



ΣΧΟΛΗ: Νομική

**ΤΙΤΛΟΣ ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ: Προστασία Ενεργειακών
Επενδύσεων από την Συνθήκη του Χάρτη Ενέργειας
εν καιρώ πολέμου.**

**ΟΝΟΜΑΤΕΠΩΝΥΜΟ: Κωνσταντίνος-Μάριος
Παπακωνσταντίνου**

ΜΗΝΑΣ/ΕΤΟΣ: Ιανουάριος 2023



ΣΧΟΛΗ: Νομική

**ΤΙΤΛΟΣ ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ: Προστασία Ενεργειακών
Επενδύσεων από την Συνθήκη του Χάρτη Ενέργειας
εν καιρώ πολέμου.**

**Διπλωματική Εργασία η οποία υποβλήθηκε προς απόκτηση
μεταπτυχιακού τίτλου σπουδών στο Διεθνές και Ευρωπαϊκό
Δίκαιο των Επιχειρήσεων.**

**ΟΝΟΜΑΤΕΠΩΝΥΜΟ: Κωνσταντίνος-Μάριος
Παπακωνσταντίνου**

ΜΗΝΑΣ/ΕΤΟΣ: Ιανουάριος 2023

Πνευματικά δικαιώματα

Copyright © Κωνσταντίνος-Μάριος Παπακωνσταντίνου, 2023.

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Η έγκριση της Διπλωματικής Εργασίας από το Πανεπιστημίου Νεάπολις δεν υποδηλώνει απαραίτητως και αποδοχή των απόψεων του συγγραφέα εκ μέρους του Πανεπιστημίου.

Σελίδα Εγκυρότητας

Όνοματεπώνυμο Φοιτητή/Φοιτήτριας: Κωνσταντίνος-Μάριος Παπακωνσταντίνου

Τίτλος Διπλωματικής Εργασίας: Προστασία Ενεργειακών Επενδύσεων από την Συνθήκη του Χάρτη Ενέργειας εν καιρώ πολέμου.

Η παρούσα Διπλωματική Εργασία εκπονήθηκε στο πλαίσιο των σπουδών για την απόκτηση εξ αποστάσεως μεταπτυχιακού τίτλου στο Πανεπιστήμιο Νεάπολις και εγκρίθηκε στις [ημερομηνία έγκρισης] από τα μέλη της Εξεταστικής Επιτροπής.

Εξεταστική Επιτροπή:

Πρώτος επιβλέπων (Πανεπιστήμιο Νεάπολις Πάφος).....[ονοματεπώνυμο, βαθμίδα, υπογραφή] Μέλος Εξεταστικής Επιτροπής:

.....[ονοματεπώνυμο, βαθμίδα, υπογραφή]

Μέλος Εξεταστικής Επιτροπής:[ονοματεπώνυμο, βαθμίδα, υπογραφή]

ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ

Ο Κωνσταντίνος-Μάριος Παπακωνσταντίνου, γνωρίζοντας τις συνέπειες της λογοκλοπής, δηλώνω υπεύθυνα ότι η παρούσα εργασία με τίτλο «Προστασία Ενεργειακών Επενδύσεων από την Συνθήκη του Χάρτη Ενέργειας εν καιρώ πολέμου », αποτελεί προϊόν αυστηρά προσωπικής εργασίας και όλες οι πηγές που έχω χρησιμοποιήσει, έχουν δηλωθεί κατάλληλα στις βιβλιογραφικές παραπομπές και αναφορές. Τα σημεία όπου έχω χρησιμοποιήσει ιδέες, κείμενο ή/και πηγές άλλων συγγραφέων, αναφέρονται ευδιάκριτα στο κείμενο με την κατάλληλη παραπομπή και η σχετική αναφορά περιλαμβάνεται στο τμήμα των βιβλιογραφικών αναφορών με πλήρη περιγραφή.

Ο/Η Δηλών /σα

Κωνσταντίνος-Μάριος Παπακωνσταντίνου

Ευχαριστίες

Θα ήθελα να ευχαριστήσω τον επιβλέποντα καθηγητή κο. Αναστάσιο Γουργουρίνη ο οποίος με την βοήθεια του και τους καίριους και εύστοχους σχολιασμούς του με βοήθησε στο να ολοκληρωθεί αυτό το έργο. Επίσης θα ήθελα να ευχαριστήσω τους γονείς μου που με στηρίζουν από την πρώτη στιγμή καθώς και την οικογένεια μου, φίλους και αγαπημένους που με ωθούν να γίνομαι καλύτερος.

Περίληψη

Σκοπός αυτού του κειμένου είναι να εξετάσει την προστασία που παρέχει η Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας προς τους ξένους επενδυτές αναφορικά με τις περιπτώσεις όπου εξελίσσονται ένοπλες συγκρούσεις και αντικείμενο των επενδύσεων αυτών είναι η ενέργεια. Με τα δρώμενα που εκτυλίσσονται αυτή την περίοδο με εμπλεκόμενα μέρη την Ρωσία, την Ουκρανία και την Ευρωπαϊκή Ένωση ως τελικό αποδέκτη, εμφανίζεται με ιδιαίτερο ενδιαφέρον το πως διαγράφεται εφεξής το μέλλον σχετικά με την διαμόρφωση των διακρατικών εν γένει αλλά και επενδυτικών σχέσεων σε συνάρτηση με ενδεχόμενες αξιώσεις που ενδέχεται να εγείρουν μέλη της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας. Φυσικά αυτό αποτελεί την αφορμή για κάποιον ώστε να αναρωτηθεί σχετικά με την χρήση και την αποτελεσματικότητα της Συνθήκης μιας και η τελευταία δεν πήρε ζωή από τα σύγχρονα αυτά γεγονότα ούτε και προβλέπεται να ολοκληρωθεί εκεί η εφαρμογή της. Με τα επίκαιρα αυτά γεγονότα ως εφιαλτήριο, μας δίνεται η αφορμή να εξετάσουμε κατά πόσο η προστασία των ξένων επενδυτών στις διεθνείς επενδύσεις, κυρίως στα απεχθή σενάρια καταστροφών και ζημιώσεων εξαιτίας εμπόλεμων συγκρούσεων, είναι άρτια και πλήρης στον τομέα της ενέργειας. Για την επίτευξη αυτής της αναζήτησης, στο παρακάτω κείμενο, προγενέστερα από την παρουσίαση και κριτική αξιολόγηση της ειδικής για πολέμους νομοθεσίας, κρίθηκε απαραίτητο να αναπτυχθούν οι γενικές ρήτρες, διατάξεις και αρχές προστασίας των ξένων επενδυτών από τα ανάδοχα κράτη στον τομέα της ενέργειας κι έπειτα, ακολουθώντας μια επαγωγική προσέγγιση να αξιολογήσουμε τις ειδικές «ρήτρες πολέμου». Ενδεικτικά εμφανίζεται και η αντιπαραβολή της πολυμερούς επενδυτικής συνθήκης (MIT), εννοώντας την Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας συγκριτικά με άλλες διάφορες διμερείς επενδυτικές συνθήκες (BITs) δίνοντας έμφαση στην παρόμοια φύση και στόχευση των διατάξεων που έχουν επικαλεστεί σε διάφορες υποθέσεις ενώπιον διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων. Για την επίτευξη του παραλληλισμού αυτού, έχει γίνει επίκληση σε εκτενή νομολογία με αντικείμενο την προστασία των ξένων επενδύσεων σε περιόδους πολέμου.

Το αποτέλεσμα της αντιπαραβολής και της εξέτασης της σχετικής νομοθεσίας δεν εμφανίζεται ως απόλυτα ξεκάθαρο, εντούτοις η εικόνα που σχηματίζεται είναι άκρως ενθαρρυντική. Οι «ρήτρες πολέμου» που αναφέρονται στην Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας δεν έχουν δοκιμαστεί έμπρακτα, εννοώντας πως δεν υπάρχουν πρόσφατες υποθέσεις με επίκληση σε αυτές τις διατάξεις. Ωστόσο, διάφορες BITs με κατά κανόνα παρόμοια εφαρμογή εμφανίζουν ενθαρρυντικά δείγματα από την χρήση παρεμφερών ρητρών απέναντι στα ίδια διεθνή διαιτητικά δικαστήρια που θα απευθύνονταν και μέλη της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας, όπως ενδεικτικά το ICSID και το ICC. Παραμένει να αποδειχθεί έμπρακτα η αποτελεσματικότητα της Συνθήκης απέναντι σε αξιώσεις που προκύπτουν από εμπόλεμες καταστάσεις.

Abstract

The aim of this paper is to examine the level of protection that the Energy Charter Treaty offers towards the foreign investors in cases of armed conflicts in the energy sector. Witnessing the latest events including Russia, Ukraine and the E.U, there is high interest in capturing how the future lays ahead of them regarding their relationship in general but also the investment relationship in light of potential claims arising based on the Energy Charter Treaty. This is nothing more than a cause to examine how useful and effective the Treaty actually is, since the Treaty itself was not established by these events and accordingly it will not cease to exist after them. In light of the recent events, we were given the opportunity to assess the level and the efficiency of the protection offered to foreign investors by the ECT in the energy sector, especially in times when a war is going on. To achieve that, in this paper, before examining the special legislative provisions on war times, it was deemed necessary to mention the general clauses and standards aimed at the protection of the foreign investors by the host states and then proceed to examine the war clauses themselves. Following the doctrine of comparing, we examined the Multilateral Investment Treaty (MIT), namely the ECT, against several Bilateral Investment Treaties (BITs), emphasizing on the similar nature and aims of the two but also the extended use of the BITs in court. To achieve this comparison, in this paper there has been extensive use of relevant case law.

The outcome of the comparison and the examination did not come out as crystal clear. However, the general image derived is very positive. War clauses from the Energy Charter Treaty and respective claims are yet to be put to the test since there is no recent case law concerning the ECT war clause claims. Nonetheless, several BITs with the same doctrine and objectives have been used in court regularly, in the same courts where the ECT claims would be brought, such as ICSID and the ICC, so they have been used as a reference point as to what is to be expected. It remains to be seen in action how successful the Energy Charter Treaty can be against claims brought from foreign investors because of losses caused by war.

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Θεματολογία, Ιστορική αναδρομή, Σημασία και σχετικότητα θέματος με επικαιρότητα..... ΣΕΛ. 1

Ανάλυση Δομής και Ανάπτυξης ΣΕΛ. 2

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 1: ΑΝΑΛΥΣΗ ΑΡΘΡΩΝ ΤΗΣ ΣΥΝΘΗΚΗΣ ΤΟΥ ΧΑΡΤΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ- ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

Άρθρο 26 ΣΧΕ: Λειτουργία μηχανισμού επίλυσης διαφορών διεθνών επενδυτικών Δικαστηρίων..... ΣΕΛ. 5

Άρθρο 10 ΣΧΕ: Αρχή ίσης και δίκαιης μεταχείρισης..... ΣΕΛ. 7

Άρθρο 13 ΣΧΕ: Διατάξεις Απαλλοτριώσεων ΣΕΛ. 11

Άρθρο 12 ΣΧΕ: Διατάξεις Αποζημιώσεων ΣΕΛ. 13

Αρχές Διεθνούς Δικαίου εφαρμοστές στην ΣΧΕ ΣΕΛ. 15

- Αρχή εθνικής μεταχείρισης
- Αρχή μάλλον ευνοούμενου κράτους

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 2: ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ ΣΕ ΠΕΡΙΟΔΟΥΣ ΠΟΛΕΜΟΥ ΑΠΟ ΤΗΝ ΣΥΝΘΗΚΗ ΤΟΥ ΧΑΡΤΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ

Ιστορική αναφορά σε προβλέψεις προστασίας επενδύσεων Διεθνούς Δικαίου τον 19^ο και 20^ο αιώνα ΣΕΛ. 17

«Ρήτρες πολέμου» - War Clauses..... ΣΕΛ. 20

Ρήτρες απαγόρευσης διακριτικής απαγόρευσης – Non discriminatory war clauses ΣΕΛ. 22

Επεκταθείσες ρήτρες – Extended war clauses ΣΕΛ. 25

Essential Security Clauses..... ΣΕΛ. 26

«Ρήτρες πολέμου» στην Συνθήκη του Χάρτη Ενέργειας – Άρθρο 24 ΣΕΛ. 27

Ανάλυση και σημασία υποθέσεων με επίκληση στις «ρήτρες πολέμου» από Διεθνή Διαιτητικά Δικαστήρια..... ΣΕΛ. 29

○ <i>AAPL v Sri Lanka</i>	ΣΕΛ. 29
○ <i>AMT v Republic of Zaire</i>	ΣΕΛ. 30
○ <i>LESI v Republic Of Algeria</i>	ΣΕΛ. 31
○ <i>Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S v. Libya</i>	ΣΕΛ. 32
○ <i>Strabag SE v. Libya</i>	ΣΕΛ. 34
○ <i>Ampal-American and others v. Egypt</i>	ΣΕΛ. 35
Κριτικός σχολιασμός υποθέσεων	ΣΕΛ. 37
Επίλογος	ΣΕΛ. 38

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Βάσει πλειάδας διεθνών επενδυτικών συμφωνιών, τα ανάδοχα κράτη προσφέρουν στους, εν προκειμένω, συνεργάτες τους, δηλαδή τους επενδυτές διασφάλιση για την προστασία των επενδύσεων τους αλλά και των ίδιων των επενδυτών από αυθαιρεσίες είτε προερχόμενες από το κράτος είτε από τρίτα μέρη. Σε περίπτωση καταπάτησης των διασφαλίσεων αυτών οι επενδυτές κατέχουν το νόμιμο δικαίωμα να προσφύγουν σε διεθνή διαιτητικά δικαστήρια εγείροντας αξιώσεις αποζημίωσης από το ανάδοχο κράτος στο οποίο δραστηριοποιήθηκαν επενδυτικά. Ειδικότερα σε περιόδους όπου διαδραματίζονται ένοπλες συγκρούσεις, από την πλευρά των επενδυτών η διαφύλαξη των εξασφαλίσεων αυτών αποτελεί έναν πολύ σημαντικό παράγοντα. Αν και δύσκολες στην εκπλήρωσή τους, οι εξασφαλίσεις αυτές είναι αρκετά σημαντικές αμφίπλευρα, τόσο δηλαδή για τους επενδυτές για να μην ζημιωθούν στην επένδυσή τους όσο και για το ίδιο το κράτος για την αποφυγή καταβολής μεγάλων ποσών ως αποζημίωση. Με απλά λόγια συμφέρει τόσο το κράτος να τηρήσει τα προβλεπόμενα και τα συμφωνηθέντα σε ίδιο βαθμό που συμφέρει και τους επενδυτές, διότι εν τέλει ενδέχεται να ζημιωθούν και οι δύο πλευρές. Ένα εξίσου μη συμφέρον για τα κράτη σενάριο είναι η είσοδος σε δικαστικές διαμάχες οι οποίες μπορεί να αποτελέσουν μακροχρόνιους και δαπανηρούς δικαστικούς αγώνες.

Σύμφωνα με τις εθιμικές διατάξεις του διεθνούς δικαίου, οι διεθνείς συμφωνίες έπαιναν να είναι σε ισχύ σε συνθήκες πολέμου παλιότερα. Πλέον η αρχή της συνέχειας της συνθήκης (treaty continuity) έχει αντικαταστήσει τις αρχές που προϋπήρχαν. Με λίγα λόγια, οι διατάξεις των συνθηκών εξακολουθούν να διέπουν τις σχέσεις μεταξύ επενδυτή και ανάδοχου κράτους, ανεξαρτήτως συνθηκών, με γνώμονα την προστασία κατά κύριο λόγο των επενδυτών. Έχει εκφραστεί ο φόβος πως ενδέχεται με την χρήση των διεθνών συμβάσεων και ελλείψει διατάξεων για συνθήκες πολέμου, οι επενδυτές πιθανόν να εγείρουν αξιώσεις οι οποίες, λόγω της ασαφούς φύσης τους, να παραγκωνίζουν ή να ακυρώνουν τις ίδιες τις συνθήκες. Εντούτοις η Επιτροπή Διεθνούς Δικαίου διαβεβαίωσε πως οι συνθήκες ουδέποτε θα επιδείξουν τέτοια ροπή. Ωστόσο, αυτό δεν σημαίνει πως οι διεθνείς συνθήκες και οι συμβάσεις θα είχαν ανεπηρέαστο πεδίο εφαρμογής υπό την έννοια πως θα υπήρχε μέριμνα και για τις περιόδους πολέμου. Το περιεχόμενο των διατάξεων προφανώς και δεν θα έμενε παγιωμένο μιας και η φύση των συνθηκών σε καιρούς πολέμου και ειρήνης αντίστοιχα είναι διαφορετική συνεπώς

οφείλουν να προσαρμόζονται και οι νομοθέτες σε αυτές. Συνεπώς από τα παλιά χρόνια διαγραφόταν η ανάγκη για νομική θεσμοθέτηση κανόνων που θα ίσχυαν σε συνθήκες πολέμου, διατάξεις που συνυπάρχουν σε κάθε περίπτωση στο ίδιο κείμενο με αυτές που ορίζουν τους κανονισμούς για περιόδους ειρήνης, δεν συγχέονται και ενεργοποιούνται όποτε κριθεί αναγκαίο.¹

Το ζήτημα αυτό έχει απασχολήσει αρκετά την διεθνή κοινότητα λόγω της μεγάλης σημασίας και επικαιρότητας του. Με αφορμή υποθέσεις άμεσων και έμμεσων απαλλοτριώσεων επενδυτικών δομών υπό την μορφή κρατικοποιήσεων όπως επι παραδείγματι οι κινήσεις που πραγματοποίησε το Γερμανικό κράτος με την κρατικοποίηση των εταιρειών φυσικού αερίου Uniper και Fortum, υπό την σκιά των κυρώσεων που επέβαλε η Ευρωπαϊκή Ένωση στις εταιρείες Ρωσικών συμφερόντων εξαιτίας της ένοπλης συμπλοκής με την Ουκρανία², καθώς επίσης και άλλων υποδομών όπως νοσοκομεία, κατοικίες, αποθήκες καυσίμων και άλλες. Οι ζημιές αυτές συμπεριλαμβανομένων μεταξύ άλλων και των επενδυτικών δομών σύμφωνα με εκτιμήσεις του Reuters, ανέρχονται στην Ουκρανική επικράτεια στα 100 δις δολάρια. Οι ζημιές αυτές είναι αναμφίβολα αποτέλεσμα των εχθροπραξιών και στο προσεχές διάστημα, πλειάδα υποθέσεων αξιώνοντας αποζημιώσεις θα απασχολήσει μεταξύ άλλων και τα διεθνή διαιτητικά δικαστήρια από απαιτήσεις πληγέντων ξένων επενδυτών. Τόσο η Ουκρανία όσο και η Ευρωπαϊκή Ένωση είναι μέλη στην Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας, συνεπώς δεσμεύονται από τις διατάξεις προστασίας των ξένων επενδυτών που προβλέπει η Συνθήκη, με την τελευταία να παρέχει αρκετά ξεκάθαρες και ενδεδειγμένες διατάξεις και για προστασία σε περιόδους ειρήνης όσο και σε εμπόλεμες συνθήκες. Πολλοί αναφέρουν πως στο διεθνές δίκαιο υπάρχουν δύο ρυθμιστικοί τομείς δικαίου, συγκεκριμένα το διεθνές επενδυτικό και το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο. Έχει παρατηρηθεί πως, μιας και έχουν ένα πεδίο δράσης που αν και καλύπτει το ίδιο έδαφος η προσέγγιση και οι στόχοι είναι διαφορετικοί από κάθε σκοπιά, το τελικό αποτέλεσμα του κάθε τομέα καταλήγει σε ορισμένα σημεία να συγχέεται.³ Για την αποφυγή λοιπόν αυτής της σύγχυσης με τις διαφορετικές προσεγγίσεις στο ίδιο ζήτημα από τους δύο αυτούς τομείς έχει τεθεί σε εφαρμογή η Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας. Μια πολυμερής επενδυτική συμφωνία, η οποία έχει

¹ Ackermann, T., "Investment treaties during armed conflict: Special protection for foreign investors?" found at <https://www.cambridgeblog.org/2022/09/investment-treaties-during-armed-conflict-special-protection-for-foreign-investors/>

² <https://www.cnn.com/2022/09/21/german-government-agrees-nationalization-deal-for-energy-giant-uniper.html>

³ <https://opiniojuris.org/2022/07/14/is-investor-state-dispute-settlement-an-appropriate-forum-for-the-resolution-of-investment-disputes-arising-from-armed-conflicts-part-1-normative-conflicts-and-consequences/>

αναλάβει έναν ρόλο να προσφέρει όσο το δυνατόν πιο ξεκάθαρες νομικές διατάξεις με διεξοδικότητα αναφορικά με την προστασία των ξένων επενδύσεων στα μέλη της. Ασχολείται με την προστασία των ξένων επενδύσεων εν γένει καθώς και τους τρόπους επίλυσης των αδικοπραξιών αλλά επίσης πραγματεύεται τα ίδια καθήκοντα, μεταξύ άλλων, και σχετικά με περιόδους πολέμου. Η σημαντική επιρροή της Ρωσίας στο εμπόριο της ενέργειας αυτή την περίοδο καθώς και από την μια οι ζημίες που προκλήθηκαν από την εμπόλεμη κατάσταση έναντι της Ουκρανίας σε διάφορες ξένες επενδύσεις και από την άλλη τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν σε ξένους επενδυτές από τις αντιδράσεις άλλων χωρών μελών της Συνθήκης στην επικράτειά τους ως απάντηση και προφύλαξη ενάντια στον πόλεμο ζημιώνοντας τους τελευταίους, αδιαμφισβήτητα θα δημιουργήσουν πλειάδα υποθέσεων που θα απασχολήσουν, βασιζόμενες στις διατάξεις της Συνθήκης, τα διεθνή διαιτητικά δικαστήρια το προσεχές διάστημα.

Έχοντας κάνει μια σύντομη αναφορά στα δεδομένα γύρω από τα οποία θα αναπτυχθεί το κείμενο, το κύριο ερώτημα για το οποίο καλούμαστε να σχηματίσουμε μια απάντηση έχει να κάνει με την αποτελεσματικότητα των διατάξεων της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας αναφορικά με τις ρήτρες προστασίας των ξένων επενδύσεων σε περίοδο πολέμου. Ταυτόχρονα θα μας απασχολήσει η θέση των διατάξεων της ΣΧΕ για το θέμα αυτό απέναντι στις αντίστοιχες διατάξεις του δημοσίου δικαίου, σε συνάρτηση με την πολυσυζητημένη γενική αναθεώρηση των διατάξεων της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας, ορμώμενοι από τις κινήσεις τροποποίησης της Συνθήκης που έλαβαν χώρα προς τα τέλη του 2022.⁴ Το βασικότερο ζήτημα έχει να κάνει όμως όπως αναφέρθηκε και προηγουμένως με την αποτελεσματικότητα των διατάξεων της ΣΧΕ σε συνάρτηση με την πλειάδα των επικείμενων υποθέσεων που θα βασιστούν σε αυτές με σκοπό να εγείρουν αξιώσεις αποζημίωσης και την ερμηνεία τους από τα διαιτητικά δικαστήρια που θα κληθούν να αντιμετωπίσουν τις υποθέσεις αυτές με βασική αιτία την έναρξη εμπόλεμων ενεργειών από το Ρωσικό κράτος. Έχοντας κάνει αναφορά στις επιμέρους λεπτομέρειες που θα αναπτυχθούν παρακάτω, τα κύρια ερωτήματα που θα μας απασχολήσουν καθώς και την σημασία του ζητήματος που εξετάζουμε, ο τρόπος με τον οποίο θα γίνει η διάρθρωση της ανάλυσης αυτής θα είναι ο εξής. Αρχικά θα γίνει αναφορά στο αρμόδιο όργανο που ρυθμίζει τις σχέσεις μεταξύ κρατών και επενδυτών και παρέχει προστασία εις αμφοτέρους, την Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας. Σε πρώτη φάση θα ασχοληθούμε με τις γενικές διατάξεις προστασίας των επενδυτών, σε

⁴ https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en

καιρούς ειρήνης, που παρέχονται από αρκετά άρθρα όπως, μεταξύ άλλων, το άρθρο 10 ή άρθρο 26 της ΣΧΕ καθώς επίσης και τις γενικές αρχές δημοσίου δικαίου που άπτονται του ίδιου αντικειμένου όπως η αρχή της ίσης και δίκαιης μεταχείρισης. Εν συνεχεία, στο δεύτερο κεφάλαιο θα αναφερθούμε στην παρεχόμενη προστασία προς τους ξένους επενδυτές από το διεθνές δίκαιο σε περίοδο προγενέστερη από την Συνθήκη, θα εξετάσουμε τις επιταγές του Δημοσίου Δικαίου στην σύγχρονη εποχή για τις εμπόλεμες συνθήκες, με ιδιαίτερη αναφορά στις ρήτρες πολέμου και στις ρήτρες ασφαλείας καθώς επίσης και πως αυτές ενσωματώνονται στην ΣΧΕ, μέσω του άρθρου 24, για να προσφέρουν προστασία στους επενδυτές και στα κράτη αντίστοιχα. Τέλος, μιας και όπως προαναφέρθηκε αναμένεται να απασχολήσουν αρκετές υποθέσεις το προσεχές διάστημα τα διαιτητικά δικαστήρια, θα γίνει μνεία σε διάφορες υποθέσεις που έχουν εκδικαστεί, είτε σχετικές με την Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας, είτε σχετικές με τις εν γένει ρήτρες πολέμου του Διεθνούς Δικαίου.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 1: ΑΝΑΛΥΣΗ ΑΡΘΡΩΝ ΤΗΣ ΣΥΝΘΗΚΗΣ ΤΟΥ ΧΑΡΤΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ- ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

Σύμφωνα με τις διατάξεις της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας, όπως και σε πολλές άλλες συμβάσεις επενδυτικών δραστηριοτήτων, υπάρχει σαφής και βαρύνουσα σημασία μέριμνα αναφορικά με την προστασία των επενδύσεων και κατ' επέκταση και των επενδυτών. Η παροχή της προστασίας αυτής φαίνεται να είναι από τα πιο σημαντικά ζητήματα προς συζήτηση σχετικά με την ΣΧΕ. Πιο συγκεκριμένα, τόσο σε θεωρητικό όσο και σε πρακτικό επίπεδο φαίνεται να αποτελεί προαπαιτούμενο για την έναρξη επενδυτικών ενεργειών. Οι εναλλακτικές δυνατότητες επίλυσης διαφορών είναι συγκεντρωμένες στο Τρίτο μέρος (Part III) της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας. Ένα από τα άρθρα που άπτονται τρόπο επίλυσης διαφορών ανάμεσα σε επενδυτή και ανάδοχο κράτος είναι το άρθρο 26 και αναφέρεται στην διαιτητική επίλυση των επενδυτικών διαφορών. Έπειτα θα γίνει αναφορά στο άρθρο 10 της ΣΧΕ και στην αλληλεπίδρασή του με την αρχή ίσης και δίκαιης μεταχείρισης. Εν συνεχεία αναφορά θα υπάρξει στο άρθρο 13 σχετικά με το ενδεχόμενο απαλλοτριώσεων, τα δικαιώματα και τις εξαιρέσεις σε αυτόν τον τομέα καθώς και την διασύνδεσή του με το άρθρο 12 για την απόδοση αποζημιώσεων σε παράβαση ιδιοκτησιακών δικαιωμάτων

των επενδυτών. Τέλος αναφορά θα γίνει σε δύο εξίσου βασικούς πυλώνες για την προστασία των επενδύσεων, ονομαστικά την αρχή εθνικής μεταχείρισης και την αρχή του μάλλον ευνοούμενου κράτους.

Article 26: Επίλυση επενδυτικών διαφορών με μηχανισμούς διαιτησίας

Ένας από τους μηχανισμούς επίλυσης διαφορών, και αναμφισβήτητα ένας από τους επικαλούμενους την καλή διάθεση των αντισυμβαλλομένων είναι αυτός του άρθρου 26(1) της ΣΧΕ. Στην πρώτη παράγραφο του ανωτέρω άρθρου γίνεται αναφορά στην φιλική επίλυση των διαφορών των αντισυμβαλλομένων, φέρνοντας τους τελευταίους στην θέση να συζητήσουν την διαφορά εξωδικαστικά μεταξύ τους και κατόπιν να δοθεί μια λύση στην, όπως αναφέρεται επι λέξη στο άρθρο, «*εικαζόμενη αθέτηση υποχρέωσης*». Σε διαφορετική περίπτωση, εκεί όπου δηλαδή καθίσταται αδύνατη η φιλική και καλή τη πίστει εύρεση λύσης, η υπόθεση παραπέμπεται στην δεύτερη παράγραφο του άρθρου 26.

Στην περίπτωση αυτή δίδεται μια προθεσμία τριών μηνών για την φιλική εξεύρεση λύσης, η λεγόμενη *cooling-off period*, κατά την οποία συνεχίζονται οι προσπάθειες εξεύρεσης πιθανής λύσης στα αρχικά στάδια της διαπραγμάτευσης.⁵ Με την παρέλευση της τρίμηνης αυτής περιόδου, τότε η διαδικασία που ακολουθείται για την επίλυση της διαφοράς είναι να προχωρήσει δικαστικά.

Μια επιλογή είναι να απευθυνθούν στα εθνικά δικαστήρια της συνυπογράφουσας στην επενδυτική σύμβαση χώρας, όπως ορίζεται στην παράγραφο 2 του Άρθρου 26 ΣΧΕ. Έπειτα υπάρχει η δυνατότητα να τελεστεί συμφωνία μεταξύ των δύο πλευρών προγενέστερα της διαφοράς σχετικά με τον επιθυμητό τρόπο επίλυσης, αν αυτή προκύψει.⁶ Τέλος, η Συνθήκη προσφέρει τέσσερεις εναλλακτικούς προτεινόμενους τρόπους επίλυσης στο στοιχείο γ της παραγράφου 2 του Άρθρου 26 ΣΧΕ αναφορικά με διεθνή διαιτητικά δικαστήρια.

⁵ Happ, R. (2000). Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren nach Artikel 26 Energiechartavertrag. *Frankfurt am Main*.

⁶ Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας, Άρθρο 26(2)(γ).

Αρχικά, δίνεται η δυνατότητα στα συμβαλλόμενα μέρη να προσφύγουν στην μηχανισμό επίλυσης διαφορών μεταξύ επενδυτή και κράτους (ICSID), όπου τηρώντας τις διατάξεις του, προκύπτει επίλυση. Προϋπόθεση εδώ αποτελεί και τα δύο μέρη να είναι συμβαλλόμενα με τις διατάξεις ICSID. Στην συνέχεια, δίνεται η επιλογή στα μέρη εφόσον δεν τηρείται η προϋπόθεση συμμετοχής στις διατάξεις ICSID από ένα μέρος, να ακολουθήσουν τις συμπληρωματικές νομοθετικές διατάξεις του μηχανισμού για τις περιπτώσεις όπου μόνο ένα μέρος στην αντιδικία είναι μέλος του ICSID. Τρίτον, εφικτή είναι η προσφυγή στο διαιτητικό δικαστήριο της UNCITRAL, εκεί όπου με ad hoc διαιτησία βρίσκεται λύση ενώπιον δικαστηρίου. Τέλος, αρμόδιο για επίλυση επενδυτικών διαφορών είναι και το Διεθνές Επιμελητήριο της Στοκχόλμης.

Κοινός παρονομαστής στις ανωτέρω επιλογές είναι η ουδετερότητα της δικαστικής αρχής που είναι υπεύθυνη για την εξεύρεση της χρυσής τομής ενώ χαρακτηριστικό γνώρισμα και των τεσσάρων δικαστικών αρχών αποτελεί η ιδιότητά τους ως διαιτητικά δικαστήρια.⁷ Εν αντιθέσει με τις διατάξεις ICSID, χαρακτηριστικό γνώρισμα της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας αποτελεί η μη ανάγκη για ύπαρξη προγενέστερης συμφωνίας ανάμεσα στα δύο μέρη για προσφυγή σε διαιτησία. Με άλλα λόγια, τα συμβαλλόμενα μέρη της ΣΧΕ μπορούν να προσφύγουν στον μηχανισμό επίλυσης διαφορών ICSID, ωστόσο μιας και αποτελούν συμβαλλόμενα μέρη της ΣΧΕ δεν υπάρχει ρητή προϋπόθεση για ανάγκη προσυμφωνίας ανάμεσα στα δύο μέρη ως προς την πιθανή προσφυγή σε διαιτητικό δικαστήριο στο ενδεχόμενο αντιδικίας. Άλλωστε, κύριο μέλημα της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας αποτελεί η προώθηση των συμφερόντων των αντισυμβαλλομένων και κυρίως των επενδυτών και ακριβώς για αυτόν τον λόγο ο τελευταίος έχει δικαίωμα να δράσει χωρίς η Συνθήκη να θέτει εμπόδια και κωλύματα σε διαδικαστικά ζητήματα δίνοντας έμφαση περισσότερο στην ουσία παρά σε τυπικότητες. Δεν είναι τυχαίο πως τα νομικά πρότυπα (legal standards) που τηρούνται από την ΣΧΕ είναι αυτά που διέπουν το διεθνές δίκαιο. Αναφορικά με το διαδικαστικό των αποφάσεων, όταν εκδοθεί μια τέτοια από έναν από τους προαναφερθέντες φορείς, ανεξάρτητα από ποιόν, η απόφαση είναι τελεσίδικη και δεν έχει κανένα μέρος δικαίωμα να εφεσιβάλλει σε κάποιο εθνικό δικαστήριο.⁸

Τέλος, οι αποφάσεις είναι δεσμευτικές και πρέπει να εκτελούνται ενώ οι υποχρεώσεις που διαγράφονται στις αποφάσεις οφείλουν να ολοκληρώνονται

⁷ Ribeiro, C. (Ed.). (2006). Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty. JurisNet, pg. 56-57.

⁸ Tietje C. International Investment, Protection and Arbitration : Theoretical and Practical Perspectives. Berliner Wissenschafts-Verlag; 2011, pg. 25-28.

σύμφωνα με τις αντίστοιχες διατάξεις που επιτάσσει είτε ο μηχανισμός επίλυσης διαφορών μεταξύ κράτους και επενδυτή (ICSID)⁹ είτε σύμφωνα με την Σύμβαση Αναγνώρισης και Εφαρμογής Διαιτητικών Αποφάσεων του 1958.¹⁰ Κλείνοντας μια, όχι τόσο μακροσκελή αλλά απτόμενη τα σημαντικότερα σημεία του άρθρου 26 ΣΧΕ, αναφορά, άξιο λόγου αποτελεί το γεγονός πως έχει ασκηθεί έντονη κριτική στην χρησιμότητα και στην επιρροή που έχει ασκήσει το άρθρο 26 ΣΧΕ στις ξένες επενδύσεις εν γένει ως προς την συμβολή του στην επίλυση διαφορών αλλά και ως προς την καινοτόμα προσέγγιση του, σε σχέση με τις απαιτήσεις της ICSID, να μην αποτελεί προαπαιτούμενο η ύπαρξη προσυμφώνου για την πιθανή προσφυγή σε διαιτητικά δικαστήρια ανάμεσα σε κράτος και επενδυτή, προσφέροντας έτσι σημαντική προστασία στους τελευταίους δίνοντάς τους μεγαλύτερη αυτονομία κινήσεων.¹¹

Article 10: Προώθηση, προστασία και μεταχείριση των επενδύσεων (Αρχή ίσης και δίκαιης μεταχείρισης-Fair and equitable treatment)

Το άρθρο 10 ανήκει κι αυτό στο Τρίτο Μέρος (Part III) της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας, εκεί όπου απαντώνται διατάξεις που καταπιάνονται με την προστασία των επενδύσεων και των επενδυτών. Το άρθρο 10 ενσωματώνει μια διάταξη η οποία αποτελεί έναν σημαντικό πυλώνα στην εύρυθμη λειτουργία των επενδυτικών δραστηριοτήτων. Η υποχρέωση η οποία απορρέει από το άρθρο αυτό αφορά την δημιουργία περιβάλλοντος κατάλληλου για την ανάπτυξη και φιλοξενία επενδυτικών δραστηριοτήτων από τα ίδια τα ανάδοχα κράτη.

Υψίστης σημασίας δέσμευση αποτελεί η υποχρέωση προς τους επενδυτές να απολαμβάνουν αυτό που αναφέρεται ρητά στο άρθρο ως «[...]σταθερές, δίκαιες, ευνοϊκές και διαφανείς συνθήκες για την διενέργεια επενδύσεων[...]», μιας και είναι

⁹ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-book.pdf

¹⁰ Lionnet, K., Foerster, N., & Rechtsanwälte, R. (1996). Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Boorberg.363 et seq.

¹¹ Tietje C. International Investment, Protection and Arbitration : Theoretical and Practical Perspectives. Berliner Wissenschafts-Verlag; 2011, pg. 25-28.

εξίσου σημαντικό για τον κάθε επενδυτή να ξεκινήσει δραστηριότητες σε ένα πλαίσιο που αισθάνεται άνετα και εξασφαλισμένος. Αυτό επιτυγχάνεται με διάφορους μηχανισμούς και ρήτρες που εμπεριέχονται τόσο στο άρθρο 10 ΣΧΕ όσο και στην ίδια την Συνθήκη συνολικά.¹² Ένας τέτοιος μηχανισμός είναι και αυτός της αρχής ίσης και δίκαιης μεταχείρισης (Fair and equitable treatment ή αλλιώς FET). Η αρχή FET προσφέρει την προστασία της στις επενδυτικές δραστηριότητες εδώ και αρκετά χρόνια, εντούτοις αξιώσεις ενώπιον των δικαστηρίων βασισμένες σε αυτό το έρεισμα ξεκίνησαν να εγείρονται από τις αρχές της δεκαετίας του 2000 και έπειτα. Η αρχή της ίσης και δίκαιης μεταχείρισης που πραγματεύεται το άρθρο 10 ΣΧΕ υπήρχε εναρμονισμένη σε πλειάδα νομοθεσιών αλλά ως συμπληρωματική σε άλλες διατάξεις πληροφορία. Συμβάσεις όπως η ΣΧΕ και η NAFTA έχουν συμπεριλάβει την αρχή αυτήν σαν ανεξάρτητη διάταξη και σαν ξεχωριστό κριτήριο.

Ο πιθανός λόγος για την μη ύπαρξη νομοθετικής ανεξαρτησίας του κριτηρίου αυτού εικάζεται πως είναι η ίδια η φύση του. Αποτελεί ένα κριτήριο που είναι εκ φύσεως ευμετάβλητο και ευρύ, ανοιχτό στην ερμηνεία του και μη οριστικό. Στο παρελθόν, έχουν υπάρξει προσπάθειες για την εξεύρεση μιας χρυσής τομής με την αρχή αυτή να επιδιώκουν διάφοροι νομοθέτες να πάρει μια γενικότερη ερμηνευτική προσέγγιση. Ωστόσο, με την πάροδο του χρόνου διαπιστώθηκε πως η χρήση του εξυπηρετεί καλύτερα όταν εφαρμόζεται *in concreto* από τις δικαστικές αρχές, βασισμένο δηλαδή από την εκάστοτε δικαστική αρχή στα δεδομένα της κάθε υπόθεσης ξεχωριστά. Από εκεί προκύπτει και το ότι στην ΣΧΕ η ρήτρα FET θεωρείται ως μία αρχή η οποία συνοδεύει αρμονικά την αντίστοιχη νομοθεσία με σκοπό την προστασία των επενδύσεων. Σε αντίθετη περίπτωση, όπως συμβαίνει στην NAFTA, το διεθνές δίκαιο και η αρχή της ίσης και δίκαιης μεταχείρισης γνωρίζουν μια επικάλυψη μεταξύ τους διότι με την ρήτρα αυτή οριοθετείται αυτόματα ένα ελάχιστο επίπεδο προστασίας, κάτι που αναφορικά με την ΣΧΕ η διασύνδεση αυτή λογίζεται ως μια παράλληλη εννοιολογική προσέγγιση, όχι όμως ταυτόσημη.¹³ Αυτό το μαρτυρά άλλωστε και η απόφαση στην υπόθεση *CME v The Czech Republic* όπου το δικαστήριο ανέφερε χαρακτηριστικά πως:

¹² Ribeiro, C. (Ed.). (2006). Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty. JurisNet, pg. 56-57.

¹³ Schreuer, C. (2005). Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment & Trade*, 6(3), pg.357-386

«η ευρεία έννοια της ίσης και δίκαιης μεταχείρισης ωθεί τις πλευρές να προχωρήσουν παραπέρα από αυτό που ορίζονται στις διεθνείς απαιτήσεις καλής πίστης. Η Συνθήκη ξεκάθαρα διαχωρίζει την απαίτηση ίσης και δίκαιης μεταχείρισης στο άρθρο 3 παρ.1 από την υποχρέωση τήρησης των υποχρεώσεων βάσει διεθνούς δικαίου στο άρθρο 3 παρ.5»¹⁴

Η χρησιμότητα αυτής της διάταξης έγκειται στο ότι επικουρικά συντελεί ως αρωγός στην αποφυγή καταστρατήγησης της θέσης των επενδυτών από πλευράς κρατικών παραγόντων. Η σαφήνεια εξακολουθεί να μην εξαντλεί τα όρια της στην ερμηνεία της εντούτοις η ρήτρα ίσης και δίκαιης μεταχείρισης αποτελεί μια από τις πιο συχνά επικαλούμενες ρήτρες αναφορικά με την προστασία των επενδύσεων. Παρά την ασάφειά της, έχει κατορθώσει να κερδίσει έδαφος κυρίως λόγω αυτού του γενικού χαρακτήρα που την διέπει με τα δικαστήρια να επικουρούν για την σημασία της, προσφέροντας μια εξατομικευμένη προσέγγιση ανάλογα με τα στοιχεία της κάθε υπόθεσης. Εδώ κρίνεται σημαντικό να καταστεί σαφές πως όταν αναφερόμαστε στην ευελιξία, την προσαρμοστικότητα και την διακριτική ευχέρεια των δικαστηρίων να προσαρμόζουν την ερμηνεία της ρήτρας αυτής που εμπεριέχεται στο άρθρο 10 ΣΧΕ, δεν σημαίνει πως ο κάθε δικαστής δρα ανεξέλεγκτα και αυθαίρετα αλλάζοντας το νόημα της ρήτρας. Τα δικαστήρια έχουν καθιερώσει κάποια χαρακτηριστικά τα οποία ακολουθούνται πάντοτε. Αυτά έχουν να κάνουν πρωτίστως με τις νόμιμα απαιτούμενες διασφαλίσεις που περιμένουν οι επενδυτές. Σε δεύτερη φάση αφορούν την διοικητική σταθερότητα, προβλεψιμότητα και διαφάνεια.

Τέλος, ένα ακόμα χαρακτηριστικό αποτελεί και η έλλειψη αυθαιρεσίας και διάκρισης από την πλευρά του κράτους. Όλοι αυτοί οι παράγοντες επιβεβαιώνουν την υποχρέωση για μη αυθαίρετη χρήση της ρήτρας ίσης και δίκαιης μεταχείρισης. Επι παραδείγματι, αν θέλαμε να αναφερθούμε σε μια από τις παραπάνω κατηγορίες επιγραμματικά, θα άξιζε να επισημάνουμε κάποιες βασικές λεπτομέρειες αναφορικά με τις νόμιμες διασφαλίσεις. Κρίνεται απολύτως σημαντικό να προστατεύεται ο επενδυτής από τους συνήθεις επενδυτικούς κινδύνους ενώ οι απαιτήσεις από την πλευρά του επενδυτή να ήταν, κατά την διάρκεια σύναψης της σύμβασης, λογικές και

¹⁴ CME v. The Czech Republic, Partial Award, 13 September 2001.

νόμιμες.¹⁵ Οι προσδοκίες αυτές δεν έχουν κάποια ενδεδειγμένη ή συγκεκριμένη βάση, κάποιο συμβόλαιο παραδείγματος χάριν, αλλά μπορεί να απορρέουν από συμπεριφορές και εξασφαλίσεις που έδωσε το κράτος κατά την σύναψη της επενδυτικής σύμβασης χωρίς απαραίτητα να συμπεριλαμβάνονται μέσα σε αυτήν, όπως έγινε στην υπόθεση *Total*.¹⁶

Συμπληρωματικά, όσον αφορά τις προϋποθέσεις για την καθιέρωση του FET standard, πέρα από την τήρηση των συμφωνηθέντων όπως ήδη αναφέρθηκε, το κράτος επιπρόσθετα οφείλει να παρέχει την νομοθετική σταθερότητα στους επενδυτές ώστε να επικρατεί όσο το δυνατόν πιο ομοιόμορφο κλίμα στο ανάδοχο κράτος. Ταυτόχρονα όμως, αυτό δεν συνεπάγεται την απαγόρευση στο κράτος να νομοθετεί με σκοπό να εκσυγχρονίσει ή να θωρακίσει το νομοθετικό του πλαίσιο. Η ύπαρξη ασταθούς και διαρκώς μεταβαλλόμενου νομοθετικού πλαισίου στην επικράτεια ενός κράτους δεν θα πρέπει να δεσμεύει τον εθνικό νομοθέτη και να συγχέεται με την θωράκιση και την ανάπτυξη του εθνικού νομοθετικού συστήματος. Αυτονόητο αλλά και απαιτητικό στην εξεύρεση του είναι και το ότι ένας κεκαλυμμένος εκσυγχρονισμός δεν θα πρέπει να δίνει βήμα σε καταχρηστικές συμπεριφορές που ενδεχομένως να αλλοιώνουν την επενδυτική σκηνή.¹⁷

Εντός του άρθρου 10(1) ΣΧΕ υπάρχει επίσης μέριμνα για ακόμα μια πρόνοια με ευεργετικό χαρακτήρα για την προστασία των επενδύσεων και των επενδυτών είναι το δόγμα της συνεχούς προστασίας και ασφάλειας (Most constant protection and security) ή αλλιώς της πλήρους προστασίας (Full protection standard). Η υποχρέωση του κράτους για διαρκή παροχή σε ενδεχόμενα προβλήματα που θα μπορούσαν να αποφευχθούν εφόσον το κράτος ήταν επιμελές στην παροχή προστασίας και ασφάλειας στους επενδυτές στο έπακρο.¹⁸ Η πλήρης προστασία δεν περιορίζεται μόνο στην

¹⁵ Selivanova, Y. S. (2018). Changes in renewables support policy and investment protection under the Energy Charter Treaty: analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 33(2), 433-455.

¹⁶ *Total SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/04/1, Decision on Liability (27 December 2010) para 121.

¹⁷ Coop, G. (2011). *Energy Dispute Resolution: Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty*. Juris Publishing, Inc., pg 32-34.

¹⁸ Roe, T., & Happold, M. (2011). *Settlement of investment disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge University Press. pg. 115-116.

φυσική παρουσία των επενδυτών αλλά και στα κινητά και ακίνητα περιουσιακά στοιχεία όπως έχουν αναφέρει τα δικαστήρια σε αρκετές υποθέσεις.¹⁹²⁰

Article 13: Επιτάξεις, Απαλλοτριώσεις και Εθνικοποιήσεις επενδυτικών προγραμμάτων

Ένα από τα κυριότερα σημεία ανησυχίας για τους επενδυτές αποτελεί η περίπτωση όπου κάποια κυβέρνηση δράσει μονομερώς με σκοπό την επίταξη, απαλλοτρίωση ή εθνικοποίηση επενδυτικών περιουσιακών στοιχείων. Σαφώς, μιας και αυτό αποτελεί μεγάλη ανησυχία για τους επενδυτές, δεν θα μπορούσε ο νομοθέτης να το παραβλέψει και να μην λάβει μέριμνα σχετικά με αυτό. Κατά τις δεκαετίες '60 και '70 υπήρχαν αρκετές περιπτώσεις όπου κυβερνήσεις απαλλοτρίωναν άμεσα ιδιωτικές περιουσίες. Πλέον, με το πέρασμα του χρόνου αυτές γίνονται όπου έχουν παρατηρηθεί με έμμεσο τρόπο. Η λύση η οποία προτείνεται από το άρθρο 13 της ΣΧΕ έχει να κάνει με αποζημίωση προς τον επενδυτή που χάνει την περιουσία του. Φυσικά και όσο αναπτύσσονταν και τα νομοθετήματα ανά τον κόσμο, η αποζημίωση αποτελούσε ανέκαθεν την διαφαινόμενη λύση. Αναφορικά, διμερείς και πολυμερείς (BITs & MITs), άνω των 3000 συμφωνιών σε αριθμό, έχουν ρητή μέριμνα για αποζημίωση σε περίπτωση απαλλοτρίωσης. Με τον όρο απαλλοτρίωση εννοούμε την κατάχρηση των περιουσιακών δικαιωμάτων άλλου προσώπου.

Μια κυβέρνηση δύναται να δράσει με αρκετούς τρόπους που μπορεί να θεωρηθούν ως πρακτικές απαλλοτρίωσης. Ουσιαστικά οποιαδήποτε πράξη από πλευράς κυβέρνησης, οι οποίες αλληλοεπιδρούν με τα ιδιοκτησιακά δικαιώματα ιδιωτών μπορούν να λογιστούν ως άμεση απαλλοτρίωση. Η πρακτική αυτή επειδή γίνεται πλέον εύκολα αντιληπτή, ακριβώς γι αυτόν τον λόγο οι κυβερνήσεις, εάν καταλήξουν να παρενοχλήσουν τα ιδιοκτησιακά δικαιώματα των ιδιωτών, αποφεύγεται αυτός ο τρόπος. Πλέον η συχνότητα έχει αυξηθεί για τις έμμεσες απαλλοτριώσεις όπου αφενός ο τίτλος ιδιοκτησίας παραμένει στα χέρια του ιδιώτη, ωστόσο η κυβέρνηση λαμβάνει μέτρα των οποίων η ουσιαστική επίδραση είναι να χάνει ο ιδιοκτήτης το

¹⁹ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12

²⁰ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8

δικαίωμα διαχείρισης και χρήσης του ακινήτου ή να σημειωθεί μεγάλη απομείωση στην αξία της περιουσίας. Αυτή η πρακτική είναι γνωστή και ως έμμεση απαλλοτρίωση.²¹ Βέβαια είναι αδιανόητο σε μια τόσο σημαντική ρήτρα να μην υπάρχουν εξαιρέσεις που νομιμοποιούν τις πράξεις των κρατών ανά διαστήματα.

Υπάρχουν λοιπόν κάποια κριτήρια τα οποία εφόσον πληρούνται, οποιαδήποτε πρακτική (άμεση ή έμμεση απαλλοτρίωση) ακολουθήσει μια κυβέρνηση, τότε αυτή κρίνεται ως μη υπερβαίνουσα τις νομικές διατάξεις. Για να έχουμε μια τέτοια περίπτωση τα κριτήρια τα οποία θα πρέπει να πληρούνται είναι τα εξής. Η απαλλοτρίωση θα πρέπει: 1) να γίνεται προς δημόσιο συμφέρον, 2) να γίνεται με όλες τις νόμιμες, ορθές και προβλεπόμενες από το κράτος διαδικασίες, 3) να μην έχει ως βάση τέλεσης κάποια διάκριση και τέλος 4) ως αντάλλαγμα να προσφέρεται ως αντάλλαγμα επαρκής, δίκαιη και άμεση αποζημίωση. Το ίδιο ακριβώς δόγμα ακολουθεί και το άρθρο 13(1) ΣΧΕ.²² Γίνεται λοιπόν αντιληπτό πως απαλλοτριώσεις και εθνικοποιήσεις δεν θεωρούνται αυτομάτως παράνομες, αρκεί να πληρούνται οι παραπάνω προϋποθέσεις (σωρευτικά). Το άρθρο 13(1) ΣΧΕ καλύπτει τόσο τις άμεσες όσο και τις έμμεσες μορφές απαλλοτριώσεων καθώς και μέτρα με ισοδύναμη ισχύ.

Κοιτώντας αναδρομικά το παρελθόν, χώρες με κατά κύριο λόγο εξαγωγικές δραστηριότητες όπως είναι οι Η.Π.Α επι παραδείγματι, η τάση έδειχνε μια συνήθεια για την αποζημίωση να ορίζεται με βάση την αντικειμενική αξία της αγοράς ενώ σε χώρες με κυρίως εισαγωγική δραστηριότητα ορίζονταν ένα κατώτατο όριο, μικρότερης αξίας από την ίδια την αξία της αγοράς δίνοντας μεγαλύτερη ευελιξία στα ποσά τον τρόπο και τον χρόνο αποζημίωσης.²³

Ένα σημείο στο οποίο δημιουργείται σύγχυση είναι η αλληλεπίδραση του άρθρου 13 με το άρθρο 24 διότι πρέπει να οριστεί πότε ένα τέτοιου είδους μέτρο έχει πραγματοποιηθεί με γνώμονα την κοινή ωφέλεια και πότε είναι κεκαλυμμένο μέτρο για ουσιαστική απαλλοτρίωση. Αποτελεί μεγάλο ερώτημα για ένα δικαστήριο, ενώπιον

²¹ Newcombe, A. P., & Paradell, L. (2009). Law and practice of investment treaties: standards of treatment. Kluwer Law International BV., pg.324-325.

²² Το άρθρο 13(1) αναφέρει συγκεκριμένα: *Οι επενδύσεις των επενδυτών ενός συμβαλλομένου μέρους στην επικράτεια άλλου συμβαλλομένου μέρους δεν εθνικοποιούνται, δεν απαλλοτριώνονται. ούτε υπόκεινται σε μέτρο ή μέτρα ισοδύναμου αποτελέσματος με την εθνικοποίηση ή την απαλλοτρίωση (στο εξής αναφέρονται ως «απαλλοτρίωση»), εκτός εάν:*

A) Πραγματοποιούνται για λόγους δημοσίου συμφέροντος

B) Γίνεται άνευ διακρίσεων,

Γ) τηρεί όλες τις νόμιμες διατυπώσεις και

Δ) συνοδεύεται από την καταβολή άμεσης επαρκούς και αποτελεσματικής αποζημίωσης.

²³ “Expropriation regime under the energy charter treaty”, Energy Charter Secretariat, 2012, found online at: https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Expropriation_2012_en.pdf

του οποίου θα δικαστεί μια υπόθεση, ούτως ώστε αυτό να εγκρίνει την κατάλληλη αποζημίωση.²⁴

Ο οργανισμός Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (OECD) σε κείμενο του για την έμμεση απαλλοτρίωση και το δικαίωμα ρύθμισης στο διεθνές επενδυτικό δίκαιο, αναγνώρισε 3 πολύ ευρεία κριτήρια για την επιβεβαίωση των περιπτώσεων όπου υπάρχει κυβερνητικός δόλος και κατάχρηση του δικαιώματος ιδιοκτησίας και κατ' επέκταση ανάγκη αποζημίωσης αλλά και πότε μια θεσμική νομοθετική μεταρρύθμιση αποτελεί δικαίωμα του κράτους για τον νομοθετικό εκσυγχρονισμό. Τα κριτήρια αυτά επιγραμματικά είναι τα εξής: 1) ο βαθμός παρέμβασης στα δικαιώματα ιδιοκτησίας, 2) ο χαρακτήρας των μέτρων, κοιτώντας την πρόθεση και το περιεχόμενο των μέτρων και 3) ο βαθμός παρέμβασης στις λογικές απαιτήσεις των επενδυτών.²⁵

Εν κατακλείδι το άρθρο 13 προνοεί και φροντίζει για τη αποζημίωση των επενδυτών είτε οι απαιτήσεις για αποζημίωση εγείρονται εφόσον δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 13 ΣΧΕ, και κατά συνέπεια εντοπίζεται παραβίαση των διατάξεων και των δικαιωμάτων των επενδυτών, καθώς και σε περιπτώσεις όπου οι διαδικασίες έχουν τελεστεί με νόμιμο τρόπο και πληρούνται τα ζητούμενα κριτήρια. Με απλούστερα λόγια, το άρθρο 13 της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας προβλέπει την αποζημίωση των επενδυτών και στις δύο περιπτώσεις, είτε η απαλλοτρίωση είναι νόμιμη είτε όχι, εντούτοις δίνει όλα τα κατάλληλα εργαλεία για να διαπιστωθεί εάν η πρακτική η οποία ακολούθησε μια κυβέρνηση ήταν δόλια και να προσαρμοστεί σε αυτή τη βάση η απόφαση του δικαστηρίου.²⁶

Article 12: Αποζημιώσεις

Θα μπορούσε να λεχθεί πως το άρθρο 12 και το άρθρο 13 της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας έχουν μια αρκετά στενή σχέση μιας και αυτά που προβλέπονται στο άρθρο 13 σε έναν πολύ μεγάλο βαθμό εκπληρώνονται από το άρθρο 12. Το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 12 εκτείνεται στην μέριμνα για την αποζημίωση που θα πρέπει να λάβει

²⁴ Schreuer, C. (2005). Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment & Trade*, 6(3), pg.357–386

²⁵ “Expropriation regime under the energy charter treaty”, Energy Charter Secretariat, 2012, found online at: https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Expropriation_2012_en.pdf

²⁶ Hobér, K. (2010). Investment arbitration and the energy charter treaty. *Journal of International Dispute Settlement*, 1(1), 153-190.

ένας επενδυτής σε περίπτωση ζημίας από εξωγενείς παράγοντες (απαλλοτριώσεις, επισχές, εθνικοποιήσεις κ.ο.κ). Είναι αυτό το οποίο δίνει το δικαίωμα στους επενδυτές να λάβουν «επαρκή, δίκαιη και άμεση αποζημίωση» με αξία ίσης της δίκαιης και αντικειμενικής αξίας της αγοράς κατά την οποία κοστολογείται η επένδυση.

Το επαρκές θα μπορούσε κάποιος να πει ότι σημαίνει αρκετά πράγματα. Μπορεί να αναφέρεται στην επιστροφή των αρχικών εξόδων που έγιναν για την πραγματοποίηση της επένδυσης, εννοώντας τα έξοδα τα οποία δαπανήθηκαν για την αγορά εξοπλισμού και εγκαταστάσεων. Συμπληρωματικά, είθισται να καταβάλλονται έντοκα τα ποσά με αιτιολογία την διαφοροποίηση των εξόδων λόγω πληθωρισμού. Ως παράδειγμα θα μπορούσαμε να χρησιμοποιήσουμε την Κουβανέζικη κυβέρνηση κατά την χρονιά του 1959 όπου αποζημίωσε τους πληγέντες επενδυτές με βάση την φορολογική κλίμακα στην οποία είχαν ενταχθεί στην Κούβα. Η εκάστοτε επιχείρηση, θα μπορούσε κάλλιστα για να αποφύγει υπέρογκα φορολογικά έξοδα να δηλωθεί ως εταιρεία μικρότερης φορολογικής κλίμακας με αποτέλεσμα να μην αντικατοπτρίζεται έτσι η αντικειμενική αξία της επένδυσης. Πλέον, ο τρόπος εξέτασης και απονομής της αποζημίωσης πραγματοποιείται εξετάζοντας τα εκτιμώμενα κέρδη για το μέλλον και προσπαθεί να αποκαταστήσει την ζημία που θα υποστεί ο επενδυτής και η επένδυση από την στιγμή της ζημίας κι έπειτα κι όχι να αποζημιώσει την επένδυση από την αρχή της μέχρι και το σημείο όπου πραγματοποιήθηκε η ζημία. Άρα αποζημιώνεται, η απώλεια των διαφαινόμενων μελλοντικών κερδών και όχι του επενδυτικού ρίσκου που ανέλαβε ο επενδυτής. Τέλος, αν και φαίνεται να υπάρχουν αρκετά ξεκάθαρες οδηγίες ως προς τον τρόπο με τον οποίο γίνεται η αποζημίωση, τον τελευταίο λόγο έχει το εκάστοτε δικαστήριο σε αρμονία με το άρθρο 26 της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας καθώς και την παρέμβαση του μηχανισμού επίλυσης διαφορών (ICSID).²⁷

²⁷ <https://www.tjm.org.uk/trade-deals/energy-charter-treaty>

Αρχές Διεθνούς Δικαίου εφαρμοστέες στην ΣΧΕ (National Treatment standard-Most favored Nation standard)

Ρήτρα εθνικής μεταχείρισης

Στο περιεχόμενο της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας υπάρχουν συγκεκριμένες ρήτρες που άπτονται συγκεκριμένων εννοιών και είναι κατανεμημένες σε άρθρα όμως υπάρχουν και γενικές αρχές που διέπουν την Συνθήκη εν γένει. Μια τέτοια γενική κάλυψη για την προστασία των επενδυτών αποτελεί η αρχή της εθνικής μεταχείρισης. Κύριος στόχος του δικαίου των επενδύσεων είναι η οριστική εξάλειψη διάκρισης με βάση την εθνικότητα. Η μη διάκριση επιφέρει τόσο οικονομικά όσο και πολιτικά οφέλη. Κοιτώντας πρωτίστως τα οικονομικά οφέλη μπορεί να λεχθεί πως με την διασφάλιση της προστασίας των επενδυτών με την αρχή της εθνικής μεταχείρισης, προωθείται η παραγωγική και αποτελεσματική, άνευ σκοπέλων, οικονομική δραστηριότητα σαν σύνολο. Γίνεται πιο ελκυστικό το περιβάλλον για έναν επενδυτή με σκοπό να ξεκινήσει τις δραστηριότητές του σε έναν τόπο. Επιπροσθέτως, σε πιο σύγχρονες αναλύσεις, η αποστροφή από οικονομικές δραστηριότητες που επηρεάζουν την κατανομή του πλούτου, είναι αυτή που συνεπάγεται την μείωση της οικονομικής ανάπτυξης.²⁸ Κατά συνέπεια γίνεται αυτομάτως αντιληπτό πως οι αγορές που δρουν με διακρίσεις είναι κι αυτές οι οποίες απομονώνονται από τις διεθνείς αγορές και τον διεθνή ανταγωνισμό. Ακριβώς το αντίθετο ισχύει για τις χώρες που βρίσκονται μέσα στις διεθνείς αγορές.

Τα πολιτικά οφέλη αφορούν την ισχυρή εξάλειψη ενδεχομένων συγκρούσεων και ρίχνει τα επίπεδα του προστατευτισμού καθώς και του αθέμιτου ανταγωνισμού με κριτήριο την εθνικότητα του επενδυτή.²⁹

Αρχή μάλλον ευνοούμενου κράτους

Η αρχή προστασίας του μάλλον ευνοούμενου κράτους αφορά την ύπαρξη προστασίας από το ανάδοχο κράτος προς μια ξένη επένδυση ορισμένης προέλευσης απέναντι σε παρόμοιες επενδύσεις άλλων ξένων επενδυτών. Η σημασία της αρχής

²⁸ Trebilcock, M., Howse, R., & Eliason, A. (2005). The regulation of international trade. Routledge. pg 441-446.

²⁹ Newcombe, A. P., & Paradell, L. (2009). Law and practice of investment treaties: standards of treatment. Kluwer Law International BV, pg. 147-148.

ορίζεται από την δυνατότητα όλων των επενδυτών, ανεξαρτήτως προέλευσης της επένδυσης, να απολαμβάνουν εξίσου τις παροχές που προσφέρει το κράτος σε έναν επενδυτή. Με απλά λόγια, δεν νοείται κάποιος επενδυτής αλλοδαπός να απολαμβάνει μια παροχή από το ανάδοχο κράτος ενώ το τελευταίο να στερεί την απόλαυση της ίδιας παροχής σε επενδυτή παρόμοιου έργου ή και μη, με άλλη εθνικότητα. Η ρήτρα αυτή λειτουργεί επιπροσθέτως ως δικλείδα ασφαλείας απέναντι σε νέες συμφωνίες καλύπτοντας έτσι, καλή τη πίστει, παραλείψεις. Τέλος, χώρες με μικρότερη διαπραγματευτική ισχύ αποκτούν έτσι ένα πεδίο διαπραγματεύσεων επι ίσοις όροις εν συγκρίσει με πιο ισχυρά κράτη, έχοντας έτσι όλοι τα ίδια δικαιώματα και την ίδια μεταχείριση.³⁰

Εν κατακλείδι, δύο από τους πυλώνες που διασφαλίζουν την εύρυθμη λειτουργία των επενδυτικών αγορών χωρίς ύπαρξη διακρίσεων λόγω εθνικότητας είναι η αρχή εθνικής μεταχείρισης (national treatment) και η αρχή του μάλλον ευνοούμενου κράτους (most favored nation). Όπως μαρτυρά το όνομα, στην πρώτη περίπτωση υπάρχει η υποχρέωση από το ανάδοχο κράτος να συμπεριφέρεται σε όλους του επενδυτές ανεξαρτήτως εθνικότητας με τον ίδιο ακριβώς τρόπο που θα συμπεριφερόταν σε ντόπιους επενδυτές. Αντίθετα, στο κριτήριο του μάλλον ευνοούμενου κράτους (most favored nation) δεν δύναται μια κυβέρνηση να κάνει διακρίσεις ανάμεσα σε δύο, διαφορετικής εθνικότητας, επενδυτές και να παρέχει προνόμια στον έναν και να αποκλείει τον άλλον από αυτά.

Συμπερασματικά, γίνεται σαφές πως με αυτά τα δύο κριτήρια δεν υπάρχει χώρος για μια κυβέρνηση να δράσει με γνώμονα την διάκριση του έθνους ούτε προς όφελος των ντόπιων επιχειρήσεων ούτε προς όφελος μιας συγκεκριμένης χώρας με επιβάρυνση άλλης. Το κοινό όφελος από τις δύο αυτές ρήτρες είναι πως δεν διατίθεται το περιθώριο, ούτε από την σκοπιά των εθνικών επιχειρήσεων αλλά ούτε και κάποιου συγκεκριμένου κράτους που τυγχάνει της εύνοιας του ανάδοχου κράτους έναντι κάποιου τρίτου.³¹ Όπως πολύ εύστοχα σημειώθηκε από τον Georg Schwarzenberger *“το πλεονέκτημα ενός είναι προς όφελος όλων.”*³²

³⁰ Newcombe, A. P., & Paradell, L. (2009). Law and practice of investment treaties: standards of treatment. Kluwer Law International BV, pg. 193-195.

³¹ Newcombe, A. P., & Paradell, L. (2009). Law and practice of investment treaties: standards of treatment. Kluwer Law International BV, pg. 147-155.

³² Schwarzenberger, G. (1945). The Most-Favored-nation standard in British state practice. Brit. YB Int'l L., 22, 96.pg 99-100

Η σημασία για την έκθεση όλων αυτών των πληροφοριών, κοιτώντας τις διατάξεις αυτές συνολικά είναι μεγάλη. Το κύριο θέμα του κειμένου είναι η προστασία των ξένων επενδύσεων από την Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας σε περιόδους πολέμου, ένα πολύ συγκεκριμένο πεδίο της Συνθήκης ωστόσο η χρησιμότητα της αναφοράς στις γενικές διατάξεις προστασίας των ξένων επενδυτών αποτελεί το θεμέλιο για να στοιχειοθετήσει και ειδικότερη προστασία προς τους επενδυτές. Δεν νοείται προστασία σε ειδικό ζήτημα χωρίς να υπάρχει γενική προστασία σε ένα ευρύτερο φάσμα. Η ύπαρξη εναλλακτικών τρόπων επίλυσης των διαφορών εν γένει που παρέχει το άρθρο 26, είτε συμβιβαστικά, είτε σε ουδέτερα διεθνή διαιτητικά δικαστήρια εκεί όπου μάλιστα δίνεται και πλειάδα επιλογών ως προς το ποια ακριβώς αρχή θα επιμεληθεί την διευθέτηση, και γενικότερα η μεγάλη ευελιξία που παρέχεται σε αυτό το κομμάτι θέτει τις βάσεις για μια καλά δομημένη συνεργασία μεταξύ επενδυτή και κράτους, συνεργασία που εκτείνεται και σε ειδικότερες διατάξεις. Η ΣΧΕ στο σύνολο της έχει δεχθεί κριτική με θετικό πρόσημο αναφορικά με την ευελιξία που την διακρίνει, την καινοτόμα προσέγγιση σε σχέση με άλλες αναχρονιστικές νομοθεσίες και την ελάχιστη ύπαρξη γραφειοκρατικών και τυπικών κωλυμάτων που έχουν ως αποτέλεσμα στο να εστιάζει στην ουσία των πραγμάτων. Ταυτόχρονα, η νομική σταθερότητα που προσφέρεται στο περιβάλλον όπου εφαρμόζεται η ΣΧΕ, δίνει αυτόματα μεγαλύτερο κίνητρο στους εκάστοτε επενδυτές να δραστηριοποιηθούν, κάτι για το οποίο ευθύνεται σε μεγάλο βαθμό το άρθρο 10 της ΣΧΕ. Είναι γνωστό πως κύριο μέλημα του κάθε επενδυτή είναι η διαφύλαξη των συμφερόντων του, ακόμα περισσότερο σε μια κίνηση σε ξένη χώρα. Ένα ασταθές και αβέβαιο νομικό τοπίο θα επιβάρυνε πολύ την επενδυτική δυνατότητα ενός τόπου μιας και θα υπήρχε διαφοροποίηση κυρίως στην ποσότητα των επενδύσεων που θα προσέλκυε και ενδεχομένως στην χαμηλότερη ποιότητα επενδυτών. Γίνεται έτσι αντιληπτό πως το κράτος οφείλει να αντιμετωπίζει τους επενδυτές, ξένους ή μη, ισότιμα και ως συνεργάτες του, διότι εισέρχονται σε μια κατάσταση όπου προσβλέπουν στο αμοιβαίο κέρδος. Η διατάραξη των συνθηκών θα μπορούσε να αποβεί καταστροφική και για τις δύο πλευρές. Οφείλει να προλαμβάνει καταστάσεις παρά να προσπαθεί να διορθώσει τυχόν λάθος χειρισμούς αφού έχει δημιουργηθεί κάποια παρατυπία. Τέλος, αναφορικά με την Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας σημασία έχει να γίνει αντιληπτό πως ήσσονος σημασίας είναι πως συμβαδίζει με τις επιταγές του Διεθνούς Δικαίου για την ολοκληρωμένη παροχή της απαραίτητης προς τους ξένους επενδυτές προστασίας.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 2: ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ ΣΕ ΠΕΡΙΟΔΟΥΣ ΠΟΛΕΜΟΥ ΑΠΟ ΤΗΝ ΣΥΝΘΗΚΗ ΤΟΥ ΧΑΡΤΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ

Στο κεφάλαιο αυτό θα αναφερθούμε στις διατάξεις που ισχύουν γύρω από την προστασία των επενδύσεων κατά τις περιόδους πολέμου, πως αυτές προστατεύουν τόσο τους επενδυτές όσο και το ανάδοχο κράτος σε συγκεκριμένες περιπτώσεις. Το κείμενο θα ακολουθήσει μια παρενθετική προσέγγιση αναφορικά με την παρουσίαση των διατάξεων του Διεθνούς Επενδυτικού δικαίου, του Διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου και των διατάξεων της Συνθήκης του Χάρτη Ενέργειας που στοχεύουν στην προστασία των επενδυτών τόσο σε διμερείς (BITs) όσο και σε πολυμερείς συνθήκες (MITs), εστιάζοντας ταυτόχρονα στην αλληλεπίδραση των γενικών αρχών προστασίας των επενδυτών σε σύγκριση με τις διατάξεις που ενεργοποιούνται, όπου αυτές προβλέπονται, αναφορικά με περιόδους εμπόλεμων συρράξεων.

Προβλέψεις διεθνούς δικαίου κατά τον 19^ο και 20^ο αιώνα

Η ανάγκη για την προστασία των αλλοδαπών και των επενδύσεων τους έχει διατυπωθεί από την δημιουργία του διεθνούς δικαίου με αφορμή κυρίως τις περιόδους πολέμου αλλά και ειρήνης. Πιο συγκεκριμένα η δημιουργία τέτοιων διατάξεων είχε αρχίσει να απασχολεί τους νομοθέτες από τον 19^ο αιώνα. Η εξέλιξη αυτών των διατάξεων συμβάδισε αφενός χρονικά και αφετέρου νοηματικά με την ανάπτυξη των νομοθετικών διατάξεων περί ευθύνης του ανάδοχου κράτους για τις διπλωματικές αποστολές και την ακεραιότητά τους. Η προστασία των τελευταίων αποτέλεσε την αφορμή να εξεταστούν βαθύτερα οι μέχρι τότε συνθήκες, οι οποίες φαίνεται να μην τύγχαναν της ίδιας εφαρμογής απέναντι σε διαφορετικές διπλωματικές αποστολές. Με άλλα λόγια, το κάθε κράτος, εξυπηρετούσε με μεγαλύτερη επιείκεια τις φίλα προσκείμενες διπλωματικές αποστολές προσπαθώντας να διατηρήσει καλές σχέσεις με τα αντίστοιχα κράτη ενώ αντιθέτως άλλες αποστολές αντιμετώπιζονταν με διαφορετικό

τρόπο. Οι συμπεριφορές αυτές σε συνδυασμό με την άνθηση του εμπορίου στο παγκόσμιο χάρτη και την όλο και μεγαλύτερη διεθνοποίηση στις διακρατικές σχέσεις, ενίσχυσαν την θέση που επεσήμανε πως αρκετά συχνά τα κράτη δεν έδειχναν ίδιο πρόσωπο απέναντι σε άλλα κράτη. Κατά συνέπεια, έγινε ξεκάθαρο στο διεθνές νομοθετικό στερέωμα πως η νομοθετική προστασία των αλλοδαπών που είχαν επαγγελματικές δραστηριότητες σε διάφορες χώρες έχρηζε ενίσχυσης. Με την πάροδο του χρόνου οι δραστηριότητες με τις οποίες καταπιάνονταν οι αλλοδαποί στα ανάδοχα κράτη αφορούσαν όλο και περισσότερο τον τομέα της ενέργειας. Έτσι τέθηκε σε υψηλή προτεραιότητα η προστασία των αλλοδαπών επαγγελματιών και επενδυτών συνδυαστικά και λόγω των αρκετών εμπόλεμων συρράξεων αλλά και εξεγέρσεων που λάμβαναν χώρα κατά τον 19^ο και 20^ο αιώνα.³³

Προσθέτοντας σε αυτή την σύντομη ιστορική αναδρομή που άπτεται την ιστορική εξέλιξη των διατάξεων προστασίας των επενδυτών, κρίνεται σκόπιμο να αναφερθεί πως παλιότερα τα κράτη ήταν το μοναδικό συμβαλλόμενο μέρος σε μια επενδυτική σύμβαση που είχε, βάσει διεθνούς δικαίου, λόγο αναφορικά με τα ιδιοκτησιακά δικαιώματα των επενδυτών κι όχι οι τελευταίοι. Η μέχρι τότε νομοθεσία έριχνε το βάρος της ευθύνης αλλά έδινε και το πλεονέκτημα στα ανάδοχα κράτη έναντι των αλλοδαπών είτε αυτοί αποτελούσαν μέρος διπλωματικής αποστολής είτε επενδυτικής επαγγελματικής δραστηριότητας, αναγνωρίζοντας ως κατάλληλο να απευθυνθεί το ανάδοχο κράτος, το κράτος προέλευσης των αλλοδαπών κι όχι τους ίδιους.³⁴ Μετά από αρκετό κόπο και διάφορες νομοθετικές αλλαγές φτάνουμε στο 1998 όπου εισέρχεται σε ισχύ η Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας, μια πολυμερής επενδυτική συμφωνία, η οποία όμως στην ουσία ξεπερνάει αυτόν τον ρόλο και στέκεται επικουρικά σε αρκετά θέματα που έχουν να κάνουν τόσο με τις επενδύσεις όσο και αντίστοιχα με την μεταφορά της ενέργειας και με το περιβάλλον, μεριμνώντας για την προστασία σε όλα τα στάδια.³⁵ Εξετάζοντας γενικότερα τις διμερείς συμφωνίες που υπάρχουν και επικεντρώνοντας στο θέμα της προστασίας των επενδύσεων σε περιόδους πολέμου, αντικρίζουμε πλειάδα, κυρίως, διμερών επενδυτικών συμφωνιών (BITs) στις οποίες εισάγονται οι ρήτρες πολέμου χωρίς διακρίσεις (non-discriminatory war clauses), έννοια που θα εξηγηθεί εκτενέστερα παρακάτω. Η αρχική τους χρήση

³³ Zrilic, J. (2019). The protection of foreign investment in times of armed conflict. Oxford University Press, pg.18-20.

³⁴ Roe, T., & Happold, M. (2011). Settlement of investment disputes under the Energy Charter Treaty. Cambridge University Press., pg 2-6.

³⁵ Ibid, pg.8.

αφορούσε την προστασία των πολιτών αναφορικά με τρόφιμα και αγαθά πρώτης ανάγκης ωστόσο με την ανάπτυξη των διεθνών επενδυτικών δραστηριοτήτων, τέθηκαν σε ισχύ για την προστασία των τελευταίων με απώτερο σκοπό την λήψη επαρκούς αποζημίωσης για τους επενδυτές σχετικά με τυχόν ζημίες που υφίστανται σε περιόδους πολέμου.³⁶ Το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο αν και απαγορεύει ρητά την καταστροφή ιδιωτικών περιουσιών σε ένα γενικότερο πλαίσιο, αυτές μπορούν να στοχοποιηθούν ή να χρησιμοποιηθούν από στρατιωτικές δυνάμεις κάτι το οποίο θα καθιστούσε την καταστροφή αυτή νόμιμη και συνεπώς δεν θα υπήρχε δικαίωμα αποζημίωσης.³⁷ Ένα πρόσχημα που θα μπορούσε να δικαιολογήσει την συμπεριφορά αυτή είναι η έννοια της στρατιωτικής αναγκαιότητας (military necessity). Είναι μια έννοια που συνοδεύει το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο και φέρεται να είναι και ο λόγος που επικαλούνται τα εκάστοτε κράτη όταν υπάρχει καταστροφή ιδιωτικής περιουσίας με σκοπό την αποφυγή χορήγησης αποζημίωσης. Το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο δηλαδή αναγνωρίζει το ενδεχόμενο καταστροφής ιδιωτικής περιουσίας η οποία χρησιμοποιείται είτε από εμπλεκόμενους στον πόλεμο αλλά αιτιολογεί και την περίπτωση της παράπλευρης απώλειας, μη θέτοντας υποχρέωση στο κράτος να αποζημιώσει τους ιδιώτες για την περιουσία τους, είτε αυτοί είναι γηγενείς είτε αλλοδαποί που επενδύουν στην εκάστοτε χώρα. Καταληκτικά, τα δικαστήρια δεν έχουν θέσει σαφείς οδηγίες για την διαδικασία που πρέπει να ακολουθηθεί για να οριστεί το ύψος της αποζημίωσης. Αντιθέτως, εξετάζοντας επιγραμματικά το διεθνές επενδυτικό δίκαιο (International Investment Law), με την χρήση της ρήτρας πλήρους προστασίας και ασφάλειας (FPS standard), η νομοθεσία υποχρεώνει το ανάδοχο κράτος να επιδείξει την λεγόμενη δέουσα επιμέλεια (due diligence) η οποία αποτελεί το κριτήριο για το κατά πόσο το ανάδοχο κράτος φρόντισε να αποτρέψει την καταστροφή της περιουσίας των επενδυτών και βάσει αυτού να εγκριθεί η αντίστοιχη αποζημίωση προς τον επενδυτή.³⁸ Παρακάτω θα εξετάσουμε τις διατάξεις που προβλέπει το διεθνές επενδυτικό δίκαιο για τις λεγόμενες ρήτρες πολέμου και ειδικότερα τις διατάξεις που συμπεριλαμβάνονται στην Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας που προσφέρουν προστασία στους ξένους επενδυτές σε συνθήκες πολέμου.

³⁶ Deroche, L. (2020). War Clauses in International Investment Law: A Need for Clarity. *McGill J. Disp. Resol.*, 7, 34.pg. 37-38.

³⁷ Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005) *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, vol 1 at rules 7, 11, 14–15, 22.

³⁸ Radjai, N., & Halonen, L. (2016). An Analysis of the Compensation Regime Applicable to Claims Arising from Armed Conflicts Affecting Investments in MENA. *BCDR International Arbitration Review*, 3(2), pg. 225-229,

Διατάξεις Διεθνούς Δικαίου για προστασία επενδύσεων σε περιόδους πολέμου-«Ρήτρες Πολέμου»

Όπως αναφέρθηκε και προηγουμένως οι διεθνείς επενδυτικές συμφωνίες (IIAs), οι διμερείς (BIT) και πολυμερείς (MIT) συμβάσεις επενδύσεων διέπονται από αρχές και διατάξεις που επιτάσσουν την αποζημίωση απέναντι στους επενδυτές προστατεύοντας τις περιουσίες όσων πλήττονται. Ρήτρες όπως αυτή της πλήρους προστασίας και ασφάλειας (FPS standard) και της ίσης και επιεικούς μεταχείρισης (Fair and Equitable Treatment) απαντώνται στο διεθνές επενδυτικό δίκαιο, σε διμερείς επενδυτικές συμφωνίες, και μεταξύ άλλων, στην Συνθήκη του Χάρτη Ενέργειας κι εφαρμόζονται σαν δικλείδα ασφαλείας προς όφελος των επενδυτών απέναντι στο ανάδοχο κράτος. Ακόμα πιο συγκεκριμένα, ζημίες που προκαλούνται στα παραπάνω πλαίσια από εμπόλεμες καταστάσεις, καλύπτονται από τις λεγόμενες ρήτρες πολέμου (war clauses). Η αποκατάσταση των ζημιών μπορεί να λάβει χώρα με διάφορους τρόπους, άλλους πιο κοινούς κι άλλους λιγότερο συνηθισμένους.

Μιλώντας πάντοτε αναφορικά με ζημίες που προκαλούνται σε περιόδους πολέμου, γίνεται εύκολα αντιληπτό πως ο πρωταρχικός στόχος των αντίστοιχων διατάξεων και του διεθνούς επενδυτικού δικαίου είναι η αποκατάσταση των συνθηκών. Ένας τρόπος για την επιδιόρθωση λοιπόν της κατάστασης είναι η αποκατάσταση (restitution). Η λύση αυτή αποτελεί την προτιμότερη επιλογή διότι θεωρείται ως η πιο επανορθωτική μιας και προβλέπει την επαναφορά των συνθηκών στην κατάσταση που βρισκότουσαν πριν λάβει χώρα η αδικοπραξία. Άλλωστε οι γενικές αρχές του εθιμικού δικαίου αναφέρουν ως υποχρέωση εκ μέρους των κρατών για την πλήρη επιδιόρθωση της κατάστασης που προκλήθηκε από την αδικοπραξία. Αυτό φανερώνει την ροπή προς την επαναφορά της προϋπάρχουσας κατάστασης λαμβάνοντας υπόψιν πως θα ήταν οι συνθήκες ελλείψει της εμπόλεμης σύγκρουσης.³⁹ Φυσικά γίνεται αντιληπτό πως δεν είναι εύκολο σε κάθε περίπτωση να υπάρχει η δυνατότητα να επανέλθουν οι ίδιες συνθήκες λόγω αντικειμενικών δυσκολιών, όταν μάλιστα αναφερόμαστε σε επενδυτικά έργα. Ένας από τους λόγους που ενδεχομένως θα καθίστατο ανέφικτο το να επανέλθουν οι συνθήκες στην πρωταρχική τους μορφή αποτελεί η περίπτωση όπου το κράτος πρακτικά μπορεί να φέρει εις πέρας την

³⁹ Radjai, N., & Halonen, L. (2016). An Analysis of the Compensation Regime Applicable to Claims Arising from Armed Conflicts Affecting Investments in MENA. BCDR International Arbitration Review, 3(2).pg. 221-222,

επανόρθωση, ωστόσο η ζημία που θα δημιουργούσε η λύση αυτή στο κοινωνικό σύνολο θα ήταν μεγαλύτερη από την ζημία που υπέστη ο εκάστοτε επενδυτής. Συνεπώς δεν θα ήταν επιθυμητό να διορθωθεί μια ζημία με μια δεύτερη, επιφέροντας εν γένει ακόμα μεγαλύτερο κακό και ουσιαστικά δυσανάλογο με την επιδιόρθωση της ζημίας του επενδυτή. Η εναλλακτική λύση, κι αυτή που θα μας απασχολήσει ως επι το πλείστον στην συνέχεια, είναι η χρηματική αποζημίωση. Η χρηματική αποζημίωση είναι μεν δεύτερη στην ιεραρχία προτιμητέων λύσεων, ωστόσο αποτελεί την πιο συνηθισμένη μορφή αποκατάστασης των ζημιών. Η περάτωσή της είναι απλή, με τον επενδυτή να εισπράττει από το κράτος χρηματική αποζημίωση για τις ζημίες που προκλήθηκαν. Τέλος, η λύση της ικανοποίησης (satisfaction) αν και αποτελεί μια από τις επιλογές στις αποζημιώσεις από εμπόλεμες καταστάσεις σε άλλους τομείς, δεν τυγχάνει ιδιαίτερης χρήσης και σημασίας στον επενδυτικό χώρο. Η χρήση της περιορίζεται στην επιβεβαίωση της ευθύνης από το ένα μέρος απέναντι στο άλλο χωρίς όμως να αναφέρεται σε ενδεχόμενη αποζημίωση.

Εξετάζοντας τις επιλογές αυτές ως προς το πιο σημαντικό στοιχείο τους, την χρήση από τα επενδυτικά δικαστήρια, μπορεί να λεχθεί πως τα τελευταία σπανίως έχουν εκδώσει απόφαση βασισμένα στην αποκατάσταση, ασχέτως που αυτή η επιλογή αποτελεί πρωταρχικό στόχο στο διεθνές εθιμικό δίκαιο. Όπως αναφέρθηκε προηγουμένως, μια πιθανή αιτία για αυτό το αποτέλεσμα μπορεί να είναι η αδυναμία επαναφοράς της κατάστασης στην πρότερη μορφή της κατά την χρονική περίοδο όπου εκδίδεται η απόφαση όπως έγινε στην υπόθεση *Goetz*.⁴⁰ Μια άλλη πιθανή αιτία μπορεί να αποτελούν και τα θέλω του ίδιου του επενδυτή. Γίνεται εύκολα αντιληπτό πως ο κάθε επενδυτής που θα υποστεί μια ζημία θα έχει ως προτιμότερη λύση την αποζημίωση για να μπορέσει να επενδύσει εκ νέου το κεφάλαιο αυτό, συνυπολογίζοντας και το έλλειμα που ενδεχομένως θα είχε από την αδράνεια της επένδυσης λόγω πολέμου.⁴¹ Οι πράξεις που μπορεί να θεωρηθούν ως παράνομες και κατ' επέκταση να δικαιούται αποζημίωση ο επενδυτής είναι είτε οι απαλλοτριώσεις είτε η πλήρης καταστροφή της περιουσίας του επενδυτή. Η αποζημίωση η οποία αναφέρεται σε πλειάδα διμερών επενδυτικών συμφωνιών ως πρέπουσα, οφείλει να είναι επαρκής, δίκαιη και άμεση. Τα δικαστήρια, ακολουθώντας αυτή την αρχή, τείνουν να εκδίδουν αποφάσεις λαμβάνοντας υπόψιν την αντικειμενική αξία της

⁴⁰ Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, (10 February 1999), para. 456, 518.

⁴¹ McLachlan, C., Shore, L., & Weiniger, M. (2017). *International investment arbitration: substantive principles*. Oxford University Press. para. 9.113.

αγοράς της επένδυσης (Fair Market Value-FMV). Με άλλα λόγια, το δικαστήριο για να εκδώσει μια απόφαση η οποία καθορίζει το ύψος της οφειλόμενης αποζημίωσης καλείται να αποφασίσει με γνώμονα την τιμή που θα πλήρωνε ένας πιθανός αγοραστής για την απόκτηση της επένδυσης.⁴² Η αρχή της αντικειμενικής αξίας της αγοράς εφαρμόζεται από το διεθνές δίκαιο στις περιπτώσεις όπου οι απαλλοτριώσεις των περιουσιών γίνονται, σεβόμενο τις επιμέρους επενδυτικές συμφωνίες και τις διατάξεις τους, αναφορικά με τις απαλλοτριώσεις που αφενός απαιτούν αποζημίωση, ωστόσο δεν είναι παράνομες.⁴³

Οι ρήτρες οι οποίες διέπουν το διεθνές δίκαιο, τις διμερείς και πολυμερείς συμφωνίες αλλά και, εν προκειμένω, την Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας αναφορικά με την προστασία των επενδυτών απέναντι σε ζημιώσεις που προκύπτουν ως αποτέλεσμα εμπόλεμων συγκρούσεων, είναι οι λεγόμενες ρήτρες πολέμου (war clauses). Οι ρήτρες πολέμου χωρίζονται σε δύο κατηγορίες, τις χωρίς διακρίσεις ρήτρες (non-discriminatory war clauses) και τις επεκταθείσες ρήτρες πολέμου (extended war clauses).

Ρήτρες απαγόρευσης διακριτικής απαγόρευσης (non-discriminatory clauses)

Αυτή η κατηγορία ρητρών αποτελεί την πιο συχνή μορφή στις επενδυτικές συμφωνίες. Οι non-discriminatory war clauses λειτουργούν επιπρόσθετα από την αρχή πλήρους προστασίας και ασφάλειας (Full Protection and Security standard). Η αρχή πλήρους προστασίας και ασφάλειας είναι υπεύθυνη για την παροχή προστασίας στους επενδυτές από κρατική αλλά και ιδιωτική βία προς τις περιουσίες τους. Ουσιαστικά προσδιορίζει την ευθύνη του κράτους να προφυλάσσει τις ιδιοκτησίες των επενδυτών. Στην περίπτωση που το κράτος αδυνατεί να προσφέρει την δέουσα προστασία στους επενδυτές, τότε οι τελευταίοι έχουν δικαίωμα αποζημίωσης. Η συνύπαρξη των δύο αυτών διατάξεων, της αρχής FPS και των ρητρών μη διάκρισης πρέπει να εξετάζεται προσεκτικά διότι μπορεί μεν να λειτουργούν συμπληρωματικά αλλά δεν στοχεύουν στο

⁴² Weisburg, H., & Ryan, C. (2006). Means to be made whole: Damages in the context of international investment arbitration. Evaluation of Damages in International Arbitration, ICC Publication, (668), 165., pg. 173.

⁴³ Radjai, N., & Halonen, L. (2016). An Analysis of the Compensation Regime Applicable to Claims Arising from Armed Conflicts Affecting Investments in MENA. BCDR International Arbitration Review, 3(2). pg. 222,

ίδιο αποτέλεσμα.⁴⁴ Υπάρχει έντονη συζήτηση γύρω από ένα πιθανό ασυμβίβαστο στην χρήση μεταξύ FPS και στις ρήτρες πολέμου εν γένει. Γίνεται εμφανές πως κάτι τέτοιο δεν ισχύει. Η ρήτρα της πλήρους προστασίας και ασφάλειας στοχεύει στην δέουσα επιμέλεια (due diligence) που οφείλουν να επιδείξουν τα κράτη για να αποφευχθεί η πρόκληση ζημιών στους επενδυτές, ενώ η αδυναμία επίδειξης της, ισούται με παραβίαση των διατάξεων των επενδυτικών συμφωνιών και παραχωρεί δικαίωμα αξίωσης αποζημίωσης στους επενδυτές. Οι ρήτρες πολέμου εφαρμόζονται από αυτό το στάδιο κι έπειτα.⁴⁵ Η παραβίαση της ρήτρας FPS αφορά κυρίως την μη επίδειξη της δέουσας επιμέλειας και δεν προκύπτει εξαιτίας των ζημιών που προκλήθηκαν όπως υποστήριξε ο Max Huber.⁴⁶ Ο διαχωρισμός των δύο (FPS-War clauses) εν τέλει φαίνεται να είναι αρκετά απλός. Από την μια έχουμε μια υποχρέωση συμπεριφοράς αναφορικά με την προγενέστερη από την αδικοπραξία δημιουργία ορίων για την αποφυγή παραβατικής συμπεριφοράς, ενώ αντίθετα οι ρήτρες πολέμου καταπιάνονται με την υποχρέωση απέναντι στο αποτέλεσμα. Ένα απευκταίο σενάριο έχει να κάνει με τον ενδεχόμενο συνδυασμό των δύο, αναφερόμενοι σε περιπτώσεις όπου το κράτος αρνείται αποζημίωση απέναντι σε όλους ή δίνει ένα συμβολικό ποσό, μικρό σε αξία, με αποτέλεσμα να αποφύγει να μπει στον φαύλο κύκλο των αποζημιώσεων βάσει των αξιών που δίνουν οι ρήτρες πολέμου. Με αυτόν τον τρόπο αφενός εγκρίνει ίση αποζημίωση για όλους αλλά όχι αντίστοιχη της πιθανής ζημίας που έχουν δεχτεί οι επενδυτές.⁴⁷

Σε αυτές τις ρήτρες ενσωματώνονται επίσης δύο βασικές αρχές του διεθνούς επενδυτικού δικαίου, αυτή του μάλλον ευνοούμενου κράτους (MFN) και της εθνικής μεταχείρισης (National Treatment). Αυτές οι αρχές μεριμνούν για την σωστή αποζημίωση των ζημιών που προκλήθηκαν στους επενδυτές από εμπόλεμες συγκρούσεις. Συνυπάρχουν και αλληλοεπιδρούν είτε σωρευτικά είτε κατά μόνος ανάλογα με την διάταξη που εξετάζεται. Στην χρήση αυτής της ρήτρας ο εκάστοτε επενδυτής δεν είναι υποχρεωμένος να αποδείξει την υπαιτιότητα του μέρους που προκάλεσε την ζημία. Παλιότερα, με αφορμή το κείμενο του 1929 από την

⁴⁴ Deroche, L. (2020). War Clauses in International Investment Law: A Need for Clarity. *McGill J. Disp. Resol.*, 7, 34. pg. 51-53.

⁴⁵ Manciaux, S., (2019), "War and Peace in International Investment Law" in Gómez, K. F., Gourgourinis, A., & Titi, C. (Eds.). (2019). *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*. Springer, pg 221-226.

⁴⁶ *British Claims in the Spanish Zone of Morocco*, 2 R.I.A.A. (U.K.-Spain, 1925), at 709-710.

⁴⁷ Manciaux, S., (2019), "War and Peace in International Investment Law" in Gómez, K. F., Gourgourinis, A., & Titi, C. (Eds.). (2019). *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*. Springer, pg 221-226.

προπαρασκευαστική επιτροπή του Συμβουλίου για την κωδικοποίηση του διεθνούς δικαίου, ήταν υποχρεωτική να καταδείξει ο επενδυτής τον υπαίτιο της ζημίας, αν δηλαδή έφερε κρατική ευθύνη, ενδεχόμενες εξεγέρσεις, επαναστάσεις κ.α. Με άλλα λόγια έπρεπε να αποδοθεί η ευθύνη της ζημίας συγκεκριμένα ούτως ώστε να λάβει χώρα η διαδικασία αποζημίωσης και προστασίας του επενδυτή. Πλέον αυτό που έχει σημασία με τις διατάξεις που ισχύουν σήμερα είναι να αποδειχθεί από τον επενδυτή πως ο ίδιος έτυχε διαφορετικής μεταχείρισης συγκριτικά με άλλους επενδυτές, ανεξαρτήτως εθνικότητας.

Τα διαιτητικά δικαστήρια φαίνεται να βρίσκονται σε συμφωνία με την ανωτέρω άποψη μιας και στην υπόθεση *Impregilo* το δικαστήριο ανέφερε πως η σημασία των ρητρών προστασίας από εμπόλεμες συγκρούσεις και συγκεκριμένα αυτή της μη διάκρισης αναδεικνύεται όταν αυτές εφαρμόζονται από το κράτος καθολικά για να μετριάσει τις επιπτώσεις των ενόπλων συρράξεων.⁴⁸ Μια επιτυχημένη επίκληση στις ρήτρες μη διάκρισης εξαρτάται βαρύτερα από τις αποδείξεις που θα παρουσιαστούν ενώπιον του δικαστηρίου. Όπως αναφέρθηκε παραπάνω, τα δικαστήρια ενδιαφέρονται για την ίση χορήγηση αποζημιώσεων κι όχι για την υπαιτιότητα σε αυτές τις περιπτώσεις. Βέβαια αυτό ενέχει και δυσκολίες αναφορικά με την παρουσίαση επαρκών αποδείξεων. Αυτό το οποίο πρέπει να διαπιστώσει το δικαστήριο για να κρίνει μια συμπεριφορά αντισυμβατική σε σχέση με τις διατάξεις του διεθνούς επενδυτικού δικαίου και των επενδυτικών συμφωνιών είναι η άνιση κατανομή αποζημιώσεων. Ο επενδυτής καλείται να αποδείξει λοιπόν πως υπήρξαν άλλοι επενδυτές που υπέστησαν παρόμοιες ζημίες και χορηγήθηκε αποζημίωση σε αυτούς αλλά όχι στον ίδιο. Η δυσκολία σε αυτό είναι πως δεν αντιμετωπίζονται όλες οι αποζημιώσεις με τον ίδιο τρόπο, εννοώντας πως δεν τελούνται με την ίδια μορφή. Επι παραδείγματι, μια συμφωνία αποζημίωσης θα μπορούσε να γίνει πίσω από κλειστές, για το κοινό, πόρτες υπό την μορφή συμβιβαστικής διαπραγμάτευσης, συνθήκη δύσκολη για να έχει πρόσβαση ο κάθε επενδυτής στο αποτέλεσμα. Δεν ορίζεται υποχρεωτική έκδοση και κοινοποίηση δικαστικής απόφασης.

Ακόμα κι αν ξεπεραστεί αυτό το εμπόδιο και αποκτήσει ένας επενδυτής πρόσβαση στην συμφωνία ενός έτερου επενδυτή, ο πρώτος φέρει το βάρος της απόδειξης πως οι συνθήκες του ενός και του άλλου επενδυτή είναι παρεμφερείς, για να αιτιολογήσει το αίτημα αποζημίωσης.

⁴⁸ *Impregilo SpA v Argentine Republic*, ICSID Case No Arb/07/17, (21 June 2011), para. 341.

Τέλος, υπάρχει διαμάχη για τον ορισμό της χρονικής περιόδου κατά την οποία πρέπει να αξιολογηθεί η κατάσταση για την έκδοση δίκαιης σε ύψος αποζημίωσης. Ένα αποτέλεσμα στην περίπτωση αυτή αποτελεί η καταβολή χρηματικού ποσού, λύση που προτιμάται κατά κύριο λόγο, ενώ ενδέχεται και το ανάδοχο κράτος να προτείνει νέα επενδυτική σύμβαση με πιο ευνοϊκούς όρους για τον επενδυτή.⁴⁹

Κάνοντας μια μικρή ανακεφαλαίωση, οι ρήτρες μη διάκρισης, όπως πολύ ορθά επισημάνθηκε στην υπόθεση *EDF v Argentina*, λειτουργούν ως διάταξη για την αποφυγή διακρίσεων στον τρόπο αντιμετώπισης των επενδυτών από τα κράτη. Οι ρήτρες αυτές εισάγουν στο κράτος ένα καθήκον ίσης αντιμετώπισης σε ενδεχόμενη αποζημίωση είτε αυτή προκύπτει από εμπόλεμες συγκρούσεις είτε όχι.⁵⁰

Επεκταθείσες ρήτρες (Extended war clauses)

Αυτή η κατηγορία ρητρών πολέμου άπτεται τις μη αναγκαίες καταστροφές περιουσιών και ζητήματα επιτάξεων. Όπως μαρτυρά και η ονομασία τους, οι ρήτρες αυτές έχουν ως βάση τις ρήτρες μη διάκρισης, και η μορφή τους αυτή λειτουργεί συμπληρωματικά με τις ρήτρες μη διάκρισης. Η χρησιμότητα των extended war clauses εκτείνεται στο γεγονός πως προσθέτουν ένα επιπλέον επίπεδο προστασίας για τους επενδυτές απέναντι στο ανάδοχο κράτος. Εν αντιθέσει με τις ρήτρες μη διάκρισης, στις επεκταθείσες ο επενδυτής οφείλει να παρουσιάσει στοιχεία βάσει των οποίων το δικαστήριο θα μπορέσει να τεκμηριώσει την υπαιτιότητα του ανάδοχου κράτους για την παραβίαση των διατάξεων αυτών. Οι ρήτρες αυτές ασχολούνται με τις ζημίες που υφίστανται οι επενδυτές σε περιπτώσεις όπου η κατάσταση θα μπορούσε να αντιμετωπιστεί με άλλες μεθόδους και δεν κρίνεται αναγκαία η στρατιωτική παρέμβαση που έχει ως αποτέλεσμα είτε την απαλλοτρίωση είτε την καταστροφή της περιουσίας των επενδυτών. Στην περίπτωση αυτή, κι εφόσον ταυτοποιηθεί η υπερβολή στον τρόπο αντιμετώπισης της κατάστασης από το ανάδοχο κράτος, η κίνηση του τελευταίου εξισώνεται με την απαλλοτρίωση κι αυτομάτως ο επενδυτής έχει το δικαίωμα να απαιτήσει ίση, άμεση και δίκαιη αποζημίωση. Η υπαιτιότητα βέβαια του

⁴⁹ Deroche, L. (2020). War Clauses in International Investment Law: A Need for Clarity. *McGill J. Disp. Resol.*, 7, 34., pg. 39-40.

⁵⁰ Hamida, W. B. (2015). Investment treaties and democratic transition: Does investment law authorize not to honor contracts concluded with undemocratic regimes?. In *International Investment Law and Development* (pp. 309-330). Edward Elgar Publishing, found in Deroche, L. (2020). War Clauses in International Investment Law: A Need for Clarity. *McGill J. Disp. Resol.*, 7, 34., pg. 51-52.

ανάδοχου κράτους εκτείνεται μόνον σε πράξεις που αφορούν τις πράξεις του ίδιου κι όχι τρίτων μερών που εμπλέκονται σε εμπόλεμες συγκρούσεις.⁵¹

Essential Security clauses

Για να αποτραπεί η αυθαιρεσία των επενδυτών και ταυτόχρονα πέρα από την προστασία των επενδυτών να υπάρξει και μέριμνα για τα ανάδοχα κράτη και την δική τους προστασία, έχουν εισαχθεί και οι λεγόμενες ρήτρες απαραίτητης ασφάλειας. Αυτές είναι ρήτρες που διέπουν διεθνείς επενδυτικές συμφωνίες που δίνουν δικαίωμα στα ανάδοχα κράτη να ασκούν την διακριτική τους ευχέρεια αναφορικά με το πότε πρέπει να χορηγηθεί αποζημίωση εν γένει. Σημαντικό σημείο αποτελεί η ομοιογένεια και η αναλογικότητα στις αποφάσεις καθώς δεν θα ήταν εφικτό το να χορηγηθεί αποζημίωση σε έναν επενδυτή ενός χώρου και να απαγορευτεί το δικαίωμα αυτό σε άλλον επενδυτή του ίδιου χώρου με αντίστοιχες ζημίες. Ουσιαστικά, οι ρήτρες αυτές παραχωρούν το δικαίωμα στα ανάδοχα κράτη να δικαιολογούν τις πράξεις τους βασισμένες στο συμφέρον του ίδιου του κράτους και της ασφάλειάς του. Κι εδώ απαντώνται διαφοροποιήσεις στον τρόπο εφαρμογής τους. Από την μια υπάρχουν οι ρήτρες οι οποίες αναφέρονται σε αναγκαία μέτρα για την προστασία των σημαντικών εθνικών συμφερόντων. Σε αυτή την κατηγορία ανήκει επι παραδείγματι η ρήτρα που συμπεριλαμβάνεται στην διμερή επενδυτική συμφωνία μεταξύ Η.Π.Α-Αργεντινής, με αυτού του τύπου τις ρήτρες να παραμένουν ανοιχτές στην ερμηνεία των διαιτητικών δικαστηρίων για επικύρωση της εγκυρότητάς τους. Από την άλλη, οι ίδιες ρήτρες οι οποίες αποκαλούνται *self-judging*, δηλαδή έχουν αυτοδίκως εφαρμογή, το ανάδοχο κράτος διατηρεί κάθε δικαίωμα να επιβάλει την ρήτρα αυτή αποφασίζοντας το ίδιο πότε θα το χρησιμοποιήσει. Η τελευταία μορφή πρέπει υποχρεωτικά να δηλώνεται στην επενδυτική σύμβαση διότι δεν μπορεί να εννοηθεί η χρήση της. Ειδικά η τελευταία μορφή ρήτρας *essential security* πρέπει να χρησιμοποιείται με προσοχή διότι ελλοχεύει ο κίνδυνος να παραγκωνιστούν οι ρήτρες προστασίας των επενδυτών και να καταλυθεί ολόκληρο το νόημα της προστασίας των επενδυτών, εάν αυτές εφαρμοστούν καταχρηστικά.⁵²

⁵¹ Schreuer, C. (2019). War and peace in international investment law. In International Investment Law and the Law of Armed Conflict in Gómez, K. F., Gourgourinis, A., & Titi, C. (Eds.). (2019). International Investment Law and the Law of Armed Conflict. Springer, pg 13-15.

⁵² Ibid, pg 15-16.

Εφαρμογή ρητρών πολέμου στην Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας – Άρθρο 24 ΣΧΕ

Αναφερόμενοι στην Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας και σε παραλληλισμό με την προηγούμενη εξέταση των ρητρών πολέμου, ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα ρήτρα πολέμου αποτελεί το άρθρο 12 παρ.2 της ΣΧΕ. Κινήσεις δυσανάλογες με την εκάστοτε κατάσταση από κρατικές δυνάμεις που προκαλούν ζημία στους επενδυτές αντιμετωπίζονται με παρόμοιο τρόπο με τις παράνομες απαλλοτριώσεις και ως συνέπεια αξιώνουν οι επενδυτές άμεση, επαρκή και δίκαιη αποζημίωση. Αν και οι ρήτρες μη διάκρισης απαντώνται συχνότερα, οι επεκταθείσες ρήτρες συναντώνται σπάνια. Μια διεθνής συνθήκη που τις εμπεριέχει είναι η ΣΧΕ. Γίνεται λοιπόν αντιληπτό ένα παράδοξο σε αυτή την περίπτωση μιας και οι επεκταθείσες ρήτρες προσφέρουν υψηλά επίπεδα προστασίας αλλά η χρήση τους είναι περιορισμένη. Αντλώντας πληροφορίες από την εν γένει χρήση των ρητρών πολέμου που αναφέρθηκαν προηγουμένως με βάση το διεθνές επενδυτικό δίκαιο, και εφαρμόζοντας τις πληροφορίες αυτές στην ΣΧΕ μπορούμε να αναφέρουμε πως υπεύθυνο για την προστασία των επενδυτών σε καιρούς πολέμου είναι το άρθρο 24. Η Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας εμπεριέχει τόσο non-discriminatory war clause στην παράγραφο 1 του άρθρου 24, αλλά και extended war clause στην παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου.

Στην παράγραφο 3 του ίδιου άρθρου εντοπίζεται και η λεγόμενη essential security clause. Η ρήτρα αυτή είναι υπεύθυνη για την παροχή άμυνας στα ανάδοχα κράτη δικαιολογώντας την λήψη και εφαρμογή ορισμένων μέτρων τα οποία καθιστούν συμπεριφορές νόμιμες, οι οποίες υπό άλλες συνθήκες θα παραβίαζαν τις διατάξεις της Συνθήκης. Αυτό στο οποίο αξίζει να αναφερθούμε είναι πως η ρήτρα του αρ. 24(3) είναι self-judging. Αυτό σημαίνει πως το ανάδοχο κράτος είναι υπεύθυνο να αποφασίσει την αναγκαιότητα λήψης μέτρων και την εγκυρότητά τους. Η μεγάλη και πολύ σημαντική διάκριση αλλά και καινοτομία που γίνεται στο άρθρο 24(3) και προσφέρει προστασία εξίσου στους επενδυτές αλλά και στα ανάδοχα κράτη, είναι η αναφορά πως η ρήτρα αυτή εφαρμόζεται μόνον σε διεθνείς ένοπλες συρράξεις και σε περιόδους πολέμου κι όχι σε εθνικές συγκρούσεις. Εκτός αυτού, η ρήτρα ασφαλείας της παραγράφου 3 έρχεται να επιβεβαιώσει την πληρότητα της ΣΧΕ αναφορικά με την προσφερόμενη προστασία στους επενδυτές, δηλώνοντας ρητά πως, εξαιρώντας τις

διατάξεις των άρθρων 12 και 13, εξακολουθεί να διατηρεί μέριμνα για αποζημίωση αναφορικά με ενδεχόμενη επίταξη και καταστροφή επενδυτικής περιουσίας είτε γίνεται λόγω πολέμου είτε όχι. Σε πρακτική εφαρμογή θα έμοιαζε άτοπο το να γίνεται τόσος κόπος για την όσο το δυνατόν πληρέστερη παροχή προστασίας στους επενδυτές και ταυτόχρονα να υπάρχουν διατάξεις οι οποίες καταλύουν την προστασία των επενδυτών υπό το πρίσμα μιας άλλης ρήτρας που παρέχει έλεγχο στα κράτη για την διαμόρφωση των νόμιμων ή μη συνθηκών.⁵³

Συνοψίζοντας, στο άρθρο 24 της ΣΧΕ εντοπίζουμε τις δύο ρήτρες πολέμου που υπάρχουν διαθέσιμες με βάση το διεθνές επενδυτικό δίκαιο. Υπάρχει η κάλυψη της ρήτρας μη διάκρισης που εφαρμόζει την αρχή της δίκαιης και ίσης μεταχείρισης, υπό την έννοια πως εάν εγκριθεί αποζημίωση λόγω ζημίας που προκλήθηκε από συνθήκες πολέμου, εγκρίνεται για όλους τους ξένους επενδυτές που βίωσαν παρόμοιες ζημίες εξαιτίας του ίδιου λόγου. Έπειτα, υπάρχει η επεκταθείσα ρήτρα πολέμου η οποία κατοχυρώνει ισχυρό δικαίωμα αποζημίωσης στον επενδυτή υπό την προϋπόθεση πως για την ζημία του ευθύνεται το ανάδοχο κράτος. Ταυτόχρονα, κάποιο επίπεδο ασφάλειας προσφέρεται και στα κράτη, με την essential security ρήτρα η οποία με την εφαρμογή της, αιτιολογεί τις πράξεις του κράτους που υπό άλλες συνθήκες θα ήταν παράνομες. Ύψιστη σημασία έχει η μορφή αυτής της ρήτρας, το ότι είναι δηλαδή self-judging. Με λίγα λόγια, το κράτος και μόνο αυτό είναι ο κριτής της εγκυρότητας των μέτρων που εφαρμόζει και νομιμοποιεί, χωρίς την παρέμβαση διαιτητικού δικαστηρίου ενώ εξίσου σημαντικός είναι και ο περιορισμός που τίθεται αναφορικά με την εφαρμογή αυτής της ρήτρας μόνον σε διεθνείς εμπόλεμες συρράξεις. Είναι γεγονός πως υπάρχει μια λεπτή γραμμή ανάμεσα στην προστασία του εθνικού συμφέροντος και στην κατάχρηση της ρήτρας αυτής, όταν η ΣΧΕ και η κάθε αντίστοιχη συνθήκη, δίνει τόσο μεγάλο βαθμό ελευθερίας αλλά και αυτονομίας στο εκάστοτε κράτος. Ουσιαστικά, με τον τρόπο αυτό εξισορροπείται η αυτονομία του κράτους και η προστασία των ξένων επενδυτών.

⁵³ Schreuer, C. (2019). War and peace in international investment law. In International Investment Law and the Law of Armed Conflict in Gómez, K. F., Gourgourinis, A., & Titi, C. (Eds.). (2019). International Investment Law and the Law of Armed Conflict. Springer, pg 2-15.

Υποθέσεις διεθνών δικαστηρίων – Πρακτική εφαρμογή ρητρών πολέμου

Στην ενότητα αυτή θα ασχοληθούμε με τρεις πολύ σημαντικές υποθέσεις για την εξέλιξη των ρητρών πολέμου. Παρακάτω θα γίνει μια συνοπτική παρουσίαση των γεγονότων κάθε υπόθεσης και σχολιασμός των δεδομένων βάσει των οποίων λήφθηκαν αποφάσεις.

AAPL v Sri Lanka

Όπως αναφέραμε και παραπάνω τα διεθνή διαιτητικά δικαστήρια, ειδικότερα στις πρώτες υποθέσεις που ήρθαν ενώπιόν τους, αντιμετώπισαν σημαντικές ερμηνευτικές δυσκολίες αναφορικά με την αλληλεπίδραση διάφορων ρητρών μεταξύ τους με αποτέλεσμα την δημιουργία σύγχυσης. Μια τέτοια υπόθεση είναι αυτή της AAPL μιας εταιρείας με έδρα το Χονγκ Κονγκ. Η εταιρεία είχε επενδυτική δραστηριότητα στην Σρι Λάνκα κατέχοντας μερίδιο μετοχών από μια κρατική εταιρεία. Στην περιοχή όπου βρισκόντουσαν οι κεντρικές εγκαταστάσεις της εταιρείας έλαβε χώρα εξέγερση ανταρτών και ως αποτέλεσμα μερικούς μήνες αργότερα οι κρατικές αρχές της χώρας, προσπαθώντας να καταστείλουν τους αντάρτες, κατέστρεψαν τις εγκαταστάσεις. Έτσι η AAPL αξίωσε σε διαιτητικό δικαστήριο αποζημίωση βασιζόμενη στην καταπάτηση της αρχής πλήρους προστασίας και ασφάλειας (FPS) συνδυαστικά με την καταπάτηση της υποχρέωσης αποζημίωσης βάσει της διμερούς επενδυτικής συμφωνίας (BIT) που υπήρχε ανάμεσα σε Η. Βασίλειο και Σρι Λάνκα. Η AAPL υποστήριξε πως οι ζημιές προκλήθηκαν από κρατικές δυνάμεις σε προσπάθεια καταστολής ανταρτών. Στην BIT υπήρχε κάλυψη τόσο ρήτρας πολέμου μη διάκρισης στο άρθρο 4.1 αλλά και επεκταθείσας ρήτρας πολέμου στο άρθρο 4.2. Όπως συμβαίνει με όλα τα extended war clauses, έτσι και σε αυτή την περίπτωση έπρεπε να αποδειχθεί πως η ευθύνη για την καταστροφή βάραινε το κράτος της Σρι Λάνκα, με σκοπό να βασιστεί η AAPL στο άρθρο 4.2 της BIT. Η σύγχυση έλαβε χώρα όταν το δικαστήριο εξέτασε τις απαιτήσεις που είχε η AAPL βάσει αφενός της αρχής FPS και της ρήτρας πολέμου μη διάκρισης. Η τελευταία ισχύει και εφαρμόζεται όταν το εκάστοτε κράτος αποφασίσει να αποζημιώσει όλους τους επενδυτές που επλήγησαν ως αποτέλεσμα της

εμπόλεμης σύγκρουσης. Έτσι το άρθρο 4.1 της BIT θα αποτελούσε λύση εφόσον το κράτος της Σρι Λάνκα αποζημίωνε εξίσου όλους τους επενδυτές. Τέλος η αρχή FPS προστατεύει τους επενδυτές από κάθε μορφή βίας ανεξαρτήτως προέλευσης. Το δικαστήριο αποφάσισε πως η ρήτρα του άρθρου 4.1 ενεργοποιείται όταν υπάρχουν ζημιές κι όχι εφόσον υπάρχει γενική αποζημίωση σε όλους τους πληγέντες επενδυτές, κάτι για το οποίο είναι υπεύθυνη η αρχή FPS.⁵⁴ Η σύγκυση γιγαντώθηκε με την AAPL να υποστηρίζει πως η BIT μεταξύ των δύο κρατών είναι περιοριστική επειδή υπάρχουν ρήτρες πολέμου φέρνοντας την σε σύγκριση με την BIT που είχε η Σρι Λάνκα με την Ελβετία τονίζοντας την αυστηρή ευθύνη που επιβάλλει η αρχή FPS. Το επιχείρημα αυτό απορρίφθηκε ορθώς.⁵⁵

AMT v Republic of Zaire

Η αμερικανική εταιρεία AMT κατείχε την μετοχική πλειοψηφία σε μια εταιρεία στο Ζαΐρ. Οι κρατικές δυνάμεις του Ζαΐρ κατέστρεψαν ολοσχερώς τις εγκαταστάσεις της εταιρείας και ως συνέπεια αυτή έμεινε αδρανής και κατέληξε να κλείσει εντελώς μετά από δύο χρόνια. Ως εκ τούτου η AMT έκανε καταγγελία στο κράτος του Ζαΐρ για παραβίαση των υποχρεώσεων που εξέθετε η μεταξύ Η.Π.Α και Ζαΐρ BIT.⁵⁶ Το άρθρο 4.2 της BIT ανέφερε πως οι ρήτρες πολέμου που εμπεριέχονταν στην συνθήκη ήταν η ρήτρα μη διάκρισης αλλά και η επεκταθείσα ρήτρα πολέμου. Η απόφαση του δικαστηρίου ανέφερε παραβίαση και της αρχής FPS αλλά και της ρήτρας πολέμου.⁵⁷ Η ρήτρα πολέμου μη διάκρισης κρίθηκε από το δικαστήριο ότι ενίσχυε τις διατάξεις του άρθρου 2 της BIT αναφορικά με την αρχή FPS μιας και σύμφωνα με το δικαστήριο υπάρχει αλληλεξάρτηση μεταξύ των δύο, κάτι όμως που δεν ισχύει.⁵⁸ Με την λανθασμένη αυτή ερμηνεία του δικαστηρίου η απόφαση που προέκυψε ανέφερε πως το Ζαΐρ δεν ήταν υπόχρεο σε αποζημίωση απέναντι στην AMT από την στιγμή που δεν δόθηκε αποζημίωση και σε άλλους επενδυτές σύμφωνα με την αρχή FPS. Το δικαστήριο επεσήμανε πως εάν κι άλλοι επενδυτές λάμβαναν αποζημίωση θα δικαιούταν και η AMT αποζημίωση. Το δικαστήριο προέτρεψε την AMT να

⁵⁴ Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v Republic of Sri Lanka, ICSID Case No Arb/87/3, Final Award, (27 June 1990), paras. 65-67.

⁵⁵ Ibid, para. 54.

⁵⁶ American Manufacturing & Trading, Inc (AMT) v Republic of Zaire (1997), 36 ILM 1534 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), para. 1.05

⁵⁷ Ibid, paras. 6.11, 6.19

⁵⁸ Ibid, para. 6.14

επιβεβαιώσει ότι η ευθύνη βάραινε το κράτος του Ζαΐρ, με σκοπό να στρέψει την καταγγελία στην επεκταθείσα ρήτρα πολέμου, κάτι το οποίο δεν ήταν εφικτό σε αυτή την υπόθεση.

LESI v Republic of Algeria

Δύο Ιταλικές εταιρείες με επενδυτική δραστηριότητα, σχηματίζοντας κοινοπραξία, στην Αλγερία, αντιμετώπισαν πρόβλημα καθυστέρησης περίπου μιας δεκαετίας λόγω εμφυλίου πολέμου στο ανάδοχο κράτος. Όταν οι συνθήκες το επέτρεπαν, η κοινοπραξία αποφάσισε να συνεχίσει το επενδυτικό της έργο, όμως βρήκε μπροστά της το εμπόδιο της Αφρικανικής Τράπεζας που χρηματοδοτούσε το έργο. Η τράπεζα αρνήθηκε στην κοινοπραξία την έγκρισή της με αποτέλεσμα ο φορέας να διακόψει την σύμβαση έργου. Η κοινοπραξία κατήγγειλε την συμπεριφορά αυτήν με το δικαστήριο να απορρίπτει αρχικά την καταγγελία υποστηρίζοντας πως ο επενδυτής δεν είναι η κοινοπραξία των εταιρειών αλλά οι ίδιες οι εταιρείες (LESI και ASTALI).⁵⁹ Πέρα από αυτό, το δικαστήριο ιεράρχησε ως ειδικότερη και γενικότερη νομοθεσία τις ρήτρες πολέμου και την αρχή FPS (*lex specialis/lex generalis*) αντίστοιχα, με αποτέλεσμα να υποστηριχθεί βάσει αυτού το δόγματος πως εφόσον οι ρήτρες πολέμου εξετάζονται ως *lex specialis*, η αρχή FPS εξαιρείται.⁶⁰ ⁶¹ Στην BIT Ιταλίας και Αλγερίας εμφανίζονται τόσο η αρχή της πλήρους προστασίας και ασφάλειας (FPS) στο αρ. 4.1, όσο και η ρήτρα πολέμου μη διάκρισης, η οποία επιτάσσει τις αρχές National treatment και most favored nation άρα μιλάμε για ρήτρα πολέμου μη διάκρισης στο άρθρο 4.5. Το δικαστήριο λοιπόν ανέφερε πως η ρήτρα πολέμου αποτελεί ειδική εξαίρεση στους ισχύοντες κανονισμούς, παρέχοντας μεγαλύτερα επίπεδα προστασίας στο κράτος σε συνθήκες όπου η παροχή πλήρους προστασίας στο επενδυτή είναι ανέφικτη.⁶² Σε αυτό το δόγμα βασίστηκε αρκετά χρόνια αργότερα η Αργεντινή στην υπόθεση *EDF v Argentina* με το δικαστήριο να έχει αποκρυσταλλώσει πλέον τις ανακρίβειες αναφέροντας χαρακτηριστικά στην απόφασή του πως οι κανόνες εθιμικού δικαίου δεν αλλάζουν ούτε παρακάμπτονται για χάρη εξαιρετικών καταστάσεων.⁶³ Μια ρήτρα

⁵⁹ L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire, ICSID Case No. ARB/05/3, para 60.

⁶⁰ Ibid, para.177

⁶¹ Deroche, L. (2020). War Clauses in International Investment Law: A Need for Clarity. *McGill J. Disp. Resol.*, 7, 34. pg. 48-51.

⁶² Ibid, paras. 174-175

⁶³ EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic

πολέμου δεν λειτουργεί ως εξαίρεση για να αποφύγει το κράτος την υπαιτιότητα για την πρόκληση ζημιών κατά παράβαση της Συνθήκης και κατ' επέκταση την χορήγηση αποζημίωσης.⁶⁴⁶⁵

Καταληκτικά, οι υποθέσεις αυτές μπορεί να μην σχετίζονται με την Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας άμεσα, ωστόσο η εξέταση των δεδομένων τους μας βοηθάει να κατανοήσουμε την σύγκυση που επικρατούσε παλιότερα στα διαιτητικά δικαστήρια, την σημασία σωστής ερμηνείας των διατάξεων και την κατανόηση της αλληλεπίδρασης των διατάξεων αυτών.

Ακουμπώντας και εξετάζοντας πιο σύγχρονες υποθέσεις, κυρίως με διαιτητικό δικαστήριο το Εμπορικό Επιμελητήριο της Στοκχόλμης, χωρίς αυτό να δείχνει κάποια προκατάληψη απέναντι στους υπόλοιπους φορείς ρύθμισης υποθέσεων, εισάγουμε μια πιο σύγχρονη ματιά στο πως λειτουργούν τα διαιτητικά δικαστήρια στην σύγχρονη εποχή.

Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S v. Libya

Η υπόθεση αφορά την εταιρεία Cengiz, θυγατρική στο σύνολο της, της Τουρκικής εταιρείας Cengiz Holding As, μιας από τις πιο επιτυχημένες κατασκευαστικές εταιρείες στην Τουρκία με περίπου 35 θυγατρικές και συνεργαζόμενες εταιρείες. Μια από αυτές τις εταιρείες εντοπίζουμε στην Λιβύη, την Cengiz Libya όπου η μητρική εταιρεία κατείχε το 49% των μετοχών, με το υπόλοιπο να είναι στην κατοχή μιας εταιρείας κρατικών συμφερόντων, την ICDI. Πολύ σύντομα, η Cengiz αύξησε το μερίδιο της στο 65% με την κρατική ICDI να κρατάει το υπόλοιπο 35%. Το ποσοστό αυτό και η αντίστοιχη συμμετοχή της ICDI ήταν ονομαστικής αξίας, διότι η τελευταία δέχτηκε με ένα συμφωνητικό που έγινε το 2008 πως θα κατείχε παθητικό ρόλο, καμία εμπλοκή στις αδικοπραξίες, στις ζημιώσεις αλλά και στα κέρδη.

(ICSID Case No. ARB/03/23), para 1159.

⁶⁴ Ibid, paras. 1159-1162.

⁶⁵ Risvas, M. (2019). Non-discrimination and the Protection of Foreign Investments in the Context of an Armed Conflict in Gómez, K. F., Gourgourinis, A., & Titi, C. (Eds.). (2019). International Investment Law and the Law of Armed Conflict. Springer, pg 199-216.

Ως αντάλλαγμα θα λάμβανε το 2% της αξίας της σύμβασης από ένα μεγάλο project που θα εκτελούσε η Cengiz.

Συνεπώς, η Cengiz είχε ουσιαστικά τον πλήρη έλεγχο της εταιρείας στην Λιβύη τόσο στην διοίκηση, την διαχείριση όσο και στις οικονομικές δραστηριότητες. Το μοναδικό αντάλλαγμα στην ICDI ήταν το 2% από την σύμβαση για το έργο Wadi Al Hayat (WAH).

Το 2003 ο ΟΗΕ αναίρεσε την απαγόρευση απέναντι στο κράτος της Λιβύης, μιας και το τελευταίο ολοκλήρωσε όλες τις υποχρεώσεις του απέναντι στο συμβούλιο ασφαλείας του ΟΗΕ. Το 2008 λόγω κωλύματος με μια Κορεάτικη εταιρεία για το έργο WAH, προέκυψε η ευκαιρία για την Cengiz να αναλάβει εκείνη το έργο. Το πρώτο διάστημα του 2011 ξέσπασε εμφύλιος πόλεμος ανάμεσα σε αντάρτες και τις κρατικές δυνάμεις με αποτέλεσμα κάποιες μέρες αργότερα από την έναρξη της εμπόλεμης εμφύλιας σύγκρουσης να καταστεί και το έργο της Cengiz για το έργο WAH αδύνατον λόγω της διαμάχης. Η Cengiz ενημέρωσε εγγράφως τους υπευθύνους κρατικούς μηχανισμούς πως λόγω της κατάστασης παύει προσωρινά την ενασχόληση, ωστόσο διατηρεί θετική στάση για την ολοκλήρωση του, εφόσον το επιτρέψουν οι συνθήκες στο μέλλον. Μέσα σε περίπου έναν μήνα από αυτό το σημείο εκκενώθηκαν οι εγκαταστάσεις του έργου WAH.

Τον Αύγουστο του 2011 ομάδα του εθνικού στρατού της Λιβύης διέπραξε ένοπλη εισβολή στις εγκαταστάσεις του προαναφερθέντος έργου και προχώρησαν στην επίταξη μηχανημάτων και εξοπλισμού από το εργοτάξιο και μέσα σε 3 ημέρες, διάφορα τάγματα του εθνικού στρατού εισέβαλαν και κατάσχεσαν διάφορα μέρη του εξοπλισμού του εργοταξίου.

Η Cengiz ενώπιον του δικαστηρίου αξίωσε πως σύμφωνα με την BIT Τουρκίας-Λιβύης, το κράτος της Λιβύης απέτυχε στο να προφέρει την συμβατική υποχρέωση της πλήρους προστασίας και της ίσης και δίκαιης μεταχείρισης. Σύμφωνα με την Cengiz, η κρατική διαχείριση της κρίσης και η διακριτική μεταχείριση από το κράτος της Λιβύης αναφορικά με τις αποζημιώσεις εν καιρώ πολέμου παραβίαζαν τις συμβατικές υποχρεώσεις με αποτέλεσμα οι υποδομές των επενδυτών να καταστραφούν ολοσχερώς. Η αξίωση της Cengiz ανήλθε στα 302.6 εκ USD ως αποζημίωση για τις ζημιές που υπέστη εξαιτίας τους κράτους της Λιβύης η εταιρεία.

Το κράτος της Λιβύης απάντησε πως το ICC δεν έχει δικαιοδοσία να επιλύσει την διαφορά, συνεπώς η υπόθεση πρέπει να αποπεμφθεί στο σύνολό της.

Καταληκτικά, το δικαστήριο διέταξε αποζημίωση 51.2 εκ USD, εντοπίζοντας παραβίαση της αρχής για την παροχή πλήρους προστασίας παραβιάζοντας το άρθρο 2(2) της BIT.⁶⁶

Strabag SE v. Libya

Η παρούσα υπόθεση αφορά την Αυστριακών συμφερόντων εταιρεία Strabag και το κράτος της Λιβύης. Το 2004 υπήρξαν συζητήσεις μεταξύ των δύο πλευρών με σκοπό την έναρξη κατασκευαστικών δραστηριοτήτων από την Strabag στην Λιβύη. Μετά από έρευνες η Strabag ίδρυσε το 2006 ένα υποκατάστημα στην Λιβύη μετά την σχετική άδεια που της παραχωρήθηκε. Άμεσα ανέλαβε την σχεδίαση και περάτωση δύο μεγάλων έργων για την κατασκευή δρόμων. Στην πορεία η Strabag εισήλθε σε κοινοπραξία με την LIDCO ιδρύοντας την εταιρεία Al Hani με σκοπό να συνεχιστεί τα κατασκευαστικά έργα στην Λιβύη. Στην νέα εταιρεία, μετά κι από συμφωνία του Λιβυκού κράτους, παραχωρήθηκαν από την μητρική εταιρεία Strabag τα δύο μεγάλα έργα που είχε αναλάβει προς την νεοιδρυθείσα εταιρεία. Εκτός από αυτά τα έργα, η Al Hani εισήλθε μεταγενέστερα σε αρκετά νέα έργα. Οι αξιώσεις του ενάγοντος (Strabag) άφησε να εννοηθεί πως υπήρξε μεγάλη οικονομική ζημία λόγω αθέτησης συμβατικών υποχρεώσεων από το Λιβυκό κράτος απέναντί τους.

Το 2011 στην Λιβύη ξεκίνησε ένοπλη σύγκρουση ανάμεσα σε κυβερνητικές και επαναστατικές δυνάμεις με σκοπό να καταληφθεί η εξουσία. Την ίδια περίοδο, η Al Hani είχε ενεργές έξι συμβάσεις για την κατασκευή έργων. Ως απάντηση στην εμπόλεμη κατάσταση το NATO οργάνωσε μια συμμαχική παρέμβαση στρατιωτικών δυνάμεων κάτι το οποίο δημιούργησε εκτενείς οικονομικές ζημίες στην Al Hani. Όσο οι συρράξεις συνέχιζαν, οι διοικούντες της Al Hani αποφάσισαν να προστατέψουν με ίδια πρωτοβουλία την περιουσία τους, μεταφέροντας μακριά από τις εμπόλεμες ζώνες κινητά μηχανήματα, αυτοκίνητα κ.α. Σύντομα οι διαμάχες εξαπλώθηκαν σε ολόκληρη την επικράτεια της χώρας με αποτέλεσμα τόσο τα κινητά όσο και τα ακίνητα περιουσιακά στοιχεία της Al Hani να επιταχθούν ή να καταστραφούν ολοσχερώς.

⁶⁶ Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S v. Libya, ICC Case No. 21537/ZF/AYZ, Award, 7 November 2018, Case summary found at: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-cengiz-insaat-sanayi-ve-ticaret-a-s-v-libya-none-currently-available-friday-1st-january-2016>

Ενδεικτικά, αξίζει να αναφερθεί πως η σύρραξη ξεκίνησε από τα ανατολικά της χώρας εκεί όπου η Al Hani είχε ένα από τα μεγαλύτερα εργοτάξια και βασικές εγκαταστάσεις.

Μετά από διαπραγματεύσεις για το εάν είναι βιώσιμες οι συνθήκες για την συνέχιση των έργων με την εξασφάλιση προκαταβολών και αποζημιώσεων λόγω πολέμου ως κύριο μέλημα για την εύρυθμη συνέχιση των εργασιών, οι συζητήσεις αυτές αποδείχθηκαν ανεπιτυχείς. Μετά τις νέες διαπραγματεύσεις με το Λιβυκό κράτος, η Al Hani συνέχισε τα τρία από τα έξι έργα που είχε αναλάβει προγενέστερα του πολέμου, ενώ συμφωνήθηκε να αποπληρωθούν οι μέχρι εκείνο το σημείο τελεσμένες εργασίες από το αντίστοιχο Συμβούλιο μεταφορών και υποδομών (TPB). Δεν υπήρξε ποτέ συμφωνία για αποζημίωση εξαιτίας του πολέμου. Η Al Hani στην πραγματικότητα έλαβε χρήματα για δύο από τα τρία ενεργά έργα μέχρι και τον Ιούνιο του 2013. Στις αρχές του 2014 η Al Hani ενημέρωσε εγγράφως πως εάν δεν εξοφληθούν τα συμφωνηθέντα, θα παύσει τις εργασίες στην περιοχή. Δεν έλαβε ποτέ απάντηση με αποτέλεσμα τον Ιούνιο του 2015 να καταθέσει καταγγελία σε διαιτητικό δικαστήριο. Οι ενάγοντες υποστήριξαν πως υπήρξαν πολλαπλές παραβιάσεις της αντίστοιχης BIT όπως αποτυχία παροχής πλήρους προστασίας από το κράτος (Art. 3(1) FPS)⁶⁷, αποτυχία εφαρμογής ίσης και δίκαιης μεταχείρισης (Art.3(1) FET)⁶⁸ καθώς και ύπαρξη ζημιώσεων σε περιουσία του επενδυτή εξαιτίας ένοπλης σύγκρουσης στην επικράτεια του ανάδοχου κράτους (Art. 5(2)).⁶⁹

Το δικαστήριο μετά από διαβουλεύσεις αποφάσισε πως η Λιβύη, μεταξύ άλλων, παραβίασε το άρθρο 5 της BIT και ως εκ τούτου οι ενάγοντες πρέπει να αποζημιωθούν με το ποσό ύψους οριακά κάτω από 75 εκ EUR για τις ζημιές, και επιπλέον αναφορικά με τα δικαστικά έξοδα των εναγόντων προς το διαιτητικό δικαστήριο με ποσό σχεδόν 500.000 USD.⁷⁰

Ampal-American and others v. Egypt

Η υπόθεση αυτή αφορά από την μια πλευρά το κράτος της Αιγύπτου και από την άλλη μια ομάδα εταιρειών Αμερικανικών συμφερόντων καθώς κι έναν Γερμανικής

⁶⁷ CI 20, Claimants memorial on the merits 6 July 2016, Strabag SE v. Libya, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award, 29 June 2020

⁶⁸ Ibid, CI 22.

⁶⁹ Ibid, CI 19

⁷⁰ Strabag SE v. Libya, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award, 29 June 2020

Case summary found at: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-strabag-se-v-libya-award-monday-29th-june-2020>

καταγωγής ιδιώτη. Η διαμάχη των αντισυμβαλλομένων σχετίζεται με την επένδυση των εναγόντων στο έργο EMG (East Mediterranean Gas). Το EMG δομήθηκε με σκοπό την αγορά φυσικού αερίου από την Αίγυπτο με σκοπό την πώληση του στο Ισραήλ αλλά και την δημιουργία ενός αγωγού για την μεταφορά και την διανομή του φυσικού αερίου αυτού. Έχοντας υπόψιν το πλάνο αυτό, η EMG υπέγραψε τα απαραίτητα συμφωνητικά με τις κρατικές αρχές της Αιγύπτου για την εξασφάλιση των δικαιωμάτων και αδειών χρήσης και πώλησης του όγκου του φυσικού αερίου το 2005. Έπειτα, κατόπιν της ολοκλήρωσης των απαραίτητων διαβουλεύσεων με την Αίγυπτο, η εταιρεία προχώρησε στην σύναψη συμφωνιών με πιθανούς αγοραστές στο Ισραήλ. Σε παράλληλη χρονική περίοδο ολοκληρώθηκε και η κατασκευή των αγωγών.

Κατόπιν της σύναψης των συμφωνιών, ωστόσο προγενέστερα από την προμήθεια όγκου ικανού για έναρξη εμπορικής χρήσης, οι αρμόδιες αρχές της Αιγύπτου διαρκώς μετέβαλλαν τα δεδομένα της συνεργασίας με την EMG όπως ενδεικτικά προχώρησε στην κατάργηση της φοροαπαλλαγής προς την εταιρεία, περιόριζε και παρεμπόδιζε την πρόσβαση των εναγόντων σε χρηματικά κεφάλαια και άλλες ενέργειες που δεν διευκόλυναν τις εργασίες των επενδυτών. Αυτά είναι τα δεδομένα που παρουσίασαν οι ενάγοντες και με βάση αυτά υποστηρίζουν πως το κράτος της Αιγύπτου παραβίασε πλειάδα διατάξεων και εξασφαλίσεων που διαγράφονται στις αντίστοιχες BIT ΗΠΑ-Αιγύπτου και Γερμανίας-Αιγύπτου.⁷¹

Το διαιτητικό δικαστήριο της ICSID εξέδωσε δύο αποφάσεις, μια αναφορικά με την δικαιοδοσία που έχει το δικαστήριο κατά την οποία δεν έχει δικαίωμα το δικαστήριο να αποφασίσει ως προς την επίλυση των αξιώσεων του Γερμανού ιδιώτη του. Fischer.⁷²

Στην έτερη απόφαση, περί ευθύνης και απώλειας κεφαλαίων, το διαιτητικό δικαστήριο αποφάσισε πως το κράτος της Αιγύπτου είχε παραβιάσει πράγματι διατάξεις της BIT ΗΠΑ-Αιγύπτου. Συγκεκριμένα βρέθηκε παραβίαση του άρθρου III παρ. 1 της BIT, με το κράτος να απαλλοτριώνει περιουσιακά στοιχεία των επενδυτών.⁷³ Επιπλέον, βρέθηκε παραβίαση του άρθρου II παρ. 4, εντοπίζοντας την αποτυχία του

⁷¹ ⁷¹ Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, case summary found at: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-ampal-american-israel-corp-egi-fund-08-10-investors-llc-egi-series-investments-llc-bss-emg-investors-llc-and-david-fischer-v-arab-republic-of-egypt-decision-on-jurisdiction-monday-1st-february-2016>

⁷² Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Para.346 (c), Decision on Jurisdiction, found at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7310.pdf>

⁷³ Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Para. 354 (b), Decision on liability and heads of loss, found at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8487.pdf>

ανάδοχου κράτους να προσφέρει τα δέοντα επίπεδα προστασίας τόσο ως προς την επένδυση όσο και προς τους επενδυτές.⁷⁴ Τέλος, ακόμη μια παραβίαση που εντόπισε το διαιτητικό δικαστήριο αφορά αυτή απέναντι στο άρθρο III παρ. 1, υποστηρίζοντας πως το κράτος απαλλοτρίωσε περεταίρω περιουσιακά στοιχεία της επένδυσης τον Μάιο του 2012.⁷⁵ Αφενός εντοπίστηκαν οι ανωτέρω παραβιάσεις, εντούτοις το διεθνές διαιτητικό δικαστήριο δεν στοιχειοθέτησε στην απόφαση του ακριβή ποσά αναφορικά με το ύψος της αποζημίωσης που οφείλει να καταβάλει βάσει συμβατικών υποχρεώσεων η Αίγυπτος καθώς και δεν εξέδωσε ακριβές ποσό προς κάλυψη από το κράτος σχετικά με τα δικαστικά έξοδα των εναγόντων.⁷⁶

Κριτικός σχολιασμός υποθέσεων

Οι υποθέσεις που αναφέρονται ανωτέρω αποτελούν σημαντικό στοιχείο στην καλύτερη κατανόηση της πρακτικής εφαρμογής των διατάξεων περί προστασίας των επενδυτών και των περιουσιών τους. Το αντικείμενο του κειμένου εστιάζει κατά κύριο λόγο στην παροχή προστασίας στους ξένους επενδυτές από τα ανάδοχα κράτη, εκεί όπου αντικείμενο των επενδύσεων είναι η ενέργεια. Οι υποθέσεις αυτές δεν σχετίζονται άμεσα με την Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας μιας και το αντικείμενο τους ποικίλει, εντούτοις οι ενάγοντες έχουν προσφύγει σε διαιτητικά δικαστήρια αρμόδια για να εκδικάζουν, μεταξύ άλλων, και υποθέσεις αναφορικά με την ΣΧΕ, ενώ ταυτόχρονα το αντικείμενο των υποθέσεων αφορά προστασία επενδυτών και επενδύσεων από κρατικές κινήσεις οι οποίες έγιναν ελέω εμπόλεμων καταστάσεων. Η χρησιμότητα αυτών των υποθέσεων είναι διττή. Στις παλαιότερες υποθέσεις, όπως άλλωστε αναφέρθηκε ανωτέρω, τα δικαστήρια δεν είχαν ομοιογένεια στην ερμηνεία των ρητρών και των αρχών περί προστασίας επενδυτών κάτι το οποίο φαίνεται να έχει εξαλειφθεί. Από την άλλη πλευρά, σχετικά κυρίως με τις νεότερες υποθέσεις από τα αρμόδια δικαστήρια, φαίνεται η αυστηρή ερμηνεία των διατάξεων που εμπεριέχονται στις εκάστοτε διμερείς συμφωνίες, διατάξεις όμοιες εν γένει με αυτές που εντοπίζονται στην ΣΧΕ, κάτι το οποίο σημαίνει πως φορείς όπως ο ICSID και το ICC επιδεικνύουν μια

⁷⁴ Ibid Para. 354 (c)

⁷⁵ Ibid Para. 354 (d)

⁷⁶ Ibid Para 354. (f)

μεγαλύτερη προβλεψιμότητα στην ερμηνεία και την διαχείριση των κανονισμών. Η αλλαγή αυτή μπορεί να κριθεί ως θετική μιας και ο κάθε εμπλεκόμενος σε μια τέτοια ένδικη διαμάχη είναι σε θέση να έχει μια ξεκάθαρη εικόνα για το τι μπορεί να περιμένει από την έκβαση αλλά και τα κράτη να γνωρίζουν τι καθιστά παραβίαση χωρίς να υπάρχουν γκριζες ζώνες και μη ξεκάθαρα δεδομένα.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Κάνοντας μια σύντομη ανακεφαλαίωση για τις διατάξεις και την χρησιμότητα αλλά και για την πηγή έμπνευσης για την δημιουργία της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας, κρίνεται σκόπιμο να αναφερθούμε σε διάφορους σχολιασμούς που έχουν δημοσιευτεί σχετικά. Αποτελεί κοινή γνώση πως πηγή έμπνευσης για την δημιουργία της Συνθήκης αποτελεί η GATT 1994, βάσει της οποίας στο πεδίο εφαρμογής που δρα, μεταξύ άλλων επιτρέπει με ορισμένες διατάξεις τις παρεκκλίσεις από τις πάγιες επιταγές. Σε αντίστοιχα μήκη κύματος κινείται και το άρθρο 24 της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας προσφέροντας αυτή την δυνατότητα παρέκκλισης από τις δεδομένες πρακτικές αναφορικά με ζητήματα για την Ενέργεια σε αντίθεση με ζητήματα εμπορικών συναλλαγών που πραγματεύεται η GATT 1994.⁷⁷

Η παράγραφος 3 του άρθρου 24 ωστόσο, δεν ακολουθεί το παγιωμένο μοτίβο που απλώς δίνει δυνατότητα να εκτρέπει από τις υπόλοιπες διατάξεις. Η ιδιομορφία της έγκειται στο ότι υποδεικνύει έναν τρόπο ερμηνείας της διάταξης υπό την οποία κανένα από τα συμβαλλόμενα μέρη δεν δεσμεύεται στο να μην επιβάλλει μέτρα απαραίτητα για την διαφύλαξη των βασικών συμφερόντων του στον τομέα της ασφάλειας, αναφορά η οποία συμπεριλαμβάνει και τις περιπτώσεις εμπόλεμων καταστάσεων, σεβόμενα όμως τα μέλη τις οντότητες των επενδυτών και χωρίς πρόθεση να υποσκάψουν τις θέσεις των τελευταίων.⁷⁸

Ταυτόχρονα, βλέποντας την παράγραφο 1 του άρθρου 24 της ΣΧΕ, ο ουσιαστικός παράγοντας βάσει του οποίου γίνεται διαχωρισμός στην εφαρμογή του σε σύγκριση με τα άρθρα 12, 13 και 29 κρίνεται ως βαρύνουσας σημασίας. Αρχικά, όσον αφορά την αλληλεπίδραση με το άρθρο 12, η Συνθήκη αποκλείει αυτόματα την

⁷⁷ Bamberger, C. S., Linehan, J., & Walde, T. (2000). Energy Charter Treating 2000: In a New Phase. *J. Energy & Nat. Resources L.*, 18, 336.

⁷⁸ Grasso, C. in Leal-Arcas, R. (Ed.). (2018). *Commentary on the energy charter treaty*. Edward Elgar Publishing, pg 322-323.

πιθανότητα μη αποζημίωσης για ζημίες που δημιουργήθηκαν εξαιτίας πολέμου, ένοπλων συγκρούσεων κι εμφύλιων διαταραχών από το ανάδοχο κράτος υπό το κάλυμμα της ύπαρξης εξαιρέσεων. Ακολουθώντας ακριβώς το ίδιο δόγμα, αποκλείεται και η αποφυγή καταβολής αποζημίωσης σε περίπτωση όπου ιδιοκτησία των επενδυτών επιταχθεί ή καταστραφεί από κρατικές δυνάμεις που θα βάσιζαν τις πράξεις τους σε περιπτώσεις εξαιρέσεων. Σχετικά με την αλληλεπίδραση με το άρθρο 13, οι εξαιρέσεις και συνεπώς η αποφυγή υποχρέωσης για την καταβολή αποζημίωσης δεν υφίστανται ούτε σε περίπτωση απαλλοτρίωσης ή εθνικοποίησης ιδιωτικών περιουσιών των επενδυτών από το κράτος. Η μόνη περίπτωση όπου εμπίπτουν τα ανωτέρω στα δικαιώματα του ανάδοχου κράτους είναι όταν οι πράξεις αυτές λαμβάνουν χώρα λόγω προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, τελούνται αδιακρίτως και πάντα συνοδεύονται από άμεση, δίκαιη και επαρκή αποζημίωση.⁷⁹

Αν και το άρθρο 24 όπως αναφέρθηκε προηγουμένως έχει τις βάσεις του από την GATT 1994 (συγκεκριμένα στα άρθρα XX και XXI) σχετικά με την παροχή εξαιρέσεων σαν δόγμα εν γένει, δεν θα πρέπει να λησμονηθεί ή να συγχυστεί το γεγονός πως η Συνθήκη έχει τροποποιήσει τις διατάξεις της με τέτοιον τρόπο ώστε να συμβαδίζουν με το περιεχόμενο και τον τομέα τον οποίο άπτεται. Είναι γνωστό πως οι εξαιρέσεις της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας, άπτονται μεταξύ άλλων και συνθήκες πολέμου. Ένα θέμα το οποίο έχει δεχθεί ισχυρή κριτική και ακόμα ισχυρότερη συζήτηση αποτελεί το τι μορφής είναι αυτές οι ρήτρες. Κριτικοί υποστηρίζουν πως βασιζόμενη στην διατύπωση και στην φρασεολογία, οι ρήτρες αυτές είναι self judging,⁸⁰ όπως άλλωστε αναφέρθηκε και ανωτέρω, με αυτό να σημαίνει πως το ίδιο το ανάδοχο κράτος ερμηνεύει την αναγκαιότητα λήψης μέτρων, κατά πόσο αυτά δικαιολογούνται από τις διατάξεις περί εξαιρέσεων ενώ τέλος το κράτος φέρει και την ευθύνη υποστήριξης της νομιμότητας λήψης τέτοιων μέτρων.⁸¹

Συνοψίζοντας, έχοντας εξετάσει λεπτομέρειες αναφορικά με την ιστορική προέλευση της ανάγκης για την δημιουργία της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας, το πως είχε η κατάσταση σχετικά με την προστασία των επενδύσεων και των επενδυτών προγενέστερα από την Συνθήκη, το κατά πόσο έχει αλλάξει το τοπίο με την δημιουργία και την σταδιακή εξέλιξη της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας, έχοντας αναφερθεί

⁷⁹ Ibid pg.325-327

⁸⁰ Alvarez, G. in Leal-Arcas, R. (Ed.). (2018). Commentary on the energy charter treaty. Edward Elgar Publishing, pg 327-329.

⁸¹ Bamberger, C. S., Linehan, J., & Walde, T. (2000). Energy Charter Treating 2000: In a New Phase. J. Energy & Nat. Resources L., 21.

στην συνύπαρξη των διατάξεων του Διεθνούς ανθρωπιστικού και Διεθνούς επενδυτικού δικαίου, εξετάζοντας και αντιπαραβάλλοντας τις διατάξεις της Συνθήκης με διάφορες διμερείς επενδυτικές συμφωνίες (BITs), δημιουργούνται ευοίωνα δεδομένα για την προστασία των επενδυτών αλλά και την σωστή πληροφόρηση και πράξη από την πλευρά των κρατών. Δεν είναι άλλωστε τυχαίο πως διάφορα κράτη με τις πράξεις ή τις αμέλειες τους ενδέχεται να δημιουργήσουν ένα δυσμενές για νέους επενδυτές περιβάλλον, υποβαθμίζοντας την φήμη τους ως ένα κράτος που αντί να σέβεται και να προφυλάσσει τους ξένους επενδυτές λαμβάνοντας τα απαραίτητα μέτρα για την προστασία τους, εμπλέκεται σε μακροχρόνιες και δαπανηρές δικαστικές διαμάχες, ρίχνοντας κατακόρυφα την ποιότητα και την ποσότητα των επενδυτών που προσελκύει. Κατά συνέπεια το εκάστοτε κράτος με όχι τόσο καλά δεδομένα φιλοξενίας επενδύσεων, θα εντοπίζεται συνεχώς υποσκελισμένο από επενδυτές ή φτωχό σε επενδύσεις.⁸² Από την άλλη, δίνοντας έμφαση στην ίδια την Συνθήκη και το περιεχόμενό της, και επανερχόμενοι στην σύγκριση της με διάφορες διμερείς επενδυτικές συμφωνίες, η κριτική η οποία μπορεί να ασκηθεί στην πρακτική εφαρμογή της ΣΧΕ έναντι των BITs είναι περιορισμένη. Είναι γνωστό πως δεν υπάρχουν δείγματα γραφής από διαιτητικά δικαστήρια αναφορικά με τις εμπόλεμες συνθήκες κάτω από τις οποίες λαμβάνονται και εξετάζονται αποφάσεις των ανάδοχων κρατών, τουλάχιστον σε ένα σύγχρονο πλαίσιο με υποθέσεις που να έχουν επικαλεστεί τις αντίστοιχες διατάξεις της Συνθήκης για τον Χάρτη Ενέργειας. Ωστόσο, η αντιπαραβολή των εκάστοτε διατάξεων των BITs με αυτές της ΣΧΕ, η χρήση των πρώτων από τα διαιτητικά δικαστήρια, τα ίδια δικαστήρια που απευθύνονται και διάδικοι της ΣΧΕ, η προβλεψιμότητα των αποφάσεων και της ερμηνείας των διατάξεων από τα δικαστήρια αλλά και η συνεχής προσπάθεια εκσυγχρονισμού των διατάξεων της ΣΧΕ φαίνεται να δημιουργεί ένα θετικό κλίμα και να αντιμετωπίζει με επιτυχία τα προβλήματα τα οποία εντοπίζονταν σε άλλα νομικά δεσμευτικές επενδυτικές διατάξεις. Καταλήγοντας, σε μια προσωπική εκτίμηση οι διατάξεις αναφορικά με εμπόλεμες συνθήκες για την προστασία των επενδύσεων στην Συνθήκη για τον Χάρτη Ενέργειας αντιλαμβάνονται με μια θετική χροιά ως προς την χρησιμότητα και την πληρότητα τους αλλά ταυτόχρονα, λόγω έλλειψης εκτενούς χρήσης, και με έναν σκεπτικισμό έως ότου αυτές εμφανιστούν και χρησιμοποιηθούν ενώπιον διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων.

⁸² <https://www.facebook.com/hazem.essa.for.legal.studies/posts/332444573572031>

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Ackermann, T., “*Investment treaties during armed conflict: Special protection for foreign investors?*” found at <https://www.cambridgeblog.org/2022/09/investment-treaties-during-armed-conflict-special-protection-for-foreign-investors/>

Alvarez, G. in Leal-Arcas, R. (Ed.). (2018). *Commentary on the energy charter treaty*. Edward Elgar Publishing,

Bamberger, C. S., Linehan, J., & Walde, T. (2000). *Energy Charter Treating 2000: In a New Phase*. J. Energy & Nat. Resources

Coop, G. (2011). *Energy Dispute Resolution: Investment Protection, Transit and the Energy Charter Treaty*. Juris Publishing, Inc.

Deroche, L. (2020). *War Clauses in International Investment Law: A Need for Clarity*. McGill J. Disp. Resol., 7, 34.

Grasso, C. in Leal-Arcas, R. (Ed.). (2018). *Commentary on the energy charter treaty*. Edward Elgar Publishing.

Hamida, W. B. (2015). *Investment treaties and democratic transition: Does investment law authorize not to honor contracts concluded with undemocratic regimes?*. In *International Investment Law and Development* (pp. 309-330). Edward Elgar Publishing, found in Deroche, L. (2020). *War Clauses in International Investment Law: A Need for Clarity*. McGill J. Disp. Resol., 7, 34.

Happ, R. (2000). *Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren nach Artikel 26 Energiechartavertrag*. Frankfurt am Main.

Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L. (2005) *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, vol 1.

Hobér, K. (2010). *Investment arbitration and the energy charter treaty*. Journal of International Dispute Settlement, 1(1).

Lionnet, K., Foerster, N., & Rechtsanwälte, R. (1996). *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*. Boorberg.

Manciaux, S., (2019), “*War and Peace in International Investment Law*” in Gómez, K. F., Gourgourinis, A., & Titi, C. (Eds.). (2019). *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*. Springer.

McLachlan, C., Shore, L., & Weiniger, M. (2017). *International investment arbitration: substantive principles*. Oxford University Press.

Newcombe, A. P., & Paradell, L. (2009). *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Kluwer Law International BV.

Radjai, N., & Halonen, L. (2016). An Analysis of the Compensation Regime Applicable to Claims Arising from Armed Conflicts Affecting Investments in MENA. *BCDR International Arbitration Review*, 3(2).

Ribeiro, C. (Ed.). (2006). *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*. JurisNet.

Risvas, M. (2019). Non-discrimination and the Protection of Foreign Investments in the Context of an Armed Conflict in Gómez, K. F., Gourgourinis, A., & Titi, C. (Eds.). (2019). *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*. Springer.

Roe, T., & Happold, M. (2011). *Settlement of investment disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge University Press.

Schreuer, C. (2005). Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment & Trade*.

Schreuer, C. (2019). War and peace in international investment law. In *International Investment Law and the Law of Armed Conflict* in Gómez, K. F., Gourgourinis, A., & Titi, C. (Eds.). (2019). *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*. Springer.

Schwarzenberger, G. (1945). The Most-Favored-nation standard in British state practice. *Brit. YB Int'l L.*, 22, 96.

Selivanova, Y. S. (2018). Changes in renewables support policy and investment protection under the Energy Charter Treaty: analysis of jurisprudence and outlook for the current arbitration cases. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 33(2).

Tietje C. *International Investment, Protection and Arbitration: Theoretical and Practical Perspectives*. Berliner Wissenschafts-Verlag; 2011.

Trebilcock, M., Howse, R., & Eliason, A. (2005). *The regulation of international trade*. Routledge.

Weisburg, H., & Ryan, C. (2006). Means to be made whole: Damages in the context of international investment arbitration. *Evaluation of Damages in International Arbitration*, ICC Publication,.

Zrilic, J. (2019). *The protection of foreign investment in times of armed conflict*. Oxford University Press.

Συνοήκη για τον Χάρτη Ενέργειας

British Claims in the Spanish Zone of Morocco, 2 R.I.A.A. (U.K.-Spain, 1925), at 709–710.

“*Expropriation regime under the energy charter treaty*”, Energy Charter Secretariat, 2012, found online at: https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Expropriation_2012_en.pdf

<https://www.cnb.com/2022/09/21/german-government-agrees-nationalization-deal-for-energy-giant-uniper.html>

<https://opiniojuris.org/2022/07/14/is-investor-state-dispute-settlement-an-appropriate-forum-for-the-resolution-of-investment-disputes-arising-from-armed-conflicts-part-1-normative-conflicts-and-consequences/>

https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en

<https://www.tjm.org.uk/trade-deals/energy-charter-treaty>

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-ebook.pdf

<https://www.facebook.com/hazem.essa.for.legal.studies/posts/332444573572031>

Πίνακας Νομολογίας

American Manufacturing & Trading, Inc (AMT) v Republic of Zaire (1997), 36 ILM 1534

Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction

Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on liability and heads of loss.

Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, (10 February 1999),

Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v Republic of Sri Lanka, ICSID Case No Arb/87/3, Final Award, (27 June 1990)

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12

Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S v. Libya, ICC Case No. 21537/ZF/AYZ, Award, 7 November 2018,

CME v. The Czech Republic, Partial Award, 13 September 2001.

EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/23).

Impregilo SpA v Argentine Republic, ICSID Case No Arb/07/17, (21 June 2011).

L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire, ICSID Case No. ARB/05/3.

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8

Strabag SE v. Libya, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award, 29 June 2020

Total SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/04/1, Decision on Liability (27 December 2010)