία, Ιταλία, Ιαπωνία, Καζακστάν, Μογγολία, Πολωνία, Πορτογαλία, Ρουμανία, Ρωσία, Σλοβενία, Ισπανία, Σουηδία, ΠΓΔΜ, Τουρκία

62 Utku Cosar, Annex ID to the Energy Charter Treaty: Limitation on Consent to International Arbitration, *Turk Com.L. Rev.* 15, 2015

63 *Yukos Universal Limited v. Russian Federation*, PCA

64 Παρότι η Ρωσία συμπεριλαμβάνεται στο Παράρτημα ID της ECT, δεν έχει υποβάλει την απαιτούμενη διατύπωση.

έναν διαιτητή ή ένα ad hoc διαιτητικό δικαστήριο που θα εφαρμόσει τους κανόνες της UNCITRAL, δ) την διαιτητική διαδικασία του Εμπορικού Επιμελητηρίου της Στοκχόλμης.⁶⁵

Στο άρθρο 27 βρίσκουμε τις πρόνοιες για την επίλυση διαφορών μεταξύ κράτους προέλευσης της επένδυσης και κράτους υποδοχής, σε αυτή την περίπτωση οι διαφορές για τις οποίες μπορούν τα κράτη να ζητήσουν προστασία δεν είναι απαραίτητο να πηγάζουν μόνο από το ΙΙΙ Μέρος της ECT. Μπορεί να αφορούν οποιαδήποτε παραβίαση προβλέπεται στα πλαίσια της Συνθήκης. Η εργασία αυτή θα ασχοληθεί μόνο με την επίλυση διαφορών μεταξύ επενδυτών και κράτους υποδοχής, οι οποίες είναι και οι μόνες που έχουν προκύψει μέχρι σήμερα (τουλάχιστον δημόσια).⁶⁶

3.2. Η Συναίνεση των Μερών για την Υπαγωγή της Διαφοράς στην Διαιτησία

Η συναίνεση των μερών στην υποβολή μιας διαφοράς στον μηχανισμό διαιτησίας αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο του προδικαστικού ελέγχου της δικαιοδοσίας ενός διαιτητικού δικαστηρίου. Σύμφωνα με το άρθρο 26 της Συνθήκης, η ανεπιφύλακτη συναίνεση στην διαιτησία δεν είναι δεδομένη για όλα τα κράτη⁶⁷. Η έννοια της συναίνεσης όμως δεν αποτελεί προαπαιτούμενο μόνο για τα κράτη αλλά και για τους επενδυτές που θα θελήσουν να κάνουν χρήση της διαιτησίας.⁶⁸ Με την έγγραφη συναίνεση που απαιτείται από την Συνθήκη οι επενδυτές επιβεβαιώνουν την επιθυμία τους, η διαφορά να επιλυθεί με κάποιον από τους διαιτητικούς τρόπους που προβλέπεται στο άρθρο 26 της ECT.

Στην προσπάθεια να γίνει αντιληπτή η έννοια της συναίνεσης των κρατών θα ήταν χρήσιμος ένας διαχωρισμός μεταξύ συναίνεσης στην διαιτητική επίλυση και συναίνεσης στον εκάστοτε μηχανισμό επίλυσης. Η συναίνεση στην διαιτησία μπορεί να οριστεί ως η συμφωνία των μερών για την επίλυση της διαφοράς που προκύπτει μεταξύ τους σε κάποιον από τους προσφερόμενους διαιτητικούς μηχανισμούς. Στην προκειμένη περίπτωση η συναίνεση των μερών προέρχεται, όσον αφορά τα κράτη από το ίδιο το πνεύμα της Συνθήκης και για τους επενδυτές από την έγγραφη συναίνεση τους. Αντίθετα η συναίνεση των μερών στον εκάστοτε διαιτητικό μηχανισμό πρέπει να παρέχεται κάθε φορά που προκύπτει η διαφορά. Όπως θα δούμε παρακάτω η επιλογή έκαστου διαιτητικού forum προβλέπει και διαφορετική διαδικασία παραχώρησης συναίνεσης. Στην απόφαση του Εμπορικού Επιμελητηρίου επί την διαφορά που προέκυψε μεταξύ της εταιρείας

65 Άρθρο 26 παρ.3

66 Lucy Reed and Lucy Martinez, "THE ENERGY CHARTER TRATY: AN OVERVIEW, ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol.14:2, pg.415

67 Εξαιρούνται τα κράτη που συμπεριλαμβάνονται στο Παράρτημα ID της Συνθήκης Energy Charter Treaty.

68 Άρθρο 26 παρ.4

ATMO και της χώρας της Βουλγαρίας⁶⁹, η συναίνεση του επενδυτή στην υποβολή της διαφοράς σε διαιτησία δεν χρειάζεται να κατατίθεται σε ξεχωριστό έγγραφο, αρκεί η κατάθεση του αιτήματος για διαιτησία.

3.2.1. Η άρνηση του Κράτους να εφαρμόσει τις διατάξεις προστασίας των επενδύσεων (the denial of benefits clause)

Στο άρθρο 17 της Συνθήκης για τον Χάρτη της Ενέργειας κατοχυρώνεται το δικαίωμα του κράτους να αρνηθεί στον επενδυτή την προστασία που του προσφέρει η Συνθήκη υπό ορισμένες προϋποθέσεις. Συγκεκριμένα κάθε Συμβαλλόμενο Κράτος διατηρεί το δικαίωμα να αρνηθεί την προστασία του μέρους αυτού στο πλαίσιο της ECT εάν πρόκειται για α) νομική οντότητα που ανήκει ή ελέγχεται από πρόσωπο που έχει την ιθαγένεια ή την εθνικότητα τρίτου κράτους και δεν διαθέτει ουσιαστική επιχειρηματική δραστηριότητα στα πλαίσια του Συμβαλλόμενου Κράτους σύμφωνα με την νομοθεσία του οποίου έχει οργανωθεί και β) μια επένδυση ενός επενδυτή που προέρχεται από τρίτο Κράτος με το οποίο το Συμβαλλόμενο Μέρος δεν διατηρεί διπλωματικές σχέσεις ή έχει υιοθετήσει συγκεκριμένα μέτρα εναντίον του.

Κατά αυτόν τον τρόπο η Συνθήκη δίνει την δυνατότητα στο Κράτος να αρνηθεί τα προνόμια που ορίζονται στο ΙΙΙ Μέρος της Συνθήκης, για την προστασία και προώθηση των επενδύσεων, όταν πρόκειται για επενδύσεις που ελέγχονται από επενδυτές των οποίων οι χώρες προέλευσης δεν διατηρούν οικονομικούς δεσμούς με το Συμβαλλόμενο κράτος.⁷⁰ Το λεκτικό του άρθρου ομοιάζει κατά πολύ με τις πρόνοιες του άρθρου 1113 της NAFTA ενώ συναφείς ρήτρες βρίσκουμε και στις σύγχρονες ΔΕΣ⁷¹.

Η πρακτική εφαρμογή έχει δείξει ότι πρόκειται για την περίπτωση των αναφερόμενων ως “mailbox companies”.⁷² Στην υπόθεση *Palma v. Bulgaria*⁷³ και συγκεκριμένα κατά το προδικαστικό στάδιο του ελέγχου δικαιοδοσίας του ICSID, η Βουλγαρία έκανε χρήση της ρήτρας “denial of benefits” και υποστήριξε ότι η εταιρεία *Palma* δεν δραστηριοποιείται στην Κύπρο, ενώ παράλληλα οι ιδιοκτήτες της δεν έχουν την εθνικότητα κράτους μέλους της Συνθήκης. Το Δικαστήριο του ICSID αποφάσισε, για το προδικαστικό ζήτημα της δικαιοδοσίας, ότι το άρθρο 17 της Συνθήκης δεν

69 *Limited Liability Company ATMO v. UKRAINE ARBITRATION* No 080/2005

70 *Penn State Law Review* Vol.113:4 pg. 1313

71 *Denial of Benefits Clause under the 2004 U.S. Model BIT*

72 *Stephen Jagusch and Anthony Sinclair, The Limits of protection for Investments and Investors under the Energy Charter Treaty*

73 *Palma Consortium Limited v. The Republic of Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24 (Decision on Jurisdiction)*

μπορεί να εφαρμοστεί στην παρούσα διαφορά καθόσον η εταιρεία Palma ελεγχόταν έμμεσα από επενδυτή που είχε την εθνικότητα κράτους μέλους της Συνθήκης⁷⁴, συνεπώς δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της ρήτρας.

Ακόμα μια υπόθεση κατά την οποία το Δικαστήριο αρνήθηκε την εφαρμογή της ρήτρας “denial of benefits” είχε συζητηθεί λίγα χρόνια νωρίτερα ενώπιον του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου της Στοκχόλμης (SCC). Στην υπόθεση *Petrobart v. Kyrgystan*⁷⁵ οι ισχυρισμοί του Κράτους ότι η εταιρεία ανήκε στην πραγματικότητα σε πρόσωπο που δεν είχε την εθνικότητα του Ηνωμένου Βασιλείου και ότι δεν δραστηριοποιούνταν ουσιαστικά στην χώρα αυτή, κατέπεσαν.

Ζήτημα τίθεται στο τρόπο και τον χρόνο που μπορεί ένα κράτος να κάνει χρήση της ρήτρας “denial of benefits” ώστε να αποκλείσει την δικαιοδοσία του διαιτητικού μηχανισμού στον οποίο έχει προσφύγει ο επενδυτής. Στο σκεπτικό της απόφασης του ICSID *Palma v. Bulgaria* το δικαστήριο τόνισε ότι η χρήση του δικαιώματος που προσφέρει η ρήτρα πρέπει να γίνει δημόσια και κατά τρόπο αποτελεσματικό ώστε να λάβει γνώση ο επενδυτής.

Είναι λοιπόν σαφές ότι η πρόθεση της Συνθήκης να προστατέψει τον Συμβαλλόμενο Κράτος συνίσταται στην αποφυγή των υποχρεώσεων προστασίας και προώθησης των επενδύσεων του III Μέρους της ECT. Συνακόλουθα και από τις διαιτητικές διαδικασίες στις οποίες θα καταφύγει ο επενδυτής για την προστασία του από παραβιάσεις εκ μέρους του κράτους.

Η φειδώ που επέδειξαν τα Δικαστήρια στην χρήση της ρήτρας αυτής, συγκαταλέγεται στην γενικότερη τάση, τόσο των θεωρητικών όσο και της νομολογίας, για την διεύρυνση της έννοιας του επενδυτή.

3.3.Η Διαιτητική Διαδικασία του ICSID

Το Διεθνές Κέντρο για την Επίλυση Επενδυτικών Διαφορών (ICSID) συστάθηκε δυνάμει της Σύμβασης για την Επίλυση Επενδυτικών Διαφορών μεταξύ Κρατών και Υπηκόων άλλων Κρατών (Σύμβαση της Ουάσιγκτον) στις 18 Μαρτίου 1965 με έδρα την Παγκόσμια Τράπεζα της Ουάσιγκτον. Η Σύμβαση του ICSID αποτελείται από 75 άρθρα τα οποία προβλέπουν την δυνατότητα επίλυσης επενδυτικών διαφορών είτε με τη μέθοδο της διαμεσολάβησης και του φιλικού διακανονισμού, είτε με την μέθοδο της διαιτησίας. Οι λόγοι που επέβαλλαν την ίδρυση του

⁷⁴ Η Palma ήταν μια εταιρεία εγγεγραμμένη στην Κύπρο, ο έλεγχος όμως της εταιρείας ανήκε σε πρόσωπο η εθνικότητα του οποίου ήταν Γαλλική.

⁷⁵ *Petrobart Ltd v. Kyrgyzstan*, SCC Case No 126.2003

ICSID την δεκαετία 1960, ήταν κατά κύριο λόγο μια τάση που αναπτύχθηκε στο πλαίσιο της Παγκόσμιας Τράπεζας (Διεθνούς Τράπεζας για την Ανασυγκρότηση και την Ανάπτυξη) για την επίλυση των διεθνών επενδυτικών διαφορών, οι οποίες προέκυπταν από επενδύσεις μεταξύ κρατών και ξένων υπηκόων, υπό το πλαίσιο της Σύμβασης της Ουάσιγκτον.⁷⁶

Για τις περιπτώσεις όπου ένα από τα δύο μέρη δεν είναι συμβαλλόμενο μέρος στην Σύμβαση του ICSID, κατά παρέκλιση του άρθρου 25, το Διοικητικό Συμβούλιο του ICSID θέσπισε τους Κανόνες Πρόσθετης Διευκόλυνσης “Additional Facility Rules”. Στις περιπτώσεις αυτές η εκδίκαση της υπόθεσης λαμβάνει χώρα υπό την αιγίδα του Κέντρου, αλλά η αναγνώριση και η εκτέλεση των διαιτητικών αποφάσεων διενεργείται σύμφωνα με τις διατάξεις των εθνικών δικαίων για την αναγνώριση και εκτέλεση αλλοδαπών διαιτητικών αποφάσεων και την Σύμβαση της Νέας Υόρκης του 1958⁷⁷.

Η δικαιοδοσία του Κέντρου έχει απασχολήσει κατά κόρον τόσο τους θεωρητικούς όσο και την νομολογία του Δικαστηρίου. Ο λόγος που η δικαιοδοσία απασχόλησε τόσο στην διάρκεια των χρόνων έγκειται στο γεγονός ότι απαραίτητη προϋπόθεση για την υπαγωγή μιας διαφοράς στους μηχανισμούς του Κέντρου είναι η σύμπτωση της βούλησης των μερών για την επίλυση της διαφοράς από τον ICSID. Στο άρθρο 25 παρ. 1 της Σύμβασης του αναφέρεται ρητά ότι η συναίνεση των μερών πρέπει να αποδεικνύεται γραπτώς. Οποιαδήποτε μονομερή ενέργεια για απόσυρση της συναίνεσης εφόσον έχει δοθεί, δεν γίνεται δεκτή από το Κέντρο το οποίο εξακολουθεί να έχει δικαιοδοσία. Σε κάθε περίπτωση η συναίνεση ενός κράτους δεν συνάγεται απλώς και μόνον από την επικύρωση της Σύμβασης της Ουάσιγκτον, πρέπει να είναι υπαρκτή και έγγραφη για κάθε διαφορά που προκύπτει. Τα κράτη μπορούν να παρέχουν την συναίνεση του και μέσω των ΔΕΣ που υπογράφουν ή των ρητρών διαιτησίας που εμπεριέχονται σε μια επενδυτική σύμβαση. Όσον αφορά την ECT η συναίνεση του κράτους, έστω και υπό την προϋπόθεση της μη υπαγωγής της διαφοράς στα εθνικά δικαστήρια, προκύπτει από την υπογραφή της Σύμβασης για τον Χάρτη της Ενέργειας.⁷⁸ Για τον επενδυτή της ECT η συναίνεση πρέπει να παρέχεται γραπτώς.⁷⁹

Η έναρξη της διαδικασίας ενώπιον του ICSID προϋποθέτει την κατάθεση σχετικής αίτησης στον Γενικό Γραμματέα του Κέντρου, στην έδρα του καθώς και την πληρωμή του προβλεπόμενου

76 Π. Στάγκος, «Διεθνής Διαιτησία επί Διαφορών που Ανακύπτουν από Επενδύσεις: Η Σύμβαση της Ουάσιγκτον της 18.3.1965 και η εφαρμογή της από τα διαιτητικά δικαστήρια του Διεθνούς Κέντρου για την Επίλυση Διαφορών από Επενδύσεις», Αρμενόπουλος 1998, σ. 255-257

77 Σύμβαση της Νέας Υόρκης της 10ης Ιουνίου 1958 περί αναγνώρισης και εκτέλεσης αλλοδαπών διαιτητικών αποφάσεων. Στην Ελλάδα κυρώθηκε με το Νομοθετικό Διάταγμα 4220/1961, Περί κυρώσεως της εν Ν. Υόρκη την 10η Ιουνίου 1958 υπογραφείσας συμβάσεως περί αναγνώρισεως και εκτελέσεως αλλοδαπών διαιτητικών αποφάσεων (ΦΕΚ Α73/19.9.1961)

78 Βλ. Υπόθεση Yoko

79 Άρθρο 26 παρ.4

παραβόλου.⁸⁰ Η αίτηση δεν περιβάλλεται συγκεκριμένου τύπου, αλλά θα πρέπει να είναι γραμμένη σε μία από τις επίσημες γλώσσες του Κέντρου⁸¹, να φέρει ημερομηνία και υπογραφή του αιτούντος ή του νόμιμα εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του. Στην αίτηση θα πρέπει να περιγράφονται διεξοδικά τα πραγματικά περιστατικά που οδήγησαν στην δημιουργία της διαφοράς καθώς και η νομική της φύση. Απαραίτητο συστατικό της αίτησης είναι η απόδειξη της συναίνεσης των μερών, η οποία πρέπει να αναφέρεται ρητά και να συμπεριλαμβάνει και τον κρίσιμο χρόνο. Στην περίπτωση κατά την οποία ο Γενικός Γραμματέας του Κέντρου εντοπίσει τυχόν ελλείψεις μπορεί να ζητήσει συμπληρωματικές διορθώσεις ώστε η αίτηση να θεωρηθεί παραδεκτή.

Ο Γενικός Γραμματέας είναι ο μόνος και ο πρώτος που λαμβάνει γνώση της αίτησης, την οποία εξετάζει και ελέγχει. Ο έλεγχος αφορά τα όρια της δικαιοδοσίας του Κέντρου και εστιάζει στην απαιτούμενη συναίνεση των μερών καθώς και στο κατά πόσο τα μέρη έχουν συμβληθεί στην Σύμβαση της Ουάσιγκτον. Αν κριθεί ότι το Κέντρο έχει δικαιοδοσία η διαφορά εγγράφεται στο αρχείο του κέντρου και αποστέλλεται αντίγραφο της αίτησης και των επισυναπτόμενων εγγράφων στον αντίδικο. Το ίδιο συμβαίνει και όταν ο Γενικός Γραμματέας έχει αμφιβολίες ως προς την διαδικασία, τότε αρμόδιο για να κρίνει την διαφορά είναι το διαιτητικό δικαστήριο. Στην περίπτωση κατά την οποία ο Γενικός Γραμματέας διαπιστώσει έλλειψη δικαιοδοσίας του Κέντρου, αρνείται την καταχώρηση της αίτησης.⁸² Η απόφαση του Γενικού Γραμματέα είναι αμετάκλητη και δεν επιδέχεται ενδίκων μέσων. Ωστόσο η δικαιοδοσία του Κέντρου θα ελεγχθεί και στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας από το διαιτητικό δικαστήριο, το οποίο όντας αντικειμενικό και αμερόληπτο δεν επηρεάζεται από την απόφαση του Γενικού Γραμματέα. Η συναίνεση των μερών θα επανέλθει σαν ζήτημα και ενώπιον του Δικαστηρίου ακόμα και αν ένα από τα δύο μέρη αρνείται να καταστεί διάδικος της δίκης.⁸³

Το επόμενο στάδιο στην διαδικασία είναι η αποστολή της λίστας των Διαιτητών, στα διάδικα μέρη. Εάν υπάρχει συμφωνία μεταξύ των μερών σχετικά με τον αριθμό των Διαιτητών και την μέθοδο του διορισμού τους, κοινοποιείται στον Γενικό Γραμματέα. Σε αντίθετη περίπτωση ακολουθείται η προβλεπόμενη διαδικασία που ορίζει ότι: Εντός δέκα ημερών από την κατάθεση της αίτησης, το προσφεύγων μέρος κοινοποιεί στον αντίδικο την πρόταση του για τον διορισμό Διαιτητών, το αντίδικο μέρος οφείλει εντός είκοσι ημερών από την παραλαβή της πρότασης είτε να την αποδεχθεί είτε να αντιπροτείνει. Ο προσφεύγων πρέπει εντός είκοσι ημερών από την στιγμή που παραλάβει την αντιπρόταση του αντιδίκου είτε να την αποδεχθεί είτε να την απορρίψει. Εάν τα μέρη δεν

80 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/services/Pages/Cost-of-Proceedings.aspx>

81 Οι επίσημες γλώσσες του Κέντρου: Αγγλικά, Γαλλικά, Ισπανικά

82 Christoph Schreuer, "The ICSID Convention: A Commentary", ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2001 pg.462

83 Άρθρο 36 της Σύμβασης

καταλήξουν σε συμφωνία για τον διορισμό των Διαιτητών τότε ακολουθείται, εντός εξήντα ημερών από την καταχώρηση της αίτησης, η προκαθορισμένη διαδικασία του Κέντρου.⁸⁴ Στην διαιτητική διαδικασία του ICSID μπορεί το εφαρμοστέο δίκαιο να είναι επίσης επιλογή των μερών. Όσον αφορά την διαιτητική διαδικασία για τις υποθέσεις που προκύπτουν από την παραβίαση της Συνθήκης για τον Χάρτη της Ενέργειας, το εφαρμοστέο δίκαιο είναι ορισμένο εξ αρχής από το άρθρο 26 παρ. 6, πρόκειται για το δίκαιο που ορίζει η ίδια και Συνθήκη και ακολούθως οι εφαρμοστέοι κανόνες και αρχές του διεθνούς δικαίου.⁸⁵

Όταν οριστούν οι Διαιτητές και ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου, ο τελευταίος καταβάλλει κάθε δυνατή προσπάθεια για να επικοινωνήσει με τα μέρη της διαφοράς ώστε να λάβει υπόψη του την γνώμη τους προκειμένου να οριστούν οι κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας. Στους κανόνες της διεξαγωγής της διαδικασίας συμπεριλαμβάνονται, ο ορισμός της γλώσσας που θα χρησιμοποιηθεί, ο τόπος της διεξαγωγής,⁸⁶ οι προθεσμίες κατάθεσης και κοινοποίησης των υπομνημάτων, ο απαιτούμενος αριθμός για την συμπλήρωση απαρτίας καθώς και το γραπτό ή προφορικό της διαδικασίας.

Ύστερα από την πρόταση του Γενικού Γραμματέα ή του Προέδρου του Δικαστηρίου ή των μερών μπορεί να πραγματοποιηθεί μια ακροαματική προδικασία με σκοπό την επιτάχυνση της διαδικασίας. Οι προθεσμίες της κατάθεσης των εγγράφων και της ολοκλήρωσης κάθε σταδίου της διαδικασίας αποφασίζονται από το Δικαστήριο ή τον Πρόεδρο του. Εάν κάποιο από τα μέρη δεν γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την μη τήρηση κάποιων από τους εφαρμοστέους διαδικαστικούς κανόνες και δεν εξέφρασε τις αντιρρήσεις του, τότε θεωρείται ότι παραιτείται από το δικαίωμα της ένστασης .

Η κύρια διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου διακρίνεται πάντοτε από δύο στάδια ακολουθούμενα το ένα από το άλλο, το γραπτό και το προφορικό. Στη γραπτή διαδικασία το προσφεύγον μέρος καταθέτει την αγωγή-υπόμνημα, ενώ ο αντίδικος απαντά με υπόμνημα- ανταγωγή, και τα δύο υπομνήματα παρουσιάζονται όσο πιο περιεκτικά είναι δυνατόν τα πραγματικά περιστατικά που οδήγησαν στην έγερση της αγωγής καθώς και οι νομικοί ισχυρισμοί των διαδίκων. Στο προφορικό μέρος που ακολουθεί περιλαμβάνεται η εξέταση των διαδίκων, των μαρτύρων και των εμπειρογνομόνων καθώς και η αγόρευση των συνηγόρων. Επαφίεται στην διακριτική ευχέρεια του Δικαστηρίου να καλέσει ανά πάσα στιγμή που θα κρίνει σκόπιμο τους μάρτυρες ή τους

84 Άρθρο 37 παρ.2 (β) της Σύμβασης της Ουάσιγκτον

85 EXPERT OPINION OF PROFESSOR PIET EECKHOUT, THE LAW APPLICABLE TO THE DISPUTE UNDER THE ENERGY CHARTER TREATY 1994, 2008. Πρόκειται για την γνωμοδότηση που ζητήθηκε στον καθηγητή για την υπόθεση του ICSID No. ARB/07/22 .

86 Ο τόπος της διεξαγωγής της διαιτησίας δεν επηρεάζει την εκτελεστότητα της απόφασης του Διαιτητικού Δικαστηρίου, υπό την προϋπόθεση ότι η χώρα την οποία θα επιλέξουν τα μέρη είναι συμβαλλόμενο μέρος της Συνθήκης της Νέας Υόρκης.

εμπειρογνώμονες προς διευκόλυνση της κρίσης του και αποσαφήνισης λεπτομερειών. Ιδιαίτερα για τα ζητήματα ενεργειακής επενδυτικής διαιτησίας που συμπεριλαμβάνουν τεχνικούς όρους δυσνόητους στους μη ειδικούς, η ύπαρξη των εμπειρογνομένων και των μαρτύρων κρίνεται απαραίτητη στην προσπάθεια κατανόησης των τεχνικών όρων.

Εφόσον ολοκληρωθεί η προφορική διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου, κηρύσσεται η λήξη της διαδικασίας. Ακόμα και μετά την λήξη της διαδικασίας το Δικαστήριο διατηρεί το δικαίωμα να επανέλθει σε μέρος της διαδικασίας αν προκύψουν νέα περιστατικά ή αν διαπιστώσει ότι χρειάζεται περαιτέρω στοιχεία για ορισμένο ζήτημα. Στην αρμοδιότητα του Δικαστηρίου ανήκει και η δυνατότητα να διατάξει την λήψη ασφαλιστικών μέτρων⁸⁷ είτε έπειτα από αίτημα κάποιου από τους διαδίκους είτε αυτεπάγγελα, υπό την προϋπόθεση ότι η κατάσταση χρήζει άμεσης ρύθμισης. Το Δικαστήριο οφείλει να ερευνά αυτεπάγγελα και σε κάθε στάδιο της διαδικασίας την ύπαρξη δικαιοδοσίας του Κέντρου και δικής του αρμοδιότητας. Οι διάδικοι από την πλευρά τους έχουν το δικαίωμα της υποβολής ενστάσεων. Όταν μια ένσταση είναι παραδεκτή και βάσιμη το Δικαστήριο οφείλει να αναστέλλει τη διαδικασία και να καθορίζει νέα προθεσμία εντός της οποίας τα μέρη θα υποβάλλουν τις σχετικές παρατηρήσεις τους. Η ένσταση για το νομικά αβάσιμο της αγωγής πρέπει να υποβάλλεται μέσα σε προθεσμία 30 ημερών από τη συγκρότηση του Δικαστηρίου και πάντως πριν την πρώτη συνεδρίασή του. Το Δικαστήριο κοινοποιεί στους διαδίκους, στην πρώτη του συνεδρίαση, την απόφαση επί της ενστάσεως. Η απόφαση του Δικαστηρίου δεν αποκλείει στους διαδίκους το δικαίωμα να επαναφέρουν ενστάσεις για το νομικά αβάσιμο των προβαλλόμενων ισχυρισμών. Εάν το Δικαστήριο κρίνει ότι η προτεινόμενη ένσταση εκπίπτει της αρμοδιότητάς του, την απορρίπτει εκδίδοντας ειδικά αιτιολογημένη απόφαση του.

Οι Διαιτητές αντλούν την εξουσία τους από τη Συμφωνία της Ουάσινγκτον και όχι από τη συμφωνία των μερών, όπως συμβαίνει με την κοινή διαιτησία. Από τη στιγμή που τα μέρη συναίνεσαν να υπαχθούν στη δικαιοδοσία του Κέντρου η αυτονομία των μερών σταματά να παίζει κυρίαρχο ρόλο στην ουσία της διαδικασίας. Η εξουσία τους εκτείνεται ως τη ρύθμιση των διαδικαστικών θεμάτων. Το Δικαστήριο δεσμεύεται και καθοδηγείται όχι από κάποια συμφωνία των μερών όπως στην ad hoc διαιτησία αλλά από τους κανόνες του Κέντρου. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι το Διαιτητικό Δικαστήριο μπορεί να προχωρήσει στην έκδοση μιας απόφασης ακόμη κι αν η συναίνεση κάποιου από τους διαδίκους είναι ελαττωματική. Σε αυτήν την περίπτωση το θιγόμενο μέρος μπορεί να προσβάλλει την εκδοθείσα απόφαση με αίτηση ακύρωσης λόγω υπέρβασης της αρμοδιότητας των Διαιτητών αποδεικνύοντας ταυτόχρονα το ελαττωματικό της συναίνεσής του.

87 ICSID Convention Άρθρο 47

Το εφαρμοστέο δίκαιο στην διαιτητική διαδικασία του ICSID είναι το δίκαιο που επιλέγουν τα μέρη για την επίλυση της μεταξύ τους διαφοράς. Γίνεται φανερό λοιπόν ότι για ακόμα μια φορά τον σημαντικότερο ρόλο στην διαδικασία παίζει η συμφωνία των μερών, η σύμπτωση δηλαδή της βούλησης τους να εφαρμοστεί στην διαφορά το συγκεκριμένο νομοθετικό σύμπλεγμα. Εξαιρέση αποτελεί η προηγούμενη συμφωνία των μερών για το εφαρμοστέο δίκαιο που μπορεί να περιλαμβάνεται στην επενδυτική συμφωνία που έχουν υπογράψει ή στην ΔΕΣ. Η ECT προέβλεψε ότι εφαρμοστέο δίκαιο στην περίπτωση που δημιουργηθεί κάποια διαφορά είναι το δίκαιο της Συνθήκης για τον Χάρτη της Ενέργειας και οι αρχές του Διεθνούς Δικαίου.

Μία από τις καινοτομίες του Κέντρου είναι και η εκτελεστότητα των διαιτητικών αποφάσεων. Οι τελευταίες δεν υπόκεινται στις διατάξεις της Σύμβασης της Νέας Υόρκης του 1958 για την αναγνώριση και εκτέλεση αλλοδαπών αποφάσεων.⁸⁸ Τα κράτη μέλη της Σύμβασης της Ουάσιγκτον είναι υποχρεωμένα να αναγνωρίζουν και να εκτελούν την διαιτητική απόφαση ως απόφαση των εθνικών δικαστηρίων του κράτους. Σύμφωνα με το άρθρο 53 τς Σύμβασης η διαιτητική απόφαση είναι δεσμευτική και ανέκκλητη. Το ανέκκλητο των αποφάσεων του ICSID έχει να κάνει με την απαγόρευση άσκησης ενδίκων μέσων, πέραν των περιοριστικά αναφερόμενων στο άρθρο της Σύμβασης⁸⁹

3.4.Η Ad Hoc Διαιτησία

Ανάμεσα στις επιλογές του επενδυτή, όπως ορίζονται στο άρθρο 26 της Συνθήκης βρίσκουμε σαν τρίτη επιλογή την ad hoc διαιτησίας. Η ad hoc διαιτησία δίνει την δυνατότητα στα μέρη να αποφασίσουν και να καθορίσουν από κοινού όλες τις λεπτομέρειες που αφορούν στην διαδικασία της διαιτησίας. Σε αντίθεση με την θεσμική διαιτησία, η οποία διενεργείται στα πλαίσια ενός διαιτητικού κέντρου, στην ad hoc διαιτησία τα μέρη αποφασίζουν για τον αριθμό των δικαστών⁹⁰ και επιλέγουν τους δικαστές. Στην ad hoc επενδυτική διαιτησία γενικά τα μέρη θα πρέπει να επιλέξουν εκτός από τους Διαιτητές, το εφαρμοστέο δίκαιο, τους κανόνες διαιτησίας, τον τρόπο διεξαγωγής της διαδικασίας, τις προθεσμίες και την έδρα του Δικαστηρίου. Όσον αναφορά την επενδυτική διαιτησία των διαφορών που ανακύπτουν από την Συνθήκη, ορίζεται ότι ακόμα και η ad

88 Άρθρα 53,54,55 της Σύμβασης της Ουάσιγκτον

89 Ένδικα μέσα που προβλέπονται από την Σύμβαση: συμπλήρωση της απόφασης, διόρθωση, ερμηνεία, αναθεώρηση και ακύρωση της διαιτητικής απόφασης

90 Σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. Της Συνθήκης για τον Χάρτη της Ενέργειας, τα μέρη μπορούν να επιλέξουν και μόνο έναν διαιτητή για την επίλυση της διαφοράς.

hoc διαιτησία θα λάβει χώρα υπό τους κανόνες UNCITRAL και με εφαρμοστέο δίκαιο το δίκαιο της ECT και το Διεθνές Δίκαιο. Συνεπώς η επιλογές των διαδικών περιορίζονται καθιστώντας ευκολότερη την διαδικασία.

Η ad hoc διαιτησία είναι συνήθως γρηγορότερη, φθηνότερη και ενίοτε πιο ευέλικτη στις διαδικασίες της, υπό την προϋπόθεση ότι τα μέρη προσεγγίζουν την διαδικασία καλή την πίστη και λαμβάνοντας υπόψιν τους την συναίνεση που απαιτείται. Ο λόγος που τα μέρη δεν την επιλέγουν συνήθως συνοψίζονται κυρίως στην διεξοδικότητα με την οποία πρέπει να προβλεφθούν τα ζητήματα διαδικασία καθώς και στην απαραίτητη συναίνεση των μερών κατά την διαδικασία οργάνωσης της διαιτησίας. Είναι σύνηθες, εκ τούτου, η επιλογή των κανόνων UNCITRAL για την διεξαγωγή της διαδικασίας. Εξίσου συχνό είναι και το φαινόμενο της επιλογής Διαιτητών από τους καταλόγους των θεσμικών κέντρων διαιτησίας προκειμένου να εξασφαλίζεται το επίπεδο και η αμεροληψία των Διαιτητών.

Η υπόθεση *Energoalliance Ltd v. Moldova*⁹¹ είναι μια από τις πιο γνωστές υποθέσεις που οδηγήθηκαν σε ad hoc διαιτησία. Τελικά και παρότι το διαιτητικό δικαστήριο θεώρησε ότι έχει δικαιοδοσία επί της διαφοράς, το Εφετείο της Γαλλίας στο οποίο κατέφυγαν τα μέρη μετά την επενδυτική διαιτησία, θεώρησε ότι δεν υπήρξε δικαιοδοσία του ad hoc Δικαστηρίου υπό τους κανόνες UNCITRAL. Η έλλειψη δικαιοδοσίας στηρίχθηκε στο σκεπτικό ότι η εταιρεία *Ergoalliance* δεν διέθετε επενδυτική δραστηριότητα στην Μολδαβία. Για τον έλεγχο της έννοιας της επένδυσης το Γαλλικό Δικαστήριο εφάρμοσε το *test Salini*.

Η επιλογή της ad hoc διαιτησίας υπό την *Energy Charter Treaty* δεν αποτελεί, τουλάχιστον έως σήμερα μια προσφιλή επιλογή μεταξύ κρατών και επενδυτών. Η θεσμική διαιτησία κατέχει και εδώ τα πρωτεία, με ξεκάθαρη την προτίμηση στην διαιτητική διαδικασία του ICSID.

3.5. Το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο της Στοκχόλμης

Η Συνθήκη με το άρθρο 26 παρ.3 ορίζει τις δυνατότητες του επενδυτή να επιλέξει μεταξύ των διαιτητικών δικαστηρίων. Η τελευταία από τις προσφερόμενες επιλογές είναι το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο της Στοκχόλμης (SCC). Το τελευταίο συστάθηκε το 1917 και αναλαμβάνει την

91 *Ad hoc Arbitration Under The UNCITRAL Arbitration Rules, between Energoalliance Ltd (Claimant) v. The Republic of Moldova (Respondent), Arbitral Award 23/10/2013*

διαιτητική επίλυση διαφορών τόσο σε εθνικό όσο και σε διεθνές επίπεδο. Πρόκειται για ακόμα μια επιλογή στα πλαίσια της θεσμικής διαιτησίας.

Παρότι το SCC διαθέτει και δικούς του κανόνες διαιτησίας, η Συνθήκη προβλέπει ότι η διαδικασία της διαιτησίας θα ακολουθήσει τους κανόνες της UNCITRAL.⁹² Τα τελευταία χρόνια η δημοτικότητα του SCC έχει αυξηθεί σημαντικά. Το 2003 οι επενδυτικές διαφορές που ανέλαβε ήταν μόλις τρεις ενώ το 2015 ανήλθαν στις δώδεκα.⁹³ Από τις δώδεκα αυτές υποθέσεις μόνο μία διεξήχθη υπό τους κανόνες UNCITRAL, ενώ δέκα υποθέσεις διεκπεραιώθηκαν υπό τους κανόνες διαιτησίας που ορίζει το Επιμελητήριο. Από το 1993 μέχρι και το 2015 έχει αναλάβει ογδόντα πέντε επενδυτικές υποθέσεις με την πλειοψηφία να προέρχεται από παραβιάσεις Διεθνών Επενδυτικών Συμφωνιών, ενώ είκοσι δύο υποθέσεις προκλήθηκαν από παραβιάσεις υπό την Energy Charter Treaty.

Παρακάτω θα ακολουθήσει μια συνοπτική περιγραφή της διαδικασίας που ακολουθείται στο πλαίσιο του Επιμελητηρίου για την επίλυση μιας διαιτητικής διαφοράς υπό τους κανόνες UNCITRAL.⁹⁴

Το Επιμελητήριο εφόσον επιβεβαιώσει ότι παρέλαβε το αίτημα για διαιτησία, ελέγχει την ΔΕΣ ή την Πολυμερή Επενδυτική Συνθήκη, εν προκειμένω την ECT, στην βάση της οποίας ανέκυψε η διαφορά και με την οποία ορίζεται ως αρχή διορισμού. Στην περίπτωση που επιβεβαιώσει την δικαιοδοσία του, κοινοποιεί στον αντίδικο μέρος το αίτημα. Το τελευταίο διαθέτει συνήθως δύο εβδομάδες για να υποβάλει σχόλια που να αφορούν την αίτηση.

Σε κάθε μέρος που συμμετέχει στην διαιτητική διαδικασία δίνεται η δυνατότητα να παρουσιάσει τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης και τους νομικούς του ισχυρισμούς. Τα μέρη λαμβάνουν πάντοτε γνώση των στοιχείων που κατέθεσε το αντίδικο μέρος, στα οποία μπορούν να απαντήσουν. Το Επιμελητήριο μπορεί να ζητήσει από τους διαδίκους να εμφανιστούν ενώπιον του. Στις συναντήσεις αυτές το SCC κρατάει πρακτικά για τους ισχυρισμούς που προβλήθηκαν ενώπιον του. Εφόσον τα μέρη καταθέσουν τους ισχυρισμούς του και τα σχόλια επί της επίδικης υποθέσεως, το Επιμελητήριο είναι έτοιμο να ορίσει τους Διαιτητές που θα αναλάβουν την υπόθεση. Ως αρχή διορισμού, το SCC αναλαμβάνει έπειτα από αίτημα κάποιου από τα μέρη να ορίσει α) έναν

92 Για τους κανόνες του SCC :<http://www.sccinstitute.com/en/dispute-resolution-services/rules/>

93 Σύμφωνα με τα επίσημα στοιχεία του Κέντρου όπως αυτά παρουσιάζονται στην ιστοσελίδα του.

94 THE SCC EXPERIENCE OF INVESTMENT ARBITRATION UNDER UNCITRAL RULES, Presented by Annette Magnusson, SCC Secretary General, http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/UNCITRAL_Disputes_The_SCC_Experience_AM.pdf

μοναδικό Διαιτητή ή τον Προεδρεύον του πάνελ, β) τον δεύτερο Διαιτητή αν πρόκειται για τριμελή σύνθεση, γ) αναπληρωματικούς Διαιτητές και δ) το κόστος της διαδικασίας.

Η Γραμματεία του Επιμελητηρίου αναλαμβάνει να παρουσιάσει την υπόθεση στον Συμβούλιο του Επιμελητηρίου και να προτείνει τουλάχιστον τρεις υποψηφίους που θα αναλάβουν ρόλο Διαιτητή στην υπόθεση. Ο κατάλογος μπορεί να είναι μεγαλύτερος(περισσότεροι από 5 υποψήφιοι) στην περίπτωση κατά την οποία πρέπει να οριστεί και ο Πρόεδρος. Κατά την διαδικασία επιλογής των Διαιτητών λαμβάνονται υπόψιν από την Γραμματεία και το Συμβούλιο του Κέντρου διάφοροι παράγοντες που επηρεάζουν την επιλογή όπως το εφαρμοστέο δίκαιο, η γλώσσα που θα χρησιμοποιηθεί στην διαδικασία, η εθνικότητα των διαδίκων, η εθνικότητα των Διαιτητών και το αντικείμενο της εκάστοτε διαφοράς.

Μόλις οριστικοποιηθεί η λίστα των υποψηφίων Διαιτητών, η Γραμματεία του Επιμελητηρίου αναλαμβάνει να επικοινωνήσει με τους Διαιτητές. Εφόσον ο υποψήφιος Διαιτητής στείλει στο Επιμελητήριο τα απαραίτητα έγγραφα με τα οποία επιβεβαιώνεται η επιθυμία του να καταστεί Διαιτητής και η έλλειψη τυχόν κολλήματος στο πρόσωπο του, ενημερώνονται τα διάδικα μέρη και η υπόθεση κλείνει.

Στις πιο γνωστές υποθέσεις που ανέλαβε το Επιμελητήριο, μετά από παραβιάσεις της ECT συμπεριλαμβάνεται και η υπόθεση ATMO v. Ukraine.⁹⁵ Η υπόθεση αφορούσε παραβιάσεις του άρθρου 10 της ECT. Η Ουκρανία υποστήριξε έλλειψη δικαιοδοσίας στην βάση της έννοιας του επενδυτή και κυρίως στην έλλειψη συναίνεσης από την πλευρά της ATMO. Στην περίπτωση του επενδυτή η ECT στο άρθρο 26 παρ.4 ζητά γραπτή συναίνεση, για την οποία όμως δεν ορίζει αν θα πρέπει να γίνεται ξεχωριστά από την κατάθεση αιτήματος για διαιτησία. Στην συγκεκριμένη διαφορά το Δικαστήριο αποφάσισε ότι η συναίνεση του επενδυτή δίνεται εγγράφως κατά την κατάθεση αίτησης για διαιτησία και άρα εν προκειμένω το SCC έχει δικαιοδοσία επί της διαφοράς.

Το Επιμελητήριο αποφάσισε επίσης ότι στην διαδικασία των προδικαστικών διαδικασιών τα μέρη θα πρέπει να καταθέτουν τα αιτήματα τους μαζί με οποίο στοιχείο διαθέτουν και το οποίο θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί στην διαδικασία της διαιτησίας, ενδεικτικά και όχι περιοριστικά μαρτυρίες και γνώμες ειδικών επί των τεχνικών θεμάτων προς επίρρωση των ισχυρισμών τους. Οι προδικαστική διαδικασία είναι η τελευταία ευκαιρία των μερών να παρουσιάσουν στο Διαιτητικό Δικαστήριο, τις γραπτές καταθέσεις μαρτύρων και ειδικών καθώς και οποιοδήποτε άλλο σχετικό

95 Limited Liability Company ATMO v. UKRAINE ARBITRATION No 080/2005

έγγραφο πριν από την ακρόαση. Στην ακρόαση δεν θα επιτραπεί η παρουσίαση μη σχετικού, με τα ήδη εγγράφως κατατεθειμένα στοιχεία.

Όπως είδαμε και νωρίτερα, το Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο της Στοκχόλμης καθίσταται τα τελευταία χρόνια δημοφιλής επιλογή των επενδυτών για την επίλυση μιας επενδυτικής διαφοράς υπό την Energy Charter Treaty. Βέβαια ο σχετικά μικρός αριθμός υποθέσεων οφείλεται στην διαρκή προτίμηση των επενδυτών των διαιτητικό Κέντρο του ICSID. Κατά την άποψη μας η ξεκάθαρη επικράτηση του τελευταίου προκύπτει από τον ίδιο τον σκοπό του Κέντρου που δεν είναι άλλος από την επίλυση διαφορών που δημιουργούνται στην βάση μιας επένδυσης. Εξίσου βαρύνουσας σημασίας ζήτημα για την επιλογή μεταξύ των μηχανισμών επίλυσης που προβλέπει η Συνθήκη είναι και η χρήση των κανόνων UNCITRAL από το SCC.

Επίλογος

Οι επενδυτικές σχέσεις αποτελούν ένα από τα σημαντικότερα ζητήματα των παγκόσμιων οικονομικών σχέσεων, καθώς δημιουργούν ένα πλέγμα που συμπεριλαμβάνει τόσο τα Κράτη όσο και τους ιδιώτες, είτε ως φυσικά πρόσωπα είτε ως νομικές οντότητες. Η δραστηριοποίηση ξένων επενδυτών σε τομείς εξέχουσας σημασίας για τα Κράτη, δημιούργησε την ανάγκη για ιδιαίτερη πρόβλεψη και προστασία στους τομείς αυτούς. Πρόκειται ουσιαστικά για μία παραχώρηση εθνικής κυριαρχίας, εκ μέρους του εκάστοτε Κράτους, με σκοπό την προσέλκυση ξένων επενδύσεων σε τομείς όπου το ίδιο αδυνατεί να δραστηριοποιηθεί είτε λόγω του υψηλού κόστους είτε λόγω της έλλειψης τεχνογνωσίας. Είναι λοιπόν αυταπόδεικτο ότι μια τέτοια σχέση δημιουργεί ένα μάλλον ασταθές ισοζύγιο μεταξύ ενός Κράτους και του ειδικού βάρους που αυτό διαθέτει και ενός ιδιώτη επενδυτή.

Η ιστορική εξέλιξη των Κρατών μέσω των εθνικοαπελευθερωτικών κινημάτων και των αποαποικιοποιήσεων, έφερε την διεθνή κοινότητα αντιμέτωπη με το πρόβλημα της προστασίας των επενδυτών από την εθνική αυθαιρεσία. Προς επίλυση της παραπάνω κατάστασης άρχισε η υπογραφή Διμερών Επενδυτικών Συμβάσεων μεταξύ Κρατών, που σκοπό είχαν την προστασία των επενδυτών έναντι του Κράτους υποδοχής της επένδυσης. Κατά τα πρώιμα στάδια των συμφωνιών αυτών η προστασία του επενδυτή έναντι του κράτους επένδυσης περνούσε μέσω της διπλωματικής προστασίας. Ουσιαστικά ο επενδυτής για ακόμα μια φορά ήταν δέσμιος του Κράτους προέλευσης και της προθυμίας του να πιέσει για επίλυση της διαφοράς που τυχόν προέκυπτε. Στο πλαίσιο αυτό

υπογράφηκε η Σύμβαση της Ουάσιγκτον του 1965, για την διαιτητική επίλυση διαφορών μεταξύ επενδυτών και Κρατών. Επρόκειτο για μια παγκόσμια νομική πρωτοτυπία που προέβλεπε την δυνατότητα του επενδυτή να ενάγει απευθείας το αντίδικο Κράτος χωρίς την μεσολάβηση της διπλωματικής προστασίας του Κράτους προέλευσης της επένδυσης. Παράλληλα με την υπογραφή επενδυτικών συνθηκών, κυρίως διμερών, και συμφωνιών που ενσωμάτωναν στην κύρια συμφωνία πρόβλεψη για διαιτητική επίλυση διαφορών με ευθεία αναφορά στο Διαιτητικό Κέντρο ICSID, αρχίζει να διαμορφώνεται μια νέα διέξοδος που εξασφαλίζει μια αυξημένη προστασία στον επενδυτή. Σιγά σιγά οι ΔΕΣ άρχισαν να ακολουθούν μια σχετική τυποποίηση και να συμπεριλαμβάνουν όμοιες ρήτρες διαιτησίας για την επίλυση διαφορών που ανέκυπταν από τις προστατευόμενες επενδύσεις. Σήμερα έχουν υπογραφεί πάνω από 3.000 ΔΕΣ με τις περισσότερες από αυτές να βρίσκονται σε ισχύ.

Τις ΔΕΣ ακολούθησαν και πολυμερείς επενδυτικές συνθήκες, με πρώτη την NAFTA. Οι Πολυμερείς Επενδυτικές Συνθήκες συνήθως έχουν ως στόχο την πρόβλεψη επενδύσεων σε ένα τομέα επιχειρηματικής δραστηριότητας. Στην παρούσα εργασία, ασχοληθήκαμε με την Πολυμερή Επενδυτική Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας. Η Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας υπογράφηκε τον Δεκέμβριο του 1994 και τέθηκε σε ισχύ τον Απρίλιο του 1998, αποτελεί την μοναδική πολυμερή συνθήκη που προβλέπει ένα νομικά δεσμευτικό πλαίσιο για τις επενδύσεις που αφορούν αποκλειστικά τον τομέα της ενέργειας. Η αποδοχή της υπήρξε ευρείας καθώς προέκυψε μετά από μια μακρά συζήτηση για την απαιτούμενη προστασία των επενδύσεων σε έναν νευραλγικό τομέα της οικονομικής πραγματικότητας.

Οι πρόνοιες της Συνθήκης επικεντρώθηκαν κυρίως στην προώθηση και προστασία των επενδύσεων μέσω της δημιουργίας μιας ανοιχτής και χωρίς διακρίσεις αγοράς ενέργειας. Η ECT διαμορφώθηκε στα πρότυπα των Διμερών Επενδυτικών Συνθηκών, ενσωματώνοντας πολλές από τις γνωστές ρήτρες που συναντάμε συνήθως στις ΔΕΣ, όπως η ρήτρα του μάλλον ευνοούμενου κράτους (Most Favored Nation -MFN clause), την umbrella clause, την ρήτρα fork in the road και την ρήτρα περί μη διακρίσεων. Η σημαντικότερη ίσως από τις τομές που έφερε η Συνθήκη ήταν η πρόβλεψη επίλυσης διαφορών του άρθρου 26. Στο τελευταίο προβλέπονται οι τρόποι που μπορεί να επιλυθεί μια διαφορά που θα προκύψει από παραβιάσεις του ΙΙΙ Μέρους της Συνθήκης μεταξύ ενός επενδυτή και ενός Κράτους συμβαλλόμενου στην Συνθήκη.

Προβλέφθηκαν ουσιαστικά δυο βασικές εναλλακτικές για τον ιδιώτη επενδυτή, αυτή των εθνικών δικαστηρίων του κράτους υποδοχής της επένδυσης (host state) και αυτή της διαιτητικής επίλυσης, που όπως αποδείχθηκε υπήρξε και η πιο δημοφιλής. Η δεύτερη επιλογή παρείχε στον επενδυτή τρεις εναλλακτικούς μηχανισμούς : α) την διαιτητική επίλυση διαφορών του Κέντρου ICSID, β) τη

διαιτησία των Πρόσθετων Κανόνων Διευκόλυνσης του ICSID στην περίπτωση κατά την οποία ένα μόνο από τα δύο μέρη έχει κυρώσει την Σύμβαση, γ) έναν διαιτητή ή ένα ad hoc διαιτητικό δικαστήριο που θα εφαρμόσει τους κανόνες της UNCITRAL και δ) την διαιτητική διαδικασία του Εμπορικού Επιμελητηρίου της Στοκχόλμης.

Παρότι τα πρώτα χρόνια της υιοθέτησης της Συνθήκης η διαιτησία δεν είχε να επιδείξει μεγάλο ποσοστά χρήσης της, τα τελευταία χρόνια παρατηρείται μια στροφή με τις υποθέσεις μέχρι το 2015 να ανέρχονται σε τουλάχιστον 100 και τα σκήπτρα να κρατάει το Κέντρο ICSID. Τα ποσοστά αντανakλούν την αυξανόμενη δραστηριοποίηση στον τομέα της ενέργειας, αλλά και την τάση των επενδυτών να επιλέξουν την διαιτησία έναντι των εθνικών δικαστηρίων.

Η ανάγκη για μια καθολική στροφή στην παραγωγή και εμπορία ενέργειας καθώς και η ενεργειακή ασφάλεια σε συνάρτηση με την παγκόσμια οικονομική κρίση των τελευταίων χρόνων οδήγησαν στην εκμετάλλευση νέων πηγών ενέργειας και συνεπώς νέας επενδυτικής δραστηριότητας. Η τελευταίας χρήζει ιδιαίτερης προστασίας.

Η προσαρμογή των κανόνων UNCITRAL στις σύγχρονες επιταγές για διαφάνεια, σε συνδυασμό με την αποχώρηση της Ρωσίας και της Ιταλίας από την Συνθήκη, έφεραν στο φως νέα δεδομένα για τους προστατευόμενους από την ECT επενδυτές. Τον αντίκτυπο των δεδομένων αυτών δεν μπορούμε να τον οριοθετήσουμε ακόμα, άλλωστε οι επενδυτικές σχέσεις είναι ένας ζωντανός οργανισμός που δεν σταματά να διαμορφώνεται και να αλληλεπιδρά με τις πολιτικές και οικονομικές συνθήκες που επικρατούν.

Η Συνθήκη για τον Χάρτη της Ενέργειας και κυρίως η προστασία και προώθηση των επενδύσεων στον τομέα της ενέργειας, επανεξετάζονται και διαπλάθονται συνεχώς υπό το πρίσμα των διαιτητικών αποφάσεων και της θεωρητικής συζήτησης που αυτές συμπαρασύρουν. Είναι τελικά αναπόφευκτο να παρατηρήσουμε ότι η Συνθήκη αναδιαμορφώνεται μέσω της ερμηνείας της από τα Διαιτητικά Δικαστήρια, χωρίς να τίθεται πρακτικά ζήτημα αναθεώρησης της. Μετά και την αποχώρηση της Ιταλίας από την Συνθήκη είναι ενδιαφέρον να παρατηρήσουμε πως θα αντιδράσουν οι επενδυτές, αλλά και κατά πόσο τα κράτη που απέμειναν θα ακολουθήσουν το παράδειγμα της.

Βιβλιογραφία

Ελληνική Βιβλιογραφία

Γκλαβίνης, Π., *Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο: γενικές αρχές, διεθνές εμπόριο, ξένες επενδύσεις*, Εκδ. Σάκκουλα, 2009

Κουσουύλης, Στ.Ν., *Δίκαιο της Διαιτησίας*, Εκδ. Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2006

Κουσουύλης, Στ. Ν., *Θεμελιώδη προβλήματα της διαιτησίας*, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλας, Αθήνα, Τόμος Β΄, 1996

Στάγκος Π. , *Διεθνής Διαιτησία επί Διαφορών που Ανακύπτουν από Επενδύσεις: Η Σύμβαση της Ουάσιγκτον της 18.3.1965 και η εφαρμογή της από τα διαιτητικά δικαστήρια του Διεθνούς Κέντρου για την Επίλυση Διαφορών από Επενδύσεις*, Αρμενόπουλος 1998

Στάγκος Π. , *Το νομικό πλαίσιο των διεθνών επενδύσεων*, Εκδ. Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005

Ξένη Βιβλιογραφία

Arbitration Institute of the SCC, *Investment Protection and The Energy Charter Treaty*, ed. JurisNet, LLC, 2008

Association for International Arbitration, *Alternative Dispute Resolution in the Energy Sector* ed. Maklu

Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2001

Graham Coop, *ENERGY DISPUTE RESOLUTION: INVESTMENT PROTECTION, TRANSIT AND THE ENERGY CHARTER TREATY*, ed. Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce, 2011

Graham Coop, *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*”, ed. Huntington N.Y.:JurisNet, 2008

Lucy Reed, Jaun Paulsson, Nigel Blackaby, *Guide to ICSID ARBITRATION*, ed. Wolter Kluwer,

Thomas Roe, Matthew Happold, *Settlements of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, ed. CAMBRIDGE, 2011

Thomas Walde, *The Energy Charter Treaty: An East West for Investment and Trade*, ed Wolters Kluwer, 1996

Zeynep Akgul, *Bilateral Investment Treaties: Disputes Between States and Investor, ICSID Cases Against Turkey Regarding Energy Sector*, ed. Universal Publishers.com

Ελληνική Αρθρογραφία

Ασπασία Αρχοντάκη, *Η έννοια της επένδυσης στη νομολογία του ICSID*, Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 3/2013, Τόμος 33, Ιούλιος- Σεπτέμβριος , σελ.281-289

Α. Γεροντάς, *Η διαιτητική επίλυση των διαφορών από τις συγχρηματοδοτούμενες συμβάσεις δημοσίων έργων*, Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 4/2014, Τόμος 34, Οκτώβριος - Δεκέμβριος

Ε. Θεοδώρου, *Η σημασία της διαιτησίας στις διεθνείς επενδυτικές συμβάσεις*, Περιοδικό Δίκη, Τόμος 2000, Μάρτιος 2000

Ξενόγλωσση Αρθρογραφία

Andrea K. Bjorklund, *State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards* , in Christina Binder et al., eds. *International investment Law for the 21st Century: Essays in honor of Christopher Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009

Annette Magnusson, *THE SCC EXPERIENCE OF INVESTMENT ARBITRATION UNDER UNCITRAL RULES*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 2012, pg.2-12

Audley Sheppard, *Arbitrator Independence in ICSID Arbitration*, in Christina Binder et al., eds. *International investment Law for the 21st Century: Essays in honor of Christopher Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009

Christoph Schreuer, *Investment Arbitration: A voyage of discovery*, A Paper Presented at the SJ Berwin International Arbitration Launch, London November4,2004,pg. 73-77

Dato'Syed Ahmad IDID, *Use of the Uncitral Arbitration Rules at Arbitral Institutions by Arbitral Institutions*, *Journal of International Arbitration*, Vol.24, 2007, pg.37-48

Kaj Hober, *The Energy Charter Treaty-Awards Rendered*, *Disputes Resol. Int'l* 36, 2007, pg.36-37

Iuliana-Gabriela IACOB-Ramona-Elisabeta Cirlig, *The energy Charter Treaty and settlements of disputes-current challenges*”,*Juridical Tribune*, Volume 6, Issue 1, June 2016 ,pg.71-83

Lucy Reed and Lucy Martinez, *THE ENERGY CHARTER TRATY: AN OVERVIEW*, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.14:2, pg.406-432

Richard Happ, *Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty*, *German Year Book*, 2002, pg.331-362

Olivia Q. Swaak-Goldman, *The Energy Charter Treaty and Trade: A Guide to the Labyrinth*, *Journal of World Trade*,Vol.115,1996, pg.115-132

Simon Greenberg and Flavia Mange, *Institutional and Ad hoc Prespective on the Temporal Conflict of Arbitral Rules*, *Journal of International Arbitration* 27(2), 2010, pg.199-214

Thomas W. Walde, *Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration: Controversial Issues*, The Journal of World Investment & Trade, 2004, pg.373-412

Thomas W. Walde, *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investor within Western and Commonwealth of Independent State/Eastern European Countries*, Journal of World Trade, Vol 5, 1995, pg.5-72