



ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ

ΤΟΜΕΑΣ ΔΙΕΘΝΩΝ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΙΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ

ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ

ΣΤΟ ΔΙΕΘΝΕΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ, ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΚΑΙ ΤΡΑΠΕΖΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

με θέμα:

**« Το ζήτημα της συμβατότητας των Διμερών Διακρατικών Επενδυτικών
Συμφωνιών μεταξύ των κρατών- μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης (intra- EU
BITS)**

με το Ευρωπαϊκό Δίκαιο»

Μέλη Τριμελούς Επιτροπής:

Αν. Καθηγήτρια Μαρία Μενγκ- Παπαντώνη (επιβλέπουσα)

Καθηγητής κος Κων/νος Στεφάνου

Καθηγητής κος Χαρίσης Ταγαράς

ΕΛΕΝΑ ΔΗΜ. ΚΟΝΟΜΟΔΗ

(ΑΜ 1212Μ078)

Αθήνα

Σεπτέμβριος 2014

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΜΕΡΟΣ 1ο

A. ΕΙΣΑΓΩΓΗ.....ΣΕΛ.1

1.- Η έννοια των άμεσων ξένων επενδύσεων, η συμβολή τους στην Παγκόσμια Οικονομία και η ανάγκη προσέλκυσης, προώθησης και προστασίας τους από τα εθνικά κράτη.....σελ.1

(α) Η έννοια των άμεσων ξένων επενδύσεων.....σελ.1

(β) Η συμβολή των ξένων άμεσων επενδύσεων στην Παγκόσμια Οικονομία και η ανάγκη προσέλκυσης, προώθησης και προστασίας τους από τα εθνικά κράτη.....σελ.5

2.- Οι Διμερείς Διακρατικές Επενδυτικές Συμφωνίες (Bilateral Investment Treaties) ως ένα πολύτιμο παγκόσμιο εργαλείο ρύθμισης, προστασίας και προώθησης των επενδύσεων και μέσον άμβλυνσης των διαφορών μεταξύ αναπτυσσόμενων και ανεπτυγμένων χωρών.....σελ.6

B. ΟΙ BITs ΩΣ ΠΗΓΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΩΝ ΑΞΕ ΚΑΙ ΜΕΣΟΝ ΡΥΘΜΙΣΕΩΣ ΤΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΤΙΚΩΝ ΣΧΕΣΕΩΝ.....ΣΕΛ.8

1.- Ορισμένα Ιστορικά στοιχεία.....σελ.8

2.- Οι δύο βασικές λειτουργίες τους.....σελ.9

(α) Η πολιτική τους λειτουργία.....σελ.9

(β) Η νομική τους λειτουργία.....σελ.9

3.- Ο σκοπός, τα συμβαλλόμενα μέρη και το αντικείμενο των ρυθμίσεων.....σελ.10

(α) Ο βασικός σκοπός τους και τα συμβαλλόμενα μέρη.....σελ.10

(β) Το αντικείμενό τους.....σελ.10

4.- Η νομική τους φύση - Η υπαγωγή τους στη Σύμβαση της Βιέννης περί του δικαίου των συνθηκών (1969).....σελ.11

5.- Η δομή και το περιεχόμενό τους.....σελ.13

6.- Παροχή πλήρους προστασίας και ασφάλειας.....σελ.16

3.- Πρόβλεψη περί Διευθέτησης των εκ της συμφωνίας απορреουσών Επενδυτικών Διαφορών.....	σελ.17
---	--------

Γ. ΟΙ BITs ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΚΡΑΤΩΝ ΜΕΛΩΝ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ - ΟΙ ΕΝΔΟ-ΕΝΩΣΙΑΚΕΣ BITs (INTRA- EU BITs).....ΣΕΛ.19

1.- Η ανάπτυξη ενός μεγάλου δικτύου ενδο-ενωσιακών BITs (intra- EU BITs) και το περιεχόμενο αυτών.....	σελ.19
--	--------

2.- Η εμπλοκή των κρατών της Κεντρικής και Ανατολικής Ευρώπης σε δικαστικούς αγώνες που προκύπτουν από διαφορές βασιζόμενες σε ενδο-ενωσιακές BITs.....	σελ.20
---	--------

3.- Η εμπλοκή της Τσέχικης Δημοκρατίας σε δικαστικούς αγώνες, ως μία μελέτη περίπτωσης («case study») και το οικονομικό κόστος αυτών.....	σελ.21
---	--------

Δ. ΟΡΙΣΜΕΝΑ ΘΕΩΡΗΤΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΠΟΥ ΑΠΤΟΝΤΑΙ ΤΗΣ ΕΞΕΤΑΖΟΜΕΝΗΣ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΚΗΣΣΕΛ.24

(α) Το ζήτημα της πολλαπλότητας και διαδραστικότητας των πηγών του επενδυτικού δικαίου ως πρόκριμα για την μελέτη της σχέσης των ενδο-ενωσιακών BITs με το ευρωπαϊκό δίκαιο – Το πολυκερματισμένο καθεστώς της διεθνούς επενδυτικής προστασίας.....	σελ.24
---	--------

(β) Η εξέταση της ύπαρξης συντρέχουσας εφαρμογής των κανόνων που προέρχονται από τις ενδο-ενωσιακές BITs και του ευρωπαϊκού δικαίου ως πρόκριμα για την ύπαρξη τυχόν ασυμβατότητας.....	σελ.26
---	--------

αα. Ως προς το <i>ratione personae</i> πεδίο εφαρμογής	σελ.26
--	--------

ββ. Ως προς το <i>ratione temporis</i> πεδίο εφαρμογής	σελ.26
--	--------

γγ. Ως προς το <i>ratione materiae</i> πεδίο εφαρμογής - Σύμπτωση σκοπών-αντικειμένου.....	σελ.27
--	--------

(γ) Οι βασικές συνήθειες νομικές τεχνικές για τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου συμβατικού κανόνα στις περιπτώσεις σύγκρουσης (μη συμβατότητας) διαφορετικών διεθνών συνθηκών.....	σελ.27
---	--------

(δ) Τα υπό εξέταση σημεία προβληματικής της ασυμβατότητας των ενδο-ενωσιακών BITs με το ευρωπαϊκό δίκαιο.....	σελ.30
---	--------

αα. Ως προς το <i>ratione personae</i> πεδίο εφαρμογής των intra-EU BITs: Παραβίαση της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας βάσει του άρθρου 18ΣΛΕΕ (πρώην 12ΣΕΚ).....	σελ.30
---	--------

ββ. Ως προς το περιεχόμενο των intra-EU BITs.....σελ.31

(i) Η πρόβλεψη της ρήτρας περί υπαγωγής σε διαιτησία: Παραβίαση της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας βάσει του άρθρου 18ΣΛΕΕ (πρώην 12ΣΕΚ), παράκαμψη- μη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 267ΣΛΕΕ (πρώην 234ΣΕΚ) και παραβίαση του άρθρου 344ΣΛΕΕ (πρώην 292ΣΕΚ).....σελ.31

(ii) Η πρόβλεψη της “ρήτρας μεταφοράς”.....σελ.32

ΜΕΡΟΣ 2°

Ε. Η ΕΞΕΤΑΣΗ ΤΟΥ ΖΗΤΗΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΕΝΔΟ-ΕΝΩΣΙΑΚΩΝ BITs ΣΕ ΣΧΕΣΗ ΜΕ ΤΟ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΠΡΟ ΤΗΣ ΘΕΣΗΣ ΣΕ ΙΣΧΥ ΤΗΣ ΣΥΝΘΗΚΗΣ ΤΗΣ ΛΙΣΣΑΒΩΝΑΣσελ.33

(α) Η νομική προσωπικότητα της ΕΚ.....σελ.33

(β) Η εξωτερική αρμοδιότητα της Κοινότητας σχετικά με τη σύναψη διεθνών συμφωνιών με τρίτες χώρες ή διεθνείς οργανισμούς ως προς τα ζητήματα που αφορούσαν την Κοινή Εμπορική Πολιτική- Το «δόγμα παραλληλότητας» εσωτερικής και εξωτερικής αρμοδιότηταςσελ.33

(γ) Το ευρωπαϊκό νομικό πλαίσιο που σχετίζεται με το περιεχόμενο των ρυθμίσεων των BITsσελ.38

αα. Η κοινή Ιθαγένεια.....σελ.38

ββ. Οι θεμελιώδεις ελευθερίες.....σελ.38

(i) Οι διατάξεις που αφορούν άμεσα τις επενδύσεις.....σελ.39

α. Η ελεύθερη κυκλοφορία προσώπων – ελευθερία εγκατάστασης....σελ.39

β. Η ελεύθερη κυκλοφορία υπηρεσιών.....σελ.42

γ. Η ελεύθερη κυκλοφορία κεφαλαίων και πληρωμών.....σελ.43

(ii) Οι διατάξεις που αφορούν έμμεσα τις επενδύσεις.....σελ.45

(δ) Η εξέταση της συμβατότητας υπό το πρίσμα του κοινοτικού δικαίου - Η νομολογία του ΔΕΚ σχετικά με τις BITs που συνήφθησαν από ΚΜ της ΕΕ με τρίτες χώρες πριν την προσχώρησή τους στην ΕΕ.....σελ.46

αα. Η θέση της Επιτροπήςσελ.46

(i) Η δήλωση της Επιτροπής την 13-1-2006 (soft law προσέγγιση).....σελ.48

(ii) Το σημείωμα της Επιτροπής την 13-1-2006 σχετικά με την ελεύθερη κίνηση κεφαλαίου (soft law προσέγγιση).....σελ.48

(iii) Τα επιχειρήματα της Επιτροπής ως διαδίκου ενώπιον του ΔΕΚ και ως amicus curiae ενώπιον των διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων.....σελ.49

α. Επί της παραβίασης της αρχής της μη διάκρισης.....σελ.49

β. Επί της ρήτρας περί διαιτησίας.....σελ.49

γ. Επί του ασυμβίβαστου του περιεχομένου των BITs σε σχέση με το κοινοτικό δίκαιο.....σελ.49

ββ. Η θέση των Κρατών Μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης.....σελ.51

(i) Η θέση των ΚΜ της Δυτικής Ευρώπης, κυρίως η θέση της Ολλανδικής Κυβέρνησης, ιδίως ως Επί της ρήτρας μεταφοράς και επί του ασυμβίβαστου του περιεχομένου των BITs σε σχέση με το κοινοτικό δίκαιο και της εγκυρότητας ή μη των BITs.....σελ.51

(ii) Η θέση των ΚΜ της Κεντρικής και Ανατολικής Ευρώπης, κυρίως η θέση της Τσέχικης Κυβέρνησης.....σελ.57

(iii) Η πολιτική της Τσεχίας ως προς τις ενδο-ενωσιακές BITs.....σελ.57

(iv) Συμμόρφωση στο ευρωπαϊκό δίκαιο ως λόγος δημιουργίας διαφορών.....σελ.58

γγ. Η νομολογία του ΔΕΚ (cases C-205/06, C-249/06 και C-118/07).....σελ.60

(i) Τα πραγματικά περιστατικά - Οι συμφωνημένες από τα ΚΜ BITs και το περιεχόμενό τουςσελ.61

(ii) Οι εξεταζόμενες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, επί τη βάση των οποίων έγινε ο έλεγχος συμβατότητας - Οι απορρέουσες εκ του κοινοτικού δικαίου υποχρεώσεις των ΚΜ.....σελ.62

α. Οι τυχόν απορρέουσες από το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο υποχρεώσεις των ΚΜσελ.62

β. Οι απορρέουσες από το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο υποχρεώσεις των ΚΜσελ.63

γ. Η απορρέουσα από το «καθήκον καλόπιστης (ειλικρινούς) συνεργασίας» υποχρέωση των ΚΜ.....σελ.64

(iii) Οι διεθνείς υποχρεώσεις των ΚΜ που απορρέουν από τις συναφθείσες BITs.....σελ.66

α. Διεθνείς υποχρεώσεις που μπορούν να διακυβεύσουν σοβαρά την άσκηση αρμοδιότητας της Κοινότηταςσελ.66

β. Η εξέταση του ενδεχομένου να αποτραπεί η επέλευση ασυμβιβάστου υπό το πρίσμα του άρθρου 307 ΣΕΚ.....σελ.68

(iv) Το ζήτημα της συμβατότητας ή μη με το υφιστάμενο κοινοτικό δίκαιο.....σελ.69

(v) Τα προτεινόμενα μέτρα αποτροπής του ασυμβιβάστου.....σελ.75

(vi) Η απόφαση του Δικαστηρίου.....σελ.77

(δ) Η εξέταση της συμβατότητας από τον εθνικό δικαστή.....σελ.78

(ε) Η εξέταση της συμβατότητας υπό το πρίσμα του διεθνούς δικαίου - Η νομολογία των Διαιτητικών Δικαστηρίων σχετικά με τις BITs που συνήφθησαν από ΚΜ της ΕΕ με τρίτες χώρες πριν την προσχώρησή τους στην ΕΕ.....σελ.81

αα. Ρήτρα διαιτησίας και δικαιοδοσία των διαιτητικών δικαστηρίων...σελ.81

ββ. Επί του διαιτητεύσιμου της διαφοράς.....σελ.83

γγ. Τρόπος επίλυσης της σύγκρουσης - Το ζήτημα της ακύρωσης ή τερματισμού και της εν γένει μη εφαρμογής των BITs υπό το ευρωπαϊκό δίκαιο.....σελ.83

δδ. Η θέση των εξειδικευμένων στις επενδύσεις δικηγόρων, συμπεριλαμβανομένων και των επενδυτικών διαιτητών.....σελ.87

(i) Οι επενδυτικοί διαιτητές.....σελ.87

(ii) Οι δικηγορικές εταιρίες.....σελ.87

**ΣΤ. Η ΕΞΕΤΑΣΗ ΤΟΥ ΖΗΤΗΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΕΝΔΟ-ΕΝΩΣΙΑΚΩΝ
BITS ΣΕ ΣΧΕΣΗ ΜΕ ΤΟ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΜΕΤΑ ΤΗ ΘΕΣΗ ΣΕ ΙΣΧΥ ΤΗΣ ΣΥΝΘΗΚΗΣ
ΤΗΣ ΛΙΣΣΑΒΩΝΑΣ.....ΣΕΛ.89**

(α) Η νομική φύση της ΕΕ και η νομική προσωπικότητά της.....σελ.89

**(β) Η δυνατότητα της ΕΕ να διαπραγματεύεται και να συνάπτει
συμβάσεις με τρίτες χώρες, καθώς και να είναι μέλος σε Διεθνείς
Οργανισμούς.....σελ.89**

**(γ) Η θέσπιση αποκλειστικής αρμοδιότητας της ΕΕ σε θέματα ΑΞΕ βάσει
άρθρων 206 και 207ΣΛΕΕ και ο προσδιορισμός της έννοιας των ΑΞΕ ως προϋπόθεση
για την οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής τους.....σελ.90**

(δ) Η θέσπιση εξωτερικής αρμοδιότητας της Ένωσης.....σελ.92

αα. Η Ανακοίνωση Επιτροπής COM(2010) 343 της 7-7-2010 με τίτλο «Προς
μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων» -Πρόταση Κανονισμού περί
μεταβατικών διατάξεων στο πλαίσιο των διμερών επενδυτικών συμφωνιών μεταξύ ΚΜ
και τρίτων χωρών.....σελ.93

ββ. Συμπεράσματα από την 3041η συνεδρίαση του Συμβουλίου Εξωτερικών
Υποθέσεων, Λουξεμβούργο, 25 Οκτωβρίου 2010.....σελ.95

γγ. Τα αποτελέσματα του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 13
Μαΐου 2011 σχετικά με την θέσπιση Κανονισμού για τις επενδυτικές συμφωνίες.....σελ.96

δδ. Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με τη μελλοντική
επενδυτική πολιτική της ΕΕ, 22 Μαρτίου 2011 και το Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού
Κοινοβουλίου της 23ης Μαΐου 2013 σχετικά με τις εμπορικές και επενδυτικές
διαπραγματεύσεις της ΕΕ με τις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής και η σχετική
ανακοίνωση για διαβούλευση.....σελ.97

εε. Η δυνατότητα υιοθέτησης ενός νέου μοντέλου EU-BIT.....σελ.98

στστ. Ο Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 1219/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και
του Συμβουλίου της 12ης Δεκεμβρίου 2012, που αφορά τη θέσπιση μεταβατικών
ρυθμίσεων στο πλαίσιο διμερών επενδυτικών συμφωνιών μεταξύ κρατών μελών και τρίτων
χωρών.....σελ.99

Ζ. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ.....ΣΕΛ.105

A. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

1.- Η έννοια των άμεσων ξένων επενδύσεων, η συμβολή τους στην Παγκόσμια Οικονομία και η ανάγκη προσέλκυσης, προώθησης και προστασίας τους από τα εθνικά κράτη

(α) Η έννοια των άμεσων ξένων επενδύσεων

Η έννοια των ξένων άμεσων επενδύσεων (στο εξής ΑΞΕ) δεν είναι παγιωμένη, αλλά **διαμορφώθηκε κατ' αρχήν σε διεθνές επίπεδο μέσα από τη νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων του ICSID**, καθώς το καίριο ζήτημα το οποίο απασχολεί για την εύρεση της έννοιας της άμεσης ξένης επένδυσης είναι ποια διεθνής οικονομική δραστηριότητα συνιστά επένδυση. Το πλέον κατάλληλο forum για τη διατύπωση ενός γενικά αποδεκτού ορισμού της έννοιας της ξένης άμεσης επένδυσης είναι το **ICSID**¹. Σύμφωνα με το άρθρο 25 (1) της **ιδρυτικής του σύμβασης**, «η δικαιοδοσία του.... εκτείνεται σε οποιαδήποτε νομική διαφορά απορρέει άμεσα από μία επένδυση μεταξύ ενός Συμβαλλόμενου Κράτους... και ενός υπηκόου άλλου Συμβαλλόμενου Κράτους», χωρίς όμως να δίνεται μία σαφής απάντηση- ορισμός της έννοιας της επένδυσης, αφήνοντας έτσι αυτή να διαμορφωθεί μέσα από τη μεταγενέστερη πρακτική των κρατών, με σκοπό να διαφυλάξει την ακεραιότητα και την ευελιξία της έννοιας και να μην εμποδίσει την μελλοντική προοδευτική ανάπτυξη του διεθνούς δικαίου στον τομέα αυτόν.

Μέσα από τη **νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων του ICSID**, επομένως, μπορούμε να προσεγγίσουμε την έννοια της ξένης επένδυσης, βάσει της οποίας για να θεωρηθεί μια οικονομική δραστηριότητα ως επένδυση υπό την έννοια του αρθρ.25(1), θα πρέπει να συγκεντρώνει σωρευτικά τα ακόλουθα στοιχεία-κριτήρια, τα οποία έχουν καθιερωθεί με την ονομασία «test Salini», από την υπόθεση ICSID «Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco»²: **(α)** να υφίσταται συμβολή του επενδυτή σε χρήμα ή άλλα περιουσιακά στοιχεία (assets) που έχουν οικονομική αξία («contribution»),

(β) τα οποία να παραμένουν δεσμευμένα στη χώρα υποδοχής της επένδυσης για ένα χρονικό διάστημα («duration»), **(γ)** εκτεθειμένα στους

¹ Πρόκειται για το Διεθνές Κέντρο Επίλυσης των Επενδυτικών Διαφορών (International Centre for the Settlement of Investment Disputes), το οποίο αποτελεί οργανισμό του Ομίλου της Παγκόσμιας Τράπεζας με 143 κράτη μέλη σήμερα, ιδρύθηκε με τη Σύμβαση της Ουάσινγκτον του 1965 και λειτουργεί σαν διεθνές διαιτητικό κέντρο, υπό την αιγίδα του οποίου οργανώνονται και διεξάγονται διεθνείς διαιτησίες μεταξύ κρατών που έχουν κυρώσει την Σύμβαση αυτή και υπηκόων (νομικών ή φυσικών προσώπων) άλλων συμβαλλομένων κρατών.

² Η ως άνω απόφαση εκδόθηκε στα πλαίσια του ελέγχου της δικαιοδοσίας του ICSID την 23.7.2001 παρ. 52, και έκτοτε επιβεβαιώνεται παγίως έκτοτε, αλλά και τελευταία, από τις αποφάσεις επί της δικαιοδοσίας των διαιτητικών δικαστηρίων στις υποθέσεις ICSID «Saipem S.p.A. v. Bangladesh», απόφαση της 21.3.2007, παρ.99 και «Ioannis Kardassopoulos v. Georgia», απόφαση 6.7.2007, παρ. 116.

κινδύνους που αντιμετωπίζει η επενδυτική δραστηριότητα στη χώρα αυτή («risks») και **(δ)** να συμβάλλουν στην οικονομική της ανάπτυξη («development»). Το πρώτο στοιχείο από τα ανωτέρω αρκεί για την στοιχειοθέτηση της εν στενή εννοία επένδυσης, με την έννοια της χαρακτηριστικής παροχής, καθώς προσδιορίζει εκείνη τη διεθνή συναλλαγή, που είναι επιλέξιμη να κατηγοριοποιηθεί ως επένδυση και να προστατευθεί ως τέτοια, αντί σαν μια απλή διεθνής εμπορική συναλλαγή, εφόσον βέβαια συντρέχουν και οι άλλες προϋποθέσεις. Η εν στενή εννοία επένδυση προσδιορίζεται από το εφαρμοστέο στην ξένη άμεση επένδυση νομικό εργαλείο (διεθνή σύμβαση ή εθνικό δίκαιο της χώρας υποδοχής) στο πλαίσιο του προσδιορισμού της έννοιας της προστατευόμενης επένδυσης, στο μέτρο που άλλες μορφές επένδυσης προστατεύονται από το εφαρμοστέο κάθε φορά εργαλείο και άλλες δεν προστατεύονται ή ρητά εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του. **(ε)** Ως πέμπτο στοιχείο της στοιχειοθέτησης της έννοιας της επένδυσης είναι αυτό της αποδοχής της από την έννομη τάξη της χώρας υποδοχής της, όπως υποστηρίζεται από μερίδα θεωρητικών³, το οποίο στοιχείο όμως λείπει από τη νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων του ICSID. Αυτό προκύπτει από τον εθιμικό κανόνα του διεθνούς δικαίου που απορρέει από την εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής της κυριαρχίας στην χωρική της διάσταση, όπως και από την αρχή της νομιμότητας που θεμελιώνεται στη γενική αρχή *pacta sunt servanda* στο διεθνές δίκαιο. Πιο συγκεκριμένα, ένα κράτος έχει το δικαίωμα να αρνηθεί την παροχή προστασίας σε μία ξένη επένδυση, της οποίας η υλοποίηση απαγορεύεται στην επικράτειά της⁴. **(στ)** Ως έκτο στοιχείο της στοιχειοθέτησης της έννοιας της ξένης άμεσης επένδυσης είναι αυτό του ελέγχου της επένδυσης από τον επενδυτή, δηλαδή για να θεωρηθεί άμεση επένδυση, θα πρέπει να υπάρχει άσκηση ελέγχου από τον επενδυτή επί της επένδυσης που υλοποιεί σε μία χώρα, προκειμένου η επένδυση να θεωρείται άμεση και όχι μια απλή επένδυση χαρτοφυλακίου (*portfolio investment*) και **(ζ)** Ως έβδομο στοιχείο της στοιχειοθέτησης της έννοιας της ξένης άμεσης επένδυσης θεωρείται από μερίδα θεωρητικών η αλλοδαπότητα της επένδυσης, δηλαδή να προέρχεται ο επενδυτής από χώρα άλλη από αυτήν στην οποία υλοποιεί την επένδυση που συγκεντρώνει τα παραπάνω στοιχεία.

Κατά κανόνα προβαίνουν σε μία περιπτωσιολογική απαρίθμηση στο πλαίσιο μίας (ενδεικτικής) λίστας των περιουσιακών εκείνων στοιχείων που συνιστούν καλυπτόμενες από το αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής τους επενδύσεις (*asset-based systems*). Στο πλαίσιο της υιοθέτησης της Πολυμερούς Συμφωνίας Επενδύσεων (MAI), τέθηκε το ζήτημα εάν μια τέτοια λίστα έπρεπε να συνοδεύεται από μία ερμηνευτική υποσημείωση, σύμφωνα με την οποία ένα περιουσιακό στοιχείο που περιλαμβάνεται σε αυτή θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως επένδυση εφόσον επιπλέον πληρούσε και τα

³ Βλ. Παν. Γκλαβίνη, “Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο (γενικές αρχές- διεθνές εμπόριο- ξένες επενδύσεις)”, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2009, σελ.361επ.

⁴ Βλ. υποθ. “*Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*” της 6.7.2007

χαρακτηριστικά μιας επένδυσης, όπως τη δέσμευση κεφαλαίου ή άλλων πόρων, την προσδοκία κέρδους ή οφέλους ή την ανάληψη κινδύνου.

Τα περιουσιακά στοιχεία τα οποία κατά κανόνα εμπίπτουν στην έννοια της επένδυσης είναι τα εξής: **(α)** Μία επιχείρηση, **(β)** Μετοχές, εταιρικά μερίδια και κάθε μορφής συμμετοχή του ξένου επενδυτή στο κεφάλαιο μιας επιχείρησης, καθώς και τα δικαιώματα που απορρέουν από μια τέτοια συμμετοχή, **(γ)** δάνεια, πιστώσεις, εγγυήσεις, ομολογίες και κάθε είδους χρέη, καθώς και τα δικαιώματα που απορρέουν από αυτά, **(δ)** δικαιώματα που απορρέουν από συμβάσεις, περιλαμβανομένων των κατασκευαστικών συμβάσεων, των συμβάσεων εκτέλεσης έργων με τη μέθοδο «κλειδί στο χέρι», των συμβάσεων management, ή των συμβάσεων έρευνας, εξόρυξης και εκμετάλλευσης φυσικών πόρων γνωστών ως «production- sharing» ή «revenue-sharing contracts», **(ε)** χρηματικές απαιτήσεις (claims to money) και αξιώσεις για φυσική εκπλήρωση (claims to performance), **(στ)** δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, **(ζ)** δικαιώματα που αποκτώνται δια νόμου στη χώρα υποδοχής της επένδυσης ή που απορρέουν από μια επενδυτική συμφωνία του ξένου επενδυτή με τη χώρα υποδοχής της επένδυσης, όπως αδειοδοτήσεις που χορηγούνται βάσει νόμου ή σύμβασης παραχώρησης που συνάπτει ο ξένος επενδυτής με το κράτος υποδοχής της επένδυσης και **(η)** οποιοδήποτε άλλο υλικό ή άυλο περιουσιακό στοιχείο, κινητό ή ακίνητο, καθώς και οποιαδήποτε περιουσιακά δικαιώματα συνδέονται με τέτοια στοιχεία, όπως δικαιώματα leasing, υποθήκης, ενεχύρου ή άλλα βάρη.

Σε ευρωπαϊκό επίπεδο, η Συνθήκες δεν ορίζουν τι αποτελεί «άμεση ξένη επένδυση», παρά μόνον ο όρος συναντάται στο άρθρο 64ΣΛΕΕ⁵, το οποίο εισάγει εξαιρέσεις από την ελεύθερη κυκλοφορία κεφαλαίων και ορίζει απλώς ότι στην έννοια των επενδύσεων περιλαμβάνονται και οι επενδύσεις σε ακίνητα⁶. **Δια του παραγώγου δικαίου** και συγκεκριμένα βάσει της **Οδηγίας 88/361/ΕΟΚ⁷**, (ξένες) άμεσες επενδύσεις θεωρούνται τα κεφάλαια που διακινούνται από τη μία χώρα στην άλλη **(α)** για τη δημιουργία ή την επέκταση υποκαταστημάτων ή νέων επιχειρήσεων ή την απόκτηση υφισταμένων επιχειρήσεων από τον επενδυτή, **(β)** για τη συμμετοχή του επενδυτή σε νέες ή υφιστάμενες επιχειρήσεις με σκοπό τη δημιουργία ή τη διατήρηση σταθερών οικονομικών δεσμών, **(γ)** για τη χορήγηση μακροπρόθεσμων δανείων με σκοπό τη δημιουργία ή διατήρηση σταθερών οικονομικών δεσμών και **(δ)** για την

⁵ βλ. **άρθρο 64§1ΣΛΕΕ**: «1. Οι διατάξεις του άρθρου 63 δεν θίγουν την εφαρμογή, έναντι τρίτων χωρών, τυχόν περιορισμών που ισχύουν στις 31 Δεκεμβρίου 1993 δυνάμει του εθνικού ή του δικαίου της Ένωσης σχετικά με τις κινήσεις κεφαλαίων από ή προς τρίτες χώρες που αφορούν άμεσες επενδύσεις, στις οποίες περιλαμβάνονται οι επενδύσεις σε ακίνητα, εγκατάσταση, παροχή χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών ή εισδοχή τίτλων σε κεφαλαιαγορές. [...]»

⁶ βλ. Γ.Γρύλλο, σε Β.Χριστιανό, “Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ, Κατ’ άρθρον ερμηνεία”, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2012, σελ. 934επ

⁷ Η οποία ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το πδ 96/1993, όπως τροποποιήθηκε με το πδ 104/1994.

επανεπένδυση κερδών με σκοπό τη διατήρηση σταθερών οικονομικών δεσμών.^{8 9}

Ο ορισμός αυτός μοιάζει με τον βασικό ορισμό των άμεσων επενδύσεων όπως αυτός δίδεται από τον **Οργανισμό Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης** (στο εξής ΟΟΣΑ) δυνάμει της Benchmark Definition of Foreign Direct Investment¹⁰ και από το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο (στο εξής ΔΝΤ). Τον ορισμό αυτό χρησιμοποιεί και η Επιτροπή σε Ανακοίνωσή της¹¹, ο οποίος κάνει λόγο για διασυννοριακές επενδύσεις από πλευράς προσώπου που αποσκοπεί στην απόκτηση στρατηγικού μακροχρόνιου και άμεσου συμφέροντος στην επιχείρηση-λήπτη της επένδυσης μέσω σημαντικού βαθμού επιρροής στη διοίκηση και τον έλεγχό της¹². Κατά τα ίδια έγγραφα του ΟΟΣΑ και του ΔΝΤ, θεωρείται ότι υπάρχει ΑΞΕ σε περίπτωση που ο επενδυτής αντιπροσωπεύει τουλάχιστον το 10% των δικαιωμάτων ψήφου στα πλαίσια της επιχείρησης¹³.

(β) Η συμβολή των ξένων άμεσων επενδύσεων στην Παγκόσμια Οικονομία και η ανάγκη προσέλκυσης, προώθησης και προστασίας τους από τα εθνικά κράτη

Οι ξένες άμεσες επενδύσεις αναδεικνύονται ως το πολυτιμότερο αναπτυξιακό εργαλείο, ικανό να οδηγήσει την οικονομία μιας χώρας σε

⁸ βλ. περισσότερα σε Ταγαρά Χ., “Η ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, προσώπων, υπηρεσιών, κεφαλαίων στην Ευρωπαϊκή Ένωση”, β’ εκδ., εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 2002, σελ. 175επ.

⁹ βλ. Π. Στάγκο, “Το νομικό πλαίσιο των διεθνών επενδύσεων”, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα, 2005, σελ. 44επ.

¹⁰ βλ. ιστότοπο www.oecd.org, εκδ.2008, σελ. 14

¹¹ βλ. Ανακοίνωση Επιτροπής COM(2010) 343 της 7-7-2010 με τίτλο «Προς μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων», σελ.6

¹² βλ. ενδ. αποφ. ΔΕΚ 12-12-2006 Test Claimants in the FII Group Litigation C-446/04, σκ.181, ΔΕΚ 26-3-2009, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-326/07 σκ.35

¹³ Στην έννοια αυτή παρέπεμψε η Κοινότητα στα πλαίσια του υπ’ αριθμ. WT/ WGTI/W/115 εγγράφου της 16-4-2002 προς την ομάδα εργασίας του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου περί τη σχέση εμπορίου και επένδυσης, βλ. ιστότοπο www.wto.org

σταθερή και βιώσιμη ανάπτυξη^{14 15}. Στο πλαίσιο αυτό, προσελκύονται από τα εθνικά κράτη κεφάλαια προς επένδυση τα οποία εισέρχονται στη χώρα και δημιουργούν την οικονομική δραστηριότητα, την οποία αδυνατούν να αναπτύξουν από μόνες τους η τοπική επιχειρηματική κοινότητα και η εθνική αγορά κεφαλαίων. Γι' αυτόν τον λόγο, τα λιγότερα ή ελάχιστα ανεπτυγμένα κράτη, όπως και όλα τα υπό μετάβαση κράτη, παρέχουν κίνητρα και εγγυήσεις στους ξένους επενδυτές για να προσελκύσουν παραγωγικές επενδύσεις στο εσωτερικό τους¹⁶. Οι επενδύσεις, ιδίως δε οι άμεσες ξένες επενδύσεις (στο εξής ΑΞΕ) αποτελούν έναν από τους σημαντικότερους παράγοντες της σύγχρονης οικονομίας και είναι συνυφασμένες με τις ύπαρξη πολυεθνικών επιχειρήσεων¹⁷.

Γι' αυτό τον λόγο, λειτουργούν ενθαρρυντικά και για την προσέλκυση τους μέτρα και πολιτικές που υιοθετούνται κατά κύριο λόγο για να ενθαρρύνουν την εξαγωγή επενδυτικών κεφαλαίων από την χώρα προέλευσης και σκοπό έχουν να προσελκύσουν ξένα κεφάλαια¹⁸, αλλά και να προστατεύσουν τα κεφάλαια αυτά από κινδύνους που θα διατρέξουν στη χώρα υποδοχής (όπως η ασφάλιση από πολιτικούς κινδύνους) ή μέτρα που λαμβάνονται στη χώρα υποδοχής για την προστασία τους.¹⁹

Οι θετικές επιδράσεις και επιπτώσεις των ΑΞΕ στη χώρα υποδοχής, αφορούν ιδίως (α) την εξασφάλιση των απαραίτητων συναλλαγματικών πόρων και τη βελτίωση του ισοζυγίου πληρωμών της χώρας, (β) την υποκατάσταση των εισαγωγών με βαθμιαία μείωση της εξωτερικής εξάρτησης της χώρας, (γ) τον εξαγωγικό προσανατολισμό των ξένων επενδύσεων, (δ) την αύξηση της παραγωγικότητας και της αύξησης του ανά μονάδα κόστους, (ε) τη μεταφορά τεχνογνωσίας και τεχνολογίας, (στ) την βαθμιαία εξάλειψη του προβλήματος της ανεργίας και τη βελτίωση του εργατικού δυναμικού της χώρας, (ζ) την βελτίωση των εγχώριων ικανοτήτων σε όλα τα επίπεδα, (η) τις λιγότερο οικονομικές επιβαρύνσεις απ' ό,τι στην περίπτωση του εξωτερικού δανεισμού, (θ) την πιθανή επίλυση ορισμένων διαρθρωτικών προβλημάτων της οικονομίας και (ι) την προσαρμογή του καταναλωτικού επιπέδου στις πραγματικές παραγωγικές δυνατότητες της οικονομίας²⁰.

¹⁴ Βλ. Andreas F. Lowenfeld, "International Economic Law", 2nd Edition, Oxford University Press, 2008, pg 465

¹⁵ Βλ. Robert Pritchard, "Economic development, foreign investment and the law", 1996, Moran T., (ed) Investing in development: new rules for private capital? New Brunswick, New Jersey, Transaction, 1986

¹⁶ Παν. Γκλαβίνη, ό.π., σελ.528επ.

¹⁷ βλ. Word Investment Reports («Παγκόσμιες Ετήσιες Αναφορές») από το 1991 και μετά.

¹⁸ βλ. Α.Φατούρο, "Νομικά Προβλήματα προστασίας και προσελκύσεως ξένων ιδιωτικών επενδύσεων", Αθήνα, 1965, σελ.45επ.

¹⁹ βλ. Παν. Γκλαβίνη, ό.π., σελ. 515επ.

²⁰ βλ. G. Petrochilos, "Foreign Direct Investment and the Development Process", Avebury, 1979, pg. 1-15, 33-47.

2.- Οι Διμερείς Διακρατικές Επενδυτικές Συμφωνίες (Bilateral Investment Treaties) ως ένα πολύτιμο παγκόσμιο εργαλείο ρύθμισης, προστασίας και προώθησης των επενδύσεων και μέσον άμβλυνσης των διαφορών μεταξύ αναπτυσσόμενων και ανεπτυγμένων χωρών

Οι διμερείς διακρατικές συμφωνίες περί αμοιβαίας προστασίας και προώθησης των επενδύσεων (**Bilateral Investment Treaties και στο εξής BITs**) αποτελούν το συνηθέστερο εργαλείο ρύθμισης των ξένων επενδύσεων, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, οι οποίες υλοποιούνται από επενδυτές ενός συμβαλλομένου κράτους-μέρους στο έδαφος του άλλου συμβαλλομένου κράτους-μέρους²¹. Εκτός, επομένως, από ένα εργαλείο προστασίας, τυγχάνει να είναι και ένα εργαλείο προώθησης των ξένων επενδύσεων, καθώς αφ' ης στιγμής επιτυγχάνεται η εγγύηση της προστασίας των επενδυτών, οι τελευταίοι ενθαρρύνονται να εισάγουν επενδυτικά κεφάλαια στη χώρα υποδοχής.

Οι συμβάσεις αυτές σήμερα ξεπερνούν τις 2.500 παγκοσμίως και έχουν αποτελέσει το βασικό μέσον ρυθμίσεως των επενδυτικών σχέσεων στον σύγχρονο κόσμο²², επιπλέον δε συνδέονται άμεσα με το ζήτημα της παγκόσμιας ανάπτυξης, καθώς κατά κανόνα οι χώρες υποδοχής κεφαλαίων τυγχάνουν να είναι αναπτυσσόμενες (ή λιγότερο ανεπτυγμένες) χώρες²³, οι οποίες έχουν ανάγκη από τη ροή κεφαλαίων στο έδαφός τους, από τις ανεπτυγμένες χώρες, προκειμένου ιδίως να βελτιώσουν τους οικονομικούς τους δείκτες, αλλά και την εν γένει κοινωνική, ακόμη και την πολιτική τους κατάσταση. Κατ' αυτόν τον τρόπο, οι συμβάσεις αναδείχθηκαν σε ένα πολύτιμο αναπτυξιακό εργαλείο, που όλες οι αναπτυσσόμενες χώρες φροντίζουν να αποκτήσουν προκειμένου να προσελκύσουν επενδύσεις από τις ανεπτυγμένες χώρες και να μειώσουν έτσι το αναπτυξιακό χάσμα που τις χωρίζει. Εξάλλου, η εξάλειψη της παγκόσμιας φτώχειας, η μείωση των ανισοτήτων όσον αφορά το βιοτικό επίπεδο και ο περιορισμός των παγκόσμιων ανισοτήτων ισχύος και επιρροής, αποτέλεσαν βασικούς στόχους της διεθνούς κοινότητας από τον Β' Παγκόσμιο Πόλεμο μέχρι και σήμερα²⁴.

Η μεγάλη αύξηση του όγκου των διμερών διακρατικών επενδυτικών συμφωνιών οφείλεται κατ' αρχήν στην μεγάλη αύξηση του όγκου των διεθνώς επενδυόμενων κεφαλαίων και μπορεί μεν η παραχώρηση μεταχείρισης σε μία διεθνή επένδυση που γίνεται κατ' εφαρμογή μίας διεθνούς συμφωνίας να σημασιοδοτεί αναδιευθέτηση της εθνικής κυριαρχίας μόνο από την πλευρά της αναπτυσσόμενης χώρας - χώρας υποδοχής των επενδύσεων, αφού κατά

²¹ βλ. Γκλαβίνης, ό.π., σελ.446επ.

²² βλ. ιστότοπο www.unctad.org/ia

²³ περί της έννοιας των όρων «ανεπτυγμένες», «αναπτυσσόμενες» «υπανάπτυκτες» (χώρες) και τη σχετική διάκριση βλ. Δ.Α.Σωτηρόπουλο, Α.Χουλιάρη, Σ.Ρούσσο, Π.Σκλιά, "Ο τρίτος κόσμος- Πολιτική, Κοινωνία, Οικονομία, διεθνείς σχέσεις", εκδ. Παπαζήση, Αθήνα, 2005, σελ.15επ.

²⁴ βλ. Robert O' Brien - Marc Williams, "Παγκόσμια Πολιτική Οικονομία-Εξέλιξη και δυναμικές", επιμ. Π.Σκλιάς, εκδ. Παπαζήση, Αθήνα, 2011, 205επ.

κανόνα αυτή είναι η ροή των κεφαλαίων και όχι από την αναπτυσσόμενη χώρα προς την ανεπτυγμένη, όμως η μονομερής αυτή παραχώρηση της χώρας υποδοχής εξισορροπείται από τα οικονομικά και πολιτικά οφέλη, που η ίδια κρίνει ότι θα αποκομίσει με την πραγματοποίηση της διεθνούς επένδυσης στο έδαφός της²⁵.

²⁵ βλ. Πέτρο Στάγκο, ό.π., σελ.10

Β. ΟΙ BITs ΩΣ ΠΗΓΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΩΝ ΑΞΕ ΚΑΙ ΜΕΣΩΝ ΡΥΘΜΙΣΕΩΣ ΤΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΤΙΚΩΝ ΣΧΕΣΕΩΝ

1.- Ορισμένα Ιστορικά στοιχεία

Οι διμερείς συμβάσεις αμοιβαίας προστασίας και προώθησης των επενδύσεων, όπως ανωτέρω αναφέρθηκε, είναι το συνηθέστερο εργαλείο ρύθμισης των ΑΞΕ, που υλοποιούνται από επενδυτές ενός συμβαλλόμενου μέρους στο έδαφος του άλλου συμβαλλόμενου μέρους. Ουσιαστικά οι BITs αποτελούν μετεξέλιξη του παλαιότερου προτύπου των διμερών Συμβάσεων Φιλίας, Εμπορίου και Ναυσιπλοΐας που συνάπτανε οι ΗΠΑ με χώρες εταίρους τους (Treaty of Friendship, Commerce and Navigation)²⁶.

Η πρώτη διμερής σύμβαση προστασίας και προώθησης των επενδύσεων συνάφθηκε το 1959 από τη Γερμανία με το Πακιστάν. Από τότε, η Γερμανία έθεσε σε ισχύ 100 BITs, η Γαλλία και η Ελβετία ακολούθησαν, καθώς και τα κράτη της Δυτικής Ευρώπης, αλλά και οι ΗΠΑ, έκαναν τις BITs ως ένα βασικό στοιχείο της οικονομικής τους εξωτερικής πολιτικής²⁷. Μέχρι το 2006 περίπου 2.400-2.600 BITs είχαν τεθεί σε ισχύ, οι περισσότερες μεταξύ ανεπτυγμένων και λιγότερο ανεπτυγμένων κρατών, αλλά και μερικές μεταξύ ανεπτυγμένων κρατών. Γενικότερα, πάνω από 155 χώρες είχαν συνάψει έστω και μία BIT, με αποτέλεσμα να έχει καλυφθεί ολόκληρη η ήπειρος. Οι χώρες της Λατινικής Αμερικής άργησαν να δεχθούν την συνθήκη για το ICSID, όμως μέχρι το τέλος της δεκαετίας, οι περισσότερες χώρες της Λατινικής Αμερικής, ανάμεσά τους και η Κούβα, είχαν συνάψει μία ή περισσότερες BITs.

Οι συμβάσεις αυτές πολλαπλασιάστηκαν τις δεκαετίες 1960 και 1970, κατά τις οποίες όλες οι λιγότερο ανεπτυγμένες χώρες συνάπτανε τέτοιες συμβάσεις κατ'αρχήν με τις πρώην αποικιοκρατικές τους δυνάμεις, αλλά και στη συνέχεια και με όλες σχεδόν τις ανεπτυγμένες χώρες εξαγωγής κεφαλαίου. Τη δεκαετία του 1990, οι συμβάσεις αυτές γνώρισαν νέα ώθηση, λόγω του δεύτερου κύματος ανεξαρτητοποιήσεων κρατών στη διεθνή κοινότητα μετά τη διάλυση της πρώην ΕΣΣΔ²⁸. Οι χώρες υπό μετάβαση, που άρχισαν να εντάσσονται σταδιακά στο διαμορφούμενο ενιαίο πλέον διεθνές οικονομικό σύστημα, συνάπτανε με αυξανόμενη συχνότητα διμερείς συμβάσεις προστασίας και προώθησης των επενδύσεων με τις ανεπτυγμένες χώρες εξαγωγής κεφαλαίων. Σήμερα, οι συμβάσεις αυτές έχουν ξεπεράσει τις 2.500 παγκοσμίως, ως εκ τούτου αποτελεί σήμερα το βασικότερο διεθνές εργαλείο ρύθμισης των διεθνών επενδυτικών σχέσεων.

²⁶ βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ. 446επ.

²⁷ βλ. Andreas F. Lowenfeld, "International Economic Law", 2nd Edition, Oxford University Press, 2008, pg 555

²⁸ Για περισσότερα, βλ. Αριστείδη Π. Μπιτζένη, "Η δυναμική των βαλκανικών αγορών και η μετάβαση των χωρών της ανατολικής Ευρώπης στην Οικονομία της αγοράς- Εντοπίζοντας Επενδυτικές ευκαιρίες στο πλαίσιο της Παγκοσμιοποίησης & Ευρωπαϊκής Ολοκλήρωσης", τομ. α', εκδ. Αθ. Σταμούλης, Αθήνα, 2003, σελ. 154επ.

2.- Οι δύο βασικές λειτουργίες τους

(α) Η πολιτική τους λειτουργία

Οι διακρατικές συμφωνίες επιτελούν ουσιαστικά, δύο λειτουργίες²⁹. Κατ' αρχην επιτελούν πολιτική λειτουργία, καθώς η ανάπτυξη συναφούς διακρατικής πρακτικής οδηγεί στη διαμόρφωση συνθηκών ασφάλειας δικαίου, όσον αφορά τη μεταχείριση από τις δημόσιες αρχές των συμβαλλομένων κρατών των διεθνών άμεσων επενδύσεων. Η συγκεκριμένη λειτουργία τυγχάνει ιδιαιτέρως σημαντική, διότι προ της υπάρξεως συμβατικού δημοσίου διεθνούς δικαίου (δηλαδή, προ της πρακτικής για σύναψη ΔΕΣ), το τότε υφιστάμενο εθιμικό δημόσιο διεθνές δίκαιο δημιουργούσε ποικίλες έντονες και αδιέξοδες διενέξεις μεταξύ των κρατών υποδοχής και των κρατών προέλευσης των επενδύσεων³⁰. Προκειμένου μάλιστα να αμβλυνθούν οι εντάσεις μεταξύ των δύο κατηγοριών χωρών, οι διμερείς συμφωνίες εξισορροπούν τις παραχωρήσεις στις οποίες προβαίνουν τα συμβαλλόμενα μέρη.

(β) Η νομική τους λειτουργία

Κατά δεύτερον, επιτελούν νομική λειτουργία, υπό την έννοια ότι θεσπίζουν μέσω των διατάξεων που περιέχουν, την υποχρέωση επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν (και εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής τους) μεταξύ του κράτους υποδοχής και του ιδιώτη επενδυτή μέσω της συγκρότησης *ad hoc* διαιτητικών δικαστηρίων. Αυτού του είδους τα δικαστήρια μάλιστα, έχουν αναχθεί στον κυριότερο μέσον διαμόρφωσης του δικαίου των διεθνών άμεσων επενδύσεων. Η νομική αυτή λειτουργία των διακρατικών επενδυτικών συμφωνιών περιορίζεται κατά έναν τρόπο, λόγω των εθνικών νομοθεσιών, οι οποίες παρέχουν σε όλους τους αλλοδαπούς επενδυτές προστασία ευρύτερη και πληρέστερη σε σχέση με εκείνη που παρέχεται στους επενδυτές συγκεκριμένων χωρών, οι οποίοι καλύπτονται από διμερείς συμφωνίες. Άλλη μία αποδυνάμωση της νομικής λειτουργίας των διατάξεων του διμερών συμφωνιών έχει επέλθει από τη νομολογία, όπως αυτή διαμορφώθηκε από τα διεθνή διαιτητικά δικαστήρια, στο πεδίο του δικαίου των άμεσων ξένων επενδύσεων.

²⁹ βλ. Πέτρο Στάγκο, “Οι διακρατικές συμφωνίες διεθνών επενδύσεων”, εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1997, σελ.9επ.

³⁰ Τα σχετικά προβλήματα που δημιουργούνταν με αφορμή και επίκεντρο την άσκηση εκ μέρους της χώρας καταγωγής του ιδιώτη που θίγονταν από μέτρα τα οποία λάμβανε η χώρα υποδοχής διπλωματικής προστασίας: της υιοθέτησης, δηλαδή, από το κράτος καταγωγής των αξιώσεων του υπηκόου του έναντι του κράτους υποδοχής και του μετασχηματισμού της αρχικής έννομης σχέσης κράτους-αλλοδαπού ιδιώτη σε διακρατική έννομη σχέση (κράτους καταγωγής- κράτους υποδοχής).

3.- Ο σκοπός, τα συμβαλλόμενα μέρη και το αντικείμενο των ρυθμίσεων

(α) Ο βασικός σκοπός τους και τα συμβαλλόμενα μέρη

Ο βασικός σκοπός των BITs είναι η παροχή εγγυήσεων μεταχείρισης και προστασίας των ξένων επενδυτών και των επενδύσεών τους, από το κράτος υποδοχής προς το κράτος προέλευσής τους. Οι διμερείς αυτές συμβάσεις συνάπτονται κατά κανόνα μεταξύ ανεπτυγμένων κρατών εξαγωγής κεφαλαίων και λιγότερο ανεπτυγμένων κρατών, μάλιστα δε σχεδιάστηκαν προκειμένου να ικανοποιήσουν διαφορετικές ανάγκες των μεν ως κρατών προέλευσης επενδυτών και των δε, ως κρατών υποδοχής των επενδύσεων. Πρόκειται για ετεροβαρείς συμβάσεις, δηλαδή, καθώς γεννούν υποχρεώσεις για το λιγότερο ανεπτυγμένο κράτος και δικαιώματα για το ανεπτυγμένο κράτος εξαγωγής κεφαλαίου και τους επενδυτές του. Στη μεταγενέστερη διεθνή πρακτική, για ιδίως για λόγους διεθνούς αβρότητας (*courtoisie internationale*), οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται ως συμβάσεις αμοιβαίας προστασίας και προώθησης των επενδύσεων, καλύπτοντας αμφίδρομα τόσο τους επενδυτές που θα προέλθουν από το ανεπτυγμένο κράτος και θα επενδύσουν στο λιγότερο ανεπτυγμένο, όσο και τη λιγότερο πιθανή περίπτωση επενδυτών προερχομένων από το λιγότερο ανεπτυγμένο κράτος, που τυχόν επενδύσουν στο ανεπτυγμένο αντισυμβαλλόμενο κράτος.

(β) Το αντικείμενό τους

Αντικείμενο των συμβάσεων αυτών είναι η παροχή εγγυήσεων και προστασίας κατά τρόπο μονοσήμαντο από το λιγότερο ανεπτυγμένο κράτος εισαγωγής κεφαλαίων προς το αντισυμβαλλόμενο ανεπτυγμένο κράτος εξαγωγής κεφαλαίων, στο μέτρο που το μοντέλο που έχουν στο μυαλό τους οι συντάκτες των συνθηκών αυτών και που θέλησαν με μια τέτοια σύμβαση να ρυθμίσουν, είναι να ενθαρρύνουν την ροή επενδύσεων από το ανεπτυγμένο συμβαλλόμενο μέρος προς το λιγότερο ανεπτυγμένο μέρος και να προστατεύσουν τις επενδύσεις του πρώτου στο δεύτερο.

Το συμβατικό αυτό μοντέλο σχεδιάστηκε για να ρυθμίσει τις διεθνείς επενδυτικές σχέσεις μεταξύ ενός κράτους εξαγωγής κεφαλαίων, δηλαδή κατά κανόνα ενός ανεπτυγμένου κράτους, από τη μία μεριά και ενός κράτους εισαγωγής κεφαλαίων, δηλαδή κατά κανόνα ενός κράτους λιγότερο ανεπτυγμένου, από την άλλη. Επιπλέον, οι εν λόγω συμβάσεις, είναι ένα αποτελεσματικό εργαλείο προώθησης των ΑΞΕ, ώστε να ενθαρρυνθεί η διεθνής ροή επενδυτικών κεφαλαίων από τις ανεπτυγμένες προς τις λιγότερο ανεπτυγμένες χώρες, που έχουν ανάγκη να προσελκύσουν ΑΞΕ στο έδαφός

τους για την ανάπτυξή τους. Αυτές οι συμβάσεις συνάπτονται από τις χώρες που επιθυμούν να εξάγουν κεφάλαια στο έδαφος άλλων χωρών, με τους εμπορικούς τους εταίρους, δηλαδή με τις χώρες εκείνες στις οποίες ήδη δραστηριοποιούνται εμπορικά επιχειρήσεις τους, ώστε να συνδράμουν τις τελευταίες στην μετατροπή της εμπορικής τους δραστηριότητας σε επενδυτική στις χώρες αυτές³¹.

Κατά τα τελευταία όμως χρόνια, ιδίως λόγω της μετατροπής των λιγότερο ανεπτυγμένων χωρών από χώρες αποκλειστικά εισαγωγής κεφαλαίου σε χώρες και εξαγωγής του, το συμβατικό αυτό μοντέλο των BITs χρησιμοποιείται πλέον με αυξανόμενη ταχύτητα και ρυθμίζει τις επενδυτικές σχέσεις ακόμη και μεταξύ λιγότερο ανεπτυγμένων κρατών. Γενικότερα δε, αποτελεί το πιο εύχρηστο και περισσότερο χρησιμοποιούμενο εργαλείο ρυθμίσεως επενδυτικών σχέσεων στο σύγχρονο κόσμο³².

4.- Η νομική τους φύση - Η υπαγωγή τους στη Σύμβαση της Βιέννης περί του δικαίου των συνθηκών (1969)

Στην προσπάθειά τους να ενθαρρύνουν τις ξένες επενδύσεις, τα κράτη συνάπτουν διεθνείς συνθήκες με αντικείμενο την προώθηση και προστασία τους. Οι BITs αποτελούν αμιγείς διμερείς συμβάσεις³³ και καθώς συνάπτονται από δύο κράτη έχουν τη νομική φύση της **διεθνούς συνθήκης**³⁴. Ως εκ τούτου, υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της Σύμβασης της Βιέννης περί των Συνθηκών του 1969 και ρυθμίζονται με βάση αυτήν, ως προς τη σύναψή τους, τον τύπο

³¹ Για παράδειγμα, μια ελληνική επιχείρηση εξάγει τα προϊόντα της στην Αρμενία και καταλαμβάνει ένα μερίδιο αγοράς στη χώρα αυτή. Για να διατηρήσει την ανταγωνιστικότητά της έναντι των άλλων επιχειρήσεων που επίσης δραστηριοποιούνται στην εν λόγω αγορά, να παράγει φθηνότερα τα προϊόντα που διακινεί στη χώρα και να εξοικονομήσει το κόστος μεταφοράς τους από την Ελλάδα στην Αρμενία, η ελληνική επιχείρηση αποφασίζει να επενδύσει στη χώρα αυτή, εγκαθιστώντας μία μονάδα παραγωγής, ώστε και να μειώσει το κόστος παραγωγής των διακινούμενων στην ξένη αγορά προϊόντων, αλλά και να αυξήσει το κέρδος της και το μερίδιό της στην ξένη αγορά (για περισσότερα, βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ.448επ.)

³² Για παράδειγμα, η Ελλάδα σαν κράτος εισαγωγής που ήταν παραδοσιακά πριν το άνοιγμα των χωρών υπό μετάβαση στον διεθνή ανταγωνισμό, σύναπτε τέτοιες συμβάσεις με προηγμένα κράτη, ως χώρα εισαγωγής κεφαλαίων, προσχωρώντας στο δικό τους συμβατικό μοντέλο, αλλά από τις αρχές της δεκαετίας του '90, η χώρα μας άρχισε να συνάπτει συστηματικές τέτοιες συμβάσεις ως χώρα εξαγωγής, με χώρες εισαγωγής κεφαλαίων στον άμεσο γεωγραφικό της περίγυρο, κυρίως στα Βαλκάνια, την Κεντρική και Ανατολική Ευρώπη, τον Εύξεινο Πόντο, την Κασπία κ.λπ. (για περισσότερα, βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ.450επ.)

³³ βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ. 445επ.

³⁴ Με τον όρο συνθήκη (treaty, traité, Vertrag, trattato) εννοούμε κάθε συμβατική σχέση, που συνάπτεται μεταξύ υποκειμένων του διεθνούς δικαίου και αποσκοπεί στην παραγωγή εννόμων αποτελεσμάτων. Το δε αρθρ.1 της Συμβ.Βιέννης αναφέρεται μόνο στις συνθήκες που συνάπτονται μεταξύ κρατών, ενώ σύμφωνα με το αρθρ.2 της ίδιας Συνθήκης: *“Συνθήκη είναι κάθε διεθνής συμφωνία που συνάπτεται μεταξύ κρατών με έγγραφο τύπο και διέπεται από το διεθνές δίκαιο”*. Για περισσότερα, βλ. Εμ.Ρούκουνα, *“Διεθνές Δίκαιο”*, τευχ.α΄, γ΄ εκδ., εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, σελ.118επ.

τους, την ερμηνεία και εφαρμογή τους, τη λήξη και την αναστολή της ισχύος τους, τη μεταβολή, την αναθεώρηση και τις ακυρότητές τους³⁵.

Από τα άρθρα που θα μας απασχολήσουν στη συνέχεια της παρούσας εργασίας, είναι το άρθρο **31 Συμβ.Βιέννης** που αφορά την **ερμηνεία** των συνθηκών, στο οποίο αναφέρονται τρεις μέθοδοι ερμηνείας χωρίς ιεράρχηση, αφού *“η συνθήκη πρέπει να ερμηνεύεται με καλή πίστη, σύμφωνα με τη συνήθη έννοια που δίνεται στους όρους που περιλαμβάνει η συνθήκη στο σύνολό της και κάτω υπό το φως του αντικειμένου και του σκοπού της”*. Επίσης, μαζί με το σύνολο του κειμένου θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κάθε μεταγενέστερη συμφωνία ανάμεσα στα συμβαλλόμενα μέρη που αφορά στην ερμηνεία της Συνθήκης ή στην εφαρμογή των διατάξεών της, κάθε μεταγενέστερη πρακτική που ακολουθούν τα συμβαλλόμενα μέρη κατά την εφαρμογή της συνθήκης, η οποία στην πράξη αποτελεί συμφωνία των κρατών για την ερμηνεία, καθώς και όλοι σχεδόν οι σχετικοί κανόνες του διεθνούς δικαίου που εφαρμόζονται στις μεταξύ των συμβαλλομένων μερών σχέσεις³⁶. Από αυτό συνάγουμε ότι η Σύμβαση της Βιέννης δεν θέλει να τοποθετήσει την ερμηνεία της διεθνούς συνθήκης έξω από το σύστημα των κανόνων που διέπει τις σχέσεις μεταξύ των κρατών³⁷.

Ως προς τη **λήξη της ισχύος** των συνθηκών, αυτή μπορεί να επέλθει είτε με την εκτέλεση των συμβατικών υποχρεώσεων, είτε με τους εξής τρόπους: (α) με την κοινή βούληση των συμβαλλομένων μερών (κατάργηση ή αντίσταση), (β) με την εκδήλωση της βουλήσεως του ενός συμβαλλομένου (καταγγελία) ή (γ) με την επέλευση εξωτερικών γεγονότων (πόλεμος, διαδοχή κρατών, αδυναμία εκτέλεσεως ή μεταβολή των περιστάσεων). Κατά δε το άρθρο **59 Συμβ.Βιέννης**³⁸, τα κράτη μπορεί να δείξουν την πρόθεσή τους να θεωρήσουν ότι μία συνθήκη καταργήθηκε σιωπηρώς, καθώς είναι δυνατή η σιωπηρή κατάργηση ή αναστολή εφαρμογής από μεταγενέστερη συνθήκη που έχει το ίδιο αντικείμενο με αντίθετες ρυθμίσεις. Ωστόσο όμως, υπάρχει ζήτημα αποδείξεως της κοινής βουλήσεως των συμβαλλομένων. Το Διεθνές Δικαστήριο Διεθνούς Δικαιοσύνης έκρινε ωστόσο ότι η διάταξη προγενέστερης συνθήκης που δεν μεταφέρθηκε ρητά σε μεταγενέστερη συνθήκη επί του ίδιου αντικειμένου μεταξύ των αυτών

³⁵ βλ. Εμ.Ρούκουνα, ό.π., σελ.125επ.

³⁶ βλ. αποφ. ΔΔΧ στην υποθ. Ελ Σαλβαδόρ –Ονδούρας για διασυνοριακά ζητήματα, 1992

³⁷ βλ. Εμ.Ρούκουνα, ό.π., σελ.200επ.

³⁸ βλ. **άρθρο 59 Συμβ.Βιέννης**: «1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject matter and:

α) It appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or

β) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2.The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties »

μερών, εξακολούθησε να ισχύει, αφού η μεταγενέστερη εξέφραζε την ίδια λογική συνέπεια με την προηγούμενη συνθήκη³⁹.

5.- Η δομή και το περιεχόμενό τους

Οι BITs, λόγω και του μεγάλου αριθμού τους, έχουν παρόμοια **δομή και περιεχόμενο**. Γενικώς, ξεκινούν με ένα προοίμιο στο οποίο επισημαίνεται η επιθυμία να προωθηθεί η οικονομική συνεργασία μεταξύ των μερών και να ενθαρρυνθεί η ροή ιδιωτικού κεφαλαίου, καθώς και να δημιουργηθούν οι συνθήκες για την διευκόλυνση αυτής της κινητικότητας κεφαλαίου⁴⁰. Τα αρχικά άρθρα συνήθως αναφέρονται σε έναν ενδελεχή ορισμό περί της έννοιας της επένδυσης ή της καλυπτόμενης επένδυσης και καθιστά σαφές, όπως άλλωστε συμβαίνει στη Σύμβαση περί ICSID και τη MIGA, ότι είτε μία επένδυση πραγματοποιείται από συγχωνευμένες επιχειρήσεις στη χώρα υποδοχής, είτε όχι, εάν ανήκει ή ελέγχεται από πολίτες του αντισυμβαλλόμενου μέρους, περιλαμβάνεται στο προστατευτικό πλαίσιο της συμφωνίας.

Όλες οι BITs εμφανίστηκαν για να καλύψουν **την είσοδο στη χώρα υποδοχής**⁴¹. Μερικές από αυτές περιλαμβάνουν όσους όρους εισήχθησαν από τις Η.Π.Α. και προβλέπουν ίση εθνική μεταχείριση ως προς τις προϋποθέσεις της εισόδου, με τη δυνατότητα επιφυλάξεως σε μερικούς τομείς, όπως οι αερογραμμές, οι τηλεπικοινωνίες και οι χρηματοοικονομικοί θεσμοί. Οι συμβάσεις που δεν περιέχουν όρο περί ίσης εθνικής μεταχείρισης για τη είσοδο κεφαλαίου, τυπικά προβλέπουν ότι οι επενδύσεις από το άλλο συμβαλλόμενο κράτος θα επιτρέπονται σε συμφωνία με τη νομοθεσία, τους κανόνες και κανονισμούς κάθε κράτους μέρους.

Μερικές BITs, ειδικά οι πιο πρόσφατες BITs που συνήφθησαν από τις Η.Π.Α., συμπεριλαμβανομένης και της NAFTA, εισήγαγαν ένα νέο στοιχείο στο διεθνές επενδυτικό δίκαιο, μία απαγόρευση ή μερική απαγόρευση, των επονομαζόμενων «προδιαγραφών απόδοσης». Οι πρόσφατες BITs που συνήφθησαν από τις Η.Π.Α., προβλέπουν ότι κανένα συμβαλλόμενο μέρος δεν πρέπει να θέσει, ως προϋπόθεση για την ίδρυση, εξαγορά, επέκταση, ή λειτουργία της καλυπτόμενης επένδυσης, καμία από τις παρακάτω 6 προδιαγραφές απόδοσης: (α) να επιτύχει ένα συγκεκριμένο επίπεδο ή ποσοστό του εγχώριου προϊόντος ή να προτιμήσει παρεχόμενες εγχώριες υπηρεσίες, (β) να περιορίσει τις εισαγωγές σε σχέση με ένα ιδιαίτερο επίπεδο παραγωγής, εξαγωγές ή κέρδη από ξένο συνάλλαγμα, (γ) να εξάγει ένα

³⁹ βλ. Ρούκουνα, ό.π., σελ.208επ.

⁴⁰ βλ. Andreas F. Lowenfeld, "International Economic Law", 2nd Edition, Oxford University Press, 2008, pg 555

⁴¹ βλ. Andreas F. Lowenfeld, ό.π., pg 555

συγκεκριμένο επίπεδο ή ποσοστό εμπορευμάτων ή υπηρεσιών, (δ) να περιορίσει πωλήσεις στην επικράτεια του ενός συμβαλλόμενου μέρους σε σχέση με ένα συγκεκριμένο όγκο ή αξία παραγωγής, εξαγωγών ή κερδών από ξένο συνάλλαγμα, (ε) να μεταφέρει τεχνολογία σε μία εγχώρια επιχείρηση στην επικράτεια του ενός συμβαλλόμενου μέρους, ή (στ) να μεταφέρει ένα ιδιαίτερο τύπο, επίπεδο ή ποσοστό έρευνας και ανάπτυξης στην επικράτεια του ενός συμβαλλόμενου κράτους.

Οι κλασσικές αμερικάνικες BITs προβλέπουν ότι η απαγόρευση αυτών των κριτηρίων (προδιαγραφών) δεν φτάνουν μέχρι την ευμενέστερη μεταχείριση της επένδυσης, μέσω επιχορηγήσεων, φοροελαφρύνσεων, δωρεάν παροχής ακινήτων ή χορήγησης άλλων προνομίων από την κυβέρνηση. Η Βορειοαμερικάνικη Συμφωνία για το ελεύθερο εμπόριο απαγορεύει ουσιαδώς τις ίδιες απαιτήσεις, εξαιρεί όμως την απαίτηση για εξαγωγή συγκεκριμένου επιπέδου ή ποσοστού αγαθών και την απαίτηση για μεταφορά τεχνολογίας, η απαγόρευση εφαρμόζεται όταν δημιουργούνται προτιμσιακές συνθήκες.

Είτε για την είσοδο απαιτείται ειδική άδεια, είτε όχι, όταν μία επένδυση επιτρέπεται, της δίνεται πραγματικά το δικαίωμα από όλες τις συνθήκες για **«ίση και δίκαιη μεταχείριση»** και για «πλήρη προστασία και ασφάλεια». Μέχρι το 2004, οι BITs των Η.Π.Α., συμπεριλαμβανομένης και της Συμφωνίας περί Επενδυτικού Χάρτη στη Βόρειο Αμερική για το ελεύθερο εμπόριο, προσέθεταν ότι «όπως απαιτείται [ή όχι λιγότερο ευνοϊκό από όσο απαιτείται από] το διεθνές δίκαιο». «Ίση και δίκαιη μεταχείριση» σημαίνει μη-διάκριση λόγω εθνικότητας ή καταγωγής, με σεβασμό σε ζητήματα όπως την πρόσβαση στα τοπικά δικαστήρια και τις διοικητικές αρχές, φόρους που τίθενται σε εφαρμογή και διαχείριση των κυβερνητικών ρυθμίσεων. Αλλά ο λόγος ύπαρξης αυτής της ρήτρας, ξέχωρα από την ρήτρα του «μáλλον ευνοούμενου κράτους» και της εθνικής μεταχείρισης, είναι να καταστήσει σαφές ότι στις επενδύσεις εφαρμόζεται ένα minimum ορθής συμπεριφοράς ενός κράτους ακόμη και εάν δε διαφαίνεται διάκριση. Για παράδειγμα, στην υπόθεση Metalclad⁴², μία διαιτησία υπό το φως της Βορειοαμερικάνικης Συμφωνίας για το ελεύθερο εμπόριο μεταξύ μίας εταιρίας με έδρα τις Η.Π.Α. και του Μεξικού, ο επενδυτής έλαβε άδεια από την εθνική κυβέρνηση να χτίσει μία εγκατάσταση για διάθεση επικίνδυνων απορριμμάτων και διέθεσε 13 μήνες και 20 εκατ. δολάρια Η.Π.Α. προκειμένου να χτίσει την εγκατάσταση όταν οι τοπικές αρχές ανακοίνωσαν ότι απαιτείτο και δική τους άδεια και ότι αυτές δεν θα την παρείχαν στον επενδυτή. Το διαιτητικό δικαστήριο κατέληξε στο ότι το Μεξικό απέτυχε να διασφαλίσει ένα πλαίσιο διαφάνειας και προβλεψιμότητας για το επιχειρηματικό πλάνο και την επένδυση της επιχείρησης. Το σύνολο αυτών των περιστάσεων υποδήλωσε μία έλλειψη μεθοδικής διαδικασίας και έγκαιρης

⁴² βλ. Metalclad Corporation v United Mexican States, Final Award, 30-8-2000, ICSID, Case no. ARB (AF)/97/1

διάθεσης σε σχέση με το ότι ο επενδυτής από το ένα συμβαλλόμενο μέρος δρούσε με την προσδοκία ότι θα είχε ίση και δίκαιη μεταχείριση σε συμφωνία με τη συμφωνία NAFTA⁴³.

Οι συμβάσεις αυτές, καθορίζουν οι ίδιες το **πεδίο εφαρμογής τους rationae personae, materiae και temporis**. Οι διατάξεις είναι σημαντικές, διότι προσδιορίζουν τον καλυπτόμενο από το προστατευτικό πλαίσιο της σύμβασης επενδυτή, ο οποίος δηλαδή μπορεί να επικαλεστεί τις ευεργετικές διατάξεις τους. Επιπλέον, προβλέπουν **τις γενικές και ειδικές υποχρεώσεις μεταχείρισης των επενδυτών και των επενδύσεών τους**, που αναλαμβάνει το κράτος υποδοχής προς το κράτος προέλευσης. Με τις διατάξεις αυτές, γίνεται προσπάθεια περιορισμού των μη υπολογίσιμων κινδύνων που αντιμετωπίζει η κάθε επένδυση και ο επενδυτής της, όταν επενδύουν σε μία άλλη χώρα (non- calculated risks). Πρόκειται συνήθως για απρόβλεπτους κινδύνους που προκύπτουν από μέτρα που λαμβάνει το κράτος υποδοχής, όπως εθνικοποίηση, απαγόρευση επαναπατρισμού των κερδών ή του επενδυμένου κεφαλαίου, χωρίς όμως να σημαίνει ότι οι συγκεκριμένες διατάξεις εξασφαλίζουν την κερδοφορία μίας επιχείρησης, αλλά ούτε και τον περιορισμό των εμπορικών κινδύνων. Οι μόνοι κίνδυνοι που μπορούν να περιορισθούν είναι οι πολιτικοί, λόγω δηλαδή της απρόβλεπτης συμπεριφοράς των αρχών του κράτους υποδοχής. Επίσης, προβλέπουν την έννοια της **απαλλοτρίωσης** από την οποία προστατεύουν τις ξένες επενδύσεις και τις περιπτώσεις και το ύψος καταβολής **αποζημιώσεως**.

Τέλος, οι συμβάσεις αυτές προβλέπουν **τους τρόπους επίλυσης των διαφορών που μπορεί να προκύψουν μεταξύ κράτους υποδοχής και επενδυτή ή της επένδυσής του**, από την υλοποίηση ή τη λειτουργία μιας καλυπτόμενης ΑΞΕ. Οι διατάξεις αυτές είναι ιδιαίτερως σημαντικές, διότι παρέχεται η δυνατότητα εκ των προτέρων να προσφύγουν σε ένα ανεξάρτητο δικαιοδοτικό όργανο για την επίλυση οποιασδήποτε διαφοράς προκύψει, χωρίς να υποχρεούνται να προσφύγουν στα εθνικά δικαστήρια της χώρας υποδοχής, που μπορεί να μην εμπιστεύονται οι επενδυτές για την αμεροληψία τους⁴⁴. Σύμφωνα με την απόφαση του Δικαστηρίου, το Μεξικό είχε παραβιάσει την απαίτηση για ίση και δίκαιη μεταχείριση, όπως αυτή προβλεπόταν από το αρθρ.1105 της NAFTA. Τον Ιούλιο του 2001, καθώς και τα τρία συμβαλλόμενα κράτη της NAFTA, βρέθηκαν στον ρόλο του αμυνόμενου σε υποθέσεις επενδυτή-κράτους και καθώς πολλές διαιτησίες βρίσκονταν σε εξέλιξη, ιδρύθηκε η Επιτροπή Ελεύθερου Εμπορίου (Free Trade Commission) από τη NAFTA, στην οποία συμμετείχαν οι υπουργοί εμπορίου από τα τρία συμβαλλόμενα κράτη, η οποία εξέδωσε μία αυθεντική ερμηνεία της NAFTA.

⁴³ βλ. ό.π., παρ.99

⁴⁴ βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ. 450επ.

6.- Παροχή πλήρους προστασίας και ασφάλειας

Οι BITs προβλέπουν, όχι μόνο το κράτος υποδοχής να απέχει από επίθεση κατά των εγκαταστάσεων ή του ίδιου του επενδυτή, αλλά και να υπερασπίζεται τον επενδυτή ή την επένδυσή του έναντι άλλων, συμπεριλαμβανομένων, για παράδειγμα, εξεγέρσεων. Σε μία διαιτησία υπό τη βάση μίας BIT μεταξύ **Ηνωμένου Βασιλείου και Σρι Λάνκα**, ο αιτών ισχυρίστηκε ότι οι εγκαταστάσεις εκτροφής γαρίδων που διατηρούσε καταστράφηκε κατά τη διάρκεια στρατιωτικής επιχείρησης των ενόπλων δυνάμεων της Σρι Λάνκα κατά ντόπιων εξεγερθέντων, οι οποίοι χρησιμοποίησαν τις εγκαταστάσεις αυτές κατά τη διάρκεια του πολέμου. Το Δικαστήριο όμως, δε μπορούσε να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι οι ίδιες κυβερνητικές ένοπλες δυνάμεις της Σρι Λάνκα ήταν ο παράγοντας της καταστροφής, αλλά η πλειοψηφία του Δικαστηρίου κατέληξε στο ότι οι κυβερνητικές αρχές απέτυχαν να λάβουν τα κατάλληλα προληπτικά μέτρα στην περιοχή όπου διεξήχθη η μάχη⁴⁵.

7.- Πρόβλεψη περί Διευθέτησης των εκ της συμφωνίας απορρεουσών Επενδυτικών Διαφορών

Η βασική αρχή-επιταγή της νέας Διεθνούς Οικονομικής τάξης πραγμάτων, είναι ότι οι διαφορές μεταξύ κράτους υποδοχής-επενδυτή υπάγονται **αποκλειστικά στα διαιτητικά δικαστήρια του κράτους υποδοχής**. Η σύμβαση ICSID, η οποία έγινε αντικείμενο διαπραγμάτευσης από τη δεκαετία 1960, προσέφερε μία εναλλακτική σε αυτήν την αρχή, καθώς οι BITs απέρριψαν αυτήν την πρώτη αρχή σαφέστατα και κατηγορηματικά.⁴⁶ Κάθε σύγχρονη BIT είχε πρόβλεψη για τη διευθέτηση της διαφοράς μεταξύ επενδυτή και χώρας υποδοχής. Η Σύμβαση ICSID απαιτεί συναίνεση των μερών για διαιτησία υπό το φως μιας συγκεκριμένης επενδυτικής συμφωνίας ή με σεβασμό σε μία συγκεκριμένη διαφορά, αλλά προβλέπει ότι η συναίνεση από τη στιγμή που θα δοθεί, δε μπορεί να αποσυρθεί από τα μέρη⁴⁷. Οι BITs προχωρούν ένα βήμα παραπέρα προβλέποντας σχεδόν πάντοτε ότι η χώρα υποδοχής δίνει τη συναίνεσή της για διαιτησία σε κάθε επενδυτική διαφορά που υπόκειται σε αυτές, γενικώς με αναφορά στους κανόνες ή στους διαιτητικούς θεσμούς που προβλέπονται στη συνθήκη. Εάν η συνθήκη

⁴⁵ βλ. υποθ. Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka, Award of 24-6-1990, paras. 85-66, 4 ICSID Rep. 246 (1997)

⁴⁶ βλ. Andreas F. Lowenfeld, ό.π., pg 571

⁴⁷ βλ. αρθρ.25παρ.1 Σύμβασης ICSID: "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."

προβλέπει διαιτησία βάσει της Συμφωνίας ICSID, η συναίνεση που δίνεται στην BIT ικανοποιεί την απαίτηση του αρθρ.25 της Συμφωνίας ICSID, εάν όμως η συνθήκη προβλέπει τη διαιτησία υπό τους κανόνες του UNICITRAL, ή υπό κάποιο άλλο σύνολο κανόνων, η συναίνεση του κράτους ικανοποιεί εκείνους τους κανόνες καθώς επίσης και τις απαιτήσεις της Συμφωνίας των Ηνωμένων Εθνών περί αναγνώρισης και επιβολής των ξένων διαιτητικών αποφάσεων.

Η πιο συνήθης αναφορά στις BITs είναι στη διαιτησία υπό την προστασία του Διεθνούς Κέντρου για τη Διευθέτηση των Επενδυτικών Διαφορών (ICSID), προβλέποντας ταυτόχρονα ότι η χώρα υποδοχής και η χώρα προέλευσης του επενδυτή είναι συμβαλλόμενα μέρη. Πολλές πρόσφατες BITs προβλέπουν επίσης εναλλακτικές για τη διαιτησία στο ICSID, ιδίως για διαιτησία σύμφωνα με τους κανόνες της UNICITRAL, αλλά σε μερικές συνθήκες επίσης για διαιτησία υπό την προστασία του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου ή υπό απλώς *ad hoc* διαιτησία εάν συμφωνείται από τα μέρη της διαφοράς. Οι πρόσφατες αμερικάνικες συνθήκες, όπως η NAFTA, προβλέπουν ως επιλογή για τον επενδυτή μεταξύ της διαιτησίας υπό τους κανόνες του UNICITRAL, τους οποίους επικαλούνται ελλείψει συμφωνίας. Το βρετανικό μοντέλο συνθήκης επίσης προβλέπει επιλογές, αλλά εξαρτάται από τη συμφωνία των μερών, σχετικά με διαιτησία υπό τους κανόνες του UNICITRAL, τους οποίους επικαλούνται σε περίπτωση απουσίας σχετικής συμφωνίας.

Μπορεί να τεθεί το ερώτημα σε ποια βάση γίνεται η επιλογή σχετικά με τη διευθέτηση, είτε με βάση την αίτηση του επενδυτή, είτε μέσω συμφωνίας και των δύο συμβαλλόμενων μερών. Μερικά συμβαλλόμενα μέρη ή ο σύμβουλος τους επιλέγουν ένα συγκεκριμένο και προκαθορισμένο σχήμα θεσμικής διαιτησίας. Άλλοι επιλέγουν να υπαχθούν σε *ad hoc* διαιτησία χωρίς την εξονυχιστική εξέταση ενός θεσμού. Δεν μπορεί να δοθεί καμία νομολογιακή απάντηση, καθώς και καμία πρόβλεψη σχετικά με το αν ένα *forum* διαιτησίας είναι καλύτερο από τη μία ή την άλλη οπτική. Ο Andreas Lowenfeld θεωρεί ότι οι διαφορές μεταξύ των διαιτητικών κανόνων και θεσμών, είναι σημαντικές σε αρχικό στάδιο, ως προς τα έξοδα, τις εγγυήσεις και τους διορισμούς των διαιτητών, καθώς και στο στάδιο της επιβολής, εάν αυτή καθίσταται απαραίτητη. Η διαδικασία της εξακρίβωσης των στοιχείων, τη συλλογή αποδεικτικών στοιχείων, της επιλογής τους εφαρμοστέου δικαίου και της ερμηνείας, εξαρτώνται από τους διαιτητές και τους νομικούς παραστάτες και όχι από τη διαφορετικότητα των κανόνων.

Η διαιτητικές διαδικασίες υπό τις BITs και τη NAFTA είναι εμπιστευτικές και η συμμετοχή σε μη κυβερνητικές οργανώσεις ή άλλα *amici curiae* συνήθως δεν επιτρέπεται. Οι αποφάσεις του ICSID δημοσιεύονται στην Επιθεώρηση του ICSID ("ICSID Review"), είναι δε επίσης διαθέσιμες στο website του ICSID. Άλλες αποφάσεις που στηρίζονται σε διαφορές που προκύπτουν από BITs επίσης δημοσιεύονται και η ακροαματική διαδικασία των

διαιτητικών δικαστηρίων μπορούν να εκτιμήσουν ελεύθερα άλλες αποφάσεις που προέκυψαν από παρόμοιες BITs πριν από αυτές. Κατ' αυτόν τον τρόπο το βασικό σώμα αποφάσεων έχει βασιστεί επάνω στις διαφορές κράτους-επενδυτή από BITs. Τα διαιτητικά δικαστήρια επίσης στηρίζονται σε αποφάσεις και κρίσεις που δεν ανακύπτουν από BITs, αλλά λαμβάνουν χώρα μεταξύ επενδυτών και των κυβερνήσεών τους ή των κυβερνήσεων των χωρών υποδοχής. Μπορεί κανείς να πει ότι η επίλυση μίας διαφοράς από BITs ταυτόχρονα αντλεί στοιχεία και συμβάλλει στη δημιουργία corpus διεθνούς δικαίου⁴⁸.

⁴⁸ βλ. Andreas F. Lowenfeld, ό.π., pg 572

Γ. ΟΙ BITs ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΚΡΑΤΩΝ ΜΕΛΩΝ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ - ΟΙ ΕΝΔΟ-ΕΝΩΣΙΑΚΕΣ BITs (INTRA- EU BITs)

1.- Η ανάπτυξη ενός μεγάλου δικτύου ενδο-ενωσιακών BITs (intra- EU BITs) και το περιεχόμενο αυτών

Κατά τη διάρκεια της δεκαετίας του 1990⁴⁹, τα περισσότερα ΚΜ της ΕΕ, κυρίως τα δυτικά, σύναπταν BITs με πολλά κράτη της Κεντρικής, Ανατολικής και Μεσογειακής Ευρώπης. Οι επενδυτικές συμφωνίες άρχισαν να αποκτούν όλο και μεγαλύτερη σημασία κατά τη δεκαετία του '90, και μάλιστα συνέτειναν στην αποτυχία των διαπραγματεύσεων για τη σύναψη πολυμερούς συμφωνίας υπό την αιγίδα του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης. Αντίθετα, αναπτύχθηκε ένα δίκτυο διμερών συμφωνιών, το οποίο σήμερα αριθμεί χιλιάδες τέτοιων συμφωνιών⁵⁰. Μέχρι εκείνη τη στιγμή υπήρχαν μόνο BITs μεταξύ ΚΜ της ΕΕ και τρίτων χωρών. Αλλά, με την προσχώρηση στην ΕΕ 12 νέων κρατών, η πλειοψηφία των οποίων προέρχονταν από την Ανατολική και Κεντρική Ευρώπη (δηλαδή της Τσεχίας, της Εσθονίας, της Ουγγαρίας, της Λετονίας, της Λιθουανίας, της Πολωνίας, της Σλοβακίας, της Σλοβενίας, της Ρουμανίας και της Βουλγαρίας), το 2004 και το 2007, ξαφνικά, αναδύθηκε ένα τεράστιο δίκτυο ενδο-ενωσιακών BITs. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι η Τσεχία, η οποία σε διάστημα δύο δεκαετιών (1991-2012) είχε επικυρώσει 71 BITs⁵¹, 18 από τις οποίες ήταν πλέον ενδο-ενωσιακές⁵². Μέχρι το έτος 2004, υπήρχαν μόνο δύο ενδο-ενωσιακές BITs μεταξύ ΚΜ της ΕΕ, ξαφνικά αυτές έγιναν 190.

Υπάρχουν δηλαδή περίπου 190⁵³ ενδο-ενωσιακές BITs (intra-EU BITs), συμπεριλαμβανομένων σχεδόν αποκλειστικά μεταξύ των 15 «παλιών» ΚΜ (EU-15) και των «νέων» (EU-12), ή μεταξύ δύο παλαιών (EU-12) ΚΜ, κατά τον χρόνο που τουλάχιστον το ένα κράτος δεν ήταν ΚΜ της ΕΕ ακόμα.

Αυτές οι Συμφωνίες περιελάμβαναν ένα σύνολο από όρους επενδυτικής προστασίας, όπως, μεταξύ άλλων, εθνικής μεταχείρισης, ίσης και δίκαιης μεταχείρισης, αποζημίωσης σε περίπτωση απαλλοτρίωσης –άμεση ή έμμεση, μάλλον ευνοουμένου κράτους και απαγόρευσης μεταφοράς κεφαλαίου.

⁴⁹ βλ. Cecilia Olivet, "A test for European solidarity - The case of intra- EU Bilateral Investment Treaties", Transnational Institute, TNI, January 2013, pg.3

⁵⁰ βλ. Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα στην υποθ. Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06

⁵¹ βλ. σε UNCTAD (2012) όλες τις συναφθείσες BITs από την Τσεχία

⁵² καθώς είχαν συναφθεί μεταξύ της Τσεχίας και των εξής άλλων ΚΜ της ΕΕ: Αυστρία, Βέλγιο και Λουξεμβούργο, Βουλγαρία, Κύπρο, Φινλανδία, Γαλλία, Γερμανία, Ελλάδα, Ουγγαρία, Λετονία, Λιθουανία, Ολλανδία, Πολωνία, Πορτογαλία, Ρουμανία, Ισπανία, Σουηδία και Ηνωμένο Βασίλειο.

⁵³ βλ. ιστότοπο: European Commission (2014) Monitoring activities and analysis, Bilateral Investment Treaties between EU Member States (intra- EU BITs) http://ec.europa.eu/internal_market/capital/analysis/monitoring_activities_and_analysis/index_en.htm#maincontentSec5

Επιπλέον, περιελάμβαναν έναν μηχανισμό διευθέτησης διαφορών κράτους-επενδυτή, ο οποίος δίνει στις επιχειρήσεις το δικαίωμα να προσφύγουν άμεσα στα διεθνή δικαστήρια, παρακάμπτοντας το εθνικό δικαιοδοτικό σύστημα, όταν αισθάνονται ότι τα κέρδη τους (ή η προσδοκία για μελλοντικά κέρδη) επηρεάζονται. Αυτοί οι όροι έχουν την τάση να διατυπώνονται σε μία αόριστη γλώσσα, η οποία καθιστά τους επενδυτές ικανούς να προσφεύγουν σε πάμπολλες περιπτώσεις, δυσκολεύοντας τις κυβερνήσεις να προβλέψουν πότε οι πράξεις τους θα μπορούσαν να θεωρηθούν ότι παραβιάζουν μία επενδυτική συμφωνία.

2.- Η εμπλοκή των κρατών της Κεντρικής και Ανατολικής Ευρώπης σε δικαστικούς αγώνες που προκύπτουν από διαφορές βασιζόμενες σε ενδο-ενωσιακές BITs ⁵⁴

Οι κεντρικές και ανατολικές ευρωπαϊκές χώρες έχουν συνήθως οδηγηθεί σε δίκες από του επενδυτές, καθώς συνολικά έχουν φθάσει τις 77 φορές, τουλάχιστον⁵⁵. Αυτός ο αριθμός είναι εντυπωσιακός εάν τον συγκρίνουμε με τις γνωστές υποθέσεις κατά τις οποίες οι επενδυτές έχουν προσφύγει σε βάρος των δυτικών ΚΜ της ΕΕ, οι οποίες είναι καταγεγραμμένες και μόνο 7 στον αριθμό⁵⁶.

Ένα ακόμη πιο αξιοσημείωτο χαρακτηριστικό αναδύεται όταν θέτουμε το εξής ερώτημα: Ποιος προσφεύγει σε βάρος των χωρών της Κεντρικής και Ανατολικής Ευρώπης; Η απάντηση είναι ότι κυρίως εταιρίες από ευρωπαϊκές χώρες. Στην πραγματικότητα, το 65% των υποθέσεων σε βάρος των Κεντρικών και Ανατολικών ευρωπαϊκών χωρών προέρχονται από ενδο-ενωσιακές BITs. Οι δύο πίνακες που ακολουθούν είναι ιδιαίτερα κατατοπιστικοί:

ΚΜ από Κεντρική Και Ανατολική Ευρώπη	Γνωστές υποθέσεις διαφοράς επενδυτή-κράτους	Διαφορές που στηρίζονται σε ενδο- ενωσιακές BITs
Τσεχική Δημοκρατία	18	14
Πολωνία	15	9
Σλοβακία	10	7
Ουγγαρία	10	6
Ρουμανία	8	5
Λιθουανία	5	1

⁵⁴ βλ. Cecilia Olivet, ό.π., pg.3

⁵⁵ βλ. Cecilia Olivet, ό.π., pg.5

⁵⁶ βλ. περισσότερα σε European Commission (2012) Monitoring activities and analysis, Bilateral Investment Treaties between EU Member States (intra- EU BITs)

Εσθονία	3	2
Λετονία	3	2
Βουλγαρία	3	3
Σλοβενία	2	1
ΣΥΝΟΛΟ	77	50

ΚΜ από Δυτική Ευρώπη	Γνωστές υποθέσεις διαφοράς επενδυτή-κράτους	Διαφορές που στηρίζονται σε ενδο- ενωσιακές BITs
Γερμανία	2	0
Ισπανία	2	0
Βέλγιο	1	0
Πορτογαλία	1	1
Ηνωμένο Βασίλειο	1	0
Φινλανδία	0	0
Γαλλία	0	0
Ιρλανδία	0	0
Ιταλία	0	0
Λουξεμβούργο	0	0
Ολλανδία	0	0
Γερμανία	0	0
Σουηδία	0	0
Αυστρία	0	0
ΣΥΝΟΛΟ	7	1

3.- Η εμπλοκή της Τσέχικης Δημοκρατίας σε δικαστικούς αγώνες, ως μία μελέτη περίπτωσης («case study») και το οικονομικό κόστος αυτών

Η Τσεχία έχει συνάψει συνολικώς BITs⁵⁷ περίπτωση της Τσέχικης Δημοκρατίας είναι συμβολική για δύο λόγους⁵⁸: Πρώτον, επενδυτές προσέφυγαν κατά της τσέχικης κυβέρνησης **σε διεθνή δικαστήρια τουλάχιστον 18 φορές** (και πιθανόν ακόμη περισσότερες, αφού οι περισσότερες υποθέσεις παραμένουν άγνωστες), κάνοντάς της την χώρα της Κεντρικής και Ανατολικής Ευρώπης με τις περισσότερες προσφυγές σε βάρος της και την 5^η χώρα-στόχο στις διαφορές με επενδυτές παγκοσμίως⁵⁹.

Δεύτερον, από αυτές τις 18 υποθέσεις, **13 στηρίζονταν σε ενδο-ενωσιακές BITs**. Δύο BITs συγκεκριμένα έχουν προτιμηθεί από τις εταιρίες: Η BIT μεταξύ Ολλανδίας- Τσεχίας που έχει γίνει αντικείμενο επίκλησης σε 6 υποθέσεις και η BIT μεταξύ Γερμανίας-Τσεχίας σε 5.

Παρά το γεγονός ότι η τσεχική Δημοκρατία κέρδισε τις περισσότερες υποθέσεις, το οικονομικό κόστος αυτών των υποθέσεων είναι σημαντικό. Εκτιμήσεις υποδεικνύουν ότι η κυβέρνηση έπρεπε να πληρώσει περίπου 840 εκατ. δολάρια ΗΠΑ, είτε λόγω των αποφάσεων του Δικαστηρίου, είτε λόγω συμφωνιών διευθέτησης. Τα χρήματα που επεδίκασε το Δικαστήριο στην υπόθεση CME vs Czech Republic και Saluka vs Czech Republic ήταν 355 εκατ. δολάρια και 236 εκατ. δολάρια αντίστοιχα.

Εκτός από τις αποζημιώσεις για βλάβες των επενδυτών, τα κράτη έχουν τον φόβο του κόστους των διαιτητών, μαρτύρων, εμπειρογνομόνων, καθώς και των δικηγόρων τους. Είναι γνωστό ότι περισσότερο από 80% του κόστους στη διαιτησία ξοδεύεται στη διαδικασία. Όταν η κυβέρνηση προσλαμβάνει μία διεθνή δικηγορική εταιρία για την υπεράσπισή της, αυτή μπορεί να την επιβαρύνει με 1.000 δολάρια ΗΠΑ την ώρα, ανά δικηγόρο – και συνήθως ολόκληρες ομάδες δικηγόρων δουλεύουν ταυτόχρονα σε τέτοιες υποθέσεις. Η αμοιβή του διαιτητή κυμαίνεται μεταξύ 375 και 700 εκατ. δολάρια ΗΠΑ, καθώς εξαρτάται από το μέρος που λαμβάνει χώρα η διαιτησία. Οι διαιτητές του ICSID χρεώνουν 3.000 δολάρια ΗΠΑ ημερησίως, καθώς και

⁵⁷ Με την Αλβανία, την Αλγερία, την Αργεντινή, την Αυστραλία, την Αυστρία, τη Λευκορωσία, το Βέλγιο-Λουξεμβούργο, τη Βοσνία-Ερζεγοβίνη, τη Βουλγαρία, τον Καναδά, τη Χιλή, την Κίνα, την Κόστα Ρίκα, την Κροατία, την Κύπρο, την Δανία, την Αίγυπτο, το Ελ Σαλβαδόρ, την Εσθονία, την Φινλανδία, την Γαλλία, την Γερμανία, την Ελλάδα, την Γουατεμάλα, την Ουγγαρία, την Ινδία, την Ινδονησία, την Ιρλανδία, το Ισραήλ, την Ιταλία, την Ιορδανία, το Καζακστάν, την Βόρεια και Νότια Κορέα, το Κουβέιτ, την Λετονία, τον Λίβανο, την Λιθουανία, την FYROM, την Μαλαισία, την Μάλτα, τον Μαυρίκιο, το Μεξικό, την Μολδαβία, την Μογγολία, το Μαρόκο, την Μολδαβία, την Νικαράγουα, την Νορβηγία, το Πακιστάν, τον Παναμά, την Παραγουάη, το Περού, τις Φιλιππίνες, την Πορτογαλία, την Πολωνία, την Ρουμανία, την Ρωσία, την Σερβία, την Σιγκαπούρη, την Σλοβακία, την Σλοβενία, την Νότια Αφρική, την Ισπανία, την Σουηδία, την Ελβετία, το Τατζικιστάν, την Ταϊλάνδη, την Τυνησία, την Τουρκία, την Ουκρανία, τα Ηνωμένα Αραβικά Εμιράτα, το Ηνωμένο Βασίλειο, τις Η.Π.Α., την Ουρουγουάη, το Ουζμπεκιστάν, την Βενεζουέλα, το Βιετνάμ και την Ζιμπάμπουε.

βλ. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST39>

⁵⁸ βλ. Cecilia Olivet, ό.π., pg.4

⁵⁹ βλ. UNCTAD 2012

επιπλέον έξοδα για μεταφορά και διαμονή. Το 2008 η Τσέχικη δημοκρατία δήλωσε ότι δαπάνησε περίπου 78εκατ. δολάρια ΗΠΑ μέχρι το 1999 σε έξοδα δικηγόρων, προκειμένου οι τελευταίοι να την υπερασπιστούν στις υποθέσεις Saluka και CME σε διάφορα διαιτητικά δικαστήρια.

Άλλες χώρες επίσης δαπάνησαν σημαντικά ποσά. Για παράδειγμα, η Σλοβακία ξόδεψε 15εκατ. δολάρια ΗΠΑ σε νομικές αμοιβές για την υπεράσπισή της ενώπιον του UNCITRAL στην υπόθεση Albert Jan Oostergetel and Theodora Laurentius και όταν έχασε την υπόθεση εναντίον του Achmea, το δικαστήριο επεδίκασε σε βάρος της το ποσόν των 22εκατ.δολαρίων ΗΠΑ προς αποκατάσταση της βλάβης των επενδυτών και επιπλέον τα δικαστικά έξοδα της εταιρίας που ανέρχονταν στο ποσόν των 3 εκατ. δολαρίων ΗΠΑ.

Δ. ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΕΝΟΔΟΕΝΩΣΙΑΚΩΝ BITs ΜΕ ΤΟ ΕΚΑΣΤΟΤΕ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΟ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

1.- Ορισμένα θεωρητικά ζητήματα που άπτονται της εξεταζόμενης προβληματικής

(α) Το ζήτημα της πολλαπλότητας και διαδραστικότητας των πηγών του επενδυτικού δικαίου ως πρόκριμα για την μελέτη της σχέσης των ενδο-ενωσιακών BITs με το ευρωπαϊκό δίκαιο – Το πολυκερματισμένο καθεστώς της διεθνούς επενδυτικής προστασίας

Αν και είναι προφανής η σημασία για τις διεθνείς οικονομικές σχέσεις, οι ΑΞΕ δεν είναι αντικείμενο ενός πολυμερούς νομικού πλαισίου. Στον γύρο της Ουρουγουάης εισήχθησαν ορισμένες αρχές, οι οποίες αφορούσαν έμμεσα και τις ΑΞΕ, όπως θα αναφερθεί κατωτέρω, ορισμένες ρυθμίσεις απαντώνται στις Συμφωνίες του ΠΟΕ. Ωστόσο, όλες οι προσπάθειες να δημιουργηθεί ένα νομικό εργαλείο, το οποίο να ρυθμίζει τις διεθνείς επενδυτικές σχέσεις με έναν αναλυτικό και συστηματικό τρόπο απέτυχαν⁶⁰. Μέχρι σήμερα, δε φαίνεται να υπάρχει μία ρεαλιστική προοπτική ότι ένα τέτοιο εργαλείο, θα μπορέσει να δημιουργηθεί στο άμεσο μέλλον⁶¹.

Οι πηγές του επενδυτικού δικαίου προέρχονται από πολλά και διαφορετικά επίπεδα, τόσο ως προς την έννομη τάξη, όσο και ως προς τη μορφή τους. Πιο συγκεκριμένα και περιεκτικά, προέρχονται **(α) από το εθνικό δίκαιο**, το οποίο εφαρμόζεται σε μια ξένη επένδυση είτε ως δίκαιο της έννομης τάξης, στο πλαίσιο της οποίας υλοποιείται και λειτουργεί, είτε ως δίκαιο της αυτονομίας της βουλήσεως των μερών σε μία διεθνή επενδυτική συμφωνία που συνάπτεται μεταξύ του επενδυτή ή της επένδυσής του και του κράτους υποδοχής της επένδυσης, **(β) το διεθνές δίκαιο**, στο οποίο περιλαμβάνονται τόσο οι γενικοί κανόνες και οι αρχές του διεθνούς επενδυτικού δικαίου, όσον και οι διεθνείς συνθήκες, οι οποίες είναι είτε διεθνείς συνθήκες γενικού ρυθμιστικού χαρακτήρα, αφ' ενός διμερείς συμβάσεις (Bilateral Investment Treaties, Free Trade Agreements), αφ' ετέρου πολυμερείς συνθήκες (Πολυμερείς συνθήκες που ρυθμίζουν επενδυτικές σχέσεις σε οποιονδήποτε τομέα οικονομικής δραστηριότητας, δηλαδή παγκόσμιας εμβέλειας, όπως η ICSID ή η MIGA ή οι συμβάσεις στα πλαίσια της λειτουργίας του ΠΟΕ⁶², ή περιφερειακές, όπως η ΕΕ ή η Cotonou ή η NAFTA ή πολυμερείς

⁶⁰ πχ. Αποτυχία του MAI (Πολυμερής Συμφωνία Επενδύσεων), επίσης τα ζητήματα αυτά αφαιρέθηκαν από τον Γύρο της Ντόχα του ΠΟΕ

⁶¹ βλ. Thomas Eilmansberger, "Bilateral Investment Treaties and EU law", Common Market Law Review, 46: 383-429, 2009, pg.386

⁶² Ειδικά, ως προς τον ΠΟΕ, πρέπει να επισημάνουμε ότι πρόκειται για μικτές συμβάσεις, οι οποίες δεν ρυθμίζουν αποκλειστικά ορισμένες πτυχές της διεθνούς επενδυτικής δραστηριότητας, αλλά σε συνδυασμό με άλλες δραστηριότητες, όπως λχ τις εμπορικές συναλλαγές. Τέτοιες είναι οι πολυμερείς συμφωνίες του ΠΟΕ για τα επενδυτικά μέτρα που συνδέονται με το εμπόριο

κλαδικές συμβάσεις, όπως η GATS ή η ECT ή διεθνείς συνθήκες που ρυθμίζουν ad hoc μια επένδυση, όπως συμβάσεις μεταξύ κρατών ή συμβάσεις μεταξύ κρατών και ΔΟ), καθώς επίσης και η νομολογία των διεθνών δικαστηρίων και η διεθνής πρακτική και **(γ) τις ειδικές επενδυτικές συμφωνίες**, δηλαδή τις συμφωνίες που συνάπτονται μεταξύ του ξένου επενδυτή και του κράτους υποδοχής αναφορικά με την επένδυση που προγραμματίζει να υλοποιήσει ο πρώτος στην επικράτεια του δεύτερου, σε σχέση, ειδικότερα, με τους όρους υλοποίησης και λειτουργίας της επένδυσης στην επικράτεια του κράτους υποδοχής⁶³.

Η πολλαπλότητα και πολυπλοκότητα αυτή των πηγών του επενδυτικού δικαίου οδηγεί σε διαδραστικότητα μεταξύ τους, υπό την έννοια ότι, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, η προστασία των ξένων επενδύσεων διασφαλίζεται με εργαλεία τριών επιπέδων, δηλαδή τόσο σε επίπεδο διεθνούς δικαίου, όσο και σε επίπεδο εθνικού δικαίου και επενδυτικών συμφωνιών. Το ζήτημα αυτό προκύπτει όταν μία επενδυτική σχέση ή κατάσταση εμπίπτει στο προσωπικό (*rationae personae*), αντικειμενικό (*materiae*) και χρονικό (*temporis*) πεδίο εφαρμογής κανόνων που προέρχονται από δύο ή περισσότερα τέτοια εργαλεία.

(β) Η εξέταση της ύπαρξης συντρέχουσας εφαρμογής των κανόνων που προέρχονται από τις ενδο-ενωσιακές BITs και του ευρωπαϊκού δικαίου ως πρόκριμα για την ύπαρξη τυχόν ασυμβατότητας

αα. Ως προς το *ratione personae* πεδίο εφαρμογής

(TRIMs) και για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας (TRIPs), όπως και η πλειομερής συμφωνία του ΠΟΕ για τις κρατικές προμήθειες (GPA). Για περισσότερα, βλ. Κ. Στεφάνου- Χ. Γκόρτσο, “Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο”, Σειρά Μελετών Διεθνούς και Ευρωπαϊκού Οικονομικού Δικαίου, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2006 και Παν. Γκλαβίνη, “Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο (γενικές αρχές- διεθνές εμπόριο- ξένες επενδύσεις)”, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2009.

⁶³ βλ. περισσότερα σε Γκλαβίνη, ό.π., σελ. 416επ.

Όπως προκύπτει σαφώς, μετά την προσχώρηση στην ΕΕ των χωρών που είχαν συνάψει BITs με ΚΜ της ΕΕ, τα πρώτα έγιναν ΚΜ της ΕΕ και συνεπώς ανέλαβαν όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την ιδιότητα αυτήν⁶⁴. Σύμφωνα δε με το άρθρο 49ΣΛΕΕ, κάθε ευρωπαϊκό κράτος το οποίο σέβεται τις αξίες της Ένωσης που αναφέρονται στο άρθρο 2ΣΕΕ και δεσμεύεται να τις προάγει, μπορεί να ζητήσει να γίνει μέλος της ΕΕ. Δια του άρθρου 6ΣΕΕ και 120ΣΛΕΕ, τα ΚΜ της ΕΕ έχουν υποχρέωση να υιοθετούν τους στόχους της πολιτικής, οικονομικής και νομισματικής ένωσης⁶⁵. Συνεπώς, το πρώτο στοιχείο της συντρέχουσας εφαρμογής είναι η ταύτιση των συμβαλλομένων μερών, τα οποία αφ' ενός αποτελούν συμβαλλόμενα μέρη της BIT και θα πρέπει να ανταποκριθούν στις υποχρεώσεις που απορρέουν από αυτήν ως διεθνή συνθήκη και αφ' έτερου συμβαλλόμενα μέρη των Συνθηκών της ΕΕ με αντίστοιχες υποχρεώσεις, όπως θα αναλυθούν κατωτέρω.

ββ. Ως προς το *ratione temporis* πεδίο εφαρμογής

Από το χρονικό σημείο της προσχώρησης στην ΕΕ, τα συμβαλλόμενα μέρη των BITs ταυτόχρονα αποτελούν ΚΜ της ΕΕ, ως εκ τούτου, συμπίπτει το χρονικό σημείο εφαρμογής των επενδυτικών κανόνων που προβλέπονται από τις δύο διεθνείς συνθήκες από το χρονικό αυτό σημείο και μετά. Ενδεχομένως, θα μπορούσε να τεθεί το ερώτημα, εάν τα ΚΜ θα έπρεπε να έχουν υποχρεώσεις απορρέουσες από το ενωσιακό δίκαιο και το χρονικό διάστημα προ της προσχώρησής τους και εάν αυτές θα αποτελούσαν κατ' άρθρον 49ΣΛΕΕ, κριτήριο προσχώρησης στην ΕΕ.

γγ. Ως προς το *ratione materiae* πεδίο εφαρμογής - Σύμπτωση σκοπών-αντικειμένου

Ο γενικός στόχος των BITs είναι να διασφαλίσει τις επενδύσεις που λαμβάνει η χώρα υποδοχής και διασφαλίζουν τα ουσιώδη δικαιώματα του επενδυτή ως προς την απαλλοτρίωση, τις εγγυήσεις για κατάλληλη αποζημίωση, την ανάληψη υποχρέωσης για αποχή από μέτρα διακριτικής μεταχείρισης, εγγυήσεις εθνικής μεταχείρισης, δεσμεύσεις ότι οι επενδύσεις θα μπορούν να

⁶⁴ βλ. Σύμβαση Προσχώρησης 10 νέων ΚΜ (Τσεχίας, Εσθονίας, Κύπρου, Λετονίας, Λιθουανίας, Ουγγαρίας, Μάλτας, Πολωνίας, Σλοβακίας και Σλοβενίας) που συνήφθη την 16-4-2003, στην οποία αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 1 ότι τα ανωτέρω κράτη γίνονται μέλη της ΕΕ, αλλά και των ίδιων των Συνθηκών, βάσει των οποίων δημιουργήθηκε η Ένωση.

⁶⁵ βλ. Παν.Ι.Κανελλόπουλο, "Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης – Συνθήκη της Λισσαβώνας", εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 5^η εκδ., 2010, σελ. 116επ.

λάβουν μεταχείριση όχι λιγότερο ευνοϊκή από ό,τι συμφωνήθηκε με άλλα τρίτα κράτη (ρήτρα ΜΕΚ)⁶⁶. Το αντικείμενο-περιεχόμενο των συμφωνιών αυτών επομένως, άρχισε να έχει ορισμένα σημεία τριβής με το ευρωπαϊκό δίκαιο, καθώς οι προβλεπόμενες διατάξεις που ρύθμιζαν τις επενδυτικές σχέσεις, ρύθμιζαν ταυτόχρονα ζητήματα που άπτονταν των θεμελιωδών ελευθεριών της ΕΚ, αλλά και άλλα ζητήματα, μεταξύ των οποίων την παροχή δικαστικής προστασίας στον επενδυτή.

Διακρίνεται ωστόσο μία ταύτιση ως προς το σκοπό και το αποτέλεσμα τους, καθώς αμφότερες (BITs και Συνθήκες) έχουν ως σκοπό την προώθηση και προστασία των επενδύσεων, επομένως εμφανίζεται το στοιχείο της αλληλοεπικάλυψης και σε αυτόν τον τομέα.

(γ) Οι βασικές συνθήκες νομικές τεχνικές για τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου συμβατικού κανόνα στις περιπτώσεις σύγκρουσης (μη συμβατότητας) διαφορετικών διεθνών συνθηκών

Το ζήτημα της συμβατότητας των ενδο-ενωσιακών BITs με το ευρωπαϊκό δίκαιο εμπίπτει **στην ευρύτερη προβληματική της σχέσης (ή σύγκρουσης) διεθνών συνθηκών**. Το πρόβλημα της συντρέχουσας εφαρμογής δύο ή περισσότερων διεθνών συνθηκών στην ίδια επενδυτική σχέση είναι έντονο και οφείλεται ιδίως στην απουσία μίας πολυμερούς συνθήκης παγκόσμιας εμβέλειας και γενικής εφαρμογής, αλλά επίσης και στον πολλαπλασιασμό των εργαλείων, ιδίως συμβατικών, με τα οποία τα κράτη, σε διμερές ή περιφερειακό επίπεδο, επιχειρούν να θεσπίσουν ένα γενικό ή ειδικό προστατευτικό καθεστώς για τις ξένες επενδύσεις⁶⁷.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η περίπτωση του ΕCΤ⁶⁸, που μπορεί να συντρέχει με ένα BIT που έχουν συνάψει τα ίδια συμβαλλόμενα κράτη για να ρυθμίσουν επενδύσεις επενδυτών που προέρχονται από το ένα συμβαλλόμενο κράτος και υλοποιούνται στην επικράτεια του άλλου κράτους σε οποιονδήποτε τομέα, άρα και τον ενεργειακό. Η πρώτη, συνεπώς, είναι μία πολυμερής ειδική σύμβαση, την οποία έχει υπογράψει το κράτος υποδοχής και το κράτος προέλευσης του επενδυτή, ενώ η δεύτερη είναι μία διμερής γενική σύμβαση, που έχουν επίσης υπογράψει τα δύο αυτά μέρη. Προκύπτει επομένως το ζήτημα ποιο από τα δύο συμβατικά εργαλεία θα εφαρμοστεί. Στην πραγματικότητα πρόκειται για κλασικό πρόβλημα της περιορισμένης

⁶⁶ βλ. Thomas Eilmansberger, "Bilateral Investment Treaties and EU law", Common Market Law Review, 46: 383-429, 2009, pg.386

⁶⁷ βλ. Sacerdoti G., "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", 1997, 269 Recueil des Cours, pg 253

⁶⁸ Πρόκειται για τη Συμφωνία για τον Χάρτη Ενέργειας (Energy Charter Treaty), που αποτελεί μία ολοκληρωμένη πολυμερή συμφωνία προώθησης και προστασίας ξένων επενδύσεων που υλοποιούνται στον ενεργειακό τομέα από έναν επενδυτή προερχόμενο από ένα συμβαλλόμενο μέρος στην επικράτεια ενός άλλου συμβαλλόμενου μέρους. Για περ., βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ.461επ.

πολυμεροποίησης και συνοχής της διεθνούς εννόμου τάξης, η οποία στον τομέα των επενδύσεων εξακολουθεί να διέπεται από κανόνες που θεσπίζονται με διάσπαρτες επενδυτικές συνθήκες. Η διεθνής έννομη τάξη είναι άναρχη από τη φύση και τη δομή της, το οποίο προκύπτει και από τη μέθοδο ερμηνείας δύο ή περισσότερων διεθνών συνθηκών που εφαρμόζονται στην ίδια έννομη σχέση, καθώς η τυπική ιεράρχηση των πηγών του εθνικού δικαίου και οι ερμηνευτικές αρχές *lex posterior* και *lex specialis*, δεν υφίστανται και πάντως δεν εφαρμόζονται με τον ίδιο τρόπο για την ερμηνεία των συμβατικών δικαιοπαραγωγικών εργαλείων της διεθνούς έννομης τάξης.

Οι βασικές συνήθειες νομικές τεχνικές για τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου συμβατικού κανόνα είναι οι εξής⁶⁹:

α. Οι σχέσεις των διεθνών συνθηκών μεταξύ τους ρυθμίζονται από **ειδικούς ερμηνευτικούς κανόνες που εμπεριέχονται στο σώμα των συνθηκών αυτών**. Στον επενδυτικό τομέα, οι κανόνες αυτοί ορίζουν συνήθως πως οι διατάξεις της συνθήκης στην οποία εμπεριέχονται, δεν αποσκοπούν στο να μεταβάλουν προγενέστερες ισχύουσες συνθήκες, ούτε να εμποδίσουν τα συμβαλλόμενα κράτη από το να συνάψουν νέες συνθήκες στον ίδιο τομέα. Συνήθως δηλαδή, δεν λύνουν το πρόβλημα αλλά το αφήνουν ανοικτό να ρυθμιστεί σε επίπεδο ερμηνείας και εφαρμογής. Τα κράτη δύσκολα αποδέχονται να συνάψουν μια διεθνή συνθήκη, με την οποία θα δεσμεύουν υπέρμετρα την ελευθερία τους να συνομολογήσουν νέους κανόνες με μεταγενέστερη συνθήκη. Ούτε και επιθυμούν να επηρεάσουν με τη νέα συνθήκη ήδη διαμορφωμένες καταστάσεις δυνάμει προγενέστερων συνθηκών.

β. Λόγω της απουσίας ερμηνευτικών διατάξεων, οι σχέσεις των διεθνών συνθηκών ερμηνεύονται **υπό το φως των άρθρων 30 έως 32 και 59 της Σύμβασης της Βιέννης για το δίκαιο των διεθνών συνθηκών**. Τα διεθνή διαιτητικά δικαστήρια προσφεύγουν συστηματικά στις ερμηνευτικές αρχές της Σύμβασης της Βιέννης για να επιλύσουν ζητήματα εφαρμογής περισσότερων συμβατικών εργαλείων στην ίδια συμβατική σχέση.

γ. Επίσης εισάγεται **ειδική ερμηνευτική αρχή, που καθιστά εφαρμοστέο το ευνοϊκότερο για τον ξένο επενδυτή κανόνα δικαίου**, ανεξάρτητα με το αν αυτός είναι προγενέστερος ή μεταγενέστερος, ειδικός ή γενικός. Η βέλτιστη πρακτική είναι αυτή του ECT, που αποτελεί μια πολυμερή, ειδική, διεθνή συνθήκη, που συνήθως συνυπάρχει με άλλα γενικά ή ειδικά, περιφερειακά ή διμερή, συμβατικά εργαλεία, έπρεπε να αντιμετωπίσει συστηματικά την συντρέχουσα εφαρμογή του με άλλους διεθνείς συμβατικούς κανόνες⁷⁰.

⁶⁹ βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ.496επ.

⁷⁰ βλ. αρθρ.16 ECT: «Where two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, ..., whose terms in either case concern the subject matter of Part III or V of this Treaty, 1) nothing in Part III or V of this Treaty shall be construed to derogate from any provision of such terms of the other agreement or from any right to dispute

Το δε αμερικάνικο μοντέλο διμερούς συνθήκης προστασίας των επενδύσεων επιλέγει μία πιο σφαιρική διατύπωση, καθώς αναφέρεται σε όλες τις άλλες πηγές με τις οποίες είναι πιθανό να ρυθμίζεται ευνοϊκότερα το καθεστώς προστασίας του ξένου επενδυτή σε σχέση με αυτό της διμερούς συνθήκης⁷¹.

δ. Τέλος, η ίδια η ρήτρα του Μάλλον Ευνοουμένου Κράτους (στο εξής ΜΕΚ), η οποία προβλέπεται σε όλες τις επενδυτικές συνθήκες και αποσκοπεί στο να επεκτείνει στους επενδυτές που προέρχονται από ένα συμβαλλόμενο μέρος τυχόν ευνοϊκότερη μεταχείριση που έχει ενδεχομένως υποσχεθεί ή θα υποσχεθεί το άλλο μέρος στους επενδυτές που προέρχονται ή θα προέλθουν από κάποιο τρίτο κράτος, με το οποίο το άλλο συμβαλλόμενο μέρος έχει συνάψει ή θα συνάψει μια επενδυτική σύμβαση. Η ρήτρα ΜΕΚ εισάγει «σχετικό» standard μεταχείρισης των ξένων επενδυτών, με την έννοια ότι το περιεχόμενο της ΜΕΚ μεταχείρισης που δεσμεύεται το κράτος υποδοχής να επιφυλάξει στους επενδυτές που προέρχονται από το άλλο συμβαλλόμενο μέρος καθορίζεται με αναφορά στις άλλες επενδυτικές συνθήκες που έχει συνάψει ή τυχόν συνάψει στο μέλλον το κράτος υποδοχής με τρίτα κράτη. Άρα, η ρήτρα ΜΕΚ αποτελεί η ίδια έναν μηχανισμό διασύνδεσης δύο ή περισσότερων διεθνών συνθηκών.

Το κριτήριο επομένως, με βάση αυτή τη ρήτρα, είναι το ευνοϊκότερο για τον ξένο επενδυτή και την επένδυσή του κανόνα δικαίου, μεταξύ αυτών που εμπεριέχονται σε δύο ή περισσότερες επενδυτικές συμβάσεις, τις οποίες έχει συνάψει ή θα συνάψει το κράτος υποδοχής με το κράτος προέλευσης του εν λόγω επενδυτή αφενός και με ένα ή περισσότερα τρίτα κράτη αφετέρου.

(δ) Τα υπό εξέταση σημεία προβληματικής της ασυμβατότητας των ενδο-ενωσιακών BITs με το ευρωπαϊκό δίκαιο

Μέχρι προ ετών, η σχέση μεταξύ BITs και ευρωπαϊκού δικαίου δεν είχε μεγάλη σημασία, καθώς λόγω της έλλειψης άμεσα εμφανών σημείων επαφής μεταξύ των δύο καθεστώτων, δε διαφαινόταν ότι θα υπήρχε σχέση μεταξύ τους. Ο μεγάλος όμως αριθμός ανάπτυξης τα τελευταία χρόνια, φανέρωσαν ότι οι BITs και το δίκαιο της ΕΕ αλληλεπιδρούν με πολλούς τρόπους, καθώς και ότι

resolution with respect thereto under that agreement; and 2) nothing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty, where any such provision is more favourable to the Investor or Investment.», για περισ. βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ.458επ.

⁷¹ «*This treaty shall not derogate from any of the following that entitle covered investments to treatment more favourable than that accorded by this Treaty: (a) laws and regulations, administrative practices or procedures, or administrative or adjudicatory decisions of a Party; (b) international legal obligations; or (c) obligations assumed by a Party, including those contained in an investment authorization or an investment agreement*».

υπάρχουν ορισμένα βασικά σημεία τριβής τους⁷². Το ρυθμιστικό χάσμα μεταξύ των ενδο-ενωσιακών BITs και της νομοθεσίας της ΕΕ δημιουργεί μία σειρά προβλημάτων. Κατά την άποψη της Επιτροπής, η οποία εξετάζεται στη συνέχεια ενδελεχώς, οι ενδο-ενωσιακές BITs δεν είναι συμβατές με τους κανόνες της ΕΕ περί της ενιαίας αγοράς⁷³ και ιδίως ως προς τα εξής:

αα. Ως προς το *ratione personae* πεδίο εφαρμογής των intra-EU BITs: Παραβίαση της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας βάσει του άρθρου 18ΣΛΕΕ (πρώην 12ΣΕΚ)

Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι οι πρώτες καλύπτουν επενδύσεις από το αντίστοιχο συμβαλλόμενο μέρος της και **όχι από όλα τα ΚΜ της ΕΕ**. Υποστηρίχθηκε η άποψη από την Επιτροπή ότι και η ίδια η **ρήτρα περί επενδυτικής διαιτησίας** αντίκειται στο κοινοτικό δίκαιο και ότι οι διατάξεις που προβλέπουν διαιτησία αντικαθίστανται μετά την προσχώρηση των ΚΜ στην ΕΕ. Υπήρχαν δηλαδή αμφιβολίες σχετικά με τη δράση των διαιτητικών δικαστηρίων, καθώς η Επιτροπή υποστήριξε ότι η διαδικασία της επενδυτικής διαιτησίας θα οδηγούσε σε αδικαιολόγητη διάκριση και επομένως, παραβίαση του άρθρου 18ΣΛΕΕ. Στην πραγματικότητα, μόνο οι επενδυτές από ένα ΚΜ που αποτελούσε συμβαλλόμενο μέρος σε σύμβαση που να προβλέπει ρήτρα διαιτησίας θα μπορούσαν να επωφεληθούν από την επενδυτική αυτή προστασία, ενώ οι επενδυτές από τα υπόλοιπα ΚΜ, σε θα μπορούσαν.

ββ. Ως προς το περιεχόμενο των intra-EU BITs

(i) Η πρόβλεψη της ρήτρας περί υπαγωγής σε διαιτησία: Παραβίαση της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας βάσει του άρθρου 18ΣΛΕΕ (πρώην 12ΣΕΚ), παράκαμψη- μη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 267ΣΛΕΕ πρώην 234ΣΕΚ) και παραβίαση του άρθρου 344ΣΛΕΕ (πρώην 292ΣΕΚ)

Επίσης προβλέπεται παράλληλη δικαιοδοσία δια των διαδικασιών **διαιτησίας**. Όπως αναφέρεται ανωτέρω, η πρόβλεψη ρήτρας περί διαιτησίας δίνει τη δυνατότητα σε επενδυτές συγκεκριμένων ΚΜ και όχι όλων, να λάβουν προστασία και σε διεθνές διαιτητικό επίπεδο, ως εκ τούτου εισάγεται μία διάκριση αντίθετα με την πρόβλεψη του άρθρου 12ΣΕΚ. Κατ' αυτόν τον τρόπο, αυτές οι συνθήκες αντίκεινται στην μονοπωλιακή- αποκλειστική δικαιοδοσία του ΔΕΚ σε θέματα ευρωπαϊκού δικαίου. Επιπλέον, η Επιτροπή φοβήθηκε ότι η επενδυτική διαιτησία μπορεί να δυσχεράνει της επιβολή του ενωσιακού

⁷² βλ. Thomas Eilmansberger, ό.π.,pg.386

⁷³ βλ. Cecilia Olivet, ό.π., pg.3

δικαίου⁷⁴. Συγκεκριμένα, θα μπορούσε να εμποδίσει και να αποτρέψει το ΔΕΚ από το να επιληφθεί σχετικών ζητημάτων στα πλαίσια της άσκησης των αρμοδιοτήτων που του ανατίθενται βάσει του άρθρου 234ΣΕΚ⁷⁵, καθώς τα διαιτητικά δικαστήρια δε δύνανται να παραπέμψουν στο ΔΕΚ, το οποίο τυγχάνει να είναι ο αυθεντικός ερμηνευτής των Συνθηκών.

Επίσης, τέθηκε το ζήτημα της πρόσκρουσης στο άρθρο 292ΣΕΚ⁷⁶, το οποίο αναφέρεται στον τρόπο ρύθμισης των κρατών-μελών και κατά πόσον εμπίπτουν οι εν λόγω επενδυτικές διαφορές στο πεδίο εφαρμογής του.

Ο αριθμός των διαδικασιών διαιτησίας που ακολουθεί ένα ΚΜ της ΕΕ σε βάρος ενός άλλους ΚΜ της ΕΕ για αθέτηση των υποχρεώσεών του που απορρέουν από BIT, ολοένα αυξάνεται. Όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, έχει επανειλημμένως εκφραστεί από την Επιτροπή η άποψη ότι οι ρήτρες περί διαιτησίας έρχονται σε αντίθεση με το κοινοτικό δίκαιο και επομένως είναι ανενεργές.

(ii) Η πρόβλεψη της “ρήτρας μεταφοράς” :

Οι δε τρεις αποφάσεις του ΔΕΚ σχετικά με την ασυμβατότητα των προβλέψεων των BITs σχετικά με τη ρήτρα **μεταφοράς**⁷⁷, που καταδεικνύουν επίσης την ασυμβατότητα του όρου αυτού με τους κανόνες του ευρωπαϊκού δικαίου.

Ως προς το ζήτημα αυτό, η Επιτροπή βρίσκεται σε συνεχή επαφή με τα ΚΜ και επαναλαμβάνει για άλλη μία φορά ότι αυτή η ασυμβατότητα πρέπει κάποια στιγμή να φθάσει στο τέλος της.

⁷⁴ βλ. Stephan Balthasar, “Investment arbitration under intra- EU BITs: Recent developments in /Eureko vs Slovakia”, kluwerarbitrationblog.com

⁷⁵ βλ. **αρθρ. 234ΣΕΚ**: «Το Δικαστήριο αποφαινεται με προδικαστικές αποφάσεις: α) επί της ερμηνείας της παρούσας συνθήκης· β) επί του κύρους και της ερμηνείας των πράξεων των οργάνων της Κοινότητας και της ΕΚΤ· γ) επί της ερμηνείας των καταστατικών των οργανισμών που ιδρύθηκαν με πράξη του Συμβουλίου, εφόσον το προβλέπουν τα εν λόγω καταστατικά. Δικαστήριο κράτους μέλους, ενώπιον του οποίου ανακύπτει τέτοιο ζήτημα, δύναται, αν κρίνει ότι απόφαση επί του ζητήματος είναι αναγκαία για την έκδοση της δικής του απόφασης, να παραπέμψει το ζήτημα στο Δικαστήριο για να αποφανθεί επ’ αυτού»

⁷⁶ βλ. **αρθρ. 292ΣΕΚ**: «Τα κράτη μέλη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να μη ρυθμίζουν διαφορές σχετικές με την ερμηνεία ή την εφαρμογή της παρούσας συνθήκης κατά τρόπο διάφορο από εκείνον που προβλέπει η συνθήκη.»

⁷⁷ βλ. ιστότοπο: European Commission (2014) Monitoring activities and analysis, Bilateral Investment Treaties between EU Member States (intra- EU BITs) http://ec.europa.eu/internal_market/capital/analysis/monitoring_activities_and_analysis/index_en.htm#maincontentSec5

Ε. Η ΕΞΕΤΑΣΗ ΤΟΥ ΖΗΤΗΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΕΝΔΟ-ΕΝΩΣΙΑΚΩΝ ΒΙΤs ΣΕ ΣΧΕΣΗ ΜΕ ΤΟ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΠΡΟ ΤΗΣ ΘΕΣΗΣ ΣΕ ΙΣΧΥ ΤΗΣ ΣΥΝΘΗΚΗΣ ΤΗΣ ΛΙΣΣΑΒΩΝΑΣ

(α) Η νομική προσωπικότητα της ΕΚ

Το ζήτημα της νομικής προσωπικότητας της ΕΕ ήταν έντονα αμφισβητούμενο κατά το παρελθόν, διότι η Συνθήκη του Μάαστριχτ δεν περιείχε καμία ρητή διάταξη επί του θέματος αυτού, σε αντίθεση προς τη Συνθήκη της ΕΚ, που όριζε ρητά στο άρθρο 281ΣΕΚ, ότι «η Κοινότητα έχει νομική προσωπικότητα». Με βάση τη διάταξη αυτή, γινόταν δεκτό ότι η ΕΚ αποτελούσε υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, η δε νομική αυτή προσωπικότητα ίσχυε τόσο στο διεθνή τομέα, όσο και στο εσωτερικό των ΚΜ της. Στο διεθνή τομέα μάλιστα, η Κοινότητα είχε νομική προσωπικότητα και ήταν μέλος της διεθνούς κοινωνίας και υποκείμενο του διεθνούς δικαίου. Αυτό σήμαινε βάσει της νομολογίας του ΔΕΚ ότι στις εξωτερικές σχέσεις της η Κοινότητα είχε την ικανότητα δημιουργεί συμβατικούς δεσμούς με τρίτα κράτη σε όλη την έκταση του πεδίου των στόχων, που καθορίζονταν από τις Συνθήκες⁷⁸.

(β) Η εξωτερική αρμοδιότητα της Κοινότητας σχετικά με τη σύναψη διεθνών συμφωνιών με τρίτες χώρες ή διεθνείς οργανισμούς ως προς τα ζητήματα που αφορούσαν την Κοινή Εμπορική Πολιτική- Το «δόγμα παραλληλότητας» εσωτερικής και εξωτερικής αρμοδιότητας

Ο βασικός σκοπός της ΣΕΚ ήταν η δημιουργία τελωνειακής ένωσης, στο πλαίσιο της οποίας διασφαλίζονταν η ελεύθερη κυκλοφορία αγαθών και υπηρεσιών μεταξύ των ΚΜ, η ενιαία προστασία από τον εξωτερικό ανταγωνισμό με την υιοθέτηση του κοινού εξωτερικού δασμολογίου και, ταυτόχρονα, η προώθηση της φιλελευθεροποίησης του εμπορίου πολυμερώς⁷⁹. Η ΚΕΠ εξυπηρετεί τον σκοπό που διατυπώνεται στο άρθρο 131ΣΕΚ⁸⁰ και αντικείμενό της αποτελούν όλα τα μέτρα και οι πτυχές που επηρεάζουν το εμπόριο των αγαθών και των υπηρεσιών.

Όπως είναι γνωστό, η δράση της Κοινότητα βάσει της Συνθήκης για την ΕΚ για την επίτευξη των βασικών της στόχων περιελάμβανε -μεταξύ άλλων-

⁷⁸ βλ. Π. Κανελλόπουλο, ό.π., σελ. 90επ.

⁷⁹ βλ. Δ. Μουτσάτσου, “Η θεσμική διάσταση της Κοινής Εμπορικής Πολιτικής”, σε “Νέα Ευρωπαϊκή Ένωση - Οργάνωση και Πολιτικές – 50 χρόνια”, επιμ. Ν.Μαραβέγια-Μ.Τσινιτσιζέλη, εκδ. Θεμέλιο, Βιβλιοθήκη Ευρωπαϊκών Θεμάτων, Αθήνα, 2007, σελ. 444επ.

⁸⁰ βλ. **αρθρ. 131 ΣΕΚ** «Τα κράτη μέλη αποσκοπούν, με τη δημιουργία τελωνειακής ενώσεως μεταξύ τους, να συμβάλουν προς το κοινό συμφέρον στην αρμονική ανάπτυξη του παγκόσμιου εμπορίου, στην προοδευτική κατάργηση των περιορισμών στις διεθνείς συναλλαγές και στον περιορισμό των τελωνειακών φραγμών»

και την Κοινή Εμπορική Πολιτική (στο εξής ΚΕΠ)⁸¹. Βάσει δε του άρθρου 5§1ΣΕΚ⁸², η Κοινότητα είχε την εξουσία να νομοθετεί, έστω και αν δεν υπήρχε συγκεκριμένη διάταξη που να της έδιδε ρητή νομοθετική εξουσία. Επομένως, έβρισκε έρεισμα η **θεωρία περί εξυπακουόμενης ή σιωπηρής νομοθετικής εξουσίας**⁸³, βάσει της οποίας η Κοινότητα είχε όχι μόνο ρητή αλλά και κάθε άλλη εξουσία που ήταν λογικά αναγκαία για την άσκησή της.

Τα ΚΜ υποστήριζαν, ότι δηλαδή η Κοινότητα είχε **εξωτερική αρμοδιότητα**, δηλαδή τη δυνατότητα να συνάπτει συμφωνίες μόνον στις περιπτώσεις εκείνες που η Συνθήκη όριζε ρητώς, όπως στις περιπτώσεις των άρθρων 111, 133 και 310 ΣΕΚ, όπου η Συνθήκη όριζε ρητώς τέτοιου είδους εξουσία στην Κοινότητα. Στην γνωμοδότηση 1/03 της 7-2-2006 (Νέα Σύμβαση του Λουγκάνο), τα ΚΜ υποστήριζαν⁸⁴ ότι, για να εξακριβωθεί αν υπάρχει σιωπηρή εξωτερική αρμοδιότητα της Κοινότητας, έπρεπε να ληφθεί υπόψιν η **γνωμοδότηση 1/76 της 26^{ης} Απριλίου 1977**, όπως διασαφηνίστηκε με τη γνωμοδότηση 1/94 της 15^{ης} Νοεμβρίου 1994 και το περιεχόμενο αυτών των γνωμοδοτήσεων συνοψίστηκε από το ΔΕΚ⁸⁵. Κατά την άποψη των ΚΜ, σύμφωνα με την αρχή που τέθηκε από την 1/76 γνωμοδότηση, **σιωπηρή εξωτερική αρμοδιότητα** υφίσταται όχι μόνο σε όλες εκείνες τις περιπτώσεις που η εσωτερική αρμοδιότητα έχει ήδη ασκηθεί με σκοπό τη θέσπιση μέτρων για την υλοποίηση της κοινής εμπορικής πολιτικής σε διαφορετικούς τομείς, αλλά και στην περίπτωση στην οποία τα εσωτερικά κοινοτικά μέτρα θεσπίζονται λόγω ακριβώς της σύναψης και της θέσης σε εφαρμογή της διεθνούς συμφωνίας. Επομένως, η αρμοδιότητα για την ανάληψη δεσμεύσεων της Κοινότητας έναντι τρίτων κρατών μπορεί **να απορρέει σιωπηρώς** από τις διατάξεις των Συνθηκών που θεσπίζουν την εσωτερική αρμοδιότητα, εφόσον η συμμετοχή της Κοινότητας στη διεθνή συμφωνία είναι αναγκαία για την πραγματοποίηση ενός από τους στόχους της Κοινότητας⁸⁶. Επίσης, το ΔΕΚ απεφάνθη ότι, οσάκις το κοινοτικό δίκαιο δημιουργεί υπέρ των κοινοτικών οργάνων, αρμοδιότητες στο εσωτερικό πεδίο προς επίτευξη συγκεκριμένου σκοπού, η Κοινότητα καθίσταται αρμόδια να αναλαμβάνει τις διεθνείς υποχρεώσεις που είναι αναγκαίες για την επίτευξη του σκοπού αυτού, έστω και αν δεν υπάρχει καμία ρητή διάταξη προς τούτο.

⁸¹ βλ. **αρθρ. 3§1εδ.β ΣΕΚ**: «1. Για τους σκοπούς του άρθρου 2, η δράση της Κοινότητας περιλαμβάνει, σύμφωνα με τους όρους και με το χρονοδιάγραμμα που προβλέπει η παρούσα Συνθήκη: [...] β) μια κοινή εμπορική πολιτική»

⁸² βλ. **αρθρ. 5§1ΣΕΚ**: «1. Η Κοινότητα δρα μέσα στα όρια των αρμοδιοτήτων που της αναθέτει και των στόχων που της ορίζει η Συνθήκη.»

⁸³ βλ. Παν.Ι.Κανελλόπουλο, σελ. 268επ.

⁸⁴ βλ. Π. Ι. Κανελλόπουλο, ό.π., σελ.307επ.

⁸⁵ βλ. αποφ.ΔΕΚ C-467/98 Επιτροπή-Δανίας «ελεύθερη αεροπλοΐα» της 5^{ης} Νοεμβρίου 2002, C-468/98 Επιτροπή-Σουηδίας, C-469/98 Επιτροπή –Φινλανδίας, C-471/98 Επιτροπή-Βελγίου, C-472/98 Επιτροπή-Λουξεμβούργου, C-475/98 Επιτροπή-Αυστρίας και C-476/98 Επιτροπή-Γερμανίας.

⁸⁶ βλ. γνωμ. 1/76, σκ.3-4, καθώς και αποφ. ΔΕΚ C-467/98 Επιτροπή-Δανίας, σκ.56

Με μεταγενέστερη νομολογία του το ΔΕΚ και συγκεκριμένα τη **γνωμοδότηση 1/94 της 15^{ης} Νοεμβρίου 1994**, διευκρίνισε ότι προκειμένου περί της υπάρξεως αποκλειστικής σιωπηρής αρμοδιότητας, η περίπτωση στην οποία αναφέρεται η προπαρατεθείσα γνωμοδότηση 1/76 είναι εκείνη κατά την οποία η εσωτερική αρμοδιότητα μπορεί να ασκηθεί επωφελώς μόνο συγχρόνως με την εξωτερική αρμοδιότητα, οπότε η σύναψη διεθνούς συμφωνίας είναι αναγκαία για την υλοποίηση των στόχων της Συνθήκης, οι οποίοι δε θα μπορούσαν να επιτευχθούν απλώς και μόνο με τη θέσπιση αυτοτελών κανόνων. Κατά τη διατύπωση που χρησιμοποίησε το Δικαστήριο στη σκέψη 86 της γνωμοδότησης 1/94, **η υλοποίηση του σκοπού της Κοινότητας, πρέπει να είναι «άρρηκτα συνδεδεμένη» με τη σύναψη της διεθνούς συμφωνίας**. Με άλλα λόγια, η εξωτερική αρμοδιότητα της Κοινότητας, έπρεπε να είναι αντανάκλαση της εσωτερικής της αρμοδιότητας. Για όσα θέματα δηλαδή η Κοινότητα ήταν αρμόδια να τα χειρίζεται στο εσωτερικό, για τα ίδια θέματα θα έπρεπε να είχε εξουσία στο εξωτερικό, να συνάπτει δηλαδή διεθνείς συμβάσεις με τρίτες χώρες ή διεθνείς οργανισμούς. Θα έπρεπε δηλαδή να ισχύει το **«δόγμα παραλληλότητας»**, η εσωτερική και εξωτερική αρμοδιότητα να βαίνουν παραλλήλως.

Το ΔΕΚ ασχολήθηκε με το θέμα αυτό σε πλείστες αποφάσεις του⁸⁷, στις οποίες εδέχθη το δόγμα παραλληλότητας, πλην όμως εισήγαγε έναν περιορισμό, αφού έκρινε ότι η Κοινότητα ήταν αρμόδια να συνάπτει διεθνείς συμφωνίες με τρίτες χώρες και διεθνείς οργανισμούς επί όλων των θεμάτων επί των οποίων είχε εσωτερική αρμοδιότητα, **αρκεί όμως προηγουμένως να είχε ασκήσει την εσωτερική αυτή αρμοδιότητα**.

Στο πεδίο δηλαδή της ΚΕΠ, αλλά και αυτό των εξωτερικών οικονομικών-εμπορικών σχέσεων (διαπραγμάτευση - σύναψη διεθνών συμφωνιών διμερούς, πλειομερούς ή πολυμερούς χαρακτήρα), η αρμοδιότητα επιμερίζεται μεταξύ των κοινοτικών οργάνων αφ' ενός και των ΚΜ της ΕΕ αφ' ετέρου. Ωστόσο, ο επιμερισμός αυτός των αρμοδιοτήτων δεν είναι πάντοτε σαφής, με αποτέλεσμα να δημιουργούνται εντάσεις μεταξύ ΚΜ και θεσμικών οργάνων των ΕΚ, ιδίως με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Το πρόβλημα αντιμετωπίστηκε κυρίως νομολογιακά, καθώς το ΔΕΚ, όπως ανωτέρω αναφέρθηκε, ξεκαθάρισε ότι τα κοινοτικά όργανα έχουν αποκλειστική αρμοδιότητα όταν η ΚΕΠ και οι εξωτερικές οικονομικές-εμπορικές σχέσεις άπτονται των κοινών πολιτικών ή εξυπηρετούνται οι γενικότεροι στόχοι της Κοινότητας⁸⁸.

⁸⁷ βλ. αποφ. ΔΕΚ ΑΕΤΡ 22/70 Επιτροπή – Συμβουλίου 31-3-1971, Local Cost Standard Γνώμη 1/75, Kramer 3, 4 6/76, Γνώμη 1/76 Ταμείο Ποταμόπλοιων κ.λπ.

⁸⁸ βλ. περισσότερα σε Κ.Στεφάνου, “Προσαρμογή της Κοινής Εμπορικής Πολιτικής στις Απαιτήσεις της Ενιαίας Αγοράς”, Ε.Ευρ.Κ., τ.5, 1989

Στη γνωμοδότησή του για τη συμφωνία ιδρύσεως του ΠΟΕ⁸⁹, το ΔΕΚ γνωμάτευσε ότι η Κοινότητα ήταν αποκλειστικώς αρμόδια να συνάψει τις πολυμερείς συμφωνίες που αφορούν το εμπόριο των προϊόντων, αφού οι συμφωνίες αυτές καλύπτονταν στο μεγαλύτερο μέρος τους από την αποκλειστική της αρμοδιότητα σε θέματα ΚΕΠ. Δέχθηκε επίσης το ΔΕΚ ότι **εάν με τη διεθνή συμφωνία ρυθμίζονται αφ' ενός μεν θέματα που υπάγονται στην αρμοδιότητα της Κοινότητας και αφ' ετέρου θέματα που υπάγονται στην αρμοδιότητα των ΚΜ, τότε τηρείται η διαδικασία των μικτών συμφωνιών, οι οποίες υπογράφονται από την Κοινότητα και τα ΚΜ.** Αυτό αναγνωρίστηκε από το ΔΕΚ στα πλαίσια της υπογραφής της συμφωνίας για την ίδρυση του ΠΟΕ. Ειδικότερα, ως προς την σύναψη της συμφωνίας για το εμπόριο των υπηρεσιών (GATS) και τη συμφωνία TRIPs, το ΔΕΚ έκρινε ότι υπήρχε συντρέχουσα αρμοδιότητα της Κοινότητας και των ΚΜ.

Η ΕΚ, επομένως, ως διεθνής οργανισμός, συμμετείχε στον ΠΟΕ, αφού χρειάστηκε να συμπεριληφθεί ειδική ρύθμιση για τη συμμετοχή της στις ψηφοφορίες⁹⁰. Η ΕΚ όταν ψηφίζει σε θέματα της αρμοδιότητάς της, ψηφίζει αντί των κρατών μελών⁹¹. Η εσωτερική κατανομή αρμοδιοτήτων δεν είναι γνωστή στα λοιπά κράτη του ΠΟΕ, καθώς, σε αντίθεση με άλλους οργανισμούς, δεν υπάρχει υποχρέωση κοινοποίησης σε αυτόν. Επομένως, ακόμη και σε θέματα επιμερισμένων αρμοδιοτήτων της ΕΚ και των ΚΜ, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξουσιοδοτείται να ομιλεί και να ψηφίζει εκ μέρους των τελευταίων⁹².

Τέλος, το ΔΕΚ, στη γνωμοδότησή του για τη σύναψη της Σύμβασης του Λουγκάνο 1/03 της 7-2-2006, γνωμάτευσε ότι «για να εξακριβωθεί αν η Κοινότητα έχει αρμοδιότητα για τη σύναψη ορισμένης συμφωνίας και αν η αρμοδιότητα αυτή είναι αποκλειστική, **είναι αναγκαία η πραγματοποίηση μιας συνολικής και συγκεκριμένης ανάλυσης.** Προς τούτο, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη όχι μόνον ο τομέας που καλύπτουν αφ' ενός οι κοινοτικοί κανόνες και αφ' ετέρου οι διατάξεις της μελετώμενης συμφωνίας, στο μέτρο που οι διατάξεις αυτές είναι γνωστές, αλλά και η φύση και το περιεχόμενο των κανόνων και διατάξεων αυτών, προκειμένου να διασφαλίζεται ότι **η συμφωνία δε μπορεί να θίξει την ενιαία και ομοιόμορφη εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων και την εύρυθμη λειτουργία του συστήματος που καθιερώνουν οι κανόνες αυτοί.**»

⁸⁹ βλ. γνωμ. 1/94, 15-11-1994

⁹⁰ βλ. Κ. Στεφάνου σε Κ. Στεφάνου- Χ. Γκόρτσο, “Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο”, Σειρά Μελετών Διεθνούς και Ευρωπαϊκού Οικονομικού Δικαίου, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2006, σελ.39

⁹¹ Έχει εξάλλου προβλεφθεί στην υποσημείωση 2 ότι «ο αριθμός των ψήφων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και των κρατών μελών τους δεν υπερβαίνει σε καμία περίπτωση τον αριθμό των κρατών μελών των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.» Η ΕΚ δηλαδή και μετά την ένταξη της Βουλγαρίας και της Ρουμανίας συμμετέχει με 27 ψήφους.

⁹² βλ. Κ. Στεφάνου, ό.π., σελ. 42επ.

Ως προς το ζήτημα του εάν **η αρμοδιότητα της ΕΚ είναι αποκλειστική ή συντρέχουσα με τα ΚΜ**, το ΔΕΚ διαπίστωσε ότι **όταν έχουν θεσπιστεί κοινοί κανόνες, ιδίως στα πλαίσια κοινής πολιτικής**, τα ΚΜ δεν έχουν πλέον το δικαίωμα, άσχετα αν δρουν ατομικά ή συλλογικά, να αναλαμβάνουν έναντι τρίτων κρατών υποχρεώσεις που θίγουν αυτούς τους κανόνες. Στην περίπτωση αυτή η Κοινότητα έχει αποκλειστική αρμοδιότητα να συνάπτει συμφωνίες. Το ίδιο ισχύει βάσει του ΔΕΚ και στην περίπτωση που έχουν θεσπιστεί κανόνες σε τομείς μη καλυπτόμενους από κάποια κοινή πολιτική, και ιδίως σε τομείς όπου υπάρχουν διατάξεις εναρμόνισης. Στην γνωμοδότηση 2/91 το ΔΕΚ υπενθύμισε ότι σε όλους τους τομείς που αντιστοιχούν στους σκοπούς της Συνθήκης, το άρθρο 10ΣΕΚ επιβάλλει στα ΚΜ να διευκολύνουν την Κοινότητα στην εκτέλεση του έργου της και να απέχουν από κάθε μέτρο που μπορεί να θέσει σε κίνδυνο την πραγματοποίηση των σκοπών της Συνθήκης.

Αυτό που έχει ουσιαστική σημασία είναι να διασφαλίζονται η ενιαία και ομοιόμορφη εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων και η εύρυθμη λειτουργία του συστήματος που καθιερώνουν οι κανόνες αυτοί, ώστε να διασφαλίζεται πλήρως η αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου⁹³.

Εκ των ανωτέρω, συνάγεται ότι μέχρι πριν τη θέση σε ισχύ της Συνθήκης της Λισσαβώνας, τα ΚΜ είχαν πλήρη αρμοδιότητα σχετικά με τις ΑΞΕ και ο ρόλος των θεσμικών οργάνων της Κοινότητας ήταν πολύ περιορισμένος⁹⁴. Μέχρι δηλαδή τη Συνθήκη της Λισσαβώνας η ΕΚ δεν είχε συνάψει συμφωνία με την οποία να συμφωνούσε αποκλειστικά σχετικά με τη ροή επενδύσεων από μόνη της, ούτε είχε συνάψει κάποια μικτή συμφωνία μαζί με τα ΚΜ⁹⁵. Η Κοινότητα δεν είχε αρμοδιότητα να συνάπτει διεθνείς συμφωνίες με τρίτες χώρες στον τομέα των επενδύσεων, ως εκ τούτου μόνα τα ΚΜ, ατομικώς, προέβαιναν σε τέτοιου είδους συμφωνίες, οι οποίες στο μεγαλύτερο βαθμό είχαν τη μορφή των Διμερών Διακρατικών Επενδυτικών Συμφωνιών (BITs).

⁹³ βλ. Π.Κανελλόπουλο, ό.π., σελ. 312επ.

⁹⁴ βλ. José Guimon, "It's time for an EU Investment Promotion Agency", Vale Columbia Perspectives, Columbia FBI Perspectives, pg.1

⁹⁵ βλ. Thomas Eilmansberger, ό.π., pg.386

(γ) Το ευρωπαϊκό νομικό πλαίσιο που σχετίζεται με το περιεχόμενο των ρυθμίσεων των BITs

αα. Η κοινή Ιθαγένεια

Η θέσπιση της κοινής ιθαγένειας με το άρθρο 17ΣΕΚ⁹⁶, ήταν ένα από τα αποφασιστικότερα βήματα προς την κατεύθυνση της ευρωπαϊκής ενοποίησης, η οποία έλαβε χώρα με τη Συνθήκη του Μάαστριχτ⁹⁷. Πολίτης της Ένωσης είναι κάθε πρόσωπο που έχει την υπηκοότητα ενός κράτους μέλους. Η ιθαγένεια της Ένωσης δηλαδή αναγνωρίζεται και απονέμεται κατά τρόπο αυτόματο σε κάθε φυσικό πρόσωπο, το οποίο, σύμφωνα με το δίκαιο του αντίστοιχου κράτους μέλους, έχει την ιθαγένεια αυτού⁹⁸.

Οι πολίτες της Ένωσης βάσει του αρθρ.17§1ΣΕΚ έχουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στις Συνθήκες, όπως το δικαίωμα ελεύθερης κυκλοφορίας και διαμονής στο έδαφος των ΚΜ, το δικαίωμα διπλωματικής και προξενικής προστασίας, το δικαίωμα αναφοράς προς την ΕΕ, το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα των οργάνων της Ένωσης και το δικαίωμα νομοθετικής πρωτοβουλίας πολιτών.

ββ. Οι θεμελιώδεις ελευθερίες

Οι θεμελιώδεις ελευθερίες καλύπτουν την ελεύθερη κυκλοφορία των **εμπορευμάτων**, την ελεύθερη κυκλοφορία των **εργαζομένων**, το δικαίωμα **εγκατάστασης**, την ελεύθερη **παροχή υπηρεσιών**, καθώς και την ελεύθερη **κίνηση κεφαλαίων**. Οι ελευθερίες αυτές αποτελούν τον ακρογωνιαίο λίθο της εσωτερικής αγοράς, η οποία στην Ιδρυτική Συνθήκη της ΕΚ (στο εξής ΣΕΚ) ορίζεται ως ένας χώρος χωρίς εσωτερικά σύνορα, μέσα στον οποίο διασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων⁹⁹. Εμφανίζεται δηλαδή ένας κοινός οικονομικός χώρος, στο πλαίσιο του οποίου καταργείται εφ' ενός μεν κάθε εμπόδιο στην απρόσκοπτη άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των

⁹⁶ βλ. **αρθρ.17ΣΕΚ**: «1. Θεσπίζεται ιθαγένεια της Ένωσης. Πολίτης της Ένωσης είναι κάθε πρόσωπο που έχει την υπηκοότητα ενός κράτους μέλους. Η ιθαγένεια της Ένωσης συμπληρώνει και δεν αντικαθιστά την εθνική ιθαγένεια.

2. Οι πολίτες της Ένωσης έχουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που προβλέπονται από την παρούσα συνθήκη.»

⁹⁷ βλ. Κ.Α. Στεφάνου, “Η Συνθήκη του Μάαστριχτ, Ιθαγένεια και θεμελιώδη δικαιώματα στην Ευρωπαϊκή Ένωση”, εκδ. Ι.Σιδέρη, 1993, σελ.95επ.

⁹⁸ βλ. Παν.Ι.Κανελλόπουλο, ό.π., σελ. 107επ.

⁹⁹ βλ. Βασ. Σκουρή, “Οι οικονομικές ελευθερίες και τα κοινωνικά δικαιώματα κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων”, σε “Οικονομικές ελευθερίες, κοινωνικά δικαιώματα και η απαγόρευση των διακρίσεων στο δίκαιο της Ε.Ε.”, 10^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της Ελληνικής Εταιρίας Δικαίου της Εργασίας και της Κοινωνικής Ασφάλισης (ΕΔΕΚΑ), εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα, 2010, σελ. 4επ.

κεφαλαίων, και αφ'ετέρου τα εσωτερικά τελωνειακά σύνορα και οι συνοριακοί έλεγχοι των φυσικών προσώπων¹⁰⁰. Οι θεμελιώδεις αρχές αυτές έχουν χαρακτηριστεί νομολογιακά ως «θεμελιώδεις αρχές της Κοινότητας»¹⁰¹, ο δε χαρακτηρισμός αυτός απηχεί την κεφαλαιώδη σημασία των θεμελιωδών ελευθεριών και ανατρέχει σε τουλάχιστον εικοσαετή νομολογία του Δικαστηρίου.

(i) Οι διατάξεις που αφορούν άμεσα τις επενδύσεις

Η ΣΕΚ δεν έχει ξεχωριστό κεφάλαιο για τις επενδύσεις, πολλές όμως διατάξεις της αφορούν **άμεσα** τις επενδύσεις, όπως ιδίως μερικές από τις βασικότερες διατάξεις, δηλαδή αυτές περί ελευθερίας **εγκατάστασης**, ελευθερίας κυκλοφορίας των **επενδυτικών κεφαλαίων και των πληρωμών** και η ελεύθερη **παροχή υπηρεσιών**, κυρίως στην περίπτωση κατά την οποία οι υπηρεσίες παρέχονται σε ένα κράτος μέλος μέσω της εκεί εμπορικής παρουσίας του παρόχου υπηρεσιών που προέρχεται από άλλος κράτος μέλος.

α. Η ελεύθερη κυκλοφορία προσώπων – ελευθερία εγκατάστασης

Οι διατάξεις που περιέχει η συνθήκη με τον τίτλο “ελεύθερη κυκλοφορία προσώπων” περιορίζεται στα ασκούντα επαγγελματική δραστηριότητα πρόσωπα, μισθωτούς¹⁰² ή ελεύθερους επαγγελματίες^{103 104}. Η ελευθερία

¹⁰⁰ βλ. Γεώργιο Σπ.Καρύδη, “Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού - Θεμελιώδεις ελευθερίες- Ανταγωνισμός- Κρατικές ενισχύσεις”, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, σελ.21επ.

¹⁰¹ βλ. μεταξύ άλλων αποφ. Επιτροπή κατά Γαλλίας, 220/83, 4-12-1986, Συλλογή 1986, σ.3663, σκ.17 και αποφ. Επιτροπή κατά Δανίας, 252/83, Συλλογή 1986, σ.3713, σκ.17

¹⁰² βλ. **αρθρ.39-42 ΣΕΚ**: « **Άρθρο 39**: 1. Εξασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των εργαζομένων εντός της Κοινότητας.

2. Η ελεύθερη κυκλοφορία των εργαζομένων συνεπάγεται την κατάργηση κάθε διακρίσεως λόγω ιθαγενείας μεταξύ των εργαζομένων των κρατών μελών, όσον αφορά την απασχόληση, την αμοιβή και τους άλλους όρους εργασίας.

3. Με την επιφύλαξη των περιορισμών που δικαιολογούνται για λόγους δημοσίας τάξεως, δημοσίας ασφαλείας και δημοσίας υγείας, η ελεύθερη κυκλοφορία των εργαζομένων περιλαμβάνει το δικαίωμά τους: α) να αποδέχονται κάθε πραγματική προσφορά εργασίας· β) να διακινούνται ελεύθερα για το σκοπό αυτό εντός της επικρατείας των κρατών μελών· γ) να διαμένουν σε ένα από τα κράτη μέλη με το σκοπό να ασκούν εκεί ορισμένη εργασία σύμφωνα με τις νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις που διέπουν την απασχόληση των εργαζομένων υπηκόων αυτού του κράτους μέλους· δ) να παραμένουν στην επικράτεια ενός κράτους μέλους και μετά την άσκηση σ' αυτό ορισμένης εργασίας, κατά τους όρους που θα αποτελέσουν αντικείμενο κανονισμών εφαρμογής που θα εκδώσει η Επιτροπή.

4. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου δεν εφαρμόζονται προκειμένου περί απασχολήσεως στη δημόσια διοίκηση.

Άρθρο 40: Το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με τη διαδικασία του άρθρου 251 και μετά από διαβούλευση με την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή, λαμβάνει, με οδηγίες ή κανονισμούς, τα αναγκαία μέτρα για να πραγματοποιηθεί η ελεύθερη κυκλοφορία των εργαζομένων, όπως ορίζεται στο άρθρο 39, ιδίως: α) με την εξασφάλιση στενής συνεργασίας μεταξύ των εθνικών υπηρεσιών απασχολήσεως· β) με την κατάργηση των διοικητικών διαδικασιών και μεθόδων, όπως και των προθεσμιών που προβλέπονται για την πρόσληψη σε διαθέσιμη απασχόληση, οι οποίες απορρέουν είτε από τις εθνικές νομοθεσίες είτε από προηγούμενες συμφωνίες μεταξύ των κρατών μελών, και των οποίων η διατήρηση θα αποτελούσε εμπόδιο στην ελεύθερη της διακινήσεως των εργαζομένων· γ) με την κατάργηση όλων των προθεσμιών και άλλων περιορισμών, που προβλέπονται είτε από τις εθνικές νομοθεσίες είτε από προηγούμενες συμφωνίες μεταξύ των κρατών μελών, οι οποίες επιβάλλουν στους εργαζομένους των άλλων κρατών μελών όρους διαφορετικούς από εκείνους που ισχύουν για τους ημεδαπούς εργαζομένους, όσον αφορά την ελεύθερη επιλογή εργασίας· δ) με τη δημιουργία

εγκατάστασης, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 43 ΣΕΚ, αποτελεί ένα από τα μέσα υλοποίησης της ελεύθερης κυκλοφορίας προσώπων, με σκοπό την άσκηση μη μισθωτών δραστηριοτήτων¹⁰⁵. Ως προς το προσωπικό πεδίο εφαρμογής, το δικαίωμα εγκατάστασης αναγνωρίζεται κατ' αρχήν στα φυσικά πρόσωπα που

μηχανισμών καταλλήλων να φέρουν σε επαφή την προσφορά και τη ζήτηση εργασίας και να διευκολύνουν την εξισορρόπηση τους με όρους που να αποτρέπουν σοβαρούς κινδύνους για το βιοτικό επίπεδο και το επίπεδο απασχολήσεως στις διάφορες περιφέρειες και βιομηχανίες.

Άρθρο 41: Τα κράτη μέλη προωθούν στο πλαίσιο κοινού προγράμματος την ανταλλαγή εργαζομένων νέων.

Άρθρο 42: Το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με τη διαδικασία του άρθρου 251, λαμβάνει στον τομέα της κοινωνικής ασφάλισης τα αναγκαία μέτρα για την εγκαθίδρυση της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων, ιδίως με τη θέσπιση ενός συστήματος που να εξασφαλίζει στους διακινούμενους εργαζομένους και στους εξ αυτών έλκοντες δικαιώματα: α) το συνυπολογισμό όλων των περιόδων που λαμβάνονται υπόψη από τις διάφορες εθνικές νομοθεσίες, για την κτήση και τη διατήρηση του δικαιώματος προς λήψη παροχής όπως και για τον υπολογισμό του ύψους αυτής· β) την καταβολή των παροχών στα πρόσωπα που κατοικούν στις επικράτειες των κρατών μελών. Το Συμβούλιο αποφασίζει με ομοφωνία καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας του άρθρου 251.»

¹⁰³ βλ. **άρθρο 43-48 ΣΕΚ:** « **Άρθρο 43:** Στο πλαίσιο των κατωτέρω διατάξεων, οι περιορισμοί της ελευθερίας εγκαταστάσεως των υπηκόων ενός κράτους μέλους στην επικράτεια ενός άλλου κράτους μέλους απαγορεύονται. Η απαγόρευση αυτή εκτείνεται επίσης στους περιορισμούς για την ίδρυση πρακτορείων, υποκαταστημάτων ή θυγατρικών εταιρειών από τους υπηκόους ενός κράτους μέλους που είναι εγκατεστημένοι στην επικράτεια άλλου κράτους μέλους. Η ελευθερία εγκαταστάσεως περιλαμβάνει την ανάληψη και την άσκηση μη μισθωτών δραστηριοτήτων, καθώς και τη σύσταση και τη διαχείριση επιχειρήσεων, και ιδίως εταιρειών κατά την έννοια του άρθρου 48 παράγραφος 2, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που ορίζονται από τη νομοθεσία της χώρας εγκαταστάσεως για τους δικούς της υπηκόους, με την επιφύλαξη των διατάξεων του κεφαλαίου της παρούσας συνθήκης που αναφέρονται στην κυκλοφορία κεφαλαίων.

Άρθρο 44: 1. Για την πραγματοποίηση της ελευθερίας εγκαταστάσεως σε ορισμένη δραστηριότητα, το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με τη διαδικασία του άρθρου 251 και μετά από διαβούλευση με την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή, εκδίδει οδηγίες.

Άρθρο 45: Εξαιρούνται από την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, όσον αφορά το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος, οι δραστηριότητες που συνδέονται στο κράτος αυτό, έστω και περιστασιακά, με την άσκηση δημοσίας εξουσίας. Το Συμβούλιο, προτάσει της Επιτροπής, δύναται με ειδική πλειοψηφία να εξαιρέσει ορισμένες δραστηριότητες από την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου.

Άρθρο 46: 1. Οι διατάξεις του παρόντος κεφαλαίου και τα μέτρα που λαμβάνονται δυνάμει αυτών δεν εμποδίζουν τη δυνατότητα εφαρμογής των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων που προβλέπουν ειδικό καθεστώς για τους αλλοδαπούς υπηκόους και δικαιολογούνται από λόγους δημοσίας τάξεως, δημοσίας ασφαλείας και δημοσίας υγείας.

2. Το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με τη διαδικασία του άρθρου 251, εκδίδει οδηγίες για το συντονισμό των ανωτέρω διατάξεων.

Άρθρο 47: 1. Για να διευκολύνει την ανάληψη και την άσκηση μη μισθωτών δραστηριοτήτων, το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με τη διαδικασία του άρθρου 251, εκδίδει οδηγίες για την αμοιβαία αναγνώριση των διπλωμάτων, πιστοποιητικών και άλλων τίτλων.

2. Για τον ίδιο σκοπό, το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με τη διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 251, εκδίδει οδηγίες για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών που αφορούν την ανάληψη και την άσκηση μη μισθωτών δραστηριοτήτων. Το Συμβούλιο αποφασίζει ομοφώνως καθόλη τη διάρκεια της διαδικασίας του άρθρου 251, προκειμένου για οδηγίες, η εκτέλεση των οποίων σε ένα τουλάχιστον κράτος μέλος συνεπάγεται τροποποίηση των υφιστάμενων αρχών της νομοθεσίας που διέπουν το καθεστώς των επαγγελματιών, όσον αφορά την κατάρτιση και τους όρους πρόσβασης των φυσικών προσώπων. Στις άλλες περιπτώσεις, το Συμβούλιο αποφασίζει με ειδική πλειοψηφία.

3. Ως προς τα ιατρικά, παραϊατρικά και φαρμακευτικά επαγγέλματα, η προοδευτική άρση των περιορισμών προϋποθέτει το συντονισμό των όρων ασκήσεώς τους στα διάφορα κράτη μέλη.

Άρθρο 48: Οι εταιρείες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους και οι οποίες έχουν την καταστατική τους έδρα, την κεντρική τους διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή τους εντός της Κοινότητας εξομοιώνονται, για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, προς τα φυσικά πρόσωπα που είναι υπήκοοι των κρατών μελών. Ως εταιρείες νοούνται οι εταιρείες αστικού ή εμπορικού δικαίου, συμπεριλαμβανομένων των συνεταιρισμών, και των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, με εξαίρεση εκείνων που δεν επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό.»

¹⁰⁴ βλ. Χάρη Ν. Ταγαρά, "Η ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, προσώπων, υπηρεσιών, κεφαλαίων στην Ευρωπαϊκή Ένωση (σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και υπό το φως των διατάξεων των συνθηκών του Άμστερνταμ και της Νίκαιας", β' εκδ., εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 2002, σελ. 73 επ.

¹⁰⁵ βλ. Γ. Σπ. Καρύδη, ό.π., σελ. 49 επ.

είναι υπήκοοι ΚΜ της ΕΚ. Επίσης, με τα φυσικά πρόσωπα, το άρθρο 48, όπως κατωτέρω αναφέρεται το περιεχόμενό του, «εξομοιώνει» ρητώς και τα νομικά πρόσωπα που παρουσιάζουν διπλό σύνδεσμό με τον κοινοτικό χώρο, καθώς αφ' ενός θα πρέπει να έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ΚΜ, αφετέρου η καταστατική έδρα ή η κεντρική διοίκηση ή κύρια εγκατάστασή τους θα πρέπει να βρίσκεται στην Κοινότητα. Δεν ακολουθήθηκε δηλαδή, από τους συντάκτες της Συνθήκης το κριτήριο της «πραγματικής» έδρας, αλλά ένα συνδυασμό της θεωρίας της συσσωμάτωσης και των θεωριών της καταστατικής ή πραγματικής έδρας, αρκετά ελαστικό, ώστε να διευρύνεται το προσωπικό πεδίο εφαρμογής των σχετικών διατάξεων.

Επιπλέον, αν το δικαίωμα εγκατάστασης ασκείται δια νομικού προσώπου, τις διατάξεις για ελεύθερη εγκατάσταση απολαμβάνει όχι μόνο το νομικό πρόσωπο, αλλά και το φυσικό πρόσωπο με κεφαλαιουχική συμμετοχή «που του παρέχει τη δυνατότητα να έχει αναμφισβήτητη επιρροή στις αποφάσεις της εταιρίας και να καθορίζει τις δραστηριότητές της»¹⁰⁶. Για λόγους προστασίας δημοσίου συμφέροντος, αλλά και για λόγους άσκησης εθνικής πολιτικής σε συγκεκριμένους τομείς, τα ΚΜ τείνουν να υποβάλλουν την άσκηση των μη μισθωτών δραστηριοτήτων σε καθεστώς αδειών, για τη χορήγηση των οποίων απαιτούν σειρά προϋποθέσεων, ως προς τη γνώση του αντικειμένου, αλλά και ως προς την οικονομική φερεγγυότητα κ.λπ. Σε πολλές περιπτώσεις δηλαδή, οι αρμόδιες εθνικές αρχές απαιτούν από τον αλλοδαπό πολίτη ή εταιρία που επιθυμεί να ασκήσει συγκεκριμένο επάγγελμα ή δραστηριότητα στην εθνική επικράτεια την απόδειξη ότι πληροί τις προϋποθέσεις γνώσεως του αντικειμένου, φερεγγυότητας κ.λπ., που προβλέπονται στην εθνική νομοθεσία. Σε διαφορετική περίπτωση, όχι απλώς δεν θα υπήρχαν ίσοι όροι ανταγωνισμού με τους ημεδαπούς και θα μπορούσαν να εξαπατηθούν οι καταναλωτές, αλλά υφίστανται και άλλοι κίνδυνοι ευρύτερων προβλημάτων για το κοινωνικό σύνολο, αφού η ενδεχόμενη ανεπάρκεια του αλλοδαπού επαγγελματία θα μπορούσε να συνεπάγεται κακό επίπεδο παροχής υπηρεσιών, κινδύνους για την υγεία κ.λπ. Επομένως, η άνευ προληπτικού ελέγχου εγκατάσταση σε μία χώρα αλλοδαπών ελευθέρων επαγγελματιών και επιχειρήσεων εγκυμονεί για τη χώρα αυτή περισσότερους κινδύνους απ' ό,τι η απλή απασχόληση αλλοδαπών με την ιδιότητα του μισθωτού και, συνεπώς, εύλογο είναι η απελευθέρωση της εγκατάστασης να συνοδεύεται από περισσότερες επιφυλάξεις και να εξαρτάται από περισσότερα συνοδευτικά μέτρα απ' ό,τι η απελευθέρωση της κυκλοφορίας μισθωτών¹⁰⁷. Τέλος, η έννοια της εγκατάστασης προϋποθέτει τον μόνιμο και διασυνωριακό χαρακτήρα της οικονομικής δραστηριότητας, δηλαδή ότι αυτός που ασκεί την μη μισθωτή οικονομική δραστηριότητα να εγκαθίσταται μόνιμα και κατά τρόπο σταθερό και συνεχή στο ΚΜ που ασκεί τις δραστηριότητες αυτές, αλλά και να πρόκειται για

¹⁰⁶ βλ. ΔΕυρΚ, 23-4-2000, Bars, σκ.22

¹⁰⁷ βλ. Χάρη Ν. Ταγαρά, ό.π., σελ.79επ.

δικαιούχο εγκατάστασης, ο οποίος να εγκαθίσταται σε ένα άλλο ΚΜ του οποίου δεν έχει την ιθαγένεια προκειμένου να ασκήσει μη μισθωτές δραστηριότητες¹⁰⁸.

Εκδοχή της ελευθερίας αυτής είναι το **δικαίωμα διέλευσης των συνόρων και διαμονής/εγκατάστασης σε άλλο ΚΜ**, το οποίο αφορά και τις επιχειρήσεις, η άσκηση όμως του δικαιώματος εξαρτάται από τις εθνικές διατάξεις περί συστάσεως και λειτουργίας των νομικών προσώπων. Το κοινοτικό δίκαιο εξασφαλίζει **δικαίωμα ολικής ή μερικής μεταφοράς δραστηριοτήτων μιας εταιρίας σε νέα εταιρία που συστήνεται σε άλλο ΚΜ**¹⁰⁹. Επίσης, σε αυτήν την ελευθερία εδράζεται το δικαίωμα καταχώρησης υποκαταστήματος εταιρίας συσταθείσας σύμφωνα με τη νομοθεσία άλλου ΚΜ, έστω και αν η εταιρία δεν ασκεί καμία δραστηριότητα στο κράτος της κύριας εγκατάστασης και με την ίδρυση υποκαταστήματος αποσκοπείται κατ' ουσίαν να παρασχεθεί η δυνατότητα στην εν λόγω εταιρία να ασκήσει τις δραστηριότητές της στο κράτος του υποκαταστήματος, αποφεύγοντας την εκεί σύσταση εταιρίας καταστρατηγώντας ουσιαστικά την εφαρμογή του εθνικού δικαίου του κράτους του υποκαταστήματος¹¹⁰.

Επίσης, στο σκληρό πυρήνα του δικαιώματος της εγκατάστασης βρίσκεται το **δικαίωμα της ανάληψης οικονομικής δραστηριότητας στο κράτος υποδοχής**, καθώς η άσκηση του δικαιώματος διέλευσης των συνόρων και διαμονής σε άλλο ΚΜ γίνεται στη μεγαλύτερη πλειονότητα των περιπτώσεων επί σκοπώ ασκήσεως οικονομικής δραστηριότητας.

β. Η ελεύθερη κυκλοφορία υπηρεσιών

Οι διατάξεις της συνθήκης για την παροχή υπηρεσιών αφορούν τις ίδιες *rationae materiae* δραστηριότητες, όπως και οι διατάξεις για την εγκατάσταση. Η διαφορά είναι ότι τα άρθρα 49ΣΕΚεπ.¹¹¹, αφορούν τις ως άνω

¹⁰⁸ βλ. Γ.Σπ. Καρύδη, ό.π., σελ.52επ.

¹⁰⁹ βλ. αποφ. Daily Mail, 27-9-1988, σκ.18

¹¹⁰ βλ. αποφ. Centros, 9-3-1999

¹¹¹ **βλ. αρθρ. 49-55: «Άρθρο 49:** Στο πλαίσιο των κατωτέρω διατάξεων, οι περιορισμοί της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών στο εσωτερικό της Κοινότητας απαγορεύονται όσον αφορά τους υπηκόους των κρατών μελών που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος της Κοινότητας άλλο από εκείνο του αποδέκτου της παροχής. Το Συμβούλιο, προτάσει της Επιτροπής, δύναται με ειδική πλειοψηφία να επεκτείνει το ευεργέτημα των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου και σε υπηκόους τρίτου κράτους που παρέχουν υπηρεσίες και είναι εγκατεστημένοι στο εσωτερικό της Κοινότητας.

Άρθρο 50: Κατά την έννοια της παρούσας συνθήκης, ως υπηρεσίες νοούνται οι παροχές που κατά κανόνα προσφέρονται αντί αμοιβής, εφόσον δεν διέπονται από τις διατάξεις τις σχετικές με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των κεφαλαίων και των προσώπων. Οι υπηρεσίες περιλαμβάνουν ιδίως: α) βιομηχανικές δραστηριότητες· β) εμπορικές δραστηριότητες· γ) βιοτεχνικές δραστηριότητες· δ) δραστηριότητες των ελευθέρων επαγγελματιών. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του κεφαλαίου που αφορά το δικαίωμα εγκαταστάσεως, εκείνος που παρέχει υπηρεσία δύναται για την εκτέλεση αυτής να ασκήσει προσωρινά τη δραστηριότητά του στο κράτος όπου παρέχεται η υπηρεσία με τους ίδιους όρους που το κράτος αυτό επιβάλλει στους δικούς του υπηκόους.

Άρθρο 51: 1. Η ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών στον τομέα των μεταφορών διέπεται από τις διατάξεις του τίτλου που αναφέρεται στις μεταφορές.

δραστηριότητες άμεσα, καθώς επιτάσσουν την απελευθέρωση των συναλλαγών, ανεξαρτήτως της εγκατάστασης του προσώπου που θα συμβληθεί κατόπιν, υπό την ιδιότητα του παρέχοντος υπηρεσίες, στις ως άνω συναλλαγές¹¹². Στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής εμπίπτει ο παρέχων υπηρεσία εφ' όσον πληροί την προϋπόθεση της ιθαγένειας και ο ίδιος, αλλά και ο αποδέκτης της υπηρεσίας να έχουν την κατοικία ή την εγκατάσταση σε χώρα ΚΜ της ΕΕ¹¹³.

γ. Η ελεύθερη κυκλοφορία κεφαλαίων και πληρωμών

Η βασική ρύθμιση των άρθρων αυτών περιέχεται στο άρθρο 56¹¹⁴, το οποίο αποτελεί και τον βασικό πυρήνα των διατάξεων για τα κεφάλαια και τις πληρωμές. Η πρώτη παράγραφος απαγορεύει τους περιορισμούς στις κινήσεις κεφαλαίων, δηλαδή τα διάφορα επιβαλλόμενα από το ΚΜ μέτρα «που είναι ικανά να αποθαρρύνουν τους κατοίκους του από το να συνάψουν δάνεια ή να προβούν σε επενδύσεις σε άλλα ΚΜ ή που εξαρτούν μια άμεση αλλοδαπή επένδυση από προηγούμενη έγκριση¹¹⁵», ενώ η δεύτερη παράγραφος θεσπίζει την ίδια απαγόρευση για πάσης φύσεως πληρωμές, αυτό μάλιστα και στον ενδοκοινοτικό χώρο, αλλά και στις σχέσεις με τρίτες χώρες. Τα δε υπόλοιπα άρθρα¹¹⁶, αναφέρονται στις δυνατότητες εξαιρέσεων από την καταρχήν

2. Η ελευθέρωση των τραπεζικών και ασφαλιστικών υπηρεσιών που συνδέονται με τις κινήσεις κεφαλαίων πρέπει να πραγματοποιηθεί σε αρμονία με την ελευθέρωση της κυκλοφορίας των κεφαλαίων.

Άρθρο 52: 1. Για την πραγματοποίηση της ελευθέρωσης συγκεκριμένης υπηρεσίας, το Συμβούλιο, προτάσει της Επιτροπής και κατόπιν διαβουλεύσεως με την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, εκδίδει οδηγίες, με ειδική πλειοψηφία.

2. Οι οδηγίες που προβλέπονται στην παράγραφο 1 αναφέρονται γενικώς κατά προτεραιότητα στις υπηρεσίες που επηρεάζουν κατά τρόπο άμεσο τα έσοδα παραγωγής ή των οποίων η ελευθέρωση συμβάλλει στη διευκόλυνση των εμπορικών συναλλαγών.

Άρθρο 53: Τα κράτη μέλη δηλώνουν ότι είναι διατεθειμένα να προβούν στην ελευθέρωση των υπηρεσιών πέραν του μέτρου που είναι υποχρεωτικό δυνάμει των οδηγιών που εκδίδονται κατ' εφαρμογή του άρθρου 52 παράγραφος 1, αν η γενική οικονομική τους κατάσταση και η κατάσταση του σχετικού τομέως τους το επιτρέπουν. Για το σκοπό αυτό, η Επιτροπή απευθύνει συστάσεις προς τα ενδιαφερόμενα κράτη μέλη.

Άρθρο 54: Καθ' όσον χρόνο οι περιορισμοί της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών δεν έχουν καταργηθεί, κάθε κράτος μέλος τους εφαρμόζει σε όλους όσους παρέχουν υπηρεσίες κατά την έννοια του άρθρου 49 πρώτο εδάφιο, χωρίς διακρίσεις ιθαγενείας ή διαμονής.

Άρθρο 55: Οι διατάξεις των άρθρων 45 μέχρι και 48 εφαρμόζονται επί των θεμάτων που διέπονται από το παρόν κεφάλαιο».

¹¹² βλ. Χάρη Ν. Ταγαρά, ό.π., σελ.141επ.

¹¹³ βλ. Γ. Σπ.Καρύδη, ό.π., σελ.65επ.

¹¹⁴ βλ. **αρθρ. 56 ΣΕΚ:** «**Άρθρο 56:** 1. Στα πλαίσια των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, απαγορεύεται οποιοσδήποτε περιορισμός των κινήσεων κεφαλαίων μεταξύ κρατών μελών και μεταξύ κρατών μελών και τρίτων χωρών.

2. Στα πλαίσια των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, απαγορεύονται όλοι οι περιορισμοί στις πληρωμές μεταξύ κρατών μελών και μεταξύ κρατών μελών και τρίτων χωρών.»

¹¹⁵ βλ. ΔΕΚ 26-9-2000 Επιτροπή κατά Βελγίου, σκ.18 και ΔΕΚ 14-7-1988 Lambert σκ.10 κ.λπ.

¹¹⁶ βλ. **αρθρ.57-60:** «**Άρθρο 57:** 1. Οι διατάξεις του άρθρου 56 δεν θίγουν την εφαρμογή, έναντι τρίτων χωρών, τυχόν περιορισμών που ισχύουν στις 31 Δεκεμβρίου 1993 δυνάμει του εθνικού ή του κοινοτικού δικαίου σχετικά με τις κινήσεις κεφαλαίων από ή προς τρίτες χώρες που αφορούν άμεσες επενδύσεις, στις οποίες περιλαμβάνονται οι επενδύσεις σε ακίνητα, εγκατάσταση, παροχή χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών ή εισδοχή τίτλων σε κεφαλαιαγορές. Όσον αφορά τους ισχύοντες περιορισμούς δυνάμει του εθνικού δικαίου στην Εσθονία και Ουγγαρία, η σχετική ημερομηνία είναι η 31η Δεκεμβρίου 1999

2. Στην προσπάθειά του να επιτύχει το στόχο της ελεύθερης κίνησης κεφαλαίων μεταξύ κρατών μελών και τρίτων χωρών, στο μεγαλύτερο δυνατό βαθμό και με την επιφύλαξη των άλλων κεφαλαίων της παρούσας συνθήκης, το Συμβούλιο μπορεί να λαμβάνει με ειδική πλειοψηφία, κατόπιν προτάσεως της Επιτροπής, μέτρα

απαγόρευση των περιορισμών που θεσπίζει το άρθρο 56. Επίσης, προβλέπεται στο άρθρο 56 η επέκταση προς τρίτες χώρες, η οποία όμως υπόκειται σε επιπλέον εξαιρέσεις και επιφυλάξεις, δηλαδή πέραν εκείνων που ισχύουν στο ενδοκοινοτικό χώρο. Προβλέπεται δε, ότι η θεσπιζόμενη στο άρθρο 56 ΣΕΚ απαγόρευση δεν θίγει τους εθνικού ή κοινοτικού δικαίου περιορισμούς που ίσχυαν μέχρι την 31-12-1993 έναντι τρίτων χωρών ως προς τις «**άμεσες επενδύσεις**», στις οποίες συμπεριλαμβάνονται οι επενδύσεις σε ακίνητα, εγκατάσταση, παροχή χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών ή εισδοχή τίτλων σε κεφαλαιαγορές¹¹⁷.

Η Οδηγία 88/361 του Συμβουλίου έχει καταστεί ανενεργός μετά την πρόβλεψη αυτών των διατάξεων στη Συνθήκη, όμως η Οδηγία αυτή τυγχάνει σημαντική διότι περιλαμβάνει μία λίστα που καθορίζει τις διάφορες κατηγορίες κίνησης κεφαλαίων, στην οποία περιλαμβάνονται ρητώς οι **άμεσες επενδύσεις**, δηλαδή αυτές που συνδέονται με τη δημιουργία ή επέκταση υποκαταστημάτων ή νέων επιχειρήσεων, τη χορήγηση μακροπρόθεσμων δανείων κ.λπ., αλλά επίσης περιλαμβάνονται οι επενδύσεις σε ακίνητα, οι πράξεις επί τίτλων, οι πράξεις σε τρεχούμενους λογαριασμούς και οι καταθέσεις

σχετικά με τις κινήσεις κεφαλαίων από ή προς τρίτες χώρες που αφορούν άμεσες επενδύσεις, στις οποίες περιλαμβάνονται οι επενδύσεις σε ακίνητα, εγκατάσταση, παροχή χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών ή εισδοχή τίτλων σε κεφαλαιαγορές. Για τη λήψη μέτρων δυνάμει της παρούσας παραγράφου απαιτείται ομοφωνία, εάν αυτά συνιστούν οπισθοδρόμηση του κοινοτικού δικαίου όσον αφορά την ελευθέρωση των κινήσεων κεφαλαίων από ή προς τρίτες χώρες.

Άρθρο 58: 1. Οι διατάξεις του άρθρου 56 δεν θίγουν το δικαίωμα των κρατών μελών: α) να εφαρμόζουν τις οικείες διατάξεις της φορολογικής τους νομοθεσίας οι οποίες διακρίνουν μεταξύ φορολογουμένων που δεν βρίσκονται στην ίδια κατάσταση όσον αφορά την κατοικία τους ή τον τόπο όπου είναι επενδεδυμένα τα κεφάλαιά τους· β) να λαμβάνουν όλα τα απαραίτητα μέτρα για την αποφυγή παραβάσεων των εθνικών νομοθετικών και κανονιστικών διατάξεων, ιδίως στον τομέα της φορολογίας ή της προληπτικής εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων, ή να προβλέπουν διαδικασίες δήλωσης των κινήσεων κεφαλαίων για λόγους διοικητικής ή στατιστικής ενημέρωσης, ή να λαμβάνουν μέτρα υπαγορευμένα από λόγους δημόσιας τάξης ή δημόσιας ασφάλειας.

2. Οι διατάξεις του παρόντος κεφαλαίου δεν θίγουν τη δυνατότητα εφαρμογής περιορισμών του δικαιώματος εγκατάστασης που συμβιβάζονται με την παρούσα συνθήκη.

3. Τα μέτρα και οι διαδικασίες που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2 δεν μπορούν να αποτελούν ούτε μέσο αυθαίρετων διακρίσεων ούτε συγκεκαλυμμένο περιορισμό της ελεύθερης κίνησης των κεφαλαίων και των πληρωμών όπως ορίζεται στο άρθρο 56.

Άρθρο 59: Εάν, λόγω εξαιρετικών περιστάσεων, οι κινήσεις κεφαλαίων προς ή από τρίτες χώρες προκαλούν ή απειλούν να προκαλέσουν σοβαρές δυσχέρειες στη λειτουργία της οικονομικής και νομισματικής ένωσης, το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με ειδική πλειοψηφία, προτάσει της Επιτροπής και μετά από διαβούλευση με την ΕΚΤ, μπορεί να λαμβάνει έναντι τρίτων χωρών μέτρα διασφάλισης για χρονικό διάστημα που δεν υπερβαίνει τους έξι μήνες, εφόσον τα μέτρα αυτά είναι απολύτως αναγκαία.

Άρθρο 60: 1. Εάν, στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 301, κρίνεται αναγκαία κοινοτική δράση, το Συμβούλιο δύναται, σύμφωνα με την προβλεπόμενη στο άρθρο 301 διαδικασία, να λαμβάνει τα αναγκαία επείγοντα μέτρα σχετικά με τις κινήσεις κεφαλαίων και τις πληρωμές έναντι των οικείων τρίτων χωρών.

2. Με την επιφύλαξη του άρθρου 297 και εφόσον το Συμβούλιο δεν έχει λάβει μέτρα σύμφωνα με την παράγραφο 1, ένα κράτος μέλος μπορεί, για σοβαρούς πολιτικούς λόγους και για λόγους επείγουσας ανάγκης, να λαμβάνει μονομερώς μέτρα έναντι τρίτης χώρας, σχετικά με την κίνηση κεφαλαίων και τις πληρωμές. Η Επιτροπή και τα άλλα κράτη μέλη ενημερώνονται για τα μέτρα αυτά το αργότερο μέχρι και την ημερομηνία κατά την οποία αυτά αρχίζουν να ισχύουν. Το Συμβούλιο, προτάσει της Επιτροπής, μπορεί να αποφασίσει με ειδική πλειοψηφία ότι το εν λόγω κράτος μέλος πρέπει να τροποποιήσει ή να καταργήσει τα μέτρα αυτά. Ο πρόεδρος του Συμβουλίου ενημερώνει το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο για κάθε σχετική απόφαση που λαμβάνει το Συμβούλιο.

¹¹⁷ βλ. Χάρη Ν. Ταγαρά, ό.π., σελ. 177επ.

σε χρηματοπιστωτικά ιδρύματα, η κίνηση κεφαλαίων σε σχέση με ασφαλιστήρια συμβόλαια και οι κινήσεις κεφαλαίων προσωπικού χαρακτήρα¹¹⁸.

(ii) Οι διατάξεις που αφορούν έμμεσα τις επενδύσεις

Έμμεσα με τις επενδύσεις συνδέεται και η ελευθερία κυκλοφορίας εμπορευμάτων στο εσωτερικό της ενιαίας ευρωπαϊκής αγοράς¹¹⁹, δεδομένου ότι αυτή συνδέεται με τις παραγωγικές επενδύσεις και συγκεκριμένα με την εμπορική λειτουργία μιας επένδυσης που θα υλοποιηθεί σε ένα ΚΜ από έναν επενδυτή προερχόμενο από άλλο ΚΜ της ΕΕ. Η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων ενθαρρύνει την κινητικότητα των ΑΞΕ εντός της ΕΕ, αφού οπουδήποτε και εάν εγκατασταθεί μία παραγωγική επένδυση, η κυκλοφορία των παραγόμενων προϊόντων της εντός ΕΕ θα γίνεται χωρίς κανένα περιορισμό ή φραγμό. Οι συνιστώσες της ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων είναι δύο¹²⁰, αφ' ενός η τελωνειακή ένωση, η οποία εξακολουθεί να ανάγεται σε θεμέλιο της Κοινότητας και περιλαμβάνει την απαγόρευση των εισαγωγικών και εξαγωγικών δασμών και των φορολογικών επιβαρύνσεων ισοδυνάμου αποτελέσματος, καθώς και την υιοθέτηση κοινού εξωτερικού δασμολογίου^{121 122}, αφετέρου η απαγόρευση των ποσοτικών περιορισμών και των άλλων μέτρων ισοδυνάμου αποτελέσματος¹²³¹²⁴.

¹¹⁸ βλ. Γ. Σπ. Καρύδη, ό.π., σελ.73επ.

¹¹⁹ βλ. **αρθρ.23 ΣΕΚ**: «1. Η Κοινότητα βασίζεται επί τελωνειακής ενώσεως που εκτείνεται στο σύνολο των εμπορευματικών συναλλαγών και περιλαμβάνει την απαγόρευση των εισαγωγικών και εξαγωγικών δασμών και όλων των φορολογικών επιβαρύνσεων ισοδυνάμου αποτελέσματος μεταξύ των κρατών μελών, καθώς και την υιοθέτηση κοινού δασμολογίου στις σχέσεις τους με τις τρίτες χώρες.

2. Οι διατάξεις του άρθρου 25 και του κεφαλαίου 2 του παρόντος τίτλου εφαρμόζονται στα προϊόντα καταγωγής κρατών μελών, καθώς και στα προϊόντα προελεύσεως τρίτων χωρών που ευρίσκονται σε ελεύθερη κυκλοφορία εντός των κρατών μελών.»

¹²⁰ βλ. Χάρη Ν. Ταγαρά, ό.π., σελ.35επ.

¹²¹ βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ.458επ.

¹²² βλ. **αρθρ. 25-27 ΣΕΚ**: «**Άρθρο 25**: Οι εισαγωγικοί και εξαγωγικοί δασμοί ή φορολογικές επιβαρύνσεις ισοδυνάμου αποτελέσματος απαγορεύονται μεταξύ των κρατών μελών. Η απαγόρευση αυτή ισχύει και για τους δασμούς ταμειευτικού χαρακτήρα.

Άρθρο 26: Οι δασμοί του κοινού δασμολογίου καθορίζονται από το Συμβούλιο με ειδική πλειοψηφία μετά από πρόταση της Επιτροπής.

Άρθρο 27: Για την εκτέλεση του έργου που της ανατίθεται στο παρόν κεφάλαιο, η Επιτροπή καθοδηγείται: α) από την ανάγκη προαγωγής των εμπορικών συναλλαγών μεταξύ των κρατών μελών και των τρίτων χωρών· β) από την εξέλιξη των όρων ανταγωνισμού στο εσωτερικό της Κοινότητας, κατά το μέτρο που η εξέλιξη αυτή θα έχει ως αποτέλεσμα την αύξηση της ανταγωνιστικής ικανότητας των επιχειρήσεων· γ) από τις ανάγκες εφοδιασμού της Κοινότητας σε πρώτες ύλες και ημικατεργασμένα προϊόντα, μεριμνώντας συγχρόνως να μην νοθεύονται μεταξύ των κρατών μελών οι όροι ανταγωνισμού ως προς τα τελικά προϊόντα· δ) από την ανάγκη να αποφεύγονται σοβαρές διαταραχές της οικονομικής ζωής των κρατών μελών και να εξασφαλίζεται ορθολογική ανάπτυξη της παραγωγής και επέκταση της καταναλώσεως εντός της Κοινότητας.»

¹²³ βλ. **αρθρ. 28-30 ΣΕΚ**: «**Άρθρο 28**: Οι ποσοτικοί περιορισμοί επί των εισαγωγών, καθώς και όλα τα μέτρα ισοδυνάμου αποτελέσματος, απαγορεύονται μεταξύ των κρατών μελών.

Άρθρο 29: Οι ποσοτικοί περιορισμοί επί των εξαγωγών καθώς και όλα τα μέτρα ισοδυνάμου αποτελέσματος απαγορεύονται μεταξύ των κρατών μελών.

Άρθρο 30: Οι διατάξεις των άρθρων 28 και 29 δεν αντιτίθενται στις απαγορεύσεις ή στους περιορισμούς εισαγωγών, εξαγωγών ή διαμετακομίσεων που δικαιολογούνται από λόγους δημοσίας ηθικής, δημοσίας τάξεως, δημοσίας ασφαλείας, προστασίας της υγείας και της ζωής των ανθρώπων και των ζώων ή προφυλάξεως των φυτών, προστασίας των εθνικών θησαυρών που έχουν καλλιτεχνική, ιστορική ή αρχαιολογική αξία, ή

Επίσης, στις Συνθήκες, ρυθμίζεται το ζήτημα των ΑΞΕ που υλοποιούνται είτε εντός της ΕΕ από επενδυτές προερχόμενους από τρίτα κράτη, είτε σε τρίτα κράτη από Ευρωπαίους επενδυτές. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, αν και έχει την εξουσία να διαπραγματεύεται με τρίτα κράτη και διεθνείς οργανισμούς, τη σύναψη διεθνών συνθηκών σε θέματα διεθνούς εμπορίου¹²⁵ (αρθρ. 133παρ.3 ΣΕΚ), περιλαμβανομένων των υπηρεσιών και των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας (αρθρ.133παρ.5 ΣΕΚ), δεν έχει αρμοδιότητα να διαπραγματεύεται επενδυτικές συμφωνίες. Η αρμοδιότητα αυτή ανήκει στο κάθε κράτος μέλος της Ένωσης, ξεχωριστά, με αποτέλεσμα όλα τα κράτη της Ε.Ε. να έχουν συνάψει μέχρι σήμερα και να εξακολουθούν να συνάπτουν

προστασίας της βιομηχανικής και εμπορικής ιδιοκτησίας. Οι απαγορεύσεις ή οι περιορισμοί αυτοί δεν δύνανται πάντως να αποτελούν ούτε μέσο αυθαιρέτων διακρίσεων ούτε συγκεκριμένο περιορισμό στο εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών.»

¹²⁴ βλ. Γ.Σπ.Καρύδη, ό.π., σελ.25επ.

¹²⁵ βλ. **αρθρ. 133ΣΕΚ:** « 1. Η κοινή εμπορική πολιτική διαμορφώνεται βάσει ενιαίων αρχών, ιδίως όσον αφορά τις μεταβολές δασμολογικών συντελεστών, τη σύναψη δασμολογικών και εμπορικών συμφωνιών, την ενοποίηση των μέτρων ελευθερώσεως, την πολιτική εξαγωγών και τα μέτρα εμπορικής άμυνας, συμπεριλαμβανομένων όσων λαμβάνονται σε περιπτώσεις ντάμπινγκ και επιδοτήσεων.

2. Η Επιτροπή υποβάλλει στο Συμβούλιο προτάσεις για τη θέση σε εφαρμογή της κοινής εμπορικής πολιτικής.

3. Εάν πρέπει να διεξαχθούν διαπραγματεύσεις συμφωνιών με ένα ή περισσότερα κράτη ή με διεθνείς οργανισμούς, η Επιτροπή υποβάλλει συστάσεις στο Συμβούλιο, το οποίο την εξουσιοδοτεί να αρχίσει τις αναγκαίες διαπραγματεύσεις. Εμπίπτει στο Συμβούλιο και την Επιτροπή να μεριμνούν ώστε οι υπό διαπραγμάτευση συμφωνίες να συνάδουν προς τις εσωτερικές πολιτικές και κανόνες της Κοινότητας. Οι διαπραγματεύσεις αυτές διεξάγονται από την Επιτροπή σε συνεννόηση με ειδική επιτροπή που ορίζεται από το Συμβούλιο για να επικουρεί την Επιτροπή στο έργο αυτό και στο πλαίσιο των οδηγιών που μπορεί να της απευθύνει το Συμβούλιο. Η Επιτροπή υποβάλλει τακτικά έκθεση στην ειδική επιτροπή για την πρόοδο των διαπραγματεύσεων. Εφαρμόζονται οι οικείες διατάξεις του άρθρου 300.

4. Το Συμβούλιο, κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων που του παρέχονται από το παρόν άρθρο, αποφασίζει με ειδική πλειοψηφία.

5. Οι παράγραφοι 1 έως 4 εφαρμόζονται επίσης στη διαπραγμάτευση και τη σύναψη συμφωνιών στους τομείς του εμπορίου υπηρεσιών και των εμπορικών πτυχών της διανοητικής ιδιοκτησίας, κατά το μέτρο που οι συμφωνίες αυτές δεν προβλέπονται από τις παραγράφους αυτές, και με την επιφύλαξη της παραγράφου

6. Κατά παρέκκλιση από την παράγραφο 4, το Συμβούλιο αποφασίζει ομόφωνα για τη διαπραγμάτευση και τη σύναψη συμφωνίας σ' έναν από τους τομείς που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο, όταν η συμφωνία αυτή περιλαμβάνει διατάξεις για τις οποίες απαιτείται ομοφωνία για τη θέσπιση εσωτερικών κανόνων ή όταν η συμφωνία αφορά τομέα στον οποίο η Κοινότητα, κατά τη θέσπιση εσωτερικών κανόνων, δεν έχει ακόμα ασκήσει τις αρμοδιότητές της δυνάμει της παρούσας συνθήκης. Το Συμβούλιο αποφασίζει ομόφωνα για τη διαπραγμάτευση και τη σύναψη συμφωνίας οριζοντίου φύσεως, κατά το μέτρο που αυτή αφορά επίσης το προηγούμενο εδάφιο ή την παράγραφο 6 δεύτερο εδάφιο. Η παρούσα παράγραφος δεν θίγει το δικαίωμα των κρατών μελών να διατηρούν και να συνάπτουν συμφωνίες με τρίτες χώρες ή με διεθνείς οργανισμούς, στο βαθμό που οι εν λόγω συμφωνίες τηρούν το κοινοτικό δίκαιο και τις άλλες συναφείς διεθνείς συμφωνίες.

6. Το Συμβούλιο δεν δύναται να συνάπτει συμφωνία εάν αυτή περιλαμβάνει διατάξεις οι οποίες υπερβαίνουν τις εσωτερικές αρμοδιότητες της Κοινότητας, ιδίως εάν αυτή συνεπάγεται εναρμόνιση των νομοθετικών ή κανονιστικών διατάξεων των κρατών μελών σε τομέα στον οποίον η παρούσα συνθήκη αποκλείει μια τέτοια εναρμόνιση. Σ' αυτά τα πλαίσια, κατά παρέκκλιση της παραγράφου 5 πρώτο εδάφιο, οι συμφωνίες στον τομέα του εμπορίου των υπηρεσιών του πολιτιστικού και οπτικοακουστικού τομέα, των εκπαιδευτικών υπηρεσιών καθώς και των κοινωνικών υπηρεσιών και των υπηρεσιών στον τομέα της ανθρώπινης υγείας, εμπίπτουν στην κοινή αρμοδιότητα της Κοινότητας και των κρατών μελών της. Ως εκ τούτου, η διαπραγμάτευση αυτών των συμφωνιών απαιτεί, πλην της λήψεως κοινοτικής αποφάσεως σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις του άρθρου 300, την κοινή συμφωνία των κρατών μελών. Οι συμφωνίες οι οποίες αποτέλεσαν το αντικείμενο διαπραγμάτευσης κατ' αυτόν τον τρόπο συνάπτονται από κοινού από την Κοινότητα και τα κράτη μέλη. Η διαπραγμάτευση και η σύναψη διεθνών συμφωνιών στον τομέα των μεταφορών εξακολουθούν να υπόκεινται στις διατάξεις του τίτλου V και του άρθρου 300.

7. Υπό την επιφύλαξη της παραγράφου 6 πρώτο εδάφιο, το Συμβούλιο, αποφασίζοντας ομόφωνα, προτάσει της Επιτροπής και μετά από διαβούλευση με το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, δύναται να επεκτείνει την εφαρμογή των παραγράφων 1 έως 4 στις διεθνείς διαπραγματεύσεις και συμφωνίες που αφορούν τη διανοητική ιδιοκτησία, κατά το μέτρο που αυτές δεν διέπονται από την παράγραφο 5.»

ως κράτη εξαγωγής κεφαλαίων, διμερείς συμβάσεις προώθησης και προστασίας των επενδύσεων με χώρες εισαγωγής επενδυτικών κεφαλαίων¹²⁶.

¹²⁶ βλ. Anca Radu, “Foreign Investments in the EU –Which ‘Best Treatment’?, Interactions between BITs and EU Law”, *European Law Journal*, 2008, σελ.237

(δ) Η εξέταση της συμβατότητας υπό το πρίσμα του κοινοτικού δικαίου
- Η νομολογία του ΔΕΚ σχετικά με τις BITs¹²⁷ που συνήφθησαν από ΚΜ της ΕΕ με τρίτες χώρες πριν την προσχώρησή τους στην ΕΕ

αα. Η θέση της Επιτροπής

(i) Η δήλωση της Επιτροπής την 13-1-2006 (soft law προσέγγιση)¹²⁸

Ήδη κατά τη διάρκεια της προσχώρησης των νέων ΚΜ το 2004, η Επιτροπή έθεσε το ζήτημα σχετικά με τις BITs που είχαν συναφθεί μεταξύ των ΚΜ της ΕΕ και αυτών των χωρών¹²⁹. Αλλά το 2006, η θέση της Επιτροπής έγινε πιο ξεκάθαρη και συγκεκριμένη. Σε μία δήλωση του Schaub (EC Internal Market and Services) προς το Τσέχικο Υπουργείο Οικονομικών, οι Υπηρεσίες της Επιτροπής ανέφεραν τα εξής: «Το ευρωπαϊκό δίκαιο υπερισχύει σε όλη την Κοινότητα από την προσχώρηση...» ... «οι BITs δε μπορούν να εφαρμοστούν σε ζητήματα που ανήκουν στην αρμοδιότητα της Κοινότητας».. «Η Επιτροπή συνεπώς έχει την άποψη ότι οι ενδο-ενωσιακές BITs πρέπει να τερματιστούν όσο τα ζητήματα που ανακύπτουν από το περιεχόμενό τους ανήκουν στην αρμοδιότητα της Κοινότητας»¹³⁰.

(ii) Το σημείωμα της Επιτροπής την 13-1-2006 σχετικά με την ελεύθερη κίνηση κεφαλαίου (soft law προσέγγιση)¹³¹

Την ίδια θέση επανέλαβε σε ένα σημείωμα που εστάλη στο Συμβούλιο Οικονομικών και Χρηματοοικονομικών (ECOFIN) τον Νοέμβριο του 2006, στο οποίο η Επιτροπή ανέφερε: «δεν υφίσταται ανάγκη για συμφωνίες αυτού του είδους στην ενιαία αγορά και η νομική τους φύση μετά την προσχώρηση των χωρών στην ΕΕ δεν είναι απολύτως ξεκάθαρη»¹³². Μέχρι τότε, η Επιτροπή είχε επανειλημμένως δηλώσει ότι οι BITs μεταξύ ΚΜ της ΕΕ έρχονται σε σύγκρουση με το ευρωπαϊκό δίκαιο, είναι ασύμβατες με την ευρωπαϊκή ενιαία αγορά και επομένως, θα πρέπει να αποσυρθούν σταδιακά.

(iii) Τα επιχειρήματα της Επιτροπής ως διαδίκου ενώπιον του ΔΕΚ και ως amicus curiae ενώπιον των διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων

¹²⁷ βλ. ιστότοπο: http://ec.europa.eu/internal_market/capital/framework/court/index_en.htm#bits

¹²⁸ βλ. αποφ. Eastern Sugar v. Czech Republic, Partial Award, SCC No 088/2004

¹²⁹ βλ. Cecilia Olivet, ό.π., pg.5

¹³⁰ βλ. υποθ. Eastern Sugar B.V. vs The Czech Republic (UNCITRAL ad hoc arbitration in Paris SCC No.088/2004), Partial Award, 27-3-2007

¹³¹ βλ. αποφ. Eastern Sugar v. Czech Republic, Partial Award, SCC No 088/2004

¹³² βλ. ό.π.

α. Επί της παραβίασης της αρχής της μη διάκρισης

Η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι οι ενδο-ενωσιακές BITs δημιουργούν διακρίσεις μεταξύ των επενδυτών που προέρχονται από διαφορετικά ΚΜ της ΕΕ επειδή χορηγούν σε μερικούς και όχι σε άλλους το δικαίωμα να προσφύγουν σε βάρος ΚΜ ενώπιον Διεθνών Δικαστηρίων.

β. Επί της ρήτρας περί διαιτησίας

Επιπλέον, η Επιτροπή έχει την πεποίθηση ότι η διαιτησία επενδυτή-κράτους είναι δεσμευτική και δεν υπόκειται στην εποπτεία του ΔΕΚ. Η Επιτροπή αντιλαμβάνεται ότι το ΔΕΚ είναι το forum εκείνο που επιλύει τα ζητήματα που ανακύπτουν μεταξύ των ΚΜ της ΕΕ και αφορούν την εφαρμογή και ερμηνεία του ευρωπαϊκού δικαίου.

Η θέση της Επιτροπής σε αυτό το ζήτημα εκφράστηκε και πάλι το 2008, όταν παραστάθηκε ως *amicus curiae* στις υποθέσεις AES vs Ουγγαρίας ενώπιον του ICSID και το 2010 παραστάθηκε επίσης, με γραπτές παρατηρήσεις στην υπόθεση Achmea (Eureko) vs Σλοβακίας, όπου υποστήριξε ότι «οι ενδο-ενωσιακές BITs οδηγούν σε ανωμαλία στην εσωτερική ενιαία αγορά της ΕΕ [...] θα πρέπει να παύσουν να ισχύουν».

γ. Επί του ασυμβίβαστου του περιεχομένου των BITs σε σχέση με το κοινοτικό δίκαιο

Η Επιτροπή¹³³ θεωρεί ότι η απουσία από τις επίδικες συμφωνίες οποιασδήποτε διατάξεως επιφυλάσσουσας ρητώς υπέρ της Δημοκρατίας της Αυστρίας τη δυνατότητα να εφαρμόζει τα μέτρα που θα μπορούσε ενδεχομένως να αποφασίσει το Συμβούλιο βάσει των άρθρων 57 ΕΚ, 59 ΕΚ και 60 ΕΚ ενδέχεται να καταστήσει δυσχερή, αν όχι αδύνατη, την εκ μέρους του εν λόγω κράτους μέλους τήρηση των κοινοτικών υποχρεώσεων του και ότι, μη έχοντας λάβει τα πρόσφορα μέτρα προς άρση παρόμοιου ασυμβίβαστου, αυτό το κράτος μέλος παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 307, δεύτερο εδάφιο, ΕΚ.

Η Επιτροπή τόνισε ότι υφίσταται υποχρέωση τροποποίησης διμερών συμβάσεων για τον λόγο ότι ενδέχεται να προκύψει στο μέλλον ότι δεν συμβιβάζονται με τη νομοθεσία την οποία η Κοινότητα έχει αρμοδιότητα να θεσπίσει.

Επίσης ότι τα άρθρα 57§2, 59 και 60§1 ΣΕΚ, έχουν τόσο ειδικό περιεχόμενο ώστε οι υποχρεώσεις των κρατών μελών να είναι ιδιαίτερα περιορισμένες, σε

¹³³ βλ. Cecilia Olivet, ό.π., pg.10

αντίθεση με άλλους τομείς συντρέχουσας αρμοδιότητας. Επομένως, η Επιτροπή αναγνωρίζει προφανώς ότι η αρμοδιότητα θα καθίστατο αποκλειστική αλλά σε μικρή κλίμακα, αφού το αντικείμενο είναι περιορισμένο.

Σε περίπτωση δε, θεσπίσεως εκ μέρους του Συμβουλίου περιορισμών στις κινήσεις κεφαλαίων και πληρωμών, η αναγκαία προθεσμία για την καταγγελία ή την αναδιαπραγμάτευση των επίδικων συμφωνιών θα είχε ως συνέπεια τη δύναμη του διεθνούς δικαίου δέσμευση της Δημοκρατίας της Αυστρίας να εξακολουθήσει να εφαρμόζει στο μεσοδιάστημα τις εν λόγω συμφωνίες, συμπεριλαμβανομένης της ρήτρας τους περί μεταφοράς, σύμφωνα με όσα άλλωστε προβλέπει το άρθρο 307, πρώτο εδάφιο, ΕΚ. Εξ αυτού θα προέκυπτε μη ομοιόμορφη εφαρμογή εντός της Ευρωπαϊκής Κοινότητας των θεσπισθέντων από το Συμβούλιο μέτρων¹³⁴.

Θεωρεί ότι η απουσία από τις επίδικες συμφωνίες οποιασδήποτε διατάξεως επιφυλάσσουσας ρητώς υπέρ του Βασιλείου της Σουηδίας τη δυνατότητα να εφαρμόζει τα μέτρα που θα μπορούσε ενδεχομένως να αποφασίσει το Συμβούλιο βάσει των άρθρων 57 ΕΚ, 59 ΕΚ και 60 ΕΚ ενδέχεται να καταστήσει δυσχερή, αν όχι αδύνατη, την εκ μέρους του εν λόγω κράτους μέλους τήρηση των κοινοτικών υποχρεώσεων του και ότι, μη έχοντας λάβει τα πρόσφορα μέτρα προς άρση παρόμοιου ασυμβιβάστου, αυτό το κράτος μέλος παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 307, δεύτερο εδάφιο, ΕΚ.

Η Επιτροπή ισχυρίστηκε επίσης ότι, σε περίπτωση θεσπίσεως εκ μέρους του Συμβουλίου περιορισμών στις κινήσεις κεφαλαίων και πληρωμών, η αναγκαία προθεσμία για την καταγγελία ή την αναδιαπραγμάτευση των επίδικων συμφωνιών θα είχε ως συνέπεια τη δύναμη του διεθνούς δικαίου δέσμευση του Βασιλείου της Σουηδίας να εξακολουθήσει να εφαρμόζει στο μεσοδιάστημα τις εν λόγω συμφωνίες, συμπεριλαμβανομένης της ρήτρας τους περί μεταφοράς, σύμφωνα με όσα άλλωστε προβλέπει το άρθρο 307, πρώτο εδάφιο, ΕΚ. Εξ αυτού θα προέκυπτε μη ομοιόμορφη εφαρμογή εντός της Ευρωπαϊκής Κοινότητας των θεσπισθέντων από το Συμβούλιο μέτρων¹³⁵.

ββ. Η θέση των Κρατών Μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης

(i) Η θέση των ΚΜ της Δυτικής Ευρώπης, κυρίως η θέση της Ολλανδικής Κυβέρνησης, ιδίως ως Επί της ρήτρας μεταφοράς και επί του

¹³⁴ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Αυστρίας, C-205/06, 3-3-2009, σκ.16-23

¹³⁵ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Σουηδίας, C-249/06, 3-3-2009, σκ.15-16

ασυμβίβαστου του περιεχομένου των BITs σε σχέση με το κοινοτικό δίκαιο και της εγκυρότητας ή μη των BITs

Γενικά, τις θέσεις και τα επιχειρήματα των ΚΜ της Δυτικής Ευρώπης αντλούμε από τις αποφάσεις του ΔΕΚ, το οποίο έκρινε προσφυγές της Επιτροπής κατά της Αυστρίας (case C-205/06)¹³⁶, της Σουηδίας (case C-249/06)¹³⁷ και της Φινλανδίας (case C-118/07)¹³⁸, από τις οποίες προκύπτει σαφέστατα η θέση των κυβερνήσεων των ΚΜ της Δυτικής Ευρώπης που απορρίπτει την πρόταση της Επιτροπής για σταδιακή απόσυρση των ενδο-ενωσιακών BITs. Η θέση των περισσότερων ΚΜ έγινε σαφής το έτος 2008 σε μία ετήσια αναφορά της Επιτροπής Οικονομικών και Χρηματοοικονομικών (EFC) για το Συμβούλιο της ΕΕ, η οποία ανέφερε τα εξής: «Τα περισσότερα ΚΜ δεν αποδέχονται την άποψη της Επιτροπής σχετικά με το ρίσκο του θεσμού της διαιτησίας και την άνιση μεταχείριση των επενδυτών και μία σαφής πλειοψηφία των ΚΜ προτιμά να συνεχίσει να έχει σε ισχύ τις ήδη υφιστάμενες συμφωνίες»¹³⁹.

Η Αυστρία και η Σουηδία υποστήριξαν ενώπιον του ΔΕΚ, χωρίς να διαψευστούν από την Επιτροπή, ότι οι ρήτρες μεταφοράς των συμφωνιών που έχουν συνάψει είναι τυποποιημένες και μάλιστα ιδιαίτερα σημαντικές για τις συμφωνίες αυτού του είδους¹⁴⁰. Η Σουηδία επίσης υποστήριξε, δεν είναι απαραίτητο να αναζητείται το ακριβές νόημα μιας συμφωνίας με αναφορά στις συγκεκριμένες περιστάσεις που την διέπουν.

Η Αυστρία υποστήριξε ότι ορισμένα στοιχεία που περιέχονται στην επίμαχη ρήτρα θα επέτρεπαν να αποφευχθεί η ασυμβατότητα, ενώ η Σουηδία προέβαλε το αυτό επιχειρήμα σε σχέση με άλλες ρήτρες των συμφωνιών της.

Η Ολλανδική Κυβέρνηση, μαζί με τη Βελγική, τη Γερμανική και το Ηνωμένο Βασίλειο, ήταν αυτή με τον μεγαλύτερο αντίλογο προς την πρόταση της Επιτροπής. Η Ολλανδία παρουσίασε μια σειρά από επιχειρήματα ώστε να υποστηρίξει την εγκυρότητα των BIT μεταξύ της Ολλανδίας και άλλων ΚΜ της ΕΕ. Για παράδειγμα, το 2010, κατά τη διάρκεια της υπόθεσης Achmea (Eureko) vs Σλοβακίας, το Ολλανδικό Υπουργείο των Οικονομικών Υποθέσεων παρουσίασε γραπτές παρατηρήσεις υπερασπιζόμενο την εγκυρότητα της BIT μεταξύ Ολλανδίας και Σλοβακίας. Η Κυβέρνηση ισχυρίστηκε ότι η Σλοβακία μπορεί να θέσει σε παύση την συμφωνία μονομερώς, αλλά ο όρος περί προστασίας των επενδυτών, όπως προβλέπεται στη συμφωνία, να συνεχίσει να

¹³⁶ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας, C- 205/06, 3-3-2009

¹³⁷ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Σουηδίας, C-249/06, 3-3-2009

¹³⁸ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή-Φινλανδίας, C-118/07, 19-9-2009

¹³⁹ βλ. Economic and Financial Committee (2008) Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, 4-12-2012

¹⁴⁰ βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή- Σουηδίας C-249/06, σκ.60

ισχύει για 15 ακόμη χρόνια, ο οποίος γι' αυτόν τον λόγο καλείται «ρήτρα διάσωσης».

Όταν η Ολλανδική Κυβέρνηση υπερασπίστηκε αυτό το τεράστιο δίκτυο BITs (μάλιστα 89 Ολλανδικές από αυτές παρέμεναν σε ισχύ), δεν προστάτευσε μόνο τις δικιές της εταιρίες, οι οποίες δραστηριοποιούνταν στο εξωτερικό, αλλά και περίπου 20.000 εταιρίες, οι οποίες επωφελούνταν από τις Ολλανδικές BITs. Τέτοιες είναι οι εταιρίες, οι οποίες εγκαταστάθηκαν (είχαν έδρα) στην Ολλανδία, αλλά οι εργαζόμενοί τους δεν ελάμβαναν μισθοδοσία εκεί, ούτε υπήρχε πραγματική δραστηριότητα.

Είναι γνωστό ότι πολλές διεθνικές εταιρίες διάλεξαν την Ολλανδική δικαιοδοσία ως βάση για το διεθνές τους εμπόριο και τις επενδυτικές τους επιχειρήσεις, λόγω του ευνοϊκού της φορολογικού καθεστώτος που διευκόλυνε στρατηγικές φορο-αποφυγής.

Επιπλέον, λίγα ΚΜ της ΕΕ συμφώνησαν να ακολουθήσουν τη σύσταση της Επιτροπής και τερμάτισαν μερικές ενδο-ενωσιακές BITs. Επειδή, οι BITs έπαυσαν να ισχύουν με τη βούληση και των δύο μερών, η προστασία των επενδυτών δεν επέζησε και μετά τη λήξη της συμφωνίας, όπως συνέβαινε στις περιπτώσεις μονομερούς λύσης.

Η Δημοκρατία της Αυστρίας θεωρεί ότι, ελλείψει περιορισμών στις κινήσεις κεφαλαίων και πληρωμών εκ μέρους του Συμβουλίου, η ίδια είναι ελεύθερη να ρυθμίζει την κυκλοφορία των κεφαλαίων με τις τρίτες χώρες βάσει του άρθρου 56 ΕΚ. Υποστηρίζει ότι, ενόσω ουδείς περιορισμός έχει αποτελέσει αντικείμενο αποφάσεως του Συμβουλίου, δεν τίθεται το ζήτημα της συμβατότητας των επίδικων συμβάσεων με διάταξη της Συνθήκης η οποία δεν έτυχε καμίας εφαρμογής.

Η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, η Δημοκρατία της Λιθουανίας, η Δημοκρατία της Ουγγαρίας και η Δημοκρατία της Φινλανδίας τάσσονται με τα επιχειρήματα της Δημοκρατίας της Αυστρίας και θεωρούν ότι οι επίδικες επενδυτικές συμφωνίες δεν είναι ασυμβίβαστες προς τα υφιστάμενα σε θέματα ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων κοινοτικά μέτρα διότι αυτά ουδεμία έχουν επίπτωση επί των πρώτων. Σύμφωνα με τα ανωτέρω κράτη μέλη, η προβαλλόμενη από την Επιτροπή παράβαση είναι αμιγώς υποθετικής φύσεως.

Τα ανωτέρω κράτη μέλη ισχυρίζονται ότι η προβλεπόμενη στο άρθρο 226 ΕΚ διαδικασία παραβάσεως δεν έχει ως στόχο τον έλεγχο των καταστάσεων εκείνων όπου η φερόμενη παράβαση είναι υποθετική, αλλά τη θεραπεία όντως διαπραχθεισών από τα κράτη μέλη παραβάσεων.

Η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας και η Δημοκρατία της Ουγγαρίας υπογραμμίζουν ότι μέλλουσα και πιθανολογούμενη ασυμβατότητα προς το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο μιας συμβάσεως με τρίτη χώρα δεν εμπίπτει στο

πεδίο εφαρμογής του άρθρου 307 ΕΚ, οπότε θα μπορούσε ενδεχομένως να διαπιστωθεί μόνον αν το Συμβούλιο έκανε όντως χρήση της αρμοδιότητάς του στον αφορώντα το εν λόγω άρθρο τομέα.

Η Δημοκρατία της Φινλανδίας διευκρινίζει ότι η Επιτροπή δεν καταδεικνύει την ύπαρξη της φερόμενης παραβάσεως και δεν διαθέτει την ευχέρεια, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, να στηρίζεται σε εικασίες.

Η Δημοκρατία της Λιθουανίας προσθέτει ότι το άρθρο 307, δεύτερο εδάφιο, ΕΚ δεν έχει ως στόχο να διασφαλίζει την τυπική συμφωνία των διατάξεων των διεθνών συμφωνιών που συνάπτουν τα κράτη μέλη προς το κοινοτικό δίκαιο, αλλά να μεριμνά για την εφαρμογή των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου αποτελεσματικώς, ιδίως όταν τα κράτη μέλη έχουν συνάψει, πριν από την ημερομηνία προσχωρήσεώς τους, με τρίτα κράτη διεθνείς συμβάσεις επί των ιδίων ζητημάτων¹⁴¹.

Η Αυστρία και η Σουηδία, υποστηριζόμενες από όλα τα παρεμβαίνοντα κράτη μέλη, ισχυρίστηκαν ότι υπάρχουν πολλοί τρόποι για να αποφευχθεί τυχόν ασυμβίβαστο σε σχέση με το άρθρο 307 ΣΕΚ που θα μπορούσε να προκύψει στο πλαίσιο των διμερών συμφωνιών τους. Όλοι αυτοί οι τρόποι συνίστανται στη μη εφαρμογή των συμφωνιών, είτε μέσω της κατάλληλης ερμηνείας, βάσει του διεθνούς δικαίου, είτε, απλώς, δια της μη εκτελέσεώς τους.

Αν ο ισχυρισμός των κρατών μελών κατά τον οποίο κάθε τυχόν ασυμβίβαστο θα μπορούσε να αρθεί απλώς με το να ερμηνεύονται οι συμφωνίες σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο, ή με το να εφαρμόζονται ορισμένες αρχές του διεθνούς δικαίου – ιδίως η αρχή «*rebus sic stantibus*» – ή ακόμη διά της μη εκτελέσεώς τους, θα υπήρχε πάντα αυτή η λύση, οπότε η επιβαλλόμενη από το άρθρο 307 ΕΚ στα κράτη μέλη υποχρέωση να λάβουν όλα τα πρόσφορα μέτρα προκειμένου να άρουν το εν λόγω ασυμβίβαστο δεν θα εξυπηρετούσε κανέναν απολύτως σκοπό.

Η Αυστρία βρίσκεται σε φάση επεξεργασίας μιας ρήτρας περί «οργανισμών περιφερειακής οικονομικής ολοκλήρωσης» («ΟΠΟΟ») που προτίθεται να ενσωματώσει στο τυποποιημένο κείμενο των επενδυτικών συμφωνιών της. Η ρήτρα αυτή θα εμπόδιζε την εφαρμογή μιας διμερούς συμφωνίας σε περίπτωση συγκρούσεώς της με κοινοτική υποχρέωση. Ωστόσο, η ρήτρα αυτή θα ίσχυε μόνο σε σχέση με μέλλουσες συμφωνίες.

Στην περίπτωση της Φινλανδίας¹⁴² υποστηρίχθηκε ότι οι επίδικες συμφωνίες περιέχουν διάταξη παρέχουσα στη Φινλανδία τη δυνατότητα να ασκεί τα δικαιώματά της και να εκπληρώνει τις υποχρεώσεις της ως μέλος της Κοινότητας.

¹⁴¹ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Αυστρίας, C-205/06, 3-3-2009, σκ.16-23

¹⁴² βλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα Eleanor Sharpston στην υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή- Φινλανδίας C-118/07, σκ.23-26

Δεν αμφισβητείται ότι οι επίδικες συμφωνίες δεν περιλαμβάνουν ρητή διάταξη, επιφυλάσσουσα στην Κοινότητα τη δυνατότητα να επιβάλλει περιορισμούς στην κυκλοφορία κεφαλαίων και πληρωμών, σύμφωνα με τα άρθρα 57, παράγραφος 2, ΕΚ, 59 ΕΚ και 60, παράγραφος 1, ΕΚ. Παρά ταύτα, η Φινλανδική και η Λιθουανική Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι η επίμαχη ρήτρα παρέχει τη δυνατότητα στη Φινλανδία να τηρεί τα θεσπιζόμενα από το Συμβούλιο περιοριστικά μέτρα, σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις της Συνθήκης ΕΚ. Η Φινλανδική Κυβέρνηση προβάλλει ότι οι διατάξεις αυτές μπορούν να τύχουν άμεσης εφαρμογής, διότι τα τυχόν θεσπιζόμενα από το Συμβούλιο μέτρα αποτελούν μέρος της φινλανδικής νομοθεσίας, στην οποία παραπέμπει η εν λόγω ρήτρα, δυνάμει της αρχής της άμεσης εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου. Είναι αδιάφορο το γεγονός ότι η ίδια η Κοινότητα δεν αποτελεί συμβαλλόμενο μέρος στις επίδικες συμφωνίες. Από την πλευρά της, η Λιθουανική Κυβέρνηση επισημαίνει ότι το κοινοτικό δίκαιο αποτελεί μέρος του εθνικού δικαίου.

Η Ουγγρική και η Γερμανική Κυβέρνηση ισχυρίζονται ότι η διαπίστωση ασυμβιβάστου σύμφωνα με το άρθρο 307, δεύτερο εδάφιο, ΕΚ αντιβαίνει προς τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς και της απαγορεύσεως των διακρίσεων. Τόσο η Φινλανδία όσο και οι επιχειρήσεις και οι πολίτες της ΕΚ τους οποίους αφορούν οι συμφωνίες, τίθενται σε μειονεκτική θέση σε σχέση με τα λοιπά κράτη μέλη και πρόσωπα στις περιπτώσεις ως προς τα οποία εφαρμόζονται διμερείς συμφωνίες επενδύσεων οι οποίες δεν έχουν ακόμη εξετασθεί από την Επιτροπή.

Το Βασίλειο της Σουηδίας¹⁴³, υποστηριζόμενο από τις παρεμβαίνουσες Δημοκρατία της Ουγγαρίας και Δημοκρατία της Φινλανδίας καθώς και, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, από τη Δημοκρατία της Λιθουανίας, θεωρεί ότι η Επιτροπή θα ήταν σε θέση να καταδείξει παράβαση απορρέουσα από τις επίδικες διατάξεις των εν λόγω διμερών συμφωνιών μόνον αν αποδείκνυε ότι, λόγω των δικαιωμάτων τα οποία εγγυώνται οι εν λόγω συμφωνίες στους επενδυτές τρίτων χωρών, το Βασίλειο της Σουηδίας δεν διέθετε τη δυνατότητα να εφαρμόσει τα θεσπισθέντα από το κοινοτικό δίκαιο συγκεκριμένα περιοριστικά μέτρα.

Επομένως, μόνον κατόπιν εν τοις πράγμασι θεσπίσεως των επιτρεπομένων από τις συναφείς διατάξεις μέτρων και, σε περίπτωση απουσίας ή αναποτελεσματικότητας των αντλούμενων από το διεθνές δίκαιο μέσων, με σκοπό τη θεραπεία ασυμβατότητας σε συγκεκριμένη περίπτωση, θα ίσχυε η προβλεπόμενη από το άρθρο 307, δεύτερο εδάφιο, ΕΚ κατάσταση. Μόνον τότε η Επιτροπή θα μπορούσε, επικαλούμενη συγκεκριμένο περιοριστικό μέτρο, την εν τοις πράγμασι αντίφαση μεταξύ του μέτρου αυτού και της επίδικης συμφωνίας, καθώς και τα ληφθέντα ή μη ληφθέντα μέτρα προκειμένου να εξαλειφθεί η ως άνω

¹⁴³ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Σουηδίας, C-249/06, 3-3-2009, σκ.17-23

αντίφαση, να κινήσει, σε σχέση με εξατομικευμένη κοινοτική πράξη, προσφυγή στηριζόμενη στην παράβαση του άρθρου 307, δεύτερο εδάφιο, ΕΚ.

Η Δημοκρατία της Ουγγαρίας και η Δημοκρατία της Φινλανδίας εμμένουν επί των σοβαρών συνεπειών που ενδέχεται να συνεπάγεται η θέση της Επιτροπής, η οποία θα καθιστούσε εφικτό να διαπιστώνεται παράβαση δυνάμει του άρθρου 307, δεύτερο εδάφιο, ΕΚ σε όλες τις περιπτώσεις κατά τις οποίες σύμβαση, συναφθείσα με τρίτη χώρα είτε πριν από την έναρξη ισχύος της Συνθήκης είτε πριν από την προσχώρηση του ενδιαφερόμενου κράτους μέλους, εφαρμόζεται σε τομέα όπου η Κοινότητα δεν έχει ασκήσει ακόμη την αρμοδιότητα που διαθέτει δυνάμει της Συνθήκης, ήτοι σε τομέα όπου δεν έχει ακόμη νομοθετήσει. Παρόμοια ερμηνεία θα προσέδιδε στο άρθρο 307, δεύτερο εδάφιο, ΕΚ απεριόριστη έκταση εφαρμογής, γεγονός που θα καθίστατο αμφισβητήσιμο τόσο από απόψεως ασφαλείας δικαίου όσο και κατανομής των αρμοδιοτήτων μεταξύ της Κοινότητας και των κρατών μελών, και θα διερρήγνυε την επιτευχθείσα με το άρθρο 307, πρώτο και δεύτερο εδάφιο, ΕΚ ισορροπία.

Η μέλλουσα και πιθανολογούμενη ασυμβατότητα προς το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο μιας συμβάσεως με τρίτη χώρα δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 307 ΕΚ, οπότε θα μπορούσε ενδεχομένως να διαπιστωθεί μόνον αν το Συμβούλιο έκανε όντως χρήση της αρμοδιότητάς του στον τομέα αυτόν.

Συναφώς, το Βασίλειο της Σουηδίας ισχυρίζεται ότι οι επενδυτικές συμφωνίες που συνήψε το ίδιο με τη Δημοκρατία της Ακτής του Ελεφαντοστού και την πρώην Ομοσπονδιακή Σοσιαλιστική Δημοκρατία της Γιουγκοσλαβίας δεν παρεμπόδισαν περιοριστικά μέτρα της κυκλοφορίας των κεφαλαίων που ελήφθησαν έναντι των εν λόγω κρατών, γεγονός που δεν αμφισβητεί άλλωστε η Επιτροπή.

Επιπροσθέτως, η Δημοκρατία της Ουγγαρίας διερωτάται ως προς τις συνέπειες του διαβήματος της Επιτροπής καθ' ο μέτρο τα κράτη μέλη συνήψαν με τρίτες χώρες περί τις 1 000 διμερείς επενδυτικές συμφωνίες περιλαμβάνουσες ρήτρες παρεμφερείς σε θέματα μεταφορών, η συμβατότητα των οποίων προς το κοινοτικό δίκαιο ουδέποτε αμφισβητήθηκε από την Επιτροπή.

Το Βασίλειο της Σουηδίας, η Δημοκρατία της Λιθουανίας, η Δημοκρατία της Ουγγαρίας και η Δημοκρατία της Φινλανδίας θεωρούν ότι, σε αντίθεση προς όσα υποστηρίζει η Επιτροπή, τα κατά τα άρθρα 57, παράγραφος 2, ΕΚ, 59 ΕΚ και 60, παράγραφος 1, ΕΚ μέτρα διασφάλισης μπορούν να εφαρμοστούν μόνο σε εξαιρετικές και αρκούντως σαφείς περιπτώσεις μη δυνάμενες να προβλεφθούν κατά τη σύναψη των επιδίκων συμβάσεων. Έτσι, το Βασίλειο της Σουηδίας θα μπορούσε να ενεργοποιήσει την αρχή *rebus sic stantibus* προκειμένου να αναστείλει προσωρινά τις αφορώσες την ελευθερία μεταφοράς διατάξεις σε

περίπτωση κατά την οποία η Ευρωπαϊκή Κοινότητα θα ελάμβανε μέτρα διασφάλισης με βάση τις συγκεκριμένες διατάξεις της Συνθήκης.

(ii) Η θέση των ΚΜ της Κεντρικής και Ανατολικής Ευρώπης, κυρίως η θέση της Τσέχικης Κυβέρνησης¹⁴⁴

Μέχρι αυτά τα κράτη να οδηγηθούν σε δίκες, είναι αυτονόητο ότι διάκεινται θετικά ως προς την πρόταση της Επιτροπής για τις ενδο-ενωσιακές BITs. Η Τσέχικη Δημοκρατία και η Σλοβακία ισχυρίζονταν ότι, ως αποτέλεσμα της προσχώρησης στην ΕΕ, το ευρωπαϊκό δίκαιο αντικαθιστά τις BITs με τα άλλα ΚΜ και επομένως επέρχεται μία *de facto* λήξη των συμφωνιών.

Η Τσεχία ισχυρίστηκε ενώπιον της διαιτησίας ότι οι ενδο-ενωσιακές BITs τερματίζονται αυτόματα από τη στιγμή της προσχώρησής της στην ΕΕ και επομένως και η ενδο-ενωσιακή BIT μεταξύ Τσεχίας και Ολλανδίας, ως εκ τούτου οι ολλανδικές επενδύσεις στο έδαφός της διέπονται αποκλειστικά από το ενωσιακό δίκαιο. Αυτός ο ισχυρισμός υποστηρίχθηκε και θεωρητικώς¹⁴⁵.

(iii) Η πολιτική της Τσεχίας ως προς τις ενδο-ενωσιακές BITs¹⁴⁶

Μέχρι την προσχώρησή της στην ΕΕ το 2004, η Τσεχία ακολουθούσε μερικές από τις συστάσεις της Επιτροπής ώστε να τροποποιήσει τις BITs της.

Πρώτα, η Τσέχικη Κυβέρνηση ανέφερε την ανησυχία της ότι οι BITs δεν συμμορφώνονται προς το ευρωπαϊκό δίκαιο. Το 2005 προτάθηκε σε όλους τους αντισυμβαλλόμενους BITs μία επαναδιαπραγμάτευση των συμφωνιών. Η Τσεχία επιτυχώς τροποποίησε 22 BITs, περιλαμβάνοντας, μεταξύ άλλων, μία εξαίρεση που επιτρέπει στην κυβέρνηση να περιορίσει την κίνηση κεφαλαίου.

Πολλά «παλιά» ΚΜ αμφισβήτησαν μία δεύτερη σύσταση της Επιτροπής για σταδιακή απόσυρση των BITs. Η Τσεχία πήρε απόφαση το 2008 –δια των υπ’ αριθμ. 853 και 1529 Κυβερνητικών Πράξεων- να θέσει σε παύση με συναίνεση των μερών όλες τις ενδο-ενωσιακές BITs. Έτσι, μόνο λίγα ΚΜ απάντησαν θετικά στο αίτημα της Τσέχικης Δημοκρατίας. Η Τσεχία τερμάτισε επιτυχώς τις BITs που είχε συνάψει με την Ιταλία (τον Μάιο του 2009), τη Δανία (τον Νοέμβριο του 2009), τη Σλοβενία (τον Αύγουστο του 2010), τη Μάλτα (τον Σεπτέμβριο του 2010) και την Εσθονία (τον Φεβρουάριο του 2011). Η συμφωνία με την Ιρλανδία ήδη τερματίστηκε.

¹⁴⁴ βλ. Cecilia Olivet, *ό.π.*, pg.5

¹⁴⁵ βλ. Poulain, “Quelques interrogations sur le statut de traits bilateraux de promotion et de protection des investissements au sein de l’ Union Europeenne”, *Revue general de Droit International Public*, 2007, 803

¹⁴⁶ βλ. Cecilia Olivet, *ό.π.*, pg.6

(iv) Συμμόρφωση στο ευρωπαϊκό δίκαιο ως λόγος δημιουργίας διαφορών

Οι επενδυτές που προέρχονται από άλλα ΚΜ της ΕΕ προσφεύγουν κατά των χωρών της Κεντρικής και Ανατολικής Ευρώπης χώρες και λόγω της συμμόρφωσής τους στις απαιτήσεις της Επιτροπής σε σχέση με την εφαρμογή των κανόνων του ευρωπαϊκού δικαίου του ανταγωνισμού¹⁴⁷.

Σε αυτήν την περίπτωση ανήκει η Ουγγαρία. Το 1990, η Ουγγαρία ιδιωτικοποίησε τον τομέα ενέργειας και παρείχε κρατική ενίσχυση σε ιδιωτικές εταιρίες ηλεκτρισμού, όπως η British AES, η Belgium Electrabel και η French EDF. Μετά την προσχώρηση στην ΕΕ το 2004, η Ουγγρική Κυβέρνηση, ακολουθώντας τη σύσταση της Επιτροπής, έπαυσε την κρατική ενίσχυση και έθεσε ένα όριο στις τιμές ενέργειας, ώστε να συμμορφωθεί με το ευρωπαϊκό δίκαιο περί ανταγωνισμού. Αυτά τα μέτρα οδήγησαν στα δικαστήρια τις τρεις εταιρίες, από το 2007 έως το 2009, οι οποίες υποστήριξαν ότι έχασαν μελλοντικά κέρδη για τα οποία είχαν προσδοκία.

Στις υποθέσεις των AES και Electrabel, η Επιτροπή άσκησε παρέμβαση με γραπτή δήλωση, ως *amicus curiae*, στην οποία ανέφερε ότι η κρατική ενίσχυση ήταν παράνομη και ότι η χώρα θα παραβίαζε τις υποχρεώσεις της που απορρέουν από τις Συνθήκες εάν δεν άλλαζε την πολιτική της ώστε να συμμορφωθεί με το ευρωπαϊκό δίκαιο περί ανταγωνισμού.

Τα Δικαστήρια στις περιπτώσεις των AES και Electrabel αποφάσισαν υπέρ της Ουγγαρίας, όμως όχι επί τη βάση του επιχειρήματος της Επιτροπής. Η απόφαση για την εταιρία EDF δεν έχει ακόμη εκδοθεί. Η Κυβέρνηση, ωστόσο, είχε να επωμιστεί το κόστος της διαιτησίας. Στην υπόθεση της AES, για παράδειγμα, η Ουγγαρία τελικώς πλήρωσε 5,5 εκατ. δολάρια ΗΠΑ.

Μία άλλη υπόθεση όπου προέκυψε επίσης το θέμα της συμμόρφωσης στο ευρωπαϊκό δίκαιο ήταν αυτή ενός Ολλανδού επενδυτή επ'ονόματι Eastern Sugar κατά της Τσεχίας, καθώς χρησιμοποιήθηκε η BIT μεταξύ Ολλανδίας-Τσεχίας. Η Τσέχικη κυβέρνηση προσπέρασε μερικές ρυθμίσεις προκειμένου να συμμορφωθεί στις επιταγές του ευρωπαϊκού δικαίου περί Κοινής Αγροτικής Πολιτικής. Αυτό οδήγησε την Eastern Sugar να ισχυριστεί παραβίαση της αρχής της ίσης και δίκαιης μεταχείρισης.

Η Κυβέρνηση πήρε επίσης θέση ότι ακόμη και αν οι ενδο-ενωσιακές BITs είναι ακόμα σε ισχύ, μετά την προσχώρηση στην ΕΕ, δεν είναι πλέον εφαρμόσιμες. Αυτή ήταν η γραμμή υπεράσπισης στην υπόθεση Eastern Sugar vs Τσεχίας (SCC case No. 088/2004). Η κυβέρνηση εξέφρασε την άποψη ότι το διαιτητικό δικαστήριο δεν είχε την δικαιοδοσία, αφού οι BITs με την Ολλανδία δεν ήταν πλέον έγκυρες, είχαν αντικατασταθεί από το ευρωπαϊκό δίκαιο και

¹⁴⁷ βλ. Cecilia Olivet, ό.π., pg.7

έπρεπε να δικάσσει από το ΔΕΚ. Ωστόσο, αυτή η επιχειρηματολογία απορρίφθηκε από το διαιτητικό δικαστήριο το οποίο αποφάσισε υπέρ της Eastern Sugar και υποχρέωσε την Τσεχία να πληρώσει 25,4 εκατ. δολάρια ΗΠΑ.

Όμοια επιχειρήματα παρουσιάστηκαν από την Σλοβακία στην υπόθεση εναντίον των Ostergetel και Laurentius και κατά της Eureko. Και τα δύο δικαστήρια απέρριψαν τα επιχειρήματα της Σλοβακίας και απεφάνθησαν ότι τα διαιτητικά δικαστήρια είχαν δικαιοδοσία να επιλύουν τέτοιου είδους διαφορές.

Ένας ενδιαφέρων πίνακας παρουσιάζει συνοπτικά τα σημεία «αλληλοεπικάλυψης» μεταξύ BIT και ευρωπαϊκού δικαίου έτσι όπως τα ισχυρίστηκε η Σλοβακία στην υπόθεση Eureko¹⁴⁸:

BIT	EC LAW
Free transfer of capital (Art 4)	Free movement of capital (Art 56, 58)
Fair and equitable treatment (Art 3-1)	Prohibition of discrimination (Art 12)
Full security and protection (Art 3-2)	Freedom of establishment (Art 43, 56)
Indirect expropriation (Art 5)	Freedom of establishment (Art 43, 56)
Arbitration Clause (Art 8)	Damage claim against the state before national courts

Τέλος, η Τσεχία και η Σλοβακία προσέφυγαν στα εθνικά δικαστήρια για να αμφισβητήσουν την δικαιοδοσία των διαιτητικών δικαστηρίων. Η Τσεχία ξεκίνησε μία εσωτερική νομική διαδικασία, ώστε να αμφισβητήσει την απόφαση στην υπόθεση Binder κατά Τσεχίας. Η Σλοβακία αμφισβήτησε την απόφαση στην υπόθεση Eureko κατά Σλοβακίας ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου της Φρανκφούρτης, αιτούμενη να παραπεμφθεί η υπόθεση στο ΔΕΚ. Το Δικαστήριο της Φρανκφούρτης απέρριψε το αίτημα της Σλοβακίας, όπως αναλύεται στη συνέχεια της παρούσας εργασίας.

γγ. Η νομολογία του ΔΕΚ (cases C-205/06, C-249/06 και C-118/07)

Το ΔΕΚ επελήφθη σε τρεις περιπτώσεις που αφορούσαν την εξέταση του ζητήματος, εάν οι χώρες Αυστρία (case C-205/06)¹⁴⁹, η Σουηδία (case C-

¹⁴⁸ βλ. αποφ. Eureko v. Slovakia, PCA, Case No 2008-13, σκ.247

249/06)¹⁵⁰ και η Φινλανδία (case C-118/07)¹⁵¹, οι οποίες συνήψαν BIT με τρίτες χώρες, πριν την προσχώρησή τους στην ΕΕ, παραβίασαν το τότε άρθρο 307§2ΣΕΕ και νυν άρθρο 351 ΣΛΕΕ, επειδή δεν έλαβαν μέτρα για την άρση των ασύμβατων με το κοινοτικό δίκαιο όρων που προβλέπονταν στις BITs, καθώς και εάν η ρήτρα περί “ελεύθερης μεταφοράς κεφαλαίων” (transfer clause) έχει σκοπό να περιορίσει τη χρήση μέτρων που το Συμβούλιο μπορεί να λάβει επί τη βάση των άρθρων των Συνθηκών σχετικά με την ελεύθερη κίνηση κεφαλαίου (πρώην άρθρα 57§2, 59 και 60§1 ΣΕΚ). Οι υποθέσεις αυτές είχαν μάλιστα εκτεταμένο ενδιαφέρον για τα υπόλοιπα ΚΜ της ΕΕ, το οποίο καταδεικνύεται από τον μεγάλο αριθμό παρεμβάσεων που έλαβαν χώρα κατά τη διάρκεια των δικών, όπως από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, τη Δημοκρατία της Ουγγαρίας, τη Δημοκρατία της Λιθουανίας και τη Δημοκρατία της Αυστρίας στην υπόθεση της Φινλανδίας, από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, τη Δημοκρατία της Λιθουανίας, τη Δημοκρατία της Ουγγαρίας, και τη Δημοκρατία της Φινλανδίας στη δίκη της Αυστρίας και την Δημοκρατία της Λιθουανίας, Δημοκρατία της Ουγγαρίας και Δημοκρατία της Φινλανδίας στην υπόθεση της Σουηδίας.

(i) Τα πραγματικά περιστατικά - Οι συμφωνημένες από τα ΚΜ BITs και το περιεχόμενό τους.

Όπως προκύπτει από τις κοινές προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις δύο πρώτες υποθέσεις με διαδίκους- καθ'ών την Αυστρία και τη Σουηδία και της Γενικής Εισαγγελέα Eleanor Sharpston, η

¹⁴⁹ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας, C- 205/06, 3-3-2009

¹⁵⁰ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Σουηδίας, C-249/06, 3-3-2009

¹⁵¹ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Φινλανδίας, C-118/07, 19-11-2009

Φινλανδία¹⁵², η Σουηδία¹⁵³ και η Αυστρία¹⁵⁴, συνήψαν –πριν την προσχώρησή τους στην ΕΕ- μια σειρά διμερών συμφωνιών περί επενδύσεων, οι οποίες εμπεριέχουν την λεγόμενη «ρήτρα μεταφοράς»¹⁵⁵, η οποία εξασφαλίζει στους επενδυτές εκάτερου των συμβαλλομένων κρατών την ελεύθερη μεταφορά, χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση, κεφαλαίων που αφορούν την επένδυσή τους. Στο πλαίσιο των συμφωνιών αυτών, η εν λόγω ρήτρα επιτρέπει τη μεταφορά διαφόρων τύπων κεφαλαίων που συνδέονται με επενδύσεις, ήτοι κερδών, ποσών από ρευστοποιήσεις, ποσών που αντιστοιχούν στην εξόφληση δανείων ή στην καταβολή εξόδων. Σε ορισμένες από τις συμφωνίες αυτές προβλέπεται ότι η μεταφορά θα πραγματοποιείται σύμφωνα με τις εφαρμοστέες εθνικές νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις.

Παρά την ύπαρξη των δυνατοτήτων αυτών, η Κοινότητα δεν είχε θεσπίσει μέχρι σήμερα περιορισμούς που θα μπορούσαν να επηρεάσουν την ελεύθερη κίνηση κεφαλαίων προς και από τις τρίτες χώρες οι οποίες έχουν συνάψει διμερείς συμφωνίες με την Αυστρία και τη Σουηδία¹⁵⁶. Ειδικότερα, η Κοινότητα δεν έχει κάνει μέχρι σήμερα χρήση του άρθρου 57§2 ΣΕΚ για να εισαγάγει ρυθμίσεις στον τομέα αυτόν. Δεν έχει παραστεί μέχρι σήμερα ανάγκη να ληφθούν μέτρα

¹⁵² Η **Δημοκρατία της Φινλανδίας** με την πρώην Ένωση Σοβιετικών Σοσιαλιστικών Δημοκρατιών την οποία διαδέχθηκε η Ρωσική Ομοσπονδία (συμφωνία υπογραφείσα στις 8 Φεβρουαρίου 1989), τη Δημοκρατία της Λευκορωσίας (συμφωνία υπογραφείσα στις 28 Οκτωβρίου 1992), τη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας (συμφωνία υπογραφείσα στις 4 Σεπτεμβρίου 1984), τη Μαλαισία (συμφωνία υπογραφείσα στις 15 Απριλίου 1985), τη Δημοκρατική Σοσιαλιστική Δημοκρατία της Σρι Λάνκα (συμφωνία υπογραφείσα στις 27 Απριλίου 1985) και τη Δημοκρατία του Ουζμπεκιστάν (συμφωνία υπογραφείσα στην 1 Οκτωβρίου 1992, SorS 74/1993).

¹⁵³ Το **Βασίλειο της Σουηδίας** με τη Δημοκρατία της Αργεντινής, τη Δημοκρατία της Βολιβίας, τη Δημοκρατία της Ακτής του Ελεφαντοστού, την Αραβική Δημοκρατία της Αιγύπτου, το Χονγκ Κονγκ, τη Δημοκρατία της Ινδονησίας, τη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, τη Δημοκρατία της Μαδαγασκάρης, τη Μαλαισία, την Ισλαμική Δημοκρατία του Πακιστάν, τη Δημοκρατία του Περού, τη Δημοκρατία της Σενεγάλης, τη Δημοκρατική Σοσιαλιστική Δημοκρατία της Σρι Λάνκα, τη Δημοκρατία της Τυνησίας, τη Σοσιαλιστική Δημοκρατία του Βιετνάμ, τη Δημοκρατία της Υεμένης και την πρώην Ομοσπονδιακή Σοσιαλιστική Δημοκρατία της Γιουγκοσλαβίας.

¹⁵⁴ Η **Δημοκρατία της Αυστρίας** με τη Δημοκρατία της Κορέας, τη Δημοκρατία του Πράσινου Ακρωτηρίου, τη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, τη Μαλαισία, τη Ρωσική Ομοσπονδία και τη Δημοκρατία της Τουρκίας.

¹⁵⁵ Με το Βιετνάμ (SÖ 1994:69, που τέθηκε σε ισχύ στις 2 Αυγούστου 1994), την Αργεντινή (SÖ 1992:91, που τέθηκε σε ισχύ στις 28 Σεπτεμβρίου 1992), με τη Βολιβία (SÖ 1992:19, που τέθηκε σε ισχύ στις 3 Ιουλίου 1992), με την Ακτή του Ελεφαντοστού (SÖ 1966:31, που τέθηκε σε ισχύ στις 3 Νοεμβρίου 1966), με την Αίγυπτο (SÖ 1979:1, που τέθηκε σε ισχύ στις 29 Ιανουαρίου 1979), με το Χονγκ-Κονγκ (SÖ 1994:19, που τέθηκε σε ισχύ στις 26 Ιουνίου 1994), με την Ινδονησία (SÖ 1993:68, που τέθηκε σε ισχύ στις 18 Φεβρουαρίου 1993), με την Κίνα (SÖ 1982:28, που τέθηκε σε ισχύ στις 29 Μαρτίου 1982), με τη Μαδαγασκάρη (SÖ 1967:33, που τέθηκε σε ισχύ στις 23 Ιουνίου 1967), με τη Μαλαισία (SÖ 1979:17, που τέθηκε σε ισχύ στις 6 Ιουλίου 1979), με το Πακιστάν (SÖ 1981:8, που τέθηκε σε ισχύ στις 14 Ιουνίου 1981), με το Περού (SÖ 1994:22, που τέθηκε σε ισχύ την 1η Αυγούστου 1994), με τη Σενεγάλη (SÖ 1968:22, που τέθηκε σε ισχύ στις 23 Φεβρουαρίου 1968), με τη Σρι Λάνκα (SÖ 1982:16 που τέθηκε σε ισχύ στις 30 Απριλίου 1982), με την Τυνησία (SÖ 1985:25, που τέθηκε σε ισχύ στις 13 Μαΐου 1985), με την Υεμένη (SÖ 1983:110, που τέθηκε σε ισχύ στις 23 Φεβρουαρίου 1984), με τη Γιουγκοσλαβία (SÖ 1979:29, που τέθηκε σε ισχύ στις 21 Νοεμβρίου 1979, και αντικαταστάθηκε από τη συναφθείσα στη Στοκχόλμη, στις 28 Φεβρουαρίου 2002, συμφωνία με τη Σερβία και το Μαυροβούνιο).

¹⁵⁶ βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή- Σουηδίας C-249/06, σκ. 4-12

διασφάλισης κατά το άρθρο 59 ΣΕΚ. Ενώ δε το Συμβούλιο έχει κάνει χρήση του άρθρου 60§1 ΣΕΚ, δεν έχει λάβει κανένα αξιολογικό συναφές μέτρο σε σχέση με κάποια από τις εν λόγω τρίτες χώρες.

Το άρθρο 307 ΕΚ θα εφαρμοζόταν στην περίπτωση που θα ανέκυπτε σύγκρουση μεταξύ των συμφωνιών που έχουν συναφθεί από την Αυστρία και τη Σουηδία και της Συνθήκης ΕΚ. Κατά το εν λόγω άρθρο, οι διμερείς συμφωνίες θα εξακολουθούσαν να ισχύουν, αλλά η Αυστρία και η Σουηδία θα υποχρεούνταν να λάβουν όλα τα προσήκοντα μέτρα προκειμένου να άρουν τα ασυμβίβαστα που τυχόν προκύπτουν.

(ii) Οι εξεταζόμενες διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, επί τη βάση των οποίων έγινε ο έλεγχος συμβατότητας - Οι απορρέουσες εκ του κοινοτικού δικαίου υποχρεώσεις των ΚΜ

α. Οι τυχόν απορρέουσες από το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο υποχρεώσεις των ΚΜ

Οι διατάξεις ουσιαστικού κοινοτικού δικαίου επί τη βάση των οποίων έγινε ο έλεγχος συμβατότητας από το ΔΕΚ, αφορούσαν -όπως ήταν αναμενόμενο- τις θεμελιώδεις ελευθερίες και ιδίως την ελεύθερη κίνηση κεφαλαίων προς και από τρίτες χώρες και την ελεύθερη κίνηση κεφαλαίων μεταξύ κρατών μελών¹⁵⁷. Ως εκ τούτου, η κρίση του ΔΕΚ στηρίχθηκε στην ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου **56 ΣΕΚ**¹⁵⁸, το οποίο απαγορεύει οποιονδήποτε περιορισμό στις ως άνω κατηγορίες κινήσεων κεφαλαίων καθώς και κάθε περιορισμό στις πληρωμές μεταξύ κρατών μελών, αφενός, και προς και από τρίτες χώρες, αφετέρου. Ωστόσο, η Συνθήκη επιτρέπει την επιβολή ορισμένων περιορισμών από τα κράτη μέλη (ιδίως στο άρθρο **58 ΣΕΚ**, όπου και εκτίθενται διάφορες σχετικές αιτιολογίες) αλλά και από την ίδια την Κοινότητα, γεγονός που έχει και μεγαλύτερο ενδιαφέρον στο πλαίσιο των εξεταζόμενων εν προκειμένω υποθέσεων. Επιπλέον, το άρθρο **57§2 ΣΕΚ** παρέχει στην Κοινότητα εξουσία να ρυθμίζει τα της κινήσεως κεφαλαίων προς και από τρίτες χώρες, και, μεταξύ των μέτρων που μπορεί να λαμβάνει είναι και η επιβολή περιορισμών. Η Κοινότητα έχει επίσης τη δυνατότητα να λαμβάνει μέτρα διασφάλισης προς αντιμετώπιση δυσχερειών στη λειτουργία της οικονομικής και νομισματικής ενώσεως, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο **59 ΣΕΚ**. Κατά το άρθρο **60§1 ΣΕΚ**, η Κοινότητα έχει τη δυνατότητα να επιβάλλει περιορισμούς στις οικονομικές σχέσεις με τρίτες χώρες, συμπεριλαμβανομένων των κινήσεων κεφαλαίων, στο πλαίσιο κοινής δράσεως που ανάγεται στην εξωτερική πολιτική και την ασφάλεια¹⁵⁹. Τέλος, το άρθρο **301 ΣΕΚ** ορίζει ότι όταν μία κοινή θέση ή κοινή δράση, που εγκρίθηκαν σύμφωνα με τις

¹⁵⁷ βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή-Σουηδίας C-249/06, σκ.25-32

¹⁵⁸ βλ. Υποσημείωση 52 για το περιεχόμενο του εν λόγω άρθρου

¹⁵⁹ βλ. Υποσημείωση 52 σχετικά με το περιεχόμενο του εν λόγω άρθρου

διατάξεις της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση σχετικά με την κοινή εξωτερική πολιτική και την πολιτική ασφαλείας, προβλέπει δράση της Κοινότητας για τη μερική ή ολοκληρωτική μείωση ή διακοπή των οικονομικών σχέσεων με μία ή περισσότερες τρίτες χώρες, το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με ειδική πλειοψηφία μετά από πρόταση της Επιτροπής, λαμβάνει τα αναγκαία επείγοντα μέτρα.

Από το γράμμα των ανωτέρω άρθρων δεν φαίνεται να προκύπτει επιβολή υποχρέωσης στα ΚΜ. Οι διατάξεις αυτές απλώς εξουσιοδοτούν την Κοινότητα να δράσει. Για να θεμελιώσουν ασυμβίβαστο εκ του άρθρου 307 ΣΕΚ¹⁶⁰, η εξουσιοδότηση αυτή πρέπει να ενέχει επιβολή υποχρέωσης στα κράτη μέλη. Ωστόσο, είναι δύσκολο να συναχθεί η ύπαρξη τέτοιας υποχρέωσης από τα εν λόγω άρθρα αυτά καθαυτά.

β. Οι απορρέουσες από το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο υποχρεώσεις των ΚΜ

Τα ΚΜ οφείλουν επίσης να τηρούν τις δεσμεύσεις που προέρχονται από τυχόν παράγωγο δίκαιο στο οποίο αναφέρονται τα άρθρα 57§2, 59 και 60§1 ΣΕΚ¹⁶¹. Τόσο διατάξεις του πρωτογενούς όσο και διατάξεις του παράγωγου δικαίου είναι δυνατό να γεννήσουν υποχρέωση εκ της Συνθήκης για τους σκοπούς του άρθρου 307 ΕΚ. Πλην όμως, δεν έχουν θεσπιστεί ακόμη σχετικές διατάξεις παράγωγου δικαίου.

γ. Η απορρέουσα από το «καθήκον καλόπιστης (ειλικρινούς) συνεργασίας» υποχρέωση των ΚΜ

Οι Συνθήκες προβλέπουν στο άρθρο 10ΣΕΚ¹⁶² την αρχή της καλόπιστης συνεργασίας, η οποία διέπει τις σχέσεις της Κοινότητας με τα ΚΜ¹⁶³. Πιο συγκεκριμένα, τα ΚΜ μετά την προσχώρησή τους στην ΕΕ παραμένουν

¹⁶⁰ βλ. **άρθρο 307ΣΕΚ**: «Τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις που απορρέουν από συμβάσεις που συνήφθησαν πριν από την 1η Ιανουαρίου 1958 ή, για τα κράτη που προσχωρούν, πριν από την ημερομηνία της προσχωρήσέως τους, μεταξύ ενός ή περισσότερων κρατών μελών, αφενός, και ενός ή περισσότερων τρίτων χωρών, αφετέρου, δεν θίγονται από την παρούσα Συνθήκη. Κατά το μέτρο που οι συμβάσεις αυτές δεν συμβιβάζονται με την παρούσα Συνθήκη, το ενδιαφερόμενο ή τα ενδιαφερόμενα κράτη μέλη προσφεύγουν σε όλα τα πρόσφορα μέσα, για να άρουν τα διαπιστωθέντα ασυμβίβαστα. Εν ανάγκη, τα κράτη μέλη παρέχουν προς το σκοπό αυτό αμοιβαία συνδρομή και υιοθετούν, κατά περίπτωση, κοινή στάση. Κατά την εφαρμογή των συμβάσεων που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο, τα κράτη μέλη λαμβάνουν υπόψη το γεγονός ότι τα πλεονεκτήματα που παραχωρεί με την παρούσα Συνθήκη κάθε κράτος μέλος αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της ιδρύσεως της Κοινότητας και επομένως είναι αδιαχωρίστως συνδεδεμένα με τη σύσταση κοινών οργάνων, τη μεταβίβαση αρμοδιοτήτων σ' αυτά και την παραχώρηση των ιδίων πλεονεκτημάτων από όλα τα άλλα κράτη μέλη.»

¹⁶¹ βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή- Σουηδίας C-249/06, σκ.23-24

¹⁶² βλ. **άρθρο 10ΣΕΚ**: «Τα κράτη μέλη λαμβάνουν κάθε γενικό ή ειδικό μέτρο κατάλληλο να εξασφαλίσει την εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την παρούσα συνθήκη ή προκύπτουν από πράξεις των οργάνων της Κοινότητας. Διευκολύνουν την Κοινότητα στην εκτέλεση της αποστολής της.»

¹⁶³ βλ. Παν.Ι.Κανελλόπουλο, ό.π.,σελ. 104επ.

κυρίαρχα και ανεξάρτητα κράτη, μέλη της διεθνούς κοινότητας, βαρύνονται όμως με υποχρεώσεις και καθήκοντα τα οποία απορρέουν από τις Συνθήκες¹⁶⁴. Οι δύο πλευρές δηλαδή υποχρεούνται να συνεργάζονται όπως απαιτεί η καλή πίστη, ώστε να προάγουν τον ενωσιακό σκοπό. Η υποχρέωση αυτή έχει τόσο θετικό, όσο και αποθετικό χαρακτήρα για τα ΚΜ. Η θετική συμπεριφορά συνίσταται στη λήψη όλων των κατάλληλων μέτρων από τα ΚΜ ώστε να εξασφαλίζεται η εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους, που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, με πρώτιστο καθήκον την πιστή τήρηση και εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης. Το κράτος δηλαδή υποχρεούται να εφαρμόσει τις πράξεις των θεσμικών οργάνων της Ένωσης και να λαμβάνει όλα τα νομοθετικά και διοικητικά μέτρα που απαιτούνται για τη μεταφορά των οδηγιών στην εθνική νομοθεσία¹⁶⁵. Τα ΚΜ επίσης οφείλουν να διευκολύνουν την Ένωση στην εκτέλεση της αποστολής της και να επιδιώκουν την επίτευξη των στόχων και των πολιτικών αυτής, καθώς επίσης και να συνεργάζονται με αυτήν και να τη συμβουλεύονται, αλλά και να αναλαμβάνουν συλλογική δράση, όποτε χρειαστεί και να συνεργάζονται μεταξύ τους.

Η αποθετική συμπεριφορά του ΚΜ συνίσταται στο να απέχει από κάθε μέτρο που δύναται να θέσει σε κίνδυνο την πραγματοποίηση των σκοπών της Ένωσης. Το κάθε ΚΜ συνεπώς, στο πλαίσιο αυτό, υποχρεούται να μην ενθαρρύνει παραβιάσεις του ενωσιακού δικαίου από δημόσιες αρχές ή τις ιδιωτικές επιχειρήσεις, ούτε να διευκολύνει παρόμοιες παραβιάσεις από τις δημόσιες αρχές ή τα εθνικά δικαστήρια. Στην δε περίπτωση που συμβαίνει αυτό, το ΚΜ θα πρέπει να λαμβάνει κάθε μέτρο για να παύσει η παραβίαση του ενωσιακού δικαίου και να τιμωρεί τους υπεύθυνους¹⁶⁶.

Η απορρέουσα από το άρθρο 307 ΕΚ υποχρέωση αποτελεί έκφραση του καθήκοντος ειλικρινούς συνεργασίας που εξαγγέλλεται στο άρθρο 10 ΣΕΚ¹⁶⁷. Αυτό ακριβώς το καθήκον εξηγεί γιατί τα κράτη μέλη υποχρεούνται να τροποποιούν συμφωνίες οι οποίες δεν συμβιβάζονται με τη Συνθήκη, παρά το ότι οι συμφωνίες αυτές αναγνωρίζονται ως απολύτως έγκυρες. Ωστόσο, το καθήκον ειλικρινούς συνεργασίας συνεπάγεται πολλές άλλες υποχρεώσεις, οι οποίες μπορούν με τη σειρά τους να χρησιμοποιηθούν για την ενεργοποίηση του άρθρου 307 ΕΚ. (Το ίδιο ισχύει άλλωστε και για κάθε άλλη υποχρέωση εκ της Συνθήκης). Ως εκ της φύσεώς του, το καθήκον ειλικρινούς συνεργασίας δεν μπορεί να εφαρμοστεί αυτοτελώς αλλ' απαιτεί την ενεργοποίηση άλλων κοινοτικών κανόνων. Στο πλαίσιο αυτό, τα

¹⁶⁴ βλ. Π.Δ.Δαγτόγλου, "Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο -I", εκδ. Αντ. Ν.Σάκκουλα, Αθήνα -Κομοτηνή, 1998, παρ.245επ.

¹⁶⁵ βλ. ενδ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή-Βελγίου 239/85, 2-12-1986, Συλλ.1986, σ.3645, σκ.7, αποφ. ΔΕΚ Unectef κατά Heylens, 222/86, Συλλ.1987, σκ. 15

¹⁶⁶ βλ. ενδ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου 804/79, 5-5-81, Συλλογή 1981, σ.1054, σκ.28, αποφ. ΔΕΚ 13/77, 16-11-1977, Συλλογή 1977, σ.653, σκ.30-33, αποφ. ΔΕΚ σε υποθ. 177 και 178/82, 5-4-1982, Συλλογή 1984, σ.1797

¹⁶⁷ βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή- Σουηδίας C-249/06, σκ.33-43

άρθρα 57, παράγραφος 2, ΕΚ, 59 ΕΚ και 60, παράγραφος 1, ΕΚ μπορεί να ασκούν και πάλι κάποια επιρροή. Εδώ θα ήταν χρήσιμο να μνημονευθεί μία ανάλογη περίπτωση, που απαντά σε έναν άλλον τομέα όπου έτυχε εφαρμογής το καθήκον ειλικρινούς συνεργασίας. Πρόκειται για τον τομέα των υποχρεώσεων των κρατών μελών κατά τη διάρκεια της προθεσμίας που τους παρέχεται για τη μεταφορά των οδηγιών στην εσωτερική έννομη τάξη τους.

Το καθήκον ειλικρινούς συνεργασίας¹⁶⁸, που προβλέπεται από το άρθρο 10 ΣΕΚ, είναι γενικής εφαρμογής και δεν εξαρτάται ούτε από τον αποκλειστικό ή μη χαρακτήρα της οικείας κοινοτικής αρμοδιότητας ούτε από ενδεχόμενο δικαίωμα των κρατών μελών να αναλαμβάνουν υποχρεώσεις έναντι τρίτων κρατών. Οσάκις προκύπτει ότι ο τομέας τον οποίο διέπει μια συμφωνία ή μια σύμβαση εμπίπτει εν μέρει στην αρμοδιότητα της Κοινότητας και εν μέρει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών, πρέπει να διασφαλίζεται στενή συνεργασία μεταξύ των κρατών μελών και των κοινοτικών οργάνων τόσο κατά τις διαπραγματεύσεις και κατά τη σύναψή της όσο και κατά την εκτέλεση των αναληφθεισών δεσμεύσεων. Αυτή η υποχρέωση συνεργασίας απορρέει από την ανάγκη ενιαίας διεθνούς εκπροσώπησης της Κοινότητας. Μέχρι να λήξει η προθεσμία για τη μεταφορά μιας οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη τους, τα κράτη μέλη δεν είναι υποχρεωμένα να προσαρμόσουν τη νομοθεσία τους στην εν λόγω οδηγία¹⁶⁹. Ωστόσο, το Δικαστήριο έκρινε ότι, παρά την απουσία τέτοιας υποχρέωσης, τα κράτη μέλη δεν έχουν πλήρη ελευθερία. Τηρώντας το καθήκον ειλικρινούς συνεργασίας, υποχρεούνται να μην θεσπίζουν «μέτρα τα οποία θα μπορούσαν να διακυβεύσουν το επιδιωκόμενο [από την οδηγία] αποτέλεσμα». Αυτό δεν σημαίνει ότι απαγορεύονται όλα τα αντιφάσκοντα προς την κοινοτική δράση μέτρα, αλλά μόνον εκείνα που θα μπορούσαν να διακυβεύσουν τον επιδιωκόμενο από την οδηγία σκοπό¹⁷⁰.

Η μεταφορά των οδηγιών στην εσωτερική έννομη τάξη των κρατών μελών ομοιάζει με τις συντρέχουσες αρμοδιότητες κατά το ότι η σύγκρουση με την εθνική νομοθεσία μπορεί να ανακύψει μόνο μετά από συγκεκριμένο χρονικό σημείο, ήτοι το πέρας της προθεσμίας για μεταφορά της οδηγίας και την άσκηση της κοινοτικής αρμοδιότητας, αντιστοίχως. Η διαφορά τους έγκειται στο ότι, ενώ η προθεσμία μεταφοράς είναι βέβαιο ότι θα λήξει, η αρμοδιότητα της Κοινότητας μπορεί να μην ασκηθεί ποτέ.

(iii) Οι διεθνείς υποχρεώσεις των ΚΜ που απορρέουν από τις συναφθείσες BITs

¹⁶⁸ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή-Σουηδίας, C- 246/07

¹⁶⁹ βλ. αποφ. ΔΕΚ της 18ης Δεκεμβρίου 1997, C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (Συλλογή 1997, σ. Ι-7411, σκέψη 43).

¹⁷⁰ βλ. ανάλυση Γεν. Εισαγγελέα σχετικά με την υποχρέωση αυτή στο πλαίσιο προσφυγής βάσει του άρθρου 226 ΕΚ, στην υπόθεση C-422/05, Επιτροπή κατά Βελγίου (απόφαση της 14ης Ιουνίου 2007, Συλλογή 2007, σ. Ι-4749, σημεία 27 έως 51).

Αφ' ης στιγμής θεσπιστεί μια υποχρέωση εκ της Συνθήκης, για να υπάρξει ασυμβίβαστο του άρθρου 307 ΣΕΚ, πρέπει να υπάρχει επιπλέον, ασύμβατη με την πρώτη, υποχρέωση απορρέουσα από διμερή συμφωνία με τρίτη χώρα.

α. Διεθνείς υποχρεώσεις που μπορούν να διακυβεύσουν σοβαρά την άσκηση αρμοδιότητας της Κοινότητας

Το Δικαστήριο έχει δεχθεί ότι το άρθρο 307 ΕΚ τυγχάνει εφαρμογής επί οποιασδήποτε διεθνούς συμβάσεως «που μπορεί να έχει επίπτωση στην εφαρμογή της Συνθήκης»¹⁷¹. Ο κανόνας αυτός προσδιορίζει το επίπεδο της διενεργητέας έρευνας. Σε αντίθεση με τα υποστηριχθέντα από τη Σουηδία, δεν είναι απαραίτητο να αναζητείται το ακριβές νόημα μιας συμφωνίας με αναφορά στις συγκεκριμένες περιστάσεις που την διέπουν. Αρκεί η εν λόγω συμφωνία, με βάση το γράμμα της, να «μπορεί» να μην συμβιβάζεται με τη Συνθήκη¹⁷².

Οι ρήτρες περί μεταφορών κεφαλαίων που περιέχονται στις συμφωνίες που έχουν συνάψει η Αυστρία και η Σουηδία περιγράφηκαν προηγουμένως. Όλοι οι διάδικοι συμφωνούν όσον αφορά το αντικείμενό τους: να εξασφαλίσουν την ελεύθερη κίνηση κάθε είδους κεφαλαίων που έχουν σχέση με επενδύσεις. Αν η Κοινότητα αποφάσιζε να επιβάλει περιορισμούς στην ελεύθερη κίνηση κάνοντας χρήση των άρθρων 57§ 2, 59 και 60§1 ΣΕΚ, είναι πολύ πιθανό ότι οι συμφωνίες δεν θα συμβιβάζονταν με τη σχετική νομοθεσία. Ωστόσο, η εν δυνάμει αυτή ασυμβατότητα δεν αφορά τις εν προκειμένω εξεταζόμενες περιπτώσεις. Σύγκρουση υφίσταται μόνον εφόσον οι διμερείς συμφωνίες μπορούν να διακυβεύσουν σοβαρά την άσκηση μιας αρμοδιότητας της Κοινότητας.

Θεμελιώνεται τελικώς η άποψη ότι συντρέχει παρόμοιο ασυμβίβαστο. Ναι μεν η άσκηση κοινοτικής αρμοδιότητας εξυπηρετεί διαφορετικούς σκοπούς αναλόγως του αν απορρέει από τα άρθρα 57§2, 59 ή 60§1 ΣΕΚ, όμως, το γεγονός ότι οι σκοποί αυτοί θα μπορούσαν να διακυβευθούν αν επιτρεπόταν στην Αυστρία και στη Σουηδία να διατηρήσουν σε ισχύ διεθνείς υποχρεώσεις οι οποίες θα επηρέαζαν την αποτελεσματικότητα των νομοθετικών ρυθμίσεων τις οποίες η Κοινότητα μπορεί να θεσπίσει δυνάμει των εν λόγω άρθρων είναι κοινό στοιχείο όλων των ανωτέρω διατάξεων.

Σε ορισμένες περιπτώσεις η κοινοτική δράση είναι σαφές ότι θα έχανε την αποτελεσματικότητά της. Το άρθρο 59, για παράδειγμα, επιτρέπει τη λήψη μέτρων για διάστημα μη υπερβαίνον τους έξι μήνες. Είναι δύσκολο να φανταστεί κανείς ότι θα ήταν εφικτό τα εν λόγω μέτρα να θεσπιστούν και να επιβληθούν εγκαίρως στις χώρες που είναι συμβαλλόμενα μέρη των συμφωνιών που έχουν συναφθεί από την Αυστρία και τη Σουηδία. Το ίδιο συμβαίνει και στην περίπτωση του άρθρου 60§ 1

¹⁷¹ βλ. απόφαση της 14ης Οκτωβρίου 1980, 812/79, Burgoa (Συλλογή τόμος 1980/III, σ. 71, σκέψη 6).

¹⁷² βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή- Σουηδίας C-249/06, σκ.49-54

ΣΕΚ. Ο επείγων χαρακτήρας, και το αμέσως εκτελεστό, των κυρώσεων που επιβάλλονται δυνάμει του άρθρου αυτού δεν συμβιβάζεται με τη διατήρηση σε ισχύ των προϋφισταμένων διεθνών υποχρεώσεων της Αυστρίας και της Σουηδίας. Στις περιπτώσεις αυτές, το γεγονός ότι θα αναμενόταν να ανακύψει πραγματική σύγκρουση μεταξύ της κοινοτικής νομοθεσίας και των διεθνών υποχρεώσεων προτού μπορέσουν να ξεκινήσουν όλες οι αναγκαίες ενέργειες για την άρση της ασυμβατότητας θα στερούσε την κοινοτική νομοθεσία της αποτελεσματικότητάς της. Θα συνιστούσε, επομένως, περιορισμό της εξουσίας που απονέμει στην Κοινότητα η Συνθήκη.

Υπό άλλες περιστάσεις, η μείωση της αποτελεσματικότητας είναι λιγότερο προφανής, όπως, παραδείγματος χάριν, προκειμένου για μέλλουσες ρυθμίσεις της ελεύθερης κινήσεως κεφαλαίων κατά το άρθρο 57§2 ΣΕΚ, ή προκειμένου για περιορισμό των οικονομικών σχέσεων κατά το άρθρο 60§1 ΣΕΚ για άλλους λόγους εκτός της επιβολής κυρώσεων. Πάντως, γεγονός παραμένει ότι οι συμφωνίες που έχουν συναφθεί από την Αυστρία και τη Σουηδία ενδέχεται να εμποδίσουν την άμεση εφαρμογή περιορισμών, εφαρμογή που μπορεί να είναι κρίσιμη για την επίτευξη των στόχων της κοινοτικής νομοθεσίας. Η εξουσία που παρέχεται στην Κοινότητα στο πλαίσιο των άρθρων 57§2, 59 και 60§1 ΣΕΚ, δεν πρέπει να περιορίζεται από τη δυνατότητα που παρέχεται στην Αυστρία και στη Σουηδία να διατηρήσουν σε ισχύ υποχρεώσεις οι οποίες ενδέχεται, *ex ante*, να στερήσουν κοινοτικές διατάξεις της αποτελεσματικότητάς τους.

Επομένως, καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι υφίσταται ασυμβίβαστο, υπό το πρίσμα του άρθρου 307 ΕΚ, μεταξύ των ρητρών περί μεταφοράς κεφαλαίων που περιέχονται στις διμερείς συμφωνίες τις οποίες έχουν συνάψει η Αυστρία και η Σουηδία και της εκ της Συνθήκης υποχρεώσεως των κρατών μελών να μην διακυβεύουν την άσκηση των αρμοδιοτήτων τις οποίες αφορούν τα άρθρα 57, παράγραφος 2, ΕΚ, 59 ΕΚ και 60, παράγραφος 1, ΕΚ.

β. Η εξέταση του ενδεχομένου να αποτραπεί η επέλευση ασυμβίβαστου υπό το πρίσμα του άρθρου 307 ΣΕΚ

Η Αυστρία και η Σουηδία, υποστηριζόμενες από όλα τα παρεμβαίνοντα κράτη μέλη, ισχυρίστηκαν ότι υπάρχουν πολλοί τρόποι για να αποφευχθεί τυχόν ασυμβίβαστο σε σχέση με το άρθρο 307 ΣΕΚ που θα μπορούσε να προκύψει στο πλαίσιο των διμερών συμφωνιών τους. Όλοι αυτοί οι τρόποι συνίστανται στη μη εφαρμογή των συμφωνιών, είτε μέσω της κατάλληλης ερμηνείας, βάσει του διεθνούς δικαίου, είτε, απλώς, δια της μη εκτελέσεώς τους. Τα επιχειρήματα αυτά τελικώς δεν έγιναν δεκτά¹⁷³. Εφόσον μία διμερής συμφωνία ενδέχεται, λόγω του γράμματός της, να δυσχεράνει την εφαρμογή της Συνθήκης, το άρθρο 307 ΣΕΚ παρέχει επαρκές μέτρο θεραπείας: τα κράτη μέλη οφείλουν να λάβουν όλα τα

¹⁷³ βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή- Σουηδίας C-249/06, σκ.55-60

πρόσφορα μέτρα για να άρουν το ασυμβίβαστο, πράγμα το οποίο, κατά την ερμηνεία του Δικαστηρίου, σημαίνει ότι οφείλουν να τροποποιήσουν ή, εν ανάγκη, να καταγγείλουν τη συμφωνία¹⁷⁴. Αν ο ισχυρισμός των κρατών μελών κατά τον οποίο κάθε τυχόν ασυμβίβαστο θα μπορούσε να αρθεί απλώς με το να ερμηνεύονται οι συμφωνίες σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο, ή με το να εφαρμόζονται ορισμένες αρχές του διεθνούς δικαίου –ιδίως η αρχή «*rebus sic stantibus*»– ή ακόμη διά της μη εκτελέσεώς τους, θα υπήρχε πάντα αυτή η λύση, οπότε η επιβαλλόμενη από το άρθρο 307 ΣΕΚ στα κράτη μέλη υποχρέωση να λάβουν όλα τα πρόσφορα μέτρα προκειμένου να άρουν το εν λόγω ασυμβίβαστο δεν θα εξυπηρετούσε κανέναν απολύτως σκοπό.

Σε κάθε περίπτωση, ούτε η ερμηνευτική προσέγγιση που πρότειναν η Αυστρία και η Σουηδία ούτε η εφαρμογή του διεθνούς δικαίου θα μπορούσαν να θεραπεύσουν την ασυμβατότητα των διμερών συμφωνιών.

Τα επιχειρήματα των καθ' ων απερρίφθησαν. Η εφαρμογή του άρθρου 307 ΣΕΚ δεν μπορεί να εξαρτάται από την οριστική ερμηνεία ρητρών που περιέχονται σε διμερή συμφωνία ή από την εφαρμογή μιας αμφισβητούμενης αρχής του διεθνούς δικαίου όπως είναι η αρχή «*rebus sic stantibus*». Το Δικαστήριο έχει ήδη αποδεχτεί ότι το γεγονός και μόνο ότι μια συμφωνία ενδέχεται να μη συμβιβάζεται με κοινοτικές διατάξεις, αρκεί για να ενεργοποιηθεί το άρθρο 307 ΣΕΚ.

(iv) Το ζήτημα της συμβατότητας ή μη με το υφιστάμενο κοινοτικό δίκαιο

Το περιεχόμενο των διμερών επενδυτικών συμφωνιών κρίθηκε ότι δεν προσκρούει στο άρθρο 56§§1,2ΣΕΚ¹⁷⁵¹⁷⁶, διότι μέσω των ρητρών που εμπεριέχουν διασφαλίζουν την ελευθερία μεταφοράς κεφαλαίων με σκοπό την πραγματοποίηση της επενδύσεως, τη διαχείριση και διεύρυνσή της, την ελευθερία επαναπατρισμού των κερδών, που αποφέρει η εν λόγω επένδυση, καθώς και την ελευθερία μεταφοράς των αναγκαίων κεφαλαίων για την αποπληρωμή δανείων και των κεφαλαίων που προέρχονται από τη ρευστοποίηση ή από τη μεταβίβαση συγκεκριμένης επενδύσεως.

Από το γράμμα των άρθρων 57§2, 59 ή 60§ 1 ΣΕΚ, δεν φαίνεται να προκύπτει κάτι τέτοιο. Οι διατάξεις αυτές απλώς εξουσιοδοτούν την Κοινότητα να δράσει. Για να θεμελιώσουν ασυμβίβαστο εκ του άρθρου 307 ΣΕΚ, η εξουσιοδότηση αυτή

¹⁷⁴ βλ. απόφαση ΔΕΚ της 4ης Ιουλίου 2000, C-62/98, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (Συλλογή 2000, σ. I-5171, σκέψη 49).

¹⁷⁵ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Αυστρίας, C-205/06, 3-3-2009, σκ.24-26

¹⁷⁶ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Σουηδίας, C-249/06, 3-3-2009, σκ.25-27

πρέπει να ενέχει επιβολή υποχρεώσεως στα κράτη μέλη. Ωστόσο, είναι δύσκολο να συναχθεί η ύπαρξη τέτοιας υποχρεώσεως από τα εν λόγω άρθρα αυτά καθαυτά¹⁷⁷.

Το καθήκον ειλικρινούς συνεργασίας υποχρεώνει τα κράτη μέλη να μην διακυβεύουν την άσκηση κοινοτικών αρμοδιοτήτων. Ωστόσο, εξετάστηκε εάν ισχύει αυτό όταν, όπως στα άρθρα 57, παράγραφος 2, ΕΚ, 59 ΕΚ και 60, παράγραφος 1, ΕΚ, η εν λόγω κοινοτική αρμοδιότητα επιδέχεται την επιβολή περιορισμών στην ελευθερία κινήσεως. Όπως επισήμαναν ορισμένα κράτη μέλη, αυτό φαίνεται ίσως να αντιφάσκει με την εκ του άρθρου 56 ΕΚ υποχρέωση για μη εισαγωγή περιορισμών στην κίνηση κεφαλαίων προς και από τρίτες χώρες. Θα μπορούσε να δοθεί η εντύπωση ότι δίδεται προτεραιότητα σε ενδεχόμενους μελλοντικούς περιορισμούς έναντι της παρούσας σήμερα υποχρεώσεως διευκόλυνσεως της ελευθερίας κινήσεως¹⁷⁸.

Ανησυχίες τέτοιου είδους κρίθηκαν αβάσιμες, για τον απλό λόγο ότι δεν υφίσταται ασυμβίβαστο. Η υποχρέωση των κρατών μελών να διασφαλίζουν την ελευθερία κινήσεως υφίσταται ανεξάρτητα από το καθήκον τους να μην διακυβεύουν μέλλουσα δράση της Κοινότητας. Αν το καθήκον αυτό συνεπάγεται τη μη εφαρμογή ενός εθνικού κανόνα ο οποίος διασφαλίζει την ελευθερία κινήσεως των κεφαλαίων –ή, όπως εν προκειμένω, την τροποποίηση μιας διεθνούς συμφωνίας κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 307 ΣΕΚ– αυτό είναι συνέπεια του γεγονότος ότι η Κοινότητα έχει εξουσιοδοτηθεί, υπό πολύ συγκεκριμένες περιστάσεις, να επιβάλλει περιορισμούς στην ελεύθερη κίνηση των κεφαλαίων. Το καθήκον μη διακυβεύσεως της ασκήσεως αρμοδιοτήτων της Κοινότητας δεν πρέπει να συγχέεται με τις υποχρεώσεις και τα δικαιώματα που συνδέονται με τη δράση των κρατών μελών στον εν λόγω τομέα.

Σε αντίθεση με τα υποστηριχθέντα από την Επιτροπή, η υποχρέωση αυτή δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να συνίσταται στην υποχρέωση τροποποίησης διμερών συμβάσεων για τον λόγο ότι ενδέχεται να προκύψει στο μέλλον ότι δεν συμβιβάζονται με τη νομοθεσία την οποία η Κοινότητα έχει αρμοδιότητα να θεσπίσει. Η υποχρέωση για τροποποίηση διμερών συμφωνιών θα ήταν συνέπεια της εφαρμογής του άρθρου 307 ΣΕΚ. Όμως, για να ενεργοποιηθεί το άρθρο 307 ΣΕΚ εξακολουθεί να είναι αναγκαίο να συναχθεί υποχρέωση των κρατών μελών από μία διάταξη που παρέχει απλώς εξουσιοδότηση στην Κοινότητα για ανάληψη

¹⁷⁷ Ευρισκόμενος προ της ίδιας δυσκολίας, ο γενικός εισαγγελέας Tizzano, στις κοινές προτάσεις που ανέπτυξε επί των υποθέσεων C-466/98 έως C-469/98, C-471/98 έως C-472/98, και C-475/98 έως C-476/98, «Ελεύθερη αεροπλοΐα» (απόφαση της 5ης Νοεμβρίου 2002, Συλλογή 2002, σ. I-9427), θεώρησε ότι «επιγενόμενη αρμοδιότητα της Κοινότητας στις εξωτερικές σχέσεις δεν καθιστά αυτόματα, όσον αφορά τα ζητήματα που ρυθμίζονται ήδη με συμφωνίες των κρατών μελών, τις συμφωνίες αυτές ασυμβίβαστες [με τους κανόνες περί κατανομής αρμοδιοτήτων]» (παράγραφος 113). Το Δικαστήριο δεν απεφάνθη επί του σημείου αυτού, καθότι δέχθηκε ότι οι επίμαχες συμφωνίες είχαν αντικατασταθεί από μεταγενέστερες της προσχωρήσεως συμφωνίες μη εμπόλπουσες στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 307 ΕΚ.

¹⁷⁸ βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή- Σουηδίας C-249/06, σκ.44-46

δράσεως^{179 180}. Υπάρχει μόνο μία περίπτωση όπου η παροχή εξουσιοδοτήσεως γεννά υποχρέωση: πρόκειται για την περίπτωση κατά την οποία η Κοινότητα έχει αποκλειστική αρμοδιότητα. Υπό τις συνθήκες αυτές, τα κράτη μέλη υποχρεούνται να απέχουν από τη θέσπιση νομοθετικών μέτρων. Ωστόσο, εν προκειμένω, δεν αντιμετωπίζουμε τέτοια περίπτωση. Μέχρις ότου η Κοινότητα δράσει, τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να ρυθμίζουν την κίνηση κεφαλαίων προς και από τρίτες χώρες. Με άλλα λόγια, η αρμοδιότητα είναι συντρέχουσα.

Όπως τόνισαν ορισμένα από τα παρεμβάντα κράτη μέλη, η επιβολή στα κράτη μέλη υποχρέωσης αποχής από την υιοθέτηση νομοθετικών μέτρων, είτε με τη θέσπιση εθνικών διατάξεων είτε με τη σύναψη διεθνών συμφωνιών, προκειμένου να αποτραπεί οποιοδήποτε ενδεχόμενο συγκρούσεως με μέλλοντα κοινοτικά νομοθετικά μέτρα, θα μετέτρεπε τον τομέα της ελεύθερης κινήσεως κεφαλαίων από και προς τρίτες χώρες σε τομέα αποκλειστικής κοινοτικής αρμοδιότητας. Στην πραγματικότητα, κάθε τομέας συντρέχουσας αρμοδιότητας θα κινδύνευε να έχει την ίδια τύχη.

Η απάντηση της Επιτροπής είναι ότι τα άρθρα 57§2, 59 και 60§1 ΣΕΚ, έχουν τόσο ειδικό περιεχόμενο ώστε οι υποχρεώσεις των κρατών μελών να είναι ιδιαίτερα περιορισμένες, σε αντίθεση με άλλους τομείς συντρέχουσας αρμοδιότητας. Επομένως, η Επιτροπή αναγνωρίζει προφανώς ότι η αρμοδιότητα θα καθίστατο αποκλειστική αλλά σε μικρή κλίμακα, αφού το αντικείμενο είναι περιορισμένο. Εντούτοις, το γεγονός αυτό δεν δικαιολογεί παρέκκλιση από τις αρχές της συντρέχουσας αρμοδιότητας και κατάργηση του δικαιώματος των κρατών μελών να νομοθετούν ελλείψει κοινοτικής δράσεως. Αντίθετα, η απάντηση στο ερώτημα αν τα κράτη μέλη έχουν υποχρεώσεις δεν εξαρτάται από το εύρος της αρμοδιότητας αλλά πρέπει να είναι η ίδια για όλους τους τομείς όπου προβλέπεται συντρέχουσα αρμοδιότητα.

Υπάρχει όμως ανησυχία από τους Γενικούς Εισαγγελείς όσον αφορά τις συνέπειες που μπορεί να έχει η άσκηση από τα κράτη μέλη της συντρέχουσας αρμοδιότητάς τους, με τη σύναψη διεθνών συμφωνιών, για την ελευθερία και την αποτελεσματικότητα της Κοινότητας κατά την άσκηση της δικής της αρμοδιότητας. Ωστόσο, ο ορθός τρόπος για την αντιμετώπιση του προβλήματος αυτού είναι να μετατραπούν οι παρέχουσες εξουσιοδότηση διατάξεις σε διατάξεις που παρέχουν περιορισμένη, υποτίθεται, αποκλειστική αρμοδιότητα.

Με βάση τα προηγηθέντα, τα άρθρα 57§2, 59 και 60§1 ΣΕΚ, εξουσιοδοτούν απλώς την Κοινότητα να δράσει και δεν επιβάλλουν υποχρέωση στα κράτη μέλη. Από μόνες τους οι εν λόγω διατάξεις δεν μπορούν να δημιουργήσουν ασυμβίβαστο εκ του άρθρου 307 ΣΕΚ. Το ασυμβίβαστο στο οποίο αναφέρεται το άρθρο 307 ΣΕΚ πρέπει να είναι αποτέλεσμα της συγκρούσεως δύο αντιφατικών υποχρεώσεων. Αν

¹⁷⁹ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Αυστρίας, C-205/06, 3-3-2009, σκ.33-36

¹⁸⁰ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Σουηδίας, C-249/06, 3-3-2009, σκ.30-36

οι διατάξεις αυτές –πρωτογενούς ή παράγωγου δικαίου– δεν υπάρχουν, δεν υφίσταται υποχρέωση και, συνεπώς, ούτε και ασυμβίβαστο¹⁸¹.

Συνέπεια του καθήκοντος ειλικρινούς συνεργασίας είναι ότι τα κράτη μέλη δεν επιτρέπεται να υπονομεύουν καμιάς μορφής κοινοτική δράση. Το άρθρο 10 ΣΕΚ δεν κάνει καμία διάκριση. Προβλέπει ότι τα κράτη μέλη «απέχουν από κάθε μέτρο που δύναται να θέσει σε κίνδυνο την πραγματοποίηση των σκοπών της παρούσας Συνθήκης». Το ότι το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι το άρθρο 10 ΣΕΚ εφαρμόζεται σε σχέση με την προθεσμία μεταφοράς οδηγιών, ενώ δεν έχει δεχθεί μέχρι σήμερα το ίδιο σε σχέση με την άσκηση αρμοδιοτήτων της Κοινότητας που απορρέουν από τη Συνθήκη, είναι εντελώς τυχαίο.

Το γεγονός ότι η άσκηση της αρμοδιότητας της Κοινότητας εξακολουθεί απλώς να πιθανολογείται δεν μπορεί να μεταβάλει το συμπέρασμα αυτό. Τα κράτη μέλη δεν επιτρέπεται να θέσουν σε κίνδυνο την πραγματοποίηση ενός, έστω και εν δυνάμει, σκοπού της Κοινότητας. Δεν έχει καμία σημασία το γεγονός ότι η επιδίωξη του σκοπού αυτού απαιτεί ορισμένες συγκεκριμένες ενέργειες (στην προκειμένη περίπτωση, την πραγματική άσκηση της αρμοδιότητας). Η υποχρέωση μη διακυβεύσεως του σκοπού υφίσταται και είναι δεσμευτική για τα κράτη μέλη.

Πάντως, το πρόβλημα δεν έγκειται στην ύπαρξη του ενδεχομένου οιασδήποτε συγκρούσεως στο μέλλον με την κοινοτική νομοθεσία και τους σκοπούς της. Αν έπρεπε να εξαλειφθεί κάθε τέτοιο ενδεχόμενο, δεν θα υπήρχε πλέον συντρέχουσα αλλά αποκλειστική αρμοδιότητα. Το πρόβλημα ανακύπτει μόνο στις περιπτώσεις όπου τα εθνικά μέτρα ή οι διεθνείς υποχρεώσεις των κρατών μελών ενδέχεται να θέσουν σε κίνδυνο την αποτελεσματικότητα τυχόν μελλοντικής κοινοτικής νομοθεσίας και, με τον τρόπο αυτόν, περιορίζουν de facto την ελευθερία την οποία παρέχει η Συνθήκη στην Κοινότητα να δράσει στους οικείους τομείς. Τούτο εξαρτάται από τη φύση τόσο των εθνικών μέτρων ή των διεθνών υποχρεώσεων όσο και των θιγόμενων κοινοτικών αρμοδιοτήτων, όπως επί παραδείγματι από τον επείγοντα ή μη χαρακτήρα των προς θέσπιση μέτρων στο πλαίσιο της ασκήσεως των οικείων αρμοδιοτήτων. Αυτό έχει ιδιαίτερη σημασία προκειμένου για τις συμφωνίες που κατοχυρώνονται στο πλαίσιο του άρθρου 307 ΣΕΚ. Ενώ οι εθνικές διατάξεις αποκλείονται αυτομάτως, κατ' εφαρμογή της αρχής του άμεσου αποτελέσματος και της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου, ενδέχεται να μη συμβαίνει το ίδιο με τις εν λόγω συμφωνίες. Κατά συνέπεια, η ύπαρξη τέτοιων συμφωνιών μπορεί να θέσει σε κίνδυνο την αποτελεσματικότητα της νομοθεσίας την οποία έχει αρμοδιότητα να θεσπίσει η Κοινότητα¹⁸².

¹⁸¹ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Σουηδίας, C-249/06, 3-3-2009, σκ.25-27

¹⁸² Όσον αφορά τη δράση κράτους μέλους διαρκούς της προθεσμίας για τη μεταφορά οδηγιών, όπως έχει επισημάνει με τις προτάσεις του στην υπόθεση Επιτροπή κατά Βελγίου (που παρατίθεται ανωτέρω), «εθνική κανονιστική ρύθμιση μπορεί, επί παραδείγματι, να δημιουργεί υποχρεώσεις των οποίων η εκπλήρωση θα μπορούσε να καταστήσει άνευ πρακτικής αποτελεσματικότητας την επιχειρούμενη σε ευρωπαϊκό επίπεδο εναρμόνιση ή να επιβάλει λύσεις που ενδέχεται να

Επομένως, προτείνω στο Δικαστήριο να υιοθετήσει και πάλι τη διατύπωση που χρησιμοποίησε στο παρελθόν σε σχέση με την μεταφορά οδηγιών και να αποφανθεί ότι τα κράτη μέλη υποχρεούνται να απέχουν από μέτρα τα οποία μπορούν να διακυβεύσουν σοβαρά την άσκηση κοινοτικών αρμοδιοτήτων. Ιδίως, τα κράτη μέλη υποχρεούνται να λαμβάνουν όλα τα πρόσφορα μέτρα ώστε οι προϋπάρχουσες διεθνείς υποχρεώσεις τους να μην υπονομεύουν την άσκηση κοινοτικής αρμοδιότητας.

Συνεπώς, η εν λόγω υποχρέωση εκ της Συνθήκης μπορεί να χρησιμεύσει ως βάση εφαρμογής του άρθρου 307 ΣΕΚ. Ειδικότερα, για να υπάρχει ασυμβίβαστο κατά το εν λόγω άρθρο στις εξεταζόμενες εν προκειμένω υποθέσεις, θα πρέπει η άσκηση της κοινοτικής αρμοδιότητας στην οποία αναφέρονται τα άρθρα 57§2, 59 και 60§1 ΣΕΚ να μπορεί να υπονομευθεί σοβαρά από τις συμφωνίες που έχουν συνάψει η Αυστρία και η Σουηδία.

Σε αντίθεση προς όσα υποστηρίζει η Δημοκρατία της Αυστρίας, τα μέτρα που θέσπισε η ίδια και τα οποία θα ήσαν, κατά την άποψή της, ικανά να της παράσχουν τη δυνατότητα να ανταποκριθεί στις κοινοτικές υποχρεώσεις της δεν παρίστανται ικανά να το διασφαλίσουν¹⁸³.

(α) Πρώτον, οι σύμφυτες με οποιαδήποτε διεθνή διαπραγμάτευση προθεσμίες που θα ήσαν αναγκαίες προκειμένου να συζητηθούν εκ νέου οι επίδικες συμφωνίες είναι εκ φύσεως ασυμβίβαστες προς την πρακτική αποτελεσματικότητα των μέτρων αυτών, (β) Δεύτερον, η δυνατότητα προσφυγής σε άλλα μέσα που παρέχει το διεθνές δίκαιο, όπως η αναστολή εκτελέσεως της συμφωνίας, αν όχι η καταγγελία των επίδικων συμφωνιών ή ορισμένων από τις διατάξεις τους, είναι υπερβολικά αβέβαιη ως προς τα επαγόμενα αποτελέσματα για τη διασφάλιση του ότι τα ληφθέντα από το Συμβούλιο μέτρα θα μπορούσαν να εφαρμοστούν λυσιτελώς και (γ) Εξάλλου, όπως διευκρίνισε και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Δημοκρατία της Αυστρίας μελετά το ενδεχόμενο να θεσπίσει, στα πλαίσια των επενδυτικών συμφωνιών που τελούν υπό διαπραγμάτευση ή επ' ευκαιρία της ανανέωσης των υφισταμένων συμφωνιών, ρήτρα εξαιρούσα ορισμένες αρμοδιότητες περιφερειακών οργανισμών και επιτρέπущα, ως εκ τούτου, την εφαρμογή των περιοριστικών των κινήσεων κεφαλαίων και των πληρωμών μέτρων που θα εξέδιδε το Συμβούλιο.

Μολονότι η ίδια δέχεται ότι παρόμοια ρήτρα πρέπει, κατ' αρχήν, όπως αναγνώρισε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, να θεωρηθεί ως ικανή να άρει το διαπιστωθέν ασυμβίβαστο, δεν αμφισβητείται ότι, στις περιπτώσεις στις οποίες αναφέρθηκε η Επιτροπή, η Δημοκρατία της Αυστρίας δεν προέβη, εντός της ταχθείσας με την αιτιολογημένη γνώμη της προθεσμίας, σε κανένα διάβημα προς

εξακολουθούν να υφίστανται κατά πολύ πέραν της λήξεως της προθεσμίας για τη μεταφορά και να επηρεάσουν, με τη σειρά τους, τη μεταγενέστερη εξέλιξη των κοινοτικών επιλογών» (σημείο 49).

¹⁸³ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Αυστρίας, C-205/06, 3-3-2009, σκ.38-42

τα ενδιαφερόμενα τρίτα κράτη προκειμένου να αρθεί ο κίνδυνος συγκρούσεως με τα μέτρα που το Συμβούλιο ενδέχεται να υιοθετήσει δυνάμει των άρθρων 57§ 2, 59 και 60§1 ΣΕΚ, κίνδυνος ο οποίος απορρέει ενδεχομένως από την εφαρμογή των συναφθεισών με τα εν λόγω τρίτα κράτη επενδυτικών συμφωνιών.

Ο ισχυρισμός της Φιλανδίας ότι οι επενδυτικές συμφωνίες περιέχουν ρήτρα δυνατότητας να ασκεί τα δικαιώματά της και να εκπληρώνει τις υποχρεώσεις της ως μέλος της Κοινότητας¹⁸⁴, απερρίφθη από το Δικαστήριο, διότι ερευνήθηκε και αξιολογήθηκε ότι η εν δυνάμει δυνατότητα της Φινλανδίας να στηριχθεί στη φράση «εντός των επιτρεπομένων ορίων δυνάμει της εθνικής της νομοθεσίας» έναντι τρίτων χωρών με τις οποίες συνήψε τις εν λόγω συμφωνίες διασφαλίζει αρκούντως ότι οι κατά τα άρθρα 57§ 2, 59 και 60§1 ΣΕΚ, περιορισμοί στην κυκλοφορία κεφαλαίων και πληρωμών, όπου συμμετέχουν τρίτες χώρες, μπορούν να εφαρμοσθούν και ότι δεν το επιτυγχάνει. Κρίθηκε δε ότι η εφαρμογή του άρθρου 307 ΣΕΚ δεν διασφαλίζεται αρκούντως μέσω μίας αμφίβολης ερμηνείας διατάξεων διεθνούς συμφωνίας και ότι το άρθρο 307 ΣΕΚ είναι, μάλλον, «γενικού περιεχομένου και εφαρμόζεται σε κάθε συμφωνία, ανεξαρτήτως αντικειμένου, η οποία ενδέχεται να επηρεάσει την εφαρμογή της Συνθήκης».

Το δε επιχείρημα της Ουγγρικής και Γερμανικής κυβέρνησης ότι η διαπίστωση ασυμβιβάστου αντιβαίνει προς τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς και της απαγόρευσης των διακρίσεων, απερρίφθη από το ΔΕΚ¹⁸⁵, καθώς κατά πάγια νομολογία, η αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων απαιτεί να μην αντιμετωπίζονται κατά διαφορετικό τρόπο όμοιες καταστάσεις ούτε καθ' όμοιο τρόπο διαφορετικές καταστάσεις, εκτός και αν μια τέτοιου είδους μεταχείριση δικαιολογείται αντικειμενικώς¹⁸⁶.

Παρά ταύτα, η κατάσταση κράτους μέλους που υπήρξε διάδικος στην κατά το άρθρο 226 ΕΚ διαδικασία διαφέρει ουσιωδώς από την κατάσταση κράτους μέλους που δεν υπήρξε διάδικος στην ίδια διαδικασία. Η αντίθετη άποψη θα υπονόμει σημαντικά την ελευθερία της Επιτροπής να κινεί διαδικασίες διαπιστώσεως παραβάσεως όταν το κρίνει αναγκαίο σε εκπλήρωση του ρόλου της ως θεματοφύλακας της Συνθήκης.

Ενόψει του ρόλου αυτού, η Επιτροπή είναι η μόνη αρμόδια να αποφασίζει, αφενός, αν είναι σκόπιμο να κινήσει τη διαδικασία διαπιστώσεως παραβάσεως κράτους μέλους και, αφετέρου, την πράξη ή την παράλειψη που καταλογίζεται στο οικείο κράτος μέλος λόγω της οποίας πρέπει να κινηθεί η διαδικασία αυτή. Η Επιτροπή δεν οφείλει, στο πλαίσιο της ασκήσεως των αρμοδιοτήτων που της

¹⁸⁴ βλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα Eleanor Sharpston στην υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή- Φιλανδίας C-118/07, σκ.26-29

¹⁸⁵ βλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα Eleanor Sharpston στην υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή- Φιλανδίας C-118/07, σκ.51-56

¹⁸⁶ βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της 14ης Μαΐου 2009, C-34/08, Azienda Agricola Disarò Antonio κ.λπ. (δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλογή, σκέψη 67 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

απονέμει το άρθρο 226 ΕΚ, να αποδεικνύει την ύπαρξη ειδικού εννόμου συμφέροντος¹⁸⁷.

Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, τα κράτη μέλη δεν μπορούν να δικαιολογήσουν τη μη εκπλήρωση των υποχρεώσεων που υπέχουν από τη Συνθήκη στηριζόμενα στο γεγονός ότι και άλλα κράτη μέλη παραβαίνουν ενδεχομένως τις υποχρεώσεις τους. Στην κοινοτική έννομη τάξη που εγκαθιδρύει η Συνθήκη, η εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου από τα κράτη μέλη δεν μπορεί να υπόκειται στον όρο της αμοιβαιότητας. Τα άρθρα 226 ΕΚ και 227 ΕΚ προβλέπουν τα κατάλληλα μέτρα παροχής ένδικης προστασίας για την αντιμετώπιση αυτών των περιπτώσεων¹⁸⁸.

(ν) Τα προτεινόμενα μέτρα αποτροπής του ασυμβίβαστου

Οσάκις υφίσταται ασυμβατότητα έναντι του άρθρου 307 ΣΕΚ, τα κράτη μέλη έχουν την υποχρέωση να λάβουν όλα τα πρόσφορα μέτρα για να την άρουν¹⁸⁹.

Η Σουηδία θεώρησε ότι η συμπεριφορά της ήταν νόμιμη και, κατά συνέπεια, αρνήθηκε να προβεί σε οποιαδήποτε ενέργεια εντός της προθεσμίας που της έταξε η Επιτροπή με την αιτιολογημένη γνώμη της. Επομένως, παρέβη την υποχρέωσή της εκ του άρθρου 307 ΣΕΚ. Η Αυστρία υιοθέτησε παρόμοια στάση αλλά, σε αντίθεση με τη Σουηδία, δήλωσε ότι βρίσκεται σε φάση επεξεργασίας μιας ρήτρας περί «οργανισμών περιφερειακής οικονομικής ολοκληρώσεως» («ΟΠΟΟ») που προτίθεται να ενσωματώσει στο τυποποιημένο κείμενο των επενδυτικών συμφωνιών της. Η ρήτρα αυτή θα εμπόδιζε την εφαρμογή μιας διμερούς συμφωνίας σε περίπτωση συγκρούσεώς της με κοινοτική υποχρέωση. Ωστόσο, η ρήτρα αυτή θα ίσχυε μόνο σε σχέση με μέλλουσες συμφωνίες. Όσον αφορά τις συμφωνίες που αποτελούν το αντικείμενο της παρούσης υποθέσεως, η Αυστρία ανέφερε μόνον ότι έχουν προγραμματιστεί συνομιλίες με την Κίνα για το «εγγύς μέλλον» και ότι η αναδιαπραγμάτευση της συμφωνίας με τη Ρωσία είχε ήδη αρχίσει αλλά ανεστάλη μέχρι να ολοκληρωθούν οι εργασίες συντάξεως της ρήτρας ΟΠΟΟ.

Το μόνο μέτρο που έλαβε πραγματικά η Αυστρία εντός της προθεσμίας που της έθεσε η Επιτροπή στην αιτιολογημένη γνώμη της είναι ότι άρχισε διαπραγματεύσεις σχετικά με μία και μόνη συμφωνία. Φέρει ευθύνη για το γεγονός ότι στη συνέχεια ανέστειλε τις διαπραγματεύσεις αυτές. Κατά συνέπεια, θεωρώ ότι και η Αυστρία παρέβη τις εκ του άρθρου 307 ΣΕΚ υποχρεώσεις της.

¹⁸⁷ βλ. απόφαση της 5ης Νοεμβρίου 2002, C-476/98, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 2002, σ. I-9855, σκέψη 38 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

¹⁸⁸ βλ. απόφαση του Δικαστηρίου της 29ης Μαρτίου 2001, C-163/99, Πορτογαλία κατά Επιτροπής (Συλλογή 2001, σ. I-2613, σκέψη 22 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

¹⁸⁹ βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή- Σουηδίας C-249/06, σκ.63-70

Η Αυστρία και η Σουηδία υποστηρίζουν ότι, μολονότι δεν έλαβαν κανένα ουσιαστικό μέτρο προκειμένου να άρουν το ασυμβίβαστο, η εκ του άρθρου 307 ΣΕΚ υποχρέωση δεν φθάνει μέχρι του σημείου να τους επιβάλει να προβούν σε καταγγελία των διμερών συμφωνιών τους. Στο πλαίσιο αυτό, ορισμένα κράτη μέλη υποστήριξαν ότι θα πρέπει να ληφθούν υπόψη τα συμφέροντα των επενδυτών τους στο εξωτερικό κατά τον καθορισμό της εκτάσεως της υποχρεώσεως για άρση ασυμβιβάστου έναντι του άρθρου 307 ΣΕΚ.

Το άρθρο 307 ΣΕΚ επιβάλλει στα κράτη μέλη να λάβουν όλα τα πρόσφορα μέτρα για την άρση μιας ασυμβατότητας. Το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει ότι τέτοια πρόσφορα μέτρα μπορούν να είναι η τροποποίηση και, εν ανάγκη, η καταγγελία των συμφωνιών. Τα κράτη μέλη δεσμεύονται ως προς το αποτέλεσμα που πρέπει να επιτευχθεί και περιορίζονται μόνο από την ανάγκη νομιμότητας των μέσων που θα μετέλθουν.

Στο πλαίσιο αυτό, μπορούν ασφαλώς να λάβουν υπόψη τα συμφέροντα των επενδυτών τους. Ωστόσο, τα συμφέροντα αυτά δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να απαλλάξουν τα κράτη μέλη από την υποχρέωσή τους συμμορφώσεως προς το κοινοτικό δίκαιο, εκτός εάν υπάρχει ειδική διάταξη που προβλέπει κάτι τέτοιο. Το ίδιο το άρθρο 307 ΣΕΚ επιτρέπει ορισμένες παρεκκλίσεις από το κοινοτικό δίκαιο, αναγνωρίζοντας προϋφιστάμενες διεθνείς υποχρεώσεις που έχουν αναληφθεί από τα κράτη μέλη. Σκοπός του δεν είναι να επιτρέψει στα κράτη μέλη να δίδουν το προβάδισμα σε τέτοιες υποχρεώσεις έναντι των κοινοτικών τους υποχρεώσεων αν αυτό θα ήταν ευνοϊκότερο για τα συμφέροντα των επενδυτών τους.

Παρά ταύτα, η καταγγελία των συμφωνιών θα πρέπει να θεωρείται ως έσχατο μέσο *ultima ratio*. Αυτό όμως συμβαίνει επειδή η Συνθήκη τάσσεται υπέρ του να αποφεύγεται, κατά το μέτρο του δυνατού, οποιαδήποτε παρεμβολή σε σχέση με προϋφιστάμενες διεθνείς υποχρεώσεις κρατών μελών.

(vi) Η απόφαση του Δικαστηρίου

Το ΔΕΚ ακολούθησε την άποψη της Επιτροπής και την άποψη των Γενικών Εισαγγελέων^{190 191} και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι πράγματι οι τρεις αυτές χώρες παραλείποντας να λάβουν τα πρόσφορα μέτρα¹⁹² για την άρση των ασυμβιβάστων με τη Συνθήκη διατάξεων περί μεταφοράς κεφαλαίων που περιλαμβάνουν οι διμερείς συμφωνίες επενδύσεων με αντικείμενο την προώθηση και την αμοιβαία προστασία των επενδύσεων, παρέβησαν τις υποχρεώσεις που υπέχουν από το αρθρ.307§2 ΣΕΚ¹⁹³ και τις καταδίκασε στα δικαστικά έξοδα.

Επίσης, κρίθηκε ότι, σύμφωνα με το άρθρο 307εδ.β' ΣΕΚ, εν ανάγκη, τα κράτη μέλη παρέχουν αμοιβαία συνδρομή προκειμένου να επιτύχουν την άρση των διαπιστωθέντων ασυμβιβάστων και υιοθετούν, κατά περίπτωση, κοινή στάση. Στο πλαίσιο της ευθύνης που φέρει, δυνάμει του άρθρου 211 ΣΕΚ, η Επιτροπή να μεριμνά για την εφαρμογή των διατάξεων της Συνθήκης, εναπόκειται στην ίδια να αναλαμβάνει οποιαδήποτε πρωτοβουλία ικανή να διευκολύνει την αμοιβαία συνδρομή μεταξύ των ενδιαφερομένων κρατών μελών και την εκ μέρους τους υιοθέτηση κοινής στάσεως¹⁹⁴.

¹⁹⁰ βλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα Eleanor Sharpston στην υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή- Φιλανδίας C-118/07, σκ.51-56

¹⁹¹ βλ. Κοινές Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Poiares Maduro στις υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή- Αυστρίας C-205/06 και Επιτροπή- Σουηδίας C-249/06, σκ.71

¹⁹² βλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα Eleanor Sharpston στην υποθ. ΔΕΚ Επιτροπή- Φιλανδίας C-118/07, σκ.44-47

¹⁹³ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Σουηδίας, C-249/06, 3-3-2009, σκ.45-46

¹⁹⁴ βλ. αποφ. ΔΕΚ Επιτροπή- Αυστρίας, C-205/06, 3-3-2009, σκ.44-46

(δ) Η εξέταση της συμβατότητας από τον εθνικό δικαστή.

Η Τσεχία και η Σλοβακία προσέφυγαν στα εθνικά δικαστήρια για να αμφισβητήσουν την δικαιοδοσία των διαιτητικών δικαστηρίων. Η Τσεχία ξεκίνησε μία εσωτερική νομική διαδικασία, ώστε να αμφισβητήσει την απόφαση στην υπόθεση Binder κατά Τσεχίας¹⁹⁵.

Πρώτη φορά όμως τέθηκε το ζήτημα της συμβατότητας της ρήτρας διαιτησίας με το κοινοτικό δίκαιο στο **Εφετείο της Φρανκφούρτης**^{196 197}, το οποίο την 10-5-2012 έκρινε ότι **η πρόβλεψη περί διαιτησίας** που περιλαμβάνονταν σε intra- EU BITs συμβαδίζουν με το ενωσιακό δίκαιο και οι επενδυτές μπορούν επομένως να θέσουν ισχυρισμούς επί τη βάση αυτών των προβλέψεων σε βάρος των κρατών υποδοχής. Το δικαστήριο της Φρανκφούρτης επικύρωσε την άποψη των διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων περί μη υπάρξεως ασυμβατότητας μεταξύ της πρόβλεψης περί υπαγωγής σε διαιτησία και ευρωπαϊκού δικαίου.

Στην υπόθεση Eureko, η κυβέρνηση της Σλοβακίας αμφισβήτησε ενώπιον του εθνικού δικαστή την δικαιοδοσία του διαιτητικού δικαστηρίου, στο οποίο προσέφυγε η Eureko. Το Δικαστήριο ξεπέρασε αυτή την αμφισβήτηση μέσω του διαχωρισμού της υπόθεσης. Με βάση τη γερμανική διάταξη που αντιστοιχεί στο άρθρο 16§3 των κανόνων UNCITRAL, η Σλοβακία προσέφυγε στο Δικαστήριο της Φρανκφούρτης, ως το δικαστήριο της έδρας της διαιτησίας, για να αποφασίσει επί της δικαιοδοσίας των διαιτητικών δικαστηρίων.

Το Δικαστήριο της Φρανκφούρτης απεφάνθη ότι το άρθρο 344ΣΛΕΕ (πρώην 292ΣΕΚ) εφαρμόζεται μόνο μεταξύ ΚΜ και όχι μεταξύ ΚΜ και ιδιώτη, άρα οι ισχυρισμοί της Σλοβακίας ήταν αβάσιμοι. Το εν λόγω άρθρο, δεν απαγορεύει, συνεπώς, την επενδυτική διαιτησία μεταξύ ενός ιδιώτη επενδυτή και ενός ΚΜ. Πιο συγκεκριμένα, η ανάγκη να εφαρμόσει και να ερμηνεύσει το ευρωπαϊκό δίκαιο δεν απαιτεί να αντικαταστήσει τη διαιτησία των BITs με έναν δικαστικό αγώνα. Το ΔΕΚ δεν έχει, κατά την κρίση του εθνικού δικαστηρίου, το “μονοπώλιο” της εφαρμογής του ευρωπαϊκού δικαίου. Όλα τα δικαστήρια των ΚΜ επιλαμβάνονται σχετικά με την ερμηνεία και την εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Ακόμη και όταν προβαίνουν σε προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΚ, βάσει του άρθρου 267ΣΛΕΕ, το ΔΕΚ μόνο προβαίνει σε ερμηνεία του ενωσιακού δικαίου, το οποίο σημαίνει ότι παραμένει στα εθνικά δικαστήρια η εφαρμογή της απόφασης του ΔΕΚ.

Η απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση Eco Swiss¹⁹⁸ επίσης καταδεικνύει ότι η διαιτητική διαδικασία και οι αποφάσεις, δεν απαλλάσσονται από την

¹⁹⁵ βλ. Cecilia Olivet, ό.π., pg.6

¹⁹⁶ βλ. Stephan Balthasar, “Investment arbitration under intra- EU BITs: Recent developments in Eureko vs Slovakia”, kluwerarbitrationblog.com

¹⁹⁷ βλ. ιστότοπο www.italaw.com

¹⁹⁸ βλ. αποφ. ΔΕΚ C-126/97 Eco Swiss Time Ltd v Benetton International NV

αξιολόγηση σχετικά με τη συμμόρφωση ή μη στο ενωσιακό δίκαιο. Στην πραγματικότητα, τα εθνικά δικαστήρια των ΚΜ μπορούν να κρίνουν αποφάσεις που ελήφθησαν μέσω διαδικασιών διαιτησίας, και, στο πλαίσιο αυτό, να απευθύνουν προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΚ βάσει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ. Επίσης, τα διαιτητικά δικαστήρια μπορούν να ζητήσουν στα πλαίσια της εξέλιξης των εκκρεμουσών υποθέσεων σε αυτά, από τα εθνικά δικαστήρια να απευθύνουν προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΚ.

Το Εφετείο της Φρανκφούρτης επίσης δεν αναγνώρισε παραβίαση του 18ΣΛΕΕ, το οποίο απαγορεύει τη διάκριση μεταξύ πολιτών των ΚΜ της ΕΕ, καθώς σύμφωνα με το δικαστήριο, όταν το ΚΜ της ΕΕ συμφωνεί σε διαιτητική επίλυση της διαφοράς μόνο προς το συμφέρον των επενδυτών από ορισμένα ΚΜ της ΕΕ, είναι κατ'αρχήν παραβίαση του άρθρου 18ΣΛΕΕ, διότι αυτή η συμφωνία αποτελεί διάκριση για τους επενδυτές των ΚΜ της ΕΕ, οι οποίοι προέρχονται από χώρα που δεν έχει συνάψει επενδυτική συμφωνία με το κράτος υποδοχής. Ωστόσο, κατά τη γνώμη του Δικαστηρίου, δε θα αποδίδονταν σε ρήτρες διαιτησίας σε άκυρες επενδυτικές συμφωνίες: στην πραγματικότητα, η ακυρότητα των προβλέψεων περί διαιτησίας θα μπορούσε να ανατρέψει τις νόμιμες προσδοκίες που έχουν οι επενδυτές όταν συνάπτουν τις συμφωνίες επί τη βάση της υποθέσεως ότι η διαιτητική διαδικασία θα είναι διαθέσιμη για αυτούς σε περίπτωση που προκύψει οποιαδήποτε διαφορά με το κράτος υποδοχής. Επίσης, το άρθρο 18ΣΛΕΕ, θα μπορούσε να υποχρεώσει το κράτος υποδοχής να δημιουργήσει διαιτητική διαδικασία διαθέσιμη στους επενδυτές όλων των ΚΜ, είτε ισχύει η BIT είτε όχι.

Επομένως, το Εφετείο της Φρανκφούρτης δεν διαπίστωσε ασυμβατότητα με το ευρωπαϊκό δίκαιο και αποφάσισε ότι το άρθρο 30§3 Σύμβασης της Βιέννης δεν ακυρώνει τη ρήτρα περί διαιτησίας που προβλέπεται στις BITs. Το δικαστήριο επίσης υποστήριξε ότι η απόφαση δεν παραβιάζει την αρχή της «αμοιβαίας εμπιστοσύνης» μεταξύ των ΚΜ, γιατί η διαιτησία ήταν ένας αναγνωρισμένος θεσμός – μηχανισμός διευθέτησης διαφορών, επομένως δεν συντρέχει λόγος να θίγονται συμφέροντα άλλων ΚΜ.

Η απόφαση επιβεβαιώνει τη διαθεσιμότητα της επενδυτικής διαιτησίας και προστατεύει τους επενδυτές και τις εύλογες προσδοκίες τους. Την τελική - και απολύτως ενδιαφέρουσα- λύση θα δώσει το Γερμανικό Ακυρωτικό Δικαστήριο, το οποίο μάλιστα έχει και την υποχρέωση να θέσει προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΚ, ως τελευταίου βαθμού δικαστήριο¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Έχει εκδοθεί την 19-9-2013 η προκαταρκτική απόφαση του Ανώτατου Ακυρωτικού Δικαστηρίου της Γερμανίας βλ. ιστότοπο <http://www.italaw.com/cases/documents/418>

(ε) Η εξέταση της συμβατότητας υπό το πρίσμα του διεθνούς δικαίου - Η νομολογία των Διαιτητικών Δικαστηρίων σχετικά με τις BITs που συνήφθησαν από ΚΜ της ΕΕ με τρίτες χώρες πριν την προσχώρησή τους στην ΕΕ

αα. Ρήτρα διαιτησίας και δικαιοδοσία των διαιτητικών δικαστηρίων

Τα διαιτητικά δικαστήρια στην υπόθεση **Eastern Sugar** και **Eureko** υποστήριξαν ότι οι ρήτρες περί διαιτησίας στην εκάστοτε BIT δεν αντικαθίστανται ή, διαφορετικά, δεν περιορίζονται από το ευρωπαϊκό δίκαιο ή ανέλαβαν δικαιοδοσία χωρίς καν να κρίνουν το ζήτημα της ασυμβατότητας με το ευρωπαϊκό δίκαιο²⁰⁰. Στην υπόθεση **Eureko** το Δικαστήριο έκρινε ότι η δικαιοδοσία του προβλέπεται από κανόνες δικαίου και τονίζει ιδιαίτερα το γεγονός ότι η συγκεκριμένη διαδικασία έχει εκούσιο χαρακτήρα και λαμβάνει χώρα στηριζόμενη στην συμφωνία των μερών²⁰¹. Η πρόβλεψη αυτή περί διαιτησίας κρίθηκε ότι είναι η πιο σημαντική στην πράξη. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι ενώ οι αρχές περί ίσης και δίκαιης μεταχείρισης προβλέπονται σε πολλά νομικά κείμενα εθνικά, περιφερειακά και διεθνή, η δυνατότητα περί επίλυσης μίας επενδυτικής διαφοράς από ένα ανεξάρτητο διαιτητικό δικαστήριο, αποτελεί τη σημαντικότερη εγγύηση παροχής προστασίας του από το κράτος υποδοχής²⁰². Η σπουδαιότητα των διατάξεων αυτών περί διαιτητικής επίλυσης των διαφορών υπογραμμίστηκε από τα διαιτητικά δικαστήρια και σε άλλες υποθέσεις²⁰³.

Τα δικαστήρια έκριναν ότι η πρόβλεψη της ρήτρας περί διαιτησίας δεν αντίκειται στην αρχή της «αμοιβαίας εμπιστοσύνης» των ΚΜ, αφού η διαιτησία δεν έρχεται σε αντίθεση με το σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας της ΕΕ²⁰⁴. Εξάλλου, ο Κανονισμός των Βρυξελλών του 2000, που διαδέχτηκε τη Συνθήκη των Βρυξελλών, εξαιρεί τη διαιτησία από το πεδίο εφαρμογής του. Κατά το Δικαστήριο, το ευρωπαϊκό δίκαιο δεν αντικαθιστά αυτόματα τις BITs, ως αποτέλεσμα της προσχώρησης στην ΕΕ, επομένως η ρήτρα περί διαιτησίας συνεχίζει να ισχύει.

Αναφέρει κι άλλους ακόμα πρόσθετους λόγους που θεμελιώνεται η δικαιοδοσία των διαιτητικών δικαστηρίων, όπως ότι το άρθρο 13§3 της BIT

²⁰⁰ βλ. Stephan Balthasar, "Investment arbitration under intra- EU BITs: Recent developments in /Eureko vs Slovakia", kluwerarbitrationblog.com

²⁰¹ **Eureko -Slovakia**, PCA, Case No 2008-13, σκ.219 και 220

²⁰² βλ. αποφ. **Eastern Sugar v. Czech Republic**, Partial Award, SCC No 088/2004, σκ.165

²⁰³ βλ. Case No. **ARB/9717**, Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, Decision on Objections to Jurisdiction dated January 25, 2000, point 54; ICSID Case No. **ARB/03/10**, *Gas Natural SDG, SA. v. Argentine Republic*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction dated June 17, 2005, point 31; ICSID Case No. **ARB/03/17**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA. and Interagua Servicios Integrales de Agua SA. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction dated May 16, 2006, point 57.

²⁰⁴ βλ. αποφ. **Eastern Sugar v. Czech Republic**, Partial Award, SCC No 088/2004, σκ.171

μεταξύ Τσεχίας-Ολλανδίας προβλέπει ότι η επενδυτική προστασία θα συνεχίζει να ισχύει για ακόμη 15 χρόνια από την λήξη της σύμβασης.

Επιπλέον, το γεγονός ότι οι Συνθήκες δεν προβλέπουν την άσκηση από τον ιδιώτη επενδυτή ευθείας προσφυγής κατά του κράτους υποδοχής, σε αντίθεση με τις BITs, που αυτό είναι το ουσιώδες χαρακτηριστικό των BITs, θεωρήθηκε από το δικαστήριο αρκετό για να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της Τσεχίας περί ελλείψεως δικαιοδοσίας του. Ως εκ τούτου, το δικαστήριο δέχθηκε ότι έχει δικαιοδοσία και απέρριψε τους σχετικούς ισχυρισμούς της Τσεχίας²⁰⁵.

Τα διαιτητικά δικαστήρια επίσης έκριναν ότι μέσω διαιτησίας οι επενδυτές έχουν ευρύτερη προστασία σε σχέση με αυτήν που προβλέπει το ευρωπαϊκό δίκαιο²⁰⁶, καθώς οι BITs παρέχουν σαφώς ευρύτερη προστασία. Επίσης, οι Συνθήκες και το εν γένει ευρωπαϊκό δίκαιο δεν απαγορεύουν την διαιτησία μεταξύ ιδιώτη επενδυτή και χώρας υποδοχής²⁰⁷, αντιθέτως μάλιστα η επίλυση διαφορών μέσω διαιτησίας αποτελεί κοινότοπο στο δίκαιο της ΕΕ και το ΔΕΚ έχει επανειλημμένως δώσει ενδείξεις σχετικά με το πώς θα πρέπει η διαιτησία να διαχειριστεί ζητήματα σχετικά με το ευρωπαϊκό δίκαιο.

Το Δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό ότι το ίδιο στερείται δικαιοδοσίας διότι το ευρωπαϊκό δίκαιο έχει άμεση εφαρμογή και «εκτοπίζει» την εφαρμογή του διεθνούς δικαίου, επιπλέον δε, επειδή το ΔΕΚ είναι το μόνο δικαστήριο που μπορεί να ερμηνεύει αυθεντικά το ευρωπαϊκό δίκαιο²⁰⁸.

Το επιχείρημα ότι το ΔΕΚ έχει το μονοπώλιο της ερμηνείας του ευρωπαϊκού δικαίου και ότι το διαιτητικό δικαστήριο δε μπορεί να το εφαρμόσει και να ερμηνεύσει κρίθηκε εσφαλμένο²⁰⁹, καθώς καθημερινώς εφαρμόζεται και ερμηνεύεται το δίκαιο αυτό από εθνικά και διαιτητικά δικαστήρια. Το ΔΕΚ έχει μόνο το μονοπώλιο της αυθεντικής ερμηνείας του ευρωπαϊκού δικαίου, το οποίο έχει σαφώς μεγάλη διαφορά. Επομένως, το διαιτητικό δικαστήριο μπορεί να προβαίνει σε ερμηνεία και εφαρμογή του ευρωπαϊκού δικαίου, όπως και του διεθνούς, αλλά και του γερμανικού δικαίου ως *lex loci arbitri* και οι ισχυρισμοί περί έλλειψης δικαιοδοσίας κατ'αυτό το σκεπτικό, απορρίφθηκαν.

ββ. Επί του διαιτητεύσιμου της διαφοράς

²⁰⁵ βλ. αποφ. *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, SCC No 088/2004, σκ.181

²⁰⁶ βλ. αποφ. *Eureko v. Slovakia*, PCA, Case No 2008-13, σκ.265

²⁰⁷ βλ. αποφ. *Eureko v. Slovakia*, PCA, Case No 2008-13, σκ.274

²⁰⁸ βλ. αποφ. *Eureko v. Slovakia*, PCA, Case No 2008-13, σκ.278-9

²⁰⁹ βλ. αποφ. *Eureko v. Slovakia*, PCA, Case No 2008-13, σκ.282επ.

Η Τσεχία ισχυρίστηκε ότι οι ζημίες που επικαλέστηκε η Eastern Sugar και αφορούν το χρονικό διάστημα μετά την προσχώρηση στην ΕΕ δεν είναι δεκτικές διαιτησίας, διότι μετά την προσχώρησή της στην ΕΕ πλέον αντικαταστάθηκαν οι ρυθμίσεις των BITs με τους κανόνες του ευρωπαϊκού δικαίου και επομένως δεν είναι καν σε ισχύ η BIT άρα ούτε και η ρήτρα περί διαιτησίας και επομένως αρμόδιο θα ήταν το ΔΕΚ. Το Δικαστήριο βέβαια απέρριψε αυτόν τον ισχυρισμό²¹⁰.

Επίσης, στην υπόθεση **Eureko**, απέρριψε σχετικό ισχυρισμό της Σλοβακίας περί του μη διαιτητεύσιμου της διαφοράς για τον λόγο ότι έχει εφαρμογή το ευρωπαϊκό δίκαιο και το γερμανικό δίκαιο ως *lex loci arbitri*. Ωστόσο, το δικαστήριο έκρινε ότι δεν απαγορεύεται από το ευρωπαϊκό δίκαιο, αλλά ούτε από το γερμανικό επί τη βάση του σκεπτικού που εξέθεσε στο ζήτημα επί της δικαιοδοσίας του²¹¹.

γγ. Τρόπος επίλυσης της σύγκρουσης - Το ζήτημα της ακύρωσης ή τερματισμού και της εν γένει μη εφαρμογής των BITs υπό το ευρωπαϊκό δίκαιο

Στην υπόθεση **Eastern Sugar**²¹², το Δικαστήριο κατ'αρχήν έκρινε ότι η Επιτροπή μέσω των Δηλώσεων της δεν υποστήριξε ότι οι BITs τερματίζονται (αντικαθίστανται από το ευρωπαϊκό δίκαιο) αυτόματα. Αναφέρει δε, ότι σε καμία Συνθήκη ή άλλη συμφωνία δεν αναφέρεται ρητώς ότι θα τερματιστούν οι ήδη ισχύουσες BITs, και θεωρεί ότι αυτή η σιωπή δεν είναι τυχαία, καθώς θα ξένιζε το γεγονός ότι ένα τόσο σημαντικό θέμα, όσο οι επενδύσεις, απλά προσπεράστηκε από τα νέα και τα παλιά ΚΜ της ΕΕ. Η μεν Συνθήκη της ΕΕ δεν αναφέρει τίποτε απολύτως, η δε Ευρωπαϊκή Συμφωνία για τη Ζάχαρη δεν αναφέρει τίποτε σχετικά με τερματισμό άλλων συμφωνιών. Επίσης και οι ίδιες οι BITs δεν αναφέρουν τίποτε σχετικά με την τύχη τους σε περίπτωση προσχώρησης των συμβαλλομένων σε αυτές μερών στην ΕΕ²¹³.

Εν τη απουσία, συνεπώς, ρητών ειδικότερων νομικών προβλέψεων, το Διαιτητικό Δικαστήριο έκρινε ότι θα έπρεπε η επίδραση στην BIT μεταξύ Τσεχίας-Ολλανδίας της προσχώρησης της Τσεχίας στην ΕΕ, ένα περιφερειακό διεθνή οργανισμό, να κριθεί με βάση το διεθνές δίκαιο και συγκεκριμένα τη Σύμβαση της Βιέννης περί του Δικαίου των Συνθηκών του 1969, της οποίας τόσον η Τσεχία, όσον και η Ολλανδία είναι συμβαλλόμενα μέρη. Επομένως, το εφαρμοστέο δίκαιο περιλαμβάνει τα άρθρα της Σύμβασης της Βιέννης και συγκεκριμένα το άρθρο 42 περί πρόβλεψης τερματισμού της Διεθνούς Συνθήκης σε όρο της και το άρθρο 59 περί τερματισμού της Διεθνούς Συνθήκης λόγω σύναψης μεταγενέστερης συνθήκης, όπως έχει αναλυθεί ανωτέρω.

²¹⁰ βλ. αποφ. *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, SCC No 088/2004, σκ.185-7

²¹¹ βλ. αποφ. *Eureko v. Slovakia*, PCA, Case No 2008-13, σκ.284-5

²¹² βλ. αποφ. *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, SCC No 088/2004, σκ.128-129

²¹³ βλ. αποφ. *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, SCC No 088/2004, σκ. 142-143

Το Δικαστήριο δεν δέχθηκε τον ισχυρισμό της Τσεχίας ότι η ΣυνθΕΕ ως μεταγενέστερη συνθήκη καλύπτει **το ίδιο αντικείμενο** με την BIT. Θεωρεί ότι υπάρχει διαφορά στον τρόπο αντίληψης και στη στόχευση, αφού η ΕΕ επιλαμβάνεται τον ζητημάτων που άπτονται της ελεύθερης κίνησης κεφαλαίων και εγγυάται αυτήν, δηλαδή εγγυάται ότι επενδυτές από άλλα ΚΜ της ΕΕ, πλην της Τσεχίας, θα μπορούν ελεύθερα να επενδύσουν στην Τσεχία, όπως αντίστοιχα ένας επενδυτής Τσέχος να μπορεί να επενδύσει σε άλλα ΚΜ.²¹⁴ Οι BITs από την άλλη πλευρά, οι προβλέψεις των BITs για ίση και δίκαιη μεταχείριση του επενδυτή, καθ' όλη τη διάρκεια της επένδυσης στη χώρα υποδοχής, απαγορεύουν την απαλλοτρίωση και εγγυώνται πλήρη προστασία και ασφάλεια. Επίσης, προβλέπουν μια ειδική δικαιοδοτική διαδικασία, τη διαιτησία μεταξύ κράτους υποδοχής και επενδυτή.

Επίσης, το δικαστήριο έκρινε -στα πλαίσια του ίδιου συλλογισμού για την εφαρμογή ή μη του άρθρου 59 Συμβ.Βιέννης- ότι ούτε η Τσεχία, ούτε η Ολλανδία εξέφρασαν τη βούλησή τους το ευρωπαϊκό δίκαιο να αντικαταστήσει την ένδικη BIT.

Τελικώς, το Δικαστήριο κατέληξε στο ότι δεν υπάρχει ασυμβίβαστο μεταξύ ευρωπαϊκού δικαίου και BIT²¹⁵, καθώς η ελεύθερη κίνηση κεφαλαίων και η προστασία των επενδύσεων είναι διαφορετικά πράγματα, αλλά συμπληρωματικά. Εάν οι Συνθήκες παρέχουν περισσότερα δικαιώματα στους επενδυτές απ' ό,τι η BIT, τότε όλα τα ΚΜ μπορούν να ισχυριστούν την επέκταση αυτών των δικαιωμάτων και στους υπόλοιπους επενδυτές των ΚΜ της ΕΕ.

Υποστηρίζει επίσης ότι η διαφορά προέκυψε πριν την προσχώρηση της Τσεχίας στην ΕΕ, επομένως δε μπορεί να έχει επίδραση στην ισχύ της BIT²¹⁶. Αυτό έρχεται και σε συμφωνία με το άρθρο 70 Συμβ.Βιέννης. Επιπλέον, έκρινε ότι δεν τερματίζονται αυτόματα οι BITs και απορρίφθηκε ο ισχυρισμός της Τσεχίας ότι η BIT έχει τερματιστεί μονομερώς (μερικώς) και άρα συνεχίζει να ισχύει κατά τα λοιπά, διότι αυτό έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 30 Συμβ.Βιέννης, το οποίο εφαρμόζεται όταν δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 59 Συμβ.Βιέννης.

Στην υπόθεση **Eureko**, επίσης, εφαρμοστέο κρίθηκε το δίκαιο που προβλέπεται στην BIT και το διεθνές δίκαιο, στο οποίο συμπεριλαμβάνεται και το εφαρμοστέο ευρωπαϊκό δίκαιο²¹⁷. Το Δικαστήριο ερμηνεύει και εφαρμόζει το άρθρο 59 Συμβ.Βιέννης, σε συνδυασμό με το άρθρο 65 Συμβ.Βιέννης²¹⁸,

²¹⁴ βλ. αποφ. Eastern Sugar v. Czech Republic, Partial Award, SCC No 088/2004, σκ. 160-163

²¹⁵ βλ. αποφ. Eastern Sugar v. Czech Republic, Partial Award, SCC No 088/2004, σκ. 168

²¹⁶ βλ. αποφ. Eastern Sugar v. Czech Republic, Partial Award, SCC No 088/2004, σκ.175-6

²¹⁷ βλ. αποφ. Eureko v. Slovakia, PCA, Case No 2008-13, σκ.229

²¹⁸ βλ. **αρθρ.65 Συμβ.Βιέννης**: « 1. A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties

προκειμένου να ελέγξει εάν έχει τερματιστεί η σχετική BIT ή όχι και καταλήγει στο συμπέρασμα ότι σύμφωνα με τη Συνθήκη της Βιέννης προκειμένου να θεωρηθεί άκυρη μία διεθνής συνθήκη ή να τερματιστεί **θα πρέπει να ακολουθηθεί η διαδικασία του άρθρου 65 Συμβ.Βιέννης** και δε μπορεί να γίνει αυτόματα²¹⁹.

Το δεύτερο κώλυμα που εντοπίζει -και αυτό το Δικαστήριο- ως προς το ζήτημα της συμβατότητας είναι **η μη ταύτιση του αντικειμένου**, όπως απαιτεί το άρθρο 59 Συμβ.Βιέννης, προκειμένου να εφαρμοστεί²²⁰, καθώς το άρθρο αυτό αναφέρεται σε ολόκληρο το περιεχόμενο της εκάστοτε Συνθήκης²²¹. Καταλήγει δε στο συμπέρασμα ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται από το άρθρο αυτό, καθώς δεν προκύπτει καμία πρόθεση των μερών να τερματίσουν την BIT, ούτε προβλέπεται κάτι σχετικό στα νομικά κείμενα. Μάλιστα δε, η BIT προβλέπει και παρέχει ειδικά δικαιώματα και υποχρεώσεις, τα οποία δεν προβλέπονται στις Συνθήκες.

Επίσης, τονίζει ότι δεν υφίσταται ασυμβίβαστο στην προκειμένη υπόθεση, καθώς το κράτος υποδοχής δεν επικαλείται διατάξεις διεθνούς δικαίου (ή ευρωπαϊκού) προκειμένου να αποφύγει τις υποχρεώσεις του προς τον επενδυτή τρίτης χώρας που απορρέουν από BIT. Αντιθέτως, στην προκειμένη περίπτωση, τόσο το κράτος υποδοχής, όσο και ο επενδυτής υπόκεινται στο ευρωπαϊκό δίκαιο, οι δε αρχές της ίσης και δίκαιης μεταχείρισης, της πλήρους προστασίας και ασφάλειας και προστασίας ενάντια στις απαλλοτριώσεις δεν έρχονται σε αντίθεση με το ευρωπαϊκό δίκαιο²²².

Τα διαιτητικά δικαστήρια επίσης έκριναν ότι μέσω διαιτησίας οι επενδυτές έχουν ευρύτερη προστασία σε σχέση με αυτήν που προβλέπει το ευρωπαϊκό δίκαιο²²³, καθώς οι BITs παρέχουν σαφώς ευρύτερη προστασία. Επομένως, τα διαιτητικά δικαστήρια δεν μπορούν δια της ακύρωσης ή τερματισμού των BIT να στερήσουν στους επενδυτές ήδη παρεχόμενα δικαιώματα.

of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor.

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 67 the measure which it has proposed.

3. If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in article 33 of the Charter of the United Nations.

5. Without prejudice to article 45, [189] the fact that a State has not previously made the notification prescribed in paragraph 1 shall not prevent it from making such notification in answer to another party claiming performance of the treaty or alleging its violation»

²¹⁹ βλ. αποφ. Eureka v. Slovakia, PCA, Case No 2008-13, σκ.235

²²⁰ βλ. αποφ. Eureka v. Slovakia, PCA, Case No 2008-13, σκ.239

²²¹ Σε αντίθεση με το άρθρο 30 Συμβ.Βιέννης, το οποίο αναφέρεται σε συγκεκριμένες διατάξεις

²²² βλ. αποφ. Eureka v. Slovakia, PCA, Case No 2008-13, σκ.263

²²³ βλ. αποφ. Eureka v. Slovakia, PCA, Case No 2008-13, σκ.265

δδ. Η θέση των εξειδικευμένων στις επενδύσεις δικηγόρων, συμπεριλαμβανομένων και των επενδυτικών διαιτητών²²⁴.

(i) Οι επενδυτικοί διαιτητές:

Οι επενδυτικοί διαιτητές που κάθισαν στα πάνελ υποθέσεων, όπως Eastern Sugar κατά Τσεχίας (Robert Volterra, Pierre A. Karrer και Emmanuel Gaillard) και Achmea (Eureko) κατά Σλοβακίας (Vaughan Lowe, Albert Jan van de Berg και W Veeder) απέρριψαν τις θέσεις της Τσεχίας και της Σλοβακίας σε βάρος των ενδο-ενωσιακών BITs. Αντί γι' αυτό, αυτοί ισχυρίστηκαν ότι οι ενδο-ενωσιακές BITs παραμένουν σε ισχύ. Αυτά τα πάνελ δέχθηκαν τη δικαιοδοσία χωρίς να λάβουν υπ' όψιν τους τη συμβατότητα της διαιτησίας μεταξύ κρατών-επενδυτή σε ενδο-ενωσιακές BITs με το ευρωπαϊκό δίκαιο.

Ειδικότερα, στην υπόθεση Eastern Sugar κατά Τσεχίας, οι διαιτητές εξέφρασαν την άποψη ότι «ένα διεθνές επενδυτικό δικαστήριο, ανεξάρτητο από την χώρα υποδοχής είναι η καλύτερη εγγύηση».

Ο διαιτητής Emmanuel Gaillard ήταν τόσο φανατικός στο να διατηρήσει αυτές τις BITs που προσπέρασε την απόρριψη της θέσης της Τσεχίας για τις ενδο-ενωσιακές BITs να αναλάβει δραστική υπεράσπιση ενάντια στην πρόταση της Επιτροπής να καταργήσουν σταδιακά τις BITs μεταξύ ΚΜ της ΕΕ. Ο Gaillard προειδοποίησε ότι «η προσπάθεια να δημιουργήσει ένα πεδίο δράσης των επενδύσεων στην Ευρώπη θα είχε την αδόκητη συνέπεια να απομακρύνει τις εταιρίες που θέλουν να επενδύσουν μακριά από την Ευρωπαϊκή Ένωση». Ίσως το γεγονός ότι ο ίδιος ο Gaillard είχε διαιτητεύσει σε 3 υποθέσεις με ενδο-ενωσιακές BITs, δίνει εξήγηση στο γιατί ήταν τόσο πολύ ανήσυχος να υποστηρίξει αυτά τα επιχειρήματα.

(ii) Οι δικηγορικές εταιρίες:

Οι δικηγορικές εταιρίες που συμμετείχαν σε χιλιάδες επενδυτικές διαιτησίες υπενθύμιζαν στους πελάτες τους τους «κινδύνους» που αντιμετωπίζουν υπό το φως της κατάργησης των ενδο-ενωσιακών BITs.

Για παράδειγμα, η τσέχικη δικηγορική εταιρία Smed Jorgensen αναφερόμενη στην απόφαση της Τσέχικης Δημοκρατίας να τερματίσει την BIT με την Ιταλία, ανοιχτά συμβούλευσε τους πελάτες της ότι «σε μερικές υποθέσεις υπάρχει, ευτυχώς, τρόπος για να βγεις από αυτήν την κατάσταση». Η συμβουλή τους προς τους επενδυτές ήταν να ιδρύσουν μία εταιρία-«σκιά» (εικονική εταιρία) σε μία άλλη χώρα, η οποία είχε ακόμη σε ισχύ έγκυρη και ισχυρή BIT με τη Τσεχία και με αυτόν τον τρόπο να απολαύσουν την προστασία των επενδύσεών τους.

²²⁴ βλ. Cecilia Olivet, ό.π., pg.6

Η Ολλανδική εταιρία De Braw, επίσης, δημοσίευσε μία γενική προειδοποίηση σχετικά με τους κινδύνους της σταδιακής κατάργησης των BITs. Δεδομένου ότι η De Braw εκπροσώπησε την Ολλανδική εταιρία ασφαλίσεων Eureko στην υπόθεση εναντίον της Τσέχικης Δημοκρατίας, εξέταση από οικονομικής πλευράς του θέματος δε μπορεί να αποκλειστεί ως ένα από τα κίνητρα που οδήγησαν σε αυτήν την θέση.

Η δικηγορική εταιρία K&L Gates προσπάθησε να δημιουργήσει ένα lobby εναντίον των ενδο-ενωσιακών BITs: «Οι ευρωπαϊκές επιχειρήσεις θα πρέπει να κρατήσουν επαφή με τους αντιπροσωπευτικούς τους οργανισμούς και να ξεκαθαρίσουν τις ανησυχίες τους προς τους ευρωπαϊκούς θεσμούς, έτσι ώστε οι τελευταίοι να τις λάβουν υπόψη τους».

Ζ. Η ΕΞΕΤΑΣΗ ΤΟΥ ΖΗΤΗΜΑΤΟΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΕΝΔΟ-ΕΝΩΣΙΑΚΩΝ ΒΙΤς ΣΕ ΣΧΕΣΗ ΜΕ ΤΟ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΜΕΤΑ ΤΗ ΘΕΣΗ ΣΕ ΙΣΧΥ ΤΗΣ ΣΥΝΘΗΚΗΣ ΤΗΣ ΛΙΣΣΑΒΩΝΑΣ

(α) Η νομική φύση της ΕΕ και η νομική προσωπικότητά της

Με βάση τις διατάξεις της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση (στο εξής ΣΕΕ), η Ευρωπαϊκή Ένωση αποτελεί μία υπερεθνική νομική οντότητα (supranational legal entity), υπέρ της οποίας τα ΚΜ, με βάση την αρχή της δοτής αρμοδιότητας, μεταβίβασαν προς αυτήν, σε συγκεκριμένους τομείς, εθνικές αρμοδιότητες^{225 226}.

(β) Η δυνατότητα της ΕΕ να διαπραγματεύεται και να συνάπτει συμβάσεις με τρίτες χώρες, καθώς και να είναι μέλος σε Διεθνείς Οργανισμούς

Με βάση το άρθρο 47ΣΕΕ²²⁷, η Ένωση έχει πλέον νομική προσωπικότητα, δηλαδή αναγνωρίζεται ότι είναι υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων. Η νομική αυτή προσωπικότητα ισχύει τόσο στο εσωτερικό των ΚΜ, όσο και στον διεθνή τομέα. Ως προς τον διεθνή τομέα, ιδίως, η Ένωση έχει νομική προσωπικότητα, επομένως είναι υποκείμενο του διεθνούς δικαίου και μέλος της διεθνούς κοινωνίας, δυνάμενη, σύμφωνα με τα άρθρα **216επ.ΣΛΕΕ**²²⁸ να συνάπτει διεθνείς συμφωνίες με τρίτα κράτη και διεθνείς οργανισμούς, όπως είχε κατά το παρελθόν την ικανότητα αυτή η Κοινότητα. Επομένως, η ΕΕ, ως διάδοχος της ΕΚ, είναι ιδρυτικό μέλος του ΠΟΕ, αφού διαδέχθηκε την ΕΚ, η οποία είχε υπογράψει τις Συμφωνίες του Μαρακές, τον Απρίλιο του 1994, με τις οποίες ιδρύθηκε ο ΠΟΕ, καθώς και συμβαλλόμενο μέρος των Συμφωνιών Αφρικής, Καραϊβικής, Ειρηνικού (ΑΚΕ), που από το 1975 και εντεύθεν είχε υπογράψει η ΕΚ. Στο δε άρθρο 218ΣΛΕΕ²²⁹ (πρώην αρθρ. 300ΣΕΚ) περιγράφεται και ρυθμίζεται η γενική διαδικασία συνάψεως διεθνών συμφωνιών της Ένωσης με ένα ή περισσότερα κράτη ή διεθνείς οργανισμούς, ενώ σε άλλα προβλέπεται και ρυθμίζεται η διαδικασία συνάψεως διεθνών συμφωνιών

²²⁵ βλ. **αρθρ. 1§1 ΣΕΕ**: «Με την παρούσα Συνθήκη, τα ΥΨΗΛΑ ΣΥΜΒΑΛΛΟΜΕΝΑ ΜΕΡΗ ιδρύουν μεταξύ τους μία ΕΥΡΩΠΑΪΚΗ ΕΝΩΣΗ εφεξής καλούμενη “Ένωση”, στην οποία τα κράτη μέλη απονέμουν αρμοδιότητες για την επίτευξη των κοινών τους στόχων».

²²⁶ βλ. Παν.Ι.Κανελλόπουλο, ό.π., σελ. 90επ.

²²⁷ βλ. **αρθρ. 47 ΣΕΕ**: «Η Ένωση έχει νομική προσωπικότητα»

²²⁸ βλ. **αρθρ. 216ΣΛΕΕ**: «1. Η Ένωση μπορεί να συνάπτει συμφωνία με μία ή περισσότερες τρίτες χώρες ή διεθνείς οργανισμούς όταν το προβλέπουν οι Συνθήκες ή όταν η σύναψη συμφωνίας είναι αναγκαία για την επίτευξη, στο πλαίσιο των πολιτικών της Ένωσης, ενός εκ των στόχων που καθορίζονται από τις Συνθήκες ή προβλέπεται σε νομικά δεσμευτική πράξη της Ένωσης ή ακόμα ενδέχεται να επηρεάσει κοινούς κανόνες ή να μεταβάλει την εμβέλειά τους.

2. Οι συμφωνίες που συνάπτει η Ένωση δεσμεύουν τα θεσμικά όργανα της Ένωσης και τα κράτη μέλη.»

²²⁹ βλ. **άρθρο 218ΣΛΕΕ**: «1. Με την επιφύλαξη των ειδικών διατάξεων του άρθρου 207, για τη διαπραγμάτευση και τη σύναψη των συμφωνιών μεταξύ της Ένωσης και τρίτων χωρών ή διεθνών οργανισμών ακολουθείται η εξής διαδικασία:[...]»

επί συγκεκριμένων θεμάτων, όπως στο άρθρο **207 ΣΛΕΕ**²³⁰, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, στο πλαίσιο της Κοινής Εμπορικής Πολιτικής, καθώς και στο άρθρο 219ΣΛΕΕ, σχετικά με τη σύναψη από το Συμβούλιο συμφωνιών για ένα σύστημα συναλλαγματικών ισοτιμιών κ.λπ. και στο αρθρ.217ΣΛΕΕ, σχετικά με τη σύναψη συμφωνιών σύνδεσης.

(γ) Η θέσπιση αποκλειστικής αρμοδιότητας της ΕΕ σε θέματα ΑΞΕ βάσει άρθρων 206 και 207ΣΛΕΕ και ο προσδιορισμός της έννοιας των ΑΞΕ ως προϋπόθεση για την οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής τους

Με τη Συνθήκη της Λισσαβώνας του 2007²³¹, τα ΚΜ της ΕΕ συμφώνησαν για πρώτη φορά να εντάξουν τις ΑΞΕ στην κοινή εμπορική πολιτική, εκχωρώντας την αποκλειστική αρμοδιότητα της διαπραγμάτευσης και σύναψης διμερών και πολυμερών επενδυτικών συνθηκών με τρίτα κράτη ή διεθνείς οργανισμούς στην Ένωση.

Σύμφωνα με το αρθρ.**3παρ.1ΣΛΕΕ**²³², η Ένωση έχει αποκλειστική αρμοδιότητα, μεταξύ άλλων, στην κοινή εμπορική πολιτική. Στον τομέα αυτό δηλαδή, μόνον η Ένωση, σύμφωνα με το αρθρ.20παρ.1ΣΛΕΕ, έχει αρμοδιότητα να νομοθετεί και να εκδίδει νομικά δεσμευτικές πράξεις, ενώ τα ΚΜ έχουν την εν λόγω δυνατότητα μόνο εάν εξουσιοδοτούνται προς τούτο από την Ένωση ή μόνο για να εφαρμόσουν τις πράξεις της Ένωσης. Στις περιπτώσεις που η Ένωση έχει αποκλειστική αρμοδιότητα, ο μόνος περιορισμός που τίθεται κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων αυτών είναι η αρχή της αναλογικότητας, σύμφωνα με την οποία, το περιεχόμενο και η μορφή της δράσης της Ένωσης, δεν πρέπει να υπερβαίνουν τα απαιτούμενα για την επίτευξη των στόχων των Συνθηκών²³³.

Βάσει του άρθρου **3παρ.2ΣΛΕΕ**²³⁴, η Ένωση έχει αποκλειστική αρμοδιότητα και σε έναν ακόμη τομέα, δηλαδή να συνάπτει διεθνείς συμφωνίες όταν η σύναψη αυτή προβλέπεται σε νομοθετική πράξη της

²³⁰ **αρθρ.207ΣΛΕΕ:** “1. Η κοινή εμπορική πολιτική διαμορφώνεται βάσει ενιαίων αρχών, ιδίως όσον αφορά τις μεταβολές δασμολογικών συντελεστών, τη σύναψη δασμολογικών και εμπορικών συμφωνιών σχετικά με τις ανταλλαγές εμπορευμάτων και υπηρεσιών, και τις εμπορικές πτυχές της διανοητικής ιδιοκτησίας, τις άμεσες ξένες επενδύσεις, την ενοποίηση των μέτρων ελευθέρωσης, την πολιτική των εξαγωγών και τα μέτρα εμπορικής άμυνας, στα οποία περιλαμβάνονται τα μέτρα που λαμβάνονται σε περιπτώσεις ντάμπινγκ και επιδοτήσεων.

Η κοινή εμπορική πολιτική ασκείται στο πλαίσιο των αρχών και των στόχων της εξωτερικής δράσης της Ένωσης. [...]”

²³¹ βλ. Γκλαβίνη, ό.π., σελ.458

²³² **αρθρ.3παρ.1ΣΛΕΕ:** “Η Ένωση έχει αποκλειστική αρμοδιότητα στους ακόλουθους τομείς: [...] ε) την κοινή εμπορική πολιτική”

²³³ βλ. Παν.Ι.Κανελλόπουλο, ό.π., σελ. 271επ.

²³⁴ βλ. **αρθρ.3παρ.2ΣΛΕΕ:** “Η Ένωση έχει επίσης αποκλειστική αρμοδιότητα για τη σύναψη διεθνούς συμφωνίας όταν η σύναψη αυτή προβλέπεται σε νομοθετική πράξη της Ένωσης ή είναι απαραίτητη για να μπορέσει η Ένωση να ασκήσει την εσωτερική της αρμοδιότητα, ή κατά το μέτρο που ενδέχεται να επηρεάσει τους κοινούς κανόνες ή να μεταβάλει την εμβέλειά τους.”

Ένωσης ή είναι απαραίτητη για να μπορέσει η Ένωση να ασκήσει την εσωτερική της αρμοδιότητα, ή κατά το μέτρο που ενδέχεται να επηρεάσει τους κοινούς κανόνες ή να μεταβάλλει την εμβέλειά τους.

Βάσει του **άρθρου 206ΣΛΕΕ**²³⁵, το οποίο μαζί με το άρθρο **207ΣΛΕΕ**²³⁶ περιέχουν τις ουσιαστικές ρυθμίσεις περί κοινής εμπορικής πολιτικής, η οποία αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο των εξωτερικών οικονομικών σχέσεων της Ένωσης, επήλθαν τέσσερεις βασικές τροποποιήσεις στο πρώην άρθρο 131ΣΕΚ²³⁷ και συγκεκριμένα²³⁸:

(α) Ανάθεσε την επίτευξη των στόχων της κοινής εμπορικής πολιτικής στην ίδια την Ένωση, αφαιρώντας την από τα ΚΜ, κάτι που συνάδει με τη ρητή πλέον συμπερίληψη της κοινής εμπορικής πολιτικής στις αποκλειστικές αρμοδιότητες της Ένωσης, δυνάμει του αρθρ. 3παρ.1 υπό ε) ΣΛΕΕ,

(β) Επέκτεινε το πεδίο εφαρμογής της κοινής εμπορικής πολιτικής στις άμεσες ξένες επενδύσεις,

(γ) Συμπεριέλαβε στους στόχους της κοινής εμπορικής πολιτικής τον περιορισμό και φραγμών οποιασδήποτε άλλης φύσης, πέραν των τελωνειακών και

(δ) Κατάργησε το β' εδ. του άρθρου 131ΣΕΚ.

Ως προς τη διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής της κοινής εμπορικής πολιτικής της Ένωσης με την ρητή εισαγωγή και των άμεσων ξένων επενδύσεων, οφείλουμε να επισημάνουμε, ότι είναι απαραίτητη η οριοθέτηση της έννοιας των ΑΞΕ, προκειμένου να κρίνεται κατά περίπτωση η ανάγκη για σύμπραξη και των ΚΜ, γεγονός που περιορίζει το ειδικό βάρος της Ένωσης ως μοναδικού εκπροσώπου των οικονομιών των ΚΜ σε διεθνές επίπεδο.

²³⁵ βλ. **αρθρ.206ΣΛΕΕ**: “Με τη δημιουργία τελωνειακής ένωσης σύμφωνα με τα άρθρα 28 έως 32, η Ένωση συμβάλλει, για το κοινό συμφέρον, στην αρμονική ανάπτυξη του παγκόσμιου εμπορίου, στην προοδευτική κατάργηση των περιορισμών στις διεθνείς συναλλαγές και στις άμεσες ξένες επενδύσεις, καθώς και στον περιορισμό των τελωνειακών και άλλων φραγμών”

²³⁶ βλ. **αρθρ.207§1ΣΛΕΕ**: “Η κοινή εμπορική πολιτική διαμορφώνεται βάσει ενιαίων αρχών, ιδίως όσον αφορά τις μεταβολές δασμολογικών συντελεστών, τη σύναψη δασμολογικών και εμπορικών συμφωνιών σχετικά με τις ανταλλαγές εμπορευμάτων και υπηρεσιών, και τις εμπορικές πτυχές της διανοητικής ιδιοκτησίας, τις άμεσες ξένες επενδύσεις, την ενοποίηση των μέτρων ελευθέρωσης, την πολιτική των εξαγωγών και τα μέτρα εμπορικής άμυνας, στα οποία περιλαμβάνονται τα μέτρα που λαμβάνονται σε περιπτώσεις ντάμπινγκ και επιδοτήσεων. Η κοινή εμπορική πολιτική ασκείται στο πλαίσιο των αρχών και των στόχων της εξωτερικής δράσης της Ένωσης. [...]”

²³⁷ βλ. **αρθρ. 131ΣΕΚ**: «Τα κράτη μέλη αποσκοπούν, με τη δημιουργία τελωνειακής ενώσεως μεταξύ τους, να συμβάλουν προς το κοινό συμφέρον στην αρμονική ανάπτυξη του παγκόσμιου εμπορίου, στην προοδευτική κατάργηση των περιορισμών στις διεθνείς συναλλαγές και στον περιορισμό των τελωνειακών φραγμών.

Κατά τη θέσπιση της κοινής εμπορικής πολιτικής λαμβάνεται υπόψη η ευμενής επίπτωση που δύναται να έχει στην αύξηση της ανταγωνιστικότητας των επιχειρήσεων των κρατών μελών η κατάργηση των δασμών μεταξύ τους.»

²³⁸ βλ. Γ.Γρύλλο, ό.π., σελ. 925επ.

Ωστόσο, δε μπορεί να αποκλειστεί και μία ερμηνεία κατά την οποία η σχέση μεταξύ άμεσων επενδύσεων και διατάξεων περί κεφαλαίων και πληρωμών (αρθρ. 63-66ΣΛΕΕ), που αφορούν τους μηχανισμούς με τους οποίους διακινούνται τα αναγκαία για την πραγματοποίηση της επένδυσης και την απόληψη των καρπών της κεφάλαια, αρκεί για να θεμελιώσει, υπό το φως του αρθρ.3§2ΣΛΕΕ, αποκλειστική αρμοδιότητα της Ένωσης προς σύναψη διεθνών συμφωνιών και στον τομέα αυτόν.

Επίσης, τίθεται το ερώτημα, εάν η αποκλειστική αρμοδιότητα της Ένωσης καλύπτει τις άμεσες επενδύσεις μόνο στο μέτρο που συναρτώνται με το διεθνές εμπόριο ή αν, αντιθέτως, οι ΑΞΕ αποτελούν πλέον στο σύνολό τους έναν τομέα της ΚΕΠ. Υπέρ μιας πιο περιοριστικής ερμηνείας θα συνηγορούσε η συστηματική θέση των ΑΞΕ στη διάταξη περί ΚΕΠ και όχι σε μία διάταξη με αντικείμενο μία πολιτική επί των ΑΞΕ. Ωστόσο, όμως, δεδομένης της αλληλεξάρτησης μεταξύ εμπορίου και ΑΞΕ δεν είναι σαφές με ποια κριτήρια, που να ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις της ασφάλειας δικαίου, θα μπορέσει να εφαρμοστεί στην πράξη μια τέτοια διάκριση. Η δε γραμματική ερμηνεία του άρθρου 207ΣΛΕΕ δεν αντιτίθεται στο να θεωρηθεί ο τομέας των ΑΞΕ γενικώς ως τμήμα της ΚΕΠ. Σε κάθε περίπτωση, η Επιτροπή²³⁹ συμμερίζεται την ανάλυση του ΟΟΣΑ, σύμφωνα με την οποία ο συνδυασμός των διατάξεων περί προαγωγής και προστασίας των επενδύσεων με ευρύτερες διατάξεις περί απελευθέρωσης του εμπορίου επιφέρει σημαντικότερα αποτελέσματα.

(δ) Η θέσπιση εξωτερικής αρμοδιότητας της Ένωσης

Η διαφωνία που προέκυψε σχετικά με τη δυνατότητα σύναψης ή μη διεθνών συμφωνιών από την Κοινότητα που αναλύθηκε ανωτέρω, λύθηκε²⁴⁰ μέσω της πρόβλεψης του άρθρου **216ΣΛΕΕ**, το οποίο ορίζει τις τέσσερις περιπτώσεις, κατά τις οποίες μπορεί να συνάπτει η Ένωση συμφωνία με μία ή περισσότερες τρίτες χώρες ή διεθνείς οργανισμούς, δηλαδή (α) όταν το προβλέπουν οι συνθήκες, ή (β) όταν η σύναψη συμφωνίας είναι αναγκαία για την επίτευξη, στο πλαίσιο των πολιτικών της Ένωσης, ενός εκ των στόχων που καθορίζονται από τις Συνθήκες, ή (γ) προβλέπεται σε νομικά δεσμευτική πράξη της Ένωσης, ή ακόμη (δ) ενδέχεται να επηρεάσει κοινούς κανόνες ή να μεταβάλει την εμβέλειά τους.

Επίσης, βάσει του άρθρου **3§2ΣΛΕΕ**, η Ένωση έχει αποκλειστική αρμοδιότητα για τη σύναψη διεθνούς συμφωνίας όταν (ε) η σύναψη αυτή προβλέπεται σε νομοθετική πράξη της Ένωσης, (στ) είναι απαραίτητη για να μπορέσει η Ένωση να ασκήσει την εσωτερική της αρμοδιότητα ή (ζ) κατά το

²³⁹ βλ. Ανακοίνωση Επιτροπής COM(2010) 343 της 7-7-2010 με τίτλο «Προς μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων», σελ.6

²⁴⁰ βλ. Παν.Ι.Κανελλόπουλο, ό.π., σελ. 314επ.

μέτρο που ενδέχεται να επηρεάσει τους κοινούς κανόνες ή να μεταβάλει την εμβέλειά τους.

Επομένως, στην α' περίπτωση του άρθρου 216ΣΛΕΕ, δηλαδή όταν προβλέπεται από τις Συνθήκες, προβλέπεται η αυτονόητη αναγνώριση της **ρητής εξωτερικής αρμοδιότητας** της Ένωσης, με χαρακτηριστικό παράδειγμα αυτό του άρθρου 207§3ΣΛΕΕ, που παρέχει τη δυνατότητα σύναψης τέτοιου είδους διεθνών συμφωνιών σε θέματα κοινής εμπορικής πολιτικής.

αα. Η Ανακοίνωση Επιτροπής COM(2010) 343 της 7-7-2010 με τίτλο «Προς μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων» -Πρόταση Κανονισμού περί μεταβατικών διατάξεων στο πλαίσιο των διμερών επενδυτικών συμφωνιών μεταξύ ΚΜ και τρίτων χωρών.

Η Επιτροπή εξέδωσε επί τη βάσει του αρθρ. 207§2ΣΛΕΕ, πρόταση Κανονισμού προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο για τη θέσπιση μεταβατικών διατάξεων στο πλαίσιο των διμερών επενδυτικών συμφωνιών μεταξύ των κρατών μελών και των τρίτων χωρών. Σκοπός του προτεινόμενου Κανονισμού είναι η θέσπιση των όρων, των προϋποθέσεων και της διαδικασίας βάσει της οποίας τα ΚΜ λαμβάνουν την έγκριση να διατηρήσουν σε ισχύ, να τροποποιήσουν ή να συνάψουν διμερείς επενδυτικές συμφωνίες με τρίτες χώρες. Η πρόταση Κανονισμού περιλαμβάνει υποχρέωση κοινοποίησης των συναφθεισών συμφωνιών, έγκριση διατήρησής τους σε ισχύ από πλευράς Επιτροπής, επανεξέταση των εγκριθεισών συμφωνιών και ανάκληση της έγκρισης, ιδίως σε περίπτωση αντίθεσης με τη νομοθεσία της Ένωσης, επικάλυψης συμφωνίας που έχει συνάψει η ΕΕ με τη συγκεκριμένη τρίτη χώρα ή δημιουργίας εμποδίου στην ανάπτυξη και εφαρμογή των πολιτικών της Ένωσης για επενδύσεις. Η πρόταση αποβλέπει τη δυνατότητα τροποποίησης υφιστάμενων αλλά ακόμα και σύναψης νέων συμφωνιών από τα ΚΜ υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις ενώ προβλέπει και στενή συνεργασία μεταξύ της Επιτροπής και των ΚΜ σε ό,τι αφορά την εκτέλεση των εν ισχύι συμφωνιών²⁴¹.

Η ανακοίνωση της Επιτροπής αναφέρεται κατ' αρχήν σαφέστατα στη διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής της ΚΕΠ στο σύνολο του εμπορίου υπηρεσιών και τη συμπερίληψη και των ΑΞΕ, δεδομένου ότι η διασυννοριακή παροχή υπηρεσιών, κυρίως μέσω της εμπορικής παρουσίας, απαιτεί συχνά σημαντικές άμεσες επενδύσεις²⁴². Η ανάγκη για τη διεύρυνση αυτή ήταν δεδομένη, αν ληφθεί υπόψη ότι η Ένωση αποτελεί τον κυριότερο αποδέκτη αλλά και τη μεγαλύτερη πηγή ΑΞΕ παγκοσμίως.

²⁴¹ βλ. Ανακοίνωση Επιτροπής COM(2010) 343 της 7-7-2010 με τίτλο «Προς μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων», σελ.1επ.

²⁴² βλ. Ανακοίνωση Επιτροπής COM(2010) 343 της 7-7-2010 με τίτλο «Προς μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων», σελ.5επ. και περισσότερα σε Γ.Γρύλλο, ό.π., σελ.934επ.

Επίσης, στην εν λόγω ανακοίνωση εκλαμβάνεται ως δεδομένη η αποκλειστική αρμοδιότητα της Ένωσης στον τομέα των ΑΞΕ, δυνάμει του ως άνω ανελυμένου αρθρ. 207§1ΣΛΕΕ. Προσδιορίσθηκε επίσης ο τρόπος καθορισμού του προσανατολισμού της εμπορικής πολιτικής της ΕΕ με τρίτες χώρες, καθώς αντιπρόσωποι των κυβερνήσεων των κρατών μελών της ΕΕ συνεδριάζουν κάθε εβδομάδα με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή με αυτόν τον σκοπό. Στη συνέχεια, η Επιτροπή δήλωσε ότι θα διαπραγματεύεται εξ ονόματος της ΕΕ. Η Επιτροπή διαπραγματεύεται επίσης τις επενδυτικές συμφωνίες της ΕΕ με τρίτες χώρες, υπό την καθοδήγηση των κρατών μελών και του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου.

Επίσης, έθεσε τον εξής διττό αυτό στόχο , δηλαδή ότι επιθυμεί να **εγγυηθεί υψηλό επίπεδο προστασίας για τους επενδυτές της ΕΕ και επιπλέον να διασφαλίσει συγχρόνως το δικαίωμα να θεσπίζει ρυθμίσεις** ώστε να μεριμνά για την τήρηση των κανόνων σχετικά με την ευημερία των πολιτών της ΕΕ και των κρατών μελών της. Το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο ενέκριναν αυτό το έγγραφο πολιτικής ως βάση των διαπραγματεύσεων της ΕΕ²⁴³.

ββ. Συμπεράσματα από την 3041η συνεδρίαση του Συμβουλίου Εξωτερικών Υποθέσεων, Λουξεμβούργο, 25 Οκτωβρίου 2010

Το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο ενέκριναν το έγγραφο πολιτικής ως βάση των διαπραγματεύσεων της ΕΕ, με το οποίο, στις διαπραγματεύσεις με τις ΗΠΑ, η Επιτροπή επιθυμεί να **εγγυηθεί υψηλό επίπεδο προστασίας για τους επενδυτές της ΕΕ, διασφαλίζοντας συγχρόνως το δικαίωμα να θεσπίζει ρυθμίσεις** ώστε να μεριμνά για την τήρηση των κανόνων σχετικά με την ευημερία των πολιτών της ΕΕ και των κρατών μελών της. Η Επιτροπή έθεσε τον διττό αυτό στόχο στην ανακοίνωση που εξέδωσε το 2010 (έγγραφο πολιτικής) «Προς μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων», όπως αναλύεται ανωτέρω²⁴⁴.

²⁴³ βλ. κατωτέρω Συμπεράσματα από την 3041η συνεδρίαση του Συμβουλίου Εξωτερικών Υποθέσεων, Λουξεμβούργο, 25 Οκτωβρίου 2010 και Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με τη μελλοντική επενδυτική πολιτική της ΕΕ, 22 Μαρτίου 2011

²⁴⁴ βλ. σελ.93

γγ. Τα αποτελέσματα του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 13 Μαΐου 2011 σχετικά με την θέσπιση Κανονισμού για τις επενδυτικές συμφωνίες

Το Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης που συνεδρίασε την 13 Μαΐου 2011²⁴⁵, εξέδωσε αποτελέσματα, μεταξύ άλλων, και ως προς τον τομέα των διμερών επενδυτικών συμφωνιών. Όπως αναφέρεται σε αυτά, σημείωσε τις πληροφορίες του Επιτρόπου De Gucht σχετικά με την πορεία των εργασιών και τα επόμενα βήματα ενόψει της έκδοσης του σχεδίου κανονισμού για τις διμερείς επενδυτικές συμφωνίες. Στόχος της πρότασης κανονισμού είναι να διασφαλίσει την ομαλή μετάβαση από το ισχύον σύστημα διμερών επενδυτικών συμφωνιών μεταξύ κρατών μελών και -τρίτων χωρών στις μελλοντικές συμφωνίες τις οποίες θα διαπραγματεύεται η Επιτροπή στο πλαίσιο της νέας αρμοδιότητας της Ένωσης για άμεσες ξένες επενδύσεις, η οποία θεσπίστηκε στο άρθρο 207 της συνθήκης της Λισσαβώνας στο πλαίσιο της κοινής εμπορικής πολιτικής.

Το Συμβούλιο πραγματοποίησε ανταλλαγή απόψεων κατά την οποία επιβεβαίωσε την πρόθεσή του να επιδιώξει συμφωνία κατόπιν διαπραγμάτευσης με το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, ώστε ο κανονισμός για τις διμερείς επενδυτικές συμφωνίες να μπορέσει να τεθεί σε ισχύ το συντομότερο δυνατόν. Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο καθόρισε τη θέση του σε πρώτη ανάγνωση στις 10 Μαΐου.

Η πρόταση κανονισμού για τις διμερείς επενδυτικές συμφωνίες, η οποία υποβλήθηκε από την Επιτροπή τον Ιούλιο του 2010, έχει ως στόχο να διευκρινίσει το καθεστώς για περισσότερες από 1000 διμερείς επενδυτικές συμφωνίες που έχουν συναφθεί μεταξύ κρατών της ΕΕ και τρίτων χωρών.

Το Συμβούλιο έχει δύο στόχους: να διασφαλιστεί μέγιστη ασφάλεια δικαίου μαζί με μέγιστη προστασία για τους επενδυτές της ΕΕ στο εξωτερικό και να παραμείνει η ΕΕ ελκυστική για άμεσες ξένες επενδύσεις.

δδ. Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με τη μελλοντική επενδυτική πολιτική της ΕΕ, 22 Μαρτίου 2011 και το Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 23ης Μαΐου 2013 σχετικά με τις εμπορικές και επενδυτικές

²⁴⁵ βλ. αποτελέσματα Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 13 Μαΐου 2011 (3086η σύνοδος του Συμβουλίου - Εξωτερικές Υποθέσεις / Εμπόριο)

διαπραγματεύσεις της ΕΕ με τις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής και η σχετική ανακοίνωση για διαβούλευση

Του Ιουνίου του 2013 το Συμβούλιο ζήτησε ομόφωνα από την Επιτροπή να αρχίσει διαπραγματεύσεις για μια συμφωνία ελευθέρων συναλλαγών με τις Ηνωμένες Πολιτείες. Εξέδωσε επίσης κατευθυντήριες γραμμές που καθόριζαν το περιεχόμενο των διαπραγματεύσεων. Πριν από αυτό, τον Μάιο του 2013, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο χαιρέτισε με μεγάλη πλειοψηφία την επικείμενη έναρξη των διαπραγματεύσεων. Σύμφωνα με το Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 23ης Μαΐου 2013 σχετικά με τις εμπορικές και επενδυτικές διαπραγματεύσεις της ΕΕ με τις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής, δόθηκαν κατευθυντήριες γραμμές, τα κράτη συμφώνησαν ότι η ΕΕ θα πρέπει να επιδιώξει να συμπεριλάβει στην προτεινόμενη συμφωνία διατάξεις σχετικά με την προστασία των επενδύσεων και την επίλυση διαφορών μεταξύ επενδυτών και κράτους (ΕΔΕΚ). Τον Ιούλιο του 2013 ξεκίνησαν οι διαπραγματεύσεις για μια συμφωνία — τη Διατλαντική Εταιρική Σχέση Συναλλαγών και Επενδύσεων (ΤΤΙΡ).

Λαμβανομένου υπόψη του έντονου ενδιαφέροντος των πολιτών για το ζήτημα αυτό, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή διοργανώνει **δημόσια διαβούλευση σε επίπεδο ΕΕ** σχετικά με μια πιθανή προσέγγιση του θέματος της προστασίας των επενδύσεων και της ΕΔΕΚ. Η προσέγγιση αυτή, η οποία χαρακτηρίζεται από μια σειρά καινοτόμων στοιχείων που περιγράφονται κατωτέρω, πρόκειται να χρησιμοποιηθεί από την ΕΕ ως βάση των διαπραγματεύσεων για την ΤΤΙΡ. Το βασικό ζήτημα στο οποίο εστιάζει η διαβούλευση είναι το κατά πόσον η **προτεινόμενη προσέγγιση της ΕΕ για την ΤΤΙΡ επιτυγχάνει τη σωστή ισορροπία μεταξύ της προστασίας των επενδυτών και της διασφάλισης του δικαιώματος και της ικανότητας της ΕΕ να θεσπίζει ρυθμίσεις με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον.**

εε. Η δυνατότητα υιοθέτησης ενός νέου μοντέλου EU-BIT

Όπως έχει ήδη αναφερθεί, μετά τη Συνθήκη της Λισσαβώνας επεκτάθηκε η ΚΕΠ βάσει των άρθρων 206 και 207ΣΛΕΕ, ώστε να συμπεριλάβει τις ΑΞΕ. Από αυτό προκύπτει το ερώτημα εάν η ΕΕ είναι σε θέση να

υιοθετήσει ένα μοντέλο BIT που να αφορά την ΚΕΠ στις ΑΞΕ²⁴⁶. Μια κοινή πολιτική στις ΑΞΕ, θα μπορούσε να αντικαταστήσει τις διαφορετικές προσπάθειες των 27 ΚΜ, ολοκληρώνοντας και ενισχύοντας την προσπάθειά τους και παρουσιάζοντας μια δυνατότερη εικόνα προς τον υπόλοιπο κόσμο, ειδικά τη στιγμή που η ΕΕ εμφανίζεται να έχει χάσει έδαφος σε άλλες αρμοδιότητες, όπως τις ΑΞΕ μέχρι σήμερα.

Προτείνοντας την προετοιμασία ενός μοντέλου EU-BIT για τις συμβατικές σχέσεις με τρίτες χώρες, εικάζεται ότι η ΕΕ εξουσιοδοτείται να κάνει αυτό και έχει την αρμοδιότητα να διαπραγματευτεί και να την εφαρμόσει τελικώς. Ωστόσο, παρά την επέκταση της ΚΕΠ ώστε να συμπεριλάβει τις ΑΞΕ, παραμένουν αμφιβολίες σχετικά με τη δυνατότητα της ΕΕ να αναλάβει να παραμείνει μόνη της σε αυτήν την πορεία. Τα εμπόδια είναι αφ' ενός πολιτικά, δηλαδή ο δισταγμός των ΚΜ να εγκαταλείψουν την εξουσία τους σε αυτό το πεδίο και αφ' ετέρου νομικά, δηλαδή η περιορισμένη αρμοδιότητα βάση ΚΕΠ να ρυθμίσει την ενιαία αγορά.

Σε αυτό το πλαίσιο, 3 μοντέλα συμφωνιών μπορεί να σκεφθεί κανείς;

(α) Μια BIT να δεσμεύει όλα τα ΚΜ και να συνάπτεται από μόνη της την ΕΕ, **(β)** μια BIT που να συνάπτεται ως μικτή σύμβαση και να υπογράφεται τόσο από τα ΚΜ όσο και από την ΕΕ και **(γ)** μια BIT που να σχετίζεται με μόνη τη δράση της ΕΕ. Δοθισών των περιστάσεων, η διαπραγμάτευση και η εφαρμογή του μοντέλου BIT θα μπορούσε να είναι δυνατή ως μικτή συμφωνία με τη σύμφωνη γνώμη των ΚΜ.

Η αρμοδιότητα της ΕΕ στην ΚΕΠ είναι αποκλειστική, το οποίο μπορεί να οδηγήσει κάποιον να ισχυριστεί ότι τα ΚΜ θα πρέπει να απέχουν από τις διαπραγματεύσεις των BIT, μετά τη θέση σε ισχύ των άρθρων 206 και 207 ΣΛΕΕ. Ωστόσο, δεν είναι ξεκάθαρο ως προς το τι περιλαμβάνουν αυτές οι νέες αρμοδιότητες. Η ΚΕΠ έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΚ ώστε φαινομενικά να δίνει στην ΕΕ την αρμοδιότητα να θέσει προϋποθέσεις για την είσοδο των ΑΞΕ στην εσωτερική αγορά. Δεν είναι όμως σαφές εάν η ΚΕΠ καλύπτει τη ρύθμιση των standards μεταχείρισης μιας ΑΞΕ στην εσωτερική αγορά, καθώς και τις εγγυήσεις περί θέσεως προδιαγραφών και απαλλοτριώσεως. Η ΣΛΕΕ δε δίνει ορισμό στις ΑΞΕ και στην έννοια των ΑΞΕ φαίνεται ότι δεν εμπίπτει η επένδυση χαρτοφυλακίου. Είναι επίσης αβέβαιο το αν θα μπορούσε η ΕΕ να δεσμευθεί από διαιτητικές αποφάσεις σε διαφορές κράτους –επενδυτή. Δεν θα μπορούσε, για παράδειγμα, να δεσμευθεί από διαιτησία του ICSID, καθώς δεν είναι κράτος. Μία ακόμη πολυπλοκότητα, θα ήταν, όπως συμβαίνει σχεδόν σε όλα τα ομοσπονδιακά κράτη, ότι η ίδια η ΕΕ δεν είναι σε θέση να ανακτήσει τη ζημία που θα μπορούσε να καταδικασθεί να πληρώσει λόγω των παραβάσεων των ΚΜ.

²⁴⁶ βλ. Armand de Mestral, “Is a model EU BIT possible – or even desirable?”, Vale Columbia Center, Columbia FDI Perspectives, No21, 24-3-2010, pg.1

Λόγω των ανωτέρω περιορισμών, μία μονομερής EU BIT δε θα μπορούσε να είναι ισοδύναμη-αντίστοιχη με τα standards των BIT που συνάπτονται μεταξύ ΚΜ και τρίτων χωρών.

στστ. Ο Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 1219/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12ης Δεκεμβρίου 2012, που αφορά τη θέσπιση μεταβατικών ρυθμίσεων στο πλαίσιο διμερών επενδυτικών συμφωνιών μεταξύ κρατών μελών και τρίτων χωρών

Όπως έχει αναλυθεί ανωτέρω, μετά την έναρξη ισχύος της Συνθ.Λισσαβώνας, οι ΑΞΕ περιλαμβάνονται στον κατάλογο στον κατάλογο των θεμάτων που εμπίπτουν στην κοινή εμπορική πολιτική, με το άρθρο 3 παράγραφος 1 στοιχείο ε) της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης («ΣΛΕΕ»), η Ευρωπαϊκή Ένωση έχει αποκλειστική αρμοδιότητα στον τομέα της κοινής εμπορικής πολιτικής. Συνεπώς, μόνο η Ένωση μπορεί να νομοθετεί και να εκδίδει νομικά δεσμευτικές πράξεις σε αυτόν τον τομέα. Τα κράτη μέλη έχουν την εν λόγω δυνατότητα τα ίδια μόνον εάν εξουσιοδοτούνται προς τούτο από την Ένωση, σύμφωνα με το άρθρο 2 παράγραφος 1 ΣΛΕΕ.

Επιπλέον, στο μέρος τρίτο τίτλος IV κεφάλαιο 4 ΣΛΕΕ ορίζονται οι κοινοί κανόνες για την κίνηση κεφαλαίων μεταξύ των κρατών μελών και τρίτων χωρών, συμπεριλαμβανομένων των κινήσεων κεφαλαίων που αφορούν επενδύσεις. Οι διεθνείς συμφωνίες που αφορούν ξένες επενδύσεις οι οποίες συνάπτονται από τα κράτη μέλη μπορούν να έχουν επίπτωση στους εν λόγω κανόνες και ο εν λόγω κανονισμός ισχύει με την επιφύλαξη της κατανομής των αρμοδιοτήτων μεταξύ της Ένωσης και των κρατών μελών της σύμφωνα με τη ΣΛΕΕ. Κατά την έναρξη ισχύος της Συνθήκης της Λισαβώνας, τα κράτη μέλη διατήρησαν ένα σημαντικό αριθμό διμερών επενδυτικών συμφωνιών με τρίτες χώρες. Η ΣΛΕΕ δεν περιέχει ρητές μεταβατικές διατάξεις για τέτοιου είδους συμφωνίες που έχουν πλέον περιέλθει στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Ένωσης. Επιπλέον, ορισμένες από αυτές τις συμφωνίες μπορεί να περιλαμβάνουν διατάξεις που αφορούν τους κοινούς κανόνες για τις κινήσεις κεφαλαίων, οι οποίοι ορίζονται στο μέρος τρίτο τίτλος IV κεφάλαιο 4 ΣΛΕΕ. **Αν και οι διμερείς επενδυτικές συμφωνίες παραμένουν δεσμευτικές για τα κράτη μέλη βάσει του δημόσιου διεθνούς δικαίου και θα αντικατασταθούν προοδευτικά από συμφωνίες της Ένωσης με το ίδιο θέμα, οι όροι για τη διατήρηση της ισχύος τους και η σχέση τους με την επενδυτική πολιτική της Ένωσης απαιτούν κατάλληλη διαχείριση.** Προς όφελος των επενδυτών της Ένωσης και των επενδύσεών τους σε τρίτες χώρες και των κρατών μελών που υποδέχονται ξένους επενδυτές και επενδύσεις, οι διμερείς επενδυτικές συμφωνίες που προσδιορίζουν και εγγυώνται τους όρους των επενδύσεων θα πρέπει να παραμείνουν σε ισχύ και να αντικατασταθούν προοδευτικά από επενδυτικές συμφωνίες της Ένωσης, οι οποίες προσφέρουν υψηλές προδιαγραφές προστασίας των επενδύσεων. Ο παρών

κανονισμός θα πρέπει να εξετάζει το καθεστώς, στο πλαίσιο της νομοθεσίας της Ένωσης, των διμερών επενδυτικών συμφωνιών των κρατών μελών οι οποίες είχαν υπογραφεί πριν την 1η Δεκεμβρίου 2009. Οι εν λόγω συμφωνίες μπορούν να διατηρηθούν σε ισχύ ή να τεθούν σε ισχύ, σύμφωνα με τον παρόντα κανονισμό και θα πρέπει να ορίζει επίσης τους όρους υπό τους οποίους τα κράτη μέλη εξουσιοδοτούνται να συνάπτουν και/ή να διατηρούν σε ισχύ διμερείς επενδυτικές συμφωνίες οι οποίες υπογράφηκαν μεταξύ της 1ης Δεκεμβρίου 2009 και της 9ης Ιανουαρίου 2013. Η διατήρηση σε ισχύ διμερών επενδυτικών συμφωνιών με τρίτες χώρες από τα κράτη μέλη βάσει του παρόντος κανονισμού ή οι εξουσιοδοτήσεις για έναρξη διαπραγματεύσεων ή σύναψη παρόμοιων συμφωνιών δεν θα πρέπει να εμποδίζει τη διαπραγμάτευση ή τη σύναψη επενδυτικών συμφωνιών από την Ένωση. Τα κράτη μέλη οφείλουν να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για την άρση ενδεχόμενων ασυμβατοτήτων που υφίστανται μεταξύ της νομοθεσίας της Ένωσης και διμερών επενδυτικών συνθηκών που συνάπτονται μεταξύ κρατών μελών και τρίτων χωρών. Η εξουσιοδότηση τροποποίησης ή σύναψης διμερών επενδυτικών συμφωνιών που προβλέπεται στον παρόντα κανονισμό θα πρέπει να επιτρέπει κυρίως στα κράτη μέλη να αντιμετωπίσουν ενδεχόμενες ασυμβατότητες μεταξύ των διμερών επενδυτικών συμφωνιών τους και του δικαίου της Ένωσης, εκτός από τις ασυμβατότητες που προκύπτουν από την κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ της Ένωσης και των κρατών μελών της, με τις οποίες ασχολείται ο παρών κανονισμός. **Οι επενδυτικές συμφωνίες μεταξύ των κρατών μελών δεν θα πρέπει να καλύπτονται από τον παρόντα κανονισμό.**

Εν περιλήψει, στον εν λόγω Κανονισμό ρυθμίζονται ορισμένα ζητήματα περί του μεταβατικού καθεστώτος για τις BITs που έχουν συναφθεί μεταξύ ΚΜ της ΕΕ και τρίτων χωρών, δηλαδή δεν αφορούν τις επενδυτικές συμφωνίες μεταξύ ΚΜ, οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του, πλην όμως συμβάλλουν στο να αποτυπωθεί η παρούσα κατάσταση, μετά τη Συνθήκη της Λισσαβώνας και μέσω αυτού του νομοθετήματος να γίνει αντιληπτή η αυθεντική ερμηνεία των νέων αρμοδιοτήτων της Ένωσης και της σχέσης της με τα ΚΜ.

Στο άρθρο 1 γίνεται αναφορά στο πεδίο εφαρμογής του και το αντικείμενο²⁴⁷, ενώ στο άρθρο 2²⁴⁸ γίνεται αναφορά στην υποχρέωση κοινοποίησης προς την

²⁴⁷ βλ. αρθρ.1: «1. Με την επιφύλαξη της κατανομής των αρμοδιοτήτων που προβλέπει η ΣΛΕΕ, ο παρών κανονισμός εξετάζει το καθεστώς των διμερών επενδυτικών συμφωνιών των κρατών μελών στο πλαίσιο του δικαίου της Ένωσης και καθορίζει τους όρους, τις προϋποθέσεις και τις διαδικασίες βάσει των οποίων τα κράτη μέλη εξουσιοδοτούνται να τροποποιήσουν ή να συνάψουν διμερείς επενδυτικές συμφωνίες.

2. Για τον σκοπό του παρόντος κανονισμού, ως «διμερής επενδυτική συμφωνία» νοείται κάθε συμφωνία με τρίτη χώρα η οποία περιλαμβάνει διατάξεις για την προστασία των επενδύσεων. Ο παρών κανονισμός καλύπτει μόνο εκείνες τις διατάξεις των διμερών επενδυτικών συμφωνιών που αφορούν την προστασία των επενδύσεων.»

²⁴⁸ βλ. αρθρ. 2: «Μέχρι τις 8 Φεβρουαρίου 2013 ή μέσα σε 30 ημέρες από την έναρξη ισχύος του παρόντος κανονισμού ή την ημερομηνία της προσχώρησής τους στην Ευρωπαϊκή Ένωση, τα κράτη μέλη κοινοποιούν στην Επιτροπή όλες τις διμερείς επενδυτικές συμφωνίες με τρίτες χώρες που έχουν

Επιτροπή που έχουν τα ΚΜ όλων των επενδυτικών συμφωνιών τους πριν την 1-12-2009 ή πριν την προσχώρησή τους και στο άρθρο 4 η δημοσίευσή τους από την Επιτροπή²⁴⁹. Βάσει δε του άρθρου 3, με την επιφύλαξη των λοιπών υποχρεώσεων των κρατών μελών βάσει του δικαίου της Ένωσης, οι διμερείς επενδυτικές συμφωνίες που κοινοποιούνται σύμφωνα με το άρθρο 2 του παρόντος κανονισμού μπορούν να διατηρηθούν ή να τεθούν σε ισχύ, σύμφωνα με τη ΣΛΕΕ και τον παρόντα κανονισμό, έως ότου τεθεί σε ισχύ διμερής επενδυτική συμφωνία μεταξύ της Ένωσης και της ίδιας τρίτης χώρας.

Στο άρθρο 6 επισημαίνεται το καθήκον συνεργασίας των ΚΜ, καθώς τα κράτη μέλη λαμβάνουν κάθε κατάλληλο μέτρο προκειμένου να διασφαλίσουν ότι οι διατάξεις των διμερών επενδυτικών συμφωνιών που κοινοποιούνται κατά το άρθρο 2 δεν συνιστούν σοβαρό εμπόδιο στη διαπραγμάτευση ή τη σύναψη από την Ένωση διμερών επενδυτικών συμφωνιών με τρίτες χώρες, με σκοπό την προοδευτική αντικατάσταση των διμερών επενδυτικών συμφωνιών που κοινοποιούνται βάσει του άρθρου 2. Εάν η Επιτροπή αποφασίσει ότι μία ή περισσότερες από τις διατάξεις διμερούς επενδυτικής συμφωνίας που κοινοποιείται βάσει του άρθρου 2, συνιστούν σοβαρό εμπόδιο στη διαπραγμάτευση ή σύναψη διμερών επενδυτικών συμφωνιών με τρίτες χώρες από την Ένωση, με σκοπό την προοδευτική αντικατάσταση των διμερών επενδυτικών συμφωνιών που κοινοποιούνται βάσει του άρθρου 2, η Επιτροπή και το οικείο κράτος μέλος αρχίζουν χωρίς καθυστέρηση διαβουλεύσεις και συνεργάζονται προκειμένου να καθορίσουν τα κατάλληλα μέτρα που πρέπει να ληφθούν για την αντιμετώπιση του προβλήματος. Οι εν λόγω διαβουλεύσεις δεν υπερβαίνουν τις 90 ημέρες.

Στο άρθρο 7 δίδεται εξουσιοδότηση για την τροποποίηση ή τη σύναψη διμερούς επενδυτικής συμφωνίας, αφού με την επιφύλαξη των όρων που καθορίζονται στα άρθρα 8 έως 11, ένα κράτος μέλος εξουσιοδοτείται να αρχίσει διαπραγματεύσεις με τρίτη χώρα για την τροποποίηση υπάρχουσας ή για τη σύναψη νέας διμερούς επενδυτικής συμφωνίας. Επιπλέον, βάσει του άρθρου 8, όταν ένα κράτος μέλος σκοπεύει να αρχίσει διαπραγματεύσεις με τρίτη χώρα με σκοπό την τροποποίηση ή τη σύναψη διμερούς επενδυτικής συμφωνίας, κοινοποιεί εγγράφως την πρόθεσή του στην Επιτροπή. Κατά το άρθρο 9, δίδεται εξουσιοδότηση για την έναρξη επίσημων διαπραγματεύσεων και Η Επιτροπή

υπογράψει πριν από την 1η Δεκεμβρίου 2009 ή πριν από την ημερομηνία της προσχώρησής τους, εάν αυτή είναι μεταγενέστερη, τις οποίες είτε επιθυμούν να διατηρήσουν είτε να θέσουν σε ισχύ, σύμφωνα με το παρόν κεφάλαιο. Η κοινοποίηση περιλαμβάνει αντίγραφο των εν λόγω διμερών επενδυτικών συμφωνιών. Τα κράτη μέλη κοινοποιούν επίσης στην Επιτροπή οποιεσδήποτε μεταγενέστερες αλλαγές στο καθεστώς των εν λόγω συμφωνιών.»

²⁴⁹ βλ. αρθρ.4: «1. Κάθε δώδεκα μήνες η Επιτροπή δημοσιεύει στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατάλογο των διμερών επενδυτικών συμφωνιών που κοινοποιούνται βάσει του άρθρου 2, του άρθρου 11 παράγραφος 6 ή του άρθρου 12 παράγραφος 6.

2. Ο κατάλογος των διμερών επενδυτικών συμφωνιών που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου δημοσιεύεται για πρώτη φορά το αργότερο τρεις μήνες μετά τη λήξη της προθεσμίας για τις κοινοποιήσεις που έγιναν βάσει του άρθρου 2.»

παρέχει στα κράτη μέλη εξουσιοδότηση για την έναρξη επίσημων διαπραγματεύσεων με τρίτη χώρα για την τροποποίηση ή τη σύναψη διμερούς επενδυτικής συμφωνίας, εκτός αν καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η έναρξη των εν λόγω διαπραγματεύσεων:

α)θα αντέβαινε στη νομοθεσία της Ένωσης για άλλους λόγους εκτός από τις ασυμβατότητες που προκύπτουν από την κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ της Ένωσης και των κρατών μελών της·

β)θα ήταν περιττή, διότι η Επιτροπή έχει υποβάλει ή έχει αποφασίσει να υποβάλει σύσταση για την έναρξη διαπραγματεύσεων με τη συγκεκριμένη τρίτη χώρα σύμφωνα με το άρθρο 218 παράγραφος 3 ΣΛΕΕ·

γ)θα ήταν ασύμβατη με τις αρχές και τους στόχους της Ένωσης στον τομέα της εξωτερικής δράσης όπως καθορίζονται σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις του τίτλου V κεφάλαιο 1 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση ή

θα συνιστούσε σοβαρό εμπόδιο για τη διαπραγμάτευση ή σύναψη διμερών επενδυτικών συμφωνιών της Ένωσης με τρίτες χώρες.

Σύμφωνα με το άρθρο 10, η Επιτροπή συμμετέχει στις διαπραγματεύσεις, καθώς στο βαθμό που αφορά επενδύσεις, η Επιτροπή ενημερώνεται για την πρόοδο και τα αποτελέσματα των διαπραγματεύσεων για την τροποποίηση ή τη σύναψη διμερούς επενδυτικής συμφωνίας σε όλα τα στάδια και μπορεί να ζητήσει να συμμετάσχει στις εν λόγω διαπραγματεύσεις που διεξάγονται μεταξύ του κράτους μέλους και της τρίτης χώρας.

Στο άρθρο 11 δίδεται εξουσιοδότηση για την υπογραφή και σύναψη διμερούς επενδυτικής συμφωνίας, καθώς πριν από την υπογραφή διμερούς επενδυτικής συμφωνίας, το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος ενημερώνει την Επιτροπή για την έκβαση των διαπραγματεύσεων και διαβιβάζει το κείμενο αυτής της συμφωνίας στην Επιτροπή. Στις τελικές διατάξεις του άρθρου 12, για τις συμφωνίες υπογραφείσες από τα κράτη μέλη μεταξύ της 1ης Δεκεμβρίου 2009 και της 9ης Ιανουαρίου 2013, σε περίπτωση που ένα κράτος μέλος έχει υπογράψει, μεταξύ της 1ης Δεκεμβρίου 2009 και της 9ης Ιανουαρίου 2013, διμερή επενδυτική συμφωνία, το εν λόγω κράτος μέλος κοινοποιεί στην Επιτροπή τη συμφωνία αυτή που επιθυμεί να διατηρήσει ή να θέσει σε ισχύ, εντός της 8ης Φεβρουαρίου 2013. Η κοινοποίηση περιλαμβάνει αντίγραφο της συμφωνίας αυτής. Μόλις λάβει μια κοινοποίηση, η Επιτροπή εκτιμά κατά πόσον η διμερής επενδυτική συμφωνία που κοινοποιήθηκε βάσει της παραγράφου 1 του παρόντος άρθρου αντιβαίνει στις απαιτήσεις του άρθρου 9 παράγραφοι 1 και 2. Εάν η Επιτροπή καταλήξει στο συμπέρασμα ότι μια διμερής επενδυτική συμφωνία που κοινοποιήθηκε βάσει της παραγράφου 1 του παρόντος άρθρου πληροί τις απαιτήσεις των του άρθρου 9 παράγραφοι 1 και 2, επιτρέπει τη διατήρηση σε ισχύ ή τη θέση σε ισχύ της συμφωνίας αυτής στο πλαίσιο του δικαίου της Ένωσης. Η Επιτροπή λαμβάνει την απόφαση που αναφέρεται στην παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου εντός 180 ημερών από την ημερομηνία λήψης της κοινοποίησης που αναφέρεται στην παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου. Όταν χρειάζονται συμπληρωματικές

πληροφορίες για τη λήψη της απόφασης, η προθεσμία των 180 ημερών αρχίζει να υπολογίζεται από την ημερομηνία λήψης των συμπληρωματικών πληροφοριών. Οι αποφάσεις δυνάμει της παραγράφου 3 του παρόντος άρθρου λαμβάνονται σύμφωνα με τη συμβουλευτική διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 16 παράγραφος 2. Εάν διμερής επενδυτική συμφωνία δεν εγκριθεί δυνάμει της παραγράφου 3 του παρόντος άρθρου, το κράτος μέλος δεν λαμβάνει κανένα περαιτέρω μέτρο για τη σύναψη της συμφωνίας αυτής και αποσύρει ή ακυρώνει τα μέτρα που έχουν ήδη ληφθεί. Όταν η Επιτροπή παρέχει εξουσιοδότηση σύμφωνα με την παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου, το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος κοινοποιεί στην Επιτροπή την έναρξη ισχύος της διμερούς επενδυτικής συμφωνίας, καθώς και οποιεσδήποτε μεταγενέστερες αλλαγές στο καθεστώς της εν λόγω συμφωνίας. Τα άρθρα 3, 5 και 6 εφαρμόζονται σε αυτές τις συμφωνίες σαν να είχαν κοινοποιηθεί σύμφωνα με το άρθρο 2. Η Επιτροπή ενημερώνει το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο για κάθε απόφαση που λαμβάνεται δυνάμει της παραγράφου 3. Στη περίπτωση που η Επιτροπή δεν παρέχει την εξουσιοδότηση σύμφωνα με την παράγραφο 3, ενημερώνει το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος και αναφέρει τους λόγους γι' αυτό. Στο δε άρθρο 13, προβλέπεται η δέουσα συμπεριφορά των ΚΜ όσον αφορά διμερή επενδυτική συμφωνία με τρίτη χώρα. Όταν διμερής επενδυτική συμφωνία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος κανονισμού, το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος:

- α) ενημερώνει την Επιτροπή χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση για όλες τις συνεδριάσεις που πραγματοποιούνται βάσει των διατάξεων της συμφωνίας. Η Επιτροπή έχει στη διάθεσή της την ημερήσια διάταξη και όλες τις σχετικές πληροφορίες που της επιτρέπουν να κατανοήσει τα ζητήματα προς συζήτηση στις εν λόγω συνεδριάσεις. Προς τούτο, η Επιτροπή μπορεί να ζητήσει επιπλέον πληροφορίες από το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος. Όταν ένα θέμα που πρόκειται να συζητηθεί ενδέχεται να επηρεάσει την υλοποίηση των πολιτικών της Ένωσης σε θέματα επενδύσεων, συμπεριλαμβανομένης ιδίως της κοινής εμπορικής πολιτικής, η Επιτροπή μπορεί να απαιτήσει από το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος να λάβει συγκεκριμένη θέση·
- β) ενημερώνει την Επιτροπή χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση για τυχόν ισχυρισμούς ότι ένα συγκεκριμένο μέτρο δεν συνάδει με τη συμφωνία. Το κράτος μέλος ενημερώνει επίσης αμέσως την Επιτροπή για κάθε αίτηση για επίλυση διαφορών που υποβάλλεται βάσει της διμερούς επενδυτικής συμφωνίας, αμέσως μόλις το κράτος μέλος ενημερωθεί για αυτήν την αίτηση. Το κράτος μέλος και η Επιτροπή συνεργάζονται πλήρως και λαμβάνουν όλα τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίσουν αποτελεσματική υπεράσπιση, η οποία μπορεί να περιλαμβάνει, κατά περίπτωση, τη συμμετοχή της Επιτροπής στη διαδικασία·
- γ) ζητά τη συγκατάθεση της Επιτροπής πριν ενεργοποιήσει οιοσδήποτε μηχανισμούς επίλυσης διαφορών κατά τρίτης χώρας που περιλαμβάνονται στην εν λόγω διμερή επενδυτική συμφωνία και ενεργοποιεί αυτούς τους μηχανισμούς, εφόσον αυτό ζητηθεί από την Επιτροπή. Οι εν λόγω μηχανισμοί περιλαμβάνουν

διαβουλεύσεις με το αντισυμβαλλόμενο μέρος διμερούς επενδυτικής συμφωνίας και επίλυση διαφορών όταν προβλέπεται στη συμφωνία. Το κράτος μέλος και η Επιτροπή συνεργάζονται πλήρως όσον αφορά την εκτέλεση των διαδικασιών στο πλαίσιο των σχετικών μηχανισμών, οι οποίοι μπορεί να περιλαμβάνουν, κατά περίπτωση, τη συμμετοχή της Επιτροπής στις σχετικές διαδικασίες.

Τέλος, η Επιτροπή υποβάλλει στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και στο Συμβούλιο έκθεση για την εφαρμογή του παρόντος κανονισμού έως τις 10 Ιανουαρίου 2020. Η έκθεση περιλαμβάνει επισκόπηση των εξουσιοδοτήσεων που ζητήθηκαν και χορηγήθηκαν βάσει του κεφαλαίου III, καθώς και αξιολόγηση της ανάγκης για τη συνέχιση της εφαρμογής του εν λόγω κεφαλαίου. Όταν η έκθεση συνιστά τη διακοπή της εφαρμογής του κεφαλαίου III ή τροποποίηση των διατάξεών του, η εν λόγω έκθεση συνοδεύεται από κατάλληλη νομοθετική πρόταση.

Z. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Η μεγαλύτερη και ταυτόχρονα, η πιο ενδιαφέρουσα πρόκληση στη μελέτη του ζητήματος της συμβατότητας των ενδο-ενωσιακών BITs με το ευρωπαϊκό δίκαιο, αποτελεί ο συνδυασμός πολλών και διαφορετικών δικαιοϋκτών συστημάτων, εννόμων τάξεων και πηγών κανόνων δικαίου, το οποίο βέβαια είναι το βασικότερο χαρακτηριστικό του επενδυτικού δικαίου. Πιο συγκεκριμένα, η παρούσα μελέτη προσπάθησε να συνδυάσει κριτικά το δημόσιο διεθνές δίκαιο με το ευρωπαϊκό δίκαιο, αλλά επίσης το ιδιωτικό με το δημόσιο δίκαιο, αλλά και το συμβατικό δίκαιο (δίκαιο της ιδιωτικής βουλήσεως) με το δημόσιο δίκαιο (κανόνες αναγκαστικού δικαίου). Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι το ζήτημα της συμβατότητας των ενδο-ενωσιακών BITs με το ευρωπαϊκό δίκαιο άπτεται τόσο των κανόνων που προβλέπονται από το ενωσιακό δίκαιο, όπως αυτό έχει ερμηνευθεί μέσα από τη νομολογία του σημερινού ΔΕΕ, όσο και των κανόνων του δημοσίου διεθνούς δικαίου λόγω της φύσης των BITs ως διεθνών συνθηκών. Επιπλέον, αν και οι BITs, ως διεθνείς-διακρατικές συνθήκες, έχουν συναφθεί μεταξύ κρατών, αφ' ενός οι επενδυτικές διαφορές που ανακύπτουν σε πρώτο επίπεδο αφορούν διαφορές μεταξύ του ιδιώτη-επενδυτή και του κράτους υποδοχής, αφ' ετέρου οι φορείς των επενδυτικών δικαιωμάτων που προβλέπονται σε αυτές είναι επίσης οι ιδιώτες-επενδυτές. Τέλος, η διαδικασία

της διευθέτησης των επενδυτικών διαφορών μέσω διαιτησίας έχει εκούσιο χαρακτήρα, καθώς απαιτεί την κοινή βούληση και των δύο μερών να υπαχθούν σε αυτήν, πλην όμως στη διαδικασία αυτή εφαρμόζονται κανόνες δικαίου, όπως αυτοί προβλέπονται από διεθνείς συμβάσεις και το ενωσιακό δίκαιο.

Κατ' αρχήν, η προβληματική της συμβατότητας των ενδο-ενωσιακών BITs με το ευρωπαϊκό δίκαιο προέκυψαν κατά τα τελευταία χρόνια αφού αρχικώς αυτές οι συμφωνίες είχαν συναφθεί μεταξύ ενός ΚΜ της ΕΕ και ενός τρίτου συμβαλλόμενου κράτους, ως εκ τούτου δεν προέκυπτε κάποιο ζήτημα. Όμως, από τη χρονική στιγμή που ορισμένα τρίτα κράτη, ιδίως αυτά της Κεντρικο-ανατολικής Ευρώπης άρχισαν να προσχωρούν στην ΕΕ και να καθίστανται μέλη της, ετέθη ο προβληματισμός περί του αν μία BIT μεταξύ δύο ΚΜ της ΕΕ είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο.

Η απάντηση σε αυτό το ερώτημα ήλθε από δύο βασικές πλευρές, όπως αυτές έχουν αναλυθεί εκτενώς στην παρούσα εργασία και δεν είναι άλλες από την ευρωπαϊκή, μέσω της νομολογίας του ΔΕΚ, και τη διεθνή, μέσω της νομολογίας των διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων. Επίσης, ο εθνικός δικαστής δεν έμεινε αμέτοχος όταν εκλήθη να δώσει και αυτός μία σχετική απάντηση, οι δύο βασικές κατευθύνσεις όμως αναμφίβολα είχαν ήδη δοθεί από τα υπόλοιπα δικαστήρια, επομένως αυτός ουσιαστικώς είχε να επιλέξει μεταξύ των δύο αυτών οδών.

Ένα από τα σημαντικότερα προβλήματα που παρουσιάστηκαν, ήταν ότι ο αριθμός των ενδο-ενωσιακών BITs που βρίσκονταν σε ισχύ ήταν πολύ μεγάλος. Περί τις 191 είχαν συναφθεί και επί τη βάση αυτών ήταν σε εξέλιξη επενδυτικά σχέδια, τα οποία σαφώς προστατεύονταν. Από τη στιγμή όμως που ετέθη το ζήτημα, η αντίδραση της Επιτροπής ήταν άμεση, καθώς μέσω soft law πράξεων εδήλωσε την επιθυμία της να παύσει η εφαρμογή αυτών των επενδυτικών συμφωνιών και να αποσυρθούν, δεδομένου ότι κατόπιν της προσχώρησης και του ετέρου συμβαλλομένου μέρους στην ΕΕ, το κοινοτικό δίκαιο υπερίσχυε πάσης άλλης προβλεπόμενης διατάξεως.

Η απάντηση όμως στο θέμα αυτό δεν ήταν τόσο ξεκάθαρη. Επίσης, ένας πολύ μεγάλος αριθμός επενδύσεων ήταν σε εξέλιξη και μεγάλος αριθμός επενδυτών είχε επενδύσει τα κεφάλαιά του σε χώρες ΚΜ της ΕΕ, έχοντας την πεποίθηση ότι θα προστατεύονταν βάσει των BITs που είχαν μέχρι τότε συναφθεί. Σε αυτά θεωρούμε ότι οφείλεται η διαφορετική αντιμετώπιση από τα ΚΜ της βούλησης της Επιτροπής περί μη εφαρμογής των BITs.

Πράγματι, τα ΚΜ της ΕΕ, ουσιαστικά, διασπάστηκαν και χωρίστηκαν σε δύο "στρατόπεδα", ανάλογα με την αντιμετώπιση του ζητήματος. Σε αυτά που συμμορφώθηκαν προς τις επιταγές της Επιτροπής και σταμάτησαν να εφαρμόζουν τις BITs, τα οποία ήταν κυρίως τα ΚΜ που προέρχονταν από τις

χώρες του πρώην Σοβιετικού Μπλοκ, δηλαδή της Κεντρικής και Ανατολικής Ευρώπης, και σε αυτά που συνέχισαν να τις εφαρμόζουν, αγνοώντας την βούληση της Επιτροπής και αυτά ήταν κυρίως τα κράτη της Δυτικής Ευρώπης.

Αυτές οι δύο διαφορετικές αντιδράσεις, άνοιξαν το δρόμο για δικαστικές διαμάχες, με τον έναν ή τον άλλον τρόπο. Δηλαδή, τα ΚΜ που συμμορφώθηκαν και ουσιαστικώς έληξαν μονομερώς την ισχύ των BITs οδηγήθηκαν στα διαιτητικά δικαστήρια από τους επενδυτές, οι οποίοι έχασαν προνόμια που προβλέπονταν σε αυτές, τα δε ΚΜ που δεν συμμορφώθηκαν οδηγήθηκαν στο ΔΕΚ από την Επιτροπή λόγω της μη συμμόρφωσης στις επιταγές του ενωσιακού δικαίου και του δικαίου του ανταγωνισμού.

Τα δικαστήρια, όπως ήταν αναμενόμενο άλλωστε, διαφοροποιήθηκαν στις αποφάσεις τους, αφού τα μεν δικαίωσαν τους επενδυτές και καταδίκασαν τα ΚΜ, τα δε επίσης καταδικάστηκαν από το ΔΕΚ λόγω της μη συμμόρφωσης στο ευρωπαϊκό δίκαιο.

Το βασικό σημείο στο οποίο εστίασε ο έλεγχος της συμβατότητας ήταν κατ'αρχήν ο εντοπισμός της συντρέχουσας ή μη εφαρμογής των δύο αυτών πηγών επενδυτικού δικαίου. Σημειωτέον ότι και τα δύο δικαστήρια θεώρησαν ότι τόσο οι BITs, όσο και οι Συνθήκες της ΕΕ αποτελούν διεθνείς συνθήκες, επομένως το ζήτημα της συμβατότητάς τους, αποτελεί ειδικότερη περίπτωση της σύγκρουσης μεταξύ δύο διεθνών συνθηκών. Ως προς την ταύτιση του πεδίου εφαρμογής, υπήρξε διάσταση απόψεων, καθώς ναι μεν συμπίπτουν ως προς τοα συμβαλλόμενα μέρη, το χρονικό σημείο ισχύος τους και σε ορισμένα στοιχεία του περιεχομένου τους (κυρίως τη μεταφορά κεφαλαίου), κατά τη νομολογία όμως των διαιτητικών δικαστηρίων δεν υπήρχε ταύτιση στόχευσης και αντικειμένου, καθώς οι μεν στοχεύουν στην προστασία των επενδυτών και την προώθηση των επενδύσεων, οι δε στην απελευθέρωση της αγοράς εντός της Ένωσης και την προώθηση της ελεύθερης κίνησης κεφαλαίων μεταξύ των ΚΜ της. Τα διαιτητικά επίσης έκριναν ότι είναι ειδικότερες οι διατάξεις που προβλέπονται από τις επενδυτικές συμφωνίες και ότι απονέμουν δικαιώματα στους επενδυτές που δεν απονέμονται από τις Συνθήκες. Η δε απαντήσεις που εδόθησαν ως προς το συμβατό ή μη, ήταν εκ διαμέτρου αντίθετες. Τα μεν διαιτητικά, απεφάνθησαν ότι οι BITs παραμένουν σε ισχύ, το ΔΕΚ έκρινε ότι κακώς τα ΚΜ δεν τις απέσυραν και παραβίασαν διατάξεις του ενωσιακού δικαίου.

Θεωρούμε ωστόσο, ότι αυτός ο «διάλογος» των δύο δικαστηρίων και ανεξάρτητα από τις αποφάσεις που εκδόθηκαν, υποκρύπτει επί της ουσίας έναν «ανταγωνισμό περί της δικαιοδοσίας» μεταξύ τους. Αυτό συνάγεται ευθέως από το γεγονός ότι ένα από τα σημαντικότερα τριβής και πιθανής μη συμβατότητας ήταν η προβλεπόμενη στις BITs ρήτρα περί διαιτησίας, δηλαδή η απονομή στους ιδιώτες επενδυτές, με τη σύμφωνη βέβαια γνώμη του κράτους υποδοχής, του δικαιώματος της υπαγωγής και διευθέτησης της διαφοράς στη

διαιτησία, παρακάμπτοντας έτσι τόσο τα εθνικά δικαστήρια - τα δικαστήρια του κράτους υποδοχής, όσο και το ευρωπαϊκό δικαστήριο. Ήταν όμως κάτι παραπάνω από αναμενόμενο ότι κάθε δικαστήριο θα έκρινε εαυτόν αρμόδιο.

Σχολιάζοντας τη νομολογία του ΔΕΚ περί του ασυμβιβάστου, θα μπορούσαμε να τονίσουμε το γεγονός ότι κατ'αρχήν δεν υφίσταται τεθειμένο πρωτογενές ή παράγωγο δίκαιο στο οποίο να μπορεί να θεμελιωθεί κάποια παραβίαση των ΚΜ. Μπορούμε να ισχυριστούμε ότι το Δικαστήριο "έξαντλεί" κάθε "νομολογιακό όπλο" προκειμένου να καταλήξει στην παραβίαση του ενωσιακού δικαίου και στην προκειμένη περίπτωση το όπλο δεν είναι άλλο, παρά η αρχή της καλόπιστης συνεργασίας των ΚΜ με την Ένωση. Πλην όμως, στις υπό εξέταση υποθέσεις, μιλούμε ξεκάθαρα για μελλοντικές πράξεις της Ένωσης, αφού αυτή, μέχρι και κατά τη συζήτηση των υποθέσεων δεν είχε ασκήσει την παραμικρή εσωτερική της αρμοδιότητα. Το γεγονός αυτό δεν ήταν τυχαίο. Οφειλόταν σε μεγάλο βαθμό στην αμφισβητούμενη αρμοδιότητά της, τόσο εσωτερική όσο και εξωτερική, ως προς τις ΑΞΕ, γι' αυτόν τον λόγο άλλωστε επιλέξαμε να αναλύσουμε διεξοδικά το ζήτημα στην παρούσα εργασία. Ουσιαστικώς, επομένως, το ΔΕΚ κατέληξε μέσω της χρήσης της αρχής της καλόπιστης συνεργασίας σε διεύρυνση του πεδίου αρμοδιοτήτων της Ένωσης, σε έναν τομέα –αυτών των επενδύσεων- που δεν άσκησε ποτέ μέχρι τότε, προκειμένου να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι επρόκειτο για παραβίαση του κοινοτικού δικαίου και επομένως είναι αυτό αρμόδιο για την εκδίκαση των συγκεκριμένων υποθέσεων και οι BITs θα έπρεπε να αποσυρθούν. Η ερμηνεία του ΔΕΚ στάθηκε στο άρθρο 307ΣΛΕΕ και την παραβίασή του σε συνδυασμό με την αρχή της καλόπιστης συνεργασίας, η οποία -όπως έκρινε- είναι ασύμβατη με τις διεθνούς δικαίου υποχρεώσεις των ΚΜ όπως αυτές απορρέουν από τις BITs.

Τα διαιτητικά δικαστήρια, δεδομένου ότι δεν εντόπισαν σύμπτωση σκοπών και αντικειμένου, έκριναν ότι δεν υφίσταται ασυμβίβαστο, ω εκ τούτου έκριναν τη ρήτρα περί διαιτησίας ισχυρά, εαυτούς αρμοδίους, καθώς και τις BITs έγκυρες και επίσης, σε ισχύ.

Αυτό που μπορούμε να εντοπίσουμε μέσα από την μελέτη των αποφάσεων είναι η «επεκτατική» τάση του ΔΕΚ, να επιληφθεί επί υποθέσεων που αφορούν τομέα στον οποίο αφ'ενός δεν υπήρχε αποκλειστική αρμοδιότητα της Κοινότητας και ο ρόλος των οργάνων της ήταν σαφώς περιορισμένος σε σχέση με αυτόν των ΚΜ, αφ'ετέρου δεν είχε ασκήσει ούτε την υποτιθεμένη συντρέχουσα εσωτερική ή εξωτερική αρμοδιότητα επί των επενδύσεων, είτε νομοθετώντας είτε υπογράφοντας διεθνείς επενδυτικές συνθήκες, ακόμη και μικτές, δηλαδή μαζί με τα ΚΜ. Κρίνουμε συνεπώς τη νομολογιακή προσέγγιση του ΔΕΚ και τη θέση της Επιτροπής, περισσότερο ως πολιτική πράξη έμμεσης προσπάθειας «άντλησης αρμοδιότητας» και ελέγχου επί των επενδύσεων που λαμβάνουν χώρα στην επικράτεια της Ένωσης.

Μετά τη Συνθήκη της Λισαβώνας εξάλλου ελύθη το ζήτημα, καθώς πλέον ρητώς η αρμοδιότητα επί των ΑΞΕ ανατέθηκε στην Ένωση, η οποία έχει πλέον η ίδια νομική προσωπικότητα και μπορεί να ασκήσει εξωτερική αρμοδιότητα και επομένως πολιτική στα πλαίσια της άσκησης της ΚΕΠ. Εκδόθηκαν μια σειρά από νομοθετήματα και soft law πράξεις ούτως ώστε να ξεκαθαρίσουν νομικώς τα ζητήματα και δημιουργήθηκε ένα μοντέλο διαπραγμάτευσης και σύναψης BIT από την Ένωση, κατόπιν όμως διαβούλευσης με τα ΚΜ, προκειμένου να έχει και τη σχετική δημοκρατική νομιμοποίηση για την κάθε επενδυτική συμφωνία.

Τέλος, ως προς την νομολογιακή προσέγγιση του ζητήματος της συμβατότητας, οφείλουμε να επισημάνουμε ότι από την μελέτη των υποθέσεων δεν προέκυψε με βάση τα εξεταζόμενα πραγματικά περιστατικά μία πραγματική σύγκρουση μεταξύ των διαφορετικών κανόνων δικαίου. Η σύγκρουση προέκυψε κατά την προσπάθεια εφαρμογής του ενός ή του άλλου δικαίου. Δεδομένης όμως της πολυπλοκότητας και διαδραστικότητας των πηγών του επενδυτικού δικαίου, έδει να λάβει χώρα μία περισσότερο σταθμισμένη αντίληψη ως προς το ζήτημα της συμβατότητας (στην οποία σε μεγαλύτερο βαθμό πλησίασαν τα διαιτητικά δικαστήρια). Πιο συγκεκριμένα, στην περίπτωση που ανακύπτει μια επενδυτική διαφορά, στην πράξη εθίγησαν μέσω της συμπεριφοράς του κράτους υποδοχής ορισμένα δικαιώματα του ιδιώτη-επενδυτή. Ο σκοπός τόσο των BIT, όσον και του ενωσιακού δικαίου, ιδίως μετά την τελευταία τροποποίηση των Συνθηκών, δεν είναι άλλος από την προώθηση και προστασία των επενδύσεως, έτσι ώστε η Επικράτεια της Ένωσης να αποτελέσει «παράδεισο» για επενδύσεις σε διεθνές επίπεδο και η Ένωση βασικός συντελεστής του παγκόσμιου εμπορίου και των επενδύσεων. Επομένως, σε κάθε περίπτωση, το εφαρμοζόμενο δίκαιο θα πρέπει να είναι αυτό προς το συμφέρον του εκάστοτε επενδυτή και προκειμένου να κριθεί μία πραγματική σύγκρουση με το ενωσιακό δίκαιο, θα πρέπει να υπάρχει θεσπισμένο δίκαιο ούτως ώστε να κριθεί *in concreto* η τυχόν παραβίασή του, αλλά και ο τρόπος να ξεπεραστεί αυτή η σύγκρουση, ενδεχομένως μέσω της μετριοπαθούς οδού της ερμηνείας των απορρεουσών υποχρεώσεων του κράτους υποδοχής «υπό το φως του ευρωπαϊκού δικαίου».

Όσον δε αφορά το μέλλον και την τυχόν σύμπλευση, η συμπόρευση με τα υπόλοιπα ΚΜ της ΕΕ έχει εμφανισθεί ως η σημαντικότερη αξία στη διαδικασία πολιτικής και οικονομικής ενσωμάτωσης της ΕΕ. Πράγματι, το άρθρο 3 της Συνθ. Λισαβώνας λεπτομερώς δηλώνει ότι «πρέπει να προωθήσουμε την οικονομική, κοινωνική και πολιτική συνοχή και αλληλεγγύη μεταξύ των ΚΜ».

Ωστόσο, έχει γίνει σταδιακά εμφανές, ιδίως μετά την κρίση χρέους στην Ευρωζώνη, ότι υπάρχουν ξεκάθαρα νικητές και ηττημένοι ως αποτέλεσμα της ευρωπαϊκής ενσωμάτωσης, ιδίως ως προς τον σχεδιασμό της ενιαίας αγοράς και την ΟΝΕ.

Στο ευρύτερο πλαίσιο της συζήτησης για τις ενδο-ενωσιακές BITs, τα ΚΜ από την δυτική Ευρώπη έχουν αντιτεθεί στο επιχείρημα ότι οι BITs που έχουν συναφθεί με άλλα ΚΜ πριν την προσχώρησή τους είναι τώρα άκυρες. Η θέση τους δείχνει ότι η υπεράσπιση των μεγάλων επιχειρηματικών συμφερόντων παραμένει η βασική προτεραιότητα των «παλαιών» ΚΜ, παρά η οικοδόμηση αλληλεγγύης. Η θέση αυτή είναι επονείδιστη, εάν αντιληφθούμε ότι οι ενδο-ενωσιακές BITs είναι το βασικό εμπορικό εργαλείο που χρησιμοποιείται από τις επιχειρήσεις προκειμένου να στραφούν σε βάρος των «νέων» ΚΜ. Επίσης, δημιουργεί επιπλέον πρόβλημα λόγω της ανάγκης για αλλαγή νομοθεσίας, βάσει των επιταγών από την ίδια την ΕΕ. Η έννοια της ευρωπαϊκής αλληλεγγύης έχει ήδη δοκιμαστεί κατά τη διάρκεια της κρίσης της ευρωζώνης. Εάν χώρες όπως η Γερμανία, η Ολλανδία και το Ηνωμένο Βασίλειο δεν αλλάξουν τη στάση τους και δεν αρχίσουν να τερματίζουν το εκτεταμένο δίκτυο από ενδο-ενωσιακές BITs, η ευρωπαϊκή αλληλεγγύη ολοένα και θα αποτελεί μία άδεια και ουτοπική ρητορική.

Οι BITs δε θα πρέπει στο μέλλον να παρεκκλίνουν από τον αρχικό σκοπό τους, δηλαδή την συνδρομή τους στην παγκόσμια ανάπτυξη και την αποκατάσταση της ισότητας μεταξύ αναπτυσσόμενων και ανεπτυγμένων κρατών. Το αυτό ισχύει και εντός της Ένωσης, καθώς η οικονομική ισχύ των ΚΜ διαφοροποιείται σε μεγάλο βαθμό, δημιουργώντας ενδεχομένως ΚΜ «δύο ταχυτήτων» με βάση τους οικονομικούς τους δείκτες. Η διαχείριση της αποκλειστικής πλέον αρμοδιότητας της Ένωσης στο πεδίο των ΑΞΕ, θα πρέπει να δώσει το κίνητρο και το έναυσμα της αποκατάστασης της ισότητας και της άμβλυνσης τυχών διαφορών μεταξύ των ΚΜ, με στόχο τόσο την γενικότερη οικονομική ανάπτυξη, αλλά και την κοινωνική συνοχή και σύμπλευση, που είναι και το ζητούμενο.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

ΕΛΛΗΝΙΚΗ

- Παν. Γκλαβίνης, “Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο (γενικές αρχές- διεθνές εμπόριο- ξένες επενδύσεις)”, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2009
- Γ.Γρύλλος, σε Β.Χριστιανό, “Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ, Κατ’ άρθρον ερμηνεία”, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2012
- Π.Δ.Δαγτόγλου, “Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο -Ι”, εκδ. Αντ. Ν.Σάκκουλα, Αθήνα –Κομοτηνή, 1998
- Παν.Ι.Κανελλόπουλος, “Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης – Συνθήκη της Λισσαβώνας”, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 5^η εκδ., 2010
- Γεώργιος Σπ.Καρύδης, “Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού - Θεμελιώδεις ελευθερίες- Ανταγωνισμός- Κρατικές ενισχύσεις”, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004
- Δ. Μουτσάτσος, “Η θεσμική διάσταση της Κοινής Εμπορικής Πολιτικής”, σε “Νέα Ευρωπαϊκή Ένωση - Οργάνωση και Πολιτικές – 50 χρόνια”, επιμ. Ν.Μαραβέγια-Μ.Τσινισιζέλη, εκδ. Θεμέλιο, Βιβλιοθήκη Ευρωπαϊκών Θεμάτων, Αθήνα, 2007
- Αριστείδης Π. Μπιτζένης, “Η δυναμική των βαλκανικών αγορών και η μετάβαση των χωρών της ανατολικής Ευρώπης στην Οικονομία της αγοράς- Εντοπίζοντας Επενδυτικές ευκαιρίες στο πλαίσιο της Παγκοσμιοποίησης & Ευρωπαϊκής Ολοκλήρωσης”, τομ. α΄, εκδ. Αθ. Σταμούλης, Αθήνα, 2003
- Robert O’ Brien - Marc Williams, “Παγκόσμια Πολιτική Οικονομία-Εξέλιξη και δυναμικές”, επιμ. Π.Σκλιάς, εκδ. Παπαζήση, Αθήνα, 2011
- Εμ.Ρούκουνας, “Διεθνές Δίκαιο”, τευχ.α΄, γ΄ εκδ., εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004
- Βασ. Σκουρή, “Οι οικονομικές ελευθερίες και τα κοινωνικά δικαιώματα κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων”, σε “Οικονομικές ελευθερίες, κοινωνικά δικαιώματα και η απαγόρευση των διακρίσεων στο δίκαιο της Ε.Ε.”, 10^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της Ελληνικής Εταιρίας Δικαίου της Εργασίας και της Κοινωνικής Ασφάλισης (ΕΔΕΚΑ), εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα, 2010
- Π. Στάγκος, “Οι διακρατικές συμφωνίες διεθνών επενδύσεων”, εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1997
- Π. Στάγκος, “Το νομικό πλαίσιο των διεθνών επενδύσεων”, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα, 2005
- Κ.Α. Στεφάνου, “Η Συνθήκη του Μάαστριχτ, Ιθαγένεια και θεμελιώδη δικαιώματα στην Ευρωπαϊκή Ένωση”, εκδ. Ι.Σιδέρη, 1993
- Κ. Στεφάνου- Χ. Γκόρτσος, “Διεθνές Οικονομικό Δίκαιο”, Σειρά Μελετών Διεθνούς και Ευρωπαϊκού Οικονομικού Δικαίου, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2006

- Κ.Στεφάνου, “Προσαρμογή της Κοινής Εμπορικής Πολιτικής στις Απαιτήσεις της Ενιαίας Αγοράς”, Ε.Ευρ.Κ., τ.5, 1989
- Δ.Α.Σωτηρόπουλος, Α.Χουλιάρης, Σ.Ρούσσος, Π.Σκλιάς, “ Ο τρίτος κόσμος- Πολιτική, Κοινωνία, Οικονομία, διεθνείς σχέσεις”, εκδ. Παπαζήση, Αθήνα, 2005
- Χάρη Ν. Ταγαράς, “Η ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, προσώπων, υπηρεσιών, κεφαλαίων στην Ευρωπαϊκή Ένωση (σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και υπό το φως των διατάξεων των συνθηκών του Άμστερνταμ και της Νίκαιας”, β’ εκδ., εκδ.Αντ.Ν.Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 2002
- Α.Φατούρος, “Νομικά Προβλήματα προστασίας και προσελκύσεως ξένων ιδιωτικών επενδύσεων”, Αθήνα, 1965

ΞΕΝΟΓΛΩΣΣΗ

- Andreas F. Lowenfeld, “International Economic Law”, 2nd Edition, Oxford University Press, 2008
- José Guimon, “It’ s time for an EU Investment Promotion Agency”, Vale Columbia Perspectives, Columbia FBI Perspectives
- Wenhua Shan- Sheng Zhang, “The Treaty of Lisbon: Half way toward a Common Investment Policy”, Oxford Index
- August Reinisch, “The EU on the Investment Path – Quo vadis Europe? The Future of EU BIT and other Investment Agreements”, Santa Clara Journal of International Law, 1-17-2014
- Nikos Lavranos, “Bilateral Investment Treaties (BIT) and EU law”, ESIL Conference, 2010
- Stephen Woolcock, “The Treaty of Lisbon and the EU as an actor of international trade”, ECIPE, 1/2010
- Robert Pritchard, “Economic development, foreign investment and the law”, 1996, Moran T., (ed) Investing in development: new rules for private capital? New Brunswick, New Jersey, Transaction, 1986
- G. Petrochilos, “Foreign Direct Investment and the Development Process”, Avebury, 1979, pg. 1-15, 33-47
- Cecilia Olivet, “A test for European solidarity - The case of intra- EU Bilateral Investment Treaties”, Transnational Institute, TNI, January 2013
- European Commission (2012) Monitoring activities and analysis, Bilateral Investment Treaties between EU Member States (intra- EU BITs)
- Thomas Eilmansberger, “Bilateral Investment Treaties and EU law”, Common Market Law Review, 46: 383-429, 2009
- Sacerdoti G., “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, 1997, 269 Recueil des Cours

- Stephan Balthasar, “Investment arbitration under intra- EU BITs: Recent developments in /Eureko vs Slovakia”, kluwerarbitrationblog.com
- Anca Radu, “Foreign Investments in the EU –Which ‘Best Treatment’?, Interactions between BITs and EU Law”, *European Law Journal*, 2008
- Poulain, “Quelques interrogations sur le statut de traits bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l’ Union Européenne”, *Revue general de Droit International Public*, 2007, 803
- Armand de Mestral, “Is a model EU BIT possible – or even desirable?”, *Vale Columbia Center, Columbia FDI Perspectives*, No21, 24-3-2010

NΟΜΟΛΟΓΙΑ

- ICSID «Saipem S.p.A. v.Bangladesh», απόφαση της 21.3.2007, παρ.99
- ICSID «Ioannis Kardassopoulos v. Georgia», απόφαση 6.7.2007, παρ. 116.
- ICSID, Metaclad Corporation v United Mexican States, Final Award, 30-8-2000, Case no. ARB (AF)/97/1
- ICSID Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka, Award of 24-6-1990, paras. 85-66, 4 Rep. 246 (1997)
- ΔΕΚ Eastern Sugar B.V. vs The Czech Republic (UNCITRAL ad hoc arbitration in Paris SCC No.088/2004), Partial Award, 27-3-2007
- ΔΕΚ Eureko v. Slovakia, PCA, Case No 2008-13
- ΔΕΚ αποφ. Daily Mail, 27-9-1988
- ΔΕΚ της 4ης Ιουλίου 2000, C-62/98, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας, Συλλογή 2000, σ. I-5171
- ΔΕΚ 14ης Μαΐου 2009, C-34/08, Azienda Agricola Disarò Antonio
- ΔΕΚ Επιτροπή- Αυστρίας, C-205/06, 3-3-2009
- ΔΕΚ Επιτροπή- Σουηδίας, C-249/06, 3-3-2009
- ΔΕΚ Επιτροπή-Φινλανδίας, C-118/07, 19-9-2009
- ΔΕΚ αποφ.Centros, 9-3-1999
- ΔΕΚ 26-9-2000 Επιτροπή κατά Βελγίου
- ΔΕΚ 14-7-1988 Lambert
- ΔΕΚ 12-12-2006 Test Claimants in the FII Group Litigation C-446/04
- ΔΕΚ 26-3-2009, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-326/07
- ΔΕΚ Επιτροπή-Αυστρίας C-205/06
- ΔΕΚ C-467/98 Επιτροπή-Δανίας «ελεύθερη αεροπλοΐα» της 5^{ης} Νοεμβρίου 2002
- ΔΕΚ C-468/98 Επιτροπή-Σουηδίας
- ΔΕΚ C-469/98 Επιτροπή –Φινλανδίας
- ΔΕΚ C-471/98 Επιτροπή-Βελγίου
- ΔΕΚ C-472/98 Επιτροπή-Λουξεμβούργου
- ΔΕΚ C-475/98 Επιτροπή-Αυστρίας
- ΔΕΚ AETR 22/70 Επιτροπή – Συμβουλίου 31-3-1971

- ΔΕΚ Local Cost Standard Γνώμη 1/75
- ΔΕΚ Kramer 3, 4 6/76
- ΔΕΚ Γνώμη 1/76 Ταμείο Ποταμόπλοιων κ.λπ.
- ΔΕΚ Επιτροπή κατά Γαλλίας, 220/83, 4-12-1986, Συλλογή 1986, σ.3663
- ΔΕΚ Επιτροπή κατά Δανίας, 252/83, Συλλογή 1986, σ.3713
- ΔΕΚ C-476/98 Επιτροπή-Γερμανίας
- ΔΕΚ C-126/97 Eco Swiss Time Ltd v Benetton International NV
- ΔΔΧ στην υποθ. Ελ Σαλβαδόρ –Ονδούρας για διασυνοριακά ζητήματα, 1992

ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ

- Ανακοίνωση Επιτροπής COM(2010) 343 της 7-7-2010 με τίτλο «Προς μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων»,
- Word Investment Reports («Παγκόσμιες Ετήσιες Αναφορές»)
- Ανακοίνωση Επιτροπής COM(2010) 343 της 7-7-2010 με τίτλο «Προς μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων»
- Economic and Financial Committee (2008) Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, 4-12-2012

ΙΣΤΟΤΟΠΟΙ

- www.oecd.org
- www.wto.org
- www.unctad.org/iia
- http://ec.europa.eu/internal_market/capital/analysis/monitoring_activities_and_analysis/index_en.htm#maincontentSec5
- <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST39>
- www.kluwerarbitrationblog.com
- www.italaw.com